

**A. I. N°** - 087078.0001/06-2  
**AUTUADO** - HESTIA MINERAÇÃO LTDA.  
**AUTUANTE** - ARQUINTO PINHEIRO DE SOUZA  
**ORIGEM** - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA  
**INTERNET** - 19/09/06

### 3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0254-03/06

**EMENTA:** ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. 2. 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. 3. 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. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 31/03/2006, exige ICMS no valor total de R\$53.042,27, com multa aplicada de 60%, além de penalidade por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$207,38, conforme discriminado a seguir:

Infração 01- 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 02- 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 03- Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a imposto não destacado em documento fiscal, no valor de R\$52.915,97.

O autuado apresenta impugnação, às fls. 131 a 136, arguindo preliminarmente, que opera com atividade extrativa de mineral não metálico (Granito Ornamental), sendo utilizado para o processo de produção, os equipamentos: pá-carregadeira, escavadeira e compressores, que são movidos à óleo diesel. Diz que no processo produtivo são utilizados insumos como: óleo diesel, brocas integrais, cone bits, taper bits. Afirma que os referidos insumos não compõem o produto final (blocos de granito), todavia são consumidos integralmente no processo extrativo, cujo aproveitamento do crédito está amparado no artigo 93, I, “e” do RICMS-BA. Diz que o defendente adquire óleo diesel em posto revendedor, por não alcançar a cota mínima mensal de 10.000 litros, para adquirir o referido produto diretamente do Distribuidor de Combustíveis, que nesse caso destacaria normalmente o imposto, o que não ocorre com o posto revendedor que está submetido

ao regime de substituição tributária. Quanto à infração 01, diz que apesar do visto do Posto Fiscal no documento, a mercadoria não foi entregue ao autuado, contudo, não tem como provar tal fato, e, por isso, reconhece a exigência fiscal, acostando aos autos cópia do DAE (fl.137). Com relação à infração 02, diz que o material adquirido da empresa Edmir Sergio Botelho, no valor de R\$860,00, acobertado pela nota fiscal nº 0004162, emitida em 18/06/2003, por um equívoco, não foi recolhida a diferença de alíquota. Quanto ao material adquirido da Minusa Transpeças Ltda, no valor de R\$ 403,00, acobertado pela nota fiscal nº 031029, emitida em 11/02/2004, foi adquirida no Estado da Bahia, conforme cópia acostada ao processo (fl. 141), por conseguinte reconhece o valor de R\$ 86,00 e procedeu ao devido recolhimento (fl. 137) . Quanto ao valor de R\$40,30, requer a improcedência da exigência fiscal, tendo em vista que não há diferença de alíquota a recolher. Quanto à infração 03, alega que o produto adquirido, óleo diesel, é tributado e em consequência disso entende que tem direito ao crédito fiscal com as operações que gerem débitos fiscais, consoante disposto no artigo 93, I, “e” e § 1º, I, “b” do RICMS-BA. Acrescenta que não adquire o combustível de Distribuidor, que normalmente destaca o valor do ICMS em seu documento fiscal, e que os varejistas (postos revendedores), não estão obrigados a destacar o referido imposto, em razão do regime de substituição tributaria a que estão submetidos. Salaria que apesar da inexistência de destaque nas notas fiscais dos varejistas de combustível, o imposto encontra-se embutido no preço, conforme artigo 359, § 1º, I do RICMS-BA. Cita o § 4º do artigo 93 do aludido diploma legal que preleciona que a utilização do crédito fiscal não destacado, ficará condicionado à regularização mediante documento fiscal complementar pelo remetente ou prestador, vedada a utilização, para este fim, de carta de correção. Argumenta que o termo “utilizou” indevidamente crédito fiscal, na prática não ocorreu, pois foi lançado no livro Registro de Apuração do ICMS como crédito e a utilização efetiva foi menor que o valor creditado, conforme demonstrativo acostado ao processo (fls. 138 a 140). Conclui o seu arrazoado, alegando que o produto adquirido é tributado e gera crédito do ICMS, que o produto foi adquirido dentro da legalidade e com documento idôneo, que o artigo 93 § 4º do RICMS-BA possibilita a retificação de documentos fiscais que não contenha o destaque do imposto e que os créditos fiscais foram lançados no livro Registro de Apuração do ICMS, porém não foram compensados integralmente, sendo mais sensato desconsiderar os créditos em questão e compensar os débitos com os créditos de outros insumos, restando, por conseguinte um valor a recolher de R\$4.982,99. Solicita ainda o direito de retificar as notas fiscais de acordo com o artigo citado, mantendo os créditos escriturados no livro próprio. Conclui, requerendo a redução do débito para R\$4.982,99, conforme demonstrativo acostado aos autos (fls. 138 a 140).

O autuante, por sua vez, em sua informação fiscal às folhas 145 e 146, diz que com relação a infração 01, o defendente reconheceu integralmente a exigência fiscal. Quanto à infração 02, alega que o autuado reconheceu o valor de R\$ 86,00, e solicita a improcedência do valor de R\$ 40,30, admitindo que cometeu equívoco, tendo em vista que a mercadoria foi adquirida no Estado da Bahia. Com relação à infração 03, diz que “como se sabe a responsabilidade por infração independe da intenção do agente, bem como da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato, porquanto não compete aqui analisar se houve ou não intenção de cometê-la, mas tão só se a infração ocorreu”. Salaria que no caso examinado ficou provado através de documentos a infração praticada pelo contribuinte, e que o autuado em nenhum momento alega que não a tenha cometido. Conclui, solicitando a procedência da autuação, homologando-se os valores recolhidos.

## **VOTO**

O Auto de Infração em lide foi lavrado para exigir ICMS no valor total de R\$53.042,27, com multa aplicada de 60%, além de penalidade por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$207,38.

Da análise das peças processuais, constato que o autuado reconheceu a integralidade da infração 01, no valor de R\$207,36, tendo recolhido o imposto exigido conjuntamente com parte da infração 02, no valor de R\$86,00, através de DAE cuja cópia encontra-se acostada aos autos (fl.137). Quanto ao saldo remanescente da referida infração 02, o autuado comprova a insubsistência da imputação fiscal, tendo em vista que a mercadoria foi adquirida no Estado da Bahia, e neste caso, não há que se falar em exigência do imposto a título de diferença de alíquotas, comprovando sua assertiva acostando cópia da nota fiscal nº 31029, emitida pela Minusa Tratorpeças Ltda (fl.141). O autuante, por sua vez reconhece que cometeu equívoco ao exigir o imposto sob esta modalidade, e pede a improcedência de parte deste item. À luz dos documentos anexados ao PAF, verifico que procedem as alegações defensivas e julgo insubsistente o item da infração 02, no valor de R\$40,30.

Quanto à infração 03, constato que se trata de óleo diesel adquirido em postos revendedores de combustíveis, cujo crédito fiscal foi aproveitado pelo defendente. Diz o autuado que adquire óleo diesel em posto revendedor, por não alcançar a cota mínima mensal de 10.000 litros, para adquirir o referido produto diretamente do Distribuidor de Combustíveis, que nesse caso destacaria normalmente o imposto, o que não ocorre com o posto revendedor que está submetido ao regime de substituição tributária. Aduz que os referidos insumos não compõe o produto final (blocos de granito), todavia são consumidos integralmente no processo extrativo, cujo aproveitamento do crédito está amparado no artigo 93, I, “e” do RICMS-BA. Nesta infração do presente PAF, a dúvida estabelecida consiste basicamente na questão do que a legislação fiscal considera produto intermediário ou de uso e consumo. Entendo que esta definição deve ser interpretada sob a ótica da atividade da empresa, pois determinado produto pode ser imprescindível a uma linha de produção e ser apenas para uso e consumo em outra.

A GECOT/DITRI através do parecer de nº 2.439/99 assim se expressa:

“Relativamente à aquisição de óleo diesel para utilização nas máquinas usadas na atividade de mineração temos a expor que esta GECOT em resposta a consultas formuladas por contribuintes que exercem a mesma atividade econômica do autuado reiteradas vezes manifestou entendimento no sentido de que tal produto é considerado insumo industrial uma vez que é consumido no referido processo gerando o direito à utilização do crédito do imposto incidente sobre sua aquisição em conformidade com os seguintes dispositivos regulamentares: artigos 94 II “a” e 95 do RICMS-BA aprovado pelo Decreto nº 2.460/89; Art. 93 I “b” e § 3º dos Regulamentos do ICMS aprovados pelos Decretos nº 5.444/96 e 6.284/97”.

Entendo que o parecer opinativo da DITRI é bastante elucidativo e claro quanto à mercadoria ÓLEO DIESEL inclusive informando que é o entendimento dessa Diretoria, que tal produto é considerado insumo industrial, sendo esta a resposta dada a diversas consultas realizadas à contribuintes, cuja atividade é a mesma do autuado. Esta explanação me leva ao convencimento de que o óleo diesel gera o direito ao crédito fiscal ao autuado, porque se trata de insumo industrial, consumido no seu processo produtivo.

Diversos julgados deste Consef pacificaram o entendimento de que o crédito fiscal de óleo diesel deve ser apropriado por empresas mineradoras que utilizam veículos na atividade extrativa. A exemplo do Acórdão 2230/00, o qual transcrevo abaixo:

***“ACÓRDÃO CJF Nº 2230/00***

***EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MATERIAL DE USO OU CONSUMO. a.1) OLÉO DIESEL. O óleo diesel dentro da atividade da empresa é considerado insumo industrial, gerando direito ao crédito do imposto.***”

Quanto à acusação fiscal de que o remetente não destacou o ICMS no documento fiscal para efeito de crédito fiscal pelo destinatário, verifico que os documentos fiscais acostados ao PAF

comprovam a efetiva aquisição dos produtos. À luz do § 2º do artigo 359 do RICMS-BA, não sendo destacado o crédito fiscal no documento emitido pelo substituto tributário, poderá o destinatário utilizar o crédito, nas aquisições efetuadas neste Estado adotando o procedimento de emitir Nota Fiscal para este fim, tendo como natureza da operação "Recuperação de crédito" e indicar ou relacionar na Nota Fiscal o documento de aquisição, e calcular sobre o valor total o crédito a ser utilizado, pela alíquota vigente para as operações internas, não podendo o destaque do imposto ter base de cálculo superior ao preço de mercado das mercadorias. No presente caso, constato que o defendente não adotou as referidas disposições regulamentares, entretanto trata-se de mero descumprimento de obrigação acessória de caráter formal que não descaracteriza o direito ao crédito.

Quanto ao valor de R\$4.982,99, reconhecido pelo autuado, entendo que se trata de outra movimentação no seu conta-corrente, e, portanto, deverá ser objeto de novo procedimento fiscal, haja vista que sendo exigido o imposto em decorrência de diferença no conta-corrente do ICMS, modifica e transforma o fulcro da autuação. Voto pela improcedência da infração 03, devendo ser aplicada a multa de R\$ 50,00 prevista no artigo 42, XXII, da Lei 7.014/96, por descumprimento de obrigação acessória.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme demonstrativo abaixo, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

INFRAÇÃO Nº	CONCLUSÃO	IMPOSTO	MULTA
1	PROCEDENTE	207,38	
2	PROCEDENTE EM PARTE	86,00	
3	PROCEDENTE EM PARTE		50,00

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **087078.0001/06-2**, lavrado contra **HESTIA MINERAÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$293,38**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais além de penalidade fixa no valor de **R\$50,00** prevista no artigo 42, XXII, da mencionada Lei, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de julho de 2006.

ARIVALDO SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR