

A. I. Nº - 300449.1200/13-6
AUTUADO - TRANSPORTAR TRANSPORTES LTDA.
AUTUANTE - ANTONIO FERNANDO CAMPOS PEDRASSOLI
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 04/11/2014

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0239-03/14

EMENTA: ICMS. 1. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTES. **a)** RECOLHIMENTO A MENOS. DESENCONTRO ENTRE OS VALORES RECOLHIDOS E O ESCRITURADO NO LIVRO REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS. **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO. DEVIDAMENTE ESCRITURADO NOS LIVROS PRÓPRIOS. Fatos não contestados. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Fato não contestado. **b)** IMPOSTO NÃO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. **c)** VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NA NOTA FISCAL. É vedada a utilização de crédito nos casos do imposto não estar destacado no documento fiscal. Infrações caracterizadas. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE RECOLHIMENTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Autuado não elide a acusação fiscal. Infração caracterizada. 4. DECLARAÇÃO MENSAL DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO FISCAIS. DMA. DADOS INCORRETOS. Fato não contestado. 5. OMISSÃO DE SAÍDAS TRIBUTÁVEIS. NÃO LANÇAMENTO DE DOCUMENTOS FISCAIS NOS LIVROS PRÓPRIOS. Infração não contestada. 6. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FORNECIMENTO COM DADOS DIVERGENTES DOS LIVROS FISCAIS. Infração não contestada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente auto de infração, lavrado em 16/12/2013, traz a exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$1.062.232,94, tendo em vista a constatação das irregularidades abaixo citadas:

- 1 – 03.01.01. recolhimento a menos do ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, no mês de julho de 2012, no valor de R\$1.882,41, acrescido da multa de 60%;
- 2 – 02.07.01. falta de recolhimento no prazo regulamentar, de ICMS referente a prestação de serviços de transporte, devidamente escriturada nos livros fiscais próprios, nos meses de julho de 2010, novembro de 2011 e janeiro de 2012, no valor de R\$2.687,12, acrescido da multa de 60%;
- 3 – 01.02.06. utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, nos meses de junho e julho de 2011 no valor de R\$14.720,00 acrescido da multa de 60%;

4 – 01.02.39. utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a imposto não destacado no documento fiscal, nos meses de janeiro a março, maio a agosto, outubro e dezembro de 2010, janeiro de 2011 a dezembro de 2012, no valor de R\$671.184,60, acrescido da multa de 60%;

5 – 01.02.40. utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a imposto em valor superior ao destacado no documento fiscal, nos meses de fevereiro de 2011 a dezembro de 2012, no valor de R\$282.480,88, acrescido da multa de 60%;

6 – 06.02.01. falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao uso e consumo do estabelecimento, no valor de R\$1.244,52, nos meses de fevereiro de 2010, junho, agosto a dezembro de 2011, janeiro, maio, julho e outubro de 2012;

7 – 16.05.11. declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através de DMA no mês de dezembro de 2010 sendo aplicada a multa fixa de R\$140,00;

8 – 05.05.03. omissão de saídas de mercadorias ou serviços decorrentes do não lançamento de documentos fiscais nos livros próprios, nos meses de fevereiro, março, maio, agosto, outubro a dezembro de 2010, fevereiro, abril, maio, setembro a dezembro de 2011, janeiro, março a dezembro de 2012, no valor de R\$82.914,91, acrescido das multas de 70% e 100%;

9 – 16.12.25. forneceu arquivos magnéticos enviados via internet através do programa validador/Sintegra com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes sendo aplicada multa limitada a 1% do valor das operações de saídas e prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações e prestações divergentes no montante de R\$4.978,50 nos meses de janeiro e junho de 2010, março a julho, outubro a dezembro de 2011, janeiro, abril, novembro e dezembro de 2012.

O autuado faz a impugnação às fls.637/643 (volume II). Diz que em 16 de dezembro de 2013, foi autuado pelo fisco baiano por supostas irregularidades. Transcreve as infrações que lhe foram imputadas para afirmar que a descrição destas, não condiz com a realidade.

Requer nulidade do Auto de Infração por cerceamento ao direito de defesa, pois afirma que inexistiu no processo a forma como foi feita o cálculo dos juros e correção monetária, o que torna impossível para a empresa exercer seu direito de defesa consagrado na Constituição Federal e previsto no Decreto Estadual que regula o processo administrativo tributário, conforme consta no artigo 18, inciso II do RPAF/99.

No mérito, diz que os valores escriturados estão corretos, a empresa tem direito aos créditos, inclusive garantidos pelo Código Tributário do Estado da Bahia e todos os créditos tomados pela empresa são advindos do óleo diesel consumido pela mesma, tudo feito de acordo com a legislação do Estado. Afirma que, além disso, a multa aplicada ao caso afronta os princípios do não confisco e da capacidade contributiva, princípios estes, consagrados na Constituição Federal.

Quanto à infração 04, onde a Autuada é acusada de utilização indevida de crédito fiscal por não encontrar destacado o crédito na nota fiscal, diz que não deve prosperar, pois a própria legislação utilizada para fundamentar tal infração, não condiz com os fatos. Transcreve o § 4º do art. 93 do RICMS/97, que se reporta a emissão de documento complementar. (*art. 201, § 6º*).

Conclui que a legislação não proíbe a utilização dos créditos, apenas condiciona a utilização mediante regularização da situação. Assevera que em momento algum o Autuante comprovou a utilização indevida do crédito, explicando que o que houve no presente caso, foi uma falha ao não destacar o imposto no documento fiscal e, para tanto, o fisco poderia, ter notificado a empresa para regularizar tal procedimento e não lavrar o Auto de Infração cobrando um imposto que não é devido.

Menciona que o crédito aproveitado pela autuada advém do óleo diesel utilizado em seus caminhões, crédito este, que a empresa tem direito conforme consta da legislação em vigor.

No que se refere às infrações 05 e 06, frisa que não passam de meras acusações, pois não foi feito um demonstrativo nos autos que deixe claro a maneira como foram elaborados os cálculos para apurar diferenças e possíveis pagamentos de imposto a menos e o Estado tem a obrigação de comprovar o alegado, ainda mais em se tratando de falta de pagamento de imposto, pois se assim não o fizer estará enriquecendo de forma ilícita, sobre erros formais cometidos pelo contribuinte.

Na infração 06, afirma que a autoridade fiscal acusou o autuado de ter deixado de recolher ICMS decorrente da diferença entre alíquotas internas e interestaduais. No entanto, diz que mesmo que o valor do ICMS cobrado fosse devido, tal valor se converteria em crédito para abatimento no mesmo período, resultando em débitos e créditos que se anulariam, tornando improcedente a presente cobrança. Menciona que a negativa do direito de creditamento das parcelas eventualmente devidas a título de diferencial de alíquota fere o princípio constitucional da não-cumulatividade.

Aduz que devido a quantidade de infrações colocadas no mesmo Auto de Infração e, levando em consideração que a documentação encontra-se em poder do fisco, a empresa se vê impossibilitada, no momento, de demonstrar o alegado, o que pretende fazer em momento posterior, o que fica requerido.

Requer: (a) a nulidade do presente Auto de Infração, ou, assim não entendendo o CONSEF, (b) a improcedência total do presente feito; (c) a juntada de novas provas documentais e levantamentos demonstrativos a serem elaborados pela autuada em momento posterior.

O autuante produz a informação fiscal, fls.648/652. Refuta a preliminar de nulidade do PAF suscitada sob a alegação da inexistência de cálculo dos juros e correção monetária. Afirma que o demonstrativo de débito de fls.07/12 detalha o cálculo dos acréscimos monetários incidentes sobre o valor histórico das infrações, tais como, juros, correção monetária e multa, discriminados por infração e por mês de ocorrência.

Observa que, quando da ciência, foi entregue à autuada cópia do referido demonstrativo de débito, além do envio do mesmo por correio eletrônico, antes mesmo da ciência. Assim, frisa ser totalmente descabida a pretendida nulidade do PAF por cerceamento de defesa. Diz que consta à fl. 210 o "Recibo de Entrega de Livros e Demonstrativos", no ato da ciência (16/12/2013).

Menciona que também é improcedente a alegação de que *“não existem elementos suficientes para determinar as infrações contidas no presente Auto de Infração, o que lhe causa uma inconsistência e, conseqüentemente, a nulidade do mesmo”*. Observa que para cada infração constante do PAF foi elaborado um demonstrativo detalhando as irregularidades, tendo o autuado recebido cópia de todos eles, conforme atesta o recibo.

Quanto ao mérito, aduz que a autuada inicialmente afirma *“que os valores escriturados estão corretos e que tem direito aos créditos”*. Assevera que como pode ser comprovado pela verificação das notas fiscais, a autuada não fazia jus aos créditos escriturados e cobrados pelas infrações 03, 04 e 05.

Esclarece que, independentemente da mercadoria adquirida, a autuada não poderia, por exemplo, creditar-se sem destaque do imposto na nota fiscal, conforme estatui a legislação estadual.

Salienta que não pode prosperar também, o argumento de que a multa aplicada afronta os princípios do não confisco e da capacidade contributiva. Assevera que a autuada sequer explicou onde estaria a ofensa aos mencionados princípios, pois todas as multas aplicadas estão amparadas na Lei 7014/96, devidamente editada pelo Estado da Bahia, em estrita observância aos princípios constitucionais de proteção ao contribuinte.

Quanto à infração 04, sobre a observação da autuada de que a legislação não proíbe a utilização dos créditos e apenas condiciona a sua utilização mediante regularização da situação, frisa que ao contrário desta alegação, o autuante intimou o autuado fls.20/28, em 28/10/2013, entregando-lhe demonstrativo com as notas fiscais que apresentavam ausência de destaque do imposto, para que justificasse ou comprovasse a regularização através de documento fiscal complementar. Assevera que a autuada silenciou, não demonstrando qualquer interesse em comprovar a regularização, apesar de intimada e dos telefonemas dirigidos à contadora que a representa na cidade em que é estabelecida. Da mesma forma, aduz que foram entregues outras intimações, para apresentação de CTRCs (fls.15/17) e para apresentação de notas fiscais (fls.18/19).

Informa que como a autuada não regularizou a falta de destaque do imposto nos documentos fiscais, através de nota fiscal complementar, a utilização indevida de crédito continuou caracterizada. Neste particular, a legislação é mais rígida, ao proibir a utilização de carta de correção para o fim de demonstrar o crédito não destacado em nota fiscal.

Diz que foram anexadas ao PAF, as notas fiscais sem destaque do imposto e as notas fiscais com destaque a menos apresentadas pelo contribuinte (fls.52/144) e este foi intimado para apresentar outras, cuja entrega não havia sido feita à fiscalização quando solicitado. Afirma que da mesma forma, o defendente sequer deu-se ao trabalho de responder.

Quanto às infrações 05 e 06, aduz que também não procede a alegação de “*que não foi feito um demonstrativo nos autos*”. Frisa que como se pode comprovar com o manuseio do PAF, os demonstrativos de fls.174/182 (infração 05) e de fls. 183/187 (infração 06) bem justificam e detalham claramente as operações irregulares.

Ainda quanto à infração 06, observa que a autuada alega que se o valor do ICMS cobrado fosse devido, se converteria em crédito para abatimento no mesmo período, resultando em débitos e créditos que se anulariam, tornando improcedente a presente cobrança. Esclarece tratar-se de cobrança de diferença de alíquota nas aquisições de mercadoria destinada a uso e consumo do estabelecimento. Saliencia que tal cobrança é legal e não ampara qualquer tipo de creditamento, não se podendo falar em ofensa ao princípio constitucional da não-cumulatividade, porque as mercadorias adquiridas, neste caso, não se destinam à comercialização.

Registra ainda, que a autuada não contestou todas as infrações. Fez menção apenas às infrações 04, 05 e 06, omitindo-se quanto às demais irregularidades apontadas.

Refuta o pedido de juntada de documentos em momento posterior sob a alegação de que a documentação da empresa estaria em poder do fisco quando da apresentação da defesa. Diz que se pode verificar à fl.211 que a autuada recebeu toda a documentação, assim como os demonstrativos e documentos que compõem o PAF em 16/12/2013, quando da ciência do auto de infração. Assevera que a alegação de que a autuada não pôde defender-se porque não teria recebido a documentação é inverídica.

Contesta todos os pedidos formulados pela autuada, pugnando pela procedência total do Auto de Infração.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir crédito tributário consubstanciado na apuração de oito infrações à legislação do ICMS, descritas e relatadas na inicial.

Em sua defesa o sujeito passivo impugnou as infrações 04, 05 e 06, tendo silenciado em relação às infrações 01, 02, 03, 07, 08 e 09. Como o autuado não se manifestou, nem trouxe elementos que elidissem tais infrações, deve ser aplicado o disposto no art. 40, do RPAF/99, o qual determina que “*O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.*”. Portanto, ficam mantidas na

autuação. Assim, no caso em tela, a lide persiste em relação aos itens 04, 05 e 06 do Auto de infração, os quais passo a analisar.

O impugnante requereu a nulidade do lançamento fiscal, por cerceamento ao direito de defesa, afirmando que inexistiu no processo a forma como foi feita o cálculo dos juros e correção monetária, o que tornou impossível para a empresa exercer o direito de defesa consagrado na Constituição Federal. No que se refere às infrações 05 e 06, frisou também, que não foi feito um demonstrativo que deixasse claro a maneira como foram elaborados os cálculos para apurar as diferenças e possíveis pagamentos de imposto a menos, acaso realizados pelo autuado.

Ao contrário da alegação defensiva, nas fls. 150 a 209 está contida a documentação probatória das infrações, inclusive os demonstrativos do levantamento fiscal relacionando todas as notas fiscais, uma a uma, que fazem parte do levantamento fiscal. Às fls. 210 a 214 encontram-se o “Recibo de Entrega dos Demonstrativos” e “Entrega dos Livros e Documentos” que foram recebidos para fiscalização.

Quanto à alegada falta do demonstrativo a respeito do cálculo dos juros e correção monetária, observo que a planilha de débito de fls. 07/12 detalha o cálculo dos acréscimos monetários incidentes sobre o valor histórico das infrações, tais como juros, correção monetária e multa, discriminados por infração e por mês de ocorrência. Acrescento ainda, que possíveis valores devidos a título de correção monetária não fazem parte da acusação fiscal.

Não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal. O autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreveu as infrações, as fundamentando com a indicação dos documentos e demonstrativos específicos, bem como de seus dados e cálculos, assim como indicou o fundamento de direito.

Dessa forma, constato que não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito, as infrações 04 e 05 tratam respectivamente, da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a imposto não destacado no documento fiscal e a utilização de imposto em valor superior ao destacado na nota fiscal. Trata-se de aquisição de combustível e lubrificante (óleo diesel) mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária.

Compulsando os autos, vejo que o contribuinte não é optante pelo uso do crédito presumido baseado na receita bruta, previsto no inciso XI do art. 96 do RICMS/97, fazendo a apuração do ICMS de acordo com o conta corrente fiscal.

O ICMS, atendendo ao princípio da não-cumulatividade, deve ser apurado compensando-se o valor devido em cada operação ou prestação com o montante cobrado nas operações e prestações anteriores. Em favor desse princípio, a legislação ordinária do Estado da Bahia, estabeleceu uma exceção entre os produtos enquadrados no regime da substituição tributária, cuja fase de tributação encontra-se encerrada, permitindo a utilização dos créditos relativos à aquisição de combustíveis, desde que efetivamente utilizados na prestação de serviços de transporte intermunicipal e interestadual.

Se atendidos os requisitos previstos na legislação, é permitida a utilização de crédito fiscal de ICMS relativo a serviços de transporte interestadual ou intermunicipal, decorrente da aquisição de combustíveis (óleo diesel) para serem consumidos em tais serviços, realizados por empresa que utilizar frota própria caminhão, conforme expressa a alínea “f”, inciso I, art. 93 do RICMS/97 e com fundamento no art. 155, § 2º, I, CF/88.

O Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, prevê com relação ao aproveitamento dos créditos, o seguinte:

Art.93. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

1 - o valor do imposto anteriormente cobrado, relativo às aquisições ou recebimentos reais ou simbólicos:

(...)

f) de combustíveis, lubrificantes, óleos, aditivos e fluidos, desde que efetivamente utilizados na prestação de serviços de transporte intermunicipal e interestadual;

Ainda sobre a matéria em análise, a respeito da emissão de documento fiscal por contribuintes substituídos, assim dispõe o inciso V, § 1º do art. 359 do RICMS/97, *in verbis*:

Art. 359. O contribuinte substituído, na operação subsequente que realizar com mercadoria recebida com imposto retido ou antecipado, emitirá documento fiscal, sem destaque do imposto, que conterà, além dos demais requisitos exigidos, a seguinte declaração, ainda que por meio de carimbo: "ICMS pago por substituição tributária" (Ajuste SINIEF 4/93).

§ 1º Nas saídas, para este Estado, de mercadorias que já tiverem sido objeto de antecipação ou substituição tributária, o documento fiscal poderá conter o destaque do imposto, para aproveitamento como crédito fiscal pelo destinatário, nas hipóteses a seguir indicadas, não podendo o destaque do imposto ter base de cálculo superior à adotada para apuração do tributo efetivamente antecipado, quando conhecida pelo emitente do documento fiscal, ou valor superior ao preço de mercado das mercadorias, quando a base de cálculo do valor antecipado não for por ele conhecida, observada, em qualquer caso, a alíquota aplicável, devendo o remetente estornar o débito correspondente, no final do mês, no item "008 - Estornos de Débitos" do Registro de Apuração do ICMS:

V - combustíveis, lubrificantes e outras mercadorias destinadas a empresas de transporte, para emprego em prestações de serviços tributadas pelo ICMS, observada a ressalva constante no inciso XI do art. 96;

Há que se observar, entretanto, a ressalva de que somente as mercadorias que forem utilizadas na prestação de serviços darão direito ao crédito, na medida em que a legislação exige que tais materiais sejam efetivamente utilizados pela empresa para suas finalidades, e não simplesmente adquiridos ou consumidos em suas operações.

Importante também registrar, que as prestações internas de serviços de transporte de carga estão dispensadas do lançamento e do pagamento do ICMS incidente, sendo vedado o aproveitamento de quaisquer créditos fiscais, conforme previsto no art. 632, § 2º, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, *in verbis*:

Art. 632. Relativamente aos prestadores de serviços de transporte e às pessoas que portarem ou transportarem mercadorias ou bens, por conta própria ou de terceiro, observar-se-á o seguinte:

§ 2º Fica dispensado o lançamento e o pagamento do ICMS incidente nas prestações internas de serviços de transporte de carga, vedado o aproveitamento de quaisquer créditos fiscais e o destaque do imposto no Conhecimento de Transporte emitido para documentar a prestação.

Ante aos dispositivos retro transcritos, constata-se que o direito a utilização dos créditos fiscais glosados pelo Fisco ora em análise, requer obediência à condições como: os combustíveis adquiridos devem ser efetivamente utilizados na prestação de serviços de transporte e as prestações internas de serviços de transporte de carga estão dispensadas do lançamento e do

pagamento do ICMS incidente, sendo vedado o aproveitamento de quaisquer créditos fiscais a estas associadas.

Ressalto que as operações efetuadas com combustíveis e lubrificantes, mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, possuem regras próprias de tributação do ICMS, de acordo com as peculiaridades de caso concreto, existindo situações em que se permite ao adquirente a utilização dos créditos fiscais, desde que obedecidas as regras dispostas expressamente na legislação.

Nas razões defensivas o autuado alegou que todos os créditos tomados pela empresa são advindos do óleo diesel consumido na prestação de serviço de transportes, feito de acordo com a legislação do Estado. Disse que foi acusado de utilização indevida de crédito fiscal por falta do destaque destes na nota fiscal, mas que o próprio fundamento legal utilizado pelo autuante para fundamentar a autuação, não proíbe a utilização dos créditos, apenas condiciona a utilização mediante regularização da situação.

Saliento que o art. 93, § 5º, inciso I do RICMS/BA dispõe que somente será admitido o crédito fiscal do valor do imposto corretamente calculado, se o imposto for destacado a maior que o devido no documento fiscal, enquanto o art. 97, inciso VIII veda ao contribuinte, salvo disposição em contrário, creditar-se do imposto, qualquer que seja o regime de apuração ou pagamento do imposto, nas situações do § 5º do art. 93, em relação à parte excedente.

Observe que para o contribuinte utilizar-se de crédito fiscal referente a valores não consignados em documentos fiscais, torna-se necessário que o fornecedor da mercadoria ou serviço emita o respectivo documento fiscal complementar. Assim dispõe o § 4º do art. 93 do RICMS/97, que para melhor entendimento transcrevo:

Art. 93. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

§ 4º Quando o imposto não estiver destacado no documento fiscal ou o seu destaque tiver sido feito a menos, a utilização do crédito fiscal restante ou não destacado ficará condicionada à regularização mediante emissão de documento fiscal complementar, pelo remetente ou prestador, vedada a utilização, para esse fim, de "carta de correção" (art. 201, § 6º).

Da análise da determinação regulamentar, resta claro a vedação de utilização de crédito fiscal sem documento fiscal regular para legitimar a operação. Vejo que o próprio autuado entendeu perfeitamente a irregularidade apontada, tanto que em sua defesa disse corretamente que *a legislação não proíbe a utilização dos créditos, apenas condiciona a utilização mediante regularização da situação*. A condição expressa para possibilitar a utilização do crédito não destacado no documento fiscal é que fosse emitido documento fiscal complementar, pelo remetente ou prestador, o que não ocorreu. Observe que constam do PAF, as notas fiscais sem destaque do imposto e as notas fiscais com destaque a menos apresentadas pelo contribuinte (fls.52/144).

Desta forma, considerando que não consta dos autos elementos a provar que o autuado se enquadra nas condições previstas pela lei para que tenha direito a utilização de créditos fiscais decorrentes de aquisição de combustíveis, mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, concluo que as infrações 04 e 05 encontram-se devidamente caracterizadas.

A infração 06, refere-se a falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao uso e consumo do estabelecimento.

O defendente alegou que mesmo que o valor do ICMS cobrado fosse devido, tal valor se converteria em crédito para abatimento no mesmo período, resultando em débitos e créditos que se anulariam, tornando improcedente a presente cobrança.

Observo que a ocorrência do fato gerador para fins de pagamento da diferença de alíquotas conforme previsão do inciso IV, art. 4º da Lei 7.014/96, corresponde à entrada ou utilização, conforme o caso, da mercadoria, bem ou serviço, no estabelecimento do destinatário.

Ao contrário do entendimento do autuado, não existe previsão legal para utilização de crédito fiscal decorrente de aquisições de materiais para uso e consumo do estabelecimento.

Constato que os demonstrativos de fls. 183/187 detalham corretamente o cálculo para apuração do ICMS diferença de alíquotas devido, cálculo este não contestado pelo impugnante. Saliento que tal cobrança é legal e não dá direito a creditamento pelo autuado, não se podendo falar em ofensa ao princípio constitucional da não-cumulatividade, visto que as mercadorias adquiridas, neste caso, não se destinam à comercialização. Concluo que a infração 06 é subsistente.

Sobre a alegação defensiva de confiscatoriedade da multa, observo que a sua aplicação pelo descumprimento da obrigação principal neste processo é prevista em dispositivo legal, sendo que as alegações concernentes ao seu caráter confiscatório não devem ser apreciadas por estar prevista na lei e em face do disposto no artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o auto de infração **nº 300449.1200/13-6**, lavrado contra **TRANSPORTAR TRANSPORTES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.057.114,00**, acrescido da multa de 60% sobre R\$974.199,50, 70% sobre R\$102,24 e de 100% sobre R\$ 82.812,67, previstas no inciso II, alínea “b”, inciso VII, alínea “a”, inciso II, alínea “f”, e inciso III, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$5.118,50** prevista nos incisos XVIII alínea “c” e XIII-A alínea “i” todos do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de outubro de 2014.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR