

PROCESSO - A.I. N° 206828.0010/03-6
RECORRENTE - MOVEL MOTORES E VEÍCULOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Ac. 4^a. J.J.F n° 0118-04-04
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 13.07.04

2^a CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0150-12/04

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO USO E CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. É devido o pagamento do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual nas aquisições efetuadas em outras unidades da Federação destinadas ao uso e consumo do estabelecimento. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. BENS UTILIZADOS EM ATIVIDADES ALHEIAS AO ESTABELECIMENTO. A norma regulamentar do Estado considera como bens alheios à atividade do estabelecimento aqueles adquiridos para acessão física. Em relação aos veículos o autuado não comprovou que eram utilizados na atividade do estabelecimento. Infrações caracterizadas. Não acolhida à argüição preliminar de decadência. Mantida a Decisão da Junta de Julgamento. Vencido o voto do relator em relação à infração 3. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 22/09/03, para exigir ICMS no valor de R\$5.968,98, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$393, 56, decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual, nas aquisições de mercadorias procedentes de outras unidades da Federação e destinadas ao uso e consumo do estabelecimento.
2. Utilização de crédito fiscal, no valor R\$138, 36, realizado em desacordo com a legislação específica, conforme folhas 1, 04, 13 e 15, do livro CIAP n° 03, exercício de 1998, tendo em vista tratar-se de entradas de bens destinados ao emprego em imóveis, as quais não conferem o direito ao creditamento.
3. Utilização de crédito fiscal, no valor R\$5.437,06, realizado em desacordo com a legislação específica, por se tratar de bens integrados ao ativo imobilizado, mas de uso alheio às atividades do estabelecimento, conforme cópia das Notas Fiscais n^{os} 096.939, 97523 e 097896, das páginas 7 e 9 do livro CIAP, das folhas 88 e 91 do livro de Registro de Entradas e das folhas 1 e 44 do livro RAICMS.

O autuado em sua defesa impugnou lançamento tributário, inicialmente, alegando nulidade por entender que houve cerceamento do direito de defesa, já que a peça acusatória enviada ao contribuinte não estava instruída com toda documentação que lhe deu embasamento, violando o princípio constitucional da ampla defesa.

Argüiu a decadência em relação à Infração 1, para os fatos geradores de 31/03/1998 e 30/06/1998 e, em relação à Infração 2, para os fatos geradores de 31/08/1998, citando o art. 156, V, do CTN.

Em relação ao mérito contestou às Infrações 2 e 3, com os argumentos abaixo.

Quanto à infração 2, o contribuinte ressalta que é conferido o crédito fiscal nas aquisições de bens para o ativo, não havendo razão lógica para o seu não acatamento, pois conforme se observa das notas fiscais anexas, as telhas foram empregadas no empreendimento e dele fazem parte integrante, não havendo porque a sua desclassificação e a referência a sua utilização do crédito fiscal já que a Lei Complementar nº 87/96 não faz tal diferença, não cabendo ao intérprete fazê-lo quando a própria legislação não o faz.

Relativamente à Infração 3, salienta que o autuante afirma no auto que os bens estão registrados no ativo imobilizado do autuado, porém, estabelece uma suposição que os mesmos são de uso alheio às atividades do estabelecimento, sem contudo fazer qualquer prova da sua acusação, baseando a autuação em mera suposição; no caso em exame, o crédito diz respeito a veículos utilizados para a consecução do objeto social do autuado no departamento de venda e como “test drive”. Para comprovar sua alegação anexou fotos, fls. 58 a 64.

Ao final, solicitou que o Auto de Infração seja julgado Improcedente.

Na informação fiscal, fls. 68 a 71, o autuante contesta a defesa apresentada, inicialmente, assegurando não ter havido qualquer violação ao princípio da ampla defesa, pois, observando-se as peças que compõem o PAF, nota-se que, além do próprio Auto, do Demonstrativo de Débito e do Anexo ao Demonstrativo de Débito, o único documento produzido pela fiscalização foi o demonstrativo de fl. 9, o qual foi entregue ao autuado conforme assinatura do preposto do mesmo.

No tocante às alegações de decadência, supostamente aplicáveis às Infrações 1 e 2, diz que a defesa equivoca-se, pois o dispositivo legal aplicável ao caso encontra-se regulamentado no art. 965, I, do RICMS, o qual estabelece que o direito da fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

No mérito, salienta que a defesa não se refere à Infração 1, implicando reconhecimento tácito de sua procedência. Em relação à Infração 2, assegura que a Lei Complementar (art. 20, § 1º), repetida pela Lei Estadual nº 7.014/96 (art. 29, § 2º), faz, sim, diferenciação, quando estabelece que “não dão direito a crédito as entradas que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento”. Acrescenta que os materiais de construção integrados ao estabelecimento por natureza – o imóvel -, passam da condição de bens móveis para a de imóveis por acessão física, não estando, portanto, não vinculado à atividade da empresa, mas sim à construção do prédio onde são realizadas as atividades. Sendo o entendimento expresso no PARECER DITRI Nº 1.263/99, no tocante à inteligência do art. 97, § 2º, inciso III, do RICMS/97.

Quanto à Infração 3, esclarece que o crédito em questão provém da entrada de dois veículos Volkswagen, tipo Santana, clássico de luxo, ano e modelo 1999, faturados em 3 e 30/09/1999 e que não é comum, em empresas pequenas e médias, como o autuado, colocar em serviço, carros de luxo e muito menos dois veículos num curto espaço de tempo, como no presente caso.

O PAF foi submetido à pauta suplementar, tendo a 4ª JJF decidido por sua conversão em diligência a INFAZ, para que fosse entregue ao autuado, cópias dos documentos acostados na Informação Fiscal, estabelecendo o prazo de 10 dias para se manifestar.

Às folhas 80 a 86, o autuado, em nova manifestação, alega que o autuante não comprovou a entrega da cópia do demonstrativo de fl. 9, como afirmou na informação fiscal, e que, apesar da documentação pertencer à autuada, como livros e notas fiscais, o autuante não informou quais cópias foram juntadas ao PAF, requerendo a nulidade da autuação.

Reiterou a alegação de decadência, fundamentando na Constituição Federal e no Código Tributário Nacional.

Em relação ao mérito, quanto à Infração 2, alega que a Lei nº 6.404/76 estabelece o conceito de ativo imobilizado, tendo direito ao crédito. Relativamente ao Parecer DITRI nº 1.263, diz que não deve servir de fundamentação para o caso em exame, uma vez que as bases fáticas eram diferentes e o resultado foi decorrente de uma consulta fiscal que apenas produz efeitos entre as partes.

Sustenta que não procedem aos argumentos da informação fiscal, até mesmo porque como dito na defesa e comprovado através de fotografias, os veículos são destinados a “test drive” e departamento de vendas, pois apesar do referido veículo ser de um certo tempo de uso a empresa ainda o mantém realizando tais funções porque os modelos mais recentes desses veículos não incrementaram nenhuma modificação de grande monta, e como o próprio fiscal informa sendo os veículos de certo luxo não comporta mais utilizar outros veículos novos quando estes estão servindo bem aos clientes e atendendo as expectativas destes.

Ao final, requer pela Improcedência da autuação.

O PAF foi baixado em nova diligência, para que a INFRAZ/Vitória da Conquista cumprisse integralmente a diligência anterior, enviando o mesmo para o autuante se pronunciar sobre a nova manifestação do autuado, o que foi atendido, tendo o auditor, às folhas 94 e 95, reiterado seus argumentos constantes da informação fiscal anterior.

O julgador de Primeira Instância, em relação à argüição de inconstitucionalidade à cobrança, ressalta que o art. 167, I, do RPAF/99 exclui da competência dos órgãos julgadores para a sua declaração.

Relativamente à preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, diz que a mesma não pode prosperar, tendo em vista que o PAF foi baixado em diligência para que a INFRAZ fornecesse cópias dos documentos anexados pelo autuante; ademais, não se observa qualquer erro ou vício especificado no art. 18, do RPAF/99, que possibilite sua decretação.

Quanto à preliminar de decadência suscitada pelo sujeito passivo, entende que não pode ser acolhida, tendo em vista que os fatos geradores ocorreram durante o exercício de 1998 e o direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, conforme legislação tributária em vigor.

Passa, em seguida, a analisar o mérito de cada infração separadamente, com seguinte fundamentação:

“INFRAÇÃO 1 – O autuado não questionou o mérito da autuação, somente argüiu a decadência, preliminar já afastada. Assim, o procedimento do autuado foi correto, devendo ser mantida a autuação.

INFRAÇÃO 2 – O autuado é acusado de utilizar crédito fiscal indevido, tendo em vista tratar-se de entradas de bens destinados ao emprego em imóveis, as quais não conferem o direito ao creditamento.

O RICMS-97, em seu art. 97, III, “c”, veda, expressamente, ao contribuinte, salvo disposição em contrário, creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, quando a operação de aquisição ou a prestação, se referir a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento.

No mesmo sentido, o § 2º, III, do artigo acima citado, determina que os imóveis por acesso física, presumem-se alheios à atividade do estabelecimento, não conferindo ao adquirente direito a crédito. Assim, o procedimento do autuante deve ser mantido.

INFRAÇÃO 3 – Decorre da utilização de crédito fiscal, realizada em desacordo com a legislação específica, por se tratar de bens integrados ao ativo imobilizado, mas de uso alheio às atividades do estabelecimento.

Os bens, objeto da presente lide, são dois veículos Volkswagen, tipo Santana, clássico de luxo, ano e modelo 1999, faturados 3 e 30/09/1999 (fls. 23 e 25).

O autuado alega que os veículos são utilizados no departamento de venda como “test drive”.

O argumento defensivo não pode ser acolhido, uma vez que é do conhecimento geral que as revendedoras Volkswagen utilizam-se de veículos populares, geralmente tipo Gol e Saveiro, os quais são muito mais baratos e, no caso do Saveiro, mais apropriados para transporte de peças.

Em relação aos veículos empregados como “test drive”, são modelos novos em lançamentos, utilizados em média por 6 (seis) meses. No presente caso o automóvel foi adquirido há 48 (quarenta e oito) meses, da data da autuação, logo não sendo admissível considerar que o mesmo é utilizado com a finalidade alegada na defesa.

Ademais, as fotos acostadas pela defesa, não são capazes de elidir a acusação, pois não comprovam a utilização dos veículos durante os quatro anos anteriores. Assim, entendo que a infração restou caracterizada.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Em seu Recurso Voluntário o recorrente reitera a alegação de ocorrência de decadência dos fatos geradores, e repete, quanto ao mérito, praticamente os argumentos expendidos em sua defesa.

A Douta procuradora fiscal, para sustentar a não ocorrência da alegada decadência, cita e transcreve o art. 150 e seu § 4º do CTN, e o art. 28, § 1º do COTEB, para concluir que a autuação foi correta, não se podendo falar em decadência de direito. No mérito, entende que as telhas, considerando a atividade comercial do recorrente, não têm outra destinação, senão a da construção, integrando, em consequência, a estrutura física, não se constituindo unidades autônomas removíveis como pretende o autuado. Quanto ao item 3, as razões elencadas no Recurso não contradizem a prática notória dos Revendedores de veículos, pois os modelos lançados como “test drive” são novos, recém lançados, para proporcionar ao cliente conhecer a “novidade” antes da aquisição. Opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO VENCIDO (QUANTO AO ITEM 3)

Está pacificado neste Conselho de Fazenda o entendimento quanto à alegada decadência nos casos de lançamento por homologação, tomando por base os mesmos argumentos expendidos pela douta procuradora em seu opinativo, semelhantemente ao sustentado pelo julgador de Primeira Instância. Rejeito, pois, a preliminar de decadência.

Quanto ao mérito, evidentemente as telhas são parte integrante do imóvel utilizado pelo recorrente para o exercício de suas atividades comerciais, não devendo ser levada em conta a argumentação quanto a sua removibilidade. Quanto à infração 3, há uma evidente contradição que não ficou esclarecida no processo. Alega o contribuinte que um dos dois veículos é utilizado como “test drive” e outro como suporte do departamento de vendas. O autuante, com ares de ironia, procura desqualificar os argumentos do autuado, dizendo que os veículos não são novos, para descharacterizar a sua utilização em “test drive”. Por outra parte, entende o mesmo autuante que os veículos são muito luxuosos para servir ao departamento de vendas, quando diz, “a lógica indica que carros de luxo serviriam para o transporte de sócios ou diretores”. Afinal, há apenas suposições quanto à utilização dos veículos, não tendo sido apresentada nenhuma contraprova às alegações do autuado de que os veículos eram utilizados para “test drive”, mas apenas suposições. Por todas essas razões, dou PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário, para reformar a Decisão recorrida, excluindo o item 3 da ação fiscal.

VOTO VENCEDOR (QUANTO AO ITEM 3)

Peço *venia* para discordar do voto do ilustre relator quanto ao item 3 da autuação, pois os veículos objeto do lançamento, integrados ao ativo imobilizado do recorrente, têm uso alheio às atividades que o contribuinte desenvolve, sujeitas à incidência do ICMS. Em relação ao veículo que o contribuinte afirma ser utilizado para “test drive”, a prática habitual e corriqueira no comércio de automóveis é o emprego de veículos novos, de lançamento recente, servindo os mesmos como atrativo de vendas aos consumidores. Não é razoável se admitir que um automóvel adquirido há 48 (quarenta e oito) meses, ainda funcione como elemento de teste de novos modelos lançados pelo fabricante. Essa não é a prática ou o costume inerente a essa atividade negocial. Não há sentido em admitir que o consumidor que pretenda adquirir um novo modelo de veículo faça o teste de direção em um modelo defasado. Sabemos muito bem que a tecnologia automobilística evolui rapidamente, não sendo, portanto, aceitável se admitir a tese do autuado. O automóvel, portanto, tem destinação alheia à atividade comercial do contribuinte que se sujeita ao imposto. Quanto ao veículo utilizado pelo departamento comercial da empresa, em se tratando de um modelo que não se destina ao transporte de cargas ou peças, por se constituir em um automóvel de passeio, só nos resta admitir, face às evidências existentes nos autos, que o mesmo é utilizado para o transporte de pessoas, aí inclusos gerentes, diretores e demais pessoas que exercem atividade gerencial na empresa, não descartada também a hipótese de transporte de subordinados. Dispõe o art. 97, § 2º, inciso II, do RICMS/97 que se presumem alheios à atividade do estabelecimento, não conferindo ao adquirente direito a crédito, dentre outras situações, os veículos de transporte pessoal, assim entendidos os utilitários dos administradores da empresa ou de terceiros. Esse dispositivo regulamentar encontra arrimo no § 2º do art. 20 da Lei Complementar nº 87/96 e nas disposições da Lei Estadual nº 7.014/96.

Com essa fundamentação, voto pelo NÃO PROVIMENTO, “*in totum*”, do Recurso Voluntário apresentado pelo contribuinte, ficando inalterada a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, quanto ao item 3, e por unanimidade, em relação aos itens 1 e 2, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 206828.0010/03-6, lavrado contra MOVEL MOTORES E VEÍCULOS LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$5.968,98, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “F” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros César Augusto da Silva Fonseca, Tolstoi Seara Nolasco, José Carlos Barros Rodeiro, José Raimundo Ferreira dos Santos e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTO VENCIDO: Conselheiro Fauze Midlej.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de junho de 2003.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ – RELATOR/VOTO VENCIDO (QUANTO AO ITEM 3)

TOLSTOI SEARA NOLASCO – VOTO VENCEDOR (QUANTO AO ITEM 3)

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS