

PROCESSO - A. I. N° 232874.0009/06-0
RECORRENTE - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3º JFJ nº 0224-03/06
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 23/11/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0440-12/06

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CORREIOS E TELÉGRAFOS. TRANSPORTE DE MERCADORIAS DE TERCEIROS SEM A CORRESPONDENTE NOTA FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Constatado o transporte de mercadorias de terceiros, remetidas via SEDEX, desacompanhadas de documentação fiscal, é legal a exigência do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário. Não acatada a preliminar de nulidade. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 26/01/2006 pela fiscalização do trânsito de mercadorias, para exigir ICMS por responsabilidade solidária, no valor de R\$445,74 acrescido da multa de 100%, em decorrência de o autuado transportar mercadorias desacompanhadas de documento fiscal, conforme Termo de Apreensão nº 136614 (fl. 05).

O autuado apresenta peça impugnatória ao lançamento de ofício (fls. 11/34), inicialmente, argumenta que se encontra amparado pela imunidade tributária recíproca, fato que foi desconsiderado pelo fisco em prejuízo à EBCT. Cita Acórdão proferido recentemente pelo STF, analisando a constitucionalidade do art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69.

Em seguida, levanta preliminares prejudiciais do mérito da ação fiscal, argumentando que a inobservância das normas estabelecidas no Protocolo ICM 23/88. Afirma que a fiscalização, apesar de ter identificado perfeitamente o destinatário da mercadoria apreendida, lavrou o Auto de Infração em nome da EBCT. No entanto, de acordo com o supramencionado protocolo, regulador das normas de fiscalização envolvendo a EBCT, tal procedimento está equivocado. O que aquele prevê, nesta situação, é a emissão de Termo de Apreensão em 3 vias, destinando-se a primeira ao remetente ou ao destinatário do bem, a segunda à EBCT e a terceira ao fisco. Cita e transcreve o artigo 11 da Lei nº 6.538/78, para sustentar que os únicos sujeitos na relação são o remetente e o destinatário, cabendo a estes a responsabilidade tributária.

Sustenta que não pode ser dispensado à EBCT o mesmo tratamento dado às empresas transportadoras, pois o serviço postal não é transporte, e, por conseguinte, não é uma transportadora.

Prossegue, afirmando que a imunidade tributária com base no preceito constitucional, prevê a imunidade recíproca entre as esferas governamentais, vedando à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios gravarem com impostos a renda, os serviços e o patrimônio uns dos outros (art. 150, VI, “a” da CF/88).

Registra que, nos termos do art. 22, V, da CF/88, compete privativamente à União legislar sobre serviços postais, e transcreve, em seguida, os arts. 7º, 25, 9º, 8º e 26 da Lei nº 6.538/78, que enunciam o poder de legislar sobre os serviços postais.

Argumenta que a execução do serviço postal não cuida de “mercadoria”, e sim de objetos postais, legalmente qualificados como correspondências, valores e encomendas. Para os interessados (remetentes e destinatários), os bens podem representar objetos afetivos, financeiros, morais, negociais, intelectuais, culturais, administrativos ou “mercadorias”. Mas, para a EBCT, tais objetos são todos iguais, constituem uma coisa só: são objetos postais, nos termos do art. 47 da Lei nº 6.538/78, ou seja, é remessa e entrega de objetos, com ou sem valor mercantil, por via postal.

Sustenta, ainda, que a EBCT goza da imunidade prevista no art. 150, VI, “a”, da CF, e não pode ter seu patrimônio diminuído por qualquer tipo de imposto, por ser patrimônio da União, bem como não pode ter seus serviços onerados por tributos, por se tratar de serviços públicos de competência exclusiva da União.

Afirma que o serviço postal tem por base três ações praticadas em cadeia, quais sejam e nesta ordem: o recebimento, o transporte e a entrega dos objetos postais. São elos de uma corrente, agasalhadas pelo manto da lei postal e o transporte, pressuposto básico da execução do serviço postal que oferece segurança, inviolabilidade do objeto postal, regulamentação legal que exige a continuidade, universalidade, confiabilidade, garantidos pela União Federal através do impugnante, que é empresa vinculada ao Ministério das Comunicações. Argumenta que os seus serviços distinguem-se dos serviços prestados pelos particulares. À EBCT existem regras rígidas, ditadas pela Constituição, pela legislação infraconstitucional e pelo Direito Administrativo, que delimitam seu campo de ação, à obrigando oferecer e garantir o serviço postal a todos os cidadãos brasileiros, independentemente de distinção de credo, cor, raça ou ideologia política. Ao particular existe a livre concorrência de mercado e ele aceita prestar serviços a seus clientes se quiser, discricionariedade a si vedada. A particular fixa os seus preços de acordo com os custos e com a margem de lucro que pretenda auferir. Já a EBCT depende da aprovação de tarifas por órgãos do governo federal. Portanto, não se pode confundir sua atividade com um serviço de transporte, pois são figuras totalmente distintas.

No que diz respeito ao ICMS, entende que este, conforme definido na CF/88, abrange no seu campo de incidência:

- a) as operações mercantis (operações relativas à circulação de mercadorias);
- b) as prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal;
- c) serviços de comunicação;
- d) produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de lubrificantes e combustíveis gasosos e de energia elétrica e;
- e) sobre a extração, circulação, distribuição ou consumo de minerais. Pela essência do serviço postal, deduz-se que ele não está incluso no conceito de fato gerador de ICMS, não podendo ser tributado, em virtude do princípio da legalidade. A simples leitura do texto da lei estadual que instituiu o ICMS, indica a inexistência de qualquer referência ao serviço de transporte postal como fato gerador desse tributo, não cabendo ao fisco pretender uma interpretação de forma expansiva da legislação, pois, para a segurança do contribuinte, a interpretação deve ser restritiva.

Cita jurisprudência dos Tribunais Federais e o entendimento manifestado 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.

Conclui sua defesa dizendo que para ser exigido o tributo o fato deve estar plenamente ajustado à norma, sem possibilidade de dúvida. Existindo dúvida, não há fato impositivo. Requer que seja acolhida a preliminar argüida, para que seja tornado sem efeito o Auto de Infração, ou, caso ultrapassada a preliminar, que no mérito se julgue o auto improcedente, ante a impossibilidade legal de sua lavratura e, ainda, por ser a impugnante ente integrante da administração pública e consequentemente imune ao imposto, bem como por ser indevido o lançamento em virtude de o

serviço de transporte de objetos postais e encomendas não ser passível de tributação, e, por fim, reitera o artigo 11 da Lei 6.538/78, que transcreve.

Na informação fiscal (fls. 41/43) o autuante diz que em 25/01/2006, foi lavrado o Termo de Apreensão nº 136614, relativo a mercadorias desacompanhadas de nota fiscal, amparado pelo disposto nos artigos 201, I c/c 39, I, “d” do RICMS-BA. Reproduz o teor dos aludidos artigos do diploma regulamentar baiano. Entende que o autuado pretende usufruir da imunidade tributária, sem contudo estar respaldado por norma legal. Salienta que os órgãos da Administração Pública também são considerados sujeitos passivos da obrigação tributária. Transcreve o artigo 36 do RICMS que trata da matéria, asseverando que a EBCT, é uma empresa pública que se enquadra perfeitamente no texto legal, sendo portanto, sujeito passivo da relação jurídica tributária. Diz que vigora atualmente o Protocolo nº 32/01, que em sua cláusula 3ª estabelece as exigências fiscais dos transportadores de cargas. Ademais, informa que o RICMS-BA, no seu artigo 410-A preleciona especificamente os procedimentos que norteiam as operações de transportes de cargas realizadas pela EBCT. Conclui, reafirmando a imputação feita através do Auto de Infração lavrado.

O julgador de Primeira Instância emite o seguinte voto:

“Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, pois presentes todos os pressupostos de validação do processo. Tanto o Termo de Apreensão como o Auto de Infração foram lavrados com a observância das exigências regulamentares, notadamente o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, em seu artigo 18.

No mérito, verifico que se trata de apreensão de 38 peças relativas a calças tipo “jeans”, remetidas através de SEDEX nº EC 134650688 BR, desacompanhadas de nota fiscal, caracterizando-se como mercadorias com o intuito de comercialização pelo adquirente.

Discute-se, a responsabilidade solidária da EBCT, relativamente ao ICMS, pelo fato de terem sido encontradas mercadorias em suas dependências sem documento fiscal.

No que concerne à Lei nº 6.538/78, que disciplina a prestação de serviço postal, esta estabelece em seu artigo 10, inciso II o seguinte:

“Art 10 - Não constitui violação do sigilo da correspondência postal a abertura de carta:

(...)

II - que apresente indícios de conter objeto sujeito a pagamento de tributos”;

Já o Código Tributário Nacional – CTN, dispõe em seu artigo 124, “in verbis”:

“ Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I – as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal:

II – as pessoas expressamente designadas por lei”

Por sua vez, a Lei nº 7.014/96 traz, em seu artigo 6º, a previsão da responsabilidade solidária com fulcro no artigo 5º, da Lei Complementar nº 87/96, o que foi inserido no RICMS/97, em seu artigo 39, abaixo transcrito:

“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 aceitem 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.”

Verifica-se que a responsabilidade solidária está perfeitamente definida na legislação do ICMS da Bahia, afastando, a meu ver, a discussão sobre a condição de contribuinte ou não, da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, na situação fática analisada.

Vale registrar, que o Conselho de Fazenda Estadual, através das Juntas e Câmaras de Julgamento, em diversas decisões já pacificou o entendimento de que a EBCT é solidariamente responsável na condição de transportador pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, assim como qualquer pessoa física ou jurídica, em relação às mercadorias que detiver para comercialização ou simples entrega, desacompanhadas da documentação exigível ou com documentação fiscal inidônea.

Relativamente à arguição de inconstitucionalidade, informo que o artigo 167, I, do RPAF/99, afasta da competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA da autuação.”

Em seu Recurso Voluntário o recorrente repete basicamente os argumentos expendidos em sua defesa, constantes de diversos outros autos semelhantes. Argúi em seu favor: a imunidade tributária recepcionada pela Constituição Federal através do decreto da criação da EBCT, e da Lei nº 6.538/78; que não foram observadas as disposições contidas no Protocolo nº 23/88; e que cabe exclusivamente à União legislar sobre serviço postal.

A PGE/PROFIS, em seu Parecer, rejeita preliminar argüida, pois a irregularidade apontada em nada afeta os princípios de ampla defesa e do contraditório em face da clareza do AI. No mérito, opina pelo não Provimento do Recurso Voluntário, argumentando que não cabe falar em imunidade tributária, haja vista que, como afirmado pelo próprio recorrente, sendo a ECT uma empresa pública, há que se sujeitar, conforme art. 173 da CF, ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações tributárias. O RICMS prevê que a ECT deva ter controle e fiscalização das mercadorias objeto do serviço postal, exigindo que conste da embalagem das encomendas nacionais que contenham mercadorias, sendo o remetente contribuinte do ICMS, o número da Nota Fiscal respectiva.

VOTO

A questão da imunidade tributária do recorrente, argüida preliminarmente, já foi enfrentada e refutada pela Junta de Julgamento Fiscal, todavia a mesma preliminar volta a ser suscitada no Recurso Voluntário. Sobre essa matéria, não há dúvida que a ECT não está amparada na imunidade tributária prevista no art. 150, VI, “a”, da Constituição Federal, uma vez que ela, por força do disposto no art. 173, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, ao prestar o serviço de transporte de mercadorias mediante remuneração, está sujeita 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.

O Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos foi lavrado de acordo com o previsto na legislação tributária, não havendo nenhum descumprimento de exigência legal. 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.

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

No mérito, constato que os autos comprovam que o recorrente transportou mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, encontradas em suas dependências. Nessa situação, por força do disposto no art. 6º, III, “d”, e IV, da Lei nº 7014/96, o recorrente, que exercia a função

de transportador e que detinha as mercadorias, era solidariamente responsável pelo pagamento do imposto e acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, sendo relevante frisar que essa responsabilidade solidária não comporta benefício de ordem. 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 nº 7.014/96.

Não vislumbro, no Protocolo ICMS 32/01, qualquer dispositivo que afaste a responsabilidade solidária da ECT – prevista no art. 6º, III, “d”, e IV, da Lei nº 7014/96 – quando ela recebe para transportar mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal. O Protocolo ICMS 32/01 não revoga ou limita o disposto no art. 6º da Lei nº 7.014/96, pois isso implicaria violação do princípio da hierarquia das leis, bem como daria um tratamento privilegiado à ECT e, portanto, ofenderia também o princípio da isonomia. A cláusula terceira do Protocolo ICMS 32/01 prevê que além do cumprimento das obrigações tributárias previstas na legislação do ICMS para os transportadores de cargas, os Estados deverão exigir que a ECT faça o transporte de mercadorias acompanhadas da devida documentação fiscal.

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.

No momento da postagem da encomenda através do SEDEX, o recorrente 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 das mercadorias.

Em face do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão recorrida em todos os seus termos.

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 **232874.0009/06-0**, lavrado contra a **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$445,74**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de outubro de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS