

Acórdão: 17.509/07/2ª Rito: Sumário
Impugnação: 40.010117512-58
Impugnante: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos
Proc. S. Passivo: Deophanes Araújo Soares Filho/Outro(s)
PTA/AI: 02.000210628-26
Inscr. Estadual: 062.014462.00-13
Origem: DF/BH- 5

EMENTA

MERCADORIA - TRANSPORTE DESACOBERTADO. Apreensão de mercadorias encontradas no estabelecimento da ora Impugnante sem as respectivas notas fiscais. Entretanto, a Impugnante é prestadora de serviços públicos, estando, nesta qualidade, imune à incidência do ICMS nos termos do artigo 155, inciso VI, alínea “a” da Constituição Federal. Desta forma, não podem ser mantidas as exigências de ICMS, tampouco das Multas de Revalidação e Isolada capituladas, respectivamente, nos artigos 56, inciso II e 55, inciso II da Lei n.º 6.763/75. Lançamento improcedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

Versa a presente autuação acerca da imputação fiscal de transporte de mercadorias desacobertas de documento fiscal, tendo em vista terem sido encontrados no estabelecimento da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, 158 (cento e cinquenta e oito) pares de brinco folheados a ouro 18 k, e 2 (duas) pastas Mont Blanc, que teriam sido recebidos e transportados via SEDEX desacompanhados de nota fiscal.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no artigo 56, inciso II e da Multa Isolada capitulada no artigo 55, inciso II, majorada pela reincidência nos termos do §7º do artigo 57, todos da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente, por seu representante legal, Impugnação às fls. 15/46, em síntese, aos argumentos seguintes:

- conforme se observa do TAD n.º 011342, o fiscal apenas informou de maneira genérica, a existência de 158 pares de brincos folheados a ouro 18 k, no valor de R\$ 1.580,00, mas a fiscalização tem obrigação de descrever os bens apreendidos, apresentando detalhes que possam individualizá-los para possibilitar sua correta avaliação, e tal não foi feito;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- também em relação ao TAD n.º 011343 não foi individualizado o modelo da pasta;
- em pesquisa a site de compras na Internet encontra-se uma pasta executiva Mont Blanc no valor unitário de R\$ 390,00;
- a falta de individualização dos objetos apreendidos pode trazer dúvidas na apuração do crédito ICMS;
- não indica a fiscalização qualquer forma de comparação de preço de mercado, sendo certo que não se pode tomar empiricamente uma quantia para efeito de tributação, é consabido que se deve ter uma base real;
- o auto de infração encontra-se em desacordo com a norma de regência da matéria, pois esta exige uma pesquisa de valores, inexistente na espécie;
- o vício que incide sobre o documento é absoluto por expressa previsão legal, devendo o lançamento ser desconstituído;
- o Estado de Minas Gerais é carecedor de cobrança de ICMS em face da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos ser pessoa jurídica federal e gozar de imunidade tributária, nos termos do artigo 150, inciso VI, alínea “a” da Constituição Federal de 1988;
- as empresas públicas, na realidade, podem desempenhar duas funções completamente distintas: explorar atividade econômica e prestar serviço público;
- a União Federal detém a competência exclusiva, em todo o território nacional, para prestar serviços postais e de telegrama;
- em relação ao serviço postal, constata-se que a própria Constituição qualificou-o como serviço público;
- os serviços de recebimento, expedição, transporte e entrega de valores e encomendas, exercidos pela União, lhe são delegados por força do estabelecido no artigo 9º da Lei n.º 6.538/78;
- todas as atividades que envolvam recebimento, expedição, transporte e entrega de objetos, valores e encomendas podem, e devem, ser caracterizadas como serviço postal;
- o transporte é um elo e organismo integrante do serviço postal, sendo parte de seu conceito, não podendo ser avaliado enquanto autônomo, sendo somente atividade meio e não fim, não podendo ser confundido com o serviço de transporte executado por particulares;
- não presta serviço de transporte, mas sim de serviço postal;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- havendo sigilo das correspondências, postado o objeto com seu envoltório lacrado, impossível violá-lo, salvo nos casos permitidos na legislação, o que torna impossível à ECT saber o que está sendo postado;

- caso o objeto estivesse desacompanhado do respectivo documento fiscal, o agente da Secretaria Estadual da Fazenda passaria a exigir o tributo devido, quer do destinatário, quer do remetente, ficando a ECT desobrigada de qualquer pagamento;

- não há como lhe exigir o tributo, primeiro pelo fato de ser imune, segundo pelo fato de que não é possível verificar a existência de documentos fiscais no interior das encomendas e terceiro, por força do Convênio ICM 23/88;

- o agente fiscal não possui poderes para violar correspondências e objetos postais transportados;

- a atitude dos fiscais, caracteriza o abuso de poder, posto que o poder da fiscalização encontra-se limitado pela legislação que rege a prestação de serviço público postal e pela própria Constituição Federal de 1988 que protege o serviço postal através do sigilo;

- a própria apreensão das mercadorias já se mostra arbitrária, pois a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos era garantidora dos objetos postais até a entrega ao destinatário e, a partir do momento que a fiscalização retirou de seu domínio os objetos postais, retirou também a obrigatoriedade de guarda e entrega dos bens apreendidos, cabendo à Secretaria da Fazenda todos os esforços para contatar os destinatários e realizar a entrega dos objetos sem qualquer tipo de dano;

- as multas devem ser desconsideradas, ante a flagrante violação de dispositivo constitucional, ou então, no mínimo reduzidas para que as mesmas possam ter a natureza de simples penalidade e não abuso e espoliação;

- não é possível impor-lhe a condição de reincidente se, em momento algum, aceita os lançamentos tributários impostos.

Requer, ao final, seja desconstituído o Auto de Infração.

O Fisco se manifesta às fls. 95/104, contrariamente ao alegado pela Defesa, aos fundamentos que se seguem resumidamente:

- a autuação versa sobre trânsito desacompanhado de mercadorias efetuado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos através do SEDEX;

- além de perfeitamente discriminados, os bens apreendidos foram submetidos à avaliação, com base em pesquisa de preço de mercado na praça onde foi detectada a irregularidade, conforme determina a legislação que rege a espécie;

- nenhum vício possui o Auto de Infração no que tange à descrição das mercadorias apreendidas e/ou sua avaliação, sendo perfeitamente detectável o valor da base de cálculo utilizada na obtenção do crédito tributário;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- as mercadorias encontram-se guardadas em depósito do Fisco mineiro;
- a atividade de transporte de objetos realizada pela ECT tem seu início no momento do recebimento destes e somente termina no momento em que estes objetos são entregues aos destinatários;
- a autuação ao transportador, na qualidade de responsável solidário, sem antes proceder à cobrança junto ao devedor original, foi feita nos termos do artigo 21 da Lei n.º 6.763/75;
- a responsabilidade solidária não comporta o chamado “benefício de ordem”, podendo-se imputar o crédito integralmente ao responsável solidário, a critério do credor, sem que antes seja necessário cobrar do devedor originário;
- o crédito tributário objeto deste PTA relaciona-se à operação relativa à circulação de mercadoria saída dos estabelecimentos dos remetentes, sendo este o fato gerador do tributo que se pretende cobrar, sendo certo que quem o praticou foi aquele que promoveu a respectiva saída de mercadoria, no caso, os remetentes;
- pelo fato dessa saída ter ocorrido desacompanhada de documento fiscal e de não ter sido pago o tributo na forma e prazo previstos na legislação, imputa-se também àquele que praticou o fato gerador as penalidades;
- não há que se perquirir se o transporte efetuado pela Impugnante constitui ou não fato gerador do ICMS, nem se os atos praticados por esta estão ou não alcançados pela chamada Imunidade Recíproca;
- o decantado sigilo alegado somente se aplica à correspondência ou remessa postal, não se aplicando ao transporte de mercadoria;
- para verificar se a mercadoria está acompanhada de documento fiscal não é necessário abrir o volume, basta exigir, no momento que este lhe for entregue, a exibição do documento fiscal;
- o próprio Protocolo ICMS 32/01 prevê a possibilidade de abertura dos volumes transportados, exigindo apenas que a abertura se faça na presença de funcionário da ECT, bem como impõe a esta o cumprimento das demais obrigações tributárias previstas na legislação do ICMS para os demais transportes;
- é totalmente improcedente a alegação de violação e abuso de poder por parte dos agentes da fiscalização;
- as multas estão cobradas dentro dos parâmetros da legislação e a reincidência para majoração da Multa Isolada está caracterizada, tendo em vista que a empresa no pólo sujeito passivo, se encontra com vários PTAS quitados.

Ao final, requer seja julgado procedente o lançamento.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em sessão realizada em 16 de agosto de 2006, a 2ª Câmara de Julgamento converte o julgamento em diligência para que o Fisco traga aos autos documentos adotados como parâmetros para fixação de base de cálculo da mercadoria “brincos folheados a ouro 18 K”, e, em seguida abra vista à Impugnante

O Fisco comparece então ao processo, às fls. 112/113, afirmando que a pesquisa de preços foi feita por telefone e pede seja julgado procedente.

A Impugnante também comparece novamente aos autos, às fls. 118/120, refutando os argumentos trazidos pelo fisco e pedindo seja julgado improcedente o lançamento.

O Fisco retorna aos autos às fls. 123/126 apresentando os preços dos produtos objeto da autuação e os documentos de fls. 127/130.

Novamente é concedida oportunidade à Impugnante de se manifestar face à juntada de documentos procedida pelo Fisco e esta retorna aos autos às fls. 135/136, afirmando que não se pode aceitar uma pesquisa de preços procedida por telefone e que não se pode adotar média de preços, devendo ser tomado o valor mais baixo.

O Fisco também retorna aos autos, às fls. 138/141, e, citando dispositivos do Regulamento do ICMS acerca do arbitramento, pede seja mantido o feito fiscal.

DECISÃO

Compete à Câmara a análise do lançamento consubstanciado no Auto de Infração em epígrafe, por meio do qual o Fisco formalizou as exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no artigo 56, inciso II e da Multa Isolada capitulada no artigo 55, inciso II, majorada pela reincidência nos termos do §7º do artigo 57, todos da Lei nº 6.763/75, em face da imputação fiscal de transporte de mercadoria desacompanhada de documento fiscal, tendo em vista terem sido encontrados no estabelecimento da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, 158 (cento e cinquenta e oito) pares de brinco folheados a ouro 18 k e 2 (duas) pastas Mont Blanc, que teriam sido recebidas e transportadas via SEDEX desacompanhadas de nota fiscal.

A Impugnante questiona sua sujeição passiva, na condição de responsável pelo pagamento do ICMS. Entende que sua atividade está amparada pela imunidade constitucional da alínea "a", do inciso VI, do artigo 150, da Constituição da República.

No que tange à questão da imunidade ressaltada pela Impugnante assisti-lhe razão.

A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, é pessoa jurídica que faz jus à imunidade tributária, amparada pelo preceito constitucional que trata da imunidade recíproca entre as esferas governamentais, ou seja, veda à União Federal, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios gravarem impostos sobre a renda, serviços e patrimônio uns dos outros, portanto, incabível a cobrança por não poder a Impugnante

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

figurar no pólo passivo da cobrança do ICMS, conforme estatuído no artigo 150, inciso VI, alínea "a" da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

"Art. 150 - Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

.....

VI - instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

....."

A imunidade configura-se como impossibilidade de incidência, decorrente do próprio texto constitucional. Assim ela atinge o próprio ente público tributante dotado de poder impositivo. Desta forma, ainda que o queira, o poder tributante está afastado da possibilidade de tributar. Afigura-se a imunidade como uma limitação ao direito de tributar.

Uma vez que a Impugnante é uma Empresa Pública da Administração Indireta Federal, enquadra-se na imunidade prevista no artigo retrotranscrito. Neste ponto importante trazer à baila a lição do Mestre Geraldo Ataliba apresentada na peça de defesa, a saber:

"A Constituição distingue as empresas estatais em (b) que prestam serviço público das (a) que exploram atividade econômica. Ficou claro que as do grupo (b) são delegadas da pessoa política (União, Estado e Municípios) titulares do dever-poder de prestar ditos serviços. Seu regime jurídico será sempre o da Administração Direta, regime jurídico-administrativo, com as derrogações que a lei especifica de criação de cada entidade estabelecer, atribuindo-lhes regras, mais ou menos extensas, típicas do Direito Privado, na medida da conveniência que o legislador que cria a entidade veja, discricionariamente, no caso. Levam consigo, pois, como instrumento de seu correto desempenho, todos os meios, prerrogativas e potestades inerentes ao serviço público. Estas emanam da constituição e nem a lei pode afastar sua presença.

.....

.....
"No caso das entidades do tipo exploradoras de atividade econômica, aplica-se o art. 173, com suas exigências: criação só em caráter excepcional; igualdades, relativamente às empresas privadas (§1º); proibição de privilégio e favorecimento (§2º). Igualdade quase absoluta com as entidades criadas pelos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

particulares, para a "exploração de atividade econômica". É que, nesse caso, exploração de atividade econômica, o princípio informador da postura constitucional é a livre concorrência (art. 170, IV), decorrente da livre iniciativa, que supõe a prevalência da lei de mercado.

.....”

Também, lembrando a própria impugnação apresentada, busca-se os ensinamentos do doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello, sobre o real enquadramento da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos como prestadora de serviço público:

"Assim, ao mencionar "exploração de atividade econômica", o legislador do Executivo Federal não pode ter tido em mira o contraditório entre "serviço público" e "exploração de atividade econômica" que é dissertação estritamente jurídica e, portanto, demasiado sutil para a percepção dos tecnoburocratas que dantes engendravam os decretos-leis e hoje fabricam "medidas provisórias". Aliás, se tivessem tal esclarecimento, as expressões sob exame deporiam ainda muito mais gravemente contra eles, visto que, então como hoje, existiam e existem inúmeras e importantíssimas empresas públicas (como a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, por exemplo, que coordena todo este setor no País), as quais são prestadoras de serviços públicos, como resulta diretamente da Constituição"

Assim conclui-se que o serviço público é a atividade constitucionalmente ordenada, própria do Estado, bem ao contrário da exploração econômica, própria do setor privado.

Nesta linha, torna-se importante explicitar os termos contidos na Constituição Federal de 1988, dentro do Título III (Da Organização do Estado), Capítulo II (Da União), *in verbis*:

"Artigo 21 - Compete a União:

.....

X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional;

.....

XI - explorar, diretamente ou mediante concessão a empresa sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de transmissão de comunicações, assegurada a prestação de serviços de informações a entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União."

Cumprindo o mandamento constitucional temos a Lei n.º 6.538/78, que dispõe sobre o serviço postal, estabelecendo:

"Artigo 2º - O serviço postal e o serviço de telegrama são explorados pela União, através de empresa pública vinculada ao Ministério das Comunicações.

.....
Artigo 4º - É reconhecido a todos o direito de haver a prestação do serviço postal e do serviço de telegrama. Observado as disposições legais e regulamentares.

....."

Pelos dispositivos retro transcritos configura-se, pois, que a União é a responsável, através de empresa pública, pela exploração dos serviços postal e de telegrama.

Cabe ressaltar que, por ser da iniciativa privada o desenvolvimento de atividades econômicas, o Estado somente poderá atuar nessa área quando houver relevante interesse público ou por imperativos de segurança nacional de conformidade com as disposições constantes do artigo 173 da Constituição Federal de 1988.

O que designa serviço público é a atividade, que, pela ordenação constitucional, é própria do Estado, diversamente da exploração de atividade econômica, que é própria do setor privado.

Mais uma vez, toma-se os dizeres da impugnação para citar Geraldo Ataliba, que assim leciona:

"A esse respeito, acresça-se que, desde a Constituição de 1891 que se atribui à União o poder-dever ou o dever-poder de manter o serviço postal e o correio aéreo nacional, porque interessa a toda a coletividade. O fundamento e a razão de ser da instituição do serviço (público) postal é, pois, a necessidade de preservar direitos e garantias fundamentais assegurados na própria Constituição, como bem ressalta RUI CIRNE LIMA." (Princípios de Direito Administrativo, RT. 5ª ed., p. 82)

A própria Constituição (desde a de 1891) qualificou o serviço postal como serviço público, dado que essa atividade é, na correta interpretação constitucional, um dever do Estado em face de toda a população brasileira.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ressalte-se que o legislador constitucional assim o fez, visando assegurar o direito de todos à utilização do serviço de postagem e o segredo, inserido no capítulo dos direitos e garantias fundamentais (artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal de 1988).

Ainda buscando as normas constitucionais, encontra-se o artigo 22, inciso V, da Constituição Federal de 1988, que estabelece caber à União Federal, de forma privativa, legislar, entre outras matérias, sobre o serviço postal.

Por ser de estrita competência, a Lei n.º 6.538/78, define o serviço postal e de telegrama:

"Artigo 7º - Constitui serviço postal o recebimento, expedição, transporte e entrega de objetos de correspondência, valores e encomendas definido em regulamento.

§ 1º - São objetos de correspondência.

I- carta;

II - cartão-postal;

III - impresso;

IV - cecograma;

V - pequena encomenda.

§ 2º - Constitui serviço postal relativo a valores:

I - remessa de dinheiro através de carta com valor postal;

II - remessa de ordem de pagamento por meio de vale postal;

III - recebimento de tributos, prestações, contribuições e obrigações pagáveis à vista, por via postal.

§ 3º - Constitui serviço postal relativo a encomendas a remessa e entrega de objetos, com ou sem valor mercantil, por via postal.

.....

Artigo 25 - Constitui serviço de telegrama o recebimento, transmissão e entrega de mensagens escritas, conforme definido em regulamento.

....."

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Citada Lei fixa o monopólio de serviços postais e telegráficos, como:

"Artigo 9º - São explorados pela União, em regime de monopólio, as seguintes atividades postais:

I - recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior de carta e cartão-postal;

II - recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de correspondência agrupada;

III - fabricação, emissão de selos e de outras fórmulas de franqueamento postal.

.....

Artigo 27 - O serviço público de telegrama é explorado pela União em regime de monopólio."

Os artigos 8º e 26º da Lei n.º 6.538/78, definem, inclusive, o que vem a ser atividades correlatas ao serviço postal, *in verbis*:

"Artigo 8º - São atividades correlatas ao serviço postal:

I - venda de selos, peças filatélicas, cupons-resposta internacionais, impressos e papéis para correspondência;

II - venda de publicações divulgando regulamentos, tarifas, listas do Código de endereçamento e outros assuntos referentes ao serviço postal;

III - exploração de publicidade comercial em objetos de correspondência.

.....

Artigo 26 - São atividades correlatas ao de telegrama:

I - venda de publicações divulgando regulamento, normas e tarifas, e outros referentes ao serviço de telegrama;

II - exploração de publicidade comercial em formulários de telegrama."

.....

Os serviços de recebimento, expedição, transporte e entrega de valores e encomendas, exercidos pela União, através da Impugnante, por força do estabelecido

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

no artigo 9º da Lei n.º 6.538/78, não estão compreendidas no regime de monopólio, pelo que podem ser prestados por particulares.

Mas, pela interpretação do artigo 21, inciso X da Constituição Federal de 1988 é forçoso frisar que cabe à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos o recebimento, expedição, transporte e entrega de valores e encomendas postais, visto o preceituado no artigo 7º da Lei n.º 6.538/78.

Assim, os serviços de encomendas e valores são serviços públicos.

Com a edição do Decreto-Lei n.º 200/67, a Administração Federal implantou em seu bojo um processo seletivo de descentralização, tendo como objetivo uma maior celeridade no desempenho das funções de seus órgãos.

Para cumprir o proposto pelo Decreto-Lei n.º 200/67, principalmente o previsto em seu artigo 4º, inciso II, foram criadas Autarquias, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista. Nesta linha, é permitido concluir-se ser a natureza jurídica da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos de empresa pública.

Empresa pública, segundo o Decreto-Lei n.º 200/67, alterado posteriormente pelo Decreto/Lei n.º 509/69, é *"a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para a exploração de atividade econômica administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas de direito."*

Na realidade a empresa pública poderá desempenhar duas atividades distintas, ou seja, explorar uma atividade econômica, ou, então, prestar um serviço público, como é o caso da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

Nos termos do preceituado no Decreto-Lei n.º 200/67, foi extinto o Departamento de Correios e Telégrafos e como consequência, foi criada a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, através do Decreto-Lei n.º 509/69, tendo como objetivo a exploração dos serviços de postagem, em nome da União Federal e em regime de monopólio.

Como consequência, nos termos do artigo 6º, parágrafos 1º, 3º e 4º do Decreto-Lei n.º 509/69, o capital da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é constituído pela União Federal, inclusive bens móveis, imóveis, valores, direitos, podendo, ainda, este capital ser aumentado pelo Poder Executivo, através de recursos com origem orçamentária.

Por todo o exposto, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é imune ao ICMS, conforme artigo 150 da Constituição Federal de 1988, por ser prestadora de serviços públicos, por delegação da União Federal.

Desta forma e dada a vinculação dos serviços destacada na peça de Defesa uma vez que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos não pode se negar a atender a demanda, não se aplica a equiparação indiscriminada da Impugnante àquelas empresas que desenvolvem atividade econômica, pois esta presta serviço público.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Frise-se, neste momento, a decisão constante da Impugnação, prolatada em 02 de setembro de 1998, quando o Tribunal Regional Federal da 1ª Região reconheceu a validade e aplicabilidade do Decreto Lei n.º 509/69 e confirmou sua recepção pela atual Carta Magna.

Ademais, inexistente na legislação estadual de regência do ICMS qualquer referência ao Serviço Postal como fato gerador de ICMS, e, por conseguinte, a obrigação acessória que gerou a penalidade seria de todo indevida, já que não estaria obrigada a exigir nota fiscal.

As mercadorias objeto da autuação foram descritas pelo Fisco nos “Termos de Apreensão e Depósito – TAD” de fls. 02 e 03 e, como pode ser verificado em tais documentos, tratam-se de brincos folheados a ouro e pastas da marca “*Mont Blanc*”.

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, fato que impossibilita a mensuração da correção do valor apresentado pela fiscalização como base de cálculo para o ICMS.

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.

Como se pode observar pela descrição das mercadorias apreendidas, as mesmas se referem a brincos folheados a ouro 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, 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 há qualquer elemento de prova que assegure 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 nos Termos de Apreensão e Depósito e, como já dito, comportarem diversidade acentuada de preços.

Neste diapasão, a 2ª Câmara de Julgamento à fl. 110, determinou a realização de diligência no sentido de que o Fisco anexasse aos autos os documentos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

que foram utilizados como parâmetro para fins de obtenção da base de cálculo do imposto exigido relativo às mercadorias.

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 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 transcrito:

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

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;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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, 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.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar improcedente o lançamento. Vencido, em parte, o Conselheiro Mauro Heleno Galvão (Revisor), que o julgava parcialmente procedente, para adequar a base de cálculo das exigências aos valores de R\$ 9,00 (nove reais) para os pares de brincos folheados e R\$ 390,00 (trezentos e noventa reais) para as pastas “Mont Blanc”, nos termos dos documentos de fls. 127 (brincos) e 47 (pastas). O Conselheiro Edvaldo Ferreira declarou-se suspeito. Participou do julgamento, além da signatária, e do Conselheiro retro citado, o Conselheiro Sauro Henrique de Almeida.

Sala das Sessões, 12/06/07.

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