

Acórdão: 14.397/00/3^a
Impugnação: 40.10100134-74
Impugnante: Distribuidora de Suínos Ltda
PTA/AI: 01.000135723-41
Inscrição Estadual: 702.79995500-10
Origem: AF/Uberlândia
Rito: Ordinário

EMENTA

Base de Cálculo – Calçamento. Comprovada a ocorrência do ilícito tributário de calçamento por consignar valores divergentes, de quantidade e valor da mercadoria, entre a 1^a (primeira) via e a via fixa da mesma nota fiscal, resultando, conseqüentemente, recolhimento a menor do imposto devido. Infração caracterizada.

Nota Fiscal – Destinatário Diverso. Comprovado nos autos a entrega da mercadoria a destinatário diverso daquele mencionado na nota fiscal mediante diligência fiscal realizada pela SEF/SP. Exclusão do ICMS e MR, prevalecendo apenas a MI. Acatada a reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco, aplicando-se a multa isolada prevista no art. 55, inciso V da Lei n^o 6763/75. Entretanto, a base de cálculo deverá ser o somatório dos valores das operações consignados nas notas fiscais e não dos valores arbitrados pelo Fisco.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a cobrança do imposto e multas por emitir notas fiscais, para acobertar saídas de mercadorias no exercício de 1998, consignando quantidade e valor diferentes entre a 1^a (primeira) via e a respectiva via fixa (calçamento), bem como emissão de documentos fiscais, nos quais foram mencionados destinatário diverso daquele a quem a mercadoria realmente se destinou. Exige-se ICMS, MR (50%), MI (40%). Crédito tributário no valor de R\$ 270.500,40.

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada impugna tempestivamente o Auto de Infração (fls.148 a 156), por intermédio de seu representante legal. Afirma que as notas fiscais, objeto da presente autuação, não possuem emendas ou rasuras, sendo incorreta a capitulação da infringência apontada pelo Fisco. Alega também, a inoccorrência de infração aos arts. 96, inciso X e 139, ambos do RICMS/96. Explicita que, em caso de dúvida quanto a capitulação legal do fato, deve-se aplicar o art. 112, do CTN. Com relação ao calçamento diz ser inadmissível a presunção de ocorrência de um fato gerador sem o correspondente

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

elemento de prova e que, neste caso, não se pode admitir arbitramento, sendo que a infração somente se prova com o confronto das vias. Com referência a exigência de destinatário diverso ressalta a incorreção da cobrança de multa de 40% (quarenta por cento), quando a prevista para a destinação diversa é de 20% (vinte por cento). Porém, alega a falta de comprovação inequívoca da ocorrência da infração eis que o Fisco amparou-se, tão-somente, em declaração fornecida pelo destinatário consignado nas notas fiscais. Acrescenta que, ainda que restasse provada a destinação diversa, a alíquota aplicável ao caso seria a de 7% (sete por cento), nos termos do art. 43, inciso I, subalínea b.2, c/c item 5, do § 2º, do art. 195, ambos do RICMS/96. Requer, ao final, a procedência da Impugnação.

O Fisco, em manifestação de fls. 174 a 177, refuta as alegações da defesa, sob os fundamentos de que é equivocada a arguição de capitulação errônea da infringência. Houve infração ao art. 16 da Lei 6763/75 dado que a Impugnante não emitiu os documentos na forma regulamentar como, também, o art. 139 do RICMS/96, por haver, a Autuada, consignado valores diferentes nas vias de uma mesma nota fiscal. Que em nenhum momento houve acusação, pelo Fisco, de rasuras ou emendas nas notas fiscais. Quanto ao arbitramento do valor da operação nas saídas a destinatário diverso, o mesmo tem amparo no art. 148 do CTN, bem como no art. 53 do RICMS/96. Informa que a multa isolada, por essa infringência, foi alterada para 20% (vinte por cento), em cumprimento às disposições do art. 55, inciso V, da Lei 6763/75. Conclui, requerendo o julgamento da improcedência da Impugnação.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 181/185, opina pela procedência parcial do Lançamento.

DECISÃO

A presente acusação fiscal versa sobre a constatação de que a Autuada emitiu notas fiscais consignando valores diferentes nas respectivas vias (calçamento) e, ainda, emitiu notas fiscais mencionando destinatário diverso daquele a quem, de fato, a mercadoria se destinou.

Calçamento é um artifício doloso e criminal, utilizado pelo contribuinte, com o objetivo de se recolher imposto a menor do que o devido, ao erário público uma vez que, é consignado valores divergentes entre a primeira via, que a que acoberta o trânsito da mercadoria (reflete o valor real da operação) e, a via fixa. Nesta, consta um montante inferior ao real e é com base neste valor que se fundamenta os registros nos livros fiscais.

Foram calçadas as notas fiscais relacionadas no quadro de fl.14, conforme se observa do confronto da via fixa com a 1ª via correspondente (fls. 33/47 e fls. 19,21,24,25 e 50/ 61, respectivamente). Como também, as notas fiscais de fls.29/31 em confronto com a cópia das vias anexadas às fls.67, 70 e 71, relacionadas no quadro de fl.15. Urge registrar que essas notas fiscais (nºs 005.002, 005.146 e 005.181) além de calçadas, constavam destinatário diverso e é, por este motivo, que se encontram descritas no quadro de fl.15.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Todavia, é preciso ressaltar que a MI referente a essas notas fiscais, especificamente, será exigido somente 20% já que o Fisco reformulou o crédito tributário exigindo a multa neste percentual, pela destinação diversa, muito embora poderia ter aplicado a Multa de 40% (quarenta por cento), prevista no art. 55, inciso X, da Lei 6763/75, por ser mais grave, em consonância com a determinação disposta no art. 211 do RICMS/96:

Art. 211 - Apurando-se, na mesma ação fiscal, o descumprimento de mais de uma obrigação tributária acessória pela mesma pessoa, será aplicada a multa relativa à infração mais grave, quando conexas com a mesma operação, prestação ou fato que lhes deu origem.

Ao contrário do que argumenta a Autuada, o calçamento não fora arbitrado, nem presumido, mas, comprovado, de forma inequívoca.

Somente para constar e evidenciar a prática do procedimento ilegal de calçamento por parte da Impugnante, encontra-se anexado aos autos às fls. 77/ 78 a nota fiscal de nº 005024, cancelada, onde se constada o ilícito fiscal.

Prosseguindo, sobre a diferença apurada e não tributada, correta a exigência do ICMS, resultante da aplicação da alíquota de 12% (doze por cento), devida nas operações interestaduais destinadas ao Estado de São Paulo, prevista no art. 12, inciso II, alínea “a”, da Lei 6763/75, acrescido da Multa de Revalidação e da Multa Isolada de 40% (quarenta por cento), conforme prevê o art. 55, inciso IX, do mesmo diploma legal.

Quanto a segunda irregularidade apontada pelo Fisco, emissão de notas fiscais nas quais consignou-se destinatário diverso daquele a quem a mercadoria se destinou, a acusação foi comprovada por meio de diligência, solicitada pela AF/III/Uberlândia, efetuada pelo Fisco paulista junto ao estabelecimento do destinatário. O contribuinte consignado nos documentos fiscais (fl.48), declara o não recebimento das mercadorias constantes nas notas fiscais autuadas.

Diante da negativa de recebimento do suposto destinatário, o Fisco intima a Impugnante (fl. 26), a apresentar elementos materiais probantes da entrega das referidas mercadorias ao destinatário consignado, ou comprovante de pagamento da quantia ali mencionada, de forma a comprovar a efetivação do negócio. Na vez de fazê-lo, a Autuada não logra êxito, apresentando tão-somente a declaração de fl. 27, cujo conteúdo é insuficiente para eximi-la da acusação.

As notas fiscais relacionadas a tal infração, ou seja, destinação diversa, encontram-se apontadas no demonstrativo de fl. 15, tendo sofrido, após acatamento parcial da impugnação interposta pelo sujeito passivo, a reformulação de fl. 168, para adequar a exigência da multa isolada a 20% (vinte por cento), conforme art. 55, inciso V, da Lei 6763/75. Porém, existem duas incorreções.

A **primeira**, o Fisco, alicerçado no art. 148 do CTN, bem como no art. 53 do RICMS/96, arbitrou a base de cálculo para a incidência da MI considerando que

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

aqueles documentos também estivessem calçados. Embora haja indícios da prática reiterada do contribuinte de calçamento, esta não tem o condão de respaldar o arbitramento e, nem os dispositivos legais retrocitados são pressupostos autorizativos para tanto. Destarte, o critério utilizado para justificar o valor adotado senão o constante na nota fiscal, é ineficaz e não tem sustentação legal. Desta forma, o crédito tributário deverá ser reformulado fazendo incidir a alíquota de 20% da MI cobrada por destinatário diverso, **no valor da operação** constante nas notas fiscais autuadas haja vista, a inexistência de elemento material para comprovar outro valor e, ser incabível o arbitramento pelos motivos já expostos.

A **segunda**, não há que se exigir ICMS e MR pois é ilegítima essa cobrança pela infração exigida, ou seja, destinatário diverso.

Por outro lado, alega a Impugnante que a alíquota correta seria de 7% (sete por cento), prevista no art. 43, inciso I, alínea "b", subalínea "b.2", do RICMS/96, combinado com item 5, do § 2º, do art. 195, do mesmo Regulamento.

Todavia, é necessário salientar que a mercadoria descrita nas notas fiscais não é carne suína, como quer fazer entender o sujeito passivo, mas suínos destinados ao abate, cuja carga tributária, nas operações internas, é também 7% (sete por cento), por força da redução da base de cálculo prevista no item 23, subalínea "a 4", Anexo IV, RICMS/96.

Ocorre, porém, que mesmo não se conhecendo o real destinatário das mercadorias, restou provado que as mesmas foram destinadas a São Paulo, eis que as primeiras vias das notas fiscais 005.146 e 005.181 e a quarta via da nota fiscal 005.002 foram copiadas quando da passagem do veículo transportador pelo Posto Fiscal Orlando Pereira da Silva, o qual está localizado na divisa dos Estados de Minas Gerais e São Paulo.

Assim, a aplicação da alíquota de 12% (doze por cento) decorre da comprovação de que a operação realizada é interestadual, não se podendo, pois, alegar inobservância, pelo Fisco, ao art. 195, § 2º, item 5, do RICMS/96, ou mesmo ao art. 112, do CTN, dada a inexistência de dúvida quanto à natureza da operação, para fins de determinação da alíquota aplicável.

No final, ficou o crédito tributário constituído da exigência de calçamento (ICMS,MR e MI 40%) das notas fiscais relacionadas no quadro demonstrativo de fl 14, e mais das notas fiscais 005002, 005146 e 005181 listadas no quadro de fls.15 e 168, observando que com relação a estes três documentos, será cobrada MI de 20% pelos motivos acima exposto. Relativamente à infringência de destinatário diverso, restou somente a exigência da MI (20%) de acordo com a reformulação do Fisco à fl.168 (evidentemente excluindo as notas fiscais retrocitadas), entretanto, aplicada a base de cálculo do valor da operação (notas fiscais de fls. 68,69,72 a 75).

Vale registrar que im procedem as alegações da Impugnante de capitulação errônea. O Auto de Infração foi lavrado de acordo com o art. 59 da CLTA/MG com a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

especificação das infringências corretas. Ademais, inexistente a acusação de emendas ou rasuras nas notas fiscais autuadas.

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 à fl. 168 dos autos e, ainda para aplicação da alíquota de Multa Isolada (20%) por destinação diversa, ao valor da operação consignado nos documentos fiscais de nºs 005075, 005111, 005185, 005203, 005225 e 005226, bem como a exclusão da cobrança do ICMS e Multa de Revalidação referentes a estas notas fiscais. Participaram do julgamento, além da signatária, os Conselheiros Sauro Henrique de Almeida, Edwaldo Pereira Salles e Glemer Cássia Viana Diniz Lobato.

Sala das Sessões, 08/11/00.

**Cleusa dos Reis Costa
Presidente/Relatora**

L