

PROCESSO - A. I. Nº 277993.0011/09-0
RECORRENTE - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0026-05/10
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 07/07/2010

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0178-11/10

EMENTA: ICMS. DOCUMENTO FISCAL INIDÔNEO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA EBCT. REMETENTE EM SITUAÇÃO IRREGULAR PERANTE O FISCO DA UNIDADE DA FEDERAÇÃO DE ORIGEM DAS MERCADORIAS. IDONEIDADE DO DOCUMENTO FISCAL. Modificada a Decisão recorrida. Não se pode atribuir ao transportador a responsabilidade pelo pagamento do imposto em razão de uma inidoneidade relativa ao remetente das mercadorias e não ao documento fiscal – que atendia a todas as formalidades legais. Infração improcedente. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão prolatada pela 5ª JJF, através do Acórdão nº 0026-05/10, que julgou Procedente o Auto de Infração, modelo 4, lavrado em 27/02/2009, no valor de R\$1.360,00, acrescido da multa de 100%, em decorrência da “*utilização de documentação fiscal emitida por contribuinte com inscrição suspensa, cancelada, em processo de baixa, baixada ou anulada*”, constando como descrição dos fatos que as mercadorias tributáveis – 200 armações de óculos - se encontravam acompanhadas de documentação fiscal inidônea, referente à Nota Fiscal nº 111, cujo remetente não se encontrava habilitado no cadastro do Estado de São Paulo, consta dos autos Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº. 148.054, (fl. 04).

O sujeito passivo, por seus representantes legais, defendeu-se às fls. 20 a 46, se insurgindo contra a imputação, sob o argumento de que foi considerado como responsável tributário em relação às mercadorias acobertadas por nota fiscal emitida por contribuinte com inscrição suspensa, cancelada, em processo de baixa, baixada ou anulada.

Em Primeira Instância, o julgamento pela procedência do lançamento foi embasado nestes termos, “*verbis*”:

“Não acato o pedido de nulidade suscitado pelo sujeito passivo, tendo em vista que o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº. 184.054, que dá base à autuação, atende às formalidades requeridas pelo Protocolo ICM 23/88, que, inclusive, já foi revogado pelo Protocolo ICMS 32/01. Considerando que as mercadorias estavam de posse da ECT, o referido termo foi emitido em seu nome.

No que se refere à Lei nº 6.538/78, esta 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, não procedendo, portanto, a alegação defensiva sobre a quebra de sigilo ou inviolabilidade de correspondência.

Deste modo, restam afastados os pedidos de nulidade apresentados pelo autuado, considerando que o impugnante, exercendo o 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.

No que diz respeito ao pedido de declaração de inconstitucionalidade, ressu na competência deste CONSEF, nos termos do art. 167, inciso I do Regulam

Estado da Bahia (RPAF/BA), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Assim, deixo de apreciar os questionamentos do autuado nesse sentido.

O impugnante argumentou gozar da imunidade prevista no artigo 150, inciso VI da Constituição Federal de 1988 e que, por esse motivo, não poderia ter sido apontado como sujeito passivo da relação tributária. No entanto, a imunidade alegada pelo autuado 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, não comungo com esse entendimento. 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 CF/88.

Observo, ademais, que de acordo com o § 3º do mesmo art. 150 da Constituição, citado pelo autuado, as vedações contidas no referido inciso VI, não se aplicam aos casos de exploração de atividades regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados ou nos quais haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário. Além do mais, no presente caso, o que se está exigindo é o ICMS relativo à operação de circulação de mercadorias que eram transportadas pelo autuado de forma irregular.

No mérito observo que através da presente ação fiscal foi exigido o imposto por ter sido identificada o transporte de mercadorias acobertado com nota fiscal inidônea, em razão do remetente se encontrar inapto no cadastro de contribuintes do Estado de origem das mercadorias.

Ao analisar as peças constitutivas deste processo, verifico que esse documento fiscal foi emitido por Henricris Com. De Produtos Óticos (Ótica Glass), situada São Paulo-SP, tendo como destinatária a empresa G.S.S Comércio Ótico Ltda, localizada em Lauro de Freitas-Ba. De acordo com o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº. 148.054, as mercadorias foram apreendidas, no estabelecimento da Empresa de Correios e Telégrafos porque a operação se encontrava acobertada com nota fiscal inidônea, visto que o remetente não se encontrava habilitado no cadastro de contribuintes do Estado de São Paulo.

Noto que o autuado se insurgiu contra o lançamento, sob o entendimento que não poderia ter sido responsabilizado por solidariedade. Essa conclusão se encontra amparada no entendimento muitas vezes manifestado pelo impugnante de que não se trata de contribuinte do imposto estadual. Ressalto, entretanto, que a condição da ECT de contribuinte do ICMS, em razão da atividade desempenhada de transportadora de mercadorias, já se encontra definitivamente assentada neste Conselho de Fazenda.

Saliento que diante da constatação de um fato dessa natureza, ou seja, uma mercadoria se encontrar acobertada com documento inidôneo por significar que foram utilizados com o intuito de fraude.

Nestas circunstâncias, entendo que a irregularidade apontada no Auto de Infração está suficientemente comprovada, haja vista que a acusação fiscal se refere ao transporte de mercadorias em situação irregular, sendo obrigação do transportador, nos termos do art. 142, I, do RICMS, exigir do outro contribuinte, nas operações que com este realizar, exigir a exibição do extrato de identificação. Eletrônico, visando certificar a condição daquele perante o fisco estadual.

Quanto à arguição pelo autuado de falta de previsão na lei, do fato gerador que lhe foi imputado, afasto esse argumento defensivo, haja vista que no caso da lide a infração está devidamente prevista no RICMS/97, que por sua vez regulamenta a Lei nº. 7.014/96, que trata deste imposto no Estado da Bahia. Observo, outrossim, que a multa está corretamente aplicada ao caso, estando prevista na Lei nº. 7.014/96. 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 tributária.

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 cobra o ICMS do sujeito tributário, na condição de responsável por solidariedade, pelo fato de a encomenda, remetida via SEDEX, estar sendo transportada acompanhada por documentação fiscal considerada inidônea, tendo em vista a sua utilização de forma irregular, conforme já explicitado. Deste modo, não há que se falar em quebra de sigilo ou inviolabilidade de correspondência.

Nesta situação, invoco o RICMS/97, cujas determinações contidas no art. 39, incisos I, alíneas “a” e “d” e V, §§ 3º e 4º, nos casos de responsabilidade por solidariedade, expressam:

“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:

a) que entregarem a destinatário diverso do indicado na documentação fi

d) que aceitarem para transporte ou que conduzirem sem document procedência ou destino, ou acompanhadas de documentação fiscal inidô

*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 nossos)*

§ 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.”

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 ECT.

Portanto, mesmo que o autuado não pudesse ser considerado transportador, estaria obrigado ao pagamento do imposto, em razão de responsabilidade solidária, em face da regra esculpida no inciso V do art. 39 do RICMS/97, acima transcrito. Desta forma, está claro que não há o que se falar na inexistência de solidariedade, com base na alegada imunidade tributária do autuado, haja vista estar definitivamente provada nos autos a sua condição de responsável pelas mercadorias que transportava, acompanhadas por documentação fiscal inidônea.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Irresignado com a Decisão “a quo”, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário, através de advogado regularmente constituído, onde ratifica os argumentos lançados na impugnação, arguindo, fundamentalmente, o seguinte:

1. Como preliminares prejudiciais do mérito da ação fiscal e nulidade do procedimento fiscal, com lastro no Protocolo ICM 23/88, assevera que cumpria ao autuante identificar o remetente e o destinatário da mercadoria por ele transportada, invocando a sua ilegitimidade passiva para compor a relação jurídico-tributária, sendo aqueles - remetente e o destinatário da mercadoria - quem têm legitimidade para figurar no polo passivo, afirmando ainda que o serviço postal não é transporte, e, portanto, que não há a incidência de ICMS, inexistindo responsabilidade solidária.,
2. No mérito, pugna pela improcedência do Auto de Infração, com a seguinte motivação :
 - 2.1- Que o recorrente à luz do Texto Constitucional é imune ao tributo – ICMS -, eis que os serviços postais por ela prestados, em caráter de monopólio, enquadra-se no conceito de serviço público;
 - 2.2- Sustenta que o Decreto-Lei nº 509/69 e a Lei nº 6.538/78 foram recepcionados pela Carta Magna, configurando o óbice da cobrança desse tributo;
 - 2.3- Aduz a inexistência de preceito legal dispondo sobre a incidência do ICMS em face dos serviço de transporte postal;
 - 2.4- Afirma que, por não se enquadrar como transportadora, inexistente a pretendida responsabilidade tributária pelo imposto não recolhido.

A d. PGE/PROFIS, em seu Parecer de fls.107/128, da lavra da i. Dra. Maria José Ramos Coelho Sento-Sé, manifesta-se pelo improvimento do Recurso Voluntário, destacando, de início, que a matéria já é de conhecimento daquela Casa, e que, por isso reitera os opinativos precedentes, constatando do exame dos autos, que o ponto nodal do PAF reside na discussão de dois aspectos, quais sejam : 1- gozar a ECT de imunidade tributária recíproca consagrada na CF; 2- ser a ECT responsável tributária pelas mercadorias que transporta desacompanhadas de documentação fiscal.

Feita essa primeira digressão, entendeu que, conforme se infere dos documentos que instruem o PAF, que a ECT tem natureza jurídica de empresa pública.

Passou a esclarecer que, o art. 173 da CF prevê a equiparação da privada no tocante ao regime jurídico e aos privilégios fiscais parágrafos 1º, e seu inciso II, e o § 2º, concluindo que essa imun

somente ao patrimônio, renda ou serviços dos entes políticos da Federação e às autarquias e fundações, desde que, como salientou, instituídas e mantidas pelo Poder Público e, exclusivamente, no que se refere ao patrimônio, renda ou serviços vinculados a suas finalidades essenciais ou dela decorrentes.

Como reforço dos argumentos ali consignados, trouxe à lume ementas de jurisprudência dos tribunais às fls. 112/117, no sentido de que o regime tributário das empresas públicas é o mesmo das empresas privadas, em conformidade com o inciso II, do § 1º, do art. 173 da CF, sejam federais, estaduais ou municipais.

Concluiu que, pela inteligência dos dispositivos constitucionais e doutrina ali transcritos, as empresas públicas, devido à sua natureza privada, não possuem privilégios de quaisquer espécies, não sendo, pois, imunes, e nesse sentido, o art. 12 do Decreto Lei nº 509/69 que foi arguido pelo recorrente em sua defesa, encontra-se derogado pela Carta Magna, por não ter sido por esta recepcionado, ante a incompatibilidade com os preceitos constitucionais vigentes.

Afastada a imunidade tributária, passou a reportar-se sobre a responsabilidade solidária do recorrente pelo transporte de mercadorias desacompanhadas da respectiva documentação fiscal, e que também neste ponto, não lhe assiste razão, pelo que deve ser mantida a Decisão Recorrida, sendo a ECT, efetivamente, responsável pelo pagamento do imposto exigido.

Teceu seguidamente considerações de que o art. 6º, III, d, da Lei nº 7.014/96 atribui responsabilidade aos transportadores no tocante às mercadorias que conduzirem sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou desacompanhadas de documentação fiscal inidônea, salientando que não se pretende comparar a ECT com as transportadoras de mercadorias, as quais realizam serviço distinto, mas que, a despeito da primeira realizar serviço de entrega de bens ou mercadorias, exclusivamente, e a segunda prestar serviço postal de recebimento, expedição, transporte e entrega de objetos de correspondência, valores e encomendas, à luz do preceito do art. 7º, da Lei nº 6.538/78 – Lei Postal –, entretanto, conquanto haja essa distinção, no momento que se transporta mercadorias sem a nota fiscal ou com nota fiscal inidônea, por força do art. 5º, da Lei Complementar nº 87/96, torna-se responsável solidária desse tributo devido pelo contribuinte originário, dispositivo legal esse que se coaduna com o inciso IV do art. 6º, da Lei do ICMS, que atribui a qualquer pessoa física ou jurídica, essa responsabilidade tributária em face de mercadorias que detiver para entrega desacompanhadas de documentação fiscal.

Concluiu que incide o ICMS sobre as atividades econômicas exercidas pela ECT, notadamente as prestações de serviço de transporte de encomenda; que o eventual caráter objetivo da imunidade recíproca afastaria a incidência do ICMS apenas em relação à “*vertente pública*” da ECT, pertinente à prestação de serviço postal em sentido estrito, que assume a natureza de serviço exercido em regime de monopólio, e, por isso, eventualmente, beneficiado pela imunidade recíproca; que esta, contudo, não estender-se-ia à vertente mercadológica da atuação da ECT, ou seja, o serviço postal em sentido amplo, que assume a natureza de atividade econômica, exercida em regime de concorrência, e, por isso, sujeita o regime tributário das empresas privadas (art. 173, § 2º, da CF), posicionando-se pelo conhecimento do Recurso Voluntário e pelo seu improvimento.

VOTO

Consta-se que a acusação fiscal centra-se no aspecto de que houve o trânsito de mercadorias sob o fundamento de que o foi com utilização de documentação fiscal inidônea, emitida por contribuinte com inscrição suspensa, cancelada, em processo de baixa, baixada ou anulada.

Todavia, compulsando os autos, notadamente o documento de fl. 112, consta que a Henricris Com. de Produtos Óticos Ltda, sediada na cidade de São Paulo, tendo como destinatário a G. S. A Comércio Óptico Ltda,

Estado da Bahia, com descrição de 200 unidades de armação de óculos, devo discordar do duto entendimento esposado na Decisão recorrida acatada pela d. PGE/PROFIS, eis que o recorrente não teria efetivamente como averiguar com base nessa nota fiscal - e nem teria esse dever -, se tratava o emitente de contribuinte regularmente inscrito ou não naquele Estado, tendo o remetente, no ato da postagem, apresentado à ECT o documento fiscal hábil.

Com efeito, este Colegiado reiteradamente em seus julgados posiciona-se no sentido de que a prestação de serviços postais é atividade diversa do serviço de transporte de carga, sendo pertinente a exigência do ICMS, cobrado da ECT na condição de responsável por solidariedade, quando a encomenda for postada via SEDEX, desacompanhada de documentação fiscal considerada idônea.

Entretanto, como visto, não foi esta a hipótese dos autos, eis que o remetente, quando da postagem, apresentou a nota fiscal correspondente, inexistindo elementos probatórios que evidenciem que essa documentação é inidônea, sendo descabida a apreensão das mercadorias depositadas que estão sob a guarda da SEFAZ, consoante termo de depósito de fls. 09, cumprindo que sejam entregues ao destinatário.

Do exposto, não procede a cobrança do ICMS, não em virtude da arguida imunidade tributária, mas, porque não se pode atribuir ao transportador a responsabilidade pelo pagamento do imposto em razão de uma inidoneidade relativa ao remetente das mercadorias e não ao documento fiscal – que atendia a todas as formalidades legais.

Sendo assim, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário e, conseqüentemente, pela IMPROCEDÊNCIA da autuação.

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 277993.0011/09-0, lavrado contra a **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT**.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de junho de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS ALBUQUERQUE DE SÊNTO SÊ - REPR. DA PGE/PROFIS