

PROCESSO - A. I. N° 123433.0076/08-9
RECORRENTE - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3^a JJF n° 0308-03/08
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 05/06/2009

1^a CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0118-11/09

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CORREIOS E TELÉGRAFOS. TRANSPORTE DE MERCADORIAS DE TERCEIROS SEM A CORRESPONDENTE NOTA FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Constatado o transporte de encomenda de terceiros, remetida via SEDEX e desacompanhada de documentação fiscal, mas não destinada à comercialização, não cabe a exigência do imposto do detentor das mercadorias. Preliminares de nulidade não acolhidas, porém, no mérito, improcedente o lançamento de ofício. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**, para decretar a **IMPROCEDÊNCIA** do Auto de Infração por fundamentação diversa da apresentada. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de apreciação de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 3^a JJF pertinente ao Acórdão n° 0308-03/08 que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 14/04/2008 pela fiscalização do trânsito de mercadorias, o qual exige ICMS no valor de R\$324,36, acrescido da multa de 100%, em decorrência de transporte de mercadorias sem documentação fiscal. Termo de Apreensão n° 146.325.

A ilustre JJF em seu relatório inicia por abordar que foi atribuída a responsabilidade solidária à EBCT por terem sido encontradas mercadorias em sua posse, desacobertadas de documentação fiscal, o que gerou o Termo de Apreensão n° 146.325, com fundamento no art. 201, I, combinado com o art. 39, I, “d”, do RICMS/97, e que descabe a argüição de nulidade por não ter sido identificado como sujeito passivo da obrigação tributária, o destinatário ou remetente da mercadoria. No procedimento fiscal, aduzem que não houve a prática de qualquer ato passível de nulidade do processo prevista no art.18 do RPAF-BA/99, afastando assim a nulidade suscitada nos autos.

Quanto à mencionada inconstitucionalidade, destacam que, nos termos do art. 167, I do RPAF/99, não se inclui na competência deste CONSEF a sua declaração.

A imunidade apregoada pelo sujeito passivo, prevista no artigo 150, VI, da Constituição Federal de 1988, diz respeito 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, portanto, descabido o entendimento da ECT.

Observam que a EBCT 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. E 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.

Mencionam que o Estado da Bahia, juntamente com as demais unidades da Federação, firmou com a EBCT o Protocolo ICM 23/88 e os Protocolos ICMS 15/95 e 32/01 (este último revogou os anteriores).

Explicitam que a Lei nº 6.538/78, estabelece em seu artigo 10, inciso II, que não constitui violação do sigilo da correspondência postal, a abertura de carta que apresente indícios de conter objeto sujeito a pagamento de tributos, inexistindo a procedência da alegação defensiva sobre a quebra de sigilo ou violação de correspondência.

Ressaltam o entendimento deste CONSEF 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, e sim o ICMS devido por portar a condição de responsável por solidariedade, pelo fato de encomenda, remetida via SEDEX SX 513520652 BR (05 Casacos/Blusas, diversas, 01 Bolsa em couro) destinada a Célia Silva, estar sendo transportada desacobertada da documentação fiscal correspondente.

Transcrevem o RICMS/97, invocando as determinações contidas no art. 39, I, “d”, V e §§3º e 4º, nos casos de responsabilidade por solidariedade, expressa:

“Art. 39. São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

I - os transportadores em relação às mercadorias:

d) que aceitarem para transporte ou que conduzirem sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou acompanhadas de documentação fiscal inidônea;

V - qualquer pessoa física ou jurídica, em relação às mercadorias que detiver para comercialização, industrialização ou simples entrega desacompanhadas da documentação fiscal exigível ou com documentação fiscal inidônea.

§ 3º A responsabilidade prevista neste artigo não exclui a do contribuinte, facultando-se ao fisco exigir o crédito tributário de qualquer um ou de ambos os sujeitos passivos.

§ 4º O responsável por solidariedade sub-roga-se nos direitos e obrigações do contribuinte, estendendo-se a sua responsabilidade à punibilidade por infração tributária, ressalvado, quanto ao síndico e ao comissário, o disposto no parágrafo único do art. 134 do Código Tributário Nacional.”

Especificadamente, dentre outras considerações, o art. 410-A do RICMS/97 estabelece as rotinas a serem seguidas pela fiscalização estadual na verificação das remessas postais, inclusive pela EBCT.

Concluem sua manifestação destacando que 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 art. 39 do RICMS/97, acima transcrita.

E julgam pela Procedência do Auto de Infração.

Na apresentação de Recurso Voluntário à Decisão, 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.

Citam consagrados ensinamentos e os transcrevem, emanados pelos eméritos mestres Celso Antonio Bandeira de Melo, Geraldo Ataliba, Cirne Lima.

Realçam em sua manifestação acerca da ilegitimidade passiva, destacam o Protocolo ICM 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 comento 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 transcreve 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 nº 6538/78, no intuito de consubstanciar suas afirmações e entendimentos postos neste Recurso Voluntário.

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.

À guisa de exemplificar, citam 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-I. Aduz que a 2ª Vara Federal de Porto Alegre, nos autos 91.0001190-8 e 91.0000112-0 manifestou-se acerca do fato em comento, 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 Convenio 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 as nulidades arguidas, para que seja declarado insubsistente o Auto de Infração ou, caso ultrapassada a preliminar, que seja acolhido o presente Recurso Voluntário, 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, ate a sua entrega a quem de direito*”.

A PGE/PROFIS, em Parecer elaborado pela ilustre procuradora Dra. Leila Von Söhsten 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 ilustre 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 i. 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. Transcrevem ensinamentos a respeito, dados pelo jurista Dr. Ives Gandra *“empresas públicas 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 87/96) é a transportadora responsável pelo pagamento do tributo devido pelo contribuinte originário.

Cita a ilustre 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 a ilustre procuradora ter a DITRI já exarado 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 nos termos em que foi 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 foi entregue à ECT, permitindo-lhe conhecimento formal da ocorrência. Não obstante, destaco ainda não se incluir na competência deste CONSEF a declaração de inconstitucionalidade, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99.

De forma oposta à afirmativa do autuado, consta do citado Termo de Apreensão de nº 146325 a identificação do remetente e do destinatário das mercadorias objeto da autuação, vindas por SEDEX, as quais consistiram de 05 casacos/blusas diversas, e 1 bolsa de couro, artigos de confecções para vestuário, sendo atribuída a responsabilidade solidária pelo pagamento do imposto à ECT, dado estarem desacompanhadas de documento fiscal, com fundamento no art. 201, I, combinado com o art. 39, I, “d”, do RICMS/97, descabendo a argüição 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 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.

Descabido 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 implique em falta de pagamento do ICMS.

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.

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 transcrita.

Constatou que o autuado não trouxe nenhuma prova da aventureira existência de qualquer equívoco no lançamento efetivado pela autuante, a qual descaracterizaria a infração em comento.

Entretanto, por fundamento diverso daqueles apresentados pelo recorrente, e entendendo que os bens apreendidos, pela quantidade mínima, não denotam o intuito comercial, pois as ditas mercadorias arroladas na presente autuação são em verdade poucos itens de vestuário para uso e consumo próprio do destinatário, cabendo ainda destacar haver dentre os mesmos uma peça complementar de vestuário usada, entendo que o que foi apreendido pela fiscalização não pode ser considerado como mercadoria para comercialização e, dessa forma, não há que se falar em exigência do tributo estadual, ainda que por solidariedade.

Sendo assim, DOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário apresentado pelo recorrente para decretar a IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração, com fundamentação diversa.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 123433.0076/08-9, lavrado contra a **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT**.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de maio de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS