

PROCESSO - A. I. Nº 123433.0125/07-1
RECORRENTE - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0098-04/08
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 22/10/2008

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0339-11/08

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 recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 4ª JJF, a qual julgou Procedente o Auto de Infração em lide, lavrado no trânsito de mercadorias, exigindo o ICMS no valor de R\$1.032,07 acrescido da multa de 100%, referente ao transporte de mercadorias sem documentação fiscal, conforme Termo de Apreensão nº 144565 de 25/10/2007 lavrado e acostado à fl. 04 dos autos.

Inicialmente o autuado demonstra entender que está amparado pela imunidade tributária recíproca, para o que cita extensa narrativa, da qual extrai-se pretender nulidade do auto por inobservância das regras do Protocolo ICM 23/88, ilegitimidade do lançamento com fulcro na Lei nº 6538/78, por conta da propriedade das mercadorias transitadas pela ECT, existência de imunidade recíproca nos termos do art. 150, VI, “a” da CF/88, e finalmente a inexistência de responsabilidade solidária, acusada de conformidade ao art. 6º, III, “d” da Lei nº 7014/96.

Agente fiscal em sua informação, transcreve trabalho efetuado por fiscais da IFMT-METRO, apresentado em curso de pós-graduação, o qual referencia a responsabilidade da ECT em relação às mercadorias que transporta. Sustenta a exigência em questão, argumentando e citando legislação aplicável à ocorrência.

A JJF decidiu a lide com os seguintes fundamentos:

O Auto de Infração foi lavrado para exigência de imposto, em razão de terem sido encontradas pela fiscalização de mercadorias em trânsito, mercadorias em poder do autuado, em um volume contendo as mercadorias indicadas no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 144565, de 24/10/2007, relacionadas à fl. 04, mercadorias essas, desacompanhadas do respectivo documento fiscal, tudo de conformidade com os documentos às fls. 04 a 11.

Na impugnação apresentada pelo sujeito passivo, nota-se que o mesmo não adentrou no mérito da autuação, limitando-se tão somente na argüição de preliminares de nulidade, a pretexto de constitucionalidade da legislação estadual; de que serviço postal não é transporte; que a ECT não é uma empresa transportadora; e, como empresa pública goza de imunidade tributária.

Sobre as questões de constitucionalidade da legislação tributária estadual levantadas na defesa, deixo de apreciá-las, em virtude de não ser da competência deste órgão julgador no âmbito administrativo, a teor do artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

Quanto as preliminares de nulidades suscitadas na defesa, observo que o fato da ECT tratar-se de uma empresa pública, está previsto no art. 173 da Constituição Federal, §§ 1º e 2º, que a empresa pública sujeita-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações trabalhistas e tributárias, não podendo gozar de privilégios não extensivos às do setor privado. Desta forma, não há porque questionar se o serviço desenvolvido pelo autuado está ou não, enquadrado nas hipóteses de imunidade consignadas no art. 150 da Constituição Federal de 1988, considerando a definição dada pela lei, quanto aos seus direitos e obrigações tributárias.

Por isso, devem ser rejeitadas as preliminares de nulidade argüidas pela defesa, haja vista que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram os motivos elencados nos incisos I a IV, do art. 18, do RPAF/99.

No mérito, da leitura do Termo de Apreensão à fl. 04, sobressai que a ação fiscal está embasada nos artigos 201, I, combinado com o artigo 39, I, “d”, do RICMS/97, vigente na data da ocorrência, em razão da mercadoria ter sido encontrada em um volume desacompanhada da respectiva documentação fiscal, mais precisamente confecções diversas da marca Lúcia Passarelli, conforme relação encontrada no interior do volume, no total de 69 peças, em quantidade que indica o fim comercial. Desta forma, a infração está devidamente caracterizada nos autos, cabendo ao autuado na condição de transportador, responder solidariamente pelo pagamento do ICMS incidente sobre tais mercadorias.

O contribuinte autuado, em momento algum do seu recurso defensivo, se insurgiu quanto a acusação de que se encontravam em seu poder as mercadorias apreendidas. No entanto, argumenta que não pode ser considerado como responsável pelo pagamento do ICMS sobre o serviço de transporte de objetos pessoais, bem assim, não pode ser considerado como sujeito passivo da obrigação tributária, neste caso, por tratar-se de empresa integrante da Administração Pública, e por entender que o serviço de transporte de objetos postais e encomendas não é passível de tributação.

Conforme estabelecido no art. 8º, inciso IV, do RICMS/97, não há incidência do ICMS relativamente ao transporte de valores, correspondências e encomendas ou serviços postais da ECT. Entretanto, tal dispositivo regulamentar se refere à não incidência de imposto sobre as atividades desenvolvidas pelo autuado, na condição de transportador das encomendas, sendo que o imposto exigido no Auto de Infração se refere à responsabilidade solidária atribuída por lei ao próprio autuado, em relação às mercadorias que estava conduzindo sem a respectiva documentação fiscal.

De acordo com o art. 6º, inciso III, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, são solidariamente responsáveis pelo pagamento do ICMS e demais acréscimos legais, os transportadores que conduzirem mercadorias sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou mesmo, acompanhadas de documentação inidônea.

Dessa forma, verifica-se que a legislação atribui a responsabilidade solidária à ECT por ter recebido e transportado para entrega, mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal exigível, haja vista que no momento da postagem do volume o autuado tem o amparo legal para verificar o seu conteúdo, e exigir a respectiva nota fiscal das mercadorias transportadas (§ 2º do artigo 410-A do RICMS/97).

No caso presente, o Termo de Apreensão serve de prova que as mercadorias realmente não se faziam acompanhar da respectiva nota fiscal, e dada a quantidade da mercadoria apreendida, conclui-se que não se trata de serviço postal de encomenda para uso pessoal,

mas sim, de transporte de mercadorias, via Sedex, completamente desacompanhadas da respectiva documentação fiscal. Assim sendo, concluo que restou comprovada a irregularidade apontada no Auto de Infração, respondendo solidariamente o autuado pelo pagamento do imposto.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Na apresentação de Recurso Voluntário à Decisão, às fls. 79 a 102 dos autos, advogados prepostos do recorrente reportaram-se a decisões do STF, segundo a análise do Ministro Moreira Alves, relator de julgamento RE235677/MG, bem como à Notícia da Segunda Turma do STF, tratando da imunidade tributária 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. Com realce, na manifestação do recorrente acerca da ilegitimidade passiva, destacam o Protocolo ICM Nº 23/88, que sob determinações do qual, a fiscalização de mercadorias será exercida tanto na origem como no destino, concluindo assim que o fisco deveria, por força do citado Protocolo, ter identificado o remetente e o destinatário, e desta forma não observou as formalidades essenciais acerca das mercadorias transportadas pela ECT.

Aduzem que os transportadores particulares aceitam a encomenda se quiserem, e que para a ECT essa discricionariedade é vedada por Lei, além de diferir também na estipulação de preços, pois para a ECT os mesmos dependem de aprovação do Ministério da Fazenda.

Aludem que o serviço postal é somente efetuado pela ECT, sendo consagrado pela CF/88 como tipicamente público, art. 21, desta forma não podendo ser confundido com atividade genérica e abrangente. Concluem não haver previsão legal para a exação em tela, portanto o transporte postal não é fato econômico de relevância jurídica, escapando da incidência legalmente estabelecida.

No mérito adentram ao comentário da imunidade tributária afirmando ser a ECT uma empresa pública federal de administração indireta, enquadrando-se perfeitamente na imunidade prevista no art. 150, VI, “a” da CF/88 o qual transcrevem adicionado de comentários a respeito.

Seguem discorrendo sobre o poder de legislar sobre serviços postais, nos termos do art. 22, V, da Constituição Federal de 1988, e a definição de serviço postal e de telegrama contidos na Lei 6538/78, no intuito de consubstanciar suas afirmações e entendimentos postos neste Recurso.

Afiançam que as relações da ECT com os remetentes de serviços postais, não configuram serviço de transporte, pois é mera atividade meio, e simples intermediária, sem a qual seria impossível prestar serviço postal a toda coletividade. Assim, continuam, a relação jurídica entre a ECT e o usuário, inclusive o serviço postal de encomendas, é regida pelo direito administrativo, e não pelo direito privado.

Como exemplos, citou que a justiça federal em dois Estados brasileiros, manifestou-se pela não incidência do ICMS nos serviços de transporte prestados pela ECT, destacando declaração nesse sentido emanada pela 7ª Vara Federal do Ceará, processo nº 934753-1. Aduz que a 2ª Vara Federal de Porto Alegre, nos autos 91.0001190-8, e 91.0000112-0 manifestou-se acerca do fato em comentário, afiançando que a tributação pelo ICMS somente poderá ser levada a efeito quando houver previsão legal como fato gerador do tributo em questão.

Citam ainda outras manifestações, do Pleno Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais do Estado do Paraná, cuja essência é de que os serviços postais prestados pela ECT não se confundem com serviço de transportes.

Insurgem-se contra a existência de solidariedade, citando o art. 201, I, c/c artigo 39, I, “d” do RICMS/97, os quais pontuam que os documentos fiscais serão emitidos pelos contribuintes do ICMS(Convenio SINIEF 06/89, Ajustes SINIEF 0185, 0186, 0189 e Convênio SINIEF de 15.12.70.

O recorrente indicou que a configuração da incidência tributária exige exata adequação do fato à norma, e que para tanto deverá restar aplicado o princípio da tipicidade.

Requer sejam acolhidas às nulidades argüidas, para que seja declarado insubstancial o Auto de Infração ou, caso ultrapassada a preliminar, que seja acolhido o presente Recurso, julgando-se totalmente improcedente citado Auto de Infração, citando uma vez mais o art. 11 da Lei nº 6538 de 22 de junho de 1978. Os objetos postais pertencem ao remetente, até a sua entrega a quem de direito~.

A PGE/PROFIS, em Parecer elaborado pela ilustre procuradora Dra. Leila Von Sohsten Ramalho, entendendo não haver como se encarecer guarida à tese do recorrente, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário apresentado, pois que a natureza jurídica de empresa pública, segundo o art. 173 da CF/88 é equiparada a de empresas privadas no que tange ao regime jurídico e aos privilégios fiscais. Conclui a i.procuradora que da análise dos textos legais citados, as empresas públicas em razão de sua natureza equiparadas a das empresas privadas, não possuem privilégios de quaisquer espécies, portanto fora da imunidade tributária consagrada na Lei Maior. Destaca que o citado art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69, em virtude da sua incompatibilidade com os preceitos constitucionais vigentes, não foi recepcionado pela Constituição Federal em vigor.

Voltando-se à natureza subjetiva da imunidade tributária recíproca, (art. 150, VI, “a” da CF/88) aludida pelo recorrente, expõe a ilustre procuradora que esta apenas cinge-se ao patrimônio, renda ou serviços dos entes políticos da Federação, e às autarquias e fundações, desde que instituídas e mantidas pelo Poder Público. Transcreve ensinamentos a respeito, dados pelo jurista Dr. Ives Gandra “*empresas publicas são pessoas jurídicas de direito privado, submissão esta imposta pela Constituição da Republica*” e que “*o regime tributário das primeiras é o mesmo que o das empresas privadas, consoante inciso II § 1º do art. 173 da Carta Constitucional, sejam federais, estaduais ou municipais*”.

Afastada a aplicação da imunidade tributária, entende também não merecer reparo a Decisão recorrida, pois o art. 6º, III, “d” da Lei nº 7014/96 atribui responsabilidade tributária aos transportadores em relação às mercadorias que conduzirem sem documentação fiscal, ou com a mesma inidônea. No momento da ocorrência do fato, ora objeto de autuação, por força da Lei Complementar (art. 5º da LC Nº 87/96)é a transportadora é responsável pelo pagamento do tributo devido pelo contribuinte originário.

Cita a i. procuradora que a Lei do ICMS, inciso IV, art. 6º vai mais além, quando atribui a qualquer pessoa física ou jurídica, responsabilidade tributária pelas mercadorias que detiver sem a necessária cobertura fiscal adequada. Aduz que no Capítulo VI, acerca das rotinas de controle e fiscalização de mercadorias objeto de serviço postal, o art. 410 em seu § 4º prevê a necessidade de constar na embalagem das encomendas nacionais que contenham mercadorias, sendo o remetente contribuinte do ICMS, o número da nota fiscal respectiva.

Logo, complementa, a ECT foi corretamente autuada nos moldes da legislação indicada, dado não ter atendido a mesma, pois enquanto prestadora do serviço de transporte de mercadorias promoveu a circulação das mesmas desacompanhadas ou com nota fiscal inidônea.

Ressalta que a DITRI já exarou Parecer a respeito, concluindo pela responsabilidade tributária da ECT enquanto transportadora de mercadorias, conforme dito acima, promovendo a circulação das mesmas sem cobertura fiscal ou com a mesma inidônea.

VOTO

Preliminarmente afasto o pedido suscitado pelo sujeito passivo, tendo em vista que o Termo de Apreensão lastreia a autuação, atendendo 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 das vias do referido termo, uma foi entregue à ECT, permitindo-lhe conhecimento

formal da ocorrência. Não obstante destaco ainda não se incluir na competência deste CONSEF a declaração de constitucionalidade, nos termos do art. 167, I do RPAF/99.

De forma oposta à afirmativa do autuado, consta do citado Termo de Apreensão a fl. 04 a identificação do remetente e do destinatário das mercadorias objeto da autuação, vindas por SEDEX, as quais consistiram de 69 peças de confecções diversas marca Lúcia Passarelli, sendo atribuída a responsabilidade solidária pelo pagamento do imposto à ECT, dado estarem essas mercadorias desacompanhadas de documento fiscal, com fundamento no art. 201, I, combinado com o art. 39, I, “d”, do RICMS/97, descabendo a arguição de nulidade por ter sido identificada a ECT como autuado e não o remetente e/ou o destinatário.

O impugnante argumentou gozar da imunidade prevista no artigo 150, VI, “a” 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 da aventureira 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 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 pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^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 123433.0125/07-1, lavrado contra **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.032,07**, 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, 09 de outubro de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR – RELATOR

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO - REPR. DA PGE/PROFIS