

A. I. N° - 232204.0002/09-9
AUTUADO - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
AUTUANTE - RUI GRAÇA DE AGUIAR
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET 01.09.2010

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0218-05/10

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. O demonstrativo de débito elaborado pelo autuante não traz segurança em relação à base de cálculo e ao imposto exigido. É nulo o procedimento desprovido de elementos que determinem, com segurança, a base de cálculo do imposto, o cometimento imputado ao infrator. Constatado que o método utilizado pelo autuante para compor a base de cálculo, não encontra guarida na lei, dificultando o exercício do direito de defesa. Representação à autoridade competente para refazimento da ação fiscal a salvo das falhas apontadas. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 24/11/09, pela fiscalização de mercadorias em trânsito, exigindo o ICMS no valor de R\$ 1.128,07, acrescido da multa de 100%, referente ao transporte de mercadorias sem documentação fiscal, conforme Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 302026, lavrado e acostado à fl 7.

Em sua defesa às fls. 17 a 42, o autuado, através de seus advogados, transcreve, inicialmente, alguns dos dispositivos do Prot. ICM 23/88 e suscita, como preliminares de nulidade do lançamento que:

1. não foram cumpridas as Cláusulas 1^a, 2^a e 5^a, § Único do mencionado Protocolo;
2. sendo a ECT Empresa Pública da Administração Indireta Federal não pode ser considerada uma transportadora em sentido estrito, como são as transportadoras particulares, porque entende que o serviço postal não é transporte e, por conseguinte, o autuado não é transportador;
3. goza de imunidade tributária, de acordo com o estatuído no artigo 150, VI, "a", da CF/88;
4. Cita o entendimento de diversos juristas a respeito do conceito de empresa pública.

Argumenta, ainda, que cabe exclusivamente à União legislar sobre o serviço postal, cuja definição foi oferecida pela Lei nº 6.538/78, em seu artigo 7º, como "*o recebimento, expedição, transporte e entrega de objetos de correspondência, valores e encomendas*".

Alega que os serviços de recebimento, expedição, transporte e entrega de valores e encomendas, exercidos pela União através dele, por força do estabelecido no artigo 9º da Lei nº 6.538/78, não estão compreendidos no regime de monopólio, podendo ser prestados também por particulares. Todavia, entende que o fato de não serem exclusivos, não lhes retira o caráter de serviço público, tendo em vista o disposto no artigo 7º, § 3º da citada Lei. Argumenta, ainda, que as correspondências, valores e encomendas são objetos postais e não, mercadorias.

Afirma que o DL 509/69 e a Lei nº 6.538/78 foram recepcionados pelo STF, pela alteração feita em seu artigo 173 pela EC 19/98. Cita o parecer do STF, concluindo que goza de imunidade tributária, não podendo ter sido aplicado o artigo 150, VI, "a", da CF/88.

qualquer tipo de imposto e seus serviços onerados tributariamente (por ser patrimônio de competência da União).

Advoga a tese de que a atividade por ele desenvolvida nunca poderá ser confundida com o serviço de transporte executado por particulares, já que existem regras rígidas, ditadas pela lei, que delimitam seu campo de atuação. Ademais, o serviço postal é muito mais complexo que o simples transporte, já que oferece segurança, inviolabilidade do objeto postal, universalidade e confiabilidade garantidos pela União. Dessa forma, o serviço de SEDEX, reembolso postal e encomenda normal (modalidade encomendas) incute, em seu conceito, a realização de transporte, o que acontece também com as cartas, vales postais, telegramas e demais objetos postais, mas não pode ser definido como serviço de transporte, já que é apenas uma atividade-meio sem a qual seria impossível cumprir a sua finalidade legal, qual seja, prestar serviço postal a toda a coletividade.

Diz, ainda, que não pode ser considerado responsável tributário pelo recolhimento do ICMS sobre serviço de transporte de objetos postais, mesmo que seja de encomenda, nem há que se falar em ausência de emissão de nota fiscal para serviço imune.

Cita a jurisprudência dos Tribunais Federais e o entendimento esposado pela Secretaria da Fazenda do Paraná para demonstrar que não pode haver incidência do ICMS sobre o serviço postal, pois ele não pode ser confundido com serviço de transporte de cargas.

Finaliza alegando que as normas constitucionais e infraconstitucionais exigem que haja exata adequação do fato à norma, sem o que não se configura a hipótese de incidência do imposto e a insistência na cobrança desse tributo configura flagrante inconstitucionalidade. 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”.

Após o prazo de defesa a destinatária das mercadorias, denominada Regina Maria da Mota, com endereço na rua Dr. Ivo Nascimento, lote 46, Buraquinho, L. de Freitas, no dia 12/04/2010, às fls.59 e 60, apresentou petição, trazendo a informação de que houve erro no arbitramento da base de cálculo do ICMS, transcrevendo para sustentar suas alegações o artigo 938, inciso V do RICMS/97, destaca que na apuração do preço unitário da mercadoria, o autuante desrespeitou o mencionado dispositivo regulamentar.

O autuante presta informação fiscal à fl. 55, sustenta que as alegações do autuado não encontram base legal para serem levadas em consideração, e que a EBCT tem responsabilidade tributária pelas mercadorias transportadas sem documentação fiscal e/ou acompanhadas de documentação inidônea por ser solidário pelo pagamento do imposto, conforme o disposto no art.39 do RICMS/97. Salienta, ainda, que o autuado que de acordo com o art. 173 da CF é equiparado a empresas privadas no que tange ao regime jurídico e aos privilégios fiscais.

Conclui sugerindo a manutenção do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, em relação aos argumentos de nulidades suscitados, verifico que no que se refere ao primeiro argumento de que não foram observadas as determinações contidas no Prot. ICM 23/88, não pode ser acatada, tendo em vista que foi juntada à fl. 3, a primeira via do Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos, a qual foi assinada pelo representante legal do autuado, o que comprova a regularidade do procedimento fiscal.

Relativamente ao argumento de que a EBCT é ilegítimo passivo não pode ser acatada a alegação de que o imposto deve ser exigido do remetente ou destinatário, tendo em vista que é o destinatário que beneficia do serviço prestado de transporte de encomendas, se equipara transportadoras rodoviárias, ferroviárias, aeroviárias e aquaviárias.

com as atividades correlatas do serviço postal (telegrama, correspondências, etc.). Logo, ao transportar mercadorias, assume a condição de sujeito passivo responsável solidário (art. 121, II, do CTN), e nesta condição deve exigir do remetente o documento fiscal para acobertar as mercadorias que transportar, caso contrário, assume a responsabilidade pelo pagamento do ICMS.

Quanto ao terceiro argumento de que o serviço postal não é serviço de transporte e que goza de imunidade tributária, observo que de acordo com o estatuto no artigo 150, VI, “a”, da CF/88, a imunidade invocada pelo autuado se aplica às mercadorias e serviços exclusivamente vinculados a suas atividades essenciais e não às mercadorias e serviços que o autuado transporta, mediante pagamento por este serviço.

Além do mais, verifico que o autuado compreendeu e se defendeu do que foi acusado, sendo possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito, o que não acarreta a nulidade do lançamento, conforme disposto no art. 18, § 1º do RPAF/BA, e este órgão julgador não tem competência para apreciar a constitucionalidade da legislação tributária estadual, a teor do art. 167, I, do RPAF/99.

O presente Auto de Infração foi lavrado para lançar crédito tributário de ICMS em decorrência do transporte de mercadorias sem documentação fiscal.

Do exame das peças que constituem os autos, verifico que no anverso do Termo de Apreensão não há descrição das mercadorias apreendidas, cita “relação anexa” sem especificá-la. Consta à fl. 9, uma relação de mercadorias sem identificação e assinatura do seu emitente e sem esclarecer de que forma foram obtidos os valores unitários das mercadorias nela descritas. Observo, ainda, que no campo descrição dos fatos no verso do Termo de Apreensão fora informado que após a conferência física houve a constatação de três pares de tamancos; sete pares de sapatilhas; sete pares de sandália; três calças jeans; três calças capri cotton; seis shortes; dois vestidos; duas blusas regatas; três bermudas infantis e doze blusas de modelos diversos, sem qualquer demonstrativo analítico identificando os preços unitários atinentes a tais mercadorias.

O demonstrativo de débito que embasou a autuação, à fl.10, não indica cabalmente as mercadorias qualificadas no Termo. Informa o nome do seu elaborador, sem, contudo, conter a sua assinatura. A indicação da base cálculo, não retrata com clareza e precisão os valores atribuídos a cada um dos itens das mercadorias apreendidas, cujas quantidades respectivas constam do verso do Termo de Apreensão, à fl. 07. Não foram acostados aos autos quaisquer documentos que revelem ou demonstrem a obtenção dos valores unitários ou preço de cada um dos itens das mercadorias apreendidas.

Assim, verifico que não foram carreados aos autos, nem mesmo por ocasião da informação fiscal prestada pelo autuante, fl. 55, a forma de apuração e a origem dos preços unitários atribuídos às mercadorias apreendidas para determinação da base de cálculo, ou seja, inexiste nos autos a demonstração do valor arbitrado pelo fisco para determinação do preço atribuído às mercadorias apreendidas.

Por se tratar de matéria com estrita reserva legal, consoante determinação do inciso IV do art. 97, do Código Tributário Nacional – CTN, a fixação da base cálculo deve obedecer, sempre, a critérios expressamente previstos em lei. No caso presente, em que fora constatado no trânsito o transporte de mercadorias sem a correspondente emissão do documento fiscal, o Art. 22, Lei 7.014/96, preceitua que a autoridade lançadora poderá arbitrar a base de cálculo do ICMS, quando não for possível a apuração do valor real. E, especificamente, na hipótese de ausência ou inidoneidade do documento fiscal, os itens 1 e 2 da alínea “b” do inciso V, do supra referido artigo, estatui expressamente os critérios que devem ser adotados para a obtenção da base de cálculo. No presente caso, além de não adotar os critérios legalmente preconizados, o autuante não demonstrou com precisão como foi apurada a base de cálculo utilizada na exigência fiscal ora em lide.

Nos moldes como foi fixado o quanto se apurou da infração imputada, ante a inexistência de demonstração que confirme o preço arbitrado, restou evidenciado nos autos que o lançamento foi efetuado sem a observação de um dos requisitos essenciais à determinação com segurança do crédito fiscal exigido.

Assim, entendo que a falta de clareza na apuração do montante do débito tributário apontado como gerador da imposição aplicada ao sujeito passivo, implica ofensa ao direito do contribuinte do exercício de ampla defesa, pela incerteza do que a ele esteja sendo imputado, acarretando a nulidade do Auto de Infração, como expressamente determina o art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/99.

Destaco ainda que a matéria em questão é pontificada pela Sumula nº 01 do CONSEF, a seguir reproduzida:

SÚMULA N° 1 “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.

Diante do exposto voto pela NULIDADE do Auto de Infração, cabendo à repartição fiscal programar nova ação fiscal para que seja feito o lançamento a salvo de falhas, em obediência ao determinado no art. 21 do RPAF/99.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 232204.0002/09-9, lavrado contra **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT**. Recomenda-se que a autoridade competente verifique a possibilidade de renovação do procedimento fiscal a salvo da falha apontada.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de agosto de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA