

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.303/09/3ª Rito: Sumário

PTA/AI: 02.000214594-24

Impugnação: 40.010125207-21, 40.010125208-02 (Coob.), 40.010125184-33 (Coob.), 40.010125232-08 (Coob.)

Impugnante: RTI Transportes Interestaduais Ltda
CNPJ: 02.262009/0001-04
Cardiesel Ltda (Coob.)
IE: 062050630.00-80
Mercedes-Benz do Brasil Ltda (Coob.)
IE: 487195596.00-40
Transcapela Ltda (Coob.)
IE: 062323222.00-52

Proc. S. Passivo: Renata Molisani Monteiro/Outro(s)(Aut. e Coob.Tanscapela e Cardiesel), Alberto Batista da Silva/Outro(s) (Coob. Mercedes-Benz)

Origem: PF/Antonio Lisboa Bittencourt

EMENTA

NOTA FISCAL – DESCLASSIFICAÇÃO - DIVERGÊNCIA DE OPERAÇÃO. Imputação fiscal de movimentação de mercadoria desacobertada de documento fiscal. Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica – DANFE apresentado ao Fisco foi desclassificado por não corresponder à operação efetivamente realizada, em face da divergência verificada em relação à origem e ao destino da mercadoria constante do CTRC. Exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inc. II da Lei nº 6.763/75. Os documentos acostados aos autos, apresentados no Posto Fiscal no momento da ação fiscal, correspondem exatamente à operação que se realizava, não se justificando sua desclassificação. Lançamento improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Da Autuação

A autuação versa sobre falta de pagamento de ICMS sobre o valor de mercadoria considerada desacobertada, tendo em vista a desclassificação de Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica - DANFE - emitido em substituição à Nota Fiscal nº 017.334 pela Coobrigada Mercedes-Benz do Brasil Ltda.

Constatou o Fisco, em 01/12/08, no Posto Fiscal Antônio Lisboa Bittencourt, situado no município de São Joaquim de Bicas, que o veículo Mercedes

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Bens, Modelo Caminhão L-1620/51 6X2, Ano 2008, Modelo 2009, Chassis nº 9BM695304B35387, código NCM 8704.23.10, sem registro junto ao órgão de trânsito e sem placa, transitava no sentido São Paulo – Belo Horizonte, acompanhado pelo DANFE (formulário nº 153092878), emitido por Mercedes-Benz do Brasil Ltda, CNPJ nº 59.104.273/0001-29, domiciliada em São Bernardo do Campo, Estado de São Paulo e do Conhecimento de Transporte Rodoviário de Carga – CTRC nº 024.127 emitido pelo Autuado TRI Transportes Interestaduais Ltda, também domiciliada em São Bernardo do Campo/SP.

O DANFE menciona como destinatário a empresa Transcapela Ltda, domiciliada em Belo Horizonte/MG, mas o CTRC menciona como destinatário Cardiesel Ltda, domiciliada naquela mesma localidade. No DANFE a Cardiesel Ltda aparece citada no campo “Dados Adicionais” como interveniente e local de cobrança. Cita também o DANFE, no campo “Dados Adicionais” que o produto saiu do estabelecimento inscrito no CNPJ sob nº 59.104.273/0016-05, localizado em Campinas/SP.

Diante dos fatos acima e nos termos no RICMS/02, art. 149, inc. IV, o Fisco considerou desacobertada a movimentação da mercadoria em comento, pois o DANFE e o CTRC contêm informações que não correspondem à real operação que se realizava.

As empresas Mercedes-Benz do Brasil Ltda, Cardiesel Ltda e Transcapela Ltda foram incluídas no polo passivo como Coobrigados nos termos do RICMS/02, art. 56, inc. XI.

Exige-se ICMS, multa de Revalidação e Multa Isolada capitulada na Lei nº 6.763/75, art. 55, inc. II, adequada ao § 3º do mesmo artigo.

O Fisco instruiu o processo com o Auto de Infração – AI (fls. 02/03), Demonstrativo de Correção Monetária e Multas – DCMM (fls. 04); via original do DANFE - formulário nº 153092878 (fls. 06); Protocolo de Recebimento do Termo de Garantia e Manuais relativo ao veículo (fls. 07); cópia de Comprovante de Entrega de Veículo (fls. 08); Nota Fiscal Avulsa nº 334.762 emitida para acobertar o trânsito do veículo até o destinatário (fls. 09); Termo de Apreensão e Depósito – TAD nº 036.285 (fls. 10); cópia do documento do motorista do veículo transportador (fls. 11); Auto de Retenção de Mercadorias (fls. 12); Contagem Física de Mercadorias em Trânsito (fls. 13) e telas do SICAF com dados cadastrais dos envolvidos (fls. 14/19).

Da Impugnação do Coobrigado Mercedes-Benz

Inconformado, o Coobrigado Mercedes-Benz do Brasil Ltda. apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 25/34, onde alega, resumidamente, o abaixo.

Informa que seu objeto social é a fabricação, montagem e comercialização de veículos utilitários, bem como a compra, venda importação e exportação de componentes, equipamentos, motores, peças de reposição, acessórios e produtos acabados.

Alega que, amparada pela nota fiscal nº 173.334, vendeu para o seu cliente especial veículo da Marca Mercedes-Benz, zero quilômetro.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Afirma que o veículo não faz parte da relação de produtos sujeitos ao regime de substituição tributária, previsto no Convênio ICMS nº 132/92, estando sujeito apenas ao ICMS próprio.

Declara que faturou o produto diretamente ao seu cliente, com interveniência de sua concessionária Cardiesel Ltda.

Ressalta que o que ocorreu, no presente caso, é uma venda direta, a qual é sempre realizada por meio do concessionário (rede de distribuição). Que nesta hipótese o produtor (cedente) recebe instruções para realizar a venda direta, emitindo o documento fiscal em nome do cliente, no caso, Transcapela Ltda.

Diz que a venda direta dá-se no estabelecimento comercial do concessionário, este conduz operacionalmente as vendas diretas e, depois de concretizado o negócio, incumbe-se de prestar atendimento aos compradores os veículos.

Assevera que, como intermediário das vendas diretas, o concessionário conduz e concretiza o negócio, inclusive efetua a entrega do veículo ao comprador, recebendo, em contra partida, comissão pela intermediação.

Sustenta que nada há de irregular com tal procedimento, tanto do aspecto comercial, à luz da Lei Federal nº 6.729/79, chamada de Lei Ferrari, quanto no aspecto tributário, sob o rigor das normas tributárias vigentes.

Salienta que realizou venda direta a consumidor final, com cláusula “ex-factory” em que o veículo é entregue ao concessionário ou preposto, na porta de sua fábrica em São Bernardo do Campo ou, como no caso em tela, em sua filial em Campinas-SP e, com isso, a responsabilidade pelo transporte e entrega ao destinatário é do concessionário, que no caso efetuou o transporte por meio de preposto (RTI Transportes Interestaduais LTDA).

Ressalta que sua responsabilidade exauriu-se no momento da entrega do veículo na porta de sua fábrica, e que não há que se falar em responsabilidade da mesma em eventual operação posterior.

Reafirma que toda a transação comercial obedeceu aos ditames da Lei Ferrari, de acordo com seu art. 15, que transcreve.

Alega que o Fisco não considerou, em seu cálculo, o direito ao crédito do imposto caso seja considerada obrigada ao seu pagamento.

Requer, preliminarmente, sua exclusão do polo passivo e, no mérito, a improcedência do Auto de Infração.

Das Impugnações do Autuado e dos demais Coobrigados

Também inconformados, Autuado e demais Coobrigados apresentam, tempestivamente e por procuradores regularmente constituídos, Impugnações às fls. 76/87 (RTI Transportes Interestaduais Ltda - Autuado), 99/110 (Cardiesel Ltda - Coobrigado) e 127/142 (Transcapela Ltda - Coobrigado).

Com impugnações praticamente idênticas sustentam, em síntese, o abaixo.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O veículo que o Fisco considerou desacoberto de documento fiscal foi alienado sob a modalidade denominada FADIRETO – faturamento direto da fábrica ao consumidor final.

Alegam que o procedimento fiscal a ser adotado na operação está previsto nos arts. 395 a 401 do Anexo IX do RICMS/02.

Afirmam que o procedimento adotado encontra amparo legal citando a Consulta de Contribuintes nº 098/09, alegando que o caso é semelhante ao dos presentes autos.

Declararam que a autuação dos envolvidos na operação afronta os princípios da legalidade e da moralidade, conforme previsão do art. 37 da CF/88.

Ressaltam que não há que se falar em destinatário diverso, uma vez que a nota fiscal refletiu exatamente a operação a que se referia: venda direta ao consumidor final, tendo como interveniente concessionária, a quem caberia a entrega da mercadoria ao adquirente.

Afirmam que é cabível a aplicação do permissivo do artigo 53, §3º, da Lei nº 6.763/75, excluindo-se as penalidades.

Invocam a possibilidade de exclusão da penalidade pecuniária imposta pelo art. 112 do CTN, que instituiu o princípio *in dubio pro contribuinte*, uma vez que há dúvida quanto à capitulação legal do fato, porquanto as empresas envolvidas na operação estão amparadas pelas disposições dos artigos 399 e 401 do Anexo IX do RICMS/02.

A Transcapela Ltda alega (fls. 135) que foi eleita no Auto de Infração como Coobrigado, tendo sua responsabilidade solidária sido imposta pelo Fisco com supedâneo no art. 56, inc. XI, do RICMS/02, quando o Fisco considerou que havia concorrido para a prática da infração.

Aduz que na condição de destinatária/adquirente da mercadoria, não tinha como verificar eventual irregularidade na documentação fiscal emitida pela Remetente antes da entrada da mercadoria em seu estabelecimento.

Requerem a improcedência do lançamento e, sucessivamente, o cancelamento ou redução da Multa Isolada. A Transcapela Ltda requer também que seja excluída da sujeição passiva.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco, em manifestação de fls. 151/152 (quanto à impugnação do Coobrigado Mercedes-Benz) e de fls. 153/156 (quantos às demais impugnações), refuta as alegações das defesas como resumido a seguir.

Quanto à primeira impugnação, argumenta que o Impugnante foca suas alegações em uma cláusula “ex-factory” que a eximiria de qualquer responsabilidade após a retirada do veículo, contudo, não faz qualquer prova da existência e validade da referida cláusula.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, não provou nada que invalide que, nos termos do art. 149, inc. IV do RICMS/02, ocorreu o transporte de um caminhão desacobertado de documento fiscal hábil, em função de que o DANFE e o CTRC contêm informações que não correspondem à real operação, conforme demonstrado no AI.

Quanto à alegação de que teria direito a crédito e que isso não foi considerado nos cálculos, ferindo o princípio da não cumulatividade, não se trata de uma apuração de entrada (crédito) e saída (débito) e, sim, de uma constatação de transporte desacobertado de documento fiscal hábil, o qual implica no pagamento do ICMS e acréscimos legais sobre o valor integral da mercadoria (veículo) e isso não implica em desconsideração de crédito de imposto.

Quanto às demais impugnações, os Impugnantes focam suas defesas na alegação de que a venda se deu na modalidade “faturamento direto da fábrica ao consumidor final” e que tal operação segue os ditames dos arts. 395 a 401 do Anexo IX do RICMS-MG, o que, no seu entendimento, foi observado.

Contudo, não observaram a completude dos dispositivos legais que elas mesmas avocaram.

O fabricante (Coobrigado Mercedes-Benz) informa em sua impugnação às fls. 26 que “esse veículo, vale ressaltar, não faz parte da relação de produtos sujeitos ao regime de substituição tributária”. Contudo, os demais Impugnantes constroem suas alegações em norma constante do Capítulo XLIX do Anexo IX do RICMS/MG, que trata “Das Operações com Veículos Automotores Novos Realizadas por Meio de Faturamento Direto ao Consumidor”, mas não observam que reza o § 2º do citado art. 395 que são condições para a aplicação das disposições do referido Capítulo: I) que a entrega do veículo ao consumidor seja feita pela concessionária envolvida na operação e II) que a operação esteja sujeita ao regime de substituição tributária em relação a veículos novos.

Com relação à alegação de que a multa isolada aplicada ao caso é aquela do art. 55, inc. II, alínea “a” da Lei nº 6.763/75, também não assiste razão aos Impugnantes, pois as infrações foram apuradas não com base exclusivamente em documentos e nos lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal do Contribuinte, mas sim com base em verificação fiscal da mercadoria e documentos, então em trânsito.

Pede, ao final, que seja julgado procedente o lançamento.

DECISÃO

Cuida o presente contencioso de falta de pagamento de ICMS sobre o valor de mercadoria considerada desacobertada, tendo em vista a desclassificação de Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica – DANFE emitido em substituição à Nota Fiscal nº 017.334 pela Coobrigada Mercedes-Benz do Brasil Ltda, pelo que se exigiu ICMS, multa de Revalidação e Multa Isolada capitulada na Lei nº 6.763/75, art. 55, inc. II, adequada ao § 3º do mesmo artigo.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Conforme relatado, constatou o Fisco, em 01/12/08, no Posto Fiscal Antônio Lisboa Bittencourt, situado no município de São Joaquim de Bicas, que o veículo Mercedes Bens, Modelo Caminhão L-1620/1 6X2, Ano 2008, Modelo 2009, Chassis nº 9BM695304B35387, código NCM 8704.23.10, sem registro junto ao órgão de trânsito e sem placa, transitava no sentido São Paulo – Belo Horizonte, acompanhado pelo DANFE (formulário nº 153092878), emitido por Mercedes-Benz do Brasil Ltda, CNPJ nº 59.104.273/0001-29, domiciliada em São Bernardo do Campo, Estado de São Paulo e do Conhecimento de Transporte Rodoviário de Carga – CTRC nº 024.127 emitido pelo Autuado TRI Transportes Interestaduais Ltda, também domiciliada em São Bernardo do Campo/SP.

O DANFE menciona como destinatário a empresa Transcapela Ltda, de Belo Horizonte/MG, mas o CTRC menciona como destinatário Cardiesel Ltda, também em Belo Horizonte/MG. No DANFE a Cardiesel Ltda aparece citada no campo “Dados Adicionais” como interveniente e local de cobrança. Cita também o DANFE no campo “Dados Adicionais” que o produto saiu do estabelecimento inscrito no CNPJ sob nº 59.104.273/0016-05, localizado em Campinas/SP.

Diante dos fatos acima e nos termos no RICMS/02, art. 149, inc. IV, o Fisco considerou desacobertada a movimentação da mercadoria em comento, pois o DANFE e o CTRC contêm informações que não correspondem à real operação que se realizava.

As empresas Mercedes-Benz do Brasil Ltda (fabricante), Cardiesel Ltda (concessionário distribuidor, destinatário da mercadoria para revisão e posterior entrega ao adquirente) e Transcapela Ltda (adquirente e destinatário final) foram incluídas no polo passivo como Coobrigados nos termos do RICMS/02, art, 56, inc. XI, abaixo transcrito:

Art. 56 - São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e acréscimos legais, inclusive multa por infração para a qual tenham concorrido por ação ou omissão:

(...)

XI - qualquer pessoa, quando seus atos ou omissões concorrerem para o não-recolhimento do tributo devido por contribuinte ou por responsável.

Trata-se de mercadoria perfeitamente identificável, como se verifica pelos documentos acostados aos autos (DANFE e Contagem Física de Mercadorias em Trânsito, fls. 06 e 13), classificada pela Nomenclatura Comum do Mercosul – NCM sob o nº 8704.23.10, equivalente à classificação 8704.23.0100 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias/Sistema Harmonizado – SBM/SH, que não está sujeita de pagamento do imposto pelo regime de substituição tributária, conforme se verifica no RICMS/02, Anexo XV, Parte 2, item 12.

Desse modo, não se aplica à operação objeto da autuação o disposto no RICMS/02, Anexo IX, Parte 1, Capítulo XLIX, arts. 395 a 401, que trata “Das Operações com Veículos Automotores Novos Realizadas por Meio de Faturamento Direto ao Consumidor”, conforme disposto no art. 395, *verbis*:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 395 - Nas operações com veículos automotores novos constantes das posições 8429.59, 8433.59 e no capítulo 87, excluída a posição 8713, da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias/Sistema Harmonizado - NBM/SH (com o sistema de classificação adotado a partir de 1º de janeiro de 1997), em que ocorra faturamento direto ao consumidor pela montadora ou pelo importador, observar-se-á o disposto neste Capítulo.

(...)

§ 2º - São condições para a aplicação das disposições deste Capítulo:

I - que a entrega do veículo ao consumidor seja feita pela concessionária envolvida na operação;

II - que a operação esteja sujeita ao regime de substituição tributária em relação a veículos novos. (grifamos)

O Coobrigado Mercedes-Benz do Brasil Ltda afirma em sua peça de defesa que:

- faturou o produto diretamente ao seu cliente especial Transcapela Ltda, com interveniência de sua concessionária Cardiesel Ltda;

- o que ocorreu, no presente caso, é uma venda direta, a qual é sempre realizada por meio do concessionário (rede de distribuição) e, nesta hipótese, o produtor (cedente) recebe instruções para realizar a venda direta, emitindo o documento fiscal em nome do cliente, no caso, Transcapela Ltda;

- a venda direta se dá no estabelecimento comercial do concessionário, este conduz operacionalmente as vendas diretas e, depois de concretizado o negócio, incumbe-se de prestar atendimento aos compradores os veículos;

- como intermediário das vendas diretas, o concessionário conduz e concretiza o negócio, inclusive efetua a entrega do veículo ao comprador, recebendo em contra partida, comissão pela intermediação.

A Lei Federal nº 6.729/79, chamada de Lei Ferrari, que dispõe sobre a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre, assim estabelece em seu art. 15:

Art. 15. O concedente poderá efetuar vendas diretas de veículos automotores.

(...)

II - através da rede de distribuição:

(...)

c) a outros compradores especiais, facultada a qualquer concessionário a apresentação do pedido.

§ 1º Nas vendas diretas, o concessionário fará jus ao valor da contraprestação relativa aos serviços de revisão que prestar, na hipótese do inciso I, ou ao valor da margem de comercialização correspondente à mercadoria vendida, na hipótese do inciso II deste artigo.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O que pode ser verificado pelos documentos acostados nos autos e pelo relato do Fisco, não contestado pelo Coobrigado Mercedes-Benz, fabricante do veículo objeto da autuação, é que ocorreu uma venda direta a comprador especial, nos estritos termos da Lei nº 6.729/79, art. 15, inc. II, alínea “c”.

Desse modo, contrariamente ao afirmado pelo Fisco, os documentos apresentados no Posto Fiscal, no momento da ação fiscal, correspondem exatamente à operação que se realizava, não se justificando, portanto, sua desclassificação e consideração como desacobertada a movimentação da mercadoria em comento.

Quando muito, diante da afirmação do Coobrigado Mercedes-Benz de que o negócio jurídico ocorreu no estabelecimento concessionário Cardiesel Ltda, em Belo Horizonte, neste Estado, caberia ao Fisco investigar se o comprador Transcapela Ltda, domiciliado neste Estado, é de fato um comprador especial e se não seria devido a este Estado o valor agregado ao produto na venda aqui realizada. Contudo, tal hipótese não é objeto da presente autuação.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar improcedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Sauro Henrique de Almeida (Revisor) e Luiz Fernando Castro Trópia.

Sala das Sessões, 28 de outubro de 2009.

Roberto Nogueira Lima
Presidente

René de Oliveira e Sousa Júnior
Relator