

PROCESSO - A. I. Nº 148593.0005/08-2
RECORRENTE - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0009-02/10
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 14/07/2010

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0212-11/10

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. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão proferida pela 2ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir o ICMS, no valor de R\$315,02, acrescido da multa de 100%, em virtude da realização de operação com mercadorias sem documentação fiscal, conforme o Termo de Apreensão nº 119207.0001/08-5 de 30/01/2008, e dos documentos fiscais às fls. 6 a 28 dos autos.

O autuado apresentou defesa tempestiva e a informação fiscal foi prestada regularmente.

Conforme Acórdão JJF nº 0104-02/08 (fls. 65 a 71), o lançamento foi considerado nulo por inobservância do devido processo legal, em razão do termo de apreensão ter sido considerado ineficaz, em desatenção ao artigo 28, § 2º do RPAF/99, tendo em vista que o Auto de Infração foi lavrado depois de expirado o prazo de validade do Termo de Apreensão.

O autuado foi cientificado da Decisão da 2ª JJF, conforme intimação de AR às fls. 75 a 76, porém, não houve qualquer manifestação no prazo estipulado. Já o autuante, em sua informação à fl. 80, acatou a referida Decisão e sugeriu o arquivamento do processo.

O Diretor do DAT/Metro se manifesta no processo, fl. 82, não concordando com a Decisão da 2ª JJF, e com fulcro no artigo 134 do RPAF/99, encaminha o processo à SAT/DARC para as devidas providências.

O processo foi encaminhado à IFMT/Metro, que solicitou orientação da DITRI, e este remeteu o PAF para o CONSEF para os devidos fins.

A Coordenação de Avaliação por entender que o resultado do julgamento configura Decisão contrária à legislação tributária, encaminhou o processo à Presidência do CONSEF para nova análise da autuação, via Recurso de Ofício, sugerindo que o processo fosse processado e encaminhado a uma das Câmaras de Julgamento fiscal para reexame da matéria, suopção essa acatada pela Presidência do CONSEF.

O processo foi julgado pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, sendo modificada a Decisão recorrida através do Acórdão CJF nº 0242/11/09 (fls. 194 a 197), com base no fundamento de inexistência de mácula que inquine de nulidade o lançamento de ofício, sendo retornado os autos à Primeira Instância para novo julgamento visando apreciar o mérito da exigência fiscal.

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, não existindo 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, 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, ao arrimo do art. 173, §1º da Constituição Federal.

Ressalta que a Lei nº 7.014/96 cuida da responsabilidade solidária no art. 6º, tratando-se de normas endereçadas a todas as pessoas passíveis de atribuição de responsabilidade solidária e 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, na condição de responsável por solidariedade, pelo fato de encomenda, remetida via SEDEX SX 357154943 BR, com mercadorias sendo transportada desacoberta 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 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 aos serviços postais. Disse que o art. 9º, da Lei nº 6.538/78, exclui transporte e entrega de valores e encomendas, porém, o art. 21, X,

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 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.

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 a preliminar de nulidade do procedimento fiscal suscitada pelo recorrente é absolutamente desprovida de qualquer fundamento legal e que a preliminar de ilegitimidade passiva não encontra respaldo legal ao teor do quanto disposto nos artigos 121 e 128 do CTN.

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 s à incidência do ICMS nas operações de remessas de encomenda; Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), a qual realiza o transport

espécie concreta conforme Termo de Apreensão nº 119207.0001/08-5 de 01 lote de confecções vestuário diversas, 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 2ª 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, conseqüentemente, 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 a 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 realizam-se 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 pri

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.

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 **148593.0005/08-2**, lavrado contra **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$315,02**, 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, 17 de junho de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS