

Acórdão: 17.214/06/2ª Rito: Sumário
Impugnação: 40.010116046-54
Impugnante: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (Coobrigada)
Autuada: M I Rodrigues ME
Proc. S. Passivo: Deophanes Araújo Soares Filho/Outro(s)
PTA/AI: 02.000208960-31
Inscrição Estadual: 062.014462.00-13
Origem: DF/BH-5

EMENTA

NOTA FISCAL – DESCLASSIFICAÇÃO – DIVERGÊNCIA QUANTO À OPERAÇÃO. Desclassificação de documento fiscal por conter informações não correspondentes à real operação. Infração caracterizada. Excluídas as exigências fiscais relativas às mercadorias para as quais não foram apresentados parâmetros relativos ao arbitramento de preços efetuado pelo Fisco. Exigências fiscais parcialmente mantidas. Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

Versa a presente autuação sobre desclassificação de documento fiscal, por conter informações não correspondentes à real operação que se realizava, possuindo, inclusive, divergências quanto às mercadorias nele descritas e as efetivamente transportadas, o que caracteriza sua inidoneidade, nos termos do art. 39, § 4.º, II, “a”, da Lei 6763/75, c/c art. 134, II, do RICMS/02.

Inconformada com as exigências fiscais, a Coobrigada apresenta, tempestivamente, através de procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 16/52, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 111/118.

Em sessão realizada no dia 02/05/06, a 2.ª Câmara de Julgamento determina a realização da diligência de fl. 125, sobre a qual o Fisco se manifestou às fls. 132/133.

Regularmente cientificada sobre a diligência, a Coobrigada adita sua impugnação às fls. 139/140, cujos argumentos foram combatidos pelo Fisco em sua tréplica de fls. 142/143.

DECISÃO

Preliminar – Arguição de Nulidade do AI/Cerceamento de Defesa:

A Impugnante argüi a nulidade do Auto de Infração, argumentando 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 bens apreendidos inexistia qualquer tipo de informação sobre os mesmos, fato que impossibilita à Impugnante mensurar, se correto ou não, o valor apresentado pela fiscalização como base de cálculo para o ICMS”, ou seja, segundo a Autuada não há dados objetivos que possibilitem a obtenção da base de cálculo do imposto, o que, a seu ver, cercearia o seu direito de defesa.

No entanto, para a maioria dos produtos apreendidos, os preços adotados pelo Fisco foram até mesmo inferiores àqueles lançados na nota fiscal desclassificada, o que demonstra a razoabilidade da base de cálculo adotada pelo Fisco. Poderia a Impugnante avaliar essas mercadorias mediante simples consulta à emitente do documento fiscal.

Saliente-se que o fato da nota fiscal ter sido desclassificada não obsta a sua utilização para fins de arbitramento de preços. Significa, no caso em apreço, que ela não é hábil para o acobertamento do trânsito das mercadorias nela descritas, por não corresponder à real operação, mas não há nenhuma acusação de que os preços nela consignados sejam irreais.

Assim, não há que se falar em nulidade do Auto de Infração ou em cerceamento de defesa.

Mérito:

Conforme já relatado, versa a presente autuação sobre desclassificação de documento fiscal, por conter informações não correspondentes à real operação que se realizava, o que caracteriza sua inidoneidade, nos termos do art. 39, § 4.º, II, “a”, da Lei 6763/75, c/c art. 134, II, do RICMS/02.

No relatório do Auto de Infração constam informações mais precisas sobre a irregularidade, motivo pelo qual o mesmo será abaixo reproduzido:

“CONSTATOU-SE EM 23/09/03, MEDIANTE DILIGÊNCIA REALIZADA NO ESTABELECIMENTO DA EBCT SITUADO NA BR 262 – ANEL RODOVIÁRIO, KM.21,5 – SALA 115, BAIRRO UNIVERSITÁRIO, BELO HORIZONTE, QUE O SUJEITO PASSIVO ACIMA INDICADO DEU SAÍDA NA MERCADORIA CONSTANTE DO TERMO DE APREENSÃO E DEPÓSITO N.º 009090, NO VALOR DE R\$ 1.970,00, COM DOCUMENTO INIDÔNEO POR CONTER INFORMAÇÕES QUE NÃO CORRESPONDEM À REAL OPERAÇÃO. A MERCADORIA ESTAVA SENDO TRANSPORTADA PELO SEDEX SQ 104027545 BR, DE FRANCA/SP PARA UMA PESSOA FÍSICA EM BELO HORIZONTE/MG, ACOMPANHADA POR NOTA FISCAL DE EMPRESA SEDIADA EM BELO HORIZONTE (NF 002177 DE TRÍPOLI CONFECÇÕES LTDA.), ALÉM DE HAVER DIVERGÊNCIA NA QUANTIDADE/ESPÉCIE DAS PEÇAS. A MERCADORIA FOI APREENDIDA APÓS INÚMERAS TENTATIVAS DE CONTATO COM O REMETENTE E O DESTINATÁRIO...”

Assim, a Nota Fiscal n.º 002177 (fl. 09) não era hábil para o acobertamento da operação, via SEDEX, de remessa de mercadoria do município de Franca (SP), para Belo Horizonte (MG), uma vez que o documento fiscal em questão era de emissão de empresa estabelecida neste Estado (*Trípoli Confecções Ltda.*). Além disto, existiam

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

divergências quantitativas e qualitativas entre as mercadorias transportadas (SEDEX) e aquelas descritas no documento fiscal.

Portanto, as informações contidas na referida nota fiscal são totalmente inconsistentes, o que caracteriza sua inidoneidade, nos termos do art. 39, § 4.º, II, “a”, da Lei 6763/75, c/c art. 134, II, do RICMS/02, in verbis:

Lei 6763/75 - “Art. 39 - Os livros e documentos fiscais relativos ao imposto serão definidos em regulamento, que também disporá sobre todas as exigências formais e operacionais a eles relacionadas.

(...)

§ 4º - Na forma que dispuser o regulamento, para efeito da legislação tributária, fazendo prova somente a favor do Fisco, **considera-se:**

II - **inidôneo o documento fiscal:**

a) não enquadrado nas hipóteses do inciso anterior e **com informações que não correspondam à real operação** ou prestação;” (G.N.)

.....

RICMS/02 - Efeitos de 07/08/2003 a 15/03/2006

“Art. 134 - Considera-se inidôneo o documento fiscal:

(...)

II - não enquadrado nas hipóteses do artigo anterior e com informações que não correspondam à real operação ou prestação.”

A infração ora narrada é de natureza objetiva, pois a norma contida nos dispositivos acima transcritos, é taxativa ao qualificar o documento fiscal objeto da autuação como inidôneo.

Importante ressaltar os ensinamentos do mestre “Paulo de Barros Carvalho”, acerca das infrações objetivas:

“INFRAÇÕES OBJETIVAS, DE OUTRA PARTE, SÃO AQUELAS EM QUE NÃO PRECISA APURAR-SE A VONTADE DO INFRATOR. HAVENDO O RESULTADO PREVISTO NA DESCRIÇÃO NORMATIVA, QUALQUER QUE SEJA A INTENÇÃO DO AGENTE, DÁ-SE POR CONFIGURADO O ILÍCITO. “

(CURSO DE DIREITO TRIBUTÁRIO, ED. SARAIVA, PÁG. 345 E 347.)

Na tentativa de ilidir o feito fiscal, a Impugnante argumenta que faz jus à imunidade recíproca, prevista no art. 150, VI, “a”, da CF/88.

Essa argumentação, entretanto, não merece prosperar.

A Lei 6.538, de 22 de junho de 1.978, em seu art. 2º, assim dispõe:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

Já o art. 7º, assim disciplina:

“Art. 7º - Constitui serviço postal o recebimento, expedição e entrega de objetos de correspondência, valores e encomendas, conforme definido em regulamento.”

O Decreto-Lei n.º 509, de 20 de março de 1.969, anterior à Lei 6.538/78, transformou o Departamento dos Correios e Telégrafos (DCT) em empresa pública vinculada ao Ministério das Comunicações, com a denominação de Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT).

De ver-se que a Autuada constitui-se Empresa Pública, que presta serviços públicos, mas, enquanto tal, pessoa jurídica de Direito Privado, logo, não se confundido com a União.

Embora constituída, organizada e controlada pelo Poder Público, suas atividades regem-se pelos preceitos comerciais.

Não se vê onde a Impugnante foi buscar imunidade tributária, estando constituída como empresa pública, cujas atividades, ainda que de prestação de serviços públicos, sejam regidas por preceitos privados.

Ela não é a União, nem com esta se confunde; não é autarquia nem fundação instituída e mantida pelo Poder Público, além de seus serviços serem remunerados.

O Art. 12 do Decreto-Lei n.º 509, de 20 de março de 1.969, é que dispunha:

“Art. 12 - A ECT gozará de isenção de direitos de importação de materiais e equipamentos destinados aos seus serviços, dos privilégios concedidos à Fazenda Pública, quer em relação a imunidade tributária, direta ou indireta, impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, quer no concernente a foro, prazos e custas processuais.”

Obviamente, transcrito dispositivo não terá sido recepcionado pela CF/88, ante a distribuição constitucional das competências para instituição de tributos. Não pode a União, por exemplo, legislar sobre tributos de competência dos Estados e Municípios. Ademais, a imunidade deriva da Constituição e não de Decretos-leis.

Eis que o art. 173, § 2º, da CF/88, é taxativo:

Art. 173 - (...)

§ 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nesse sentido, mui preciso o lembrete do Mestre Heli Lopes Meireles (Direito Administrativo Brasileiro. S. Paulo, Malheiros, 1.999, 24 ed., p. 333):

“É DE SE LEMBRAR, AINDA, QUE AS EMPRESAS PÚBLICAS NÃO POSSUEM, POR NATUREZA, QUALQUER PRIVILÉGIO ADMINISTRATIVO, TRIBUTÁRIO OU PROCESSUAL, SÓ AUFERINDO AQUELES QUE A LEI AUTORIZADORA OU NORMA ESPECIAL EXPRESSAMENTE LHE CONCEDER.”

O serviço de transporte que a Impugnante realiza, se interestadual ou intermunicipal, ainda que integrante do gênero "Serviço Postal", não consubstancia atividade econômica imune. Além do mais, a teor do § 3º do art. 7º c/c art. 9º, da Lei 6.538/78, o serviço postal relativo a encomendas (remessa e entrega de objetos com ou sem valor mercantil) não é monopólio da União.

Outro aspecto merecedor de referência é o de que os bens da Impugnante, por lei e segundo a jurisprudência, dado o princípio da continuidade da prestação de serviço público, são impenhoráveis.

Isso, entretanto, em nada prejudica a constituição de crédito tributário contra ela, pois que já se admite a penhorabilidade de rendas e/ou se pode mover execução para pagamento por precatórios.

Se não bastantes todas essas ponderações, a própria Lei 6.763/75, em seu art. 21, IX, “a”, atribui à empresa exploradora de serviço postal a responsabilidade solidária pela obrigação tributária, relativamente à mercadoria “transportada sem documento fiscal ou com nota fiscal com prazo de validade vencido.”

A responsabilidade implica sujeição passiva. Foge à esfera administrativa qualquer alegação de ilegalidade ou inconstitucionalidade de disposição legal.

A questão do sigilo, aduzida pela Recorrente, não deixa de ser crucial, mas também não se afigura instrumento que afaste sua responsabilidade. Evidentemente, se se dedica a atividade que envolve manuseio de mercadoria sujeita a tributação ou transite com mercadorias (encomendas) que, para tanto, necessitem fazer-se regulares documentalmente, sob ótica fiscal-tributária, deve ela (Impugnante) cercar-se de instrumentos que lhe facultem operar dentro da legalidade. Um esboço já se encontra no art. 10, da lei 6.538/78, in verbis:

“Art. 10 - Não constitui violação de sigilo da correspondência postal a abertura de carta:
(...)
II - que apresente indícios de conter objeto sujeito a pagamento de tributos;”

O que se diz de carta, deve estender-se a encomendas, e a abertura poderá ser exigida no recebimento, do remetente.

De ver-se a preocupação do legislador em se cercar de instrumentos que permitam a empresa operar legalmente.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Caracterizada a infração, mostra-se legítima a exigência do presente crédito tributário, constituído pelo ICMS relativo à operação, acrescido da multa de revalidação e da multa isolada prevista no art. 55, II, da Lei 6763/75, observadas as ressalvas que serão feitas em tópico à seguir (Base de Cálculo).

Base de Cálculo – Cancelamento Parcial das Exigências Fiscais:

Conforme já salientado, a nota fiscal objeto da autuação continha divergências no tocante à quantidade e à espécie de mercadorias que estavam sendo efetivamente transportadas.

Para as mercadorias constantes de nota fiscal (*fl. 09 – bermuda, blazer, camisa, calça, vestido, blusa, body e túnica*) o Fisco arbitrou os seus preços em valores inferiores aos lançados na nota fiscal, conforme demonstra o Termo de Retenção acostado à fl. 12.

No entanto, para as demais mercadorias, ou seja, para aquelas que não constavam na nota fiscal, o Fisco arbitrou os seus preços sem anexar aos autos qualquer documento que respaldasse a base de cálculo adotada.

Por esse motivo, a 2.^a Câmara de Julgamento, em sessão realizada no dia 02/05/06, determinou a realização da diligência de fl. 125, para que o Fisco anexasse aos autos documentos que respaldassem a base de cálculo por ele arbitrada.

No entanto, o Fisco se limitou 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 os efeitos desejados, uma vez não carreados aos autos documentos que 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 (óculos) no local da autuação, nos termos do art. 54, II, do RICMS/02.

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

(...)

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

Assim sendo, decide esta Câmara em cancelar as exigências fiscais relativas às mercadorias que não se encontram discriminadas na nota fiscal objeto da autuação, por vício formal quanto à obtenção da base de cálculo, face à inobservância do disposto no art. 54, do RICMS/02, uma vez não anexados aos autos parâmetros que pudessem respaldar o arbitramento efetuado pelo Fisco.

Embora desnecessária a ressalva, deve ser salientado que é assegurada ao Fisco, após sanado o vício ora apontado, a renovação da ação fiscal, no tocante às mercadorias acima mencionadas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 2.^a Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do Auto de Infração. No mérito, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para excluir as exigências relativas às mercadorias que não se encontram discriminadas na Nota Fiscal de fls. 09 a 11. Vencida, em parte, a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão (Relatora), que o julgava improcedente, nos termos da impugnação (fls. 19 a 42). Designado relator o Conselheiro José Eymard Costa. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Mauro Heleno Galvão e Luiz Fernando Castro Trópia.

Sala das Sessões, 07/11/06.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente/Revisora

José Eymard Costa
Relator