

PROCESSO - A. I. Nº 123433.0110/07-4
RECORRENTE - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0041-03/08
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 20/05/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0107-12/08

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 recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 2ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração em tela interposto visando modificar a Decisão neste Conselho de Fazenda.

O lançamento de ofício em lide foi lavrado em 03/10/2007 no trânsito de mercadorias, e exigiu o ICMS no valor de R\$567,00 acrescido da multa de 100%, referente ao transporte de mercadorias sem documentação fiscal, conforme Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 142838 lavrado em 27/09/2007 e acostado à fl. 04.

A Sra. relatora na JJF emite seu voto e inicialmente diz que : “*em relação às preliminares de nulidades suscitadas, verifico que referente ao primeiro argumento de que não foram observadas as determinações contidas no Protocolo ICM 23/88, não pode ser acatada, tendo em vista que foi juntada à fl. 04 a primeira via do Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos, a qual foi assinada pelo representante legal do autuado, o que comprova a regularidade do procedimento fiscal*”.

Acrescenta também que apesar do autuado ter desenvolvido sua argumentação alegando que não poderia ser apontado como sujeito passivo da relação tributária, porque goza da imunidade (Art. 150, inciso VI, da CF/88) aquela autoridade julgadora entendeu que “*sendo o autuado empresa pública, após a promulgação da Constituição da República 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)*”.

Quanto ao segundo argumento, a Sra. relatora observa que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) é empresa pública da administração indireta federal, e 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, e não acatando o argumento destacou “*em virtude de que o serviço prestado pela ECT, de transporte de encomendas, se equipara aos serviços prestados pelas transportadoras rodoviárias, ferroviárias, aeroviárias e aquaviárias, não podendo ser confundido com as atividades correlatas do serviço postal (telegrama, correspondências, etc.). Logo, ao transportar mercadorias, a ECT assume a condição de sujeito passivo responsável solidário (art. 121, II, do CTN), e nesta condição deve*

exigir do remetente o documento fiscal para acobertar as mercadorias que transportar, caso contrário, assume a responsabilidade pelo pagamento do ICMS".

No que concerne a um terceiro argumento, o de que gozaria o autuado de imunidade tributária, - Art. 150, VI, "a", da CF/88, - também não acatou, "haja vista que a imunidade invocada pelo autuado se aplica às mercadorias e serviços exclusivamente vinculados às suas atividades essenciais, e não às mercadorias e serviços que o autuado transporta, mediante pagamento por este serviço."

Verificou, também, que "o autuado compreendeu e se defendeu do que foi acusado, sendo possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito, o que não acarretou a nulidade do lançamento, conforme disposto no art. 18, § 1º do RPAF/BA e, ainda, este órgão julgador não tem competência para apreciar a constitucionalidade da legislação tributária estadual, a teor do artigo 167, inciso I, do RPAF/99".

Quanto ao mérito, diz a Sra. relatora "verifica-se que o Auto de Infração foi lavrado por terem sido encontradas, no estabelecimento do autuado (ECT), conforme descrito no Termo de Apreensão nº 142838 (fl. 04), volume contendo oitenta e quatro alianças em metal prateado, discriminadas à fl. 5, no documento intitulado "Levantamento de preços correntes no mercado consumidor" como oitenta e quatro alianças em metal prateado, prata 925."

Observa que "As mercadorias, desacompanhadas de documentação fiscal, foram remetidas pelo Sedex nº SE 438247645 BR, por João Augusto Paradinha, com endereço à Rua Salvador Gaeta, nº 83, Vila Augusta, Guarulhos/SP, CEP 07023-010, destinadas a Kleyton Melo, com endereço à Av. Sete de Setembro, nº 71, loja 13, centro, em Salvador/BA, CEP 40060-000, como também descrito no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos de fl. 04."

Em seguida faz um resumo da informação fiscal e entende ultrapassada a questão da legitimidade passiva por solidariedade no caso de transporte de mercadoria sem a devida documentação fiscal, entendendo que se deve 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".

Quanto às Decisões trazidas aos autos pelo contribuinte, diz a Sra. relatora "que 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", e que "as decisões administrativas do Estado do Paraná, citadas pelo deficiente, não criam jurisprudência em relação ao Colegiado Baiano."

Observa que, apesar da argumentação do autuado se fundar 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.

Diz que "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."

E acrescenta: "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 artigo 39, V, do RICMS/97, transcrita. É oportuno lembrar que, no momento da postagem da encomenda através de SEDEX, o autuado tem a obrigação de verificar o seu conteúdo, e adotar as medidas legais cabíveis, no caso, a exigência da correspondente nota fiscal. Resta examinar se o conteúdo da encomenda, como indicado no presente lançamento, pode ser considerado mercadoria. Como mencionado anteriormente, foram apreendidas, pela Fiscalização, mercadoria composta de como oitenta e quatro alianças em metal prateado, prata 925. A mercadoria, desacompanhada de documentação fiscal, estava destinada a este Estado, vinda do Estado de São Paulo, conforme Termo de

Apreensão nº 142838 (fl. 04). Considero que tais produtos devem ser considerados mercadoria. A Constituição da República, 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 à ordem econômica vigente.”

Observa que: “quanto aos protocolos assinados pela ECT, ressalto que, na data da autuação, estava em vigor o Protocolo ICMS 32/01, que apenas estabeleceu normas de controle de fiscalização relacionada com o transporte de mercadorias efetuado pelo autuado, em nenhum momento dispensando a ECT de ser responsabilizada pelo pagamento do tributo porventura devido em razão das ações fiscais ali desenvolvidas. O citado Protocolo tornou-se necessário ao exercício da fiscalização do imposto estadual, em razão das atividades peculiares desenvolvidas pela ECT, com a previsão, na Constituição Federal, da vedação à quebra do sigilo da correspondência. Em relação à base de cálculo do lançamento fiscal, embora não tenha sido contestada pelo defendant, consta no processo, à fl. 05, documento intitulado “Levantamento de preços correntes no mercado consumidor”, no qual está descrito o valor da mercadoria transportada, montante este utilizado para a determinação da base de cálculo do imposto devido, calculado à alíquota de 27%, nos termos do artigo 51, inciso II, alínea “g”, combinada com o artigo 51-A, inciso II, ambos do RICMS/BA.”

Vota, no que foi acompanhada pelos demais membros da JJJF pela Procedência do Auto de Infração.

Em seu Recurso Voluntário (fls. 64 a 86) o autuado, volta a alegar inicialmente que está amparada pela imunidade tributária, transcrevendo trechos de Acórdãos do STF. A seguir volve a reproduzir algumas cláusulas do Protocolo ICM 23/88. Suscita preliminares prejudiciais do mérito da ação fiscal e de nulidade do procedimento fiscal:

1. não foram observadas as determinações contidas no Protocolo ICM 23/88;
2. 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 e Art. 12 do DL 509/69. Cita o entendimento de diversos juristas a respeito do assunto e temas que entende correlatos;
4. 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*”.
5. 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.
6. Sobre o lançamento do ICMS e seus consectários acrescenta o comentário de alguns doutrinadores e traz à lume alguns comentários jurisprudenciais sobre o fato de que o serviço postal executado não se configura hipótese de incidência do ICMS

Diz, ainda, que inexiste solidariedade, pois não pode ser considerado responsável tributário pelo recolhimento do ICMS;

Finaliza alegando 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”. Pede a improcedência do Auto de Infração.

A PGE/PROFIS emite Parecer através da Sra. procuradora onde externa sua opinião no sentido de que a ECT tem natureza jurídica de empresa pública aplicando-se a ela o art. 173 da Constituição Federal que transcreve. E acrescenta com apoio de doutrinadores que a ela aplica-se o regime jurídico das empresas privadas. Entende que o Decreto Lei nº 509/69 foi derrogado. Refere-se à Lei nº 7.014/06 para deixar clara a responsabilidade tributária. Embora possa não se confundir

com uma empresa transportadora no momento em que realiza prestações de serviço de transporte de mercadorias responsabiliza-se pela regularidade fiscal destas mercadorias. Comenta também a respeito da legislação que exige a referência ao número da nota fiscal para fins de transporte. Ressalta o Parecer da DITRI a respeito da matéria em apreço. Opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

As questões de natureza tributária que envolvem a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos e o fisco estadual são por demais conhecidas deste Colegiado. O entendimento aceito por este órgão julgador administrativo é no sentido de que a empresa não está abrangida pela imunidade, e sua atividade de prestação de serviço de transporte de mercadorias poderá torná-la responsável tributária.

No presente PAF a empresa apresenta algumas preliminares que não levam à nulidade. Quanto a estas preliminares suscitadas comungo da opinião da Sra. relatora na Primeira Instância no sentido de que são absolutamente desprovidas de qualquer fundamento legal ou técnico, pois nos autos, os documentos acostados não deixam dúvidas sobre a infração cometida, bem como os dispositivos infringidos e multas aplicadas, além de indicar o valor que está sendo exigido. Quanto ao mérito entendo também que, embora exerça em parte, um serviço tipicamente público – serviço postal - não há que falar-se em imunidade recíproca. E o conceito do ICMS bem como todos elementos que compõem a sua estrutura obrigatoriedade, inclusive os sujeitos, demonstram que a empresa pratica atos sujeitos a este imposto estadual. E a ilação é fruto da interpretação pacífica da Constituição quando se refere à inaplicabilidade da norma exonerativa às empresas que “*prestam serviços públicos em que há contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário*”. A abundância de decisões neste sentido supera em muito àquelas trazidas pelo recorrente e que dizem em sentido contrário.

Entendo que ao praticar atos sujeitos à tributação do ICMS, o recorrente é contribuinte do imposto. E noutra vertente como a que foi trazida a este PAF, comungo inteiramente com o Parecer da PGE/PROFIS, pois, se a ECT transporta mercadorias sem a observância dos ditames legais poderá como foi, ser guindada à condição de responsável tributária.

Voto, portanto no sentido de que seja NÃO PROVIDO o Recurso Voluntário mantendo-se a Decisão da JJF.

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 123433.0110/07-4, 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\$567,00, 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, 28 de abril de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA – RELATOR

ÂNGELI MARIA GUIMARAES FEITOSA – REPR. DA PGE/PROFIS