

A. I. N° - 108491.0031/09-2
AUTUADO - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS
AUTUANTE - AILDETE PORTO SEROES
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 25.11.2010

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0369-04/10

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS RELATIVO À 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 às preliminares de nulidades. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 30/11/09, no trânsito de mercadorias, exige o ICMS no valor de R\$308,29, acrescido da multa de 100%, referente ao transporte de mercadorias sem documentação fiscal, conforme Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos acostado à fl. 3.

Em sua defesa (fls. 11 a 37), o autuado, suscita a nulidade da autuação, sob o argumento de que a Cláusula Segunda, §1º estabelece que a lavratura do Termo de Apreensão deve ser feita em “nome da transportadora em sentido amplo como do Contribuinte”.

Suscita também a nulidade sob alegação de ilegitimidade passiva, por entender que após a apreensão das mercadorias se o destinatário poderia ter providenciado o pagamento do imposto, acarretando o arquivamento do Auto de Infração, o que ocorreu em relação à informação fiscal 121404 de 20/12/00. Afirma que as regras previstas no Protocolo 23/88 se coadunam com o art. 11 da Lei nº 6.358/78 que prevê que “os objetos postais pertencem ao remetente até a sua entrega a quem de direito”, sendo sujeitos ativos no seu entendimento o remetente e o destinatário, a quem cabe responsabilidade tributária.

Suscita ainda nulidade, sob argumento de que o serviço postal não é serviço de transporte nos termos dos artigos 7º e 9º da Lei Postal (6.538/78).

No mérito, alega não ser responsável solidário do ICMS, por se encontrar amparado pela imunidade recíproca (art. 150, VI, “a” da CF/88), que veda a instituição de impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços, conforme decisão contida no Acórdão 235677/MG do STF, que decidiu que a CF/88 recepcionou o DL. 509/69, estendendo a EBCT os privilégios conferidos à Fazenda Pública.

Diz que tendo sido corroborado pela alteração feita no art. 173 da EC 19/98, não pode ter seu patrimônio diminuído por qualquer tipo de imposto e seus serviços (por ser patrimônio de competência da União), concluindo que goza de imunidade tributária.

Transcreve cláusulas do Prot. ICM 23/88 e suscita como preliminares de nulidade do lançamento que:

1. não foram cumpridas as Cláusulas 1ª, 2ª e 5ª, § Único do mencionado Protocolo;
2. sendo a ECT Empresa Pública da Administração Indireta Federal não pode ser igualada a transportadores particulares, pois o serviço postal não é transporte e. por conseguinte. não é transportador (ilegítimo passivo);
3. goza de imunidade tributária, de acordo com o estatuído no art. 150, VI, “a” da CF/88.

4. Cita o entendimento de diversos juristas a respeito do conceito de empresa pública.

Argumenta que cabe exclusivamente à União legislar sobre o serviço postal: recebimento, expedição, transporte e entrega de objetos de correspondência, valores e encomendas (art. 7º e 9º da Lei nº 6.538/78), não estão compreendidos no regime de monopólio, podendo ser prestados também por particulares. Entende que o fato de não serem exclusivos, não lhes retira o caráter de serviço público e que as correspondências, valores e encomendas são objetos postais e não, mercadorias.

Advoga a tese de que a atividade desenvolvida não pode ser confundida com o serviço de transporte executado por particulares, já que existem regras ditadas pela lei que delimitam seu campo de atuação. Salienta que o serviço postal é mais complexo que o simples transporte, já que oferece segurança, inviolabilidade do objeto postal, universalidade e confiabilidade garantida pela União. Dessa forma, o serviço de SEDEX, reembolso postal e encomenda normal, incute, em seu conceito, a realização de transporte, o que acontece também com 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 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 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”. Requer a nulidade e se ultrapassada a improcedência da autuação.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 50/52) sustenta que as alegações apresentadas não encontram base legal para serem levadas em consideração.

Afirma que a ECT é responsável tributário pelas encomendas que transporta desacompanhadas de documentação fiscal nos termos do art. 39 do RICMS/97.

Ressalta que o autuado desconhece a legislação tributária, tendo em vista que o art. 36 do RICMS/BA estabelece que é contribuinte qualquer pessoa física ou jurídica que realize com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadorias, bem como a EBCT é uma empresa pública que se enquadra nessa situação, portanto, sujeito passivo da obrigação tributária.

Quanto à invocação do Protocolo 23/88, afirma que vigora no momento o Prot. ICMS 32/01 o qual foi respeitado pela fiscalização em relação aos procedimentos adotados na fiscalização relativa ao serviço de transporte, mercadorias e bens transportados pela EBCT.

Destaca que a Cláusula 3ª do citado Protocolo estabelece que além do cumprimento das demais obrigações tributárias previstas na legislação do ICMS para os transportadores de cargas, deve ser exigido que as mercadorias sejam acompanhadas de nota fiscal, manifesto de carga e conhecimento de transporte de cargas, além das normas específicas para a ECT prevista no art. 410-A do RICMS/BA.

Argumenta que a lavratura do Auto de Infração ocorreu em razão de transporte de mercadorias desacompanhadas de nota fiscal, infringindo o RICMS/BA, e não a inconstitucionalidade ou conclusões do Supremo Tribunal Federal co

Por fim, diz que não acata as ponderações defensivas e requer a procedência do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, em relação aos argumentos de nulidades suscitados, verifico que no que se refere ao primeiro argumento de que não foram observadas as determinações contidas no Prot. ICM 23/88, não pode ser acatada, tendo em vista que foi juntada à fl. 3, 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 argumento de que a EBCT é ilegítimo passivo não pode ser acatada a alegação de que o imposto deve ser exigido do remetente ou destinatário, tendo em vista que em virtude do serviço prestado de transporte de encomendas, se equipara aos serviços prestados pelas transportadoras rodoviárias, ferroviárias, aeroviárias e aquaviárias, não podendo ser confundido com as atividades correlatas do serviço postal (telegrama, correspondências, etc.). Logo, ao transportar mercadorias, 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 terceiro argumento de que o serviço postal não é serviço de transporte e que goza de imunidade tributária, observo que de acordo com o estatuído no artigo 150, VI, “a”, da CF/88, 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, e este órgão julgador não tem competência para apreciar a inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, a teor do art. 167, I, do RPAF/99.

No mérito, verifico que o Auto de Infração foi lavrado por ter sido encontrada, no estabelecimento do autuado (EBCT), uma encomenda composta de 13 (treze) frascos com 120 comprimidos cada de Cogumelo do Sol e mais um frasco com 15 (quinze) comprimidos de Amostra Gratis, desacompanhada de documentação fiscal, remetida através de SEDEX, conforme Termo de Apreensão juntado à fl. 3.

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, VI, da CF/88.

Da análise dos dispositivos constitucionais concernentes à questão (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, verifico que 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, 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.

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

Quanto à atividade exercida pelo autuado – serviço postal na modalidade encomenda - conforme decisões trazidas aos autos pelo contribuinte, a Justiça Federal já várias oportunidades, entendendo que não há a relação jurídico-trib

de ICMS sobre a prestação de serviços postais, pois tal atividade não pode ser confundida com o serviço de transporte de cargas. Todavia, embora toda a argumentação defensiva se fundamente no fato da não exigência do ICMS sobre os serviços postais, no presente Auto de Infração não se está a exigir o imposto estadual sobre tais serviços postais e sim sobre o ICMS, por responsabilidade solidária, pelo fato de a encomenda, remetida via SEDEX, estar sendo transportada sem documentação fiscal.

O art. 39 do RICMS/97 define com solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos, os transportadores em relação às mercadorias que aceitarem para transporte ou que conduzirem sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou acompanhadas de documentação fiscal inidônea ou simples entrega desacompanhadas da documentação fiscal exigível. Portanto, mesmo que o autuado não seja considerado transportador, está igualmente obrigado ao pagamento do imposto com os acréscimos devidos, em razão de responsabilidade solidária.

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 à nota fiscal e na situação presente as mercadorias transportadas sem documentação fiscal denotam intuito comercial.

Como o autuado não adentrou o mérito da autuação, entendo que está correto o valor exigido, mesmo porque é inadmissível, à luz do Princípio Constitucional da Isonomia, que se dê tratamento privilegiado ao autuado em detrimento de outros contribuintes que com ele competem no mercado.

O art. 173, § 2º CF/88, estabelece que “as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado”, sob pena de asfixiarem de tal forma seus concorrentes que se criaria um ambiente desleal, contrário a qualquer sistema capitalista.

Quanto ao Protocolo ICM 23/88, firmado quando ainda vigia o ICM, apenas estabelece normas de controle de fiscalização relacionada com o transporte de mercadorias efetuado pelo autuado, em nenhum momento dispensando a EBCT de ser responsabilizada pelo pagamento do tributo, porventura devido em razão das ações fiscais ali desenvolvidas. Semelhantes procedimentos a serem adotados pela fiscalização foram repetidos no Protocolo ICMS 32/01, publicado no DOU de 04.10.01.

Por outro lado, o Prot. ICMS 15/95, firmado pelas unidades federadas para “implementar rotinas de controle e fiscalização das remessas postais com vistas à verificação do cumprimento da obrigação de pagamento do ICMS nas operações de mercadorias”, inclusive nas importações sob o regime de Tributação Simplificada, tornou-se necessário ao exercício da fiscalização, em razão das atividades peculiares desenvolvidas pela EBCT, com a previsão, na CF/88, da vedação à quebra do sigilo da correspondência, não sendo dispensado o autuado do pagamento do imposto devido e previsto nas hipóteses legais. Ao contrário, determina, em sua Cláusula quinta que “constatado que mercadorias ou bens contidos em remessas postais internacionais sem exigência do comprovante do ICMS, ou sendo o caso, da Declaração de Desoneração do ICMS na Entrada de Mercadoria Estrangeira, serão adotados contra a ECT os procedimentos fiscais previstos na legislação de cada unidade federada”, não podendo ser diferente o tratamento dispensado ao autuado nas remessas internas de mercadorias.

Observo ainda, que com relação à alegação de que o ICMS ora exigido poderia ser pago pelo remetente ou destinatário, verifico que mesmo que o Auto de Infração tenha sido lavrado contra o transportador na condição de responsável solidário, nada impede que o remetente ou destinatário promova a quitação do débito, extinguindo-se o processo.

De tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **108491.0031/09-2**, lavrado contra a **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$308,29**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de novembro de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

FERNANDO A. BRITO DE ARAÚJO – JULGADOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR