

Acórdão: 2.839/03/CE Rito: Ordinário
Recurso de Revisão: 40.060109764-71
Recorrente: Karla Palma Souza
Recorrida: Fazenda Pública Estadual
Proc. S. Passivo: Delcismar Maia Filho/Outro
PTA/AI: 01.000126473-71
Inscr. Estadual: 672.344863.0030
Origem: DF/Sete Lagoas

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – DOCUMENTO EXTRAFISCAL. Imputação fiscal de saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, apuradas através de cláusula de contrato de locação que estabelecia a indexação do valor do aluguel à receita bruta da Autuada. Não obstante estar enquadrada como microempresa, a infringência capitulada nos autos faz referência à regra geral a ser observada por todos os contribuintes do ICMS. Infração caracterizada, exceto em relação à cobrança da Multa de Revalidação em dobro, em relação às exigências relativas ao período em que esteve enquadrada no regime de estimativa e em relação às saídas de mercadorias sujeitas à substituição tributária, considerando-se a base de cálculo arbitrada pelo Fisco e excluindo-se dessas exigências o ICMS e a Multa de Revalidação sobre a diferença entre o valor da base de cálculo sobre a qual foi retido o imposto e o valor da base de cálculo arbitrada pelo Fisco, nos casos em que a base de cálculo utilizada para retenção foi superior à base de cálculo arbitrada. Reformada a decisão anterior no tocante à exclusão de valores referentes às operações cujo imposto já havia sido retido por substituição tributária. Recurso de Revisão conhecido à unanimidade e provido parcialmente pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a imputação fiscal de saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, constatadas através de documentos extrafiscais.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada, capitulada no inciso II, artigo 55, Lei 6763/75, referentes aos exercícios de 1997, 1998 e 1999.

A decisão consubstanciada no Acórdão n.º 15.985/03/1.^a, pelo voto de qualidade, manteve parcialmente as exigências fiscais de ICMS, MR (50%) e MI (40%), conforme retificações efetuadas pelo Fisco às fls. 419/420.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inconformada, a Recorrente interpõe, tempestivamente, o presente Recurso de Revisão (fls. 443/454), por intermédio de seu procurador regularmente constituído.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 458/462, opina pelo não provimento do Recurso de Revisão.

DECISÃO

Superada, de plano, a condição de admissibilidade capitulada no art. 137 da CLTA/MG, uma vez que a decisão recorrida foi tomada pelo voto de qualidade, revela-se cabível o presente Recurso de Revisão.

Inicialmente, insta esclarecer que as questões preliminares argüidas pela Recorrente, relativamente a nulidade do Auto de Infração e cerceamento do direito de defesa, já foram apreciadas no julgamento anterior e são irrecorríveis na esfera administrativa, a teor do artigo 134, inciso II, alínea “a”, da CLTA/MG.

Quanto ao mérito, argumenta a Recorrente que também auferiu receitas através de outras atividades, como aluguel do espaço físico para festas e espetáculos musicais, que não estavam no campo de incidência do ICMS.

Ocorre que, como enfatizado na decisão anterior, os contratos e os recibos não provam o valor da receita auferida, mas apenas da despesa realizada, o mesmo ocorrendo com o documento da ECAD, juntado às fls. 456. Em tais documentos não há nenhum elemento capaz de demonstrar qual seria o valor dos ingressos ou qual seria a receita obtida através da realização dos shows. Não há comprovação do resultado da bilheteria ou da cobrança de “couvert” artístico.

A inexistência de comprovação desses valores recebidos indica que, na realidade, não houve cobrança de bilheteria ou “couvert” artístico, pois o que normalmente ocorre nesse ramo de atividade de bares e restaurantes é a contratação de artistas como forma de atrair a clientela, sendo tal custo compensado pelas vendas de bebidas e refeições, que é o objetivo principal do estabelecimento.

Assim, não havendo entre os documentos juntados nenhum que possa quantificar os valores relativos àquelas circunstâncias argüidas, fica o Fisco autorizado a arbitrar o valor referente às vendas de bebidas e refeições com base nos documentos extrafiscais, sem considerar qualquer valor referente àquelas atividades.

Em relação à exclusão dos valores referentes às mercadorias sujeitas à substituição tributária, ao contrário do entendimento da Recorrente, o Fisco aplicou sobre o valor das notas fiscais de entrada as margens de lucro previstas na legislação tributária, sob o argumento de que as notas fiscais continham erro no cálculo.

Não obstante os erros constatados quanto à correta aplicação dos índices definidos pela legislação para a formação da base de cálculo para retenção do imposto por substituição tributária, verifica-se que, nos casos em que a base de cálculo/ST

CONSELHO DE CONTRIBUINTE DO ESTADO DE MINAS GERAIS

calculada pelo Fisco foi inferior ao valor originalmente utilizado para retenção do imposto no documento fiscal, neste caso constata-se exigência de ICMS que já tinha sido retido pelo contribuinte substituto, uma vez que o valor a ser excluído do faturamento para formação da base de cálculo das exigências fiscais seria inferior ao pertinente, constante do documento fiscal, gerando uma exigência de ICMS em duplicidade sobre a diferença entre as bases de cálculos relativas à substituição tributária.

Por outro lado, se a base de cálculo/ST calculada pelo Fisco foi superior à utilizada para retenção, dentro dessa concepção adotada pelo Fisco, constata-se que a exigência referente ao imposto foi realizada em valor inferior ao devido. Caberia ao Fisco, se assim entendesse, exigir a diferença em outro Auto de Infração.

Dessa forma dentro do entendimento acima demonstrado, decide-se pela exclusão das exigências fiscais referentes à diferença entre o valor da base de cálculo sobre a qual foi retido o imposto e o valor da base de cálculo arbitrada pelo Fisco, nos casos em que a base de cálculo utilizada para retenção foi superior à base de cálculo arbitrada.

Saliente-se que a exclusão das exigências, referentes ao período em que a Recorrente estava enquadrada no regime de estimativa, deveu-se à regulamentação própria e especial quanto à forma de apuração do imposto e, principalmente, à não obrigatoriedade da emissão de documentos fiscais para acobertar todas as operações de saída de mercadorias, fato que não se observa nos regimes de Microempresa e Micro Geraes.

Ao contrário, no regime de microempresa, como facultava a Lei 10.992/92, o Contribuinte optou por emitir documentos fiscais, nos termos do artigo 11 da mesma lei e, conforme apurado, efetuou vendas sem documentação fiscal.

O outro período objeto das exigências fiscais é aquele em que a Autuada esteve enquadrada no Micro Geraes, regime de recolhimento 31, estando obrigada a emitir documentos fiscais para todas as operações que realizasse e também ao recolhimento, independente do seu faturamento, da quantia de R\$ 25,00 por mês.

O motivo da autuação foi a falta de emissão de documentos fiscais nas saídas de mercadorias, infringindo o inciso IV, do artigo 15 da Lei n.º 12.708/97.

Conforme prevê o artigo 46, inciso IX do Anexo X do RICMS/96, a modalidade de pagamento prevista no Anexo não é aplicável à operação realizada sem emissão de documento fiscal.

Acerca da predominância da norma específica sobre a norma geral, é de se notar que, no caso, uma não se contrapõe à outra. Na verdade, as particularidades trazidas pela legislação das microempresas não revogam a legislação citada pelo Fisco no Auto de Infração. Muito pelo contrário, aquela é suplementar a esta, regendo também as atividades do contribuinte mineiro que tem por particularidade a receita bruta limitada a valores definidos, o que não lhe retira a obrigação de pagar o imposto

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

nos prazos estipulados na legislação, e muito menos de deixar de cumprir a legislação tributária, seja a específica, seja a da regra geral.

É interessante atentar para a legislação que rege a matéria, constante no Anexo X do RICMS/96. O artigo 2º assim dispõe: “*A microempresa (ME) e a Empresa de Pequeno Porte (EPP) observarão, no que couber, as normas deste Regulamento e, especificamente, as disposições contidas neste Anexo*”. Fica patente que a norma geral, presente no RICMS/96, também alcança as empresas que optaram por este sistema, e, ao infringirem qualquer dos seus dispositivos, ficam estas empresas sujeitas às penalidades previstas no Regulamento.

Assim, a penalidade prevista no artigo 55 da Lei 6.763/75 não é restrita a contribuintes enquadrados em determinado regime de recolhimento, mas a qualquer contribuinte que não cumpra as obrigações acessórias. Procede portanto a Multa Isolada exigida nos períodos em que a Recorrente esteve, por força do seu regime de recolhimento, obrigada a emitir documentos fiscais. Correto também o percentual aplicado, pois a infração não foi apurada com base em documentos e nos lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal da Autuada, mas sim através de documentos extrafiscais.

Relativamente a aplicação do permissivo legal, observa-se que as operações relativas às mercadorias sujeitas à substituição tributária foram excluídas pelo Fisco, conforme abordado acima. Assim, nos termos do artigo 53, § 5º, item 3, da Lei n.º 6.763/75, o acionamento do permissivo legal para redução das penalidades mostra-se inviável, haja vista que a prática das irregularidades remanescentes resultou em falta de pagamento do tributo.

Quanto à aplicação do artigo 112 do CTN, não se vislumbra no presente caso nenhum dos elementos de dúvida constantes do dispositivo legal, que justifiquem sua aplicação.

Verifica-se, pois, que a decisão anterior deve ser reformada somente em relação às mercadorias sujeitas à substituição tributária, cujo imposto já havia sido retido, no tocante à diferença entre a base de cálculo utilizada para retenção e a base de cálculo arbitrada pelo Fisco, quando esta apresentar-se inferior àquela.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, pelo voto de qualidade, em não acatar a análise de nulidade do Auto de Infração. Vencidos os Conselheiros Windson Luiz da Silva (Relator), Luciana Mundim de Mattos Paixão e Carlos Wagner Alves de Lima, que analisavam a questão. Ainda em preliminar, à unanimidade, conheceu-se do Recurso de Revisão. No mérito, pelo voto de qualidade, deu-se provimento parcial ao mesmo, para excluir das exigências fiscais relativas às mercadorias sujeitas à substituição tributária (fls. 225/384), o ICMS e a Multa de Revalidação sobre a diferença entre o valor da base de cálculo sobre a qual foi retido o imposto e o valor da base de cálculo arbitrada pelo Fisco, nos casos em que a base de cálculo utilizada para retenção for superior à base de cálculo arbitrada. Vencidos, em parte, os Conselheiros Windson Luiz da Silva (Relator), Luciana Mundim de Mattos Paixão e Carlos Wagner Alves de Lima, que lhe davam provimento

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

parcial conforme as retificações realizadas pelo Fisco em fls. 385/394 e 417/420, além de ser observado o valor da mercadoria a ser deduzido tendo em vista a parte já tributada antecipadamente por substituição tributária. Designado Relator o Conselheiro Edwaldo Pereira de Salles (Revisor). Participou do julgamento, além dos signatários e dos vencidos, o Conselheiro José Eymard Costa. Pela Recorrente, sustentou oralmente o Dr. Delcismar Maia Filho e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Célio Lopes Kalume.

Sala das Sessões, 04/07/03.

José Luiz Ricardo
Presidente

Edwaldo Pereira de Salles
Relator Designado

CC/MG