

PROCESSO - A.I. Nº 09287388/03
RECORRENTE - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS
REORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0331-02/03
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 22.10.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0547-11/03

EMENTA. ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CORREIOS E TELÉGRAFOS. MERCADORIAS DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 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, mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal. Rejeitadas as preliminares argüidas pelo sujeito passivo. Infração caracterizada. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, foi lavrado em 19/05/03, pela fiscalização de mercadorias em trânsito, para exigência de imposto no valor de R\$279,23, mais a multa de 100%, em razão de transporte das mercadorias constantes no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 112457, de 05/05/2003, acompanhadas com a nota fiscal nº 4668, considerada inidônea em razão da mercadoria está em desacordo com a discriminação no documento fiscal, tudo de conformidade com os documentos às fls. 03 a 07.

O autuado, por seu representante legal, impugnou o lançamento consubstanciado no Auto de Infração, conforme Recurso idêntico ao de outras autuações em seu nome (docs. fls. 12 a 31), suscitando como preliminares de nulidade do lançamento, os seguintes fatos:

1. que o procedimento fiscal não pode prevalecer em razão de não terem sido observadas as determinações contidas no Protocolo nº 23/88, pois não foi lavrado em três vias o Termo de Apreensão, e destinadas as respectivas vias para o remetente ou destinatário (1ª via); para a ECT (2ª via); e a terceira via para o Fisco.
2. não foi efetuada a descrição dos fatos de forma clara, precisa e sucinta;
3. 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;
4. 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 de 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 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 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.

O autuante em sua informação fiscal às fls. 35 a 37, rebate as razões da defesa argumentando que:

- a) O Estado da Bahia atualmente é signatário do Protocolo ICMS 32/01 que revogou o Protocolo ICM 23/88, não cabendo mais as alegações defensivas. Ressalta que as formalidades requeridas pelo protocolo antigo foram seguidas pelos prepostos fiscais quando da ação fiscal, sendo entregue à ECT uma via do Termo, e a outra via acompanhou as mercadorias até o depósito da IFMT-Metro para ser retirada pelo destinatário ou remetente das mercadorias e a última via anexada ao processo;
- b) a ECT é uma empresa pública, não fazendo jus a imunidade tributária recíproca que invoca em sua defesa consoante os termos do artigo 6º, inciso V, do RICMS/97 que segue a previsão legal do artigo 150 da CF/88 e os artigos 9, 12 e 13 do CTN;
- c) na qualidade de transportador e detentor das mercadorias apreendidas por estarem em situação irregular, a ECT é considerada responsável solidária pelo pagamento do ICMS

devido conforme prevê o artigo 39 do RICMS/97 nos seus incisos I, alínea “d” e inciso V que complementou os artigos 121 e 124 do CTN.

O preposto fiscal autuante acostou ao seu Recurso cópia de Parecer exarado pela DITRI sobre a responsabilidade tributária da ECT e informação fiscal de outro processo em nome da ECT relativo a Auto de Infração lavrado por José Hermógenes Lima da Silva (docs. fls. 45 a 61).

Considerando que foram anexados novos elementos aos autos por ocasião da informação fiscal, o sujeito passivo foi intimado a tomar ciência dos mesmos, não tendo apresentado no prazo estipulado qualquer manifestação a respeito (docs. fls. 63 a 64).

[...]

VOTO DO RELATOR DA 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL NA DECISÃO RECORRIDA

“O Auto de Infração foi lavrado para exigência de imposto, em razão de terem sido encontradas pela fiscalização de mercadorias em trânsito, em poder do autuado, um volume contendo as mercadorias indicadas no Termo de Apreensão nº 112457, de 05/05/03, com divergência para as constantes na nota fiscal nº 4668, emitida pela firma Máster Comércio, Importação e Exportação Ltda. (PR), que acobertava a operação, sendo, por isso, considerada inidônea, tudo de conformidade com os documentos às fls. 03 a 05.

Na impugnação apresentada pelo sujeito passivo, nota-se que o mesmo não adentrou no mérito da autuação, limitando-se tão somente na argüição de preliminares de nulidade, a pretexto de inconstitucionalidade da legislação estadual; de que serviço postal não é transporte; que a ECT não é uma empresa transportadora; e, como empresa pública goza de imunidade tributária.

Sobre as questões de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual levantadas na defesa, deixo de apreciá-las, em virtude de não ser da competência deste órgão julgador no âmbito administrativo, a teor do artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

Quanto as preliminares de nulidades suscitadas na defesa, observo que o fato da ECT tratar-se de uma empresa pública, está previsto no art. 173 da Constituição Federal, §§ 1º e 2º, que a empresa pública sujeita-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações trabalhistas e tributárias, não podendo gozar de privilégios não extensivos às do setor privado. Desta forma, não há porque questionar se o serviço desenvolvido pelo autuado está ou não, enquadrado nas hipóteses de imunidades consignadas no art. 150 da Constituição Federal de 1988, considerando a definição dada pela lei, quanto aos seus direitos e obrigações tributárias.

Por isso, devem ser rejeitadas as preliminares de nulidade argüidas pela defesa, haja vista que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram os motivos elencados nos incisos I a IV, do art. 18, do RPAF/99.

No mérito, da leitura do Termo de Apreensão à fl. 03, sobressai que a ação fiscal está embasada nos artigos 201, I, combinado com o artigo 39, I, “d”, do RICMS/97, vigente na data da ocorrência, em razão de divergência entre as mercadorias apreendidas e a nota fiscal que a acompanhava. Desta forma, a infração está devidamente caracterizada nos autos, pois, nos termos do artigo 209, incisos IV e VI, do RICMS/97, o documento fiscal é inidôneo para a operação, cabendo ao autuado na condição de transportador, responder solidariamente pelo pagamento do ICMS incidente sobre tais mercadorias.

O contribuinte autuado, em momento algum do seu Recurso defensivo, se insurgiu quanto a acusação de que se encontravam em seu poder as mercadorias apreendidas. No entanto, argumenta que não pode ser considerado como responsável pelo pagamento do ICMS sobre o

serviço de transporte de objetos pessoais, bem assim, não pode ser considerado como sujeito passivo da obrigação tributária, neste caso, por tratar-se de empresa integrante da Administração Pública, e por entender que o serviço de transporte de objetos postais e encomendas não é passível de tributação.

Conforme estabelecido no art. 8º, inciso IV, do RICMS/97, não há incidência do ICMS relativamente ao transporte de valores, correspondências e encomendas ou serviços postais da ECT. Entretanto, tal dispositivo regulamentar se refere à não incidência de imposto sobre as atividades desenvolvidas pelo autuado, na condição de transportador das encomendas, sendo que o imposto exigido no Auto de Infração se refere à responsabilidade solidária atribuída por lei ao próprio autuado, em relação às mercadorias que estava conduzindo sem a respectiva documentação fiscal.

De acordo com o art. 6º, inciso III, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, são solidariamente responsáveis pelo pagamento do ICMS e demais acréscimos legais, os transportadores que conduzirem mercadorias sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou mesmo, acompanhadas de documentação inidônea.

Dessa forma, verifica-se que a legislação atribui a responsabilidade solidária à ECT por ter recebido e transportado para entrega, mercadorias acompanhadas de documentação fiscal que não corresponde com a operação, haja vista que no momento da postagem do volume o autuado tem o amparo legal para verificar o seu conteúdo, exigir e conferir a respectiva nota fiscal das mercadorias transportadas (§ 2º do artigo 410-A do RICMS/97).

No caso presente, conclui-se que não se trata de serviço postal de encomenda para uso pessoal, mas sim, de transporte de mercadorias, via Sedex, cujo Termo de Apreensão serve de prova que as mercadorias realmente se faziam acompanhar de nota fiscal inidônea para a operação. Assim sendo, concluo que restou comprovada a irregularidade apontada no Auto de Infração, respondendo solidariamente o autuado pelo pagamento do imposto.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

RECURSO VOLUNTÁRIO

Devidamente intimado a tomar ciência do resultado do julgamento realizado pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal que exarou o Acórdão recorrido pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe. A empresa autuada inconformada com o decisório, volta à lide apresentando Recurso Voluntário, arguindo:

1. Preliminares prejudiciais de mérito da ação fiscal em virtude que não foram observadas as determinações contidas no Protocolo 23/88. Afirma que não é transportadora. Pede a Nulidade do Procedimento fiscal.
2. A ECT goza de imunidade tributária;
3. O ICMS não incide sobre transporte de valores, encomendas, correspondências, cartas, cartões postais, impressos, cecogramas e outros objetos de correspondência ou inerentes aos serviços postais da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, sendo o transporte efetuado em veículo próprio desta empresa, ou por ela locado ou arrendado;
4. Que serviço postal não é transporte, e por conseguinte, a ECT, não é uma transportadora, e que a sua relação com a fiscalização estadual é regida pelo Protocolo ICM nº 23/88, voltando a dizer que o protocolo não foi observado.
5. Os únicos sujeitos passivos, nesta relação jurídica com o Fisco Estadual, são o Remetente e o Destinatário do objeto postal, cabendo somente a estes qualquer responsabilidade tributária.

Apresenta jurisprudência e diz que é inegável, que os sujeitos da relação tributária, em questão, são o Estado da Bahia e destinatário e/ou o remetente do Sedex, não havendo, destarte, de considerar a ECT, como responsável tributário pela presente demanda. Concluiu solicitando provimento do Recurso Voluntário interposto.

A PGE/PROFIS forneceu Parecer de fl. 118, nos seguintes termos:

[...]

“Analisadas as razões de Recurso, verifica-se que a fundamentação do autuado permanece a mesma aduzida em primeira Instância. Efetivamente não há matéria fática a considerar. A questão é eminentemente jurídica, podendo ser abordada sob dois ângulos: o primeiro deles refere-se à objeção apresentada pela empresa, que afirma não realizar transporte de mercadorias, e sim serviço postal; e o segundo ângulo de análise da questão é o de que, em não sendo transportadora, o autuado não poderia ser tida como responsável tributária pelo transporte de mercadorias.

A Lei Postal (nº 6.538/78), em diversos dispositivos, inclui entre os serviços prestados pelo autuado, literalmente o termo TRANSPORTE. E de outra forma, não se pode levar uma mercadoria de um lugar a outro a não ser exercendo um serviço de transporte. Em nada difere do transportador particular, pois nenhum tratamento privilegiado é dado a uma empresa pública que exerce atividade que se equipara não a um serviço tipicamente público, mas que possa ser exercido pela iniciativa privada. A conseqüente responsabilidade tributária do autuado tem suporte na legislação que normatiza essas operações, mormente Protocolo ICM nº 33/88.

Em que pese o fato de o Recurso Voluntário devolver a matéria, em sua totalidade, à apreciação desse Conselho, as razões oferecidas pelo recorrente são inócuas, inaptas para proporcionar a modificação do julgamento. Por esse motivo, entende a PGE/PROFIS que não deve ser provido o Recurso Voluntário.”

VOTO

Dado ao exame dos documentos acostados ao presente Processo Administrativo Fiscal, primeiramente, afasto totalmente a nulidade trazida em preliminar, tendo em vista que o lançamento de ofício foi lavrado de conformidade com a legislação pertinente.

Quanto à imunidade tributária perseguida pelo recorrente, deixo claro que a mesma não está em discussão porque a tal imunidade tributária, concedida pela Constituição Federal, e trazida em argumento recursal pelo recorrente, se cinge ao patrimônio, renda ou serviços dos entes políticos da Federação e às autarquias e fundações, desde que instituídas e mantidas pelo Poder Público e exclusivamente no que se refere ao patrimônio, renda ou serviços vinculados a suas finalidades essenciais ou dela decorrentes, o que não é o presente caso.

Ao entendimento deste relator o que está a se exigir neste Auto de Infração é a tributação por responsabilidade solidária, porque o recorrente transportava, ou detinha para entrega, mercadoria desacompanhada de documentação fiscal, e não o imposto devido pelo próprio autuado, como este pretendeu fazer crer.

Por último, friso que o art. 167, I do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade de qualquer norma jurídica, no caso, Lei Complementar e Lei Ordinária Estadual que regem o ICMS.

Quanto à alegação de que o ICMS não incide na ocorrência de transporte de valores, encomendas, correspondências, cartas, cartões postais, impressos, cecogramas e outros objetos de

correspondência ou inerentes aos serviços postais da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, volto a lembrar que não se está lançando o imposto sobre o serviço de transporte, mas sim, aquele incidente sobre a operação de circulação de mercadoria, só que atribuindo-o ao responsável solidário.

Por fim, os argumentos de que serviço postal não é transporte, e por conseguinte, a ECT, não é uma transportadora, e que a sua relação com a fiscalização estadual é regida pelo Protocolo ICM nº 23/88, e que os únicos sujeitos passivos, nesta relação jurídica com o Fisco Estadual, são o Remetente e o Destinatário do objeto postal, cabendo somente a estes qualquer responsabilidade tributária, não tem qualquer amparo legal, pois o art. 5º, da Lei Complementar n.º 87/96, define que a Lei poderá atribuir a terceiros a responsabilidade pelo pagamento do imposto e acréscimos devidos pelo contribuinte ou responsável, quando os atos ou omissões daqueles concorrerem para o não recolhimento do tributo.

Isto foi feito através da Lei n.º 7.014/96, que no seu art. 6º, III, “d” e IV, atribuiu a responsabilidade solidária pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, aos transportadores em relação às mercadorias que conduzirem sem documentação fiscal comprobatória de sua Procedência ou destino, ou acompanhadas de documentação fiscal inidônea, ou a qualquer pessoa física ou jurídica, em relação às mercadorias que detiver para comercialização ou simples entrega desacompanhadas da documentação fiscal exigível ou com documentação fiscal inidônea.

Desta forma, concluo que a autuação está correta e a infração devidamente comprovada, tudo dentro dos ditames legais, e, portanto, o meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado pelo autuado, para homologar a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **09287388/03**, lavrado contra **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$279,23**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “a”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 9 de outubro de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

NELSON TEIXEIRA BRANDÃO – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS