

A. I. Nº - 232874.0012/09-6
AUTUADO - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS
AUTUANTE - CARLOS AUGUSTO REBELLO
ORIGEM - IFMT METRO
INTERNET - 11/08/2009

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0240-03/09

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. Os demonstrativos elaborados pelo autuante não trazem segurança em relação à base de cálculo e ao imposto exigido. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 26/01/2009, refere-se à exigência de R\$2.990,25 de ICMS, acrescido da multa de 100%, tendo em vista que foi constatado transporte de mercadorias, efetuado sem documentação fiscal, conforme Termo de Apreensão de Mercadorias de nº 303505, à fl. 03 dos autos.

O autuado, por meio de advogado com procuração à fl. 37, em sua impugnação às fls. 12 a 35 dos autos, suscita preliminar de nulidade, alegando que não foram observadas as regras contidas no Protocolo 23/88, transcrevendo as cláusulas primeira, segunda e quinta do mencionado protocolo, apresentando o entendimento de que há ilegitimidade passiva dos correios, dizendo que os únicos sujeitos da relação são o remetente e o destinatário, cabendo a estes qualquer responsabilidade tributária, por isso, suscita nulidade para que seja lavrado o Auto de Infração contra quem de direito, remetente ou destinatário da mercadoria. Disse que outro ponto a ser observado por esta JJF diz respeito ao sigilo da correspondência e a inviolabilidade do objeto postal, e que o serviço postal não é transporte, e a ECT não pode ser considerada uma transportadora, salientando que o serviço postal é mais complexo que um simples serviço de transporte, sendo observada a segurança e inviolabilidade do objeto postal. No mérito, comenta sobre imunidade tributária, e quanto a essa questão, cita o art. 150 da Constituição Federal de 1988, e transcreve entendimentos de juristas. Esclarece que serviço postal consiste no recebimento, expedição, transporte e entrega de objetos postais; transcreve artigos da Lei 6.538/78 e da Constituição Federal para fundamentar a sua alegação. Fala da inviolabilidade do objeto postal e diz que a ECT tem a obrigação legal de oferecer e garantir o serviço posto a todos os cidadãos. Transcreve dispositivos da legislação pertinente aos serviços postais, cita a doutrina em relação ao lançamento do ICMS; argumenta que a legislação do ICMS trata de operações de circulação de mercadorias, e não se pode confundir a atividade relativa ao transporte de mercadorias com o serviço postal. Disse que na circulação jurídica e não, meramente física, há transferência da posse ou da propriedade de uma pessoa para outra. Entretanto, sem a mudança da titularidade não há incidência do ICMS. Ressaltou que a ECT tem como objeto, atividade de serviço público, entendendo que não pode ser considerado responsável pelo pagamento do ICMS sobre serviço de transporte de objetos postais, mesmo que seja de encomendas. O defendente cita a jurisprudência dos tribunais acerca da não incidência do ICMS sobre o serviço postal executado pela ECT, argumentando, também, que não cabe a responsabilização solidária, porque não se considera uma transportadora, mas sim uma prestadora de serviço público postal. Por fim, o autuado solicita que o Auto de Infração seja julgado improcedente, ratificando o seu argumento de que os sujeitos da relação tributária em questão são o Estado da Bahia, o remetente e o destinatário das mercadorias.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 39 a 41 dos autos, dizendo que em 09/01/2009, no estabelecimento autuado foi lavrado o Termo de Apreensão de nº 303505, tendo sido apreendidas as mercadorias constantes do mencionado Termo em decorrência da falta de documentação

fiscal. Transcreve os arts. 39 e 201 do RICMS/BA, e diz que o autuado comete equívoco ao pretender desfrutar da imunidade tributária e esse erro está na falta de conhecimento da legislação, sobretudo do RICMS, na medida em que o autuado transporta mercadorias sem documentação fiscal. Reproduz o art. 36 do citado Regulamento, e afirma que se trata de empresa pública que se enquadra perfeitamente no texto do referido art. 36, sendo, portanto, sujeito passivo da obrigação tributária. Comenta sobre o Protocolo 23/88, citado pelo impugnante, afirmando que além das demais obrigações tributárias previstas na legislação para os transportadores, a ECT deve realizar o transporte de mercadorias e bens acompanhados de Nota Fiscal, Manifesto de Cargas e Conhecimento de Transporte de Cargas, e que, além disso, a ECT é uma empresa com Inscrição Estadual, estando previsto no RICMS normas específicas, como o art. 410-A, que reproduziu. Quanto ao destino das vias do Termo de Apreensão, também questionado pelo defendente, o autuante esclarece que o procedimento foi realizado de acordo com o previsto nos Protocolos 23/88 e 32/01. Finaliza pedindo a procedência do presente Auto de Infração.

VOTO

O presente lançamento é decorrente da responsabilidade solidária atribuída à ECT, tendo em vista que foram encontradas 15 caixas de charutos cubanos, fabricados em novembro de 2008, mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, encomenda enviada pelo SEDEX de números SO 58664024-5 BR, SO 58664025-9 BR, SO 36628403-1 BR, tendo como destinatário a Sr. Sérgio Rios Queiroz, Rua Jorge Simões, nº 02, Bomfim, Salvador – Bahia, CEP 40415-210, e como remetente, Orlando Luis Rodrigues Miranda, Rua Cleia nº 2145 – Aptº 25, Lapa – São Paulo – CEP 05042-000.

Observe que no caso em exame, não há questionamento em relação às atividades desenvolvidas pela ECT, na condição de transportador das encomendas, haja vista que o imposto exigido no presente Auto de Infração se refere à responsabilidade solidária atribuída por lei ao próprio autuado, em relação às mercadorias que estava conduzindo sem a respectiva documentação fiscal.

De acordo com o art. 6º, inciso III, alínea “d”, da Lei 7.014/96, são solidariamente responsáveis pelo pagamento do ICMS e demais acréscimos legais, os transportadores que conduzirem mercadorias sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou mesmo, acompanhadas de documentação inidônea.

O § 2º, do art. 410-A, do RICMS/97, estabelece que o transporte de mercadorias e bens feito pela ECT, além do cumprimento das demais obrigações tributárias previstas na legislação do ICMS para os transportadores de cargas, deverá ser acompanhado de nota fiscal, modelo 1 ou 1-A, manifesto de cargas e conhecimento de transporte de cargas.

Portanto, a legislação atribui a responsabilidade solidária à ECT por ter recebido e transportado para entrega, mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal exigível.

Quanto à base de cálculo do imposto exigido, não contestada pelo defendente, a legislação estabelece que na ausência de documento fiscal, para fixar a base de cálculo poderá ser adotado o preço de pauta fiscal no atacado, se houver, ou o preço corrente das mercadorias ou sua similar no mercado atacadista do local de ocorrência dos fatos, conforme art. 938, inciso V, alínea “b” do RICMS/97.

O Auto de Infração está acompanhado do Termo de Apreensão de Mercadorias de nº 303505, que constitui prova material da inexistência de documento fiscal no momento da ação fiscal.. Entretanto, não obstante ter ficado caracterizado o cometimento da infração apontada, não foi comprovada nos autos a base de cálculo do imposto exigido, haja vista que foi acostado à fl. 04 o formulário relativo ao levantamento de preços corrente no mercado consumidor sem qualquer identificação do estabelecimento onde foram coletados os mencionados preços, inexistindo qualquer assinatura da empresa fornecedora dos preços e do preposto do Fisco. Assim, o referido formulário não constitui documento hábil para comprovar a origem dos preços utilizados pelo

autuante na apuração da base de cálculo do imposto exigido neste Auto de Infração, o que implica cerceamento do direito de defesa.

De acordo com o art. 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99, é nulo o lançamento de ofício “que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator”. No caso em exame, os demonstrativos elaborados pelo autuante não trazem segurança em relação à base de cálculo e ao imposto exigido.

Saliento que a Súmula nº 1 do CONSEF trata da matéria em questão:

SÚMULA Nº 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 compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo.

Face ao exposto, 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 **232874.0012/09-6**, lavrado contra **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS**.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de julho de 2009

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA