

**PROCESSO** - A. I. Nº 087078.0001/06-2  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - HÉSTIA MINERAÇÃO LTDA.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0254-03/06  
**ORIGEM** - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA  
**INTERNET** - 19/12/2006

## **2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO CJF Nº 0498-12/06**

**EMENTA:** ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Descabimento de parte da exigência por se tratar de aquisição dentro deste Estado. Autuado reconheceu a parte remanescente da infração. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ÓLEO DIESEL. É admitida pela legislação vigente a utilização de crédito fiscal de combustíveis para mover equipamentos de transporte em processo extrativo de empresas de mineração. Restou caracterizado apenas descumprimento de obrigação de natureza acessória, com aplicação da penalidade prevista no art. 42, inciso XXII da Lei nº 7.014/96. Infração parcialmente subsistente. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela JJF prolatora do Acórdão nº 0254-03/06, que condenou o recorrida ao pagamento de ICMS no valor de R\$ 293,38, acrescido da multa de 60%, além de penalidade fixada no valor de R\$50,00.

As infrações consignadas no Auto de Infração importam em R\$ 53.042,27, mais acessórios, e estão descritas nos seguintes termos:

INFRAÇÃO 1- Deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo exigida a multa no valor de R\$207,38.

INFRAÇÃO 2- Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas em outras unidades da federação e destinadas a consumo do estabelecimento, no valor de R\$126,30.

INFRAÇÃO 3- Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a imposto não destacado em documento fiscal, no valor de R\$52.915,97.

Em sede de defesa, o contribuinte invoca o artigo 93, I, “e” do RICMS-BA, para sustentar o direito aos créditos decorrentes das operações de extração de minérios não metálicos (Granito Ornamental). Arrola os equipamentos imprescindíveis utilizados no processo produtivo - pá carregadeira, escavadeira e compressores – e os insumos - óleo diesel, brocas integrais, cone bits, taper bits -, os quais, segundo defende, são consumidos integralmente no processo extrativo. Esclarece que adquire o combustível de fornecedor cadastrado na SEFAZ e mediante documento idôneo, estando o insumo enquadrado no regime tributário da substituição tributária, o que torna despicando o destaque do ICMS.

Reconhece devida a infração 1, pois impossível se faz a prova do não recebimento da mercadoria em face do visto do Posto Fiscal consignado no documento respectivo.

No que pertine à infração 2, reconhece, igualmente, devida a autuação no que respeita às mercadorias adquiridas de Edmir Sergio Botelho, no valor de R\$ 860,00, acobertado pela Nota

Fiscal nº 0004162, emitida em 18/06/2003. Reconhece devido ainda o valor de R\$ 86,00, já recolhido, relativo às mercadorias oriundas da empresa baiana Minusa Transpeças Ltd., no valor de R\$403,00, acobertado pela Nota Fiscal nº 031029, emitida em 11/02/2004. Entende, porém, insubsistente a exigência de R\$ 40,30, em virtude da inexistência de diferenças a recolher.

Reiterando suas razões iniciais de defesa, sustenta que adquire o combustível de postos revendedores, os quais estão submetidos ao regime da substituição tributária, sendo, assim, devido o crédito fiscal, por força da incidência do artigo 93, I, “e” e § 1º, I, “b” e § 4º do RICMS-BA.

Reconhece, ao final, devido o valor residual de R\$ 4.982,99, pugnando pela retificação das notas fiscais, na forma do art. 93, para, assim, manter os créditos escriturados no livro próprio.

O exator confirma o reconhecimento empresarial quanto à infração 01 e parte da infração 02, refutando, contudo, a cobrança de R\$ 40,30, após rever seu posicionamento inicial.

Ratifica, ademais, a infração 3, ao fundamento de caracterização absoluta do tipo infracional, não logrando o contribuinte impugnar com sucesso a acusação fiscal.

Inicialmente a JJF registra o recolhimento dos valores atribuídos às infrações 1 e 2 – fl. 137-, desincumbindo-se o recorrente, ademais, da demonstração do descabimento do residual da infração 2, ao fundamento da aquisição da mercadoria no Estado da Bahia, o que afasta a cobrança de ICMS pela diferença de alíquotas. O exator, neste particular, adere às razões empresarias, reconhecendo, desta forma, a improcedência do residual. Neste diapasão, o ‘a quo’ decidiu pela insubsistência da parte impugnada da infração 2, liquidada em R\$40,30.

Na perspectiva ‘a quo’, a controvérsia derredor da infração 3 versa sobre a qualificação dos materiais utilizados no processo produtivo, se produto intermediário ou de uso e consumo.

Nesta toada, parte para avaliação axiológica dos materiais, tomando-se como referência salutar *“a atividade da empresa, pois determinado produto pode ser imprescindível a uma linha de produção e ser apenas para uso e consumo em outra.”*

Antes, porém, refere-se às operações de aquisição de combustíveis descritas pelo contribuinte, as quais, segundo a ótica empresarial, geraria crédito em seu favor, pois sujeitas ao regime da substituição tributária, e, por conseguinte, subsumidas ao artigo 93, I, “e” e § 1º, I, “b” e § 4º, do RICMS-BA. Reporta-se, ainda, às assertivas empresariais pelas quais os insumos não comporiam o produto final (blocos de granito), eis que consumidos integralmente no processo extrativo.

Expendeu seu convencimento no sentido do acatamento da tese empresarial, concluindo tratar-se o óleo diesel de insumo industrial, consumido no seu processo produtivo, gerando, desta forma, crédito em favor do autuado.

Em abono de sua inteligência, invoca, e transcreve, o Parecer de nº 2.439/99 procedente da GECOT/DITRI, e acórdão exarado pelo CONSEF.

Constata ainda a ausência de destaque do ICMS nos documentos fiscais, o que, na perspectiva ‘a quo’, não inviabiliza o creditamento, a teor do § 2º do artigo 359 do RICMS-BA, uma vez que restou incontroversa a aquisição do combustível. Trata-se, pois, de mera infração de natureza formal, que não elide o direito ao crédito.

No que pertine ao reconhecimento do valor residual de ICMS no importe de R\$ 4.982,99, decorrente de compensação dos débitos com os créditos de outros insumos, decidiu o ‘a quo’ pela renovação da ação fiscal, em virtude de trata-se de movimentação do conta-corrente distinta da descrita no presente auto, o que *“modifica e transforma o fulcro da autuação.”*

## VOTO

O objeto do presente Recurso de Ofício se circunscreve a parte da infração 2, representada pelo valor de R\$40,30 e a infração 3, esta consistente na utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a imposto não destacado em documento fiscal.

Descabe a cobrança do residual acusado na infração, visto que restou irrefutavelmente provada a aquisição da mercadoria no Estado da Bahia, o que afasta a cobrança de ICMS pela diferença de alíquotas. Vale salientar que o próprio exator, após revisão de seu posicionamento, reconheceu a ilegalidade da exigência. Mantenho a Decisão primária, devendo os valores já recolhidos ser homologados.

No que concerne a infração 3, andou bem o *‘a quo’*, cuja inteligência encontra amparo em Parecer técnico da DITRI e decisões exaradas por este referido CONSEF.

Tomando como parâmetro a atividade desenvolvida pelo autuado, a JJF entendeu, acertadamente, que o óleo diesel utilizado no processo produtivo se constitui em lídimo insumo industrial, sujeito à consumação integral, o que atrai a incidência do artigo 93, I, “e” e § 1º, I, “b” e § 4º, do RICMS-BA.

Igualmente acertada a preservação dos créditos empresariais em face da ausência de destaque do ICMS nos documentos fiscais, consoante garante o § 2º do artigo 359 do RICMS-BA. Tal infração possui natureza formal, não sendo revestida da virtude de frustrar o creditamento.

No que toca ao reconhecimento empresarial de débito tributário no valor de R\$ 4.982,99, por conta da compensação dos débitos com os créditos de outros insumos, entendo, convergentemente com o *‘a quo’*, que a apuração transcende o vertente procedimento, devendo instaurar-se nova ação fiscal neste desiderato específico.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e mantenho, desta forma, a Decisão recorrida por seus próprios fundamentos, devendo ser homologados os valores comprovadamente recolhidos.

Observo, não obstante, a presença de erro material na Resolução pertinente ao Acórdão nº 0254-03/06, cuja exigência fiscal referente à infração 1 no valor de R\$207,36 corresponde a penalidade por descumprimento de obrigação acessória, enquanto ali está indicado como sendo ICMS. Conseqüentemente, fica aqui retificado tal equívoco, com base no §3º, art. 164, do RPAF/BA.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **087078.0001/06-2**, lavrado contra **HÉSTIA MINERAÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$86,00**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas no valor total de **R\$257,36**, previstas no artigo 42, IX e XXII, da mencionada lei, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de novembro de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

BENTO LUIZ FREIRE VILLA-NOVA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS