

PROCESSO - A.I. Nº 09289950/03
RECORRENTE - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0337-04/03
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 24.11.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0593-11/03

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. Incompetência do CONSEF para arguir inconstitucionalidade na legislação tributária estadual. Indeferido o pedido de perícia. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado pelo sujeito passivo, através de seu representante legal, devidamente constituído, na forma prevista no art. 169, I, “b”, do RPAF/99, em face da Decisão proferida no Acórdão nº 0337-04/03, da 4ª Junta de Julgamento Fiscal que considerou Procedente o Auto de Infração acima epígrafado, onde requer reforma da Decisão e a improcedência da autuação.

A acusação fiscal exige o ICMS no valor de R\$486,00, acrescido de multa de 100%, em decorrência de mercadorias detectadas no trânsito, desacompanhadas de documentação fiscal, conforme Termo de Apreensão nº 112493 acostado à fl. 3.

Consta do relatório na Decisão recorrida que o autuado apresentou defesa, onde expôs 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 nº 23/88, do qual o Estado da Bahia é signatário. E que suscitou a nulidade do Auto de Infração, alegando que não foram observadas as determinações contidas no Protocolo ICM nº 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.

E que alega que goza de imunidade tributária, conforme art. 150, VI, “a”, da Constituição Federal. 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.

Consta ainda que o autuado argúi 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”. E que assevera 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 art. 7º, § 3º, da citada Lei nº 6.538/78. 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. Diz que os seus serviços não podem ser onerados por tributos, uma vez que presta serviços de competência exclusiva da União.

Assevera que a atividade por ele desenvolvida não se confunde com o serviço de transporte executado por particulares, já que existem regras rígidas, ditadas pela lei, que delimitam o 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 garantidas 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 sua finalidade – prestar o serviço postal à 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 jurisprudência de Tribunais Federais e entendimento esposado pela Secretaria da Fazenda do Paraná para demonstrar que não há incidência do ICMS sobre o serviço postal, uma vez que 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 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.

Ainda, segundo o relatório, os autuantes teriam prestado informação fiscal, e citado artigo da legislação tributária que respalda a exigência fiscal, alegou que o próprio impugnante reconheceu ter feito o transporte das mercadorias desacompanhadas de notas fiscais. E que foi esclarecido como obteve a base de cálculo, na forma prevista na legislação, citando o documento de fl. 6, que se refere à coleta de preços, uma vez que o autuado discorda tão somente do valor da base de cálculo.

Na Decisão recorrida foi considerada Procedente a autuação, onde o relator ressaltou que conforme dispõe o art. 167, I do RPAF/99, a Junta de Julgamento Fiscal não têm competência para

apreciar inconstitucionalidade da legislação tributária, e no mérito, após discorrer sobre a infração, considerou que não acatava o argumento defensivo do autuado de que por gozar de imunidade tributária prevista no art. 150, VI da Constituição Federal/88, não pudesse ser apontado como sujeito passivo da relação tributária por que sendo uma empresa pública, em relação às suas obrigações tributárias está sujeitas as mesmas regras que regem as empresas privadas. Considera que o lançamento não deixa dúvida quanto a responsabilidade solidária da ECT pelo transporte de mercadoria, remetida via SEDEX, sem documentação fiscal. Concluiu que a infração estava respaldada no art. 39, I, “d” e inciso V do Regulamento vigente.

O voto prolatado no julgamento de 1ª Instância, teve o seguinte teor:

“Inicialmente, ressalto que não se inclui entre as competências deste órgão a apreciação de inconstitucionalidade 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 permite uma perfeita compreensão da ocorrência. O Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos foi lavrado de acordo com o previsto na legislação, não havendo nenhum descumprimento do Protocolo ICM nº 23/88. Ademais, uma vez que o citado Termo serviu para embasar o lançamento e permitiu que o autuado conhecesse a acusação, tanto que exerceu plenamente seu direito de defesa.

Da análise dos documentos acostados ao PAF pelo autuante, verifica-se que o Auto de Infração foi lavrado por terem sido encontradas, na agência do autuado (Empresa de Correios e Telégrafos – ECT), 600 maços de “cigarro de palha ‘SOUZA PAIOL’”, acondicionados em um volume, desacompanhados da devida documentação fiscal e remetidos por meio do SEDEX SR 755262858 BR.

O autuante entendeu que os objetos apreendidos eram 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. É 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 imunidades previstas no artigo 150 da Constituição Federal.

O lançamento em lide não deixa dúvida que a presente autuação exige o ICMS por responsabilidade solidária, pelo fato de a encomenda, remetida via SEDEX, ter sido transportada sem a necessária documentação fiscal. Assim, não tem cabimento a alegação defensiva 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 encomenda descrita no Termo de Apreensão, entendo que, pela quantidade e características, a mesma efetivamente se classifica como mercadoria e se destinava à comercialização.

Por tudo quanto foi exposto, entendo que foi correto o procedimento do autuante, sendo devido o valor exigido na autuação.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

O sujeito passivo às fls. 80 a 97 dos autos, interpôs Recurso Voluntário, onde as razões apresentadas, em síntese foram as seguintes:

- 1) A alegação de que não pode ser considerada responsável solidária, sob o argumento de que conforme dispõe o art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69, goza de imunidade tributária.
- 2) que não pode prosperar a acusação fiscal em razão das nulidades já argüidas e face à imunidade tributária que ampara a ECT.
- 3) transcrição da Decisão proferida pelo STF acerca da análise de constitucionalidade do art. 12 do Decreto nº 509/69, onde por maioria foi decidido que a ECT por prestar serviço público, tinha direito à execução dos seus débitos trabalhistas pelo regime de precatórios.
- 4) a aplicação da legislação ao autuado citando o Protocolo ICM nº 23/88 e o art. 11 da Lei nº 6538 de 22/06/78.
- 5) diz que de acordo com o artigo referido somente ao remetente e destinatário cabe a responsabilidade tributária.
- 6) argüi que o autuado por ser pessoa jurídica federal goza de imunidade tributária, citando mais uma vez o art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69 e o art. 150, VI, “a” da Constituição Federal/88.
- 7) faz citações doutrinárias – Geraldo Ataliba, Celso Antonio Bandeira de Mello – relativas à natureza de prestadora de serviço público do recorrente.
- 8) assevera que serviço postal não é transporte, citando o artigo 7º, e seus §§ 1º, 2º e 3º, e o art. 9º e outros da Lei nº 6538/78 que é a Lei Postal. Argüi ainda que não efetua transporte, mas, tão somente serviço postal, e que não pode ser confundido com serviço de transporte executado por particulares.
- 9) faz referência à distribuição de competência tributária inserta na Constituição Federal, citando o art. 150, I da CF, que prevê a criação de tributo, somente por meio de lei. Faz ainda

alusão ao art. 155, II da Constituição Federal que determina a competência dos Estados e do Distrito Federal para instituir o ICMS.

10) Cita farta jurisprudência de Tribunais Federais em outros Estados (Ceará e Rio Grande do Sul), quanto à inexistência de recolhimento de ICMS sobre serviços postais. E transcreve consulta formulada à Secretaria da Receita Estadual do Paraná formulada pelo Fundo de Participação dos Municípios sobre a ECT, a ainda Acórdão proferido pelo Conselho de Contribuintes daquele Estado.

Conclui a peça recursal requerendo a acolhida das nulidades suscitadas, ou a Improcedência do Auto de Infração, com o Provimento do Recurso Voluntário.

A representante da PGE/PROFIS, às fls. 127 a 129 exarou Parecer, onde se manifesta sobre as razões do Recurso Voluntário, e considera que o cerne da discussão reside em dois pontos:

- 1) gozar a ECT da imunidade tributária recíproca consagrada na Constituição Federal;
- 2) "ser a ECT responsável tributária pelas encomendas que transporta desacompanhadas de documentação fiscal.

Considera que a natureza jurídica do recorrente é de empresa pública. E que o art. 173 da Constituição Federal prevê a equiparação da mesma às empresas privadas no que se refere ao regime jurídico e aos privilégios fiscais. E quanto à imunidade recíproca consagrada no texto constitucional que o recorrente equivocadamente pretende que a ampare, apenas se refere ao patrimônio e a renda ou serviços dos entes políticos da Federação e às autarquias e fundações, desde que instituídas e mantidas pelo Poder Público.

Afirma que as empresas públicas possuem um tratamento tributário, equivalente às empresas privadas. E por isso o art. 12 do Decreto-lei nº 509/69 citado pelo recorrente estaria derogado pela Constituição Federal em vigor.

Entende que o recorrente é responsável pelo pagamento do imposto no caso em questão e para tanto cita o art. 6º, inciso II, alínea "d" da Lei nº 7014/96, que atribui responsabilidade tributária aos transportadores em relação às mercadorias que conduzirem sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou acompanhadas de documentação fiscal inidônea.

Conclui que a DITRI já se manifestou quanto à matéria, reconhecendo a responsabilidade tributária do recorrente, e ao final opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário apresentado.

VOTO

Analizando as razões recursais, verifico que o sujeito passivo busca afastar a responsabilidade tributária que lhe foi imputada, pelo pagamento do imposto referente à mercadoria apreendida em trânsito desacompanhada de nota fiscal, sob o argumento de que goza de imunidade tributária já reconhecida pelo STF, quanto à constitucionalidade do art. 12 do Decreto-lei nº 509/69.

Assim, cumpre ressaltar, que não está em discussão a imunidade tributária, concedida pela Constituição Federal, argüida pelo recorrente, porque esta 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.

De outro modo, o que está a se exigir 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.

Ademais, consoante o disposto no 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.

Verifico que o recorrente desenvolve toda a fundamentação das suas razões recursais sob o argumento de que é uma empresa prestadora de serviço público. Ocorre que o caso em lide, não questiona que sobre os serviços postais não há o que se falar em tributação. Mas a empresa quando recebe mercadoria transportando de um local para outro está exercendo um serviço de transporte, e neste sentido, estaria na mesma condição do transportador particular que a lei previu a responsabilidade por solidariedade pelo pagamento do imposto sobre as operações de mercadorias, quando efetua o transporte de mercadorias ou bens desacompanhados de documentação fiscal.

Quanto à alegação de que o ICMS não incide na ocorrência de transporte de valores, encomendas, correspondências, cartas, cartões postais, impressos, 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 nº 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 nº 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. Do mesmo modo, o RICMS/97, estabeleceu no art. 39, I, “d”, V, as mesmas hipóteses de responsabilidade solidária.

Ademais, consoante o disposto no § 4º do art. 410 do RICMS/97 na embalagem de encomendas nacionais devem constar entre outros dados o número da nota fiscal. Logo, os argumentos do recorrente não afastam a responsabilidade solidária pelo pagamento do imposto, no caso em lide.

Assim, acolho a manifestação da Douta PGE/PROFIS que considera que a responsabilidade tributária do recorrente está respaldada na legislação que normatiza essas operações e opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

Desta forma, concluo que a autuação está correta e a infração devidamente comprovada, tudo dentro dos ditames legais, e, portanto, mantenho a Decisão recorrida e voto pelo NÃO PROVIMENTO deste Recurso Voluntário.

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 **09289950/03**, lavrado contra **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$486,00**, 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, 28 de outubro de 2003.

ANTÔNIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS – RELATORA

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