

A. I. N° - 148593.0115/07-4
AUTUADO - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS
AUTUANTE - JOAQUIM TEIXEIRA LIMA NETO
ORIGEM - POSTO FISCAL AEROPORTO
INTERNET - 07.11.2008

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0279-2/08

EMENTA: ICMS. NULIDADE. LEGALIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. Incerteza quanto ao valor do imposto a ser lançado – não foi demonstrada a forma como se apurou a base de cálculo do tributo. Vício jurídico substancial. Ofensa ao princípio da estrita legalidade tributária. De acordo com a Súmula nº 1 deste Conselho, é nulo o Auto de Infração que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado pela fiscalização do trânsito de mercadorias em 13/10/07, diz respeito a transporte de mercadorias sem documentação fiscal. ICMS lançado: R\$215,05. Multa: 100%.

O autuado defendeu-se alegando preliminarmente que a autoridade fiscal, ao elaborar o quadro demonstrativo de preços, deixou de indicar as fontes em que foram coletados os preços das mercadorias, em conflito com a Súmula nº 1 do CONSEF, caracterizando cerceamento de defesa. Requer o arquivamento do Auto de Infração.

Noutra preliminar, invoca a sua condição de empresa pública federal prestadora de serviços públicos, dizendo-se imune ao tributo. Alega que o fisco poderia ter identificado o remetente e o destinatário da mercadoria apreendida, porém lavrou o Auto de Infração exclusivamente em nome da ECT, sendo que, de acordo com o Protocolo ICM 23/88, que regula as normas de fiscalização envolvendo a ECT, o procedimento fiscal está equivocado, pois o protocolo prevê que, nessa situação, seja emitido Termo, no mínimo em 3 vias, destinando-se a 1ª ao remetente ou ao destinatário do bem, a 2ª à ECT e a 3ª ao fisco. Argumenta que, caso o protocolo tivesse sido devidamente observado pela fiscalização, o destinatário, por certo, depois de comunicado da apreensão do objeto postal, teria providenciado o pagamento do imposto pretendido, acarretando o arquivamento do procedimento fiscal contra a ECT. Frisa que os únicos sujeitos da relação são o remetente e do destinatário, cabendo tão-somente a estes qualquer responsabilidade tributária. Alerta para a questão do sigilo da correspondência e a inviolabilidade do objeto postal, fatos que impedem a ECT de utilizar meios pais severos na fiscalização dos objetos que lhe são confiados. Requer a nulidade do Auto de Infração, no sentido de que seja lavrado o Auto de Infração contra o remetente ou o destinatário, que seriam as partes legítimas para figurar na relação jurídica.

A defesa argumenta que a ECT não pode ter o mesmo tratamento dispensado às empresas transportadoras, pois o serviço postal não é transporte, e, por conseguinte, a ECT não é uma transportadora.

Com arrimo no art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69 e no art. 150 da Constituição, sustenta que a ECT goza de imunidade tributária. Cita doutrina.

Fala da competência privativa da União para legislar sobre serviços postais.

Assinala que o Decreto-Lei nº 509/69 e a Lei nº 6.538/78 foram recepcionados pela Constituição de 1988. Dá ênfase ao art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69, segundo o qual a ECT goza da isenção de direitos de importação de matérias e equipamentos destinados aos seus serviços e dos privilégios concedidos à fazenda pública – imunidade tributária, impenhorabilidade de seus bens, prazos e custas processuais.

Comenta a técnica empregada pelos legislador constitucional para fixar as competências das pessoas políticas em matéria tributária e a preocupação com a forma como cada pessoa política deverá exercer aquela competência, sempre fiel à norma padrão de incidência do tributo pré-traçada pela Constituição. Fala do conceito de circulação, dando ênfase à circulação jurídica, em relação à circulação física, dizendo que aquela pressupõe a transferência da posse ou da propriedade de mercadoria, de modo que, sem mudança da titularidade de mercadoria, não há tributação por meio de ICMS.

Passa em seguida a comentar a atividade da ECT, notando que esta tem como objeto de atividade o serviço público de recebimento, expedição, transporte e entrega de correspondência e afins, serviço esse monopolizado ou não, como no caso dos serviços de valores e encomendas.

Comenta a diferença entre serviço público, produtos e remuneração do serviço público. Depois de explicar a natureza dos serviços prestados pela ECT, faz ver que, quando ela executa serviço postal, isso não constitui transporte, pois a ECT não é empresa transportadora. Cita jurisprudência.

Argumenta que a legislação baiana (RICMS, art. 39, I, “d”, e 201, I) não prevê a figura da solidariedade no caso da ECT, haja vista que a norma, ao atribuir a responsabilidade por solidariedade, se reporta aos “contribuintes do ICMS”, e a ECT, por gozar da prerrogativa da imunidade tributária, não se enquadra na categoria de “contribuinte”.

Aduz que é incabível a sua responsabilização solidária, já que a ECT não é uma transportadora, e sim uma prestadora de serviço público postal.

Observa que a norma do art. 39 do RICMS trata de transportadoras em sentido estrito, ou seja, das empresas que executam serviços de transporte como atividade-fim, o que – argumenta – não é o caso dos Correios, e, sendo assim, não pode o fisco estadual ampliar o alcance do mencionado dispositivo, já que a ECT está fora do âmbito de sua aplicação.

Conclui assinalando que a aplicabilidade dos arts. 39 e 201 do RICMS é restrita às transportadoras comerciais, contribuintes de ICMS, não havendo razão para se falar em responsabilidade solidária da ECT “por transportar mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal”.

Pede que sejam acolhidas as nulidades argüidas, ou que, sendo elas ultrapassadas, seja julgado improcedente o Auto de Infração, por considerar flagrante a impossibilidade legal da atribuição da responsabilidade tributária neste caso, haja vista ser a autuada um ente integrante da administração pública, imune, por isso, ao lançamento do imposto.

O fiscal autuante prestou informação dizendo que, quanto à alegada falta de indicação da origem dos preços usados na determinação da base de cálculo, consta à fl. 6 o levantamento efetuado pela agente de tributos Maria Helena Nery no mercado local, como indica a mesma em observação. Aduz que, como de praxe, tal expediente sempre é usado quando as mercadorias apreendidas se encontram desacompanhadas de qualquer documentação fiscal que indique o seu valor.

Quanto à questão da imunidade tributária, o fiscal pondera que os argumentos da defesa não têm sido acatados por este Conselho.

Opina pela manutenção do lançamento.

Na fase de instrução, a fim de atender à orientação da Súmula nº 1 do CONSEF, em face da reclamação da defesa de que não constam nos autos as fontes em que foram coletados os preços das mercadorias, foi determinado que o processo retornassem à fiscalização para que o fiscal autuante juntasse aos autos a prova da coleta dos preços vigentes à data do fato, com indicação das empresas que forneceram os preços adotados no cálculo do imposto.

O fiscal autuante informou que os preços teriam sido coletados nas lojas Jozena Modas Ltda. e na Uzzina da Moda Confeções Ltda., e juntou extratos do sistema fazendário onde constam os dados cadastrais das mesmas.

VOTO

Atribui-se nestes autos a responsabilidade solidária à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), pelo fato de uma encomenda se encontrar sem documentação fiscal.

O autuado alega que a fiscalização, ao elaborar o quadro demonstrativo de preços, deixou de indicar as fontes em que foram coletados os preços das mercadorias, em conflito com a Súmula nº 1 do CONSEF, caracterizando cerceamento de defesa.

No instrumento à fl. 6, consta simplesmente que os preços foram colhidos “no mercado de Salvador”.

Na fase de instrução, foi solicitado que o fiscal autuante juntasse aos autos a prova da coleta dos preços vigentes à data do fato, com indicação das empresas que forneceram os preços adotados no cálculo do imposto.

O fiscal alega, sem prova, que a pesquisa dos preços teria sido efetuada em duas lojas, cujos nomes indica.

Falta o elemento principal, que é a prova de que de fato houve coleta de preços.

Há portanto nestes autos um vício jurídico substancial. Não se trata de questão “meramente” formal. A questão suscitada pela defesa diz respeito à estrita legalidade do lançamento tributário, pois envolve a base de cálculo do tributo.

Não foi demonstrada a forma como se apurou a base de cálculo do imposto.

De acordo com a Súmula nº 1 deste Conselho, é nulo o Auto de Infração que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo.

A repartição fiscal examinará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento. É evidente que se o interessado sanar alguma irregularidade porventura existente, antes do início de nova ação fiscal, se exime de penalidade.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº 148593.0115/07-4, lavrado contra **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS**.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de outubro de 2008.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA – JULGADOR