

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.387/14/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000189960-76
Impugnação: 40.010134076-01
Impugnante: Antônio Carlos Fábrica Martins Filho CPF: 61464295034 - ME
IE: 001701598.00-45
Origem: DF/Montes Claros

EMENTA

CRÉDITO TRIBUTÁRIO – NULIDADE – PROCEDIMENTO FISCAL IRREGULAR – ARBITRAMENTO - ALÍQUOTA NÃO PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. Constatado vício formal do lançamento, tendo em vista aplicação de alíquota não prevista na legislação tributária mineira, implicando em erro no cálculo do montante do tributo devido. Assim, não constou do Auto de Infração todos os elementos essenciais à validade do ato administrativo. Declarado nulo o lançamento. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Versa o presente lançamento acerca da imputação fiscal de saídas de mercadorias desacobertadas de documento fiscal, constatada em decorrência do cruzamento de informações constantes da Declaração Anual do Simples Nacional (DASN) com os valores constantes em extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II c/c § 2º todos da Lei nº 6.763/75.

Inconformado, o Autuado apresenta, tempestivamente, Impugnação às fls. 16/19, em síntese, aos argumentos seguintes:

- a empresa não agiu com má fé,
- tão logo constatou a irregularidade referente às vendas de julho emitiu a Nota Fiscal nº 000.008, em 31/08/11, para regularizar a situação,
- pagou o imposto devido face à emissão e registro da Nota fiscal nº 000.008,
- argui que o lançamento é falho ao não considerar a nota fiscal emitida, o que implicaria em nulidade;

Ao final, pede a nulidade do lançamento e, se assim não entendido, no mérito, pede a procedência da impugnação.

O Fisco manifesta-se às fls. 25/31, em resumo, aos fundamentos que se seguem:

- aponta que restou comprovada a saída desacobertada,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- que utilizou para o cálculo do imposto devido a alíquota de 9,61% (nove inteiros e sessenta e um décimos por cento), que seria a alíquota média de contribuinte que desenvolve atividade similar na mesma região, pois o Autuado não entregou os arquivos eletrônicos de forma que fosse possível o cálculo exato da alíquota de saída,

- o próprio Impugnante admite que não emitiu documentos fiscais para acobertar as vendas realizadas no mês de julho de 2011 e que procurou regularizar a situação com a emissão da Nota Fiscal nº 000.008,

- ressalta que a emissão de documento fiscal em um determinado dia não acoberta a saída de mercadoria em outro dia.

Ao final, pede seja julgado procedente o lançamento.

A 2ª Câmara de Julgamento, considerando a adoção de alíquota de 9,61% (nove inteiros e sessenta e um décimos por cento), citada na manifestação fiscal (fls. 26) como alíquota média de contribuinte da região com atividade similar, converte o julgamento em diligência para que o Fisco fundamente qual dispositivo legal embasa a adoção da referida alíquota fazendo, se for o caso, os ajustes pertinentes.

O Fisco manifesta-se às fls. 38, ratifica o procedimento e reformula o crédito tributário para adequar a alíquota para 9,21% (nove inteiros e vinte e um décimos por cento).

Devidamente intimado o Contribuinte não se manifesta.

DECISÃO

A autuação versa sobre a acusação fiscal de que o Contribuinte promoveu saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pelo Impugnante ao Fisco e os valores constantes em extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito, recolhendo, em consequência, ICMS a menor.

Exigências do ICMS acrescido das Multas de Revalidação e Isolada previstas na Lei nº 6.763/75, respectivamente, nos arts. 56, inciso II e 55, inciso II c/c § 2º.

A constituição do crédito tributário encontra-se disciplinada no Código Tributário Nacional e sua formalização encontra-se determinada, no Estado de Minas Gerais, pela Lei nº 6.763/75 e regulamentada pelo Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08 e pelo RICMS/02.

Veja-se o que determina o art. 142 do Código Tributário Nacional:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito

passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível. (grifou-se)

Depreende-se da leitura do artigo retro citado que o lançamento é um procedimento administrativo privativo das autoridades fiscais que devem proceder nos termos da lei para sua formalização.

O lançamento pressupõe a verificação da ocorrência do fato gerador, a determinação do crédito tributário, a apuração do imposto devido, a identificação do sujeito passivo e a proposição da penalidade aplicável.

Na esfera estadual dispõe a Lei nº 6.763/75:

Art. 154. A exigência de crédito tributário será formalizada em Auto de Infração, Notificação de Lançamento ou Termo de Autodenúncia, expedidos ou disponibilizados conforme estabelecido em regulamento.

O RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, em seus arts. 85 e 89, assim dispõe:

SEÇÃO III

DA FORMALIZAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Art. 85. A exigência de crédito tributário será formalizada mediante:

(...)

II - Auto de Infração (AI), nas hipóteses de lançamentos relativos ao ICMS, ao ITCD, às taxas, e respectivos acréscimos legais, inclusive de penalidades por descumprimento de obrigação acessória;

Art. 89. O Auto de Infração e a Notificação de Lançamento conterão, no mínimo, os seguintes elementos:

I - número de identificação;

II - data e local do processamento;

III - nome, domicílio fiscal ou endereço do sujeito passivo e os números de sua inscrição estadual e no CNPJ ou CPF;

IV - descrição clara e precisa do fato que motivou a emissão e das circunstâncias em que foi praticado;

V - citação expressa do dispositivo legal infringido e do que comine a respectiva penalidade;

VI - valor total devido, discriminado por tributo ou multa, com indicação do período a que se refira;

VII - os prazos em que o crédito tributário poderá ser pago com multa reduzida, se for o caso;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

VIII - intimação para apresentação de impugnação administrativa, se cabível, com indicação do respectivo prazo, ou anotação de se tratar de crédito tributário não-contencioso;

IX - a indicação da repartição fazendária competente para receber a impugnação, em se tratando de crédito tributário contencioso;

Dispõe, ainda, a legislação estadual:

Lei nº 6763/75

Art. 51 - O valor das operações ou das prestações poderá ser arbitrado pela autoridade fiscal, na forma que o regulamento estabelecer e sem prejuízo das penalidades cabíveis, quando:

I - o contribuinte não exibir à fiscalização os elementos necessários à comprovação do valor da operação ou da prestação, inclusive nos casos de perda ou extravio de livros ou documentos fiscais;

II - ficar comprovado que os lançamentos nos livros e/ou nos documentos fiscais não refletem o valor das operações ou das prestações;

III - a operação ou a prestação se realizar sem emissão de documento fiscal;

IV - ficar comprovado que o contribuinte não emite regularmente documentário fiscal relativo a operações ou prestações que promove ou que é responsável pelo pagamento do imposto.

V - ocorrer a falta de seqüência do número de ordem de operação de saída ou de prestação realizada, em cupom fiscal, relativamente aos números que faltarem;

VI - em qualquer outra hipótese em que sejam omissos ou não mereçam fé a declaração, o esclarecimento prestado ou o documento expedido pelo sujeito passivo ou por terceiro legalmente obrigado.

Parágrafo único - Presume-se:

I - entrada e saída do estabelecimento a mercadoria não declarada pelo contribuinte, cuja operação de aquisição tenha sido informada ao Fisco pelo contribuinte remetente ou pelo transportador;

II - prestado o serviço não declarado pelo prestador, cuja prestação tenha sido informada ao Fisco pelo contribuinte tomador.

O Auto de Infração, como ato administrativo que é, está sujeito a regime jurídico de direito público e, portanto, deve observar a exigência dos pressupostos de validade dos atos administrativos, quais sejam: competência, finalidade, forma, motivo e objeto.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Da análise do presente auto, em face das normas anteriormente transcritas, verifica-se que não se encontram atendidos todos os requisitos impostos pela legislação tributária.

Em razão da comprovação de que a operação se realizou sem emissão de documento fiscal e o Contribuinte não exibiu os elementos necessários a comprovação, de forma inequívoca, de quais as operações e prestações foram realizadas, o Fisco, com respaldo no art. 51 da Lei nº 6.763/75, arbitrou o montante do tributo devido, conforme relatório retro transcrito utilizando-se a alíquota média de outro contribuinte que desenvolve atividade similar à do Autuado.

Porém, o trabalho fiscal não se encontra condizente com a legislação posta.

No campo Relatório do Auto de Infração, em análise, consta (fls. 05):

Na impossibilidade de apurar a alíquota média do contribuinte em questão por falta de arquivos eletrônicos e documentos fiscais transmitidos, a alíquota aplicada para apuração do ICMS devido foi a alíquota média de contribuinte que desenvolve atividade similar na mesma região, conforme relatório anexo ao PTA extraído do auditor eletrônico.

E ainda, sendo o Contribuinte optante pelo regime de recolhimento do Simples Nacional, deve-se observar o que preceitua o art. 13 da Lei Complementar nº 123/06:

Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

(...)

§ 1º O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

(...)

XIII - ICMS devido:

(...)

f) na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal;

Sobre a alíquota a ser utilizada temos:

Lei nº 6763/75

Art. 12. As alíquotas do imposto, nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, são:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 71. Na hipótese do § 2º do art. 49 e do art. 51, a alíquota será de 18% (dezoito por cento), salvo se o contribuinte:

I - especificar e comprovar, de forma inequívoca, quais as operações e prestações realizadas, caso em que será aplicada a alíquota correspondente;

II - nos últimos doze meses, tiver realizado, preponderantemente, operações tributadas com alíquota superior a 18% (dezoito por cento), caso em que será aplicada a alíquota preponderante.

RICMS/02

Art. 42 - As alíquotas do imposto são:

(...)

e) 18 % (dezoito por cento), nas operações e nas prestações não especificadas nas alíneas anteriores;

Assim, no caso concreto, a legislação impõe a aplicação da alíquota de 18% (dezoito por cento).

Cumpra registrar que embora a alíquota adotada pelo Fisco seja inferior à alíquota prevista na norma legal, isso não legitima nem autoriza o arbitramento da alíquota, conforme procedeu o Fisco.

Inobstante restar comprovada a saída de mercadoria desacoberta de documentação fiscal, verifica-se que, diante da adoção de alíquota não prevista na legislação, maculou-se o lançamento, impondo-se a sua nulidade.

Ressalte-se que a nulidade do lançamento não traz *prima facie* prejuízos à Fazenda Pública Estadual, porque o Fisco pode sanar os vícios, renovar a ação fiscal e constituir o crédito tributário mediante novo lançamento, observado os limites legais impostos.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em declarar nulo o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Guilherme Henrique Baeta da Costa (Revisor) e Fernando Luiz Saldanha.

Sala das Sessões, 19 de março de 2014.

Antônio César Ribeiro
Presidente

Marco Túlio da Silva
Relator

D

20.387/14/2ª