

**PROCESSO** - A. I. Nº 269283.0008/07-2  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - ARGAMASSA DA BAHIA LTDA.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 1ª JJF nº 0194-01/10  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**INTERNET** - 08/10/2010

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0311-12/10

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. É admissível o crédito fiscal quando a mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária -cimento- for utilizada como insumo no processo produtivo da empresa, mesmo não havendo destaque do imposto na nota fiscal. Fato comprovado mediante diligência realizada pela ASTEC/CONSEF. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão JJF nº 0194-01/10, a qual julgou Improcedente o Auto de Infração, lavrado em 24/09/2008, onde do autuado era exigido um débito de R\$369.503,74, valor acrescido de multa igual a 60% do total, em face do cometimento da seguinte infração:

*“INFRAÇÃO 1 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a imposto não destacado em documento.”*

O autuado, através de seus advogados legalmente constituídos, apresentou sua defesa às fls. 470/484, impugnando, assim, o Auto de Infração em discussão. Antes de entrar no mérito da causa, alegou a nulidade da autuação, haja vista ter sido violado o princípio da ampla defesa. Justificou a sua afirmativa dizendo que o auditor fiscal apenas indicou o fundamento jurídico, sem lhe fornecer qualquer respaldo fático.

Aduz que a autuação impugnada não apresenta sequer o número das notas fiscais referentes às operações escrituradas, tornando impossível à Impugnante a elaboração de sua defesa, já que não lhe foram fornecidos os dados fáticos elementares da infração que lhe é imputada.

Adentrou no mérito da causa, argumentando que o crédito fiscal existe, não havendo contestação de seu valor. Não há qualquer descumprimento de dever instrumental que seja imputado ao impugnante, mas sim, ao responsável pela emissão de nota fiscal decorrente de operação anterior à ora tributada.

Citou os arts. 20 e 23 da Lei Complementar nº 87/96, alegando que da leitura dos já citados artigos, constata-se que inexistente qualquer autorização legal para que o gozo do princípio da não-cumulatividade seja condicionada à satisfação de qualquer obrigação acessória, como por exemplo: a emissão de nota fiscal com destaque da alíquota de ICMS recolhido por pessoa diversa àquele que irá creditar-se, como é a hipótese dos autos.

Assentou que o documento fiscal deve ser idôneo, ou seja, deve denotar verdadeira operação com correlata circulação de mercadoria. A certeza da realização de operação e circulação de mercadoria denota a existência de crédito de ICMS, e de sua validade.

Destacou que resta patente que o princípio da não-cumulatividade em que se possibilita ao contribuinte do ICMS compensar os valor

entrada, quando do momento da saída, devidamente registrado em escrita fiscal, e que, conforme previsto no art. 146 da Carta Maior, somente pode ser regulamentado mediante Lei Complementar.

Asseverou que o crédito utilizado pelo Impugnante é incontroverso, existe, e seu quantum não foi refutado pelo agente autuado, havendo tão-somente suposta alegação de que não foi atendido dever instrumental para concretização do citado crédito.

Noutro viés, ressaltou importar esclarecer que a conduta exercida por qualquer contribuinte de ICMS de não destacar o referido imposto nas notas fiscais por ele emitidas, não impede que seja erigida obrigação tributária, cujo dever é recolhimento de determinada quantia em prol do erário. O não destaque do *quantum* de ICMS em nota fiscal implica em descumprimento de dever instrumental, que, por sua vez, implica em aplicação de multa de caráter punitivo.

Concluiu a sua peça jurídica requerendo que seja declarada a nulidade do Auto de Infração em tela, com fulcro nos art. 18, II e 20 do RPAF/BA. Caso não se reconheça a nulidade, pede seja declarada insubsistente a infração apontada.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 501/502, na qual contesta o argumento defensivo, citando e transcrevendo os artigos 91 e 93, §4º do RICMS/BA, para afirmar que a legislação claramente explica que o crédito fiscal não destacado nos documentos fiscais somente poderia ser aproveitado mediante a emissão de documento fiscal complementar pelo remetente, o que não ocorreu em nenhum caso.

Finaliza mantendo a autuação.

O processo foi diligenciado à ASTEC pela Junta de Julgamento Fiscal para que fosse verificado se o autuado utilizava o cimento adquirido no processo produtivo da empresa.

Em Parecer nº 046/2010, a ASTEC/CONSEF, através do ilustre auditor diligente João Vicente Costa Neto, esclareceu que não foi possível efetuar a visitação para conhecer o processo produtivo do autuado, pois lhe foi informado que a empresa, mesmo à época da autuação, não desenvolvia mais a atividade industrial, atuando, hoje, apenas com a atividade de representação comercial e corretagem na compra, venda e avaliação de imóveis. Acrescenta que isso impossibilitou a sua manifestação de forma objetiva sobre a efetiva utilização do cimento adquirido pelo autuado e objeto da autuação.

Todavia, concluiu dizendo que, mesmo não sendo possível a visita técnica ao estabelecimento da empresa, de acordo com o apurado nos registros dos livros fiscais apresentados, todo cimento adquirido foi utilizado como insumo de seu processo produtivo, nos moldes arguidos quando de sua impugnação ao referido Auto de Infração.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal exarou o seu entendimento a respeito do caso em lide, julgando improcedente o Auto de Infração epigrafado no processo.

Ressaltou a princípio, quanto ao pedido de nulidade arguido, que não merece prosperar a pretensão defensiva, haja vista que o Auto de Infração foi lavrado com a observância do art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, incorrendo qualquer das hipóteses previstas no art. 18 do mesmo diploma regulamentar processual que inquine de nulidade o lançamento.

No que tange ao mérito da causa, transcreveu os artigos 91, 93(§4º) a fim de mostrar que, caso o imposto não esteja destacado no documento fiscal ou o seu destaque tiver sido feito a menos, a utilização do crédito fiscal restando ou não destacado ficará condicionada à regularização mediante emissão de documento fiscal complementar, pelo remetente.

Citou o artigo 353, inciso II, item 14 do RICMS/BA, afirmando com fulcro nesse artigo que o cimento se encontra enquadrado no regime de substituição tributária, sendo atribuída ao remetente a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS relativo à operação ou operações subsequentes a serem

neste Estado.

Transcreveu o artigo 355, inciso III, no qual fica patente que se o estabelecimento adquirir mercadoria destinada à industrialização, descabe a retenção ou antecipação do imposto, significando dizer que o uso do crédito fiscal pelo contribuinte adquirente das mercadorias é legítimo.

A diligência solicitada pela Junta de Julgamento Fiscal trouxe como resultado, refletido no Parecer ASTEC Nº 046/2010, que todo cimento adquirido pelo autuado foi utilizado no processo produtivo da empresa como insumo de produção. Logo, o crédito fiscal encontra amparo legal no caso em tela.

Ressaltou ainda, que, como inexistente nos autos qualquer indicação de que o contribuinte não tenha observado o que determina o artigo 359, §2º, inciso I e II do RICMS/BA, não há como se falar em aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória.

Concluiu sua análise fiscal, julgando o Auto de Infração improcedente. Por conseguinte, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, recorreu de ofício da sua Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

## VOTO

Compulsando os autos, verifiquei que a Decisão da 1ª Instância encontra amparo legal, ou seja, não cabe retenção ou antecipação do ICMS. Portanto, é legítimo o uso do crédito fiscal pelo contribuinte, amparado pelo inciso III do art.355 do RICMS/BA, já que se tratou de aquisição de mercadorias utilizadas como insumos diretos no processo produtivo de industrialização do contribuinte. A própria ASTEC, em seu Parecer exarado nos autos, assevera que todo o cimento adquirido pelo autuado participou do processo produtivo na condição de “*insumo de produção*” com base na averiguação documental acessada.

No que tange ao previsto no art. 359, §2º, incisos I e II do RICMS/BA, entendo que, como bem firmou a Decisão de 1ª Instância, inexistente qualquer evidência de violação do que preceitua o referido artigo, ou seja, não existe nos autos inobservância do mesmo.

Desta forma, uma vez que o autuado cumpriu todas as exigências fiscais da legislação aplicável, fica comprovada a legitimidade do seu crédito fiscal lançado, restando indevida a autuação no termos lavrados no Auto de Infração em epígrafe.

Por conseguinte, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para manter inalterada a Decisão recorrida.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho da Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269283.0008/07-2**, lavrado contra **ARGAMASSA DA BAHIA LTDA.**

Sala de Sessões do CONSEF, 09 de setembro de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – RELATOR