

PROCESSO - A. I. Nº 123433.0103/06-0
RECORRENTE - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 5ª JJF nº 0284-05/06
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 28/12/2006

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0492-11/06

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 PROVÍDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário à Decisão recorrida, relativa ao Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/06/06 pela fiscalização do trânsito de mercadorias, exigindo por responsabilidade solidária, ICMS no valor de R\$528,61, acrescido da multa de 100%, em decorrência do autuado transportar mercadorias desacompanhadas de documento fiscal, conforme Termo de Apreensão 135327.

Frente a observarem presentes os pressupostos de validação do processo, preliminarmente a ilustre 5ª. JJF rejeita a nulidade argüida pelo autuado, pois o Termo de Apreensão como o Auto de Infração foram lavrados com observância das exigências contidas no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, em seu artigo 39, incisos, alíneas e parágrafos, afastadas quaisquer das hipóteses previstas no artigo 18, seus incisos, alíneas e parágrafos, bem como foram observadas as disposições do Protocolo 23/88, em seu § 1º da Cláusula Segunda.

Observam os ilustres julgadores que o Auto de Infração imputa responsabilidade solidária à ECT para pagamento do ICMS, em virtude de manterem mercadorias em suas dependências sem documento fiscal, conforme Termo de Apreensão nº 135327, com fulcro no artigo 201, inciso I, c/c o artigo 39, inciso I, alínea “d”, do RICMS/97, removendo desta forma a argüição de nulidade por não ter sido identificado como sujeito passivo da obrigação tributária o remetente ou o destinatário da mercadoria.

Em relação à inconstitucionalidade aventada, apontam os senhores julgadores para o artigo 167, I, do RPAF/99, que afasta da competência dos órgãos julgadores a declaração e mesmo a análise dessa matéria.

E à alegação do autuado de gozar da imunidade prevista no artigo 150, VI da Constituição Federal de 1988 e que, desta forma, não poderia ter sido apontado como sujeito passivo da relação tributária, cabe destacar que esta imunidade diz respeito unicamente à vedação da instituição de impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços dos entes políticos tributantes, extensiva às suas autarquias e fundações, portanto, não alcançando a ECT, por não ser autarquia, nem fundação, e sim, uma empresa pública. Após a Constituição Federal de 1988, ficou a ECT sujeita às mesmas regras das empresas privadas, tanto em relação ao regime jurídico em que deve ser constituída, quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, ao arrimo do art. 173, § 1º da Constituição Federal.

Citam para embasamento do mérito, o Código Tributário Nacional, transcrevendo o artigo 124, I e II, e a Lei nº 7014/96, art. 39, I “d” e V, para em comento concluir que a responsabilidade solidária está perfeitamente definida na legislação do ICMS da Bahia, liquidando com a discussão sobre não ser contribuinte a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, conforme alegado pela mesma.

Ainda que, continuam em seu relatório, o autuado não pudesse ser considerado transportador, estaria obrigado ao pagamento do imposto, frente a responsabilidade solidária, cuja regra está insculpida no inciso V do art. 39 do RICMS/97, acima transcrito.

Realçam os ilustres julgadores que embora a prestação de serviços postais não possa ser confundida com o serviço de transporte de carga, no presente lançamento não se exige o ICMS sobre serviços postais. Cobra-se o ICMS, na condição de responsável por solidariedade, pelo fato de encomenda, via SEDEX, estar desacompanhada da documentação fiscal correspondente, nada mais havendo a se comentar ou a falar em quebra de sigilo da correspondência ou inviolabilidade do objeto postal.

Aduz o ilustre relator que o CONSEF, através das Juntas e das Câmaras de Julgamento Fiscal, já firmou o entendimento que a ECT é solidariamente responsável pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos, como contribuinte de direito, assim como seria com qualquer pessoa física ou jurídica, em relação às mercadorias que detivesse para comercialização ou simples entrega, desde que desacompanhadas da documentação fiscal ,ou com a mesma inidônea.

E encerram seu relatório julgando pela Procedência do Auto de Infração.

Em sede de Recurso Voluntário, advogados prepostos do recorrente reportaram-se a decisões da Justiça Federal em dois Estados da Federação (Ceará e Rio Grande Sul) que se pronunciaram contrários à existência da relação jurídica que obrigue a ECT a efetuar o recolhimento do ICMS sobre os serviços postais e à jurisprudência administrativa. Como exemplos, citou que o setor consultivo da Inspetoria Geral de Tributação, da Coordenação da Receita Estadual da Secretaria da Fazenda do Estado do Paraná, respondendo à Consulta nº 195/92, concluiu que os serviços postais não são alcançados pela incidência do ICMS. Ainda no Estado do Paraná, o Pleno do Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, apreciando o Auto de Infração nº 01.3685761-4, lavrado contra a ECT, proferiu o Acórdão nº 283/94, afirmando que os serviços postais prestados pela referida empresa não se confundem com serviços de transporte de cargas, estando fora do campo de incidência do ICMS.

Cita jurisprudência relativa a Pareceres sobre a matéria em discussão, versadas a partir da 2ª Vara Federal de Porto Alegre/RS, Consulta à Secretaria da Fazenda do Paraná de nº 195/92, bem como o Acórdão nº 283/94 desse Estado.

Transcreve o art. 11 da Lei nº 6.538/78, para reafirmar que sendo os sujeitos da relação tributária em questão, o Estado da Bahia e o destinatário e/ou o remetente do Sedex, não há como se considerar a ECT como responsável tributária na presente demanda.

Alega a inexistência de solidariedade, pois o RICMS não atinge a ECT por não se tratar a mesma de contribuinte, por gozar de prerrogativa de imunidade tributária.

O recorrente indicou que a configuração da incidência tributária exige exata adequação do fato à norma. Reproduziu comentários jurídicos acerca do princípio da tipicidade. Requeru seja acolhida a preliminar argüida, para ser tornado sem efeito o Auto de Infração ou, caso ultrapassada a preliminar, que no mérito seja o mesmo julgado improcedente, com a desconstituição da multa aplicada, ante a sua impossibilidade legal e, ainda, por ser o impugnante ente integrante da Administração Pública e assim, imune ao lançamento do imposto ou inscrição de qualquer multa em Dívida Ativa, conforme expresso em lei recepcionada pela Carta Magna.

A autuante prestou informação fiscal às fls. 43 a 54 transcrevendo artigo elaborado por auditores fiscais da IFMT/METRO e apresentado em curso de pós-graduação, onde é apresentado estudo sobre a responsabilidade da ECT em relação às mercadorias por ela transportadas, e assim proporcionar esclarecimentos quanto à responsabilidade solidária da ECT pelo pagamento do ICMS.

Mencionado estudo apresenta aspectos que demonstram similaridade no serviço realizado pelo autuado com aquele feito pelas empresas privadas de transporte, tais como: responsabilidade pela guarda da carga transportada; obediência a prazos de entrega dos produtos; adoção de preços para os serviços com base no peso, no volume e no valor dos produtos transportados e na localização do destinatário; possibilidade de aplicação de seguro por acidentes no transporte; utilização dos mesmos meios de transporte; e, por fim, os dois tipos de empresas são passíveis de fiscalização pelos órgãos públicos competentes, não havendo nenhum impedimento legal quanto à conferência dos produtos transportados.

Destacam nas informações, que com a adesão da Bahia ao Protocolo ICMS 32/01, o tratamento dispensado às transportadoras privadas passou a ser dirigido também à ECT, a qual se tornou obrigada a fazer os transportes de cargas acompanhados dos respectivos manifestos de carga, dos conhecimentos de transporte e das notas fiscais, além de ter que apresentá-los nos postos fiscais pelos quais transitam seus veículos. Relatam a cláusula quarta desse protocolo, que determina: “*A qualificação dos bens não impedirá a exigência do ICMS devido e a aplicação das penalidades cabíveis nos casos em que ficar constatado que os objetos destinam-se à venda ou revenda no destino, tributadas pelo referido imposto*”.

Informa que predomina no CONSEF a jurisprudência de que a ECT está sujeita à norma da responsabilidade solidária, por estar subordinada ao regime jurídico próprio das empresas privadas, de acordo com o art. 173 da CF/88, não podendo gozar de privilégios fiscais não extensíveis ao setor privado.

Aduzem que a ECT tanto pelo fato de ser uma empresa pública que explora atividades de natureza econômica concorrendo com empresas privadas, quanto por cobrar preços e tarifas pela utilização dos seus serviços, não tem respaldo legal de alegar para si uma indevida imunidade tributária, podendo e devendo ser responsabilizada por solidariedade e intimada a pagar o ICMS correspondente a mercadorias que transporta desacompanhadas de documentação fiscal, não importando para tanto se foi qualificada como transportador ou apenas detentor das mercadorias, independentemente de classificar estas mercadorias como encomendas ou objetos postais.

Opinou pela manutenção da autuação.

No Parecer emanado, a ilustre procuradora da PGE/PROFIS, assenta-se sobre bases seguintes alegadas pelo recorrente;

- a) A alegada ilegitimidade passiva da ECT não encontra guarida, porquanto o disposto nos artigos 121 e 128 do CTN a caracterizam como sujeito passivo responsável pela obrigação;
- b) Cita a ilustre procuradora a legislação estadual, artigo 12 inciso I alínea “d” do COTEB, mediante o qual classifica de responsável pelo imposto a promotora do transporte de mercadorias sem cobertura fiscal ou inidônea;
- c) Aponta os temas centrais da tese do recorrente; 1) imunidade recíproca prevista no art. 150 VI alínea “a” da CF/88; 2) exercendo serviço tipicamente público em regime de monopólio, não recebe a aplicação do art. 173, § 1º da CF/88.

Discorre extensa narrativa sobre esses tópicos, citando notáveis juristas, analisando tecido legal que envolve a questão, manifestando-se em Parecer ao final, pelo entendimento que não se aplica à situação em tela a imunidade recíproca aventureira pela ECT, pois a empresa presta também o serviço de transporte, incluído o qual no campo de incidência do ICMS, que restou evidenciado na explanação realizada em seu Parecer.

Aduz que a ECT não exigindo a presença da nota fiscal das mercadorias a serem transportadas por via postal, foi corretamente autuada como responsável pelo tributo, nos moldes da legislação. Ressalta o posicionamento da DITRI acerca dessa matéria, cujo Parecer é pela responsabilidade solidária da ECT enquanto empresa transportadora, promovendo circulação de mercadorias sem a competente nota fiscal, ou sendo esta inidônea.

Conclui a ilustre procuradora, face à pulsão da melhor jurisprudência sobre a matéria, pelo Conhecimento do Recurso Voluntário e pelo seu Improvimento.

VOTO

Preliminarmente afasto o pedido suscitado pelo sujeito passivo, tendo em vista que o Termo de Apreensão nº 135327, que dá base à autuação, atende às formalidades requeridas pelo Protocolo ICM 23/88 (citado pelo autuado, porém já revogado pelo Protocolo ICMS 32/01), realçando que durante a ação fiscal as vias do referido termo tiveram a destinação prevista naquele protocolo: uma foi entregue à ECT, outra acompanhou as mercadorias apreendidas até o depósito da IFMT/Metro para ser entregue ao destinatário ou ao remetente e a última foi anexada ao processo. Não obstante destaco ainda não se incluir na competência deste CONSEF a declaração de inconstitucionalidade, nos termos do art. 167, I do RPAF/99.

De forma oposta à afirmativa do autuado, consta do citado Termo de Apreensão a identificação do remetente e do destinatário das mercadorias objeto da autuação, entretanto é atribuída a responsabilidade solidária pelo pagamento do imposto à ECT, dado terem sido encontradas mercadorias em suas dependências desacompanhadas de documento fiscal, com fundamento no art. 201, I, combinado com o art. 39, I, “d”, do RICMS/97, descabendo a argüição de nulidade por ter sido identificada a ECT como autuada e não o remetente e/ou o destinatário.

O impugnante argumentou gozar da imunidade prevista no artigo 150, VI da Constituição Federal de 1988 e que, desta forma, não poderia ter sido apontado como sujeito passivo da relação tributária. Destaco que a alegada imunidade do sujeito passivo, diz respeito tão somente à vedação da instituição de impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços dos entes políticos tributantes e somente é extensiva às suas autarquias e fundações.

Restam assim afastados os pedidos de nulidade apresentados pelo recorrente, considerando ademais que o procedimento fiscal não violou as regras contidas no artigo 18, IV, “a”, do RPAF/99, haja vista que a infração foi descrita de forma clara, estando fundamentada no Termo de Apreensão, que embasou a acusação fiscal, determinando com segurança a infração e o infrator. Destaque-se que o recorrente, no exercício do seu direito de ampla defesa e do contraditório, apresentou impugnação, demonstrando ter pleno conhecimento dos fatos arrolados na acusação fiscal que originou a lavratura do presente Auto de Infração.

Não possível de acolhimento o requerimento do autuado baseado no art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96, para cancelamento da multa aplicada, considerando que esse dispositivo legal se refere aos casos de atribuição de penalidade por descumprimento de obrigação acessória que não impliquem em falta de pagamento do ICMS, que não é o fulcro do caso em tela.

No mérito, constato que o autuado não trouxe nenhuma prova de existência de qualquer equívoco no lançamento efetivado pela autuante, o qual caracteriza a infração de forma detalhada.

Observo que a ECT não é autarquia, nem fundação, e sim, uma empresa pública. E, assim sendo, após a Constituição Federal de 1988, está sujeita às mesmas regras das empresas privadas, tanto em relação ao regime jurídico em que deve ser constituída, quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, ao arrimo do art. 173, § 1º da Constituição Federal.

A Lei nº 7.014/96 cuida da responsabilidade solidária no art. 6º, tratando de normas endereçadas a todas as pessoas passíveis de atribuição de responsabilidade solidária.

O Estado da Bahia, juntamente com as demais unidades da Federação, firmou com a ECT o Protocolo ICM 23/88 e os Protocolos ICMS 15/95 e 32/01, sendo que este último revogou os anteriores.

O entendimento deste CONSEF é de que, embora a prestação de serviços postais não possa ser confundida com o serviço de transporte de carga, no presente Auto de Infração não se está a exigir o ICMS sobre tais serviços postais. O lançamento tributário atribui à ECT a condição de responsável por solidariedade, exigindo o pagamento do imposto, pelo fato de a encomenda, , estar sendo transportada desacompanhada da documentação fiscal correspondente.

O RICMS/97, trata das determinações contidas no art. 39, I, “d”, V, §3º e §4º, para os casos de responsabilidade por solidariedade. E o art. 410-A do Regulamento estabelece as rotinas a serem seguidas pela fiscalização estadual na verificação das remessas postais, inclusive pela ECT.

Concluo, portanto, mesmo que o autuado não pudesse ser considerado transportador, estaria obrigado ao pagamento do imposto, em razão de responsabilidade solidária, em face da regra insculpida no inciso V do artigo 39 do RICMS/97, acima transcrito.

Voto pela NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado para manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração.

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 123433.0103/06-0, 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\$528,61, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “a”, da Lei nº 7.014/96, e acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de dezembro de 2006.

ANTONIO FERRREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGF/PROFIS