

A. I. Nº - 301589.0056/09-3
AUTUADO - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS
AUTUANTE - RAUL DA COSTA VITÓRIA NETO
ORIGEM - IFMT METRO
INTERNET - 04/10/2010

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0249-03/10

EMENTA: ICMS. NULIDADE. BASE DE CÁLCULO. ARBITRAMENTO. LEGALIDADE. Incerteza quanto ao valor do imposto a ser lançado – arbitramento da base de cálculo do tributo efetuado sem observância da previsão normativa específica (art. 938, V, “b”, do RICMS). Vício jurídico substancial. Ofensa ao princípio da estrita legalidade tributária. Precedentes deste Conselho: Súmula CONSEF nº 1. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado pela fiscalização do trânsito de mercadorias em 17/4/09, diz respeito a transporte de mercadorias sem documentação fiscal. ICMS lançado: R\$ 1.267,20. Multa: 100%.

O autuado apresentou defesa reclamando que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) foi autuada como se fosse responsável solidário. Invoca a sua condição de empresa pública federal prestadora de serviços públicos, dizendo-se imune ao tributo. Dá destaque a uma “Notícia do STF” nesse sentido.

Como preliminar, argúi a nulidade do procedimento fiscal, alegando 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, a seu ver, 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 mais severos na fiscalização dos objetos que lhe são confiados.

Pede 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. Frisa que o serviço postal é muito mais complexo que um simples serviço de transporte, por oferecer segurança quanto à inviolabilidade do o regulamenteção legal que exige a continuidade, universalidade e c

o transporte de pessoas, animais ou bens é efetuado por empresas transportadoras, ao passo que no serviço postal o transporte está incutido como uma parte do conceito daquele serviço, não podendo ser avaliado como item autônomo, mesmo porque não só as encomendas são transportadas, mas também as cartas, cartões postais, vales postais, telegramas e demais objetos conceituados legalmente como objetos postais. Nota que o serviço postal é realizado somente pela ECT, sendo definido pela Constituição como tipicamente público, não podendo ser confundido com uma atividade genérica e abrangente. Frisa que o particular aceita o transporte do seu cliente se quiser, porém para a ECT essa discricionariedade é vedada por lei.

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 pelo 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, arts. 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 do 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 u
julgado improcedente o Auto de Infração, por considerar flagrante

ser a ECT um ente integrante da administração pública, imune, por isso, ao lançamento do imposto. Juntou documentos.

O fiscal autuante prestou informação dizendo que as alegações da defesa não encontram base legal para serem levadas em consideração porque a ECT é responsável tributária pelas encomendas que transporta sem documentação fiscal, e ainda, de acordo com o art. 39 do RICMS, é solidariamente responsável pelo pagamento do imposto e dos acréscimos legais devidos pelo contribuinte. Considera que a ECT, de acordo com o art. 173 da Constituição, é equiparada às empresas privadas no que tange ao regime jurídico e aos privilégios fiscais, não cabendo as alegações de imunidade recíproca, haja vista ser ela aplicável apenas ao seu patrimônio, renda ou serviços. Opina pela manutenção do lançamento.

O processo foi remetido em diligência a fim de que, em atenção à Súmula nº 1 do CONSEF, e em atenção ao mandamento do art. 938, V, “b”, do RICMS, fosse juntada aos autos a prova da coleta dos preços correntes à época do fato, com indicação das empresas que forneceram os preços adotados no cálculo do imposto.

O autuante informou que por ocasião da ação fiscal fez um contato com o sócio da empresa destinatária das mercadorias, Sr. Rodolfo Maia, o qual declarou os preços praticados pela sua empresa, porém agora, ao receber o processo para cumprir a diligência, tentou novamente contatar com o referido Sr. Rodolfo Maia, e descobriu que a empresa já não funciona mais no local, e o contador não sabe de seu destino. Conclui dizendo que os preços foram fornecidos, na época, pelo próprio dono das mercadorias.

Dada ciência do resultado da diligência ao autuado, este reimprimiu a defesa originária e protocolou para ser juntada aos autos. Juntou documentos.

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.

Na fase de instrução, em atenção à observância da estrita legalidade dos procedimentos visando ao lançamento tributário, ao ser analisada a forma como foi determinada a base de cálculo do tributo neste caso, foi notado que consta à fl. 9 dos autos o cálculo do imposto, feito com base numa declaração de alguém, que se disse proprietário das mercadorias, declarando os valores de suas vendas finais.

Em atenção à Súmula nº 1 do CONSEF, o processo foi remetido em diligência a fim de que a fiscalização juntasse aos autos a prova da coleta dos preços correntes à época do fato, com indicação das empresas que forneceram os preços adotados no cálculo do imposto. Recomendou-se que a pesquisa fosse feita atendendo ao mandamento do art. 938, V, “b”, do RICMS.

A diligência não foi cumprida. O autuante informou que por ocasião da ação fiscal fez um contato com o sócio da empresa destinatária das mercadorias, Sr. Rodolfo Maia, o qual declarou os preços praticados pela sua empresa, porém agora, ao receber o processo para cumprir a diligência, tentou novamente contatar com o referido Sr. Rodolfo Maia, e descobriu que a empresa já não funciona mais no local, e o contador não sabe de seu destino. Conclui dizendo que os preços foram fornecidos, na época, pelo próprio dono das mercadorias.

A legislação não prevê que em casos assim os preços sejam informados pelo “dono” das mercadorias. Fosse assim, o interessado poderia declarar o preço que quisesse. Um centavo, por exemplo. O art. 938, V, “b”, do RICMS, estabelece a forma como deve o fisco proceder quando são encontradas mercadorias em trânsito desacompanhadas de documentação fiscal.

No caso presente, falta o elemento principal, que é a prova da coleta dos preços correntes à época do fato, na legislação.

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. É evidente que o método adotado tem de ser o previsto em lei.

Há portanto nestes autos um vício jurídico substancial. Não se trata de questão “meramente” formal. A questão suscitada diz respeito à estrita legalidade do lançamento tributário, pois envolve a base de cálculo 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 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **301589.0056/09-3**, lavrado contra **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS**.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de setembro de 2010

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – JULGADORA