

PROCESSO - A.I. Nº 09295305/03
RECORRENTE - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0022-04/04
ORIGEM - IFMT - DAT/ METRO
INTERNET - 15.04.04

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO Nº 0101-11/04

EMENTA. ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. TRANSPORTE DE MERCADORIAS DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL. 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. Não se inclui na competência dos órgãos de julgamentos administrativos a declaração de inconstitucionalidade. Rejeitada a preliminar de nulidade. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/08/03 pela fiscalização do trânsito de mercadorias, exige ICMS no valor de R\$ 638,69, referente a transporte de mercadoria desacompanhada de documentação fiscal, conforme Termo de Apreensão nº 114527 acostado à fl. 3.

O recorrente apresentou defesa tempestiva, fls. 10 a 30, e, após expor 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 23/88, do qual o Estado da Bahia é signatário.

Em seguida, o recorrente suscitou a nulidade do Auto de Infração, alegando que não foram observadas as determinações contidas no Protocolo ICM 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.

Afirma 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.

O recorrente alega 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”.

Assevera que os serviços de recebimento, expedição, transporte e entrega de valores e encomendas, exercidos pela União por meio 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 a Lei nº 6.538/78 e o Decreto-Lei nº 509/69 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. Acostou ao processo fotocópia dos Decretos-Lei nºs 509/69 (fls. 33 a 38) e 538/69 (fl. 39) e do Decreto nº 83.726/79 (fls. 40 a 55).

Na informação fiscal, fls. 61 a 63, o autuante diz que o defendente não possui a alegada imunidade tributária. Transcreve dispositivos do RICMS-BA/97 e, em seguida, afirma que a Empresa Brasileira de Correios e telégrafos (ECT) é uma empresa pública que se enquadra nos dispositivos regulamentares transcritos como sujeito passivo da obrigação tributária. Salienta que os procedimentos adotados na fiscalização relativa ao serviço de transporte e às mercadorias transportadas pela ECT são, atualmente, disciplinadas pelo Protocolo ICMS Nº 32/01, cuja fotocópia anexou às fls. 64 a 66. Afirma que a ECT tem inscrição estadual e, portanto, está cadastrada na SEFAZ. Após transcrever dispositivos regulamentares, explica que a autuação foi decorrente do transporte de mercadorias sem a devida documentação fiscal. Diz que as vias do Termo de Apreensão tiveram os destinos previstos nos Protocolos ICMS nºs 23/88 e 32/01. Ao final, reafirma o acerto da ação fiscal.

O recorrente recebeu cópia do documento anexado ao processo pelo auditor fiscal e teve o prazo de lei para manifestação. Nessa nova oportunidade, às fls. 72 a 75, o autuado reafirma que é uma empresa pública e que goza de imunidade tributária, não podendo, portanto, figurar no pólo passivo da presente exigência tributária, conforme o art. 150, VI, "a" da Constituição Federal.

Diz que, apesar da inconstitucionalidade da lei estadual, não há previsão legal para a exigência fiscal, pois o serviço postal de transporte não é fato econômico de relevância jurídica. Alega que o art. 9º da Lei nº 6538/78 faz referências ao recebimento, transporte e entrega de objetos de correspondências, o demonstra que o serviço postal tem por base o recebimento, o transporte e a

entrega de objetos postais. Explica que o serviço postal é mais complexo que o serviço de transporte, pois o primeiro oferece segurança, inviolabilidade do objeto postal, regulamentação legal que exige a continuidade, universalidade e confiabilidade.

Alega que o transporte realizado pela ECT não tem o fim lucrativo e é prestado a quem o solicite, sendo a relação jurídica entre a ECT e o usuário do serviço postal de encomendas regida pelo direito administrativo. Assegura que os bens transportados pela ECT são considerados objetos postais e não mercadoria. Ressalta que a ECT não realiza transporte como na esfera privada, e sim, uma mera atividade intermediária entre os usuários, sem a qual em hipótese alguma cumpriria seu fim, que consiste na prestação de serviço postal. Anexou aos autos fotocópia dos Decretos-Leis nºs 509/69 e 538/69, bem como de Decreto nº 83726/79. Ao final, transcreve o art. 11 da Lei nº 6.538/78 e solicita a improcedência da autuação.

Instado a se pronunciar nos autos, o autuante afirma que o defendente não trouxe fatos novos ao processo e, em seguida, ratifica a ação fiscal.

A 4ª Junta de Julgamento Fiscal exarou decisão julgando o Auto de Infração Procedente.

O recorrente, irresignado com a Decisão de 1ª Instância, através de seu advogado devidamente habilitado, apresenta Recurso Voluntário, às fls. 116 a 133 do PAF, reiterando os argumentos defensivos esposados na peça de defesa.

A PGE/PROFIS em seu Parecer, às fls. 162 a 164, opina pelo Não Provimento do Recurso interposto, sob o argumento de que ao não exigir que constasse a nota fiscal da mercadoria a ser transportada via postal, foi corretamente autuada como responsável pelo pagamento do tributo exigido, ressaltando que a DITRI já emanou posicionamento a respeito da matéria.

VOTO

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.

A autuação, nos termos do artigo 39, inciso I, alínea “d”, do RICMS/97, equipara o recorrente a um transportador, respondendo solidariamente pelo pagamento do ICMS incidente sobre a operação.

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 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 recorrente.

O autuado/recorrente está obrigado ao pagamento do imposto com os acréscimos devidos, em razão de responsabilidade solidária, prevista 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.”

Cabe ressaltar 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 n.º 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.”;

Ficou comprovado que tais produtos estavam sendo transportados desacompanhados de documentação fiscal.

Diante do exposto, rejeito as preliminares de nulidade suscitadas pelo recorrente. Como o contribuinte não adentrou o mérito da autuação, entendo que está correto o valor exigido.

Voto pela Não Provisão do 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 **09295305/03**, lavrado contra **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 638,69**, 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, 25 de março de 2004.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

ROSA MARIA DOS SANTOS GALVÃO- RELATOR

MARIA JOSÉ COELHO LINS RAMOS DE A. SENTO SÉ - REPRESENTANTE DA PGE/PROFIS