

Acórdão: 15.410/01/1^a
Impugnação: 40.010058988-89
Impugnante: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos
Proc. do Suj. Passivo: Deophanes Araújo Soares Filho/outros
PTA/AI: 02.000.145.155-60
Inscrição Estadual: 062.014462.00-13(Autuada)
Origem: AF/III/ Juiz de Fora
Rito: Sumário

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - COOBRIGADO - ELEIÇÃO ERRÔNEA - GERENTE/DIRETOR - Inclusão indevida dos Gerentes/Diretores da Impugnante na relação processual como Coobrigados. O que se vê na legislação de regência é a responsabilidade subsidiária dos Gerentes e Diretores. Somente após frustrada a cobrança do crédito tributário da Empresa Autuada é que se poderia exigi-lo dos mesmos, devendo o nome dos mesmos ser excluído do Auto de Infração.

MERCADORIA - TRANSPORTE DESACOBERTADO. A imputação de transporte de mercadoria desacobertada de documentação fiscal não se encontra suficientemente comprovada nos autos, diante da divergência entre a acusação fiscal e a ocorrência fática, justificando, assim, o cancelamento das exigências. Lançamento improcedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a imputação fiscal feita à Contribuinte de ter realizado o transporte de mercadorias desacobertado de documentação fiscal.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 14/53, aos seguintes argumentos:

- o Auto de Infração é nulo por não ter individualizado as mercadorias e tendo em vista a existência de dúvida quanto a alíquota aplicada, além disso não respeitou os requisitos estatuídos na legislação tributária, não garantindo o direito ao contraditório nem a ampla defesa;

- não foram atendidos os requisitos dos artigos 202 e 203 do Código Tributário Nacional o que leva à nulidade do lançamento;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- também não foram cumpridos os mandamentos do artigo 79 do Decreto nº 32.535/91 relativos ao arbitramento do valor da prestação;

- está acobertada pela imunidade recíproca prevista no artigo 150, inciso VI, alínea “a” da Constituição Federal de 1988, visto ser empresa pública da Administração Indireta, prestadora de serviço público;

- nos termos da Constituição Federal de 1988 é a União detentora da competência exclusiva para prestar os serviços postais e de telegrama, e diante desta determinação definiu através da Lei nº 6.538/78 estes serviços. Dentre os serviços definidos na citada lei temos também o transporte de valores e encomendas, os quais apesar de não serem exclusivos do poder público apresentam caráter de serviço público quando prestados pelo Estado;

- as mercadorias transportadas estão abrangidas no conceito de “objeto postal” disposto no artigo 47 da Lei nº 6.538/78;

- a Lei acima citada e o Decreto-lei nº 509/69, que dispõe sobre a transformação do Departamento dos Correios e Telégrafos em empresa pública, foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988;

- não explora atividade econômica, uma vez que não há concorrência no mercado nos seus serviços e a contraprestação de seus serviços é feita mediante a cobrança de taxa e não de tarifa;

- o transporte de mercadorias é apenas uma das atividades do serviço postal, não se podendo generalizar como o faz o Fisco Mineiro, que houve simples atividade de transporte desacobertado de documentação, implicando discricionariedade que é vedada pela Lei;

- explora o conceito de ICMS entendendo que a circulação de mercadorias pressupõe a transferência da propriedade da mercadoria, sendo tal operação mercantil, regida pelo Direito Comercial, tendo o lucro por finalidade, o que não é o seu caso;

- por não incidir o ICMS nesta operação não há que se falar em Coobrigados, principalmente que diante do fato de que alguns destes são seus empregados, e portanto devem ser excluídos do presente o Auto de Infração.

Ao final pede a procedência da Impugnação.

O Coobrigado, destinatário da mercadoria, manifesta-se às fls.121/124, aduzindo o estatuído no artigo 896 do Código Civil, de que a “*solidariedade não se presume, resulta da lei ou da vontade das partes*” e em razão de sua profissão - médico cirurgião plástico, faz uso constante das próteses e que todas vêm acompanhadas de documentação fiscal e que não pode ser culpado pelo erro do fornecedor SILIMED-Silicone e Instrumento Médico Cirúrgico e Hospitalar Ltda.

A Administração Fiscal, às fls. 132/138 acolhe o pedido do Coobrigado excluindo-o dos autos com base no artigo 90 da CLTA/MG.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Fisco manifesta-se contrariamente ao alegado pela defesa às fls. 140/144, às seguintes assertivas:

- apesar do Auto de Infração não discriminar o imposto e a multa a que se refere, o DCMM de fl. 10 dos autos discrimina todas as multas e alíquotas aplicadas;

- não deve ser aplicado o disposto no artigo 79, inciso V do RICMS/91, haja vista que o mesmo foi revogado pelo Decreto n.º 38.104/96;

- a discriminação das mercadorias está limitada às informações constantes no próprio produto através das etiquetas de identificação de controle da Autuada;

- na hipótese dos autos deve ser aplicado o artigo 150, § 3º da Constituição Federal de 1988, concomitantemente com o artigo 175, também desta Lei Maior para atribuição da responsabilidade da obrigação tributária à Autuada.

Por fim pede a improcedência da impugnação.

A 1ª Câmara de Julgamento converte o julgamento em diligência (fl. 146), para o Fisco esclarecer os critérios adotados para determinação da base de cálculo. O Fisco manifesta-se à fl. 147/149, aduzindo que a cidade de Juiz de Fora (destino das mercadorias) dispõe de uma firma especializada que forneceu notas fiscais com preços de implantes mamários semelhantes aos que foram apreendidos, servindo de parâmetro para a autuação. Novamente a Impugnante manifesta-se pela improcedência do lançamento.

DECISÃO

A autuação versa sobre a imputação fiscal feita à Contribuinte de ter realizado o transporte de mercadorias desacobertado de documentação fiscal.

A fiscalização observou ter constatado o transporte desacobertado de documento fiscal de pares de implantes mamários gel de silicone e devido a este fato arrolou também como Coobrigados os empregados da empresa Autuada e o destinatário da referida mercadoria.

Da Perícia

Quanto à perícia requerida ressaltamos que a mesma em nada acrescenta aos fatos não contribuindo para o deslinde da questão.

Ademais a prova pericial só deve ser realizada quando do conjunto de provas dos autos não for possível definir-se com clareza a infração imputada ao contribuinte.

Nesta linha entendemos que a perícia pleiteada pela Impugnante além de não preencher os pressupostos essenciais à sua realização, ainda que realizada não traria nenhum elemento novo para o deslinde da questão.

Portanto entendemos que o pedido de perícia não deva ser acolhido.

Dos Coobrigados

Inicialmente abordaremos a questão relativa aos Coobrigados tendo em vista que os mesmos devem ser excluídos do pólo passivo da presente autuação por tratarem apenas de empregados da Impugnante e por não restar caracterizada a responsabilidade solidária.

Quanto à inclusão do destinatário das mercadorias no rol dos Coobrigados, cumpre também esclarecer que este face à legislação tributária e ao disposto na fl. 132 deve ser excluído dos autos.

Ratificamos portanto, a exclusão dos Coobrigados.

Das Preliminares

Não tem como prosperar a alegação de impropriedade do Auto de Infração e de cerceamento do direito de defesa visto que o mesmo cumpriu o disposto na legislação tributária tendo sido corretamente lavrado com base dos dados encontrados no momento da fiscalização. Além disso, o DCMM de fl. 10 discrimina todas as multas e alíquotas a serem aplicadas, conforme a legislação estadual.

Insta ainda mencionar que as determinações do artigo 79 do Decreto nº 32.535/91 foram revogadas pelo Decreto nº 38.104/96, não cabendo mais sua aplicação. E a observação de que o Auto de Infração deve ser nulo por não ter atendido o disposto nos artigos 202 e 203 do Código Tributário Nacional também carece de fundamentos.

Do Mérito

Dos autos temos que a fiscalização aduziu que as mercadorias estavam sendo transportadas desacobertas de documentação fiscal. No entanto, o próprio Auto de Infração é claro ao mencionar que a constatação de referida irregularidade ocorreu no estabelecimento da ECT de Juiz de Fora, demonstrando assim uma incoerência entre o fato apurado e a infração apontada como praticada.

Ressalta-se que para restar configurada a infração de transporte de mercadoria desacoberta de documentação fiscal é imprescindível que a fiscalização ocorra em trânsito, fato este que não foi verificado. A apuração da irregularidade ocorreu, como mencionado, “*in loco*”, no estabelecimento da ECT de Juiz de Fora.

Insta observar que outra anomalia pode ser verificada na presente autuação. Apesar da verificação ter ocorrido no estabelecimento de Juiz de Fora foi eleito como sujeito passivo a ECT de Belo Horizonte e não aquela na qual foi realizada a averiguação. Mesmo que tenha ocorrido transporte desacoberto de documento fiscal seria inconcebível a eleição da Impugnante como sujeito passivo, face a ausência de comprovação de participação da mesma no fato apurado.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A suposta irregularidade envolve implantes mamários, contudo estes foram encontrados no estabelecimento da ECT de Juiz de Fora e esta simples constatação não permite afirmar tratarem os mesmos de mercadorias, pois poderiam ser estes simples bens que não mercadorias.

Tal como exaustivamente demonstrado os fatos apurados pelos fiscais não se enquadram na infração constante do Auto de Infração lavrado, ou seja, houve erro por parte dos agentes da Fazenda Pública ao procederem a elaboração da peça inicial combatida pela Impugnante sendo portanto necessário seu cancelamento.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, rejeitar as arguições de cerceamento do direito de defesa, nulidade e impropriedade do Auto de Infração. Ainda em preliminar, também à unanimidade, em indeferir o pedido de prova pericial, com base no artigo 116, inciso I, da CLTA/MG. Em seguida, pelo voto de qualidade, em acatar a arguição de oposição indevida dos nomes dos gerentes e diretor da Autuada no campo “identificação de Sócios/Coobrigados” devendo os mesmos serem excluídos. Vencidos, neste particular, os Conselheiros Edmundo Spencer Martins e José Eymard Costa. No mérito, também pelo voto de qualidade, em julgar improcedente o lançamento, cancelando-se as exigências fiscais. Vencidos os Conselheiros Edmundo Spencer Martins e José Eymard Costa que o julgavam procedente. Decisão sujeita ao disposto no artigo 139 da CLTA/MG, salvo na hipótese de interposição de Recurso de Revisão pela Fazenda Pública Estadual.

Sala das Sessões, 11/12/01.

Francisco Maurício Barbosa Simões
Presidente

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Relatora

LMMP/EJ/JLS