

PROCESSO - A. I. Nº 123433.0050/06-3
RECORRENTE - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0365-05/06
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 12/04/2007

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0080-11/07

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS RELATIVO A MERCADORIA ACEITA PARA ENTREGA SEM A CORRESPONDENTE NOTA FISCAL. EMPRESA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. Constatado o transporte de mercadorias, remetidas via SEDEX, desacompanhadas de documentação fiscal, é legal a exigência do imposto do detentor dos produtos em situação irregular, sendo-lhe atribuída a condição de responsável solidário, por ter aceitado para entrega mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal. Infração caracterizada. Este órgão julgador não tem competência para declarar a inconstitucionalidade da legislação tributária. Rejeitadas as preliminares de nulidades. Mantida a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão proferida pela 5ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir o ICMS, no valor de R\$1.575,28, acrescido da multa de 100%, em virtude da realização de operação com mercadorias sem documentação fiscal, conforme o Termo de Apreensão nº 136649 à fl. 04 dos autos.

O autuado apresentou defesa tempestiva, a informação fiscal foi prestada regularmente e o Auto de Infração foi julgado Procedente.

Em seu voto, o ilustre relator de 1ª Instância, declarou a procedência da autuação, afastando as preliminares de nulidade suscitadas pelo sujeito passivo, sob o argumento de que o Auto de Infração e o Termo de Apreensão respectivo, se encontravam revestidos das formalidades legais, inclusive em relação ao Protocolo ICM 23/88 - já revogado pelo Protocolo ICMS Nº 32/01- na medida que, durante a ação fiscal, as vias do referido Termo tiveram a destinação prevista naquele protocolo. Considerando que as mercadorias estavam de posse da ECT, o Termo de Apreensão foi emitido, corretamente, em seu nome.

Adentrando no mérito da autuação, assevera o relator que, *"como o autuado não adentrou o mérito da autuação, entendendo que esta 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."*

Embora tenha o autuado argumentado gozar da imunidade prevista no artigo 150, VI da Constituição Federal vigente, não podendo, conseqüentemente, ser apontado como sujeito passivo da relação tributária, o Relator aduziu que a ECT, pelo Decreto- Lei nº 509/69 foi transformada em empresa pública, 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, desta forma não se enquadra nas hipóteses de imunidade previstas no artigo 150 da Lei Maior.

Após transcrever o art. 39, incisos I, "d", V, e §§ 3º e 4º do RICMS-BA, o douto Relator afirmou que *"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"*. Segue tecendo comentários a cerca do Protocolo ICMS 5/95, que tornou-se necessário ao exercício da fiscalização do imposto estadual em virtude das atividades peculiares desenvolvidas pela ECT com a previsão, na Constituição da vedação á quebra do sigilo da correspondência.

Conclui, observando ter o autuante procedido corretamente ao utilizar os preços constantes na relação de Pedido às fl. 05, para determinar a base de calculo do Auto de Infração. Assim, com base na fundamentação resumidamente exposta, decidiu pela Procedência da autuação.

Inconformado com a Decisão proferida pela 5ª JF, o autuado apresentou Recurso Voluntário, onde sustenta as mesmas arguições de nulidades apresentadas perante a 1ª Instância de julgamento, argumentando, também, a ilegitimidade dos Correios para figurar no pólo passivo da relação tributária, aduzindo que o serviço postal não é transporte e, no mérito, assegurando que se encontra amparado na imunidade recíproca, prevista no art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69 e no preceito constitucional, conforme norma contida no art. 150, VI, "a", da Carta Magna.

Ainda reiterou, na peça recursal, que o serviço de postagem não é transporte e, por conseguinte, o recorrente não é uma transportadora. Transcreveu 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. Alegou o sigilo da correspondência e a inviolabilidade do objeto postal.

Outrossim, citou 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. Disse 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. Salientou 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.

Discorreu sobre o instituto da recepção das leis e, em seguida, transcreveu o art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69. Asseverou que esse artigo foi recepcionado pela Constituição Federal o que torna a EBTC imune a qualquer tipo de imposto. Para corroborar sua tese, afirmou 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. Comparou o serviço desenvolvido pela ECT e o prestado pelo transportador particular e, argumentou que não se pode confundir a atividade de simples transporte com o serviço postal, os quais são totalmente distintos.

Após discorrer sobre o ICMS e citar doutrina, disse que não pode ser considerado como responsável tributário pelo recolhimento do imposto sobre serviço de transporte de objetos postais, mesmo que seja de encomenda, nem há de se falar em ausência de emissão de nota fiscal para serviço imune. Citou a jurisprudência dos Tribunais Federais.

Frisou que a insistência na cobrança desse tributo configura flagrante inconstitucionalidade. Reiterou que o artigo 11 da Lei nº 6.538/78, dispondo 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. Requereu a nulidade do Auto de Infração e o Provimento do Recurso Voluntário.

A representante da PGE/PROFIS, ao se pronunciar nos autos, ressalta que o cerne da discussão, na espécie concreta versada, reside em dois pontos: 1) gozar a ECT da imunidade tributária recíproca consagrada na Constituição Federal; 2) ser a ECT responsável tributária pelas mercadorias que transporta desacompanhadas de documentação fiscal."

À vista dos pontos enunciados, opinou, que conforme documentos dos autos a ECT tem natureza jurídica de empresa pública, e transcreveu o art. 173 da Constituição Federal que indica a equiparação da empresa pública às empresas privadas no que tange ao regime jurídico e aos privilégios fiscais. Continua afirmando, de acordo com dispositivos constitucionais citados e doutrina transcrita, no Parecer, conclui que as empresas públicas, *“não possuem privilégios de qualquer espécie, portanto não gozam da imunidade tributária consagrada na Lei Maior.”*

Quanto à responsabilidade tributária do autuado pelo transporte de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, entende a Douta Procuradoria ser efetivamente a ECT, responsável pelo pagamento do imposto no caso sob julgamento, fundamentando-se no art. 6º, III, d da Lei nº 7.014/96 e no art. 5º da LC Nº 87/96 que responsabilizam aos transportadores pela condução de mercadorias sem documentação fiscal ou acompanhadas de documentação fiscal inidônea, respondendo pelo pagamento do tributo devido pelo contribuinte originário.

Finaliza, aduzindo que o RICMS, no Capítulo VI, art. 410 §4º, prevê a necessidade de constar na embalagem das encomendas nacionais (serviço postal), o número da nota fiscal respectiva, sendo o remetente contribuinte do ICMS. Admite que a ECT ao não exigir que constasse a nota fiscal da mercadoria transportada via postal, assumiu a responsabilidade pelo tributo ora exigido conforme legislação citada. Conclui opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Trata-se, neste Recurso Voluntário, de tema reiteradamente submetido ao CONSEF, relativo à incidência do ICMS nas operações de 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 5ª Junta de Julgamento Fiscal, todavia a mesma preliminar volta a ser suscitada no Recurso Voluntário. Sobre essa matéria, não há dúvida de 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, nesse passo, gozar de privilégios não extensivos ao setor privado. A Procuradoria Estadual, ao opinar sobre a questão, ressaltou, com bastante clareza, que a empresa pública, de acordo com a Constituição Federal, se equipara às empresas privadas no regime jurídico e nos privilégios fiscais, art. 173. Não havendo, portanto, amparo no ordenamento jurídico pátrio, para a imunidade tributária ou a alegação de ilegitimidade passiva invocadas pelo recorrente.

Quanto aos aspectos formais do lançamento tributário, verifico que o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos foi lavrado de acordo com a previsão legal (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 esta segunda argüição de nulidade levantada pelo sujeito passivo.

Quanto à alegação de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, observo 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, confirmo, nos autos, que o recorrente recebeu mercadorias para transportar, desacompanhadas de documentação fiscal, 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, exercendo a função de transportador e detendo 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 ao exposto acima, considero que a Decisão recorrida está correta e não merece retificação, 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 **123433.0050/06-3**, lavrado contra **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.575,28**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, "b", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de março de 2007.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

DERALDO DIAS DE MORAES NETO – REPR. DA PGE/PROFIS