

PROCESSO - A. I. Nº 123433.0135/08-5
RECORRENTE - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0391-03/08
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 16/06/2009

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0138-11/09

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 inconstitucionalidade da legislação tributária. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão proferida pela 3ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir o ICMS, no valor de R\$763,81, acrescido da multa de 100%, em virtude da realização de operação com mercadorias sem documentação fiscal, conforme o Termo de Apreensão nº 149401, à fl. 3 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 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, 7 unidades de aparelho celular da marca LG (KM 385d, KF 390, KM 386c, KM 380c, KF 390c, KM 710d e KF 700 – uma unidade de cada referência), estavam na posse da ECT, o Termo de Apreensão fora emitido corretamente, em seu nome, por transportar mercadorias sem documentação fiscal, e que o serviço prestado pela EBCT 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.

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 inconstitucionalidade, ressaltou que tal atribuição não se inclui na competência do CONSEF, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99.

Adentrando no mérito, asseverou o relator que, embora tenha o autuado sustentado gozar da imunidade prevista no artigo 150, VI, da Constituição Federal, o que lhe impossibilitaria ser sujeito passivo da relação tributária, não poderia ser assim enquadrada, já que a ECT não é autarquia, nem fundação, e sim empresa pública, e após a CF/88, se encontra 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.

Após transcrever o art. 39, I, "d", V, do RICMS-BA, o douto relator aduziu que a responsabilidade solidária está perfeitamente definida na legislação do ICMS do Estado da Bahia, e mesmo que o autuado não fosse considerado transportador, seria solidariamente responsável pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, por estar enquadrado no inciso V, do artigo 39, do texto legal mencionado.

Destaca que, no momento da postagem da encomenda, o autuado tem o direito legal de verificar o seu conteúdo e adotar as medidas legais cabíveis, caso não corresponda à nota fiscal.

Aduz a JF que remanesceria apenas a necessidade de se confirmar à natureza do conteúdo transportado, para se confirmar se pode ou não ser considerada mercadoria com fim comercial, o que se comprova pela verificação do Termo de Apreensão nº 149401, fl. 3 onde estão indicadas mercadorias, 7 unidades de aparelho celular da marca LG (KM 385d, KF 390, KM 386c, KM 380c, KF 390c, KM 710d e KF 700 – uma unidade de cada referência), em quantidades que indicam produtos para comercialização.

Ressaltou, ainda que *“conforme teor exposto, pelo § 2º do artigo 173, da Constituição da República, como citado anteriormente, “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.”*

Assim, a JF decidiu pela Procedência da autuação.

Inconformado com a Decisão, o autuado apresentou Recurso Voluntário, onde sustentou as mesmas arguições de nulidades apresentadas perante a 1ª Instância de Julgamento, ratificando, também, a ilegitimidade dos Correios para figurar no polo passivo da relação tributária, sob o argumento de que o serviço postal não é transporte e, no mérito, assegurou se encontrar 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, 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, desse modo, 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 os conceitos de serviço postal e de telegrama, a competência da União para legislar sobre tais serviços e seu monopólio 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. Aduziu 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. Afirmou ter sido esse artigo recepcionado pela Constituição Federal, o que torna a EBTC imune a qualquer tipo de imposto.

Para corroborar sua tese, enfatizou que a Emenda Constitucional nº 19/98 dispôs que a lei ordinária disciplinaria 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 salientou que não se pode confundir a atividade de simples transporte com o serviço postal, os quais são totalmente distintos.

Em seguida, disse da impossibilidade de ser considerado 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. Também destacou 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 concreto, seriam o Estado da Bahia e o destinatário e/ou o remetente do SEDEX.

Por fim, requereu a nulidade do Auto de Infração e o Provimento do Recurso Voluntário.

A representante da PGE/PROFIS, ao se pronunciar nos autos, ressalta que o cerne da discussão nos autos reside em dois ângulos: 1) gozar a ECT da imunidade tributária recíproca do art. 150, IV, "a" da Constituição Federal; e que exerce serviço público, não podendo o seu patrimônio ser onerado por impostos; 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."*

Quanto à responsabilidade tributária do autuado pelo transporte de mercadorias, entendeu a digna Procuradoria que, ao efetuar o transporte de "encomendas", efetivamente, a ECT atua nas mesmas condições das empresas privadas, ou seja, exercendo atividade tipicamente econômica, não podendo, sob qualquer fundamento, ser confundida com serviço postal, remessa de carta ou cartões, o qual se estabelece sob regime de monopólio da União Federal.

Concluiu, assegurando não se aplicar à situação em tela a imunidade recíproca alegada pela ECT, a qual, além de serviço postal, presta também, o de transporte, incluído no campo de incidência do ICMS.

Opinou pelo conhecimento do Recurso Voluntário e seu Improvimento.

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, na espécie concreta conforme Termo de Apreensão nº 149401 de 7 unidades de aparelho celular da marca LG (KM 385d, KF 390, KM 386c, KM 380c, KF 390c, KM 710d e KF 700 – uma unidade de cada referência), sem a devida cobertura da documentação fiscal exigida pela legislação do imposto.

Nesse contexto, cumpre analisar a possibilidade de o recorrente se integrar à relação jurídico-tributária em questão, na qualidade de sujeito passivo por responsabilidade solidária.

Assim é que, a questão da imunidade tributária arguida no Inconformismo, embora devidamente enfrentada e refutada pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, voltou 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 Carta Magna, uma vez que, 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 privadas nos regime jurídico e privilégios fiscais (art. 173), não havendo, consequentemente, amparo legal para a imunidade tributária nem para a alegação de ilegitimidade passiva, ambas invocadas pelo recorrente.

No que tange aos aspectos formais do lançamento tributário, é válido realçar que o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos foi lavrado em consonância com a previsão legal (arts. 940 a 945 do RICMS/97), inexistindo descumprimento do Protocolo ICM 23/88, nem do Protocolo ICMS 32/01 que denuncia o citado.

O aludido Termo serviu para embasar o lançamento, não havendo no feito qualquer impedimento capaz de inviabilizar o recorrente de ter conhecimento acerca da acusação que lhe foi imputada e dificultasse o exercício de seu amplo e constitucional direito de defesa. Logo, não pode ser acatada a segunda tese pertinente à nulidade levantada pelo sujeito passivo.

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

Meritoriamente, por força do estatuído no art. 6º, III, "d" e IV, da Lei nº 7014/96, em face de ter 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.

Quanto à alegada imunidade, necessário se faz enfatizar que o serviço prestado pela ECT, relativamente ao transporte de mercadorias, em nada se assemelha ao serviço público denominado "*serviço postal*".

Ocorre que a controvérsia surge em razão da indeterminação do conceito previsto na Lei, entretanto, não se sustenta por muito tempo, uma vez que o "*serviço postal*", sobre o qual deve ser reconhecida a imunidade tributária, tem de resumir-se àqueles por meio dos quais se realizam as entregas de materiais que não se constituam em mercadorias destinadas ao comércio ou que sejam objeto de uma relação mercantil.

Ao transportar mercadorias com fins comerciais, o recorrente sai do âmbito do "*serviço postal*", sobre o qual detém monopólio, ensejando, por conseguinte, a cobrança de todos os tributos devidos em razão do transporte, já que a atividade é tipicamente privada.

No caso, constato que se trata de responsabilidade solidária do autuado, prevista expressamente no art. 39, I, "d", do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, considerando o seu comportamento de transportar mercadoria desacompanhada de documento fiscal, atitude que enseja sua responsabilização pelo recolhimento do tributo devido.

Verifico que no voto, proferido na Decisão de 1ª Instância, houve um erro material ao se referir as mercadorias, diferentes das elencadas anteriormente pelo relator no início do seu voto,

entretanto, essa ocorrência não altera a essência da Decisão, por está evidenciado, claramente, o intuito de comercialização das mercadorias apreendidas.

De todo o exposto, posiciono-me na linha de que a Decisão recorrida se apresenta incensurável, merecendo integral confirmação, votando, destarte, 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 **123433.0135/08-5**, lavrado contra **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$763,81**, 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, 26 de maio de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS