

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 18.710/08/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 04.002069472-19
Impugnação: 40.010121306-64
Impugnante: Franciela Rosa Emerick
IE: 395151357.00-43
Proc. S. Passivo: Ângelo Albuquerque Brant/Outro(s)
Origem: DF/Manhuaçu

EMENTA

CRÉDITO TRIBUTÁRIO - NULIDADE - PROCEDIMENTO FISCAL IRREGULAR. A mera afirmação do Fisco da constatação da ocorrência de saída de mercadoria desacoberta de documentação fiscal, sem que tenha sido apresentada qualquer comprovação, demonstração ou indicação do procedimento fiscal utilizado para se chegar ao montante apurado, caracteriza falta de fundamentação da acusação fiscal, ferindo, desse modo, os princípios do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa, aplicáveis ao processo administrativo conforme preceituam os incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal. Declarada a nulidade do Auto de Infração. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a prática da saída de mercadorias desacoberta de documento fiscal no exercício de 2007, constatada em visita ao estabelecimento da Autuada conforme Termo de Constatação de fls. 4.

São exigidos o ICMS, a multa de revalidação e a Multa Isolada prevista no inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763, de 26 de dezembro de 1975.

O crédito tributário foi inicialmente exigido através do Documento de Arrecadação Estadual (DAE) de fls. 5 que, no entanto, não foi quitado até a data de seu vencimento, motivo pelo qual foi emitido o Auto de Infração em tela.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 6/10.

A taxa de expediente é recolhida conforme DAE de fls. 12.

O Fisco, em manifestação de fls. 27/30, refuta as alegações da defesa.

Foi dada vista à Autuada (fls. 42) dos documentos de fls. 31 e segs. anexados pelo Fisco, ensejando manifestação da Autuada (fls. 44) bem como do Fisco (fls. 51), que ratifica seu entendimento anterior (fls. 27/30).

DECISÃO

Trata-se da acusação fiscal de saída de mercadorias desacobertada de documento fiscal no exercício de 2007, constatada em visita ao estabelecimento da Autuada conforme Termo de Constatação de fls. 4, infringência pela qual são exigidos o ICMS, a multa de revalidação de 50% (cinquenta por cento) e a Multa Isolada de 40% (quarenta por cento) prevista no inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763, de 1975.

Observa-se que o crédito tributário havia, inicialmente, sido exigido através do DAE de fls. 5 que, no entanto, não foi quitado até a data de seu vencimento, motivo pelo qual foi emitido o Auto de Infração em tela, conforme consta em seu próprio relatório (fls. 2).

Primeiramente a Autuada afirma, em sua peça impugnatória, que o Termo de Constatação de fls. 4 foi assinado pelo seu contador, não presente ao ato de fiscalização, o que torna nulo tal documento, fazendo com que o ato praticado pelo Fisco fira os princípios constitucionais tributários implícitos na Constituição Federal, dentre eles o previsto no inciso LV do art. 5º, pois o Fisco inseriu um documento não acatado por pessoa ligada à Autuada.

Argumenta que o Auto de Infração nada mais é do que uma cópia do texto da lei, sendo totalmente desprovido de esclarecimentos necessários para o real conhecimento da situação ocorrida no ato de fiscalização.

Alega que, possivelmente, a notificação tenha como cerne o fato de que a Autuada estava com seu talonário de notas fiscais série D defasado em 18 (dezoito) dias da última emissão, que no seu entendimento é fato que nada significa.

Entretanto, justifica que o fato de não haver emitido notas fiscais no período de 07/07/2007 a 24/07/2007 apenas comprova que as vendas de sua empresa estão reduzindo-se a cada dia, face à estagnação econômica e financeira de sua região.

Destaca que não consta dos autos qualquer documento que comprove uma operação sem emissão de nota fiscal, acrescentando que a presunção de vendas sem emissão de documentos fiscais, lastreada pelo interstício na emissão de notas fiscais série D não pode ser base para fato gerador do ICMS.

Sob o argumento de que está inscrita no cadastro da Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais (SEF/MG) como microempresa, não recolhe ICMS sobre suas saídas, razão pela qual não haveria motivo para a alegada venda sem a emissão do respectivo documento fiscal.

Invoca o inciso I do art. 333 do Código de Processo Civil (CPC), instituído pela Lei Federal nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que estabelece que o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito.

O Fisco, por seu turno, contradiz a alegação da Autuada de que o Termo de Constatação de fls. 4 foi assinado por pessoa não ligada à Autuada, sustentando que o signatário é procurador regularmente constituído da Autuada para representá-la, inclusive, perante repartições estaduais, conforme procuração que anexa à manifestação fiscal (fls. 31).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assegura que o signatário do Termo de Constatação de fls. 4 estava presente no estabelecimento da Autuada, ao contrário do que esta afirma em sua Impugnação.

Apresenta memória de cálculo do valor do crédito tributário, e salienta haver seguido o princípio da legalidade para chegar aos valores mencionados.

O Fisco contradiz a alegação de que o Auto de Infração é uma peça de ficção sem respaldo fático e legal e que dificulta a defesa da Autuada, fazendo referência ao conteúdo do próprio Auto de Infração, que contém os dispositivos legais infringidos e a capitulação legal das penalidades, **ressaltando que a situação fática que configurou a ocorrência do fato gerador está documentada no Termo de Constatação de fls. 4 dos autos.**

Destaca que causa estranheza o fato de a Autuada, empresa comercial varejista, ficar tantos dias sem efetuar vendas, uma vez que possui despesas operacionais, em média, de cerca de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), de acordo com as Declarações Anuais do Movimento Econômico e Fiscal (DAMEFs) que anexa.

Quanto à afirmação da Autuada de que não tinha motivos para a venda sem a emissão do respectivo documento fiscal por tratar-se de microempresa, o Fisco aduz que não cabe, em relação ao ato de lançamento, qualquer juízo de valor ou objetivo do descumprimento da obrigação tributária.

Observa-se que de acordo com a manifestação do Fisco às fls. 29, a situação fática que configurou a ocorrência do fato gerador está documentada no Termo de Constatação de fls. 4 dos autos.

O conteúdo de referido termo que importa à autuação em causa é o que abaixo se transcreve:

“Em diligência fiscal ao estabelecimento acima identificado constatamos que houve, no período de 2007, saídas desacobertas de documentação fiscal no valor total de R\$ 27.200,00 (vinte e sete mil e duzentos reais)”.

O termo é datado de 24 de julho de 2007 e assinado pelo agente do Fisco, com a ciência do contador na mesma data.

Tem-se, portanto, que tal termo significa, tão-somente, uma mera afirmação do Fisco da constatação da ocorrência de saída de mercadoria desacoberta de documentação fiscal, sem que tenha sido apresentada qualquer comprovação, demonstração ou indicação do procedimento fiscal utilizado para se chegar ao montante apurado.

Vale destacar que existem vários procedimentos de fiscalização tecnicamente idôneos dos quais o Fisco pode se valer para apurar o montante do imposto supostamente devido a título de saída de mercadoria desacoberta de documentação fiscal, a exemplo daqueles enumerados no art. 194 do Regulamento do ICMS (RICMS/2002), aprovado pelo Decreto nº 43.080, de 13 de dezembro de 2002.

O Fisco, contudo, não logrou identificar qual a técnica utilizada no trabalho fiscal, mas apenas aponta o valor da base de cálculo apurada sem fazer constar na peça fiscal uma descrição clara e precisa do fato que motivou sua emissão e das

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

circunstâncias em que foi praticado, não indicando, sequer, em quais meses do exercício de 2007 a infração foi supostamente cometida, em afronta aos incisos IV e VI do art. 57 c/c art. 58 da Consolidação da Legislação Tributária Administrativa do Estado de Minas Gerais (CLTA/MG), aprovada pelo Decreto nº 23.780, de 10 de agosto de 1984, norma processual que estabelece os elementos mínimos que deve conter um Auto de Infração, vigente à época de sua lavratura.

Insta destacar-se que para que o ato administrativo do lançamento do crédito tributário goze da presunção de validade, este deve obrigatoriamente ser fundamentado, ou seja, o Fisco tem “o dever de explicar detalhadamente a ocorrência dos fatos que o justificaram, e ainda *comprovar* tais afirmações. Ato desacompanhado dessa fundamentação, e dessa comprovação, é nulo, e não gera a tão alegada quanto equivocada ‘presunção de validade’ do ato administrativo”, conforme doutrina de Machado Segundo (MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo tributário**. 2. ed. São Paulo: Altas, 2006. p. 99).

Fundamentar um ato é, em termos mais genéricos, explicar as razões pelas quais tal ato foi praticado, explicação esta que, evidentemente, não há de ser qualquer afirmação sobre ditas razões, mas uma explicação que atenda à lógica e que permita ao acusado conhecer as imputações que lhe estão sendo feitas e delas se defender, conforme transcrição de Raquel Machado na obra acima citada.

No mesmo sentido o judiciário tem se manifestado, a exemplo da seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

TRIBUTÁRIO. LANÇAMENTO FISCAL. REQUISITOS DO AUTO DE INFRAÇÃO E ÔNUS DA PROVA. O LANÇAMENTO FISCAL, ESPÉCIE DE ATO ADMINISTRATIVO, GOZA DA PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE; ESSA CIRCUNSTÂNCIA, TODAVIA, NÃO DISPENSA A FAZENDA PÚBLICA DE DEMONSTRAR, NO CORRESPONDENTE AUTO DE INFRAÇÃO, A METODOLOGIA SEGUIDA PARA O ARBITRAMENTO DO IMPOSTO – EXIGÊNCIA QUE NADA TEM A VER COM A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA, RESULTANDO DA NATUREZA DO LANÇAMENTO FISCAL, QUE DEVE SER MOTIVADO. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. (ACÓRDÃO UNÂNIME DA 2ª TURMA DO STJ – REL. MIN. ARI PARGENDLER – RESP 48516 – DJ 13.10.1997, P. 51553)

Dessa forma, afigura-se dispensável a discussão acerca da representatividade da assinatura do contador no Termo de Constatação de fls. 4, uma vez que tal termo não se presta como prova da prática da infringência da qual se acusa a Autuada; além do mais, a assinatura do contador apenas atesta sua ciência quanto à existência da constatação em si relatada pelo Fisco no documento.

Pode-se sustentar, portanto, que a mera afirmação do Fisco da constatação da ocorrência de saída de mercadoria desacompanhada de documentação fiscal, sem que tenha sido apresentada nos autos qualquer comprovação, demonstração ou indicação do procedimento fiscal utilizado para se chegar ao montante apurado, caracteriza falta de fundamentação da acusação fiscal, ferindo, desse modo, os princípios do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa, aplicáveis ao processo administrativo conforme preceituam os incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em declarar a nulidade do Auto de Infração. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Rodrigo da Silva Ferreira (Revisor) e Antônio César Ribeiro.

Sala das Sessões, 16 de abril de 2008.

Roberto Nogueira Lima
Presidente

Antonio Leonart Vela
Relator

CC/MG