

PROCESSO - A. I. Nº 148593.0019/07-5
RECORRENTE - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0179-01/07
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 24/10/2007

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0355-11/07

EMENTA: ICMS. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. INOBSErvâNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Não demonstrado o critério para determinação da base de cálculo nem para fixação do preço médio unitário. Decretada, de ofício, a nulidade do Auto de Infração. Recurso **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

ELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão proferida pela 1ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir o ICMS, no valor de R\$10.907,46, acrescido da multa de 100%, em virtude da realização de operação com mercadorias com documentação fiscal inidônea e mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, conforme o Termo de Apreensão nº 135947, de fls. 5 a 8 dos autos.

O autuado apresentou defesa tempestiva, a informação fiscal foi prestada regularmente e o Auto de Infração foi julgado Procedente.

Em seu voto, o ilustre relator de 1ª Instância, declarou a procedência da autuação, afastando as preliminares de nulidade suscitadas pelo sujeito passivo, sob o argumento de que o Auto de Infração e o Termo de Apreensão respectivo se encontravam revestidos das formalidades legais, inclusive em relação ao Protocolo ICM 23/88, na medida em que, durante a ação fiscal, as vias do referido Termo tiveram a destinação prevista naquele protocolo. Considerando que as mercadorias estavam de posse da ECT, o Termo de Apreensão foi emitido, corretamente, em seu nome, por transportar mercadorias sem documentação fiscal, nos autos os documentos acostados, além das informações do autuante narrarem objetivamente a infração cometida, os dispositivos infringidos e multas aplicadas, além de indicar o valor exigido, inexistente, portanto, qualquer dificuldade ou desconhecimento para o autuado orientar a sua defesa.

No que diz respeito às outras preliminares aduzidas na defesa, observa a JJF que o regramento da empresa pública, no caso a ECT, está contido no art. 173 da Constituição Federal, §§ 1º e 2º, que a submete ao regime jurídico da empresa privada, inclusive quanto aos direitos e obrigações trabalhistas e tributárias, não podendo gozar de privilégios não extensivos às do setor privado.

Embora tenha o autuado argumentado gozar da imunidade prevista no artigo 150, VI da Constituição Federal vigente, não podendo, consequentemente, ser apontado como sujeito passivo da relação tributária, o Relator aduziu que não há porque questionar se o serviço desenvolvido pelo autuado está ou não enquadrado nas hipóteses de imunidade, considerando a definição dada pela lei, quanto aos seus direitos e obrigações tributárias.

Após transcrever o art. 39, I, "d", V, §§ 3º e 4º do RICMS-BA, o douto relator afirmou que a responsabilidade solidária está perfeitamente definida na legislação do ICMS do Estado da Bahia, tendo o CONSEF, através de suas Câmaras e Juntas de Julgamento Fiscal, firmado entendimento de que a ECT é solidariamente responsável pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais, devidos pelo contribuinte de direito, assim como qualquer pessoa física ou jurídica, em relação às mercadorias que detiver para comercialização ou simples entrega desacompanhadas da documentação fiscal exigível ou com documentação fiscal inidônea. E, assim, com base na fundamentação resumidamente exposta, decidiu pela Procedência da autuação.

Inconformado com a Decisão proferida pela 1ª JJF, o autuado apresentou Recurso Voluntário, onde sustenta as mesmas argüições de nulidades apresentadas perante a 1ª Instância de julgamento, argumentando, também, a ilegitimidade dos Correios para figurar no pólo passivo da relação tributária, aduzindo que o serviço postal não é transporte e, no mérito, assegurando que se encontra amparado pela imunidade recíproca, prevista no art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69 e no preceito constitucional, conforme norma contida no art. 150, VI, "a", da Carta Magna.

Ainda reiterou, na peça recursal, que o serviço de postagem não é transporte e, por conseguinte, o recorrente não é uma transportadora. Transcreveu o art. 11 da Lei nº 6.538/78, o qual prevê que os objetos postais pertencem ao remetente até a sua entrega ao destinatário e, portanto, os únicos sujeitos da relação são o remetente e o destinatário, cabendo a estes qualquer responsabilidade tributária. Alegou o sigilo da correspondência e a inviolabilidade do objeto postal.

Outrossim, citou dispositivos legais que definem serviço postal e de telegrama, a competência da União para legislar sobre tais serviços e o monopólio da União em relação aos serviços postais. Disse que o art. 9º, da Lei nº 6.538/78, exclui do regime de monopólio o transporte e entrega de valores e encomendas, porém, o art. 21, X, da Constituição Federal prevê que cabe à ECT o recebimento, expedição, transporte e entrega de valores e encomendas postais. Salientou que o fato de tais serviços não serem exclusivos não lhe retira o caráter de público. Aduz que, para a ECT, nos termos do art. 47 da Lei nº 6538/78, não podem haver mercadorias e sim objetos postais.

Discorreu sobre o instituto da recepção das leis e, em seguida, transcreveu o art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69. Asseverou que esse artigo foi recepcionado pela Constituição Federal, o que torna a EBTC imune a qualquer tipo de imposto. Para corroborar sua tese, afirmou que a Emenda Constitucional nº 19/98 dispôs que lei ordinária disciplinará o estatuto jurídico da empresa que presta serviço público, todavia, como ainda não foi editada tal lei, o disposto no Decreto-Lei nº 509/69 é aplicável em sua totalidade. Comparou o serviço desenvolvido pela ECT ao prestado pelo transportador particular e argumentou que não se pode confundir a atividade de simples transporte com o serviço postal, os quais são totalmente distintos.

Após discorrer sobre o ICMS e citar doutrina, disse que não pode ser considerado como responsável tributário pelo recolhimento do imposto sobre serviço de transporte de objetos postais, mesmo que seja de encomenda, nem há de se falar em ausência de emissão de nota fiscal para serviço imune. Citou a jurisprudência dos Tribunais Federais.

Frisou que a insistência na cobrança desse tributo configura flagrante inconstitucionalidade. Reiterou a aplicabilidade do artigo 11 da Lei nº 6.538/78, dispondo que "*os objetos postais pertencem ao remetente até sua entrega a quem de direito*", sendo inegável que os sujeitos da relação tributária, no caso, são o Estado da Bahia e o destinatário e/ou o remetente do SEDEX. Requeru a nulidade do Auto de Infração e o Provimento do Recurso Voluntário.

A representante da PGE/PROFIS, ao se pronunciar nos autos, ressalta que o cerne da discussão, na espécie concreta versada, reside em dois pontos: 1) gozar a ECT da imunidade tributária recíproca consagrada na Constituição Federal; 2) ser a ECT responsável tributária pelas mercadorias que transporta desacompanhadas de documentação fiscal."

Referindo-se a preliminar de ilegitimidade passiva dos Correios, aduz que não encontra respaldo legal e fundamenta o seu posicionamento com a transcrição dos artigos 121 e 128 do CTN - Código Tributário Nacional.

Quanto à responsabilidade tributária do autuado como transportador de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, entende a Douta Procuradoria ser, efetivamente, a ECT responsável pelo pagamento do imposto no caso sob julgamento, embasando-se no art. 12, inciso I, alínea "d", do COTEB.

À vista dos aspectos enunciados, opinou que, conforme documentos residentes nos autos, a ECT tem natureza jurídica de empresa pública, transcrevendo o art. 155 da Constituição Federal, o qual indica a matriz constitucional do ICMS. Prossegue, asseverando que, de acordo com os dispositivos constitucionais citados, doutrina transcrita no Parecer e fundamentada na Lei

Complementar nº 87/96, artigo 4º, que definiu os contribuintes do ICMS, a atividade exercida pela ECT preenche, em todos os seus termos, a hipótese de incidência contida na lei maior do ICMS.

Finaliza, aduzindo que não se aplica à situação em tela a imunidade recíproca alegada pela ECT, que além do serviço postal, presta também o serviço de transporte, incluído no campo de incidência do ICMS, como restou evidenciado. Conclui, opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Após o exame acurado do presente processo, principalmente das peças que deram origem ao lançamento fiscal, Auto de Infração de fls. 01 a 03, Termo de Apreensão e Ocorrências acompanhado dos anexos (fls. 05 a 25), verifico que, antes de apreciar o Recurso Voluntário, tempestivamente apresentado pelo sujeito passivo, se faz necessário levantar uma questão prejudicial, a qual deve ser analisada, por tratar-se da determinação do valor da base de cálculo utilizado pelo autuante para lançamento do crédito fiscal exigido, no processo em epígrafe.

Do estudo dos Termos de Apreensão e Levantamento Físico, efetuados pelo agente auditor das mercadorias apreendidas, consoante relações de fls. 15 a 19, constato que o autuante atribuiu para cada item listado um valor (preço unitário), os quais multiplicados pelas quantidades correspondentes e, depois, somados, resultaram na base de cálculo apresentado para compor o valor do imposto exigido na imputação.

Sucede que inexiste, na procedimentalidade, qualquer elemento informativo capaz de dar amparo à base de cálculo do Levantamento efetuado, como, exemplificativamente, pesquisa de preços no comércio, cálculos com métodos e razões explicativas, ou outro dado que demonstre, com precisão e clareza, como, efetivamente, foram obtidos os valores intitulados “PREÇO UNITÁRIO”, configurando-se, no específico, evidente cerceamento do direito de defesa do contribuinte, vício insanável, de acordo com o previsionamento do art. 18, IV, “a”, do RPAF/99.

Nesse contexto, respaldado na Súmula nº 01 do CONSEF – BA, dispondo:

“ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO.

É nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e comprehensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo.”

Voto no sentido de declarar, de ofício, a NULIDADE do procedimento fiscal, o qual deverá ser refeito, suprindo as falhas apontadas e, portanto, julgo PREJUDICADO o Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar PREJUDICADO o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, declarar NULO o Processo Administrativo Fiscal referente ao Auto de Infração nº 148593.0019/07-5, lavrado contra EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de outubro de 2007.

DENISE MARA DE ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS