

PROCESSO - A. I. Nº 09327185/04
RECORRENTE - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3º JJF nº 0285-03/04
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 29/10/2004

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0265-12/04

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CORREIOS E TELÉGRAFOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS RELATIVO À 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 às mercadorias que detiver para comercialização ou simples entrega desacompanhadas da documentação fiscal exigível ou com documentação fiscal inidônea. Não acolhidas as preliminares de nulidade. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Recurso Voluntário foi interposto pelo autuado contra a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal (3º JJF), que julgou procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir imposto, por responsabilidade solidária, em razão de o autuado transportar as mercadorias constantes no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 121887, de 30/04/2004, com nota fiscal cujo destino era outro Estado, portanto, imprestável para acobertar as mercadorias destinadas a este Estado.

O autuado apresentou defesa e, preliminarmente, suscitou a nulidade do Auto de Infração, alegando que o número do Auto de Infração foi rasurado (“quadro 01”), o que torna o documento inválido para exigir a sua quitação. Diz que não foram observadas as determinações contidas no Protocolo ICM Nº 23/88, uma vez que o Termo de Apreensão não foi lavrado em três vias, e destinadas às respectivas vias para o remetente ou destinatário (1ª via); para a ECT (2ª via); e a terceira via para o Fisco. Afirma que a ECT não pode ser igualada às transportadoras particulares, pois serviço postal não é transporte e, por conseguinte, o autuado não é uma transportadora. Diz que goza da imunidade tributária prevista no art. 150, VI, “a”, da Constituição Federal. Para embasar suas alegações, cita farta doutrina.

Prosseguindo em sua defesa, o autuado afirma que cabe exclusivamente à União legislar sobre o serviço postal, cuja definição foi dada pela art. 7º, da Lei nº 6.538/78, como sendo “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 da ECT, 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.

Afirma que o Decreto-Lei nº 509/69 e a Lei nº 6.538/78 foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, o que é corroborado pela alteração feita em seu artigo 173 pela Emenda

Constitucional nº 19/88. Assevera que goza de imunidade tributária, que não pode ter seu patrimônio diminuído por qualquer tipo de imposto e que não pode ter seus serviços tributados.

Diz que a atividade por ele desenvolvida não se confunde com o serviço de transporte executado por particulares. Explica que o serviço postal oferece segurança, inviolabilidade do objeto postal, universalidade e confiabilidade garantidas pela União. Frisa que não pode ser considerado como responsável tributário pelo recolhimento do ICMS sobre serviço de transporte de objetos postais, mesmo que seja de encomenda. Aduz que o serviço de transporte postal não está incluso no conceito de fato gerador de ICMS da Lei Estadual. Para embasar suas alegações, cita jurisprudência de Tribunais Federais e decisões da Secretaria da Fazenda do Estado do Paraná.

Ao encerrar a sua defesa, o autuado alega que as normas constitucionais (art. 150, I) e infraconstitucionais (art. 114 do CTN) exigem que haja exata adequação do fato à norma, sem o que não se configura a hipótese de incidência e a cobrança desse tributo passa a ser inconstitucional. Por fim, requer a insubsistência do Auto de Infração.

Na informação fiscal, a autuante diz que o autuado realiza transporte de “encomendas”, sendo que algumas delas apresentam características e volumes suficientes para serem consideradas como mercadorias, caracterizando a atividade como de comércio.

Assevera que a ECT presta serviço na entrega de encomendas em condições idênticas às empresas privadas que entregam mercadorias. Faz referência à Lei nº 6538/78 e ao Protocolo ICMS nº 32/01, que substituiu os Protocolos ICM nºs 23/88 e ICMS 15/95, em que formalizou o tratamento similar para a ECT em relação às empresas transportadoras privadas. Acrescenta que, com base nos protocolos, a fiscalização exercida nas dependências dos Correios é feita na presença de um representante da empresa e, quando constatada qualquer irregularidade, é lavrado o Termo de Apreensão de Mercadorias, em três vias e, em seguida, o Auto de Infração.

Friza que o art. 6º, III, “d”, da Lei nº 7.014/96 considera que o transportador é responsável solidário em relação às mercadorias que conduzirem sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou acompanhadas de documentação fiscal inidônea. Menciona que o art. 39, V, do RICMS-BA/97, prevê que qualquer pessoa física ou jurídica é solidariamente responsável pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, em relação às mercadorias que detiver para comercialização, industrialização ou simples entrega, desacompanhadas de documentação fiscal exigível ou com documentação fiscal inidônea. Ao final, solicita a procedência da autuação.

De acordo com o Acórdão JJF Nº 0285-03/04, a 3ª JJF julgou o Auto de Infração procedente, sendo as preliminares de nulidade afastadas da seguinte forma:

[...] Ocorre que a simples substituição da seqüência do número dos autos lavrados não se constitui um vício capaz de tornar o Auto de Infração nulo como pretende o recorrente, tendo em vista que a nulidade só deverá ser decretada quando houver prejuízo para o sujeito passivo, e no presente caso, não acarretou nenhum dano, pois conforme preceitua o § 2º do artigo 18 do RPAF/99, não se declarará a nulidade sem prejuízo ou em favor de quem lhe houver dado causa ou se o ato praticado de forma diversa houver atingido a sua finalidade.

Suscita ainda a nulidade a pretexto de inconstitucionalidade da legislação estadual; de que serviço postal não é transporte que a ECT não pode ser confundida com o serviço executado por empresas transportadoras particulares; e, como empresa pública goza de imunidade tributária.

Sobre as questões de constitucionalidade 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 art. 167, inc. I, do RPAF/99.

Quanto as preliminares de nulidades argüidas pelo defendant, 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 à do setor privado. Desta forma, não há porque questionar se o serviço desenvolvido pelo autuado está ou não, enquadrado nas hipóteses de imunidade 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, a relatora da 3ª JJF manteve a autuação, alegando que a infração está caracterizada, cabendo ao autuado, na condição de transportador, responder solidariamente pelo pagamento do ICMS incidente sobre as mercadorias apreendidas, em conformidade com o disposto no art. 6º, III, “d”, e IV, da Lei nº 7014/96.

Inconformado com a Decisão da 3ª JJF, o recorrente apresenta Recurso Voluntário e, inicialmente, alega que goza de imunidade tributária, a qual não poderia ter sido ignorada na Decisão recorrida. Transcreve decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça para demonstrar que tem direito à execução de seus débitos trabalhistas pelo regime de precatórios e que são impenhoráveis os seus bens, rendas e serviços. Diz que, portanto, está demonstrada a inaplicabilidade do disposto no artigo 173, da Constituição Federal, bem como a constitucionalidade do art. 12 do Decreto-lei nº 509/69.

Afirma que não há como prevalecer o procedimento fiscal, pois não foram observadas as determinações contidas no Protocolo nº ICM 23/88, o qual previa a lavratura do Termo de Apreensão em três vias, com a seguinte destinação: a primeira, do remetente ou do destinatário; a segunda, da ECT; e, a terceira, do fisco. Frisa que o serviço postal não é transporte e, por conseguinte, o recorrente não é uma transportadora. Transcreve o art. 11 da Lei nº 6.538/78, o qual prevê que os objetos postais pertencem ao remetente até a sua entrega ao destinatário e, portanto, os únicos sujeitos da relação são o remetente e o destinatário, cabendo a estes qualquer responsabilidade tributária. Alega que o sigilo da correspondência e a inviolabilidade do objeto postal lhe impedem a utilização de meios mais severos na fiscalização dos objetos que lhe são confiados, cabendo à Secretaria da Fazenda Estadual fiscalizar o desembarque dos objetos postais. Requer a nulidade do Auto de Infração.

Prosseguindo em sua peça recursal, o recorrente diz que está amparado na imunidade tributária prevista no art. 150, VI, “a”, da Constituição Federal, pois é uma empresa pública da Administração Indireta Federal. Também alega que está respaldada no art. 12 do Decreto-lei nº 509/69. Frisa que o Decreto-lei nº 200/67 definiu empresa pública de forma equivocada, uma vez que só a considerou como exploradora de atividade econômica, esquecendo-se do principal, que é ser prestadora de serviço público. Transcreve farta doutrina para embasar suas alegações.

Cita dispositivos legais que definem serviço postal e de telegrama, a competência da União para legislar sobre tais serviços e o monopólio da União em relação aos serviços postais. Diz que o art. 9º, da Lei nº 6.538/78, exclui do regime de monopólio o transporte e entrega de valores e encomendas, porém o art. 21, X da Constituição Federal prevê que cabe à ECT o recebimento,

expedição, transporte e entrega de valores e encomendas postais. Salienta que o fato de tais serviços não serem exclusivos não lhe retira o caráter de público. Aduz que, para a ECT, nos termos do art. 47 da Lei nº 6538/78, não pode haver mercadorias e sim objetos postais.

Discorre sobre o instituto da recepção e, em seguida, transcreve o art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69. Assevera que esse artigo foi recepcionado pela Constituição Federal e o torna imune a qualquer tipo de imposto. Para corroborar sua tese, diz que a Emenda Constitucional nº 19/98 dispôs que a lei ordinária disciplinará o estatuto jurídico da empresa que presta serviço público, todavia, como ainda não foi editada tal lei, o disposto no Decreto-Lei nº 509/69 é aplicável em sua totalidade. Salienta que o serviço postal não é transporte e, em seguida, descreve as etapas e as responsabilidades envolvidas na prestação. Compara o serviço desenvolvido pela ECT e o prestado pelo transportador particular e, assevera que não se pode confundir a atividade de simples transporte com o serviço postal, os quais são figuras totalmente distintas.

Após discorrer sobre o ICMS e citar doutrina, diz que não pode ser considerado como 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 há incidência do ICMS sobre o serviço postal, uma vez que ele não se confunde com serviço de transporte de cargas.

Frisa que a insistência na cobrança desse tributo configura flagrante inconstitucionalidade. Reitera 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. Solicita que a nulidade do Auto de Infração e o provimento do Recurso Voluntário.

A representante da PGE/PROFIS, na sua manifestação, diz que a matéria em lide já é do conhecimento deste CONSEF, pelo que reitera os termos dos Pareceres anteriores. Em seguida, afirma que a imunidade prevista no art. 150, VI, “a”, da Constituição Federal, não ampara o recorrente, pois tal imunidade cinge-se apenas 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 decorrente. Cita doutrina, para embasar sua afirmação. Quanto ao art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69, diz que o mesmo não foi recepcionado pela Constituição Federal em vigor, em razão da sua incompatibilidade com os preceitos constitucionais vigentes.

Assevera que o recorrente, ao teor do disposto no art. 6º, III, “d”, da Lei nº 7014/96, é responsável solidário pelo pagamento do imposto em questão. Frisa que o inc. IV do art. 6º, da Lei nº 7014/96, atribui, a qualquer pessoa física ou jurídica, a responsabilidade tributária em relação às mercadorias que detiver para entrega desacompanhadas de documentação fiscal.

Aduz que o art. 410, § 4º, do RICMS-BA/97, prevê a necessidade de constar na embalagem das encomendas nacionais que contiver mercadoria, sendo remetente contribuinte do ICMS, o número da nota fiscal respectiva. Logo, a ECT ao não exigir que constasse a nota fiscal da mercadoria, foi corretamente autuada como responsável pelo pagamento do imposto ora exigido. Ressalta que a DITRI já se posicionou sobre a matéria em apreço, entendendo que a ECT é responsável pelo pagamento do imposto devido quando promover a circulação de mercadoria desacompanhada de documentação fiscal ou com documento fiscal inidôneo.

No que tange ao documento de fl. 110, o qual indica o pagamento do crédito tributário, afirma que o mesmo não tem o condão de extinguir o processo administrativo fiscal. Diz que o

contribuinte tem o direito de pagar e prosseguir no processo administrativo a fim de considerar as suas alegações defensivas, pois, em Direito Público, o pagamento não significa confissão.

Ao finalizar o seu Parecer, a representante da PGE/PROFIS opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

VOTO

As preliminares de nulidade suscitadas pelo recorrente já foram devidamente afastadas pela 3^a JJF, todavia, no Recurso Voluntário, o recorrente volta a questionar tais preliminares.

A correção [rasura] do número do Auto de Infração (“quadro 01”), como bem demonstrado na Decisão recorrida, não é razão para a nulidade do lançamento, pois a correção do número não cerceou o direito de defesa e não trouxe qualquer prejuízo para o recorrente. Além disso, o Auto de Infração em apreço foi registrado com a numeração correta (fl. 2).

O Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos foi lavrado de acordo com o previsto na legislação pertinente, não havendo nenhum descumprimento do Protocolo ICM 23/88. O citado Termo serviu para embasar o lançamento, permitiu que o recorrente conhecesse a acusação que lhe foi imputada e exercesse o seu direito de defesa.

No que tange à alegação de que a ECT não pode ser equiparada a uma transportadora, esse argumento fica afastado, pois, conforme o Parecer da PGE/PROFIS, *não se está pretendendo equiparar a ECT com as transportadoras de mercadorias, pois efetivamente realizam serviços distintos. [...] Inobstante a distinção supra mencionada, no momento em que transportam mercadorias desacompanhadas de nota fiscal ou com nota fiscal inidônea são, por força de Lei Complementar (art. 5º da LC 87/96), responsabilizadas pelo pagamento do tributo devido pelo contribuinte originário.*

Relativamente à questão da imunidade tributária, não há dúvida que o recorrente não está amparado na imunidade prevista no art. 150, VI, “a”, da Constituição Federal, uma vez que ele, por força do disposto no art. 173, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, ao prestar o serviço de transporte de mercadorias mediante remuneração está sujeito ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações trabalhistas e tributárias, não podendo gozar de privilégios não extensivos ao setor privado.

Quanto à alegação de que inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, ressalto que tal questão não pode ser apreciada, pois o artigo 167, inciso I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade.

No mérito, constato que os autos comprovam que o recorrente recebeu mercadorias que estavam acompanhadas da Nota Fiscal nº 14015 (fl. 4), a qual tinha como destinatário um contribuinte localizado em outra unidade da Federação, portanto, tal documento fiscal era inidôneo nos termos do art. 209, IV, do RICMS-BA/97. Nessa situação, por força do disposto no art. 6º, III, “d”, e IV, da Lei nº 7014/96, a ECT, que exercia a função de transportadora e que detinha as mercadorias, era solidariamente responsável pelo pagamento do imposto e acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito.

Mesmo se o recorrente não fosse considerado como um transportador, ele ainda estaria obrigado ao pagamento do imposto por responsabilidade solidária, porque se enquadraria no disposto no inc. IV do art. 6º da Lei 7.014/96. Ademais, no momento da postagem da encomenda através de SEDEX, o autuado tem o direito legal de verificar o seu conteúdo e adotar as medidas cabíveis, especialmente para exigir a correspondente nota fiscal que acobertará o transporte das

mercadorias. Pela espécie e pela quantidade, os produtos apreendidos se caracterizavam como mercadorias, e não, simples objetos postais, como tenta fazer crer o recorrente.

Não pode ser acatada a alegação de que o ICMS não incide sobre o transporte de valores, encomendas, correspondências, cartas, cartões postais, impressos e outros serviços prestados pela ECT, pois a presente autuação não está exigindo imposto devido pelo próprio recorrente, e sim, o devido pelo contribuinte de direito, porém por responsabilidade solidária.

Por fim, saliento que o pagamento efetuado pelo autuado (fl. 110) não extingue o presente processo administrativo fiscal, conforme bem demonstrado no Parecer PGE/PROFIS, com o qual estou de pleno acordo.

Em face do comentado acima, considero que a Decisão recorrida está correta e não carece de retificação. Em consequência, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, homologando-se os valores já efetivamente recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 09327185/04, lavrado contra EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$787,25, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos demais acréscimos legais, homologando-se os valores já efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de setembro de 2004.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

MARIA DULCE HANSSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS