

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 17.215/06/2ª Rito: Sumário
Impugnação: 40.010116729-60 (Aut.), 40.010116637-15 (Coob.)
Impugnantes: Hilário Luiz Manzo (Aut.), Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (Coob.)
Proc. S. Passivo: Carlos Alberto Boson Santos/Outro(s) (Aut.)/Deophanes Araújo Soares Filho/Outro(s) (Coob.)
PTA/AI: 02.000210303-21
CPF: 905.821.878-34 (Aut.)
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 (gotas e cilindros de quartzo rosa/incolor/grafitado e outros), desacoberta de documentação fiscal hábil, decorrente de diligência realizada no estabelecimento da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (Coobrigada).

A partir de tal verificação foi lavrado o Auto de Infração tendo como Autuado - Hilário Luiz Manzo, CPF n.º 905.821.878-34 -, 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 apresentou, tempestivamente, por procuradores regularmente constituídos, Impugnação às fls. 13/44, instruída com documentos de fls. 45/90, 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;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- 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;

- 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,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

razão pela qual o imposto deve ser cobrado diretamente do destinatário ou do remetente do objeto, verdadeiros responsáveis pela obrigação tributária;

- 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 desconsideração do Auto de Infração face à imunidade e o fato de não prestar serviço de transporte.

Também inconformado, o Autuado - Hilário Luiz Manzo -, apresentou, tempestivamente, por procuradores regularmente constituídos, Impugnação à fl. 91, argumentando que o envio da mercadoria deu-se apenas como amostra para que o destinatário avaliasse sua condição, restringindo-se o descumprimento à obrigação de emissão de nota fiscal de simples remessa. Afirma também que a base de cálculo utilizada para fins de arbitramento revela-se exagerada, posto que as pedras têm baixíssimo valor comercial e requer perícia. Ao final, requer que, se mantida a autuação, seja a mercadoria incorporada ao patrimônio do Fisco como dação em pagamento.

O Fisco se manifesta contrariamente aos argumentos dos Impugnantes, às fls. 95/103, alegando em suma:

- quanto à Impugnação do Autuado afirma que toda a movimentação de mercadoria deve ser acompanhada do respectivo documento fiscal e que a avaliação foi feita de acordo com os artigos 53 e 54 do RICMS/MG;

- o Fisco mineiro tem direito de fiscalizar as mercadorias transportadas pela Impugnante independente de sua vontade ou permissão ou de adesão ao Protocolo n.º 32/01, nos termos do Código Tributário Nacional;

- 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 equivocou-se;

- não se pretende neste processo tributar o serviço de transporte efetuado pela Impugnante/Coobrigada, nem mesmo se pretende imputar-lhe a prática de qualquer ato ou fato que constitua fato gerador do ICMS, relacionando-se o lançamento à operação relativa a saída de mercadoria do estabelecimento remetente;

- 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;

- não procede a alegação de que é impossível verificar se há documento fiscal nas mercadorias transportadas em razão do sigilo da remessa postal, pois esta regra não se aplica a transporte de mercadoria e, para verificar a existência de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

documento fiscal não é preciso abrir o volume, bastando exigir que este lhe seja exibido no momento da entrega da mercadoria;

- o Protocolo n.º 23/88 não alcança os procedimentos do Fisco mineiro, porquanto o Estado de Minas Gerais não é signatário deste;

- o § 2º do artigo 54 do RICMS/MG prevê que o contribuinte pode contestar o arbitramento realizado pelo Fisco, mas as peças impugnatórias não trazem quaisquer documentos neste sentido;

- as mercadorias apreendidas encontram-se guardadas à disposição dos Impugnantes para conferência, inclusive avaliação.

Por fim requer não seja acolhida a preliminar e, no mérito, seja julgado procedente o lançamento.

Em sessão realizada no dia 03 de maio de 2006, a 2.ª Câmara de Julgamento determina a realização da diligência de fl. 110, sobre a qual o Fisco se manifesta às fls. 117/118.

Os Impugnantes foram regularmente cientificados sobre a diligência, fls. 119/121, sendo que a Coobrigada retorna aos autos às fls. 124/125, alegando que não há qualquer menção ao trabalho da servidora indicada na reposta da Fiscalização nem tampouco comprovação de que a mesma seja perita em pedras preciosas, 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. 127/129, 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 por Hilário Luiz Manzo.

A partir de tal verificação foi lavrado o Auto de Infração tendo como Autuado - Hilário Luiz Manzo, CPF n.º 905.821.878-34 -, 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.

Antes de se adentrar nas demais questões, cumpre elucidar que o pedido de prova pericial requerido ao final da peça impugnatória pelo Autuado - Hilário Luiz

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Manzo -, não merece ser apreciado, porquanto não foram indicados na defesa de forma precisa e objetiva os quesitos, conforme preceitua o artigo 98, inciso III, da CLTA/MG.

As mercadorias objeto da autuação foram descritas pelo Fisco no “Termo de Apreensão e Depósito – TAD” de fl. 02 e, como pode ser verificado em tal documento, são gotas e cilindros de quartzo rosa/incolor/grafitado e outros.

Em suas peças defensórias, conforme pode ser visto do relatório acima, os Impugnantes questionam 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 o Autuado - Hilário Luiz Manzo - afirma inclusive que as mercadorias não teriam valor considerável.

Inicialmente cumpre analisar tal preliminar argüida pelos Impugnantes.

Neste ponto importante lembrar que, apesar da peça fiscal não ofender algumas das normas legais apontadas pela Impugnante Coobrigada, 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 Coobrigada de seu direito à imunidade tributária, pois a matéria afeta ao arbitramento procedido pela fiscalização, para avaliação das mercadorias constantes do Termo de Apreensão e Depósito, merece ser primeiramente verificada.

Como se pode observar pela descrição das mercadorias apreendidas, as mesmas se referem a pedras semipreciosas que não se tratam de mercadoria que possa ser avaliada por qualquer observador, tampouco seu preço de mercado é facilmente verificado, pois este está relacionado à qualidade das peças.

Não se observou no presente processo juntamente com os documentos que se referem à autuação e anteriormente às Impugnações apresentadas, qualquer comprovação do suporte real do arbitramento realizado pelo Fisco. Portanto, não havia qualquer elemento de prova que assegurasse à Câmara que o valor adotado representa e representava à época da autuação efetivamente a realidade dos preços de mercado, tal como ditam as normas regulamentares.

Neste diapasão, a 2ª Câmara de Julgamento às fls. 110, 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 e/ou apresentasse o laudo devidamente assinado por profissional capacitado para realizar a avaliação das mesmas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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, fixado por servidora graduada em Geologia, com especialização em Gemologia, e que exercia suas funções na cidade de Teófilo Otoni/MG, razão pela qual detinha conhecimento das pedras da região, 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 que ora passamos a apresentar:

“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 ou mesmo adotar preço estabelecido por avaliador por ele designado.

Entretanto, também pode ser visto que não há qualquer menção no artigo acima transcrito de que, optando por buscar o preço corrente da mercadoria ou laudo de avaliação, 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. No entanto, 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 ou na competência técnica da servidora citada à qual diz-se ter sido designada para avaliação, 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 Coobrigada não é empresa do ramo de pedras preciosas, 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*). A solicitação da Câmara era de que o laudo de avaliação, que se diz ter sido feita por servidora capacitada para tal, viesse aos autos.

Em face da diligência o Fisco limitou-se a informar que o preço corrente da mercadoria foi apurado considerando-se os conhecimentos técnicos da servidora, não apresentando o laudo por esta elaborado. Embora não se apresente dúvidas quanto à capacitação da servidora para estipulação dos preços da mercadoria, não há nos autos nenhum documento por ela assinado confirmando o trabalho realizado no sentido da avaliação.

Portanto, a diligência determinada pela Câmara não surtiu os efeitos no sentido de sustentar o feito fiscal fornecendo elementos aos Impugnantes para que pudessem exercer seu amplo direito de defesa, 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 (gotas e cilindros de quartzo rosa/incolor/grafitado e outros) 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 a nulidade do Auto de Infração por vício formal do lançamento. Participaram do julgamento, além da signatária, os Conselheiros José Eymard Costa (Revisor), Luiz Fernando Castro Trópia e Mauro Heleno Galvão.

Sala das Sessões, 07/11/06.

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

lmpmp/vsf

CC/MG