

PROCESSO - A. I. Nº 123433.0013/07-9
RECORRENTE - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0114-05/07
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 16/10/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0362-12/07

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. 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. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal (5ª JJF) que julgou Procedente o Auto de infração em epígrafe, o qual foi lavrado pela fiscalização do trânsito de mercadorias para cobrar ICMS, no valor de R\$813,99, por responsabilidade solidária, em decorrência do transporte e detenção de mercadorias desacompanhadas de documento fiscal, conforme Termo de Apreensão nº 141348.

Na Decisão recorrida, as preliminares de nulidade suscitadas na defesa foram afastadas, pois entendeu a primeira instância que “*o autuado compreendeu e se defendeu da acusação, foi possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito, o que não acarretava a nulidade do lançamento, conforme disposto no art. 18, § 1º, do RPAF/99*”. Também salientou a 5ª JJF que o Auto de infração e o Termo de Apreensão estavam revestidos das formalidades legais previstas, que não houve ilegitimidade passiva e que não havia no lançamento qualquer erro ou vício capaz de acarretar a sua nulidade. Em seguida, foi ressaltado que, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária.

No mérito, o Auto de infração foi julgado procedente, tendo em vista que, no caso em tela, o ICMS estava sendo cobrado por responsabilidade solidária, nos termos do disposto no inciso V do artigo 39 do RICMS/97, já que o autuado transportava ou detinha mercadoria sem nota fiscal.

Inconformado com a Decisão proferida pela 5ª JJF, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário, onde alega que, além de o procedimento fiscal padecer de nulidade, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) encontra-se amparada pela imunidade tributária recíproca, fato que diz ter sido desconsiderado pelo julgador de primeira instância.

Transcreve decisões do Supremo Tribunal Federal, para demonstrar que direito aos privilégios conferidos à Fazenda Pública, bem como está abrangida pela imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, “a”, da Constituição Federal. 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 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. Diz que não possui legitimidade para figurar no pólo passivo da presente relação jurídico-tributária. 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. Frisa que o serviço postal não é transporte e, portanto, não é uma empresa transportadora. Requer a Nulidade do Auto de infração.

Prosseguindo em suas razões recursais, 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 respaldado no art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69. Salienta 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 totalmente distintos.

Após discorrer sobre o ICMS e citar doutrina, diz 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 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. Diz que não é responsável solidário pelo pagamento do imposto em questão, já que não é uma transportadora. 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 a Nulidade do Auto de infração e o Provimento do Recurso Voluntário.

Ao exarar o Parecer de fls. 106 a 109, a ilustre representante da PGE/PROFIS afirma que as alegações recursais são as mesmas já aduzidas em primeira instância, não havendo matéria fática nova trazida aos autos. Diz que o disposto no art. 173, § 1º, da Constituição Federal é inaplicável ao recorrente, pois ele exerce um serviço tipicamente público.

Em seguida, a ilustre procuradora passa a citar um Parecer do Dr. José Augusto Martins, que pode ser resumido da seguinte forma: A atividade exercida pela ECT preenche a hipótese incidência contida na lei maior do ICMS. Não obstante o recorrente ser uma empresa pública federal, está sujeito às mesmas obrigações tributárias a que se submetem as empresas privadas, logo o transporte de mercadorias realizado sofre a incidência do ICMS, pois a ECT não está protegida pela imunidade constitucional. A responsabilidade tributária do recorrente tem suporte na legislação, especialmente no Protocolo ICM 23/88, seguidos dos Protocolos ICMS 15/95 e 32/01. A autuação se deu por responsabilidade solidária, uma vez que o recorrente estava de posse e transportando mercadorias de terceiro desacompanhadas de notas fiscais, consoante previsto no artigo 39 do RICMS-BA.

Ao concluir o seu Parecer, a ilustre procuradora afirma que, apesar de o Recurso voluntário devolver a totalidade da matéria à apreciação do CONSEF, as razões recursais são inócuas e inaptas para modificar a Decisão recorrida. Opina pelo não provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Apreciando o Recurso Voluntário apresentado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, ressalto que a questão da imunidade tributária do recorrente, argüida preliminarmente, já foi enfrentada e refutada pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal. Sobre essa matéria, comungando com o opinativo da PGE/PROFIS, entendo que o recorrente não está amparado na imunidade tributária prevista no art. 150, VI, “a”, da Constituição Federal, já 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, se sujeita ao regime jurídico das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações trabalhistas e tributárias, não gozando 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 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.

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.

No mérito, constato que os autos comprovam 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.

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. Além disso, ressalto que, pela quantidade dos produtos apreendidos (dez telefones celulares), não há dúvida que eles eram mercadorias, e não, simples objetos postais, como o recorrente tenta fazer crer.

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.

Saliento que, no momento da postagem da encomenda através de 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 comentado acima, considero que a Decisão recorrida está correta e não carece de qualquer retificação.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a 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 123433.0013/07-9, 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\$813,99**, 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, 24 de setembro de 2007.

TOSLTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

LEILA VON SÖHSTEN RAMALHO – REPR. PGE/PROFIS