

PROCESSO - A. I. Nº 123433.0115/08-4
RECORRENTE - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0353-03/08
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 15/05/2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0100-12/09

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. Prestação de serviço de transporte de mercadorias de terceiros, desacompanhadas de documentação fiscal. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Ocorrência de fato gerador. Não acatada a tese da imunidade recíproca da Empresa de Correios e Telégrafos. Mantida a Decisão da Junta de Julgamento. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso voluntário interposto pelo contribuinte para impugnar a Decisão de 1ª Instância que julgou Procedente o Auto de Infração em lide, lavrado em 25/06/2008, no trânsito de mercadorias, para exigir o ICMS no valor de R\$ 401,49, acrescido da multa de 100%, referente ao transporte de mercadorias sem documentação fiscal, conforme Termo de Apreensão lavrado e acostado à fl. 03 dos autos.

A Junta de Julgamento Fiscal ao decidir a lide exarou o voto a seguir transcrito:

“Apreciando as preliminares de nulidade suscitadas pela defesa, observo que não é da competência desta JF opinar quanto à constitucionalidade da legislação tributária, conforme art. 167, inciso I, do RPAF/99.

Em relação ao argumento de que a ECT é uma empresa pública, observo que, consoante o art. 173, e seu § 2º, da Constituição Federal, “as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado”.

Quanto ao argumento defensivo de que a ECT goza de imunidade tributária, não pode ser acatado, tendo em vista que a imunidade alegada pelo defendente se aplica exclusivamente às suas atividades, e não às mercadorias que o autuado transporta mediante pagamento pelo serviço prestado.

Portanto, a imunidade recíproca alegada pelo defendente, se refere apenas à sua atividade na prestação de serviço postal, e como tal, tem natureza de serviço público, atividade que é exercida pela ECT em regime de monopólio. Quanto ao serviço de transporte de encomendas, constitui uma atividade econômica, estando o autuado concorrendo com as demais transportadoras de encomendas, empresas privadas, que estão sujeitas ao pagamento do ICMS.

O autuado também suscita nulidade para que seja lavrado o Auto de Infração contra quem de direito, remetente ou destinatário. Entretanto, a autuação foi efetuada com base no art. 39, inciso I, que prevê a responsabilidade dos transportadores pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais em relação às mercadorias que aceitarem para transportar ou que conduzirem sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino.

Assim, ficam rejeitadas as preliminares de nulidade suscitadas pela defesa, considerando que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV, do art. 18, do RPAF/99.

Quanto ao mérito, verifico que o presente lançamento é decorrente da responsabilidade solidária atribuída à ECT, tendo em vista que foram encontradas confecções diversas desacompanhadas de documentação fiscal, encomenda enviada por SEDEX de nº SW 092966707 BR, tendo como destinatária a Sra. Érica Rebello Grisi à

Rua Politeama nº 03, Salvador –Bahia, encontrando-se dentro do volume uma relação das mercadorias totalizando 37 itens.

Observe que este fato não foi elidido, não obstante a alegação apresentada pelo autuado de que não pode figurar como sujeito passivo, entendendo que não pode ser considerado responsável pelo pagamento do ICMS sobre serviço de transporte de objetos postais, mesmo que seja de encomendas; que é integrante da Administração Pública, e que o serviço de transporte de objetos postais e encomendas não é passível de tributação.

No caso em exame, não há questionamento em relação às atividades desenvolvidas pela ECT, na condição de transportador das encomendas, haja vista que o imposto exigido no presente 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 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.

Observe que o § 2º, do art. 410-A, do RICMS/97, estabelece que o transporte de mercadorias e bens feito pela ECT, além do cumprimento das demais obrigações tributárias previstas na legislação do ICMS para os transportadores de cargas, deverá ser acompanhado de nota fiscal, modelo 1 ou 1-A, manifesto de cargas e conhecimento de transporte de cargas.

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.

Quanto à base de cálculo do imposto exigido, não contestada pelo defendente, verifico que embora a relação de preços que acompanhava as confecções (fls. 04/05) não constitua documento fiscal para comprovar a regularidade da mercadoria apreendida, serve como referência dos preços utilizados na apuração do ICMS a devido.

Assim, entendo que está caracterizada a irregularidade apontada no presente Auto de Infração, sendo devido o imposto, conforme apurado pelo autuante à fl. 07 do PAF.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

A peça recursal, inserida às fls. 81 a 103 dos autos, ao impugnar a Decisão acima transcrita, traz ao reexame da Câmara de Julgamento Fiscal as mesmas teses apresentadas na defesa submetida ao julgador de 1º grau. O autuado inicialmente defende o entendimento que a sua atividade se encontra amparada pela imunidade tributária recíproca. Diz que a referida imunidade já foi fartamente explicitada pelo STF que recepcionou o Decreto instituidor dos Correios. Visando sustentar sua alegação, transcreve parte do Acórdão proferido pelo Ministro Moreira Alves no julgamento do RE –235677/MG.

Em seguida, transcreve alguns dos dispositivos do Protocolo ICM 23/88, suscitando como preliminares de nulidade do lançamento, os seguintes fatos:

1. não foram observadas as determinações contidas no Protocolo ICM 23/88, que levaria à invalidação do procedimento fiscal visto que a autuante poderia ter efetuado a identificação do remetente e do destinatário das mercadorias apreendidas;
2. sendo a ECT Empresa Pública da Administração Indireta Federal não poderia a mesma 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;
3. o autuado goza de imunidade tributária, de acordo com o estatuído no artigo 150, inciso VI, alínea “a”, da Constituição Federal de 1988, conforme já se posicionaram diversos juristas brasileiros a respeito do serviço postal.

Argumentou, ainda, que 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”.

Alega que os serviços de recebimento, expedição, transporte e entrega de valores e encomendas, exercidos pela União através dele, por força do estabelecido no artigo 9º da Lei nº 6.538/78, não estão compreendidos no regime de monopólio, podendo ser prestados também por particulares. Todavia, entende que o fato de não serem exclusivos, não lhes retira o caráter de serviço público,

tendo em vista o disposto no artigo 7º da citada Lei nº 6.538/78 e seu § 3º. Argumenta, ainda, que as correspondências, valores e encomendas são objetos postais e não mercadorias.

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. Citou o entendimento de diversos tributaristas e administrativistas, concluindo que goza de imunidade tributária, não podendo ter seu patrimônio diminuído por qualquer tipo de imposto (por ser patrimônio da União) e seus serviços onerados tributariamente (por serem da competência exclusiva da União).

Advoga a tese de que a atividade por ele desenvolvida nunca poderá ser confundida com o serviço de transporte executado por particulares, já que existem regras rígidas, ditadas pela lei, que delimitam seu campo de atuação. Ademais, o serviço postal é muito mais complexo que o simples transporte, já que oferece segurança, inviolabilidade do objeto postal, universalidade e confiabilidade garantidos pela União. Dessa forma, o serviço de SEDEX, reembolso postal e encomenda normal (modalidade encomendas) incute, em seu conceito, a realização de transporte, o que acontece também com as cartas, vales postais, telegramas e demais objetos postais, mas não pode ser definido como serviço de transporte, já que é apenas uma atividade-meio sem a qual seria impossível cumprir a sua finalidade legal, qual seja, prestar serviço postal a toda a coletividade.

Diz, ainda, que não pode ser considerado responsável tributário pelo recolhimento do ICMS 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 de outros Tribunais e o entendimento esposado pela Secretaria da Fazenda do Paraná para demonstrar que não pode haver incidência do ICMS sobre o serviço postal, pois ele não pode ser confundido com serviço de transporte de cargas.

Finaliza alegando que as normas constitucionais e infraconstitucionais exigem que haja exata adequação do fato à norma, sem o que não se configura a hipótese de incidência do imposto e a insistência na cobrança desse tributo configura flagrante inconstitucionalidade. Por último, lembra 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”*, para sustentar que os sujeitos da relação jurídico-tributária em questão são o Estado da Bahia e o destinatário e/ou remetente do SEDEX, postulando assim a exclusão da responsabilidade fiscal da ECT, razão pela qual requereu que a Decisão de 1ª Instância seja reformada para se declarar improcedência do presente Auto de Infração.

A Procuradoria Estadual ao se manifestar nos autos acerca do Recurso Voluntário, opinou, em extenso Parecer, pelo Não Provimento do apelo empresarial, afastando, de plano, as arguições de nulidade do lançamento e rechaçando a tese da imunidade tributária recíproca, por entender a norma constitucional invocada pelo recorrente não é aplicável a ECT, que se submeteria ao regime tributário similar às empresas privadas, nos termos do art. 173, § 1º, inc. II, já que o serviço de transporte de cargas e bens não se confunde com os serviços postais. Concluiu pela inafastabilidade da responsabilidade tributária do autuado em razão do mesmo ter efetuado atividade de transporte de bens ou mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, estando configurada assim a sua responsabilidade solidária.

VOTO

Neste Recurso Voluntário encontra-se em discussão o tema reiteradamente submetido a este CONSEF quanto à incidência do ICMS nas operações remessas de encomendas promovidas pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), 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 arguida pelo recorrente nas razões recursais preliminares, já foi enfrentada e refutada pela Junta de Julgamento Fiscal, todavia, a mesma preliminar volta a

ser suscitada no Recurso Voluntário. Sobre essa matéria, não há dúvida 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 gozar de privilégios não extensivos ao setor privado. A Procuradoria Estadual, ao opinar sobre a questão, ressaltou com bastante clareza que a imunidade recíproca invocada pelo recorrente não se aplica aos serviços prestados por empresas públicas “*em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário*”, pois a Constituição equipara estes serviços a serviços privados, pelo menos para fins de tributação. Não tem amparo no ordenamento jurídico pátrio a alegação de ilegitimidade passiva suscitada pelo recorrente.

Quanto aos aspectos formais do lançamento tributário, verifico que o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos foi lavrado de acordo com o previsto na legislação tributária (art. 940 a 945 do RICMS/97), não havendo qualquer conflito com Protocolo ICM 23/88, até porque a norma administrativa em questão foi editada no regime tributário anterior à CF/88, não se aplicando ao presente caso. Ademais, o citado Termo de Apreensão foi formalizado para embasar o lançamento servindo de base probatória para que o autuado conhecesse a acusação que lhe foi imputada e exercesse o seu direito de defesa. Não acatada essa segunda arguição de nulidade levantada pelo sujeito passivo.

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 invalidade da legislação tributária em vigor. Nas instâncias administrativas a constitucionalidade das normas que integram o sistema jurídico são presumidas, restando a possibilidade do interessado submeter a questão ao Poder Judiciário, a quem compete, no Brasil, decidir a lides produzindo coisa julgada material.

No mérito, constato que restou comprovado nos autos 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.

Em face do exposto acima, mantenho a Decisão recorrida e, em consequência, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

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 **1234330115/08-4**, lavrado contra **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$401,49**, 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, 22 de abril de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS