

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.189/16/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000421825-04
Impugnação: 40.010140216-41, 40.010140714-87 (Coob.)
Impugnante: Dicina Indústria e Comércio, Importação e Exportação de Tabacos Ltda
IE: 002538908.00-33
Daniel Correia (Coob.)
CPF: 037.476.387-91
Proc. S. Passivo: Alexandr Douglas Barbosa Lemes/Outro(s), Alessandra Priscila Mariano Peluccio/Outro(s)
Origem: DF/Uberlândia

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. Imputação de que a Contribuinte, no período fiscalizado, promoveu saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75. Entretanto, uma vez que não foi cumprido corretamente o procedimento tecnicamente idôneo previsto no art. 194, inciso II do RICMS/02, o lançamento está eivado de vício formal, razão pela qual é nulo.

Declarado nulo o lançamento. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saída de mercadoria desacobertada de documentação fiscal, apurada após constatação, em diligência realizada no dia 29/01/16 no estabelecimento da Autuada, de ausência de mercadorias em estoque.

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

Inconformada, a Autuada e o Coobrigado apresentam, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnações às fls. 89/105 e 165/192, respectivamente, contra as quais a Fiscalização manifesta-se às fls. 206/217.

DECISÃO

Conforme se extrai do relatório de fls. 03 e fls. 09/11 do presente Auto de Infração, a autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertada de documentação fiscal, apurada após diligência fiscal, por constatar que o estabelecimento comercial da

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Autuada estava com aparência de abandono, concluindo-se por ausência de mercadoria em estoque.

No campo “Penalidade” do Auto de Infração está capitulada a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75.

Verifica-se do Relatório de Diligência Fiscal, acostado às fls. 22, que em diligência ao estabelecimento da Autuada, realizada em 29/01/16, não foi possível entrar no imóvel, que se encontrava fechado no momento da visita, e a partir de “frestas nas laterais dos portões” observou-se a inexistência de mercadorias em estoque.

No tocante ao poder/dever de Fiscalização e procedimentos técnicos para apuração fiscal, o art. 194 do RICMS, assim, dispõe:

Art. 194 - Para apuração das operações ou das prestações realizadas pelo sujeito passivo, o Fisco poderá utilizar quaisquer procedimentos tecnicamente idôneos, tais como:

(...)

II - levantamento quantitativo de mercadorias;

(...)

§ 1º - No caso de levantamento quantitativo em exercício aberto, será observado o seguinte:

I - antes de iniciada a **contagem física das mercadorias**, a autoridade fiscal intimará o contribuinte, o seu representante ou a pessoa responsável pelo estabelecimento, presente no momento da ação fiscal, para acompanhar ou fazer acompanhar a contagem;

II - a intimação será feita em 2 (duas) vias, ficando uma em poder do Fisco e a outra em poder do intimado;

III - o contribuinte, o seu representante legal ou a pessoa responsável pelo estabelecimento aporão o “ciente” na via da autoridade fiscal e, nessa oportunidade, indicarão, por escrito, a pessoa que irá acompanhar a contagem física das mercadorias, que poderá, durante a mesma, fazer por escrito as observações convenientes;

IV - terminada a contagem, o contribuinte, o seu representante legal ou a pessoa responsável pelo estabelecimento assinarão, juntamente com a autoridade fiscal, o documento em que a mesma ficou consignada; (grifou-se).

Notadamente, a imputação fiscal constante do presente Auto de Infração é de saída desacobertada de documentação fiscal, conclusão posta diante do levantamento quantitativo de estoque.

Cedição que, por estar o estabelecimento fechado e com sinais de abandono, presume-se enceramento irregular das atividades daquele estabelecimento.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diferentemente, a imputação de saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais concluída após levantamento quantitativo não se permite por presunção. Isso, porque está expressamente determinada a contagem física do estoque pelo RICMS/02.

A contagem precária realizada pela “fresta do portão” remete ao inciso II do art. 112 do Código Tributário Nacional, veja -se:

Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira **mais favorável ao acusado**, em caso de dúvida quanto:

II - à natureza ou **às circunstâncias materiais do fato**, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos; (grifou-se).

No presente caso, da exposição referente à diligência realizada no estabelecimento da Autuada, a própria Fiscalização deixa consignado que não foi possível adentrar no imóvel.

Assim, resta inquestionável que, tecnicamente, não foi possível proceder, naquela ocasião, ao levantamento quantitativo, para o qual se exige, por força do inciso II do art. 194 do RICMS/02, a contagem física das mercadorias.

O Código de Defesa do Contribuinte do Estado de Minas Gerais, a Lei nº 13.515/00, por sua vez, dispõe:

Art. 20. São nulas de pleno direito as exigências administrativas que:

I - **estabeleçam obrigações com base em presunção não prevista na legislação tributária;**

(...)

Art. 22. É vedado à autoridade administrativa, tributária e fiscal, sob pena de responsabilidade:

(...)

VI - impor ao contribuinte a cobrança de débito cujo **fato gerador não tenha sido devidamente apurado e demonstrado;**

VII - arbitrar o valor da operação ou prestação sem a observância de procedimento técnico idôneo, assegurado o contraditório e a ampla defesa; (grifou-se).

Dessa forma, infere-se do exame dos autos que o lançamento contém vício formal, pois a acusação fiscal de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal teve como base levantamento quantitativo não realizado, conforme roteiro fiscal adotado. Não encontrando assim, respaldo na legislação tributária que, repete-se, exige a contagem física das mercadorias.

Verifica-se, portanto, que não foram atendidos os requisitos de validade do ato administrativo levado a efeito pela Fiscalização e a formalização estabelecida, no estado de Minas Gerais, pela Lei nº 6.763/75 e regulamentada pelo Regulamento do 22.189/16/3ª

Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, em seus arts. 85 e 89, que trata dos elementos imprescindíveis à constituição do Auto de Infração.

Ad argumentandum, o aspecto motivação, adstrito à legalidade imposta por princípio constitucional, se destaca com erro, quando a Fiscalização traz procedimento diverso do postulado da legalidade tributária.

É que, por ser ato administrativo vinculado, sujeita-se aos requisitos genéricos de validade dos atos administrativos, dentre os quais se destaca, por sua capital importância para o controle de legalidade, a motivação.

Para fins de análise da legalidade do ato, é necessário, por ocasião do exame dos motivos, verificar: (i) a materialidade do ato, isto é, verificar se realmente ocorreu o motivo em função do qual foi praticado o ato; e (ii) a correspondência do motivo existente (e que embasou o ato) com o motivo previsto na lei.

Assim, para que seja cumprido o requisito da motivação, devem ser explicitamente demonstrados os fundamentos adotados pela Administração Pública para a prática do ato. Em outros termos, deve haver a congruência entre o motivo legal (norma em que se baseia o ato) e o acontecimento fático que enseja sua aplicação.

Lado outro, a exigência da correta e completa descrição dos fatos, bem como da perfeita tipificação legal, faz-se necessária em face dos "*Princípios da Segurança Jurídica/legalidade*", (art. 5º, incisos II da CF), sem cuja observância resta maculado o ato praticado.

Ademais, não se trata de mero equívoco perfeitamente sanável, pois o RPTA estabelece que apenas serão considerados sanáveis aqueles erros que não resultem prejuízo de entendimento, sendo que as falhas apontadas não se inserem nessa categoria. Examine-se:

Art. 92. As incorreções ou as omissões da peça fiscal não acarretarão a sua nulidade, quando nela constarem elementos suficientes para determinar com segurança a natureza da infração arguida.

Parágrafo único. Verificada a insubsistência ou vício não sanável do Auto de Infração ou Notificação de Lançamento, antes da intimação do sujeito passivo, a autoridade incumbida do controle de qualidade determinará a reformulação parcial ou total do crédito tributário.

Assim, verifica-se que o presente lançamento é nulo, exatamente nos termos determinados pelo art. 92 retrotranscrito, pois não há no Auto de Infração em exame elementos suficientes para determinar com segurança e clareza o fundamento para a exigência fiscal referente ao levantamento quantitativo. Isso porque, consignado no próprio Auto de Infração, a impossibilidade de adentrar no estabelecimento.

Ressalta-se que a nulidade do lançamento não traz prejuízos à Fazenda Estadual, pois a Fiscalização pode sanar os vícios, renovar a ação fiscal e constituir o

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

crédito tributário mediante novo lançamento, observado os limites impostos pela norma ínsita no art. 173, inciso II do CTN, que trata da decadência.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em declarar nulo o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luiz Geraldo de Oliveira (Revisor) e Luciana Mundim de Mattos Paixão.

Sala das Sessões, 27 de setembro de 2016.

Eduardo de Souza Assis
Presidente

Maria Gabriela Tomich Barbosa
Relatora

IS/D

CC/MG