

**A. I. Nº** - 277993.0294/08-4  
**AUTUADO** - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS  
**AUTUANTE** - VERA MARIA PINTO DE OLIVEIRA  
**ORIGEM** - IFMT-DAT/METRO  
**INTERNET** - 09/11/2009

### 3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0342-03/09

**EMENTA.** ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS RELATIVO A MERCADORIA ACEITA PARA ENTREGA SEM A CORRESPONDENTE NOTA FISCAL. EMPRESA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. A falta de entrega ao autuado do demonstrativo de apuração do débito bem como a insegurança verificada na determinação do valor da base de cálculo conduzem à decretação, de ofício, da nulidade do procedimento fiscal. . Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 05 de novembro de 2008 através de Auditora Fiscal lotada na Inspetoria Fiscal do Trânsito de Mercadorias contra a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, na condição de responsável por solidariedade e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$ 755,56 acrescida de multa no percentual de 100%, pela constatação por parte da mesma de mercadoria desacompanhada de documentação fiscal (produtos energéticos), a qual foi enviada via SEDEX para destinatária na cidade de Salvador, conforme Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº. 118778 acostado às fl. 06, datado de 04 de novembro de 2008.

Constata-se, ainda, a presença no processo ora apreciado, páginas da internet onde constam produtos Amino 36000 Liquid NO2 (560 g) – NeoNutri, Impacto Zero Carbo Banana, BCCA 3000, Thermo Cut (480 ml), Monster Nitro Pack NO2 (44 packs), Shape It Evarlast Nutrition, com respectivos preços de venda (fls.09 a 18). A ciência da Autuada, deu-se através de Aviso de Recebimento (fl. 22).

Tempestivamente, a autuada apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 25 a 47, no qual, através de sua procuradoria jurídica, argui:

Preliminarmente:

- a) que o auto de Infração há de ser tido como nulo por atentar contra cláusula do Protocolo ICM 23/88;
- b) que não pode ser elevada pelo Fisco como responsável solidário por obrigação tributária, por estar amparada pela imunidade tributária;
- c) que os CORREIOS padece de ilegitimidade passiva processual, vez que ao contrário do fisco não pode violar correspondências para certificar-se de estarem as mesmas acompanhadas de documentação fiscal, por força de disposição constitucional;

Por tais razões, o auto de Infração lavrado há de ser julgado Nulo.

Quanto ao mérito, rechaça o lançamento, embasada nos seguintes argumentos:

- a) possui imunidade tributária, para isso valendo-se de ampla citação doutrinária e jurisprudencial;
- b) inexistência de solidariedade passiva tributária, vez que a regra contida nos artigos 39 e 201 do RICMS/97 aplicar-se-ia apenas e tão somente às transportadoras comerciais;

Finalmente, pede o acolhimento das nulidades argüidas, contudo, ultrapassada estas, a aceitação dos argumentos defensivos, com a decretação da improcedência do lançamento realizado, vez

que os sujeitos da relação tributária seriam o Estado da Bahia e o destinatário e/ou remetente da encomenda postada, e não a EBCT.

Informação fiscal de fl. 59 prestada pela Autuante argumenta que as alegações aduzidas na peça defensiva não encontram base legal, na forma do artigo 39 do RICMS/BA, vez que a Autuada tem responsabilidade tributária pelas mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal. Que o artigo 173 da Carta Magna equipara a Autuada às empresas privadas, no que tange ao regime jurídico e aos privilégios fiscais, descabendo, pois, a alegação de imunidade recíproca, que valem, apenas, para patrimônio, renda ou serviços, mantendo, *in fine*, o Auto de Infração na sua inteireza.

#### **VOTO**

Inicialmente, apreciando-se a preliminar de nulidade suscitada, verifico que referente ao primeiro argumento terem sido observadas as determinações legais para o lançamento, diante da juntada à fl. 06, da primeira via do Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos, o qual foi assinada pelo detentor das mercadorias, e que comprova a regularidade do procedimento fiscal.

Relativamente ao segundo argumento de que a EBCT é empresa pública da administração indireta Federal e não pode ser igualada às centenas de milhares de transportadores particulares existentes no país, pois o serviço postal não é transporte e, por conseguinte, o autuado não é transportador, também não pode ser acatado, em virtude de que o serviço prestado pela EBCT de transporte de encomendas, se equipara aos serviços prestados pelas transportadoras rodoviárias, ferroviárias, aerooviárias e aquaviárias, não podendo ser confundido com as atividades correlatas do serviço postal (telegrama, correspondências, etc.). Logo, ao transportar mercadorias, a EBCT assume a condição de sujeito passivo responsável solidário, consoante previsto no 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 eventualmente devido.

Quanto ao argumento de que goza de imunidade tributária, de acordo com o estatuto no artigo 150, inciso VI, alínea “a”, da Constituição Federal de 1988, também não pode ser acatado, haja vista que a imunidade invocada pelo autuado, se aplica aos serviços exclusivamente vinculados a suas atividades essenciais e não às mercadorias que o autuado transporta, mediante pagamento por este serviço.

Além do mais, verifico que no lançamento é possível determinar a natureza da infração, o autuado, o que não acarreta a nulidade do lançamento, conforme disposto no art. 18, § 1º do RPAF-BA/99, e este órgão julgador não possui competência para apreciar a constitucionalidade da legislação tributária estadual, a teor do art. 167, I, do RPAF-BA/99, razão pela qual não acolho esta preliminar suscitada.

Todavia, verifico dois problemas que podem ensejar a decretação de nulidade *ex officio* do processo, muito embora não suscitados pela autuada, mas ao amparo do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal aprovado pelo Decreto 7.629/99, especialmente o artigo 20:

O primeiro deles é a falta de entrega do documento de fl. 08, denominado “Demonstrativo de Débito” a Autuada, além do que na intimação de fl. 21, emitida pela Inspetoria de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito constar que a mesma tem apenas como “anexo cópia do Auto de Infração”, não mencionando seus anexos e peças que dele fazem parte, o que poderia ensejar a violação do princípio da ampla defesa, muito embora sanáveis através de realização de diligência.

O segundo e seguramente mais sério, diz respeito a formação da base de cálculo dos produtos apreendidos. Verifica-se nos autos que a Autuante adotou como referencial de preço valores obtidos em sites da internet, dos quais apenas cópia às fls. 09 a 18.

O que se questiona é tal possibilidade, diante do exposto no Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto 6.284/97.

Vê-se por tal determinação legal que a coleta de preços para a formação da base de cálculo para mercadorias desacobertadas de documentação fiscal deve ser feita de acordo com o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº. 6.284/97:

**Art. 915.** Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

**§ 7º** Para os efeitos deste artigo, considera-se

(...)

**I** - valor comercial da mercadoria:

**a) o seu valor de venda no local em que for apurada a infração** (grifo nosso)

Já o artigo 938 do mesmo diploma legal, impõe:

**Art. 938.** O arbitramento da base de cálculo do ICMS poderá ser feito por qualquer um dos métodos a seguir:

(...)

**V** - na fiscalização do trânsito:

(...)

**c) no caso de ausência ou inidoneidade do documento fiscal, será adotado:**

(...)

**2 - o preço de pauta fiscal no varejo, se houver, ou o preço de venda a varejo no local da ocorrência.** (grifo nosso)

Verifica-se, pois, que independentemente da base de cálculo ser calculada pelo valor comercial da mercadoria, ou por arbitramento, sempre terá como base o preço ou valor aquele de venda no local da ocorrência ou da apuração da infração.

O fato da ilustre Autuante ter tomado como base de cálculo produtos oferecidos para comercialização pela internet, nos leva aos seguintes questionamentos: os sites pesquisados localizam-se no local da ocorrência, ou infração? Em caso positivo, onde se verifica tal fato nos documentos acostados nos autos?

É perfeitamente sabido da praticidade de comercialização e possibilidade de compra de produtos pela internet, o chamado comércio eletrônico, to usual nos nossos dias. O que, porém se impõe como dificultador no caso em exame, é muito mais a imposição legal, do que outra coisa. Ao adotar este meio de pesquisa de preços, a Autuante seguramente não atentou para o fato de que a legislação que norteia os procedimentos que deve adotar impõe uma regra que não foi atendida, e que deve ser verificada e obedecida pelo julgador.

Isso não significa que a infração inexistiu ou foi sanada, ao contrário; tal fato indica apenas que os valores adotados a título de base de cálculo para a cobrança do tributo foram aplicados ao arrepro da determinação legal vigente, contaminando e prejudicando o procedimento fiscal.

Assim, em nome do princípio da legalidade, e em atenção ao já mencionado artigo 18 do RPAF/99, entendo que o presente processo encontra-se eivado de graves vícios desde a sua instauração, pelos equívocos cometidos desde a sua lavratura, relativamente à base de cálculo.

De tudo exposto, considerando os vícios insanáveis apontados, 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 **277993.0294/08-4** lavrado contra a **EMPRESA**

GOVERNO DO ESTADO DA BAHIA  
SECRETARIA DA FAZENDA  
CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL ( CONSEF )

**BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS**, recomendando-se à autoridade fiscal, se possível, o refazimento do mesmo, à salvo dos equívocos verificados.

Sala de Sessões do CONSEF, 23 de outubro de 2009.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR