

PROCESSO - A.I. Nº 207106.0013/02-8  
RECORRENTE - FRANCISCO DE ASSIS COSME  
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ªJJF nº 0158-03/03  
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA  
INTERNET - 30.09.03

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0483-11/03

**EMENTA: ICMS.** UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO FISCAL. AQUISIÇÃO DE MATERIAL PARA USO E CONSUMO. Vedada a utilização do crédito fiscal nas aquisições de materiais, mercadorias, bens ou serviços por empresa com atividade mista, nos termos do art. 97, III, do RICMS. Infração cabível. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 30/09/2002, exige ICMS no valor de R\$ 33.203,88 em decorrência da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Utilização de crédito indevido de ICMS oriundo de compra de mercadorias destinadas à prestação de serviços com incidência de imposto municipal (ISS). A mercadoria é destinada a serviço com destaque de Nota Fiscal Municipal de prestação de serviços.

O recorrente apresentou Impugnação às fls. 31 a 34 alegando que não concorda com a assertiva da autoridade fiscal de que as aquisições das mercadorias foram utilizadas na prestação de serviços, pois em nenhum momento comprovou que ditas mercadorias foram utilizadas no balanceamento de pneus. Aduz que por ocasião da aquisição dos contrapesos, utilizou-se do CFOP 1.12 ou 2.12, caracterizando sua clara intenção de comercializar o mencionado produto.

Acosta aos autos, cópias de notas fiscais de saídas, referentes à comercialização das mercadorias objeto do Auto de Infração, com o fito de provar que as mesmas foram comercializadas, razão da utilização do crédito fiscal, por ocasião das aquisições e do destaque do ICMS nas operações de saídas. Ressalta que se prevalecesse o entendimento do auditor fiscal, teria que estornar o débito do ICMS das mercadorias constantes nas notas fiscais de saídas, sob pena de ferir o princípio da não-cumulatividade. Discorre sobre os princípios da legalidade e da tipicidade, e conclui que o auditor fiscal está aplicando-lhe um confisco pela eleição como tributável de situação em que não ocorreu o fato gerador do tributo.

O autuante presta informação fiscal, fls. 77 a 80 mantendo a autuação por entender que o Auto de Infração reclama um crédito sobre contrapesos que foram aplicados no balanceamento de pneus. Afirma que as mercadorias foram adquiridas durante um período de 09 meses em diversas notas fiscais fracionadas e o recorrente, quando devidamente intimada, apresentou Notas Fiscais de devolução referente a todas as mercadorias recebidas durante aquele período feitas de uma única vez, em notas fiscais seqüenciadas. Conclui que o recorrente de uma única vez “devolveu” todas as mercadorias adquiridas no período de 09 meses e por coincidência estavam entre as últimas Notas Fiscais emitidas. Entende que a devolução ocorreu apenas para cobrir o estoque, para que não se apurasse diferença no levantamento quantitativo.

O recorrente ao tomar ciência da informação fiscal, manifesta-se no PAF, às fls. 90 a 91, e questiona que se houvesse a transferência dos produtos da filial situada na Bahia para o Piauí, com destaque na nota fiscal, qual seria a irregularidade cometida? Reafirma todos os argumentos expostos por ocasião de sua defesa.

A 3ª JJF do CONSEF após analisar as peças processuais julgou Procedente o Auto de Infração. Sustenta que o recorrente por exercer atividade mista não tem direito à utilização do crédito

fiscal nas aquisições de materiais, mercadorias bens ou serviços, nos termos do art. 97, III, do RICMS.

Aduz, ainda, que as notas fiscais que o recorrente junta em sua defesa, para comprovar as saídas das mercadorias, fls. 41 a 43, são de transferência. Portanto, não demonstram a efetiva saída tributada das referidas mercadorias (contra-pesos).

Por fim, ressalta que em consulta à Arrecadação do recorrente na SEFAZ, através da DARC-GEIEF, constatou que aquela não recolheu o ICMS durante todo o exercício de 1998 e 1999 (períodos relativos ao Auto de Infração).

Remetidos os autos para a PGE/PROFIS para análise e Parecer, esta, sustenta que não há argumentos convincentes para considerar devidos os créditos fiscais utilizados, razão pela qual a Decisão recorrida deverá ser mantida.

Em razão disso, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

## VOTO

Após análise dos autos, verifico que o recorrente nas razões de seu Recurso Voluntário limitou-se em reiterar, literalmente, os argumentos apresentados em sua Impugnação de fls. 31 a 34. Afirma que a Decisão ora recorrida viola o princípio constitucional da não-cumulatividade (art. 155, § 2º, I da CF/88).

O recorrente ao realizar o serviço de balanceamento de pneus utiliza contrapesos na sua execução. Exerce, portanto, atividade mista, ou seja, fornece mercadorias juntamente com a prestação de serviços, conforme demonstram os documentos constantes às fls. 27 e 81 do presente PAF.

Assim, não pode o recorrente utilizar o crédito de ICMS das mercadorias adquiridas (contrapesos) na prestação de serviços, nos termos do art. 97, III do RICMS.

Outrossim, verifico que as notas fiscais apresentadas pelo recorrente, para comprovar as saídas das mercadorias (fls. 41 a 43) são de transferências, razão pela qual não comprovam a sua efetiva saída tributada.

Ante o exposto, por não constatar nos autos fatos ou fundamentos capazes de alterar o julgado, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter, na íntegra, a Decisão recorrida.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 207106.0013/02-8, lavrado contra FRANCISCO DE ASSIS COSME, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$33.203,88, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de setembro de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

MARCOS ROGÉRIO LYRIO PIMENTA – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS