

A. I. Nº - 225414.0056/10-9
AUTUADO - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
AUTUANTE - ANTONINA XAVIER GOMES DA SILVA
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET 20.06.2011

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0142-05/11

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CORREIOS E TELÉGRAFOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS RELATIVO A MERCADORIA ACEITA PARA ENTREGA SEM A CORRESPONDENTE NOTA FISCAL. É solidariamente responsável pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais, devidos pelo contribuinte de direito, qualquer pessoa física ou jurídica, em relação à mercadoria que detiver para comercialização ou simples entrega desacompanhada da documentação fiscal exigível ou com documentação fiscal inidônea. Não acolhidas as arguições de nulidade. Exigência subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, em epígrafe, exige o ICMS no valor de R\$ 3.556,91, acrescido da multa de 100%, em razão do transporte de mercadorias sem documentação fiscal, conforme Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos à fl. 4 dos autos. Foi consignada no campo “Descrição dos Fatos” a seguinte irregularidade:

“Mercadorias (confeções feminina e infantil), oriundas do Estado do Rio de Janeiro, sendo transportada sem documentação fiscal, destinada a ANA LÚCIA REGO (VIA TERRA) Av. Professor Magalhães Neto, nº 1450 – Edif. Millenium sala 307- Pituba – SSA-BA CEP 41.810.0102 Remetente – Rogério Pires Machado (Via Terra) Rua Tenente Francisco Antônio nº 237- Paraty – Rio de Janeiro – RJ CEP 23970000. Obs: Encontrado dentro do volume uma relação contendo descrição e preços das confeções infantis, 02 papéis com discriminação de conteúdos, os quais não condiz com a quantidade e valor encontrado nas etiquetas afixadas nas mercadorias (confeções de adulto).” (sic)

O autuado, em sua impugnação, às fls. 29 a 51 do PAF, suscita como preliminares de nulidade do lançamento, os seguintes fatos:

1. não foram observadas as determinações contidas no Protocolo ICM 23/88, isto é, não foi lavrado, em três vias, o Termo de Apreensão, 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;
2. 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 transportadora;
3. o autuado goza de imunidade tributária, de acordo com o estatuído no artigo 150, inciso VI, alínea “a”, da Constituição Federal de 1988. Cita o entendimento de diversos juristas a respeito do conceito de empresa pública.

Argumenta, ainda, 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”.

Alega 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 por particulares. Todavia, o fato de não serem exclusivos, não lhes retira o caráter de serviço público, tendo em vista o disposto no artigo 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.

Advoga a tese 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. 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 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 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 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 às fls. 65 a 67 dos autos, ressalta a responsabilidade tributária imputada à ECT para pagamento do ICMS devido nas operações em que esta empresa efetua transportes de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal ou com documentação fiscal inidônea, destacando que:

1. o Estado da Bahia é signatário do Protocolo ICMS 32/01, que revogou o Protocolo 23/88, não cabendo mais as alegações defensivas citando o protocolo denunciado. Registra que mesmo assim foi entregue a via do Termo de Apreensão à ECT, sendo que a outra via acompanhou as mercadorias até o depósito da IFMT – Metro para ser retirada pelo destinatário ou remetente, e a última via foi anexada ao processo;
2. a ECT é empresa pública e, portanto não faz jus à imunidade tributária recíproca que invoca em sua defesa, consoante os termos do artigo 6º, inciso V, do RICMS/97, que segue o descrito no artigo 150 da CF/88, e os artigos 9º, 12 e 13 do CTN;
3. a ECT, na qualidade de transportador e detentor das mercadorias apreendidas por estarem em situação irregular, é considerada responsável solidária pelo pagamento do ICMS devido consoante prevê o art. 39, I, “d”, e V, do RICMS, que complementou os arts. 121 e 124 do CTN;

4. o RICMS, no seu art. 410-A, prevê normas específicas para a ECT, cujo contribuinte tem inscrição estadual, portanto é uma empresa cadastrada na SEFAZ – Art. 150 e 152 do RICMS;
 5. a autuação foi por falta da nota fiscal no transporte de mercadorias praticado pela autuada.
- Diante do exposto, reafirma a procedência da ação fiscal.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado por terem sido encontradas, na agência da Empresa de Correios e Telégrafos – ECT, 199 peças de confecções sem documentação fiscal, conforme Termo de Apreensão de fl. 4 do PAF, remetidas através dos SEDEX PB 022148405 BR; 022148459 BR e 022148431 BR que, nos termos do artigo 39, inciso I, alínea “d”, do RICMS/97, equipara o autuado a um transportador, respondendo solidariamente pelo pagamento do ICMS incidente sobre a operação.

O autuado, preliminarmente pede a nulidade do Auto de Infração sob a alegação de que não pode ser o sujeito passivo da relação tributária porque goza de imunidade. Cita o artigo 150, inciso VI, e 173 da Constituição Federal de 1988; os arts. 1º e 12 do Decreto-Lei nº 509/69 e o art. 7º da Lei n.º 6538/78.

Inicialmente, devo observar que este órgão julgador não tem competência para apreciar a inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, a teor do artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

Porém, da análise dos dispositivos acima transcritos, conclui-se que:

1. o Decreto-Lei nº 509/69 transformou o antigo Departamento dos Correios e Telégrafos (DCT) em empresa pública, vinculada ao Ministério das Comunicações, com a denominação de Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), 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 no § 3º do artigo 150 e no § 2º do artigo 173 de nossa Carta Maior;

Dessa forma, sendo o autuado empresa pública, após a Constituição Federal de 1988, está sujeito às mesmas regras das empresas privadas, tanto em relação ao regime jurídico em que deve ser constituída, quanto relativamente aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários. Assim, considero que o contribuinte não está enquadrado nas hipóteses de imunidade previstas no artigo 150 da Constituição Federal de 1988.

Por sua vez, a Lei nº 6.538/78, que disciplina a prestação de serviço postal, estabelece o seguinte:

Art 10 - Não constitui violação do sigilo da correspondência postal a abertura de carta:

II - que apresente indícios de conter objeto sujeito a pagamento de tributos;

Parágrafo único - nos casos dos incisos II e III a abertura será feita obrigatoriamente na presença do remetente ou do destinatário.

O Auto de Infração exige o ICMS do autuado, por responsabilidade solidária, pelo fato de a encomenda, remetida via SEDEX, estar sendo transportada sem a necessária documentação fiscal.

O RICMS/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)*

§ 3º A responsabilidade prevista neste artigo não exclui a do contribuinte, facultando-se ao fisco exigir o crédito tributário de qualquer um ou de ambos os sujeitos passivos.

§ 4º O responsável por solidariedade sub-roga-se nos direitos e obrigações do contribuinte, estendendo-se a sua responsabilidade à punibilidade por infração tributária, ressalvado, quanto ao síndico e ao comissário, o disposto no parágrafo único do art. 134 do Código Tributário Nacional.

Assim, constata-se que, mesmo que o autuado não fosse considerado transportador, estaria igualmente obrigado ao pagamento do imposto com os acréscimos devidos, em razão de responsabilidade solidária, porque estaria enquadrado no inciso V do artigo 39 do RICMS/97, acima transcrito.

É oportuno lembrar 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, no caso, a exigência da correspondente nota fiscal para acobertar o seu transporte, conforme estabelece o Protocolo 32/01, que revogou o Protocolo 23/88, em sua cláusula terceira, reproduzida no § 2º do art. 410-A do RICMS, onde estabelecem que:

“Além do cumprimento das demais obrigações tributárias previstas na legislação do ICMS para os transportadores de cargas, as unidades federadas deverão exigir que a ECT faça o transporte de mercadorias e bens acompanhados de:

I – nota fiscal, modelo 1 ou 1-A;

II – manifesto de cargas;

III – conhecimento de transporte de cargas.”

Assim, do exame do destino, das quantidades e características, fica evidente que tais produtos são mercadorias e que se destinavam à comercialização desacompanhadas de documentação fiscal.

Por tudo quanto foi exposto, rejeito as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado. Como o contribuinte não adentrou o mérito da autuação, entendo que está correto o valor exigido.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **225414.0056/10-9**, lavrado contra **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.556,91**, 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, 31 de maio de 2011.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA