

A. I. Nº - 277993.0018/09-5
AUTUADO - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS - ECT
AUTUANTE - VERA MARIA PINTO DE OLIVEIRA
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET 19.03.2010

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0037-05/10

EMENTA: ICMS. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CORREIOS E TELÉGRAFOS. TRANSPORTE DE MERCADORIAS DE TERCEIROS SEM A CORRESPONDENTE NOTA FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. NULIDADE O art. 18, II do RPAF/99 determina a nulidade dos atos praticados com preterição do direito de defesa. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 12/03/2009, no trânsito de mercadorias, e exige ICMS no valor de R\$ 4.026,30, acrescido da multa de 100%, referente a transporte de mercadorias sem documentação fiscal, conforme Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 148075, lavrado em 11/03/2009 e acostado às fls. 04 e 05.

O autuado, às fls. 128 a 54, através de suas advogadas, argumenta que os Correios foram criados por meio do Decreto-Lei nº 509/69, de 20/03/69, e que o mesmo continua em vigor, recepcionado pela Constituição de 1988, e que em nome da União exerce o serviço público postal.

Argui, como preliminar, a inobservância das normas contidas no Protocolo ICMS 23/88, regulador das normas de fiscalização envolvendo a ECT, o que resulta por si só na nulidade do ato administrativo de lançamento tributário. Salienta que o que está previsto no referido Protocolo é a emissão de Termo de Apreensão em 03 vias, destinando-se a primeira ao remetente ou ao destinatário do bem, a segunda à ECT e a terceira ao Fisco.

Assevera que o Fisco - podendo identificar o remetente e o destinatário -, lavrou o Auto de Infração em nome da ECT, em flagrante desacordo com o supramencionado protocolo.

Reclama da não entrega da 3ª via ao destinatário. Esclarece que pelo art. 11 da Lei nº 6.538 os interessados nessa relação jurídico-tributária são o remetente e o destinatário, cabendo tão só a eles qualquer responsabilidade tributária.

Chama atenção para o sigilo da correspondência e a inviolabilidade do objeto postal, fatos estes que impedem a empresa de utilizar meios mais severos na fiscalização dos objetos que lhe são confiados. Ressalta que esta é uma atribuição da Secretaria da Fazenda, a qual deve ser exercida no ato de desembaraço dos objetos postais. Aduz que não há amparo legal na exigência feita neste PAF, por desacordo com a legislação aplicável.

Afirma que cabe à União legislar privativamente sobre serviços postais, nos termos do art. 22, V da CF/88, citando, após, dispositivos da Lei nº 6.538/78, que tratam sobre tais prestações.

Protesta que à ECT não pode ser dispensado o mesmo tratamento dado às empresas transportadoras, exploradoras de atividade econômica, justificando que o serviço postal não é transporte, e sim serviço público amparado pela imunidade tributária, o que descaracteriza a ECT como transportadora.

Analisa a recepção na nova ordem jurídica, trazida com a Constituição nº 509/69 e da Lei nº 6.538/78. Define o fenômeno da recepção at

Alega ainda que a ECT está amparada pela imunidade prevista no art.150, VI, “a”, da CF/88, não podendo ter seu patrimônio diminuído por qualquer tipo de imposto ou ter seus serviços onerados pela tributação, por se tratar de serviços públicos, e não de atividade de exploração econômica.

Em relação à incidência do ICMS, entende que a circulação jurídica de mercadorias, e não aquela meramente física, qualifica as operações tributadas por via deste imposto.

Acrescenta que a ECT não firma contrato de transporte com os usuários do serviço postal, mas sim presta este serviço a quem os solicita, obedecendo as limitações impostas por lei. Afirma que a atividade de levar objetos de um lugar para outro não configura serviço de transporte, sendo meramente uma atividade meio, simples segmento intermediário, sem o qual seria impossível cumprir a sua finalidade legal – prestar serviço postal a toda coletividade.

Traz julgados da Justiça Federal em dois estados da Federação sob o tema em embate, pelos quais os tribunais se manifestaram no sentido de que o serviço postal executado pela ECT não configura hipótese de incidência do fato gerador do ICMS. A 7ª Vara Federal do Ceará, nos autos do processo de nº 93.4753-1, declarou inexistir relação jurídica que obrigue a ECT a promover o recolhimento de ICMS sobre serviços postais. A 2ª Vara Federal de Porto Alegre, nos autos dos processos de números 91.0001190-8 e 91.0000112-0, decidiu no mesmo sentido.

Transcreve também decisão administrativa proveniente do setor consultivo da Inspeção Geral de Tributação, da Coordenação da Receita Estadual da Secretaria da Fazenda do Estado do Paraná, o qual concluiu, ao apreciar o Auto de Infração nº 01.3685761-4, lavrado contra a ECT, que serviços postais prestados pela empresa não se confundem com serviços de transporte de cargas, estando fora do campo de incidência do ICMS.

Protesta, o autuado, contra a condição de solidário, na medida em que entende não ser uma transportadora, mas sim uma prestadora de serviço público postal.

Requer sejam acolhidas as preliminares argüidas, para que seja declarado insubsistente o Auto de Infração, ou, caso ultrapassadas as preliminares, que no mérito se julgue o Auto improcedente, ante a impossibilidade legal de sua lavratura e, ainda, por ser ente integrante da Administração Pública e, conseqüentemente, imune ao lançamento do imposto, bem como por ser indevido o lançamento em virtude de o serviço de transporte de objetos postais e encomendas não ser passível de tributação.

Por último, lembra que o artigo 11 da Lei nº 6.538/78 determina 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”.

A autuante, à fl. 68, presta informação fiscal, onde aduz que a argumentação defensiva está destituída de base legal. Cita os artigos 39 do RICMS c/c 173 da CF, para afirmar que o sujeito passivo é solidário responsável e equiparado às empresas privadas.

Requer a procedência do Auto de Infração.

VOTO

De início, verifiquei que existe uma contradição insanável entre as acusações registradas no corpo do Auto de Infração e no Termo de Apreensão de fl. 04 (transporte de mercadorias sem documentação fiscal), e aquela contida no Termo de Apreensão de fl. 07 (transporte de mercadorias com documentação fiscal inidônea).

Por motivos óbvios, este vício (acusações de naturezas distintas), macula o direito ao contraditório e à ampla defesa do sujeito passivo, elevados ao gr RPAF/99, pois não permite ao mesmo, para efeito de argumentar ei do que está sendo acusado.

O art. 39, III do mencionado Regulamento Processual exige que o Auto de Infração contenha a descrição do fato considerado infração à legislação fiscal, de forma clara, sucinta e precisa. Nessa linha, o art. 18, II determina a nulidade dos atos praticados com preterição do direito de defesa.

Não foram esses os únicos atos praticados – no presente processo -, em ofensa às sobreditas normas e princípios.

A autuante colacionou aos autos, à fl. 06, um demonstrativo da composição da base de cálculo do imposto ora exigido. Ocorre que utilizou margem de valor adicionado de 30% e redução de base de cálculo de 29,41% sem indicar os dispositivos legais ou regulamentares que fundamentaram tal metodologia.

Da análise da legislação pertinente é que – na assentada de julgamento -, os membros desta Junta perceberam que, por força da alteração 93 do Regulamento do ICMS da Bahia (Decreto 10.459, de 18/09/2007), os produtos óticos incluídos nas posições NCM 31.1, 31.2 e 31.3 não mais estão incluídos no regime de substituição tributária (art. 353, II do RICMS/BA).

Qualquer ato da Administração Pública, para que surta os devidos efeitos jurídicos / legais, sob pena de nulidade, deve estar revestido dos requisitos de validade sobejamente conhecidos, quais sejam, competência, finalidade, forma, motivo e objeto.

A inexistência de fundamentação, acima mencionada, demonstra que o lançamento de ofício em exame também carece de um dos elementos ou requisitos acima mencionados, essenciais à sua validade: a motivação.

A regra geral para qualquer ato administrativo é a declaração, por escrito, dos motivos de fato e de direito que justificaram sua prática, regra essa que não encontra nenhuma exceção relativamente àqueles atos vinculados.

Apenas a título de exemplo, registre-se que a Lei 9784/99, que estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração, no seu §1º, art. 50 diz que a motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

Diante do exposto, de ofício, voto pela NULIDADE do Auto de Infração. Represento à autoridade competente para que renove a ação fiscal, desta feita sem os vícios ora apontados.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **277993.0018/09-5**, lavrado contra a **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT**, devendo ser renovado o procedimento fiscal a salvo dos vícios apontados.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de março de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

TERESA CRISTINA L