

A. I. Nº - 299166.0304/08-4
AUTUADO - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS
AUTUANTE - WALTER LÚCIO CARDOSO DE FREITAS
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 16/12/2008

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0370-03/08

EMENTA. ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS RELATIVO A MERCADORIA ACEITA PARA ENTREGA SEM A CORRESPONDENTE NOTA FISCAL. EMPRESA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. 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, mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 15/07/08, no trânsito de mercadorias, exige o ICMS no valor de R\$1.505,76, acrescido da multa de 100 %, referente ao transporte da mercadoria – trinta e cinco pedras lapidadas para jóias e cento e vinte e oito pedras de variados tipos, sem documentação fiscal e através do SEDEX SQ388500109BR, conforme encontra-se consignado no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos, nº 149355, lavrado em 11/07/08 e acostado à fl. 03.

Em sua defesa, fls. 13 a 40, o autuado, através de seus advogados, transcreve, inicialmente, alguns dos dispositivos do Prot. ICM 23/88 e suscita como preliminares de nulidade do lançamento que:

- a) não foram cumpridas as Cláusulas 1^a, 2^a e 5^a, § Único do mencionado Protocolo;
- b) sendo a ECT - 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 transportador;
- c) goza de imunidade tributária, de acordo com o estabelecido no artigo 150, VI, “a”, da CF/88.
- d) Cita o entendimento de diversos juristas a respeito do conceito de empresa pública.

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

Afirma que os serviços de recebimento, expedição, transporte e entrega de valores e encomendas, exercidos pela União através dele, por força do estabelecido no artigo 9º da Lei nº 6.538/78, não estão compreendidos no regime de monopólio, podendo ser prestados também por particulares. Mesmo assim, assevera entender que o fato de não serem exclusivos, não lhes suprime o caráter de serviço público, tendo em vista o disposto no artigo 7º, § 3º da citada Lei. Argumenta, ainda, que as correspondências, valores e encomendas são objetos postais e não, mercadorias.

Enfatiza que o DL 509/69 e a Lei nº 6.538/78 foram recepcionados pela CF/88, o que é corroborado pela alteração feita em seu artigo 173 pela EC 19/98. Transcreve trechos de parecer do jurista Celso Ribeiro de Bastos, para corroborar com seu entendimento de que goza de imunidade

tributária, não podendo ter seu patrimônio diminuído por qualquer tipo de imposto e seus serviços onerados tributariamente, por ser patrimônio de competência da União.

Defende o posicionamento de 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. Observa que 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. Por isso, assevera que 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 podendo ser confundido com o serviço de transporte, já que esse é apenas uma atividade-meio sem a qual seria impossível cumprir a sua finalidade legal, qual seja, prestar serviço postal a toda a coletividade.

Acrescenta, 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.

Conclui 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 do imposto e 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”.

A autuante, em sua informação fiscal fls. 55 a 69, sustenta a autuação argumentando o seguinte:

1. depois da entrada em vigor da Lei nº 6.538/78 a Empresa de Correios e Telégrafos (ECT) entrou no mercado e concorre com outras entidades prestadoras de serviços privados;
2. cumpriu as regras do Prot. ICM 23/88, uma vez que, constatada a irregularidade apontada no lançamento, foi lavrado Termo de Apreensão, em três vias, sendo oferecido e entregue ao representante do autuado para assinatura, a 2^a via. A 1^a e 3^a vias ficaram em poder do fisco, sendo que uma acompanhou as mercadorias até o depósito da SEFAZ, e a outra anexada ao processo.
3. a lavratura do Auto de Infração tem como objetivo exigir o ICMS, por responsabilidade solidária, em razão do disposto no artigo 39, inciso V, do RICMS-BA/97 que determina que “são solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, 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”;
4. a conceituação de mercadoria no âmbito do ICMS é estabelecida pelo § 2º do artigo 2º da Lei nº 7.014/96 e engloba qualquer bem móvel capaz de circular economicamente;
5. cita acórdãos promulgados, bem como recursos julgados pelo TST e STF, que consideram a não recepção do Decreto-Lei nº 509/69 pela CF/88 e a sujeição da ECT às regras do art. 173 da CF/88;
6. enfatiza que de acordo com o teor do art. 150, §§ 2º e 3º da CF/88, é vedado à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, de instituir impostos sobre o patrimônio, a renda e o serviço, uns dos outros, somente é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, entretanto não é o que se afigura no presente caso (empresa pública, com natureza jurídica de Direito Privado);

7. manifesta seu entendimento de que ficou demonstrado no procedimento fiscal realizado, o cumprimento dos limites da legislação de regência do ICMS.

Por fim, ressalta a jurisprudência atualmente predominante no CONSEF, pede a procedência do Auto de Infração.

Intimado para tomar ciência da informação prestada pelo autuante, fls. 72 e 73, o impugnante se manifesta às fls. 75 a 80, reiterando todos os argumentos aduzido na defesa e renovando seu pedido de improcedência do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, em relação aos argumentos de nulidades suscitados, verifico que referente ao primeiro argumento de que não foram observadas as determinações contidas no Protocolo ICM 23/88, não pode ser acatada, tendo em vista que foi juntada à fl. 03, a primeira via do Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos, a qual foi assinada pelo representante legal do autuado, o que comprova a regularidade do procedimento fiscal.

Relativamente ao segundo argumento de que a EBCT é empresa pública da administração indireta Federal e 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 transportador, também não pode ser acatada, em virtude de que o serviço prestado pela EBCT de transporte de encomendas, se equipara aos serviços prestados pelas transportadoras rodoviárias, ferroviárias, aerooviárias e aquaviárias, não podendo ser confundido com as atividades correlatas do serviço postal (telegrama, correspondências, etc.). Logo, ao transportar mercadorias, a ECT assume a condição de sujeito passivo responsável solidário (art. 121, II, do CTN), e nesta condição deve exigir do remetente o documento fiscal para acobertar as mercadorias que transportar, caso contrário, assume a responsabilidade pelo pagamento do ICMS.

Quanto ao argumento de que goza de imunidade tributária, de acordo com o estatuído no artigo 150, inciso VI, alínea “a”, da Constituição Federal de 1988, também não pode ser acatado, haja vista que a imunidade invocada pelo autuado, se aplica às mercadorias e serviços exclusivamente vinculados a suas atividades essenciais e não às mercadorias e serviços que o autuado transporta, mediante pagamento por este serviço.

Além do mais, verifico que o autuado compreendeu e se defendeu do que foi acusado, sendo possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito, o que não acarreta a nulidade do lançamento, conforme disposto no art. 18, § 1º do RPAF-BA/99, e este órgão julgador não tem competência para apreciar a constitucionalidade da legislação tributária estadual, a teor do art. 167, I, do RPAF-BA/99.

No tocante ao mérito, verifico que o Auto de Infração foi lavrado por ter sido encontrada, no estabelecimento do autuado (EBCT), uma encomenda composta de trinta e cinco pedras lapidadas para jóias e cento e vinte e oito pedras de variados tipos, remetidas pelo SEDEX nº SQ388500109BR, desacompanhadas de documentação fiscal, conforme Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 149355, fl. 03, juntado pela autuante.

Em razão do disposto no artigo 39, inciso I, alínea “d”, do RICMS-BA/97, o preposto fiscal entendeu que:

1. tratava-se mercadorias;
2. o autuado se equiparava a um transportador e, portanto, respondia solidariamente pelo pagamento do ICMS incidente sobre a operação.

A defesa aduz inicialmente alegando que o autuado não pode ser apontado como sujeito passivo da relação tributária porque goza da imunidade prevista no artigo 150, VI, da CF/88.

Da análise dos dispositivos constitucionais concernentes à questão, ou seja, o art. 150 da CF/88, o Decreto-Lei nº 509/69 e a Lei nº 6.538/78, que disciplina a prestação de serviço postal, emergem as seguintes constatações:

1. O DL nº 509/69 transformou o antigo Departamento dos Correios e Telégrafos (DCT) em empresa pública, vinculada ao Ministério das Comunicações, com a denominação de EBCT, o que foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988;
2. no entanto, ao contrário do que alega o autuado, entendo que a imunidade tributária de que gozava a ECT, por força do Decreto-Lei nº 509/69, não foi recepcionada pela Carta Magna de 1988, pois tal privilégio contrariava frontalmente o disposto dos artigos 150, § 3º e 173, § 2º de nossa Carta Maior.

Entendo que, sendo o autuado empresa pública, após a CF/88, está sujeito às mesmas regras das empresas privadas, tanto em relação ao regime jurídico em que deve ser constituído, quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, podendo, inclusive, ser objeto de fiscalização pelo Estado. Por isso, considero que o contribuinte não está enquadrado nas hipóteses de imunidade previstas no artigo 150 da CF/88.

Observo ainda que o fato de ter sido decidido pelo STF, o direito ao autuado à “execução de seus débitos trabalhistas pelo regime de precatórios por se tratar de Entidade que presta serviço público”, não significa que possui imunidade tributária. A decisão judicial apenas reafirma o caráter público dos serviços prestados pelo contribuinte, fato amplamente reconhecido, mas que não lhe retira o dever de pagar os tributos porventura devidos.

Emerge-se ainda o questionamento, se a atividade exercida pelo autuado – serviço postal na modalidade encomenda - pode ser entendida como um serviço de transporte e, como tal, se constitui em fato gerador do ICMS. Acorde decisões trazidas aos autos pelo contribuinte, a Justiça Federal já se manifestou à respeito, em várias oportunidades, entendendo que não há a relação jurídico-tributária que embase a exigência de ICMS sobre a prestação de serviços postais, pois tal atividade não pode ser confundida com o serviço de transporte de cargas.

O Estado do Paraná também já se pronunciou sobre a matéria, através de seu Setor Consultivo e do Conselho de Contribuintes, decidindo que os serviços postais, prestados pela EBCT, não se confundem com serviços de transporte de cargas, estando, portanto, fora da incidência do ICMS.

Contudo, apesar de toda a argumentação do autuado se fundamentar no fato de que não se pode exigir o ICMS sobre os serviços que presta, porque eles não se confundem com o serviço de transporte de cargas, no presente Auto de Infração não se está a exigir o imposto estadual sobre tais serviços postais. Eis que, de fato, este lançamento cobra o ICMS do autuado, por responsabilidade solidária, pelo fato de a encomenda, remetida via SEDEX, estar sendo transportada sem a competente documentação fiscal.

O RICMS-BA/97, nos casos de responsabilidade por solidariedade, se expressa nos seguintes termos:

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. (grifos não originais)

Assim, constata-se que, mesmo que o autuado não seja considerado transportador, estaria igualmente obrigado ao pagamento do imposto com os acréscimos devidos, em razão de

responsabilidade solidária, porque enquadrado no inciso V do artigo 39, do RICMS-BA/97, acima transcrita.

É oportuno lembrar que, no momento da postagem da encomenda, o autuado tem o direito legal de verificar o seu conteúdo e adotar as medidas legais cabíveis, caso não corresponda a nota fiscal.

Reمانesce apenas a necessidade de se examinar a natureza do conteúdo da encomenda, ou seja, a imprescindível constatação de a encomenda pode, ou não, ser considerada mercadoria. Como mencionado anteriormente, foram apreendidas pela Fiscalização, de trinta e cinco pedras lapidadas para jóias e cento e vinte e oito pedras de variados tipos, conforme Termo de Apreensão nº 149355, fl. 03. Entendo que, pela quantidade e características, tais produtos devem ser considerados mercadorias para comercialização.

Ressalto ainda que, conforme teor expresso, pelo § 2º do artigo 173, da Constituição da República, como citado anteriormente, “as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado”, sob pena de asfixarem de tal forma seus concorrentes, que se criaria um ambiente desleal, contrário à ordem econômica vigente.

No que tange aos protocolos assinados pela ECT, ressalto que, na data da autuação, estava em vigor o Protocolo ICMS 32/01, que apenas estabeleceu normas de controle de fiscalização relacionada com o transporte de mercadorias efetuado pelo autuado, em nenhum momento dispensando a ECT de ser responsabilizada pelo pagamento do tributo porventura devido em razão das ações fiscais ali desenvolvidas.

Com base no aludido Protocolo tornou-se necessário ao exercício da fiscalização do imposto estadual, em razão das atividades peculiares desenvolvidas pela ECT, com a previsão, na Constituição Federal, da vedação à quebra do sigilo da correspondência.

Quanto à base de cálculo do lançamento fiscal, embora não tenha sido contestada pelo defensor, consta no processo, à fl. 04 a 06, documentos intitulados “Quadro Demonstrativo de Apuração de Preços de Venda de Mercadorias Vinculadas ao Termo nº 149355” e “Memória de Cálculo”, documentos nos quais constam a obtenção dos preços médios unitários de vendas ao consumidor e a demonstração do cálculo do imposto a partir da base cálculo.

De tudo exposto, voto 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 299166.0304/08-4, lavrado contra a **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.505,76**, acrescido da multa de 100%, prevista na alínea “a” do inciso IV do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de dezembro de 2008.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – JULGADORA