

Acórdão: 17.264/06/2ª Rito: Sumário
Impugnação: 40.010115412-02 (Coob.)
Impugnante: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (Coob.)
Autuada: Leide da Silva Pinheiro
Proc. S. Passivo: Deophanes Araújo Soares Filho/Outro(s) (Coob.)
PTA/AI: 02.000208979-32
Inscrição Estadual: 062.014462.00-13 (Coob.)
Origem: DF/BH-5

EMENTA

CRÉDITO TRIBUTÁRIO – NULIDADE - PROCEDIMENTO FISCAL IRREGULAR. Constatado vício formal do lançamento, tendo em vista falta de comprovação efetiva do valor atribuído às mercadorias pela fiscalização. Declarada a nulidade do Auto de Infração. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se a autuação consubstanciada no Auto de Infração em análise de imputação fiscal de saída de mercadoria (peças de vestuário), desacobertada de documentação fiscal hábil, decorrente de diligência realizada no estabelecimento da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (Coobrigada), onde foi constatada presença dos citados volumes despachados por SEDEX.

A partir de tal verificação foi lavrado o Auto de Infração tendo como Autuada - Leide da Silva Pinheiro, CPF n.º 433.906.176-04 -, e por força do artigo 21, inciso IX, alínea “a” da Lei n.º 6.763/75, como Coobrigada, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, exigindo-se o recolhimento do ICMS e o pagamento das Multas de Revalidação e Isolada, esta última capitulada no artigo 55, inciso II da Lei n.º 6.763/75.

Inconformada, a Coobrigada apresenta, tempestivamente, por procuradores regularmente constituídos, Impugnação às fls. 19/55, instruída com documentos de fls. 56/92, que em apertada síntese trouxe os seguintes argumentos:

- preliminarmente, é nulo o Auto de Infração em face da imprecisão da identificação da mercadoria e da base de cálculo adotada, bem como de sua eleição como sujeito passivo;

- goza de imunidade tributária nos termos do artigo 150, inciso VI, alínea “a”, da Constituição Federal de 1988, uma vez que é Empresa Pública da Administração Indireta Federal;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- uma Empresa Pública pode tanto explorar atividade econômica quanto prestar serviço público, citando Geraldo Ataliba e o Decreto n.º 200/67;

- cita também doutrina e o RE 63.836-RS para corroborar sua tese de que é prestadora de serviço público, sendo esta atividade constitucionalmente ordenada, ao contrário da exploração econômica que é própria do setor privado, e portanto, não é exploradora de atividade econômica;

- menciona a citação da EBCT pelo Decreto-Lei n.º 509/69, tendo a mesma como objetivo a exploração dos serviços de postagem, em nome da União Federal e em regime de monopólio;

- os bens sob sua guarda e suas receitas/rendas pertencem à União, os serviços que executa são públicos e o transporte que faz é parte do serviço postal;

- a atividade econômica é aquela que produz concorrência;

- o serviço postal não é transporte, equivocando-se o Fisco Estadual;

- o serviço postal tem três etapas indissolúveis: recebimento, transporte e entrega dos objetos postais, e por isso, oferece segurança, inviolabilidade, continuidade, universalidade, confiabilidade garantidos pela União, ao contrário de “uma simples atividade de transportes, esta sim regulada pela livre iniciativa de mercado, sem maiores garantias ao usuário e sem controle pelo Estado”;

- o conceito de “objeto postal” deriva da vontade do legislador e o transporte no serviço postal está incluído em seu conceito, pois que não só encomendas são transportadas, mas também cartas, cartões, vales, telegramas, etc.;

- o serviço postal não é fato gerador do ICMS, porque não está previsto em lei, não é fato gerador de relevância jurídica e não é serviço de transporte, nem a EBCT é transportadora;

- o serviço postal, consagrado pela Constituição Federal de 1988 como tipicamente público, não é serviço de transporte como o executado por particulares, este tem a livre concorrência para definir sua remuneração, como também é possível a quem o presta negar-se de fazê-lo e a EBCT tem sua remuneração definida por órgão federal, e não lhe é conferida a discricionariedade de executar ou não a prestação;

- as operações tributadas pelo ICMS teriam que ser regidas pelo Direito Comercial, ter por finalidade o lucro e por fim, ter por objeto uma mercadoria;

- por determinação constitucional e pelo Convênio ICM n.º 23/88, não possui, tampouco o Fisco Mineiro detém, autorização para violação dos objetos postados, o que lhe impede de verificar sobre a existência da emissão de notas fiscais, razão pela qual o imposto deve ser cobrado diretamente do destinatário ou do remetente do objeto, verdadeiros responsáveis pela obrigação tributária;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- a cobrança cumulativa das Multas de Revalidação e Isolada possui caráter confiscatório, pois somadas ultrapassam em três vezes o valor do tributo.

Ao final, requer o acolhimento da preliminar argüida e a desconstituição do Auto de Infração face à imunidade e o fato de não prestar serviço de transporte.

O Fisco se manifesta contrariamente aos argumentos da Coobrigada, às fls. 95/101, alegando em suma:

- a Impugnante sustenta repetidas vezes, não ser sujeito passivo da operação uma vez que, por pertencer à Administração Pública Indireta, detém imunidade recíproca com relação a qualquer tributo, além do mais, garante que seu serviço de transporte não é serviço de transporte mas sim serviço postal, mas não há perfeita subsunção do caso à normas contida na Constituição Federal;

- sendo a Impugnante uma empresa pública, ao realizar atividade econômica não pode receber tratamento tributário especial em detrimento de outras empresas privadas, além do mais, o serviço de entrega de encomendas reveste-se de todas as características comuns de uma prestação de serviço de transporte;

- como transportadora não há como a Impugnante se furtar ao pólo passivo da autuação, nos termos do artigo 21 da Lei n.º 6.763/75, devendo ser mantida na qualidade de responsável solidária, respondendo integralmente pelo pagamento do crédito tributário, sem benefício de ordem;

- a Impugnante reveste-se da característica de transportadora, e mesmo se transportadora não o fosse, como empresa exploradora de serviço postal, tem sua responsabilidade claramente declarada como solidária no RICMS/02 em relação à mercadoria transportada sem documento fiscal, sendo sua responsabilidade exigir a documentação fiscal da mercadoria que transporta;

- o artigo 12 do Decreto-Lei n.º 509/69 não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 quando esta separou as competências para instituição de impostos;

- não procede a alegação de que os bens objeto da autuação foram informados de forma genérica impossibilitando a sua correta avaliação mercadológica pois o Termo de Apreensão de Mercadorias traz a discriminação das mercadorias apreendidas, tendo o Fisco se baseado no preço de mercado para autuar nos termos do artigo 54, inciso II do RICMS/02.

Por fim requer a procedência do lançamento.

Em sessão realizada no dia 02 de maio de 2006, a 2.ª Câmara de Julgamento determina a realização da diligência de fl. 114, sobre a qual o Fisco se manifesta às fls. 121/122.

Regularmente cientificada sobre a diligência, fls. 123/124, a Coobrigada retorna aos autos às fls. 128/129, alegando que a Fiscalização pode coletar dados por

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

telefone, mas deve anotar os dados das empresas consultadas, como meio de demonstrar o trabalho fiscal para apuração da real base de cálculo, cita doutrina e afirma que o lançamento obtido da base de cálculo apresentada não equivale à verdade material.

O Fisco também retorna ao autos e, em tréplica de fls. 131/132, sustenta que o arbitramento está de acordo com a verdade material não havendo vício no Auto de Infração.

DECISÃO

Conforme já relatado, versa a presente autuação acerca da imputação fiscal de transporte de mercadorias sem a documentação fiscal correspondente.

Trata-se de autuação formalizada a partir de diligência realizada no estabelecimento da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (Coobrigada), onde foi constatada presença de volumes despachados por SEDEX.

A partir de tal verificação foi lavrado o Auto de Infração tendo como Autuada - Leide da Silva Pinheiro, CPF n.º 433.906.176-04 -, e por força do inciso IX, alínea “a” do artigo 21 da Lei n.º 6.763/75, como Coobrigada, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

Exigências de ICMS e Multas de Revalidação e Isolada, esta última capitulada no artigo 55, inciso II da Lei n.º 6.763/75.

As mercadorias objeto da autuação foram descritas pelo Fisco no Anexo “Termo de Responsabilidade/Retenção” de fl. 10/13 e, como pode ser verificado em tal documento, são artigos de vestuário diversos, tais como, saias, calças, blusas, vestidos, camisas e conjuntos.

Em sua peça defensiva, conforme pode ser visto do relatório acima, a Impugnante questionou o arbitramento efetuado pelo Fisco, afirmando que a fiscalização tem a obrigação de descrever os bens apreendidos, apresentando detalhes que possam individualizá-los, possibilitando a correta avaliação mercadológica dos mesmos, sendo certo que, em relação aos produtos apontados não existem tais dados circunstanciados, fato que impossibilita a mensuração da correção do valor apresentado pela fiscalização como base de cálculo para o ICMS.

Inicialmente cumpre analisar a preliminar argüida pela Impugnante.

Neste ponto importante lembrar que, apesar da peça fiscal não ofender algumas das normas legais apontadas pela Impugnante, efetivamente não se verifica no presente processo a robusta comprovação dos parâmetros utilizados para fixação do valor atribuído às mercadorias e que serviu de base de cálculo para a formulação das exigências quer do imposto, quer das multas.

Também torna-se crucial ressaltar que esta decisão não está apreciando a questão invocada pela Impugnante de seu direito à imunidade tributária, pois a matéria afeta ao arbitramento procedido pela fiscalização, para avaliação das mercadorias

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

constantes do Termo de Responsabilidade/Retenção, merece ser primeiramente verificada.

Como se pode observar pela descrição das mercadorias apreendidas, as mesmas se referem a diversas peças de vestuário e, como é de conhecimento notório, este tipo de mercadoria comporta uma grande diversidade de preços dadas as características individuais e, até mesmo, em função de coleção, marca, modelo, tipo de tecido, dentre outras.

Não se observou no presente processo juntamente com os documentos que se referem à autuação e anteriormente à Impugnação apresentada, qualquer comprovação do suporte real do arbitramento realizado pelo Fisco. Portanto, não havia qualquer elemento de prova que assegurasse à Câmara que os valores adotados representavam efetivamente a realidade dos preços de mercado, tal como ditam as normas regulamentares.

Tampouco é possível ao julgador apurar o valor de tais mercadorias não só por não tê-las em mãos como também por não estarem discriminadas precisamente no Anexo ao “Termo de Responsabilidade/Retenção” e, como já se dito, comportarem diversidade acentuada de preços.

Neste diapasão, a 2ª Câmara de Julgamento às fls. 114, determinou a realização de diligência no sentido de que o Fisco anexasse aos autos os documentos que foram utilizados como parâmetro para fins de obtenção da base de cálculo do imposto exigido relativo às mercadorias apreendidas.

Em resposta, a fiscalização busca justificar o seu procedimento, ao argumento de que adotou o preço corrente da mercadoria, ou de sua similar, no local da autuação, obtido por telefone, nos termos do inciso III do artigo 53 e do inciso IV do artigo 54, ambos do RICMS/MG.

Determina o citado artigo 53, *in verbis*:

“Art. 53 - O valor da operação ou da prestação será arbitrado pelo Fisco, quando:

.....

III - a operação ou a prestação do serviço se realizarem sem emissão de documento fiscal;

.....”

Como pode ser visto a norma retro transcrita traz a autorização para o arbitramento no caso de constatação de mercadoria desacobertada. Entretanto, a forma como se dará o arbitramento não é ditada pelo artigo 53, acima transcrito, mas pelo artigo 54 do mesmo Regulamento que ora passamos a apresentar:

“Art. 54 - Para o efeito de arbitramento de que trata o artigo anterior, o Fisco adotará os seguintes parâmetros:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I - o valor de pauta;

II - o preço corrente da mercadoria, ou de sua similar, ou da prestação, na praça do contribuinte fiscalizado ou no local da autuação;

III - o preço FOB à vista da mercadoria, calculado para qualquer operação;

IV - o preço de custo da mercadoria acrescido das despesas indispensáveis à manutenção do estabelecimento, nos termos do § 3º deste artigo, quando se tratar de arbitramento do montante da operação em determinado período, no qual seja conhecida a quantidade de mercadoria transacionada;

V - o valor fixado por órgão competente, hipótese em que serão observados os preços médios praticados, nos 30 (trinta) dias anteriores, no mercado da região onde ocorrer o fato gerador, ou o preço divulgado ou fornecido por organismos especializados, quando for o caso;

VI - o valor da mercadoria adquirida acrescido do lucro bruto apurado na escrita contábil ou fiscal, na hipótese de não-escrituração da nota fiscal relativa à aquisição;

VII - o valor estabelecido por avaliador designado pelo Fisco;

VIII - o valor dos recursos de caixa fornecidos à empresa por administradores, sócios, titular da empresa individual, acionista controlador da companhia ou por terceiros, se a efetividade da entrega e a origem dos recursos não forem demonstradas;

IX - o valor médio das operações ou das prestações realizadas no período de apuração ou, na falta deste, no período imediatamente anterior, na hipótese dos incisos I, IV e V do artigo anterior;

X - o valor constante do totalizador geral, no caso de equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF), Máquina Registradora (MR) ou Terminal Ponto de Venda (PDV) utilizados em desacordo com o disposto neste Regulamento;

XI - o valor que mais se aproximar dos parâmetros estabelecidos nos incisos anteriores, na impossibilidade de aplicação de qualquer deles.

§ 1º - A Superintendência da Receita Estadual (SRE), nas hipóteses do artigo anterior, poderá estabelecer parâmetros específicos, com valores máximo e mínimo, para o arbitramento do valor de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

prestação ou de operação com determinadas mercadorias, podendo tais parâmetros variar de acordo com a região em que devam ser aplicados e ter seu valor atualizado, sempre que necessário.

§ 2º - O valor arbitrado pelo Fisco poderá ser contestado pelo contribuinte, mediante exibição de documentos que comprovem suas alegações.

.....”

Vê-se do artigo acima que o Fisco pode buscar o preço corrente da mercadoria na praça ou no local da autuação. Entretanto, também pode ser visto que não há qualquer menção no artigo acima transcrito de que, optando por buscar o preço corrente da mercadoria, o Fisco não tenha que demonstrar qual é este preço.

É certo que pelo § 2º do artigo 54 o valor arbitrado pelo Fisco poderá ser contestado pelo contribuinte com a exibição de documentos que comprovem suas alegações. Entretanto, no caso em tela, como o Fisco não trouxe aos autos o parâmetro por ele utilizado também o contribuinte não tem meios de verificar a realidade dos valores arbitrados.

No presente caso a discussão instaurada é exatamente o fato de não haver esta demonstração. Não é o caso de desacreditar nos valores lançados pelo Fisco, mas sim de se ater ao ritual processual que deve ser seguido e às regras constitucionais que asseguram o amplo direito de defesa quer na esfera judicial ou administrativa. Sem a efetiva comprovação dos valores apurados e dos parâmetros utilizados não pode o contribuinte refutá-los. Esta situação fica ainda mais latente nos presentes autos, pois a Impugnante não é empresa do ramo de comércio varejista de roupas, não estando afeta portanto a tal mercado.

Nesse sentido, fica fragilizado o trabalho fiscal, no que diz respeito ao arbitramento procedido pela fiscalização, pois, o mesmo não está amparado em laudo oficial ou documento semelhante que possa trazer a certeza de um julgamento seguro.

Ademais, a Egrégia 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Contribuintes de Minas Gerais, ao converter o julgamento em diligência, o fez exclusivamente na tentativa de que o Fisco pudesse fornecer elementos mais robustos e condizentes com a realidade dos fatos, não obtendo resposta satisfatória para tal pretensão.

Ocorre, entretanto, que, mesmo nesta segunda oportunidade, não foi anexado aos autos qualquer documento que demonstrasse que os preços arbitrados eram compatíveis com os de mercado (*preço corrente das mercadorias*).

Em face da diligência o Fisco limitou-se a informar que o preço corrente da mercadoria foi “*coletado por telefone no local da autuação*”, não indicando sequer a empresa junto a qual teria sido efetuada a consulta de preços.

Portanto, a diligência determinada pela Câmara não surtiu efeitos no sentido de sustentar o feito fiscal fornecendo elementos à Impugnante para que pudesse exercer seu amplo direito de defesa, uma vez não carreados aos autos documentos que

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

possibilitassem a averiguação da razoabilidade da base de cálculo adotada pelo Fisco, ou seja, se esta era ou é compatível com o preço corrente das mercadorias (peças do vestuário) no local da autuação.

Assim sendo, não resta outro caminho a esta Câmara senão o de declarar nulo o presente Auto de Infração, por vício formal quanto à obtenção da base de cálculo, face à inobservância do disposto no artigo 54, do RICMS/02, uma vez não anexados aos autos parâmetros que pudessem respaldar o arbitramento efetuado pelo Fisco.

Acrescente-se que a falta de tais parâmetros retira do lançamento os seus requisitos básicos de certeza e liquidez.

Diante do exposto, ACORDA a 2.^a Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em declarar nulo o Auto de Infração por vício formal quanto à obtenção da base de cálculo do imposto. Participaram do julgamento, além da signatária, os Conselheiros José Eymard Costa (Revisor), Luiz Fernando Castro Trópia e Lúcia Maria Bizzotto Randazzo.

Sala das Sessões, 14/12/06.

**Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente/Relatora**