

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.037/13/3ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000174548-73
Impugnação: 40.010132892-25
Impugnante: Hyundai CAO A do Brasil Ltda
CNPJ: 03.518732/0001-66
Coobrigado: Hyundai CAO A do Brasil Ltda
IE: 001847164.00-07
Proc. S. Passivo: Sacha Calmon Navarro Coêlho/Outro(s)
Origem: DFT/Belo Horizonte

EMENTA

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - ESTOQUE DESACOBERTADO - VEÍCULOS NOVOS - Constatado, mediante contagem física do estoque existente em depósito sem inscrição estadual, que a Autuada e a Coobrigada mantinham em estoque veículos novos desacobertos de documentação fiscal. Infringência ao disposto no § 1º do art. 39 da Lei nº 6.763/75. Correta a exigência da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75, adequada ao disposto no § 4º do mesmo dispositivo, por tratar-se de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO E RECOLHIMENTO A MENOR DE ICMS/ST - RESOLUÇÃO Nº 3.166/01 – ESTOQUE DESACOBERTADO – VEÍCULOS AUTOMOTORES. Constatado a falta de retenção do ICMS/ST em relação aos veículos em estoque desacobertos de documentos fiscais ou cuja documentação apresentada se mostrou irregular. Na apuração do imposto devido, o Fisco levou em consideração o imposto incidente na operação própria, no limite do valor que deveria ter sido recolhido pela Autuada e remetente da mercadoria, considerando o benefício fiscal concedido pelo Estado de Goiás, sem aquiescência do CONFAZ, contrariando as disposições da Lei Complementar nº 24/75, do RICMS/02 e da Resolução nº 3.166/01. Crédito tributário reformulado pelo Fisco. Corretas as exigências remanescentes de ICMS/ST e Multa de Revalidação em dobro, capitulada no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Da Autuação

A autuação versa sobre a constatação de estoque de mercadoria desacoberto de documentação fiscal, em estabelecimento não inscrito no Cadastro de Contribuintes do Estado de Minas Gerais, apurado mediante contagem física realizada

em cumprimento a mandado de busca e apreensão e depósito/entrega de bem, deferida nos autos do Processo 0315338-12.2012.8.13.0024/0024.12.031533-8 – Mandado nº 1, pelo que são exigidas as Multas Isoladas capituladas no art. 55, inciso II, adequada ao disposto no § 4º do mesmo dispositivo (pela constatação de estoque desacoberto de documentação fiscal) e art. 54, inciso I (por falta de inscrição estadual), ambos da mencionada lei nº 6.763/75.

Na mesma ação fiscal, apurou-se, ainda, a retenção e recolhimento a menor de ICMS/ST, em relação aos veículos para os quais não foram apresentados documentos ou quando esses foram recusados pelo Fisco, pelo que são exigidas as parcelas de ICMS/ST, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II c/c o disposto no inciso I do § 2º do mesmo dispositivo da Lei nº 6.763/75.

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls.738/759, juntando documentos às fls. 761/992 e requer, ao final, a procedência da peça de Defesa.

Da Reformulação do Crédito Tributário

O Fisco acata, em parte, as argumentações da Impugnante, deduzindo as parcelas de ICMS/ST destacadas nas notas fiscais objeto do lançamento tributário.

No tocante à multa isolada por manter mercadoria desacoberta em estoque, em decorrência do ajuste acima mencionado, realizado também no PTA nº 01.000174543-85, a penalidade foi retificada por força da aplicação do disposto no § 4º do art. 55 da Lei nº 6.763/75.

A reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco consta do Termo de Rerratificação de Lançamento e seus anexos, fls. 1.014/1.040.

Da Segunda Participação da Impugnante

Devidamente intimada da retificação do crédito tributário, a Impugnante retorna aos autos reproduzindo as argumentações antecedentes, relativas ao lançamento remanescente (fls. 1.049/1.070).

Manifestação Fiscal

O Fisco, em manifestação de fls. 1.073/1.096, refuta as alegações da Defesa e requer a procedência do lançamento no estado em que se encontra.

Parecer da Assessoria do CC/MG

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 1.101/1.117, opina pela procedência parcial do lançamento nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 1.014/1.040, bem como para adequar a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75, relativa aos veículos constantes das “planilhas 1 e 2”, adotando-se o percentual de 15% (quinze por cento), previsto no § 3º do mencionado dispositivo.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CC/MG foram utilizados, em parte, pela Câmara para sustentar sua decisão e por esta razão passam a compor o presente Acórdão, naquilo em que foi adotado, salvo pequenas alterações e adaptações de estilo.

Versa o presente contencioso sobre a constatação de estoque de mercadoria desacobertado de documentação fiscal, em estabelecimento não inscrito no Cadastro de Contribuintes do Estado de Minas Gerais, apurado mediante contagem física realizada em cumprimento a mandado de busca e apreensão e depósito/entrega de bem, deferida nos autos do Processo 0315338-12.2012.8.13.0024/0024.12.031533-8 – Mandado nº 1.

Na mesma ação fiscal, apurou-se, ainda, a retenção e recolhimento a menor de ICMS/ST, em relação aos veículos para os quais não foram apresentados documentos ou quando esses foram recusados pelo Fisco, pelo que são exigidas as parcelas de ICMS/ST, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II c/c o disposto no inciso I do § 2º do mesmo dispositivo da Lei nº 6.763/75.

A operação foi deflagrada em 09/02/12 pela Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais, motivada por denúncias recebidas por servidores fazendários. Denúncias essas que versavam sobre operações de vendas realizadas pela concessionária Hyundai CAO A do Brasil Ltda, com utilização de notas fiscais eletrônicas emitidas por concessionárias de outros Estados ou pela CAO A Montadora de Veículos S/A, de Anápolis/GO, sem o recolhimento do ICMS/ST devido ao Estado de Minas Gerais.

Com a finalidade de apurar essas denúncias, a Delegacia Fiscal de Trânsito de Belo Horizonte realizou novas diligências, identificando operações em outro estabelecimento da mesma concessionária, situado na Avenida Presidente Antônio Carlos, nº 6.561, descobrindo também um galpão na Rua Saturno, nº 200, bairro Juliana, ambos sem a devida inscrição estadual.

Tais diligências culminaram em ações de busca e apreensão, sendo que a da Rua Saturno, nº 200, resultou na presente autuação. Essa operação foi coordenada pela Delegacia Fiscal de Trânsito de Belo Horizonte e contou com a participação de sete duplas de Auditores Fiscais da Receita Estadual lotados na DFT/BH, que cumpriram a OS nº 08.120.000.523-93 juntamente com uma dupla do LAUD/DEFIS, uma do NAD/DF/BH-1, dois policiais militares e três oficiais de justiça de posse de mandados de busca e apreensão obtidos por meio de ação demandada pela 1ª Procuradoria da Dívida Ativa, no Processo de nº 0024/12/031533-8.

Juntamente com um oficial de justiça e dois policiais militares, sete duplas de Auditores da DFT/BH se dirigiram ao depósito da Rua Saturno, no Bairro Juliana.

Nesse depósito foram encontrados e apreendidos por meio do TAD nº 039332 (fls. 15) 464 (quatrocentos e sessenta e quatro) veículos novos da marca Hyundai. No local foi lavrado o Termo de Constatação, mencionando o funcionamento irregular, sem inscrição estadual (fls. 13).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Contribuinte, representado pelo gerente comercial da Hyundai CAO A da Av. Cristiano Machado, Sr. Dalton Alberto Fernandes, foi intimado a acompanhar a contagem do estoque de mercadorias e foram preenchidas as declarações de estoque relacionando todos os veículos que ali se encontravam.

Foram apreendidos pelo Fisco diversos outros documentos que, no momento, não estão sob apreciação.

No decorrer da ação fiscal, por solicitação da própria empresa, compareceram no estabelecimento da Rua Saturno, nº 200, representantes do escritório de advocacia “Sacha Calmon – Misabel Derzi Consultores e Advogados”, para dar assistência aos funcionários da Hyundai CAO A.

O estudo das notas fiscais eletrônicas (DANFE) apresentadas pela Autuada e posterior autuação das irregularidades encontradas, se desenvolveu nos meses subsequentes à referida operação, porém, tomando como base a ação fiscal do dia 09 de fevereiro de 2012, data em que ocorreu o flagrante infracional.

Após o desencadear dos fatos e o recebimento dos documentos apresentados pelos envolvidos, o Fisco constatou que os veículos estavam destinados a outros estabelecimentos no Estado de Minas Gerais, em especial à Coobrigada indicada nestes autos.

Apurou-se, ainda que, para alguns veículos não ocorreu a apresentação de qualquer documento fiscal, ou, ainda, situações especiais narradas na planilha de fls. 1.039/1.040.

A partir dessas constatações, o Fisco elaborou a planilha de fls. 34/47 com a relação de notas fiscais relativas aos veículos importados, apurando a diferença de ICMS/ST devida ao erário mineiro, bem como a planilha de fls. 49, com o valor do ICMS/ST devido nas remessas de veículos de produção nacional.

Elaborou, ainda, a planilha de fls. 68/69, contendo outra relação de veículos em estoque sem a cobertura fiscal hábil.

Tais planilhas foram substituídas pelos documentos de fls. 1.025/1.040, em decorrência da reformulação do crédito tributário realizada pelo Fisco, de modo a excluir do montante apurado as parcelas de ICMS/ST destacadas e recolhidas para Minas Gerais.

Da apuração realizada pelo Fisco resultaram três lançamentos tributários consubstanciados nos seguintes Autos de Infração:

- AI nº 01.000174552-92 – Exige o Fisco a parcela de ICMS/ST retida a menor pela remetente, em decorrência de dedução integral do imposto destacado como operação própria, em face de benefício fiscal concedido unilateralmente pelo Estado de Goiás, sem aquiescência do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ;

- AI nº 01.000174543-85 – Exigência de multa isolada por apropriação indevida de crédito na apuração do ICMS/ST retido e destacado nos documentos fiscais; e

- AI nº 01.000174548-73 – nesse auto, ora em discussão, o Fisco aplicou a penalidade isolada por manutenção de veículos em estoque sem a devida cobertura fiscal. A penalidade se refere aos veículos relacionados nas planilhas de fls. 1.025/1.038, inerentes às notas fiscais apresentadas ao Fisco, destinadas a revendedores estabelecidos em Minas Gerais.

Nesse mesmo PTA, ora em discussão, apurou-se, ainda, a retenção e recolhimento a menor de ICMS/ST vinculados aos veículos relacionados na planilha de fls. 1.039/1.040, pelos motivos indicados no campo “Observação” (notas fiscais de Goiás para São Paulo, veículos sem notas fiscais, notas fiscais com veículo diverso do contado e notas fiscais de remessa para MG e retorno para GO).

A Impugnante pleiteia a conexão entre os processos, de modo a assegurar uma decisão harmônica, prestigiando a celeridade e a economia processual, restando configurada, a toda evidência, a conexão pretendida, razão pela qual os autos foram pautados para uma mesma sessão de julgamento.

Cumpra registrar, como bem destacou o Fisco, que a lavratura de três peças decorre das características das acusações fiscais e inclusão dos respectivos responsáveis tributários, que alteram em decorrência da infração apurada.

Esclareça-se desde logo que, a Impugnante reconheceu a infração decorrente da falta de inscrição estadual e promoveu o recolhimento da exigência fiscal conforme DAE de fls. 927/928.

Para apurar o valor do ICMS/ST devido, em relação aos veículos apontados na “Planilha 3” (fls. 1.039/1.040), o Fisco adotou os valores descritos nas notas fiscais apresentadas ou arbitrou os valores quando ausente a documentação relativa ao veículo, adotando como parâmetro os valores da “Planilha 4” (fls. 132/141).

Note-se que, mesmo na ausência de documentação fiscal, a apuração do imposto devido contempla a dedução da parcela que, em tese, seria recolhida ao Estado de Goiás, considerando o benefício fiscal irregular, concedido à revelia do CONFAZ.

Afasta-se, portanto, a reclamação da Impugnante de que o Fisco não teria concedido os créditos da operação anterior.

No tocante à legitimidade da glosa da parcela relativa ao benefício fiscal irregular, cumpre destacar que a Autuada, estabelecida em Moema/SP, com o parque industrial montado em Anápolis/GO, é detentora do Termo de Acordo de Regime Especial (TARE) de nº 0162/04-GSF, de 23/09/04, em que o Estado de Goiás concede crédito presumido de 98% (noventa e oito por cento) do ICMS devido em suas operações interestaduais de saída de veículos automotores importados. Outorga, ainda, crédito presumido de 92,53% (noventa e dois inteiros e cinquenta e três centésimos por cento) sobre a parte do ICMS não incentivada pelo Programa “Produzir”, em suas operações interestaduais de saída de veículos automotores nacionais.

Como o Programa “Produzir” autoriza um incentivo de 73% (setenta e três por cento) do imposto devido, o benefício do crédito presumido incide sobre os restantes 27% (vinte e sete por cento) do ICMS devido.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Repita-se, mais uma vez, que até mesmo em relação aos veículos sem qualquer documentação fiscal, o Fisco imputa a parcela efetivamente devida, em tese, ao Estado de Goiás.

A matéria em discussão, isto é, a retenção e recolhimento a menor de ICMS/ST, por ter a Autuada deduzido o valor integral do ICMS destacado por operação própria na nota fiscal, em virtude de ser o remetente das mercadorias beneficiário de incentivos fiscais concedidos sem amparo em convênio celebrado no Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, em desacordo, portanto, com a legislação que rege o imposto, constitui objeto de reiterados julgamentos no Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais.

Com efeito, a legislação sobre o assunto é clara e precisa quanto ao princípio da não cumulatividade, ao direito de apropriação ao crédito e vedações decorrentes de apropriações indevidas, não exigindo esforço de interpretação além do método literal ou gramatical, conforme se percebe pelos textos legais adiante transcritos:

Constituição Federal

Art. 155 -

(...)

§ 2º -

XII - Cabe à Lei Complementar:

(...)

g - regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.

A Lei Complementar nº 24, de 24/01/75, recepcionada pela Constituição Federal de 1988, dispõe sobre a necessidade de convênios para concessão de quaisquer incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais, conforme destaques a seguir:

Art. 1º As isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, segundo esta Lei.

Parágrafo único - O disposto neste artigo também se aplica:

I - à redução de base de cálculo;

II - à devolução total ou parcial, direta ou indireta, condicionada ou não, do tributo, ao contribuinte, a responsável ou a terceiros;

III - à concessão de créditos presumidos;

IV - a quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais, concedidos com base no imposto de circulação de mercadorias, dos quais resulte redução ou eliminação direta ou indireta, do respectivo ônus;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

V - à prorrogações e às extensões das isenções vigentes nesta data.

(...)

Art. 8º - A inobservância dos dispositivos desta lei acarretará, cumulativamente:

I - a nulidade do ato e a ineficácia do crédito fiscal atribuído ao estabelecimento receptor da mercadoria.

A Lei nº 6.763/75 dispõe em seu art. 28 que:

Art. 28 - O imposto é não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores por este Estado ou outra unidade da Federação.

(...)

§ 5º Na hipótese do caput, não se considera cobrado, ainda que destacado em documento fiscal, o montante do imposto que corresponder a vantagem econômica decorrente de concessão de incentivo ou benefício fiscal em desacordo com o disposto na alínea "g" do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição da República.

§ 6º - Na hipótese do caput, não se considera cobrado o montante do imposto destacado em documento fiscal que não tenha sido objeto de escrituração e validação eletrônica pelo contribuinte emitente, nos casos previstos no regulamento.

O Regulamento do ICMS de 2002 em consonância com os dispositivos da Lei Complementar nº 24/75 dispõe sobre a nulidade dos benefícios concedidos em desacordo com a legislação e estabelece que os eventuais créditos sejam estornados pelo estabelecimento destinatário.

Art. 62 - O imposto é não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte, interestadual ou intermunicipal, ou de comunicação com o montante cobrado nas anteriores, por este ou por outro Estado.

§ 1º - Não se considera cobrado, ainda que destacado em documento fiscal, o montante do imposto que corresponder a vantagem econômica decorrente da concessão de incentivo ou benefício fiscal em desacordo com o disposto na alínea "g" do inciso XII do § 2º do artigo 155 da Constituição Federal.

§ 2º - A Secretaria de Estado da Fazenda, mediante resolução, disciplinará a apropriação do crédito do imposto relativamente às operações e prestações objeto do incentivo ou do benefício fiscal de que trata o parágrafo anterior.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 3º - Como medida de simplificação da tributação, regime especial poderá autorizar o abatimento de percentagem fixa a título de montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores.

(...)

Art. 71 - O contribuinte deverá efetuar o estorno do imposto creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria ou o bem entrados no estabelecimento:

(...)

VI - tiverem o imposto destacado na documentação fiscal não cobrado na origem, conforme disposto no § 1º do art. 62 deste Regulamento.

Pelo que se depreende do art. 155, inciso XII, alínea “g” da Constituição Federal, a concessão de benefícios fiscais é disciplinada por lei complementar, no caso, a Lei Complementar nº 24/75, com o intuito de manter o equilíbrio do pacto federativo e neutralizar a guerra fiscal entre os Estados da Federação, impedindo benefícios de uns em detrimento de outros.

Desta forma, para que os benefícios fiscais relacionados ao ICMS atinjam a extraterritorialidade, é preciso que os dispositivos da citada Lei Complementar nº 24/75 sejam respeitados, no que tange a celebração de convênios. De acordo com o art. 8º, inciso I da mencionada lei, as implicações da não observância são a nulidade do ato e a ineficácia do crédito fiscal atribuído ao estabelecimento destinatário da mercadoria.

Resta dizer que os benefícios concedidos pelo Estado de Goiás não tem origem em convênio celebrado pelos demais Estados, desobrigando, assim, o Estado de Minas Gerais de suportar integralmente o crédito de ICMS.

Neste caso, não se visualiza inobservância da regra da não cumulatividade, mas enriquecimento sem causa do contribuinte destinatário, que estaria compensando imposto não pago, a título de crédito na apuração do ICMS/ST, em prejuízo ao erário estadual.

A Resolução nº 3.166/01, norma operacional que orienta o Fisco e os contribuintes, para dar cumprimento ao disposto no art. 62, § 2º, retrocitado, disciplina a forma em que será admitido o crédito, não majorando e nem criando novos tributos. Assim não há que se falar em afronta aos “Princípios Constitucionais da Anterioridade e da Irretroatividade da Lei”, ficando demonstrada a constitucionalidade e a legalidade do lançamento nos termos da legislação pertinente.

Ao apreciar a constitucionalidade de ato de mesma natureza (Comunicado CAT 36/04, editado pelo Estado de São Paulo) entendeu o Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal (STF), que o referido comunicado é um ato administrativo despido de normatividade e não pode ser submetido à análise abstrata de constitucionalidade, negando provimento à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.350-6/SP, com os seguintes fundamentos:

A PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE NÃO MERECE SER CONHECIDA. COM EFEITO, O COMUNICADO CAT-36/2004, DA COORDENADORIA DE

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA DO ESTADO DE SÃO PAULO, CONSTITUI MERO ATO ADMINISTRATIVO DESPIDO DE NORMATIVIDADE, ISTO É, NÃO É ATO NORMATIVO AUTÔNOMO, GERAL E ABSTRATO E, PORTANTO, NÃO PODE SER SUBMETIDO À FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE SUA CONSTITUCIONALIDADE, CONFORME A CONSOLIDADA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE (ADI Nº 2.626/DF, REL. MIN. SYDNEY SANCHES, DJ 5.3.2004; ADI Nº 2.714/DF, REL. MIN. MAURÍCIO CORRÊA, DJ 27.2.2004; ADI Nº 2.387/DF,

[...].

NO PREÂMBULO DO CAT-36/2004, ESTÁ EXPRESSO QUE SE TRATA DE ATO AMPARADO DIRETAMENTE EM NORMAS LEGAIS, ESPECIFICAMENTE, NO ART. 36, § 3º, DA LEI ESTADUAL 6.374, DE 1º DE MARÇO DE 1989, E NOS ARTS. 1º E 8º, I, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 24, DE 7 DE JANEIRO DE 1975, E APENAS INDIRETAMENTE NAS NORMAS CONSTITUCIONAIS DOS ARTS. 155, § 2º, I E XII, "G" E 170, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

ADEMAIS, O REFERIDO COMUNICADO, COMO EXPLICA A COORDENADORIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA DO ESTADO DE SÃO PAULO, TEM POR ESCOPO UNICAMENTE PRESTAR ESCLARECIMENTOS AOS CONTRIBUINTES PAULISTAS, ASSIM COMO TRAÇAR ORIENTAÇÕES PARA A ATUAÇÃO DOS AGENTES FISCAIS DE RENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, ESTANDO, PORTANTO, DESVESTIDO DE NORMATIVIDADE SUFICIENTE PARA FIGURAR COMO OBJETO DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE.

ANTE O EXPOSTO, NEGO SEGUIMENTO À PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ART. 21, § 10, RISTF). PUBLIQUE-SE.

BRASÍLIA, 3 DE FEVEREIRO DE 2006. MINISTRO GILMAR MENDES - RELATOR

Segundo o STF, a “guerra fiscal” afronta o art. 155, § 2º, inciso XII, alínea “g” da Constituição Federal, que constitui limitação à autonomia dos Estados. O STF deixa evidente a necessidade de convênio interestadual para concessão, por lei estadual, de benefícios fiscais, exarando a seguinte decisão na ADI-MC 2352/ES:

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

EMENTA: ICMS: CONCESSÃO UNILATERAL DE BENEFÍCIOS FISCAIS (INCLUÍDA A OUTORGA DE CRÉDITO PRESUMIDO) POR ESTADO FEDERADO: "GUERRA FISCAL" REPELIDA PELO STF: LIMINAR DEFERIDA.

1. A ORIENTAÇÃO DO TRIBUNAL É PARTICULARMENTE SEVERA NA RÉPRESSÃO À GUERRA FISCAL ENTRE AS UNIDADES FEDERADAS, MEDIANTE A PRODIGALIZAÇÃO DE ISENÇÕES E BENEFÍCIOS FISCAIS ATINENTES AO ICMS, COM AFRONTA DA NORMA CONSTITUCIONAL DO ART. 155, § 2º, XII, G - QUE SUBMETE SUA CONCESSÃO À DECISÃO CONSENSUAL DOS ESTADOS, NA FORMA DE LEI COMPLEMENTAR (ADIN 84-MG, 15.2.96, GALVÃO, DJ 19.4.96; ADINMC 128-AL, 23.11.89, PERTENCE, RTJ 145/707; [...]) (ADINMC 902 3.3.94, MARCO AURÉLIO, RTJ 151/444; ADINMC

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

1.296-PI, 14.6.95, CELSO; ADINMC 1.247- PA, 17.8.95, CELSO, RTJ 168/754; ADINMC 1.179-RJ, 29.2.96, MARCO AURÉLIO, RTJ 164/881; ADINMC 2.021-SP, 25.8.99, CORRÊA; ADIN 1.587, 19.10.00, GALLOTTI, INFORMATIVO 207, DJ 15.8.97; ADINMC 1.999, 30.6.99, GALLOTTI, DJ 31.3.00).

No caso dos autos, sustenta a Impugnante que “o único meio adequado e viável para o Estado de Minas Gerais impugnar incentivos fiscais concedidos por outros entes federados é a ação direta de inconstitucionalidade.”

Ao contrário da interpretação da Impugnante, no entanto, a ineficácia do crédito constitui regra cogente e autoaplicável, nos termos do inciso I do art. 8º da Lei Complementar nº 24/75.

De igual modo preceitua a legislação mineira, nos termos do art. 28, § 5º da Lei nº 6.763/75, uma vez que, “não se considera cobrado, ainda que destacado em documento fiscal, o montante do imposto que corresponder a vantagem econômica decorrente de concessão de incentivo ou benefício fiscal em desacordo com o disposto na alínea "g" do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição da República.”

Noutra toada, o fato do benefício fiscal não constar expressamente na Resolução nº 3.166/01, não afasta a obrigação imposta à Autuada e Coobrigada, uma vez que a neutralização do benefício decorre da Lei Complementar nº 24/75. Além do mais, por se tratar de negócio jurídico realizado entre estabelecimentos do mesmo grupo empresarial, as partes não podem alegar desconhecimento dos benefícios concedidos pelo Estado de Goiás.

Assim, a alíquota interestadual deve ser afastada, de modo a considerar como imposto pago na operação própria, apenas a parcela efetivamente recolhida ao Estado de Goiás ou que deveria sê-lo.

Por outro lado, a Impugnante contesta a exigibilidade do ICMS/ST, ao argumento de equívocos na indicação dos números dos chassis dos veículos. Sustenta a Defesa que, em decorrência da tensão própria do instante de apreensão dos veículos, não foi possível a realização de uma conferência exata entre os veículos presentes no depósito e as planilhas preenchidas pelo Fisco. Via de consequência aponta as seguintes irregularidades:

a) os chassis de nºs CB013626; CB013627; CU355458; CU366908; CU825723; CU336105; CU839921; CU153304; CU158578 que foram informados pelo Fisco não existem, o que impede a cobrança do ICMS/ST sobre tais veículos;

b) apontamento de veículos que sequer estiveram em Minas Gerais. O fato de a empresa autuada ter apresentado as notas decorre da solicitação do Fisco para que fossem entregues os documentos de todos os veículos cujos chassis haviam sido relacionados (certos ou errados). O equívoco do Fisco está claramente demonstrado pela frase “nota fiscal não corresponde ao veículo contado” e pelas notas fiscais que mostram que aqueles veículos foram comercializados em outros Estados. É o caso de um chassi relacionado erroneamente pelo Fisco como pertencente a um veículo modelo “Sonata”, quando na verdade a nota se refere a um modelo “Azerá”;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

c) notas fiscais referentes a veículos adquiridos por clientes de outros Estados, por exemplo, mas que solicitaram que a entrega ocorresse em Minas Gerais, como se constata pelo DANFE da Nota Fiscal nº 644700.

O Fisco contesta as afirmativas da Defesa, destacando que a ação fiscal transcorreu dentro da normalidade, com a necessária conferência dos documentos e veículos.

Como bem destacou o Fisco, ao requerer a liberação dos veículos, a Autuada afirmou que eles estavam perfeitamente individualizados e, evidentemente, recebeu os mesmos veículos relacionados no Termo de Apreensão e Depósito – TAD.

Salienta o Fisco, corretamente, que se alguma irregularidade fosse detectada, caberia à Impugnante, no curso da ação fiscal, que perdurou por aproximadamente sete meses (fevereiro a setembro), pleitear a correção junto ao Fisco.

Além do mais, não havendo diferença no quantitativo, significa dizer, como bem afirma o Fisco, que se os veículos identificados pela Autuada pelos números dos chassis não estavam no estabelecimento fiscalizado, outros estariam, e caberia à Impugnante identificá-los.

No tocante à errônea entre número de chassi e modelo do veículo, em especial quanto ao número de chassi indicando como veículo o modelo “Sonata”, quando a nota se refere a um modelo “Azera”, apurou o Fisco a existência de coincidência entre os números finais dos chassis, não obstante o conjunto não seja idêntico.

Conforme destacado às fls. 1.085 dos autos, observa-se a repetição da numeração final “0351071” para dois veículos diferentes. No exemplo, um dos veículos é um modelo I-30 cujo número completo do chassi é: KMHJU81BBCU351071 e o outro é um modelo IX-35, cujo chassi é de nº: KMHDC51EBCU351071.

Tal situação demonstra que não houve equívoco algum, como argumenta a Defesa, sendo certo que o número final do chassi do modelo “Sonata” se repetiu para o modelo “Azera”.

Por outro lado, a alegação de que o Fisco teria anotado números de chassis de veículos que nunca vieram em Minas Gerais não se sustenta. Com efeito, os veículos que estão listados na “Planilha 3” deste PTA e que possuem a observação “há remessa de GO para SP” ou para outra Unidade da Federação ou a observação “há NF de remessa para MG e retorno para GO” são veículos que estavam estocados no estabelecimento da Rua Saturno, nº 200 e cuja documentação apresentava graves irregularidades.

Ao analisar os itens o Fisco assim se posiciona:

1 - Documentos apresentados para o Veículo HR – chassi nº 95PZBN7HPCB042444 – listagem fls. 68:

1a - NF de venda nº 595745 de 02/12/2011 (fls. 75), emitida pela CAO A Montadora de Veículos S/A, de Anápolis/GO, tendo por destinatário a TWL Comércio e Serviços Ltda, de Contagem/MG (com destaque do imposto);

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

1b – NF de devolução (entrada) nº 63996 de 29/12/2011 (fls. 76), emitida pela CAO A Montadora de Veículos S/A, de Anápolis/GO, com a saída do veículo da TWL Comércio e Serviços Ltda, de Contagem/MG (com destaque do imposto);

1c – NF de venda nº 620746 de 17/01/2012 (fls. 71), emitida pela CAO A Montadora de Veículos S/A, de Anápolis/GO, tendo por destinatário a Hyundai CAO A do Brasil Ltda, em Osasco/SP (com destaque do imposto);

1d – NF de devolução nº 2440 de 13/02/2012 (fls. 72), emitida pela Hyundai CAO A do Brasil Ltda, de Osasco/SP, tendo por destinatário a CAO A Montadora de Veículos S/A, de Anápolis/GO (com destaque do imposto);

1e – NF de venda nº 626517 de 14/02/2012 (fls. 73) – emitente CAO A Montadora de Veículos S/A – Anápolis/GO – destinatário Bradesco Leasing S/A Arrendamento Mercantil – Osasco/SP (com destaque do imposto).

Muito embora tenha sido oferecida farta documentação da movimentação desse veículo, o que realmente foi comprovado *in loco* é que este veículo estava no estabelecimento mineiro no dia da diligência, fato referendado pelo representante da empresa no momento da apreensão. Não há uma explicação plausível para essa ocorrência, visto que os documentos analisados acima demonstram que no dia 09/02/12 ele deveria estar na Hyundai CAO A do Brasil Ltda, em Osasco/SP e não em Belo Horizonte/MG.

Analisando todo o contexto conclui-se que se o veículo HR, chassi nº 95PZBN7HPCB042444, acobertado pelas notas fiscais acima citadas não fosse aquele contado pelo Fisco na Rua Saturno, nº 200 e mencionado às fls. 160, seria outro de igual modelo.

No tocante a eventuais notas fiscais que se refiram a veículos adquiridos em outros Estados, mas que deveriam ser entregues em Minas Gerais, a pedido do cliente, a situação merece melhor análise.

A exemplificação apontada pela Defesa corresponde à Nota Fiscal de venda nº 644760 (fls. 748), emitida em 13/04/12 pela CAO A Montadora de Veículos S/A, de Anápolis/GO, para Marcelo Silva Marcondes, residente em Vila Velha/ES.

Nos “Dados Adicionais” do mencionado documento conta a observação para entrega em Belo Horizonte/MG. Ocorre, no entanto, como bem destaca o Fisco, que não é possível identificar corretamente o veículo porque o número do chassi está ilegível.

No entanto, ainda que esse veículo fizesse parte da listagem elaborada pelo Fisco, quando da diligência na Rua Saturno, no dia 09/02/12, o argumento não seria válido, uma vez que a data de emissão da referida NF-e (13/04/12) é posterior a data do levantamento quantitativo efetuado no estabelecimento da Impugnante.

Em resumo, não se sabe exatamente qual é esse veículo e se ele fazia parte do estoque da Rua Saturno, nº 200, no dia da contagem de estoque. Não se pode analisar o pedido de entrega do veículo acobertado pela nota fiscal em comento porque ele não guarda relação com a apreensão efetuada, uma vez que o documento fiscal foi emitido após o flagrante.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Muito embora a Impugnante não tenha mencionado outro caso similar, o Fisco cuidou de revisar todas as notas fiscais apresentadas para veículos constantes na “Planilha 3”, visando detectar algum documento que justificasse o argumento da Impugnante.

Como bem destaca o Fisco, apenas 2 (duas) NF-e continham esse tipo de observação. Uma delas é a NF-e nº 595745 de 02/12/11 (fls. 75) que menciona entrega de um “HR” na Av. Antônio Carlos, nº 6541, BH/MG. Logo a seguir, em 29/12/11 verifica-se a emissão da NF-e nº 63996 (fls. 76) atestando a entrada dessa mesma mercadoria (mesmo chassi/modelo) no estabelecimento da Montadora em Goiás. O próximo documento que se refere a esse chassi/veículo (NF-e nº 624306 de 06/02/12 - fls. 77) se refere a uma saída do veículo da Montadora em Goiás para São Paulo/SP, com local de entrega na Rod. Anhanguera, km 17,5 em São Paulo.

A outra é a NF-e nº 578291 de 28/09/11 (fls. 86), que determina a entrega de um “I-30” na Av. Antônio Carlos, nº 6541, BH/MG. Logo a seguir, em 09/11/11 constata-se a emissão da NF-e nº 45326 (fls. 85) atestando a entrada dessa mesma mercadoria (mesmo chassi/veículo) no estabelecimento da Montadora em Goiás. O próximo documento que se refere a esse chassi/veículo (NF-e nº 611164 de 13/12/11 - fls. 84) indica a saída desse veículo da Montadora em Goiás para Cuiabá/MT e não menciona local de entrega.

Neste caso, como os veículos estavam em Minas Gerais e existem remessas deles para outros estados, presume-se que seriam comercializados sem o recolhimento do imposto para Minas Gerais.

A Impugnante apresentou, ainda, 4 (quatro) DANFES que se referem aos chassis de nºs CU379670, CU386017, CB023591 e CB023775, solicitando que sejam considerados os valores exatos nelas constantes e não aqueles arbitrados pelo Fisco.

Após análise da regularidade dos documentos pelo Fisco, as NF-e referentes aos chassis de nºs CU379670 e CU386017 – NF nº 615940 (fls. 935) e 598375 (fls. 938) respectivamente – foram transferidas para a “Planilha 1”, adotando-se os valores constantes nas referidas notas.

Para o chassi nº CB023591, o Fisco acatou a NF nº 554464 (fls. 944) que foi transferida para a “Planilha 2”, adotando-se também os valores da referida nota.

Registre-se que, incontinentemente, as 3 (três) NF-e acatadas foram excluídas da “Planilha 3”.

No entanto, as notas fiscais eletrônicas apresentadas para o chassi nº CB023775 (fls. 946/949) não demonstram que o ICMS/ST foi recolhido definitivamente para Minas Gerais. Logo, não foram consideradas pelo Fisco, de modo a adotar os valores lançados nos respectivos documentos, mantendo-se o arbitramento.

Com efeito, os documentos fiscais descrevem a seguinte situação:

- NF-e nº 546364 – veículo saindo de GO para MG em operação de venda em 19/08/11;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- NF-e nº 554469 – veículo saindo de GO para MG em operação de remessa em consignação em 09/09/11;

- NF-e nº 7949 – veículo saindo de MG para GO em operação de devolução de mercadoria em consignação “mercantil/indl” em 17/10/11;

- NF-e nº 624822 – veículo saindo de GO para MG em operação de venda em 10/02/12, data essa posterior à operação realizada pelo Fisco na Rua Saturno.

Assim, no momento da contagem física, o veículo se encontrava desacoberto de documento fiscal e sem qualquer documento vinculando o veículo a um estabelecimento mineiro.

Prossegue a Defesa apontando erro na apuração do valor da multa isolada, indicando equívoco do Fisco na adoção dos valores de ICMS devido nas “planilhas 1 e 2”, que se referem à exigência de ICMS no PTA nº 01.000174543-85.

Sendo certo que o valor exigido a título de ICMS no PTA nº 01.00174543-85 é de R\$ 2.950.322,62, sobre tal valor pretende a Impugnante que seja calculada a multa isolada, em decorrência da aplicação do disposto no § 4º do art. 55 da Lei nº 6.763/75.

Explica o Fisco, no entanto, que o Auto de Infração nº 01.000174543-85 diz respeito aos veículos vendidos pela CAO A Montadora de Veículos S/A, de Anápolis/GO, para a empresa “Hyundai CAO A do Brasil Ltda.- 122”, situada na Av. Cristiano Machado, nº 2.020, bairro Cidade Nova, em Belo Horizonte/MG.

Neste caso, naqueles autos não estão inclusos os veículos para os quais foram apresentados documentos indicando como destinatário qualquer pessoa física ou jurídica que não guardava relação de interdependência com a Montadora.

Portanto, as “Planilhas 1 e 2” do presente PTA são diferentes das “Planilhas 1 e 2” do Auto de Infração nº 01.000174543-85, uma vez que naquele PTA autua-se uma quantidade menor de mercadorias que a relação de veículos apreendidos na Rua Saturno.

Comparando-se, por exemplo, a “Planilha 2” que se refere aos veículos nacionais, constata-se que no Auto de Infração nº 01.000174543-85 (fls. 754), as exigências fiscais compreendem apenas 3 (três) veículos “Tucson”, para os quais foram apresentadas notas fiscais destinadas ao estabelecimento da Av. Cristiano Machado.

Ao contrário, nestes autos, a “Planilha 2” se refere a 18 (dezoito) veículos “Tucson”, sendo aqueles três destinados para a CAO A Cristiano Machado e outros 15 (quinze) remetidos para pessoas e estabelecimentos diversos.

Por exemplo, o veículo vinculado à Nota Fiscal nº 611722 (fls. 66) estava no depósito, está sendo considerado na “Planilha 2” como desacoberto de documento fiscal, mas não se destinava à CAO A, mas sim para a Lider Distribuidora Ltda.

Desta forma, esse veículo compõe a base de cálculo para a multa isolada, mas não integra a apuração do PTA nº 01.000174543-85 (ICMS/ST).

Clama ainda a Impugnante pela desconsideração da multa isolada, entendendo como incorreta a capitulação legal, ao argumento de que o Fisco não

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

indicou em qual inciso do art. 149 do RICMS/02 se enquadra o fato apurado na ação fiscal.

Com o entendimento de que as normas que instituem penalidades são restritivas, não admitindo analogia ou extensão, afirma a Autuada que o mencionado art. 149 não trata de casos de notas fiscais indicando destinatários e endereços diversos da localização do referido depósito.

Alega, ainda, que em decorrência de fatos alheios à sua vontade, não foi possível regularizar a inscrição do depósito situado à Rua Saturno, mas que o galpão funciona como uma extensão do estabelecimento da Av. Cristiano Machado.

Nesta linha, entende a Defesa que não há de se falar em desacobertura dos veículos, pois as notas fiscais indicavam o estabelecimento da CAO A situado na Av. Cristiano Machado, nº 2020, em Belo Horizonte.

O Fisco por sua vez, alerta que o Relatório Fiscal especifica os dispositivos normativos que não foram observados, no caso, a falta de emissão de nota fiscal acobertando a situação verificada no momento da contagem dos veículos, ou seja, o envio dos veículos para o endereço na Rua Saturno, nº 200.

Certo é que, se as notas não foram devidamente emitidas para acobertar tal operação, significa que todos os veículos estavam desacobertos de documento fiscal.

Aplica-se ao caso, portanto, o disposto no inciso IV do art. 149 da Parte Geral do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 149 - Considera-se desacobertada, para todos os efeitos a prestação de serviço ou a movimentação de mercadorias:

(...)

IV - com documento não enquadrado nas hipóteses do inciso anterior ou do inciso V do caput do art. 213 Regulamento e que contenha informações que não correspondam à real operação ou prestação.

Na verdade, os documentos fiscais apresentados pela Autuada, inerentes às mercadorias estocadas no local do flagrante, não correspondiam à operação realizada, uma vez que as NFs-e atestavam que os veículos foram objeto de venda da Montadora situada em Goiás para destinatários que não se situavam na Rua Saturno, ou seja, a operação descrita pelas notas fiscais não correspondiam à real operação realizada.

No caso dos autos, o Fisco adequou, corretamente, a multa isolada ao disposto no § 4º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, que assim dispõe:

Art. 55. As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

§ 4º Na hipótese de operação sujeita ao regime de substituição tributária na qual a mercadoria possa ser perfeitamente identificável, a multa fica limitada a duas vezes e meia o valor do imposto a recolher ao Estado, admitidos os créditos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

comprovados, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento) do valor da operação.

A Impugnante postula a redução (ou cancelamento) da multa isolada, sustentando ter agido de boa-fé, além de reportar-se à previsão legal constante na Lei nº 6.763/75.

Efetivamente, o legislador estadual concedeu tal prerrogativa ao órgão julgador. Contudo, o fez dentro de determinados parâmetros e desde que respeitados certos requisitos.

Assim, o mesmo dispositivo que traz a permissão para a aplicação da redução ou do cancelamento da penalidade estabelece, também, os requisitos para sua efetivação. Veja-se:

Art. 53 - As multas serão calculadas tomando-se como base:

§ 3º- A multa por descumprimento de obrigação acessória pode ser reduzida ou cancelada por decisão do órgão julgador administrativo, desde que esta **não seja tomada pelo voto de qualidade** e que seja observado o disposto nos §§ 5º e 6º deste artigo. (Grifou-se)

Tendo em vista o pedido formulado na peça defensiva, a aplicação do permissivo legal foi discutida na Câmara de Julgamento. Entretanto, não foi alcançado o requisito quanto ao número de votos exigido pela lei para que o benefício fosse acionado. Por corolário, restou mantida a multa isolada no montante exigido no auto de infração.

A Coobrigada estabelecida à Av. Cristiano Machado, nº 2020, em Belo Horizonte/MG foi alçada à condição de responsável pelo crédito tributário em face do que dispõe o inciso XII do art. 21 da Lei nº 6.763/75, cuja redação é a seguinte:

Art. 21- São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

XII - qualquer pessoa pelo recolhimento do imposto e acréscimos legais devidos por contribuinte ou responsável, quando os atos ou as omissões daquela concorrerem para o não recolhimento do tributo por estes.

(...)

Sendo certo que as mercadorias, em grande parte, eram de sua propriedade, revela-se correta a sujeição passiva determinada pelo Fisco.

De igual modo, em relação à Autuada, uma vez que figura como locatária do imóvel onde se encontravam os veículos em situação irregular.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 1.014/1.040. Pela Impugnante, sustentou oralmente a Dra. Alice Gontijo Santos Teixeira e, pela Fazenda

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Pública Estadual, o Dr. Bruno Rodrigues de Faria. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Orias Batista Freitas (Revisor) e Luiz Geraldo de Oliveira.

Sala das Sessões, 25 de junho de 2013.

**Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente**

**René de Oliveira e Sousa Júnior
Relator**

D

CC/MIG