

PROCESSO - A. I. N° 232874.0017/09-8
RECORRENTE - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5^a JJF n° 0199-05/09
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 19/11/2009

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0344-12/09

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CORREIOS E TELÉGRAFOS. MERCADORIAS DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. É legal a exigência do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário, por ter aceitado para entrega, via serviço de transporte, mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal. Rejeitadas as preliminares arguidas pelo sujeito passivo. Infração caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão de 1^a Instância que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado pela fiscalização de mercadorias em trânsito, para exigência de imposto no valor de R\$1.275,00, mais a multa de 100%, em razão de transporte das mercadorias constantes no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos n° 303509, de 22/01/2009, desacompanhadas dos respectivos documentos fiscais, tudo de conformidade com os documentos às fls. 03 a 05 do PAF.

O autuado, às fls. 57 a 88, através de advogados, inconformado com a autuação apresentou defesa, e a Junta de Julgamento decidiu a lide proferindo o voto a seguir reproduzido:

"Inicialmente, em relação aos argumentos de nulidades suscitados, verifico que referente ao primeiro argumento de que não foram observadas as determinações contidas no Protocolo ICM 23/88, não pode ser acatada, tendo em vista que foi juntada à fl.3 a primeira via do Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos, a qual foi assinada pelo representante legal do autuado, o que comprova a regularidade do procedimento fiscal.

Relativamente ao segundo argumento de que a ECT é empresa pública da administração indireta Federal e não pode ser igualada a transportadores particulares, por entender que o serviço postal não é transporte e, por conseguinte, o autuado não é transportador, também não pode ser acatada, em virtude de que o serviço prestado pela ECT 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.

Quanto ao terceiro argumento de que goza de imunidade tributária, de acordo com o estatuído no artigo 150, inciso VI, alínea "a", da Constituição Federal de 1988, também não pode ser acatado, haja vista que a imunidade invocada pelo autuado, se aplica às mercadorias e serviços exclusivamente vinculados a suas atividades essenciais e não às mercadorias e serviços que o autuado transporta, mediante pagamento por este serviço.

Além do mais, verifico que o autuado comprehendeu e se defendeu do que foi acusado, sendo possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito, o que não acarreta a nulidade do lançamento, conforme disposto no art. 18, § 1º do RPAF/BA, e este órgão julgador não tem competência para apreciar a constitucionalidade da legislação tributária estadual, a teor do art. 167, I, do RPAF/99.

No mérito, verifico que o Auto de Infração foi lavrado por ter sido encontrada, no estabelecimento do autuado (ECT), uma encomenda composta de 09 Protetores e Economizadores de Energia Elétrica Modelo Trifásico, 01 Protetor e Economizador de Energia Elétrica Bifásico e 02 Protetores e Economizadores de Energia Senior, remetidos através de SEDEX nº SO 36488568-2 BR, conforme Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos à fl. 3, juntado pela autuante.

Em razão do disposto no artigo 39, inciso I, alínea “d”, do RICMS/97, o preposto fiscal entendeu que:

1. tratava-se mercadorias desacompanhadas de nota fiscal, por ter considerado a mesma inidônea;
2. o autuado se equiparava a um transportador e, portanto, respondia solidariamente pelo pagamento do ICMS incidente sobre a operação.

O autuado desenvolveu sua argumentação inicialmente alegando que não pode ser apontado como sujeito passivo da relação tributária porque goza da imunidade prevista no artigo 150, VI, da CF/88.

Da análise dos dispositivos constitucionais concernentes à questão (art. 150 da CF/88), o Decreto-Lei nº 509/69 e a Lei nº 6.538/78, que disciplina a prestação de serviço postal, verifico que:

1. O DL nº 509/69 transformou o antigo Departamento dos Correios e Telégrafos (DCT) em empresa pública, vinculada ao Ministério das Comunicações, com a denominação de ECT, o que foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988;
2. no entanto, ao contrário do que alega o autuado, entendo que a imunidade tributária de que gozava a ECT, por força do Decreto-Lei nº 509/69, não foi recepcionada pela Carta Magna de 1988, pois tal consideração contraria frontalmente o disposto dos artigos 150, § 3º e 173, § 2º de nossa Carta Maior.

Dessa forma, sendo o autuado empresa pública, após a CF/88, está sujeito às mesmas regras das empresas privadas, tanto em relação ao regime jurídico em que deve ser constituído, quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, podendo, inclusive, ser objeto de fiscalização pelo Estado. Dessa forma, considero que o contribuinte não está enquadrado nas hipóteses de imunidade previstas no artigo 150 da CF/88.

Ressalte-se, por oportuno, que o fato de ter sido decidido, pelo STF, que o autuado tem direito à “execução de seus débitos trabalhistas pelo regime de precatórios por se tratar de Entidade que presta serviço público”, não significa que possui imunidade tributária. A Decisão judicial apenas reafirma o caráter público dos serviços prestados pelo contribuinte, fato amplamente reconhecido, mas que não lhe retira o dever de pagar os tributos porventura devidos.

Ultrapassada essa questão, deve-se indagar se a atividade exercida pelo autuado – serviço postal na modalidade encomenda - pode ser entendida como um serviço de transporte e, como tal, se constitui em fato gerador do ICMS. Conforme decisões trazidas aos autos pelo contribuinte, a Justiça Federal já se manifestou **respeito**, em várias oportunidades, entendendo que não há a relação jurídico-tributária que embase a exigência de ICMS sobre a prestação de serviços postais, pois tal atividade não pode ser confundida com o serviço de transporte de cargas.

O Estado do Paraná também já se pronunciou sobre a matéria, através de seu Setor Consultivo e do Conselho de Contribuintes, decidindo que os serviços postais, prestados pela ECT, não se confundem com serviços de transporte de cargas, estando, portanto, fora da incidência do ICMS.

Todavia, embora toda a argumentação defensiva se fundamente no fato da não exigência do ICMS sobre os serviços que presta, no presente Auto de Infração não se está a exigir o imposto estadual sobre tais serviços postais e sim sobre o ICMS, por responsabilidade solidária, pelo fato de que a encomenda, remetida via SEDEX, estar sendo transportada sem a necessária documentação fiscal.

O RICMS/97, nos casos de responsabilidade por solidariedade, se expressa nos seguintes termos:

“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.” (grifos não originais)

Assim, constata-se que, mesmo que o autuado não seja considerado transportador, estaria igualmente obrigado ao pagamento do imposto com os acréscimos devidos, em razão de responsabilidade solidária, porque enquadrado no artigo 39, V do RICMS/97, acima transrito.

É oportuno lembrar 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.

Resta examinar, apenas, se o conteúdo da encomenda, como indicado no presente lançamento, pode ser considerado mercadoria. Como mencionado anteriormente, foram apreendidos pela Fiscalização, diversos bens, conforme Termo de Apreensão nº 146724 (fl. 4). Considero que, pela quantidade e características, tais produtos devem ser considerados mercadorias para comercialização.

Como o autuado não adentrou o mérito da autuação, entendo que está correto o valor exigido, mesmo porque é inadmissível, à luz do Princípio Constitucional da Isonomia, que se dê tratamento privilegiado ao autuado em detrimento de outros contribuintes que com ele competem no mercado.

O art. 173, § 2º CF 88, estabelece que “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 a qualquer sistema capitalista.

Quanto ao Protocolo ICM 23/88, firmado quando ainda vigia o ICM, apenas estabelece normas de controle de fiscalização relacionada com o transporte de mercadorias efetuado pelo autuado, em nenhum momento dispensando a ECT de ser responsabilizada pelo pagamento do tributo, porventura devido em razão das ações fiscais ali desenvolvidas. Semelhantes procedimentos a serem adotados pela fiscalização foram repetidas no Protocolo ICMS 32/01, publicado no DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO (D.O.U.) de 04.10.2001.

Por outro lado, o Prot. ICMS 15/95 foi firmado pelas unidades federadas para “implementar rotinas de controle e fiscalização das remessas postais com vistas à verificação do cumprimento da obrigação de pagamento do ICMS nas operações de mercadorias”, inclusive nas importações sob o regime de Tributação Simplificada.

O citado Protocolo tornou-se necessário, ao exercício da fiscalização do imposto estadual, em razão das atividades peculiares desenvolvidas pela ECT, com a previsão, na CF 88, da vedação à quebra do sigilo da correspondência, não tendo dispensado o autuado do pagamento do imposto devido e previsto nas hipóteses legais. Ao contrário, determina, em sua Cláusula quinta que “constatado que mercadorias ou bens contidos em remessas postais internacionais sem exigência do comprovante do ICMS, ou sendo o caso, da Declaração de Desoneração do ICMS na Entrada de Mercadoria Estrangeira, serão adotadas contra a ECT os procedimentos fiscais previstos na legislação de cada unidade federada”, não podendo ser diferente o tratamento dispensado ao autuado nas remessas internas de mercadorias. Verifico que as fls. 6 e 7 que o autuante apurou corretamente os valores dos produtos para efeito de determinação da base de cálculo.

De tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

No Recurso Voluntário o autuado arguiu a nulidade do procedimento fiscal por desatendimento das normas do Protocolo ICM 23/88 e a ilegitimidade passiva dos correios para figurar no polo passivo da relação tributária objeto do lançamento. No mérito sustenta a aplicação da imunidade recíproca com esteio no art. 150, inc. VI, “a”, da CF, associada à competência privativa da União para legislar sobre os serviços postais, prestados no regime de monopólio. Argumentou ainda a recepção pela Constituição de 1988 do Decreto-Lei nº 509/69 e da Lei nº 6.583/78, deduzindo que objeto postal não se confunde com mercadoria. Alega também a inexistência de solidariedade no caso em exame. Pede a declaração de improcedência do Auto de Infração.

A Procuradoria Estadual (PGE/PROFIS), em Parecer acostado aos autos, afasta as preliminares de nulidade invocadas pelo recorrente, argumentando que a atividade desenvolvida pela Empresa de Correios e Telégrafos não se submete à regra constitucional da imunidade recíproca quando presta serviços de transporte de valores, encomendas e outros objetos, visto que o serviço é remunerado pelo tomador do serviço, nada justificando o tratamento diferenciado pleiteado pelo autuado. Nessa situação a ECT enquadra-se perfeitamente na definição de contribuinte estampada no art. 4º, da Lei Complementar nº 87/96, visto que a tributação do ICMS é suportada pelos particulares, contratantes do serviço. Foi também mencionada a regra contida no art. 173, II, da CF/88, para afastar a imunidade suscitada na peça recursal, visto que o serviço é prestado com contraprestação remunerada por preço ou tarifa paga pelo usuário. Refutadas, em seguida, as alegações de nulidade e de insubsistência da autuação com amparo em protocolos e leis atinentes ao serviço postal, visto que a exigência tributária deu-se por responsabilidade solidária, por ter sido flagrado o autuado na posse e transporte de mercadorias de terceiros desacompanhadas de

notas fiscais, sendo aplicável ao caso o art. 39, I, “d”, V e §§ 3º e 4º, do RICMS. Ao finalizar a representante da PGE/PROFIS opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

De início, rejeitamos a preliminar arguida pelo recorrente de que o serviço postal não é transporte e, por conseguinte, a ECT não é uma transportadora, e que sua relação com a fiscalização estadual é regida pelo Protocolo ICM 23/88, e que os únicos sujeitos passivos, nesta relação jurídica com o Fisco Estadual são o remetente e o destinatário do objeto postal, cabendo somente a estes qualquer responsabilidade tributária. Não tem qualquer amparo legal a preliminar arguida, pois o art. 5º da LC nº 87/96 define que a lei poderá atribuir a terceiros a responsabilidade pelo pagamento do imposto e seus acréscimos devidos pelo contribuinte ou responsável, quando os atos ou omissões daqueles concorrerem para o não recolhimento do tributo.

Relativamente à imunidade tributária, cumpre ressaltar que o autuado não se encontra acobertado pela mesma, pois sendo empresa pública, regime jurídico de direito privado, se encontra submetida ao regime das empresas privadas diante do que estabelece o art. 173, II do §1º.

Quanto ao mérito entendemos que a ECT é responsável pelo pagamento do imposto, no caso concreto, em razão do que dispõem o art. 6º, III, letra “d” da Lei nº 7.014/96 e art. 6º, inciso IV da Lei do ICMS, que atribuem responsabilidade tributária aos transportadores em relação às mercadorias que conduzirem sem documentação fiscal, tendo sido a ECT corretamente autuada como responsável pelo pagamento do tributo exigido.

Não procedem os argumentos de que o serviço postal não é transporte, e que, por esta razão a ECT não é uma transportadora, uma vez que a relação do recorrente com o Fisco Estadual é regida pelo Protocolo ICM 23/88.

Assim, com os argumentos acima expostos, mantemos a autuação, visto que a infração à legislação tributária foi devidamente comprovada. Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, acompanhando o Parecer da Procuradoria Estadual, para manter inalterada a Decisão recorrida que se encontra em consonância com reiterada jurisprudência deste Conselho de Fazenda.

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 232874.0017/09-8 lavrado contra **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$1.275,00, 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 2009.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

PAULO SÉRGIO SENA DANTAS - RELATOR

ÂNGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA – REPR. DA PGE/PROFIS