

PROCESSO - A. I. Nº 123433.0046/08-2
RECORRENTE - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 0119-05/08
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 21/11/2008

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0373-11/08

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. 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. Incompetência para declarar a constitucionalidade da legislação tributária. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVADO. 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\$508,13, acrescido da multa de 100%, em virtude da realização de operação com mercadorias sem documentação fiscal, conforme o Termo de Apreensão nº 146725, à fl. 4 dos autos.

O autuado apresentou defesa tempestiva e a informação fiscal foi prestada regularmente.

A JJF rejeitou as preliminares de nulidade suscitadas pelo sujeito passivo, inicialmente 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 Nº 23/88, na medida em que, durante a ação fiscal, as vias do referido Termo tiveram a destinação prevista no citado Protocolo. Considerou que as mercadorias estavam na posse da ECT, o Termo de Apreensão fora emitido corretamente, em seu nome, por transportar mercadorias sem documentação fiscal. De outro lado, as informações do autuante narraram objetivamente a infração cometida, os dispositivos infringidos e multa aplicada, além de indicar o valor exigido, inexistente, portanto, qualquer dificuldade ou desconhecimento para o autuado proceder a sua defesa.

No que diz respeito ao pedido de constitucionalidade, ressalta que tal atribuição não se inclui na competência do CONSEF, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99.

Adentrando no mérito, assevera o Relator que, embora tenha o autuado argumentado gozar da imunidade prevista no artigo 150, VI, da Constituição Federal, o que lhe impossibilitaria ser sujeito passivo da relação tributária, não pode ser assim enquadrada, já que a ECT não é autarquia, nem fundação, e sim empresa pública, portanto, sujeita às mesmas regras das empresas privadas, quer em relação ao regime jurídico em que deve ser constituída, quer em relação aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, conforme art. 173, § 1º, da Lei Maior.

Após transcrever o art. 39, I, "d", V, §§ 3º e 4º do RICMS-BA, o douto Relator aduziu que a responsabilidade solidária está perfeitamente definida na legislação do ICMS do Estado da Bahia,

tendo o CONSEF, através de suas Câmaras e Juntas de Julgamento Fiscal, firmado entendimento de que a ECT é solidariamente responsável pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, assim como qualquer pessoa física ou jurídica, em relação às mercadorias que detiver para comercialização ou simples entrega, desacompanhadas da documentação fiscal exigível ou com documentação fiscal inidônea.

Assim, a JJF decidiu pela Procedência da autuação.

Inconformada com a Decisão, o autuado apresentou Recurso Voluntário, onde sustenta as mesmas arguições de nulidades apresentadas perante a 1^a Instância de julgamento, ratificando, também, a ilegitimidade dos Correios para figurar no pólo passivo da relação tributária, sob o argumento de que o serviço postal não é transporte e, no mérito, assegurando que se encontra amparada 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.

De outra parte, 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.

Em seguida, disse não poder ser considerada como responsável tributário pelo recolhimento do imposto sobre serviço de transporte de objetos postais, mesmo que de encomenda, tampouco havendo 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. Frisou o texto do artigo 11 da Lei nº 6.538/78, dispondo que "*os objetos postais pertencem ao remetente até sua entrega a quem de direito*", sustentando ser inegável que os sujeitos da relação tributária, no caso, são o Estado da Bahia e o destinatário e/ou o remetente do SEDEX. Requeru a nulidade do Auto de Infração e o Provimento do Recurso Voluntário.

A representante da PGE/PROFIS ressalta que a questão é eminentemente jurídica e que pode ser abordada sob dois ângulos:

- 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, citando o art. 173 da Constituição Federal, o qual prevê a equiparação da empresa pública à privada no que tange ao regime jurídico e aos privilégios fiscais. Conclui asseverando que a ECT, embora seja uma empresa pública federal, é pessoa jurídica de direito privado, sujeitando-se às mesmas obrigações tributárias que as empresas privadas, *"logo o transporte de mercadorias que realiza sofre a incidência do ICMS, por não estar protegida pela imunidade constitucional."*

Aduziu que, atendendo ao comando da CF/88 (art. 155, inc. II, § 2º, inc. XII, alínea "a"), a Lei Complementar nº 87/96 definiu, perfeitamente, no seu artigo 4º, os contribuintes, ao atribuir a qualquer pessoa, física ou jurídica, responsabilidade tributária quando realizar, com habitualidade, operações de circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal.

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 Protocolo ICM 23/88, seguidos do protocolo ICMS 15/95 e 32/01, salientando que a autuação deu-se por responsabilidade solidária, por estar o autuado de posse e transportando mercadorias de terceiro, desacompanhadas de notas fiscais, art. 39, I, "d", V e §§ 3º e 4º, do RICMS/97.

Finaliza, assegurando que as razões oferecidas pelo recorrente são inócuas e inaptas para modificação do julgamento, entendendo que não deve ser provido o Recurso apresentado.

VOTO

Versa o Recurso Voluntário em comento 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 (ECT), a qual realiza o transporte e entrega de mercadorias, sem a devida cobertura da documentação fiscal exigida pela legislação do imposto.

Nesse contexto, cumpre analisar 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 preliminares, já foi enfrentada e refutada pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, todavia a mesma preliminar volta a ser suscitada no Recurso Voluntário. Sobre tal matéria, dúvidas inexistem 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 *Lex Legum*, se equipara às empresas privadas no regime jurídico e nos privilégios fiscais (art. 173). Não havendo, consequentemente, amparo no ordenamento jurídico pátrio, para a imunidade tributária ou a alegação de ilegitimidade passiva invocadas pelo recorrente.

No que pertine aos aspectos formais do lançamento tributário, constato que o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos foi lavrado em consonância com a previsão legal (arts. 940 a 945 do RICMS/97), não havendo nenhum descumprimento do Protocolo ICM N° 23/88. O aludido Termo serviu para embasar o lançamento, inexistindo, no Processo, qualquer impedimento para que o recorrente conhecesse a acusação que lhe foi imputada e exercesse o seu amplo e constitucional direito de defesa. Não acatada esta segunda argüição de nulidade levantada pelo sujeito passivo.

Por outro ângulo, impossível a apreciação por este Colegiado da argüição de constitucionalidade da legislação tributária estadual, uma vez que o artigo 167, inciso I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores administrativos a declaração de constitucionalidade.

Meritoriamente, por força do disposto no art. 6º, III, "d", e IV, da Lei nº 7014/96, tendo o Recorrente recebido mercadorias para transportar, desacompanhadas de documentação fiscal, as quais foram encontradas em suas dependências, exerceu a função de transportador e detentor das mercadorias, sendo solidariamente responsável pelo pagamento do imposto e acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, ressaltada que essa responsabilidade solidária não comporta o benefício de ordem.

De todo o exposto, posiciono-me na linha de que a Decisão recorrida se apresenta incensurável, merecendo integral confirmação, votando, por conseguinte, 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 123433.0046/08-2, lavrado contra EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$508,13, 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, 04 de novembro de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

JOÃO SAMPAIO REGO NETO - REPR. DA PGE/PROFIS