

A. I. Nº - 9029249/01
AUTUADO - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS
AUTUANTE - MARIA ANGÉLICA A PONTES
ORIGEM - IFMT - DAT/ METRO
INTERNET - 06. 09. 2002

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0305-04/02

EMENTA. ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. MERCADORIA ACEITA PARA ENTREGA SEM A CORRESPONDENTE NOTA FISCAL. É legal a exigência do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário, por ter aceito para entrega, via serviço postal, mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal. Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 14/11/01, no trânsito de mercadorias, cobra o ICMS no valor de R\$308,04, mais multa de 100%, referente a operação de mercadorias efetuadas sem documentação fiscal, conforme Termo de Apreensão lavrado e acostado ao processo.

O autuado apresentou defesa tempestiva (fl. 11) 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, suscita a nulidade do Auto de Infração, uma vez 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 de 1988 e diz que, sendo Empresa Pública da Administração Indireta Federal 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 uma empresa transportadora, juntando cópia do Decreto-Lei 509/65 que dispõe sobre os serviços postais. Cita o entendimento de diversos juristas a respeito do 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 através dele, por força do estabelecido no art. 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 da citada Lei nº 6.538/78 e seu § 3º, sendo as correspondências, valores e encomendas, objetos postais e não, mercadorias.

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

Assevera que a atividade por ele desenvolvida nunca poderá ser confundida com o serviço de transporte executado por particulares, já que existem regras rígidas, ditadas pela lei, que delimitam seu campo de atuação. Ademais, o serviço postal é muito mais complexo que o simples transporte, já que oferece segurança, inviolabilidade do objeto postal, universalidade e confiabilidade, garantidos 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 a sua finalidade legal – prestar o serviço postal a toda a 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 que se falar em ausência de emissão de nota fiscal para serviço imune. Cita a jurisprudência dos Tribunais Federais e o entendimento esposado pela Secretaria da Fazenda do Paraná para demonstrar que não pode haver incidência do ICMS sobre o serviço postal, pois ele não pode ser confundido com serviço de transporte de cargas.

Finaliza alegando que as normas constitucionais e infraconstitucionais exigem que haja exata 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 constitucionalidade. 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.

A autuante, em despacho à folha 33, diz que anexa informação fiscal elaborada por outro Auditor Fiscal, que identifica, ratificando-a em seu conteúdo, conforme:

Com o advento da Lei nº 6.538/78, a ECT foi autorizada a explorar outros serviços, modificando a atribuição originalmente proposta pelo Decreto-Lei nº 509. Diz que a empresa passou a colocar à disposição do público, outros serviços, concorrendo com outras entidades prestadoras de serviços à coletividade. Frisa que foi atendido ao disposto no Protocolo ICM 23/88, pois o Termo de Apreensão foi lavrado em três vias, porém o autuado recusou-se a assinar no campo relativo ao detentor das mercadorias apreendidas. Em consequência da recusa, o Termo foi assinado por duas testemunhas e os volumes apreendidos foram transportados para o depósito de IFMT/METRO. Explica que, das três vias, a segunda foi entregue ao autuado, a primeira e a terceira ficaram em poder do fisco, uma acompanhando a mercadoria e outra para ser entregue ao destinatário quando comparecesse à Repartição Fiscal.

De acordo com decisão do STF, o artigo 12 do Decreto-Lei nº 509/69 é incompatível com os textos constitucionais de 1967, 1969 e 1988. Assim, a ECT sujeita-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações tributárias, não gozando de nenhum privilégio fiscal que não seja extensivo às entidades privadas. Ressalta que a ECT vem desempenhando atividades econômicas típicas de entidades de natureza jurídica privada, tais como: vendas de carnês, de títulos de capitalização, de mercadorias em lojas virtuais, arrecadação de contas de outras entidades e franqueando novos estabelecimentos.

Ressalta também que o lançamento foi efetuado em nome da ECT por responsabilidade solidária, prevista no art. 6º, III, “d”, da Lei nº 7.014/96. Diz que, quando a legislação aponta qualquer pessoa física ou jurídica como responsável pelo pagamento do imposto, ela não exclui as empresas públicas. Afirma que o transporte e a entrega de valores e encomendas não estão compreendidos no regime de monopólio e podem ser prestados por empresas transportadoras particulares, porém as mercadorias devem estar acompanhadas de documentação fiscal idônea.

Diz que a mercadoria encontrada em situação irregular, sem comprovação de sua origem ou destino, está sujeita à cobrança antecipada do ICMS, sem necessidade da constatação de transferência de titularidade, posse ou propriedade da mesma para estar configurada a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal. Cita artigos do CTN e da Lei nº 7.014/96 para embasar sua alegação.

O auditor fiscal salienta que “em nenhum momento o agente tributante quis incluir na hipótese de incidência o serviço de transporte postal”. Ressalta que o artigo 8º, IV, do RICMS-BA/97, exclui da hipótese de incidência do ICMS o serviço de transporte postal executado pela ECT. Contudo, o que existe, à luz da legislação tributária estadual, é a vinculação solidária da ECT na operação de circulação de mercadoria encontrada em seu estabelecimento desacompanhada da devida documentação fiscal idônea.

Afirma o auditor fiscal que a ECT não goza de imunidade tributária porque o § 2º do artigo 150 da Constituição Federal não estendeu a vedação do inciso VI às empresas públicas, tornando imunes apenas as autarquias e as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público. Salienta que o § 3º do mesmo artigo confirma a exclusão da imunidade da ECT, pois ela tem natureza jurídica de Direito Privado e explora atividade econômica em que há pagamento de tarifas pela utilização dos seus serviços.

Ao final da informação fiscal, o auditor diz que a autuação obedeceu aos ditames da legislação tributária estadual, transcreve artigos do RICMS-BA/97 e pede a procedência do lançamento.

VOTO

Inicialmente, ressalto 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 meu entendimento o presente Auto de Infração foi lavrado de forma clara, ensejando a perfeita compreensão da ocorrência. O Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos foi lavrado em três vias, porém o autuado se recusou a assina-lo. Entendo ainda que não houve descumprimento do Protocolo ICM 23/88. Contudo, mesmo que não tivesse sido observado o citado Protocolo, tal fato não ensejaria a nulidade do lançamento como sugere o autuado, uma vez que o citado Termo serviu para embasar o lançamento e permitiu que o autuado conhecesse a acusação e exercesse o seu direito de ampla defesa.

Dos documentos acostados ao PAF pelo autuante, verifica-se que o Auto de Infração foi lavrado por ter sido encontrado, em agência do autuado, um volume, contendo 100 capas para telefone celular, remetidas através do SEDEX nº 31890488-3, desacobertadas de documentação fiscal, tendo o preposto fiscal entendido 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.

O autuado desenvolveu sua argumentação inicialmente alegando que não pode ser apontado como sujeito passivo da relação tributária porque goza da imunidade prevista no artigo 150, inciso VI, da Constituição Federal de 1988.

O autuado é uma empresa pública e, após a Constituição Federal de 1988, em relação às suas obrigações tributárias, está sujeito às mesmas regras que regem as empresas privadas. Dessa forma, considero que o contribuinte não está enquadrado nas hipóteses de imunidade previstas no artigo 150 da Constituição Federal de 1988.

O lançamento em lide não deixa dúvida que a presente autuação exige o ICMS do autuado, por responsabilidade solidária, pelo fato de a encomenda, remetida via SEDEX, estar sendo transportada sem a necessária documentação fiscal, razão de não procederem as alegações defensivas de que o serviço prestado pela ECT não se confunde com o serviço de transporte de carga. Assim, mesmo não sendo o autuado um transportador, está obrigado ao pagamento do imposto com os acréscimos devidos, em razão de responsabilidade solidária, pois passível de enquadramento 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:

.....

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 o conteúdo da encomenda constato que deve ser considerada mercadoria porque, pela quantidade, fica caracterizada sua destinação à comercialização, não se caracterizando como *pequena encomenda*, nem se pode admitir que tais quantidades de mercadorias eram destinadas ao consumo pessoal.

Por tudo quanto foi exposto, entendo que foi correto o procedimento do autuante e que é devido o valor cobrado na autuação.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

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 9029249/01, lavrado contra EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 308,04, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “b”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de agosto de 2002.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ANSELMO LEITE BRUM – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR