

A. I. Nº - 232874.0026/09-7
AUTUADO - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS
AUTUANTE - CARLOS AUGUSTO REBELLO
ORIGEM - I F M T METRO
INTERTE - 23/07/2009

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0205-03/09

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CORREIOS E TELÉGRAFOS. MERCADORIAS DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. É legal a exigência do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário, por ter realizado serviço postal com mercadoria de terceiro, desacompanhada de documentação fiscal. Infração não elidida. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/01/2009, refere-se à exigência de R\$1.496,00 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 304411, à fl. 03 dos autos.

O autuado, por meio de advogado com procuração à fl. 35, em sua impugnação às fls. 10 a 33 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. 37 a 39 dos autos, dizendo que em 22/01/2009, 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

Apreciando as preliminares de nulidade suscitadas pela defesa, observo que não é da competência desta JJF opinar quanto à constitucionalidade da legislação tributária, conforme art. 167, inciso I, do RPAF/99.

Em relação ao argumento de que a ECT é uma empresa pública, observo que, consoante o art. 173, e seu § 2º, da Constituição Federal, “as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado”.

Quanto ao argumento defensivo de que a ECT goza de imunidade tributária, não pode ser acatado, tendo em vista que a imunidade alegada pelo defendente se aplica exclusivamente às suas atividades, e não às mercadorias que o autuado transporta mediante pagamento pelo serviço prestado.

Portanto, a imunidade recíproca alegada pelo defendente, se refere apenas à sua atividade na prestação de serviço postal, e como tal, tem natureza de serviço público, atividade que é exercida pela ECT em regime de monopólio. Quanto ao serviço de transporte de encomendas, constitui uma atividade econômica, estando o autuado concorrendo com as demais transportadoras de encomendas, empresas privadas, que estão sujeitas ao pagamento do ICMS.

O autuado também suscita nulidade para que seja lavrado o Auto de Infração contra quem de direito, remetente ou destinatário. Entretanto, a autuação foi efetuada com base no art. 39, inciso I, que prevê a responsabilidade dos transportadores pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais em relação às mercadorias que aceitarem para transportar ou que conduzirem sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino.

Assim, ficam rejeitadas as preliminares de nulidade suscitadas pela defesa, considerando que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV, do art. 18, do RPAF/99.

Quanto ao mérito, verifico que o presente lançamento é decorrente da responsabilidade solidária atribuída à ECT, tendo em vista que foram encontrados 1.100 pingentes diversos, mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, encomenda enviada pelo SEDEX de número SO 253277913 BR, tendo como destinatária a Sra. Silvana Edilene Matias, Rua Corpo Santo, nº 16, Sala 01, Comércio, Salvador – Bahia, CEP 40015-200, e como remetente, Edson Raimundo do Nascimento, Rua Ásia nº 368-B – Parque Turista – Contagem - MG – CEP 32110-480.

Observo que este fato não foi elidido, não obstante a alegação apresentada pelo autuado de que não pode figurar como sujeito passivo, entendendo que não pode ser considerado responsável pelo pagamento do ICMS sobre serviço de transporte de objetos postais, mesmo que seja de encomendas; que é integrante da Administração Pública, e que o serviço de transporte de objetos postais e encomendas não é passível de tributação.

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.

Dessa forma, verifica-se que 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, e no caso em exame, foi efetuado o levantamento de preço corrente no mercado à fl. 05 dos autos.

Assim, entendo que está caracterizada a irregularidade apontada no presente Auto de Infração, sendo devido o imposto, conforme apurado pelo autuante às fls. 02 e 05 do PAF.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

VOTO EM SEPARADO

A defesa baseia-se num protocolo que já foi revogado: o Protocolo ICM 23/88 encontra-se revogado desde 2001.

Há, contudo, outro protocolo que se encontra em vigor, que é o Protocolo ICMS 32/01.

O conteúdo desse protocolo foi incorporado ao RICMS/BA, cujo art. 410-A, § 10, inciso I, prevê que, constatada qualquer irregularidade, as mercadorias ou bens serão apreendidos ou retidos mediante lavratura de Termo de Apreensão, devendo no termo constar “*a intimação para comparecimento do interessado, especificando o local, o horário e o prazo*” (grifei).

Assim dispõe o RICMS/BA:

“Art. 410-A. Serão adotados os procedimentos de fiscalização previstos neste artigo, relativos aos serviços de transportes e às mercadorias e bens transportados pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), nas seguintes remessas (Protoc. 32/01):

.....
§ 10. No ato da verificação fiscal de prestação do transporte irregular ou das mercadorias e bens em situação irregular deverão as mercadorias e os bens ser apreendidos ou retidos pelo Fisco, mediante lavratura do termo de apreensão de mercadorias ou bens, previsto no art. 940 deste regulamento, para comprovação da infração, observando que:

I - no aludido termo deverá constar, se for o caso, o endereço da unidade da ECT onde ocorreu a retenção ou apreensão e a intimação para comparecimento do interessado,

especificando o local, o horário e o prazo;

”
.....
Já que o dispositivo (inciso I) se refere à “intimação” do interessado (o remetente ou o destinatário), é evidente que a fiscalização teria de ter efetuado tal intimação, segundo os critérios do art. 108 do RPAF. Como assim não procedeu, fica patente que a autuação foi feita sem observância do mandamento contido no art. 410-A, § 10, inciso I, do RICMS/BA, e por conseguinte o procedimento é nulo, por inobservância do devido procedimento legal, com repercussão no direito de defesa do interessado.

Em princípio, meu posicionamento é pela nulidade do procedimento, com fundamento no art. 18, II, do RPAF.

Como, porém, sou obrigado a adentrar no mérito, por força da regra do parágrafo único do art. 154 do RPAF, passo ao exame do conteúdo da autuação.

A infração está caracterizada, pois o fato não foi negado, haja vista que a defesa apresentada pela ECT não guarda nenhuma correspondência com o fato concreto, já que cuida de coisas alheias ao cerne do lançamento, preocupando-se a ECT basicamente em precaver-se, a si própria, contra a tributação de seus serviços – fato que nada tem a ver com o objeto da presente autuação.

Voto preliminarmente pela NULIDADE do procedimento, e, no mérito, pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232874.0026/09-7**, lavrado contra **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.496,00**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inciso IV, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais correspondentes.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de julho de 2009

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR / VOTO EM SEPARADO

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA