

PROCESSO - A. I. Nº 09293760/03
RECORRENTE - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0012-02/04
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 15.04.04

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO Nº 102-11/04

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, lavrado em 14/08/03, exige o ICMS no valor de R\$2.091,00, acrescido da multa de 100%, referente à operação de mercadorias efetuadas sem documentação fiscal, conforme Termo de Apreensão e documentos às fls. 3 a 5 dos autos.

O recorrente, através de seu advogado devidamente habilitado, apresenta impugnação, às fls. 10 a 30 do PAF, onde 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 recorrente 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 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. 60 a 62 dos autos, destaca que:

1. o Estado da Bahia é signatário do Protocolo ICMS n.º 32/01, anexo às fls. 63 a 65, que revogou o Protocolo 23/88, o qual estabelece na cláusula 3ª, como também no art. 410-A, §2º, do RICMS, que a ECT faça o transporte de mercadorias acompanhados de nota fiscal, manifesto de cargas e conhecimento de transporte de cargas;
2. o destino das vias do Termo de Apreensão foi conforme a legislação e de acordo com o previsto nos citados protocolos;
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”, do RICMS;
4. não é da sua competência discutir a constitucionalidade ou não de conclusões do STF referidas pelo contribuinte.

Notificado do documento anexado à informação fiscal, o recorrente, às fls. 72 a 75, reitera suas alegações.

A 2ª 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. 113 a 130 do PAF, reiterando os argumentos defensivos esposados na peça de defesa.

A PGE/PROFIS em seu parecer, à fl. 167, opina pelo Não Provimento do Recurso interposto, sob o argumento de que as razões oferecidas pelo recorrente não são capazes de modificar o julgamento.

VOTO

O Auto de Infração sob análise foi lavrado por terem sido encontradas, na agência da Empresa de Correios e Telégrafos – ECT, 1.000 unidades de “Sonalarne SB”, 1.000 unidades de “H – 1225” e 1.000 unidades de “DEG – SRUDH-SS-124-D1 24V” sem documentação fiscal, destinadas a PROFILE / MÁRCIO LOBO, conforme Termo de Apreensão à fl. 3 do PAF, remetidas através do SEDEX SQ 137196507.

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 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.

O Auto de Infração exige o ICMS do recorrente, 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 autuado.

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, 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 recorrente 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 pelo Não Provimento 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 **09293760/03**, lavrado contra **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.091,00**, 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, 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