

A. I. Nº - 09259155/03
AUTUADO - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS
AUTUANTE - ADRIANO TOSTO DOS SANTOS SILVA
ORIGEM - IFMT - DAT/ METRO
INTERNET - 27. 05.2004

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0176-04/04

EMENTA. ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. OPERAÇÃO SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Constatado o transporte de mercadorias, remetida via SEDEX, sem documentação fiscal. Nessa situação, é legal a exigência do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário, por ter aceitado para entrega, via serviço postal, mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal. Infração caracterizada. Incompetência do CONSEF para declarar inconstitucionalidade na legislação tributária estadual. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/09/03 pela fiscalização do trânsito de mercadorias, exige ICMS no valor de R\$ 1.398,59, referente a operação com mercadoria desacompanhada de documentação fiscal, conforme Termo de Apreensão nº 114722 acostado à fl. 3, tendo como destinatária a senhora Andréa Rodrigues Valim Gomes.

O débito tributário foi pago em 16/10/03, conforme comprovam a fotocópia de Documento de Arrecadação Estadual – DAE (fl. 10) e o extrato do Sistema de Informações da Administração Tributária – SIDAT (fl. 12). As mercadorias foram liberadas e entregues a sua destinatária.

Em 24/10/03, dentro do trintídio legal, a senhora Andréa Rodrigues Valim Gomes interpôs a defesa de fls. 15 a 18 e, inicialmente, explicou que tem legitimidade para apresentar a referida defesa, pois, como destinatária das mercadorias, arcou com o ônus do pagamento da multa.

Alega que teve o seu direito de defesa cerceado, pois não foi intimada a apresentar a nota fiscal nem pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos e nem pela Secretaria da Fazenda. Explica que consta, no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 114722, o prazo de 24 horas para apresentação da referida nota. Diz que a apresentação da nota fiscal dentro do prazo excluiria a imposição de multa.

Assevera que a base de cálculo do imposto foi arbitrada a mais em aproximadamente 65%. Afirma que o valor atribuído às mercadorias não corresponde à realidade, conforme se pode verificar na Nota Fiscal nº 426 (fl. 21) e nos depósitos efetuados anteriormente (fl. 22). Ao finalizar, solicita que o Auto de Infração seja julgado nulo, ou que seja recalculado o quantum devido em razão do real valor das mercadorias, restituindo o excedente calculado em R\$ 1.700,00.

Intimado acerca do lançamento em 23/10/03 (fl. 23), o autuado apresentou defesa tempestiva, fls. 26 a 47, e, após expor a sua condição de empresa pública federal prestadora de serviço público, criada pelo

Decreto-Lei nº 509/69 para exercer o serviço postal, nos termos do artigo 21, X, da Constituição Federal, transcreveu dispositivos do Protocolo ICM 23/88, do qual o Estado da Bahia é signatário.

Em seguida, o autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração, alegando que não foram observadas as determinações contidas no Protocolo ICM 23/88, pois o Termo de Apreensão não foi lavrado em três vias, com a seguinte destinação: a primeira, do remetente ou destinatário; a segunda, da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) e a terceira, do fisco.

Afirma que goza de imunidade tributária, conforme art. 150, VI, “a”, da Constituição Federal. Diz que, por ser a ECT uma Empresa Pública da Administração Indireta Federal, não pode ser igualada aos transportadores particulares existentes no país. Aduz que o serviço postal não é transporte e, por conseguinte, o autuado não é uma empresa transportadora. Cita julgado recente do Supremo Tribunal Federal, cujo teor transcreve, bem como decisão proferida pelo juiz da 19ª Vara Federal da Seção Judiciária da Bahia. Cita doutrina sobre o conceito de empresa pública.

O autuado alega que cabe, exclusivamente, à União legislar sobre o serviço postal, cuja definição foi dada pela Lei nº 6.538/78, em seu artigo 7º, como sendo “o recebimento, expedição, transporte e entrega de objetos de correspondência, valores e encomendas”.

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

Afirma que a Lei nº 6.538/78 e o Decreto-lei nº 509/69 foram recepcionados pela Carta Magna de 1988, o que é corroborado pela alteração do art. 173, feita pela Emenda Constitucional nº 19/88. Cita parecer de Celso Ribeiro de Bastos e conclui que goza de imunidade tributária, não podendo ter seu patrimônio diminuído por qualquer tipo de imposto, por ser patrimônio da União. Diz que os seus serviços não podem ser onerados por tributos, uma vez que presta serviços de competência exclusiva da União.

Assevera que a atividade por ele desenvolvida não se confunde com o serviço de transporte executado por particulares, já que existem regras rígidas, ditadas pela lei, que delimitam o seu campo de atuação. Além disso, o serviço postal é muito mais complexo que o simples transporte, já que oferece segurança, inviolabilidade do objeto postal, universalidade e confiabilidade garantidas 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 sua finalidade – prestar o serviço postal à 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 o que se falar em ausência de emissão de nota fiscal para serviço imune. Cita jurisprudência de Tribunais Federais e entendimento esposado pela Secretaria da Fazenda do Paraná para demonstrar que não há incidência do ICMS sobre o serviço postal, uma vez que ele não se confunde com serviço de transporte de cargas.

Finaliza, alegando que as normas constitucionais e infraconstitucionais exigem a adequação do fato à norma, sem o que não se configura a hipótese de incidência. Frisa que 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.

Apesar de científica defesa interposta ao Auto de Infração, o autuante não apresentou a informação fiscal. Dessa forma, nos termos do artigo 129 do RPAF/99, o processo foi enviado ao CONSEF para julgamento, conforme despacho à fl. 84.

VOTO

Afasto a alegação de nulidade do lançamento suscitada pela senhora Andréa Rodrigues Valim Gomes, destinatária das mercadorias, pois o Auto de Infração em lide foi lavrado contra a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT. Apesar de a destinatária das mercadorias ter interesse na operação que foi objeto do lançamento, ela não assume a condição de sujeito passivo da presente relação jurídico tributária, portanto, as intimações foram dirigidas à ECT. Ademais, a observação constante no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 114722 (“comparecer à Inspetoria 24 h após a lavratura deste Termo”) não quer dizer que o agente fiscal tenha concedido o referido prazo para que fosse apresentada a nota fiscal.

No que tange à Nota Fiscal nº 426, apresentada após a ação fiscal, entendo que a mesma não elide a acusação, uma vez que, nos termos do § 5º do art. 911 do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 6284/97 (RICMS-BA/97) “O trânsito irregular de mercadoria não se corrige pela ulterior apresentação da documentação fiscal”.

Quanto à base de cálculo do imposto, os valores apresentados pela destinatária das mercadorias não podem ser utilizados, pois, nos termos do art. 938, V, “b”, “2”, do RICMS-BA/97, na fiscalização do trânsito de mercadorias, no caso de ausência do documento fiscal, será adotado como base de cálculo do imposto o preço de venda da mercadoria a varejo no local da ocorrência – como acertadamente fez o autuante.

Relativamente ao valor já pago pela destinatária das mercadorias, o mesmo será homologado, conforme constará no final deste voto.

A seguir, passo a analisar a defesa apresentada pelo autuado, ressaltando que não se inclui entre as competências deste órgão a apreciação de constitucionalidade da legislação tributária estadual, conforme dispõe o art. 167, I, do RPAF/99.

No Auto de Infração em lide, a descrição dos fatos é clara e permite uma perfeita compreensão da irregularidade que foi imputada ao autuado. O Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos foi lavrado de acordo com o previsto na legislação, não havendo nenhum descumprimento do Protocolo ICM 23/88. O citado Termo serviu para embasar o lançamento, além de permitiu que o autuado conhecesse a acusação que lhe foi feita e exercesse plenamente o seu direito de defesa.

Da análise dos documentos acostados ao PAF pelo autuante, verifica-se que o Auto de Infração foi lavrado por terem sido encontrados, na agência do autuado (Empresa de Correios e Telégrafos – ECT), as mercadorias (confecções) relacionadas às fls. 4 e 5 dos autos, as quais estavam desacompanhadas da devida documentação fiscal e tinham sido remetidas por meio dos SEDEXs, conforme Termo de Apreensão à fl. 3.

O autuante entendeu que os objetos apreendidos eram mercadorias e que o autuado se equiparava a um transportador e, em consequência, respondia solidariamente pelo pagamento do ICMS incidente sobre a operação.

Não acato o argumento defensivo de que o autuado, por gozar da imunidade prevista no art. 150, VI, da Constituição Federal, não pode ser apontado como sujeito passivo da relação tributária. É que a ECT é uma empresa pública e, após a Constituição Federal de 1988, em relação às suas obrigações tributárias, está sujeita às mesmas regras que regem as empresas privadas, não estando enquadrada nas hipóteses de imunidades previstas no artigo 150 da Constituição Federal.

O lançamento em lide não deixa dúvida que a presente autuação exige o ICMS por responsabilidade solidária, pelo fato de a encomenda, remetida via SEDEX, ter sido transportada sem a necessária documentação fiscal. Assim, não tem cabimento a alegação defensiva de que o serviço prestado pela ECT não se confunde com o serviço de transporte de carga.

Mesmo não sendo o autuado um transportador, ele está obrigado ao pagamento do imposto com os acréscimos devidos, em razão de responsabilidade solidária, uma vez que se encontra enquadrado no inciso V do artigo 39 do RICMS/97, cujo teor transcrevo a seguir:

Art. 39. São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

I - os transportadores em relação às mercadorias:

d) que aceitarem para transporte ou que conduzirem sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou acompanhadas de documentação fiscal inidônea;

V - qualquer pessoa física ou jurídica, em relação às mercadorias que detiver para comercialização, industrialização ou simples entrega desacompanhadas da documentação fiscal exigível ou com documentação fiscal inidônea.

Saliento que, no momento da postagem da encomenda através de SEDEX, o autuado tem o direito legal de verificar o seu conteúdo e adotar as medidas legais cabíveis, especialmente para exigir a correspondente nota fiscal que acobertará o transporte.

Analizando a encomenda descrita no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos, entendo que, pela quantidade e características, a mesma efetivamente se classifica como mercadoria e se destinava à comercialização.

Por tudo quanto foi exposto, entendo que foi correto o procedimento do autuante, sendo devido o valor exigido na autuação.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, homologando-se o valor efetivamente recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 09259155/03, lavrado contra **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 1.398,59**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “a”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais, homologando-se o valor já efetivamente recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de maio de 2004.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR