

A. I. Nº - 09184767/02
AUTUADO - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS
AUTUANTE - LUIZ OTÁVIO LOPES
ORIGEM - IFMT - DAT/ METRO
INTERNET - 14. 10. 2003

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0397-04/03

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. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 31/07/02 pela fiscalização do trânsito de mercadorias, exige ICMS no valor de R\$ 426,70, referente a operação com mercadorias efetuada sem documentação fiscal, conforme Termo de Apreensão lavrado e acostado à fl. 2.

Conforme avisos de recebimentos (AR), às fls. 9 e 10, a intimação para pagamento ou para apresentação de defesa ao presente lançamento foi enviada para o autuado e para o destinatário das mercadorias objeto da autuação, Sra. Ângela Maria Magarão Jorge.

Em 16/09/02, a Sra. Ângela Maria Magarão Jorge apresentou o requerimento de fl. 13, alegando que as mercadorias foram remetidas sem nota fiscal porque eram procedentes de uma feira de artesanato. Diz que a base de cálculo do imposto não corresponde aos reais valores das mercadorias, como demonstram as notas fiscais de mercadorias similares anexadas às fls. 15 e 16. Diz que dentro da caixa que continha as mercadorias existem pequenas notas com os valores reais das mercadorias, conforme demonstrativo que apresenta, onde foi apurada uma base de cálculo no valor de R\$ 873,00, que à alíquota de 17% gera o ICMS de R\$ 148,41, valor que reconhece como devido. À fl. 19 está anexada cópia do DAE no valor reconhecido.

De acordo com o comunicado de fl. 20, a Sra. Ângela Maria Magarão Jorge foi informada que não podia postular no presente processo por falta de legitimidade passiva, contudo lhe foi concedido o prazo de 10 dias para que ela apresentasse autorização do autuado para tanto.

Tempestivamente, o autuado apresentou a defesa ao presente Auto de Infração (fls. 22 a 37) 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 de 1988. 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 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. Diz que as correspondências, valores e encomendas são 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 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. Ademais, não pode ter seus serviços onerados por tributos, uma vez que presta serviços de competência exclusiva da União.

Assevera que a atividade por ele desenvolvida não pode ser confundida com o serviço de transporte executado por particulares, já que existem regras rígidas, ditadas pela lei, que delimitam 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 garantidos pela União. Assim, 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 o 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 há incidência do ICMS sobre o serviço postal, pois 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 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.

Conforme o documento de fl. 41, em 17 de outubro de 2002, a Empresa Brasileira de Correio e Telégrafos autorizou a Sra. Ângela Maria Magarão Jorge, destinatária das mercadorias apreendidas, a apresentar defesa ao Auto de Infração em lide.

Na informação fiscal, fls. 42 e 43, o autuante se manifestou sobre o requerimento apresentado pela senhora Ângela Maria Margarão Jorge, conforme relatado a seguir.

Afirma que as mercadorias, mesmo sendo procedentes de uma feira de artesanato, devem sempre transitar acompanhadas da documentação fiscal prevista, especialmente quando se trata de uma operação interestadual.

Quanto à apuração da base de cálculo, explica que, ao abrir o volume na presença dos demais funcionários, contatou que dentro dele não havia qualquer papel, nota ou etiqueta que informasse o preço das mercadorias. Em consequência, realizou uma pesquisa de preços no Mercado Modelo, onde encontrou as mesmas mercadorias a preços mais acessíveis. Ressalta que, na autuação, os preços dos brincos e colares de pedra foram de, respectivamente, R\$ 45,00 e R\$ 30,00, conforme declaração da empresa Água Marinha (fl. 6). Diz que os preços dessas duas mercadorias apresentados pela senhora Ângela Maria eram referentes a produtos cuja qualidade não correspondia a dos apreendidos, como prova dessa alegação, apresentou as Notas Fiscais de nºs 120 e 125 (fls. 44 e 45). Frisa que a referida senhora não explicou os preços utilizados na apuração do imposto e também não agregou a MVA ao valor das mercadorias. Ao final, solicita a procedência do Auto de Infração.

Às fls. 46 a 56, prestou informação fiscal rebatendo as alegações defensivas apresentadas pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, conforme relatado a seguir.

Afirma que, 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 509/69. Aduz que o autuado passou a colocar à disposição do público outros serviços, concorrendo com outras entidades prestadoras de serviços à coletividade.

Frisa que atendeu ao disposto no Protocolo ICM 23/88, pois o Termo de Apreensão foi lavrado em três vias e o volume apreendido foi transportado 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.

Informa que 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 que o lançamento em lide 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.

O autuante 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 configurar 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. Aduz que 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 autuante 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.

Conforme documentos às fls. 57 e 58, a senhora Ângela Maria Magarão Jorge recebeu cópia da informação fiscal e dos documentos acostados aos autos pelo autuante, tendo sido concedido o prazo de lei para manifestação. Todavia, a referida senhora não se manifestou.

O processo foi incluído em pauta suplementar, e a 4ª JJF decidiu convertê-lo em diligência para que a IFMT-DAT/METRO intimasse o autuado a atender as solicitações de fl. 61. O autuado foi cientificado da solicitação deste CONSEF, porém não se pronunciou.

VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado contra a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), por responsabilidade solidária, em razão do transporte de mercadorias desacompanhadas da devida documentação e destinadas a senhora Ângela Maria Maragão Jorge.

De acordo com o artigo 4º do RPAF/99, tem legitimidade para postular no processo administrativo fiscal todo aquele a quem a lei atribua responsabilidade pelo pagamento do crédito tributário. No caso em lide, o imposto foi cobrado por responsabilidade solidária, nos termos do art. 39, I, “d”, do RICMS-BA/97, portanto, o crédito tributário podia ser exigido da ECT ou do destinatário das mercadorias ou de ambos, não havendo benefício de ordem. Assim, acolho a defesa interposta pela destinatária das mercadorias. Ademais, o Gerente de Atividades Externas da ECT, conforme documento à fl. 41, autorizou a destinatária das mercadorias a apresentar defesa ao presente lançamento, fato que vem corroborar o meu posicionamento.

Analizando a defesa interposta pela destinatária das mercadorias, constato que a senhora Ângela Maria Maragão Jorge alega que as mercadorias apreendidas eram procedentes de uma feira de artesanato e, portanto, estavam desacompanhadas de documentação fiscal. Essa alegação defensiva é um reconhecimento expresso da irregularidade cometida e não elide a acusação, pois,

mesmo procedendo de uma feira de artesanato, era obrigatório que as mercadorias estivessem acompanhadas de documentação fiscal que comprovasse a regularidade das mesmas.

Uma vez caracterizada a irregularidade, resta analisar a questão da base de cálculo do imposto. Em sua defesa, a destinatária diz que os preços utilizados pelo autuante não correspondem aos efetivos valores das mercadorias. A fl. 13, apresenta um demonstrativo da apuração da base de cálculo do imposto que entende ser o devido. Também acosta aos autos (fls. 15 e 16) as Notas Fiscais n^{os} 741 e 65, para comprovar o preço da mercadoria “Colar de Pedra Jaqueline”.

A argumentação defensiva sobre a apuração da base de cálculo do imposto não pode ser acatada, pois não há nos autos comprovação de todos os preços utilizados no demonstrativo de fl. 13. Além disso, o autuante anexou ao processo as Notas Fiscais n^{os} 125 e 120, demonstrando que as notas fiscais acostadas pela destinatária das mercadorias eram referentes a produtos de qualidade diversa dos apreendidos. Quanto às alegadas “pequenas notas com os valores reais das mercadorias” existentes no interior da caixa que continha as mercadorias, esse fato não restou comprovado nos autos.

Em face do comentado acima, entendo que os preços coletados pelo autuante na pesquisa de fl. 6 são os corretos e foram apurados de acordo com a legislação tributária estadual. Do mesmo modo, considero que o ICMS exigido na autuação, no valor de R\$ 426,70, está correto, não merecendo nenhum reparo.

Com base nos princípios da ampla defesa, da busca da verdade material e do informalismo, previstos no art. 2º do RPAF/99, passo a analisar a defesa de fls. 22 a 37, interposta pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

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.

A descrição dos fatos, no Auto de Infração em lide, é clara e enseja a perfeita compreensão da ocorrência. O Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos foi lavrado em três vias, não havendo 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 requer 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.

Da análise dos documentos acostados ao PAF, verifica-se que o Auto de Infração foi lavrado por terem sido encontradas desacompanhadas de documentação fiscal, na agência do autuado (Empresa de Correios e Telégrafos – ECT), as mercadorias relacionadas no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 107478 e remetidas através do SEDEX nº 099266409 BR.

O autuante entendeu que os objetos apreendidos tratavam-se de 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. Esse meu posicionamento está fundamentado no fato de 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 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. Assim, não têm cabimento as alegações defensivas que versam sobre o fato 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 relação das mercadorias apreendidas, entendo que, pela quantidade e características, são efetivamente mercadorias e se destinavam à comercialização. Fere o bom senso admitir que as mercadorias eram destinadas ao consumo pessoal do adquirente.

Por tudo quanto foi exposto, entendo que foi correto o procedimento do autuante, sendo 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 09184767/02, lavrado contra EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 426,70, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “a”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais, homologando-se os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de outubro de 2003.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR