

**A. I. Nº** - 207106.0013/02-8  
**AUTUADO** - FRANCISCO DE ASSIS COSME  
**AUTUANTE** - CHARLES BELINE CHAGAS OLIVEIRA  
**ORIGEM** - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA  
**INTERNET** - 14/05/2003

### 3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0158-03/03

**EMENTA:** ICMS. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO FISCAL. AQUISIÇÃO DE MATERIAL PARA USO E CONSUMO. É vedada a utilização do crédito fiscal nas aquisições de materiais, mercadorias, bens ou serviços por empresa com atividade mista, isto é, empresa que efetue venda ou que forneça mercadorias juntamente com a prestação de serviços, assegurando-se, no entanto, a recuperação do crédito quando as saídas ou os fornecimentos forem tributados pelo ICMS, atendida a devida proporcionalidade, o que não foi comprovado pelo autuado. Auto de Infração **PROCEDENTE**. 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 a 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 autuado ingressa com defesa, fls. 31 a 34, e aduz 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, e mantém a autuação, entendendo “que o Auto de Infração reclama um crédito sobre contrapesos que foram aplicados no balanceamento de pneus. A empresa autuada alega uma suposta devolução de suas mercadorias que foram adquiridas por transferência junto a sua matriz em outra unidade da Federação. As mercadorias

foram adquiridas durante um período de 09 meses em diversas notas fiscais fracionadas e a Autuada, quando devidamente intimada, apresentou Notas Fiscais de devolução referente a todas as mercadorias recebidas durante o período de 09 meses de uma única vez, em notas fiscais sequenciadas. Em resumo, com apenas uma tacada “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 que supostamente comprovasse a cobertura das mercadorias apuradas na diferença de estoque, conforme levantamento fiscal, bem como, efetuar uma transferência fraudulenta de crédito fiscal, prejudicando, não só ao Estado da Bahia, como também ao Estado do Piauí. Assevera que não consta nos registros do CFAMT, a nota fiscal referente à circulação das mercadorias cujas diferenças foram apuradas. Ao contrário, existem registros de apenas as que foram remetidas para a Autuada. Anexa declaração de um cliente que já utilizou os serviços da empresa e atesta que o material (contrapeso) foi empregado no balanceamento efetuado pela empresa. Aponta que não há nenhum registro de que o contribuinte efetuou uma única venda dessas mercadorias para quem quer que fosse, mas transferiu as ditas mercadorias para a matriz.

O autuado 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.

## **VOTO**

Trata-se de Auto de Infração no qual foi detectado a utilização indevida de crédito fiscal referente a aquisição de mercadorias (contrapesos), destinadas à prestação de serviços com incidência de imposto municipal (ISS).

O autuante entendeu que estas mercadorias foram destinadas à prestação de serviços que estariam sujeitas à incidências do ISS (Imposto sobre serviços), e na informação fiscal, declara que “não é nem preciso perícia para comprovar que no balanceamento de pneus automotores é necessária a aplicação do contrapeso na prestação de serviço”. Fez ainda a juntada de uma declaração do Sr. Mozart Bulhões Ferreira, fl. 81, onde consta que este cliente utilizou os serviços de balanceamento de pneus na empresa autuada, e que foram utilizados contrapesos na sua execução.

Não obstante estas informações, consta no documento de informações cadastrais do contribuinte, INC - Informações do Contribuinte, de fl. 27, que o autuado exerce a atividade de “comércio a varejo de peças e acessórios para veículos automotores”, conforme sua inscrição no cadastro Estadual de nº 048.842.806.

Contudo, tudo indica que o autuado se dedica à atividade de vendas de mercadorias e à prestação de serviços, na qual emprega os materiais citados nesta autuação. Tipicamente uma atividade mista, na qual presta serviços, atividade sujeita ao ISS, e emprega materiais nesta prestação, que estão sujeitos à incidência do ICMS. Portanto, na prestação de serviços de balanceamento de pneus, os materiais aí empregados devem ser tributados pelo ICMS, o que coaduna-se com o disposto no Decreto-Lei nº 406/68, no art. 8º, com a redação introduzida pelo art. 3º, inciso VII, do Decreto-Lei nº 834/69, com as alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 56, de 15 de dezembro de 1987, a chamada Lista de Serviços, no item 69 – Conserto, restauração, manutenção e conservação de máquinas, veículos, motores, elevadores ou de qualquer objeto (exceto o fornecimento de peças e partes, que fica sujeito ao ICMS).

Tratando-se de atividade mista, o Regulamento do ICMS no art. 97, III, veda a utilização do crédito fiscal nas aquisições de materiais, mercadorias, bens ou serviços por empresa com atividade mista, isto é, empresa que efetue venda ou que forneça mercadorias juntamente com a prestação de serviços, assegurando-se, no entanto, a recuperação do crédito quando as saídas ou os fornecimentos forem tributados pelo ICMS, atendida a devida proporcionalidade.

No relatório de fl. 06, estão listadas as notas fiscais cujos créditos das mercadorias, contrapesos, foram considerados indevidos. Estas mercadorias foram supostamente, transferidas do estabelecimento sito no Estado do Piauí, através das notas fiscais nº 15721, 5529, 15530, 15853, 17032 e 18190, setembro, outubro de 1998 e janeiro e abril de 1999, que contêm o destaque do ICMS.

As notas fiscais que o autuado junta em sua defesa, para comprovar as saídas destas mercadorias, fls. 41 a 43, são de transferências, foram emitidas em data posterior às suas aquisições (em 02/08/99), não possuem destaque do imposto, pois estão com os campos de base de cálculo do ICMS e do valor do ICMS, rasurados, e ainda estão carimbadas com a observação “ICMS retido fonte Decreto nº 6.284/97”, portanto não se prestam para comprovar a efetiva saída tributada destas mercadorias (contra-pesos).

Ademais, em Consulta à Arrecadação do contribuinte, na SEFAZ, através da DARC-GEIEF, constatei que o autuado não recolheu ICMS durante todo o exercício de 1998 e de 1999, períodos relativos a este Auto de Infração.

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 **207106.0013/02-8**, lavrado contra **FRANCISCO DE ASSIS COSME**, devendo ser intimado o autuado 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 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de maio de 2003

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR