

PROCESSO - A. I. Nº 301589.0018/09-4
RECORRENTE - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0049-04/10
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 07/07/2010

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0160-11/10

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CORREIOS E TELÉGRAFOS. TRANSPORTE DE MERCADORIAS DE TERCEIROS SEM A CORRESPONDENTE NOTA FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Na falta de elementos de prova quanto à condição de mercadorias dos bens apreendidos, conclui-se que o sujeito passivo realizava serviço postal, conforme norma contida no art. 150, VI, “a”, da CF, e não transporte comercial. Modificada a Decisão recorrida. Descaracterizada a infração. Não apreciadas as preliminares suscitadas, à luz do parágrafo único, do art. 155, do RPAF/BA. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão proferida pela 4ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir o ICMS, no valor de R\$459,00, acrescido da multa de 100%, em virtude da realização de operação com mercadorias sem documentação fiscal, conforme o Termo de Apreensão nº 148039, às fls. 6 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, inexistindo qualquer ato passível de nulidade do processo prevista no art. 18 do RPAF-BA/99.

De outro lado, as informações do autuante narraram objetivamente a infração cometida, os dispositivos infringidos e multa aplicada, além de indicar o valor exigido, não havendo, portanto, qualquer dificuldade e/ou desconhecimento a impossibilitar o autuado de proceder sua defesa.

No que diz respeito ao pedido de inconstitucionalidade, ressaltou a 1ª Instância que tal atribuição não se inclui na competência do CONSEF, consoante disposto no 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 tal tese prevalecer, já que a ECT não é autarquia, nem fundação, mas 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, ao arrimo do art. 173, §1º da Constituição Federal.

Ressaltou, também, que 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 e o entendimento do 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 o ICMS sobre tais serviços postais. O lançamento tributário cobrado é de responsabilidade solidária, pelo fato da encomenda, remetida

com mercadorias (01 volume - 01 câmara com objetiva 18-55 NIKON D60 e flash com enfoque automático NIKON SB600) relacionadas no Termo de Apreensão (fl.06 do PAF), ser transportada desacobertada da documentação fiscal correspondente.

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.

Assim, a JJF 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 sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da relação tributária, sob o argumento de que serviço postal não é transporte e, no mérito, assegurou se encontrar amparado 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.

Prosseguiu o inconformismo, discorrendo sobre o instituto da recepção das leis e, em seguida, transcreveu o art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69, o qual diz ter sido esse artigo recepcionado pela Constituição Federal, tornando 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 tal lei ainda não foi editada, 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 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.

Outrossim, frisou que a insistência na cobrança desse tributo configura flagrante inconstitucionalidade, enfatizando o texto do artigo 11 da Lei nº 6.538/78, assegurando que "*os objetos postais pertencem ao remetente até sua entrega a quem de direito*", daí sendo 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 de

A representante da PGE/PROFIS, ao se pronunciar nos autos, opinou que 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.

Concluiu 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, assim, não lhe é aplicável a imunidade recíproca, a qual, além de serviço postal, presta também o de transporte, incluído no campo de incidência do ICMS.

Concluiu 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 consigna o Termo de Apreensão nº 148039, de 01 câmara com objetiva 18-55 NIKON D60 e 01 flash com enfoque automático NIKON SB600, desacompanhados da documentação fiscal.

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.

De plano, destaco a desnecessidade de apreciar as preliminares suscitadas, com esteio no parágrafo único, do art. 155, do RPAF, por descortinar a possibilidade de, no mérito, ser a lide decidida em favor do sujeito passivo.

Nas questões de fundo, observo que o presente lançamento de ofício visa exigir o ICMS da Empresa de Correios e Telégrafos, por responsabilidade solidária, em virtude de ter sido constatado que o autuado, ora recorrente, realizava transporte de mercadorias desacompanhadas do respectivo documento fiscal.

Entretanto, a análise dos elementos constantes da proceduralidade conduzem a entendimento contrário as conclusões a que chegou o nobre autuante.

Assim é que, o quantitativo das mercadorias apreendidas (01 câmara com objetiva 18-55 NIKON D60 e 01 flash com enfoque automático NIKON SB600) e a inexistência de qualquer documento indicando uma operação com materiais que se constituam em mercadorias destinadas ao comércio, ou que sejam objeto de uma relação mercantil, venda a consumidor do Estado da Bahia, afastam a assertiva de que se estava diante de mercadorias, na acepção jurídica do vocábulo; pode-se estar diante, inclusive, de peças pessoais, e, nesse caso, não há falar na incidência do ICMS lançado por conduto do presente Auto de Infração.

Frise-se, ainda, que no Termo de Apreensão (fl. 06), tanto o remetente quanto o destinatário se apresentam como pessoas físicas.

A falta de elementos de prova quanto à condição de mercadoria de assertiva do autuante, qual seja, a de que o sujeito passivo estava se comercial, submetido ao regime tributário do ICMS.

Ora, se não há provas de que se tratavam tais bens de mercadorias, é de se concluir que o sujeito passivo estava realizando serviço postal, e não transporte comercial.

Partindo dessas duas constatações, é imperioso concluir pela insubsistência da autuação, pois não há controvérsias quanto à imunidade de que goza o recorrente quando está realizando o serviço postal que lhe é exclusivo, como ocorreu no caso explicitado, nesse passo, devendo incidir a norma contida no art. 150, VI, “a”, da Constituição Federal.

De todo o exposto, posiciono-me na linha de DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, para reformar a Decisão de primeiro grau e julgar IMPROCEDENTE o presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **301589.0018/09-4**, lavrado contra **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT**.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de maio de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS