

A. I. Nº - 301589.0183/08-7
AUTUADO - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS
AUTUANTE - RAUL DA COSTA VITÓRIA NETO
ORIGEM - IFMT METRO
INTERNET - 11/03/2010

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0031-03/10

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, haja vista que não foi elaborada planilha de apuração da base de cálculo, inexistindo a pesquisa de preços na forma estabelecida na legislação. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 23/12/2008, refere-se à exigência de R\$710,60 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 148002, à fl. 05 dos autos.

O autuado, por meio de advogado com procuração à fl. 37, em sua impugnação às fls. 16 a 42 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 de que os sujeitos da relação tributária em questão são, o Estado e o destinatário das mercadorias.

O autuante prestou informação fiscal à fl. 58 dos autos, dizendo que as alegações do autuado não têm base legal para serem levadas em consideração. A ECT é responsável tributária pelas encomendas que transporta, desacompanhadas de documentação fiscal idônea, sendo solidariamente responsável pelo pagamento do imposto e dos acréscimos legais, de acordo com o art. 39 do RICMS/BA. Diz que a ECT equipara-se às empresas privadas no que tange ao regime jurídico e aos privilégios fiscais, conforme estabelece o art. 173 da Constituição Federal. Assim, o autuante assegura que não cabe a alegação defensiva de imunidade recíproca e que não podem ser acatadas as ponderações apresentadas pelo defendente.

VOTO

O presente lançamento é decorrente da responsabilidade solidária atribuída à ECT, tendo em vista que foram encontrados 190 óculos náuticos marca Sposil, mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, encomenda enviada pelo SEDEX de número EC 59871522-9 BR, tendo como destinatário Sr. Paulo Borges Guimarães, Rua Max Feffer, nº 31-B, Aptº 01, Edf. Condor, Trobogy, Salvador – Bahia, CEP 41.750-030.

Observo 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.

Entretanto, existem falhas no presente processo que embora não suscitadas pelo autuado implicam a decretação de nulidade *ex officio* do Auto de Infração, amparado no art. 20 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal aprovado pelo Decreto 7.629/99, conforme análise a seguir.

Observo que não foi acostada aos autos a demonstração da apuração da base de cálculo do imposto exigido, e pelo valor consignado no demonstrativo de débito à fl. 02, se deduz que foi utilizado o preço da mercadoria constante do documento de fl. 07, obtido na *internet*.

Quanto à base de cálculo do imposto exigido, 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 148002, 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, como já mencionado anteriormente, existindo no PAF uma cópia extraída na *internet*, constando o preço da mercadoria (documento de fl. 07).

O fato de o autuante tomar como referência na apuração da base de cálculo produtos oferecidos para comercialização pela *internet*, leva a um questionamento: se o site pesquisado localiza-se no local da ocorrência, considerando que as compras realizadas nos mencionados sites têm os documentos fiscais emitidos nos locais onde estão localizadas as empresas responsáveis por essas vendas por meio da *internet*.

Observo que a comercialização de produtos pela *internet*, o chamado comércio eletrônico, é bastante utilizado nos dias atuais. Entretanto, ao adotar este meio de pesquisa de preços, a fiscalização deve atentar para o fato de a legislação estabelecer como um dos parâmetros, a pesquisa do preço de venda a varejo no local da ocorrência, o que não está comprovado por meio da pesquisa de preços em *site*.

Entendo que a referida pesquisa 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, além de não haver nos autos o demonstrativo da base de cálculo do imposto exigido, 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”. Portanto, caso em exame, não foi elaborado demonstrativo da apuração da base de cálculo e o valor indicado no demonstrativo de débito à fl. 02, elaborado pelo autuante não traz 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 **301589.0183/08-7**, lavrado contra **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS**.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de fevereiro de 2010

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA