

PROCESSO - A. I. Nº 1234330108/06-1
RECORRENTE - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JF nº 0273-04/06.
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 08/03/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0035-12/07

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS RELATIVO À MERCADORIA ACEITA PARA ENTREGA SEM A CORRESPONDENTE NOTA FISCAL. EMPRESA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. 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, mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão da Junta de Julgamento. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte para impugnar a Decisão de 1ª Instância que julgou Procedente o Auto de Infração em lide, lavrado em 07/07/2006, no trânsito de mercadorias, o qual exige ICMS no valor de R\$ 26.580,15, acrescido da multa de 100%, referente ao transporte de mercadorias sem documentação fiscal, conforme Termo de Apreensão lavrado e acostado à fl. 05 dos autos.

A Junta de Julgamento Fiscal ao decidir a lide exarou o voto a seguir transcrito:

“Dos documentos acostados pelo autuante, verifica-se que o Auto de Infração foi lavrado por ter sido encontrada, na agência do autuado (Empresa de Correios e Telégrafos – ECT), uma encomenda composta de diversas jóias remetidas através de SEDEX, relacionadas às fls. 5 a 09 dos autos, desacompanhadas de documentação fiscal, conforme explanação no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos, fl. 05.

Em razão do disposto no artigo 39, inciso I, alínea “d”, do RICMS/97, o preposto fiscal entendeu que:

- 1. tratava-se de mercadorias;*
- 2. o autuado se equiparava a um transportador e, portanto, respondia solidariamente pelo pagamento do ICMS incidente sobre a operação.*

O autuado desenvolveu sua argumentação inicialmente alegando que não pode ser apontado como sujeito passivo da relação tributária porque goza da imunidade prevista no artigo 150, inciso VI, da Constituição Federal de 1988.

Para uma melhor análise da questão, transcreverei a seguir os dispositivos constitucionais concernentes à questão:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

VI - instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

§ 2º A vedação do inciso VI, a, é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo poder público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.

§ 3º As vedações do inciso VI, a, e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exoneram o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de serviços, dispondo sobre:

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

§ 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

O Decreto-Lei nº 509/69 determinava o que se segue:

Art 1º O Departamento dos Correios e Telégrafos (DCT) fica transformado em empresa pública, vinculada ao Ministério das Comunicações, com a denominação de Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), nos termos do artigo 5º, item II, do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.

Art 12. A ECT gozará de isenção de direitos de importação de materiais e equipamentos destinados aos seus serviços, dos privilégios concedidos à Fazenda Pública, quer era relação à imunidade tributária, direta ou indireta, impenhorabilidade, de seus bens, rendas e serviços, quer no concernente a foro, prazos e custas processuais.

Por sua vez, a Lei nº 6.538/78, que disciplina a prestação de serviço postal, estabelece 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;

Parágrafo único - nos casos dos incisos II e III a abertura será feita obrigatoriamente na presença do remetente ou do destinatário.

Da análise dos dispositivos acima transcritos, conclui-se que:

1. O Decreto-Lei nº 509/69 transformou o antigo Departamento dos Correios e Telégrafos (DCT) em empresa pública, vinculada ao Ministério das Comunicações, com a denominação

de Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), o que foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988;

2. no entanto, ao contrário do que alega o autuado, entendo que a imunidade tributária de que gozava a ECT, por força do Decreto-Lei nº 509/69, não foi recepcionada pela Carta Magna de 1988, pois tal privilégio contrariava frontalmente o disposto no § 3º do artigo 150 e no § 2º do artigo 173 de nossa Carta Maior.

Dessa forma, sendo o autuado empresa pública, após a Constituição Federal de 1988, está sujeito às mesmas regras das empresas privadas, tanto em relação ao regime jurídico em que deve ser constituído, quanto relativamente aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, podendo, inclusive, ser objeto de fiscalização pelo Estado (compreendido nesse conceito, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios). Dessa forma, considero que o contribuinte não está enquadrado nas hipóteses de imunidade previstas no artigo 150 da Constituição Federal de 1988.

Ressalte-se, por oportuno, que o fato de ter sido decidido, pelo STF, que o autuado tem direito à “execução de seus débitos trabalhistas pelo regime de precatórios por se tratar de Entidade que presta serviço público”, não significa que possui imunidade tributária. A Decisão judicial apenas reafirma o caráter público dos serviços prestados pelo contribuinte, fato amplamente reconhecido, mas que não lhe retira o dever de pagar os tributos porventura devidos.

Ultrapassada essa questão, deve-se indagar se a atividade exercida pelo autuado – serviço postal na modalidade encomenda -, pode ser entendida como um serviço de transporte e, como tal, se constitui em fato gerador do ICMS.

Conforme decisões trazidas aos autos pelo contribuinte, a Justiça Federal já se manifestou a respeito, em várias oportunidades, entendendo que não há a relação jurídico-tributária que embase a exigência de ICMS sobre a prestação de serviços postais, pois tal atividade não pode ser confundida com o serviço de transporte de cargas.

O Estado do Paraná também já se pronunciou sobre a matéria, através de seu Setor Consultivo e do Conselho de Contribuintes, decidindo que os serviços postais, prestados pela ECT, não se confundem com serviços de transporte de cargas, estando, portanto, fora da incidência do ICMS.

Todavia, embora toda a argumentação do autuado se fundamente no fato de que não se pode exigir o ICMS sobre os serviços que presta, porque eles não se confundem com o serviço de transporte de cargas, no presente Auto de Infração não se está a exigir o imposto estadual sobre tais serviços postais.

Na verdade, este lançamento cobra o ICMS do autuado, por responsabilidade solidária, pelo fato de a encomenda, remetida via SEDEX, estar sendo transportada sem a necessária documentação fiscal.

O RICMS/97, nos casos de responsabilidade por solidariedade, se expressa nos seguintes termos:

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. (grifos não originais)*

§ 3º A responsabilidade prevista neste artigo não exclui a do contribuinte, facultando-se ao fisco exigir o crédito tributário de qualquer um ou de ambos os sujeitos passivos.

§ 4º O responsável por solidariedade sub-roga-se nos direitos e obrigações do contribuinte, estendendo-se a sua responsabilidade à punibilidade por infração tributária, ressalvado, quanto ao síndico e ao comissário, o disposto no parágrafo único do art. 134 do Código Tributário Nacional.

Assim, constata-se que, mesmo que o autuado não seja considerado transportador, estaria igualmente obrigado ao pagamento do imposto com os acréscimos devidos, em razão de responsabilidade solidária, porque enquadrado no inciso V do artigo 39 do RICMS/97, acima transcrito.

É oportuno lembrar 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.

Resta examinar, apenas, se o conteúdo da encomenda, como indicado no presente lançamento, pode ser considerada mercadoria. Como mencionado anteriormente, foram apreendidos pela Fiscalização, diversas jóias, conforme Termo de Apreensão nº 136624, fl. 05.

Considero que, pela quantidade e características, tais produtos devem ser considerados mercadorias para comercialização.

Ainda que o Termo de Apreensão não tivesse sido elaborado em três vias, em descumprimento ao Protocolo ICM 23/88, tal fato não inquinaria de nulidade o lançamento porque o autuado recebeu uma das vias do documento.

Por tudo quanto foi exposto, rejeito as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado.

Como o autuado não adentrou o mérito da autuação, entendo que está correto o valor exigido, mesmo porque é inadmissível, à luz do Princípio Constitucional da Isonomia, que se dê tratamento privilegiado ao autuado em detrimento de outros contribuintes que com ele competem no mercado em que atua.

A Constituição Federal, no § 2º do artigo 173, estabelece, como citado anteriormente, que “as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado”, sob pena de asfixiarem de tal forma seus concorrentes que se criaria um ambiente desleal, contrário a qualquer sistema capitalista.

Quanto ao Protocolo ICM 23/88, firmado entre os Estados em 06 de dezembro de 1988 quando ainda vigia o ICM, apenas estabelece normas de controle de fiscalização relacionada com o transporte de mercadorias efetuado pelo autuado, em nenhum momento dispensando a Empresa de Correios e Telégrafos de ser responsabilizada pelo pagamento do tributo, porventura devido em razão das ações fiscais ali desenvolvidas. Semelhantes procedimentos a serem adotados pela fiscalização foram repetidos no Protocolo ICMS 32/01, publicado no DOU de 04.10.01.

Por outro lado, o Protocolo ICMS 15/95, foi firmado pelas unidades federadas para “implementar rotinas de controle e fiscalização das remessas postais com vistas à verificação do cumprimento da obrigação de pagamento do ICMS nas operações de mercadorias”, inclusive nas importações sob o regime de Tributação Simplificada.

O citado Protocolo tornou-se necessário, ao exercício da fiscalização do imposto estadual, em razão das atividades peculiares desenvolvidas pela Empresa Brasileira de Correios e

Telégrafos, com a previsão, na Constituição Federal, da vedação à quebra do sigilo da correspondência.

Tal Protocolo não foi adotado para dispensar o autuado do pagamento do imposto devido e previsto nas hipóteses legais. Ao contrário, determina, em sua Cláusula quinta que “constatado que mercadorias ou bens contidos em remessas postais internacionais sem exigência do comprovante do ICMS, ou sendo o caso, da Declaração de Desoneração do ICMS na Entrada de Mercadoria Estrangeira, serão adotados contra a ECT os procedimentos fiscais previstos na legislação de cada unidade federada”, não podendo ser diferente o tratamento dispensado ao autuado nas remessas internas de mercadorias.

Quanto à manifestação da destinatária através do seu representante legal, apesar da alegação não de que a destinatária enviou as jóias para polimento em São Paulo não há provas nos autos desta alegação.

Para determinar a base de cálculo do imposto, o autuante corretamente utilizou os preços constantes nas etiquetas de cada item e o preços levantados na empresa Tércia Com. Ltda, inscrição estadual nº 51651516.

Quanto ao questionamento da apreensão de mercadorias, o autuante procedeu conforme determina o RICMS/97, que trata especificamente das ocorrências no ECT, conforme segue:

*“Art. 410-A. Serão adotados os procedimentos de fiscalização previstos neste artigo, relativos aos serviços de transportes e às mercadorias e bens transportados pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), nas seguintes remessas (Protoc.. 32/01):
(.....)*

*§ 10. No ato da verificação fiscal de prestação do transporte irregular ou das mercadorias e bens em situação irregular deverão as mercadorias e os bens ser apreendidos ou retidos pelo Fisco, mediante lavratura do termo de apreensão de mercadorias ou bens, previsto no art. 940 deste regulamento, para comprovação da infração, observando que:
(.....)”*

De tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

Na peça recursal, inserida às fls. 107 a 130 dos autos, que contempla as mesmas teses apresentadas na defesa submetida ao julgador de 1º grau, o autuado inicialmente entende que está amparado pela imunidade tributária recíproca. Diz que a referida imunidade já foi fartamente explicitada pelo STF que recepcionou o Decreto instituidor dos Correios. Visando sustentar sua alegação, transcreve parte do Acórdão proferido pelo Ministro Moreira Alves no julgamento do RE – 235677/MG.

Em seguida, transcreve alguns dos dispositivos do Protocolo ICM 23/88, suscitando como preliminares de nulidade do lançamento, os seguintes fatos:

1. não foram observadas as determinações contidas no Protocolo ICM 23/88, isto é, entende que a autuante poderia ter efetuado a identificação do remetente e do destinatário das mercadorias apreendidas;
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 transportador;
3. o autuado 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 também por particulares. Todavia, entende que 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. Argumenta, ainda, que as correspondências, valores e encomendas são 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 19/98. 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) e seus serviços onerados tributariamente (por serem da 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, ditas 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, qual seja, 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 de outros Tribunais 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 do imposto 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”*.

A destinatária das mercadorias, através da Decisão Liminar em Mandado de Segurança nº 1547640/2006-57.866, obteve a liberação das mesmas, conforme consta às fls. 17/18 dos autos. Apresentou, também, através de seu advogado, Recurso contra a Decisão da JJF, relatando que a mesma enviou as jóias para polimento em São Paulo e para sua surpresa no retorno, as jóias foram apreendidas por prepostos do fisco estadual da Bahia.

Argumentou que os bens apreendidos, qualificados como jóias de ouro, não são mercadorias, mas apenas bens pessoais em trânsito. Anexou cópia de nota fiscal de prestação de serviços de nº 1139 (doc. fl. 163), que segundo afirma, acompanhava os bens, para demonstrar a inoccorrência de fato gerador do ICMS. Afirmou que as jóias foram enviadas a São Paulo para fins de polimento. Ressaltou que a Decisão da Junta deixou de apreciar as provas anexadas na defesa, o que inquina de nulidade aquela Decisão. No mérito, requereu a revisão do Acórdão recorrido, para se julgar improcedente o Auto de Infração em face da inexistência de fato gerador do ICMS.

A Procuradoria Estadual ao se manifestar nos autos acerca do Recurso Voluntário, opinou pelo Não Provimento do apelo empresarial, rechaçando a tese da imunidade tributária recíproca, não aplicável a EBCT, que se submete ao regime tributário similar às empresas privadas, nos termos do art. 173, § 1º, inc. II, já que o serviço de transporte de cargas e bens não se confunde com os

serviços postais. Inafastável, portanto, a responsabilidade tributária do autuado, por efetuar transporte de bens ou mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal.

VOTO

Neste processo se encontra sob apreciação dois Recursos. Ambos interpostos, conjuntamente pelo autuado, na condição de transportador, e pela destinatária das mercadorias, esta última na condição de terceiro interessado, nos termos do art. 4º, do RPAF/99, posto que se insere na relação processual como pessoa que também se encontra submetida à exigência fiscal, na condição de proprietária dos produtos objeto da autuação.

Analisando, inicialmente, o Recurso Voluntário apresentado pela destinatária, cabe afastar, de início, a preliminar de nulidade da Decisão da Junta de Julgamento Fiscal, visto que a mesma não padece dos vícios apontados pelo recorrente, já que a prova documental que a defesa afirma não ter sido enfrentada pelo julgador de 1º grau, mais especificadamente, a nota fiscal de retorno das mercadorias, foi anexada nos autos somente por ocasião da interposição do Recurso Voluntário. Inexiste, portanto, a omissão suscitada pelo recorrente.

Quanto ao mérito, a nota fiscal apresentada na peça recursal, visando provar que as mercadorias se encontravam acobertadas com documento fiscal no momento da apreensão dos bens na agência da Empresa de Correios e Telégrafos, revela que a remetente é a empresa Coml. Scala de Pratas e Folheados Ltda. No entanto, o Sedex foi remetido por Sabrina de Lima Pereira, com endereço à rua Cândido Lacerda, 167, aptº. 121, Tatuapé, São Paulo-SP, conforme foi indicado no Termo de Apreensão, doc. fl. 5. Deduz-se, por óbvio, que se trata de pessoas distintas, não se podendo estabelecer relação entre o documento apresentado e a operação objeto da ação fiscal. Ademais, não existe no processo qualquer documento, fiscal ou mesmo extrafiscal, que comprovasse que a carga apreendida fora remetida pelo recorrente para a empresa emitente da nota fiscal anexada, localizada no Estado de São Paulo, não se podendo fazer qualquer vinculação entre a operação de remessa e o correspondente retorno das jóias. Por conseguinte, a nota fiscal anexada pela destinatária não ilide a infração apontada no lançamento de ofício, por não se prestar a documentar a operação objeto da autuação, até porque, por se tratar de nota fiscal de prestação de serviços, a mesma não é o documento hábil para dar cobertura a operação de circulação de bens e mercadorias.

Além dos aspectos formais acima apontados, quanto à materialidade do fato, percebe-se, claramente, que a operação autuada, envolveu a circulação de diversas peças de ouro, avaliadas pelo fisco em R\$ 98.445,00. Chamou-nos a atenção a circunstância das mercadorias se encontrarem devidamente etiquetadas, com os correspondentes preços, fato que indica, na nossa avaliação, que as mesmas se destinavam à revenda, caracterizando, assim, o intuito comercial da operação. Subsumisse-se o fato nas disposições do art. 36 do RICMS/97, que prescreve a sujeição passiva tributária da pessoa física ou jurídica que realize operações de circulação de mercadorias em volume que caracterize intuito comercial. Logo, insubsistentes as alegações recursais, posto que não restou comprovado que a carga apreendida era de uso pessoal da destinatária.

Passo a analisar, agora, o Recurso Voluntário apresentado pelo autuado, (Empresa de Correios e Telégrafos), na condição de responsável solidário pelo tributo exigido no Auto de Infração. Neste Recurso Voluntário encontra-se em discussão o tema reiteradamente submetido a este CONSEF quanto a incidência do ICMS nas operações remessas de encomendas promovidas pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (EBCT), que realiza o transporte e entrega de mercadorias sem a devida cobertura da documentação fiscal exigida pela legislação do imposto. Cumpre saber se o recorrente pode integrar a relação jurídico-tributária em questão, na qualidade de sujeito passivo por responsabilidade solidária.

A questão da imunidade tributária argüida pelo recorrente, nas razões recursais preliminares, 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 a empresa, 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. A Procuradoria Estadual, ao opinar sobre a questão, ressaltou com bastante clareza que a imunidade recíproca invocada pelo recorrente não se aplica aos serviços prestados por empresas públicas “*em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário*”, pois a Constituição equipara estes serviços a serviços privados, pelo menos para fins de tributação. Não tem amparo no ordenamento jurídico pátrio a alegação de ilegitimidade passiva suscitada pelo recorrente.

Quanto aos aspectos formais do lançamento tributário, verifico que o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos foi lavrado de acordo com o previsto na legislação tributária (art. 940 a 945 do RICMS/97), não havendo nenhum descumprimento do Protocolo ICM 23/88. O citado Termo serviu para embasar o lançamento, não se apresentando no processo qualquer impedimento para que o recorrente conhecesse a acusação que lhe foi imputada e exercesse o seu direito de defesa. Não acatada essa segunda arguição de nulidade levantada pelo sujeito passivo.

Quanto à alegação de 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. Nas instâncias administrativas, a constitucionalidade das normas que integram o sistema jurídico devem ser presumidas restando a possibilidade da questão ser submetida ao Poder Judiciário, a quem compete, no Brasil, decidir as lides, produzindo coisa julgada material.

No mérito, constato que restou comprovado nos autos que o recorrente recebeu mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal para transportar, as quais foram 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.

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.

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 **1234330108/06-1**, lavrado contra **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$26.580,15**, 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, 05 de fevereiro de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA ALMEIDA – REPR. DA PGE/PROFIS