

PROCESSO - A. I. Nº 225414.0033/09-5
RECORRENTE - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0222-03/10
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 27/12/2010

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0460-11/10

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. Rejeitadas as preliminares 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\$5.294,70 acrescido da multa de 100%, em virtude da realização de transporte das mercadorias sem documentação fiscal, conforme o Termo de Apreensão nº 302369, à fl. 3 dos autos.

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

A JJF, inicialmente, ressaltou não ser de competência deste órgão julgador opinar sobre as questões de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, levantadas na defesa, a teor do artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

Rejeitou a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo de que a ECT é uma empresa pública sob o argumento de que, consoante o art. 173, e seu § 2º, da Constituição Federal, “*as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado*”.

Quanto ao argumento de que a ECT goza de imunidade tributária, entendeu a JJF que também não pode ser acatado, tendo em vista que a imunidade alegada se aplica exclusivamente às suas atividades, e não às mercadorias que o autuado transporta mediante pagamento pelo serviço prestado. Portanto, a imunidade recíproca alegada, se refere apenas à sua atividade na prestação de serviço postal, e como tal, tem natureza de serviço público, atividade que é exercida pela ECT em regime de monopólio. Quanto ao serviço de transporte de encomendas, constitui uma atividade econômica, estando o autuado concorrendo com as demais transportadoras de encomendas, empresas privadas, que estão sujeitas ao pagamento do ICMS.

Considerou ainda, que a autuação foi efetuada com base na responsabilidade dos transportadores pelo pagamento do imposto e

relação às mercadorias que aceitarem para transportar ou que conduzirem sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino,

Adentrando no mérito, asseverou o Relator que o lançamento foi decorrente da responsabilidade solidária atribuída à ECT, tendo em vista que foram encontradas 21 correntes e 119 pulseiras, mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, encomenda enviada pelo SEDEX de nº SK 176744369 BR, tendo como destinatária a Sra. Patrícia Moraes, Avenida Antônio Carlos Magalhães nº 1034, Loja 11-B, Itaigara, Salvador – Bahia, e como remetente Vladimir de Carvalho Jr, Rua Cavour nº 753, Vila Prudente, São Paulo – CEP 03.136 - 010.

Destacou que, de acordo com o art. 6º, inciso III, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, são solidariamente responsáveis pelo pagamento do ICMS e demais acréscimos legais, os transportadores que conduzirem mercadorias sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou mesmo, acompanhadas de documentação inidônea.

Observou que o § 2º, do art. 410-A, do RICMS/97, estabelece que o transporte de mercadorias e bens feito pela ECT, além do cumprimento das demais obrigações tributárias previstas na legislação do ICMS para os transportadores de cargas, deverá ser acompanhado de nota fiscal, modelo 1 ou 1-A, manifesto de cargas e conhecimento de transporte de cargas.

Concluiu que a legislação atribui a responsabilidade solidária à ECT por ter recebido e transportado para entrega, mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal exigível.

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 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 6.538/78, 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 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 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."*

Esclareceu que a responsabilidade tributária do autuado tem suporte na legislação que normatiza essas operações, o Protocolo ICM 23/88, seguido dos Protocolos ICMS 15/95 e 32/01. Ressaltou que a autuação deu-se por responsabilidade solidária, por estar de posse e transportando mercadorias de terceiros desacompanhadas de notas fiscais, com fulcro no art. 39, I, "d" e §§3º e 4, do RICMS/97.

Opinou pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão nº 0222-03/10, prolatado pela 3ª JF, que julgou procedente o presente Auto de Infração, em razão de remessas de encomendas promovidas pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), a qual realiza o transporte e entrega de mercadorias (21 correntes e 119 pulseiras), conforme Termo de Apreensão nº 302369.

No seu Recurso Voluntário, a empresa volta a alegar nulidade do lançamento, reproduzindo cláusulas do Protocolo ICM 23/88, já que a autuante não havia identificado o remetente e o destinatário das mercadorias apreendidas, preferindo autuar a empresa. Porém, observo que a autuação foi efetuada com base no art.39, inciso I, que prevê a responsabilidade dos transportadores em relação às mercadorias transportadas ou conduzidas sem documentação fiscal.

Quanto aos demais argumentos recursais, replicados em todos os Autos de Infração lavrados contra o recorrente, me louvo nos ensinamentos enunciados em voto proferido por este Conselho de Fazenda, em sede recursal, onde foram os mesmos proficuamente enfrentados, inclusive, no que concerne às preliminares de nulidade suscitadas:

"...De fato, muitas páginas poderiam ser dedicadas, no presente voto, para discorrer acerca da pertinência jurídica do lançamento levado a efeito por meio do Auto de Infração objeto deste processo administrativo fiscal. Entretanto, para que se entenda a justeza da cobrança realizada, faz-se nece pretende, a EBCT, seja-lhe reconhecida a imunidade tributária com r realizados, que contemplam verdadeiras mercadorias destinadas ao comércio, assevera o recorrente não possuir legitimidade para figurar no pólo

comento. São estas, em síntese, as alegações nas quais o recorrente fundamenta suas razões. Percebe-se, todavia, que o acolhimento d'uma ou d'outra alegação produziria o mesmo efeito de se criar uma via alternativa para realização de transportes de mercadorias sem o efetivo pagamento do imposto devido. O Fisco ficaria, sem sombra de dúvidas, demasiadamente prejudicado, pois, além de não poder impor ao recorrente o pagamento do tributo devido, sequer lhe poderia exigir que preservasse o mínimo de regularidade das cargas trans-portadas, exigindo a documentação necessária à lícita consecução dos serviços que presta. Não é esta, absolutamente, a finalidade das normas legais e constitucionais que compõem o sistema tributário nacional. As preliminares arguidas pelo recorrente não merecem, com a devida licença, acolhimento. Não se está diante de qualquer das hipóteses legais autorizadoras da decretação da nulidade do procedimento administrativo fiscal. A ação fiscal observou os dispositivos pertinentes, estando, a infração, devidamente fundamentada, claramente descrita e quantificada. O valor atribuído às mercadorias não se mostra irrazoável, não existe embasamento legal ao afastamento da sujeição passiva da EBCT, por solidariedade, e, por fim, o serviço prestado, no presente caso, não pode ser considerado como o "serviço postal" objetivo maior do recorrente. Afastam-se, pois, todas as alegações preliminares. No que tange ao mérito, algumas considerações devem ser feitas. Primeiro, quanto à alegada imunidade, entendo que o serviço prestado pela EBCT, relativamente ao transporte de mercadorias que tais, em nada se assemelha ao serviço público denominado "serviço postal". A controvérsia surge em razão da indeterminação do conceito previsto na Lei, entretanto não se sustenta por muito tempo. 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 objetos materiais que não se constituam em mercadorias destinadas ao comércio ou que sejam objeto de uma relação mercantil. Extrapolado este limite, o recorrente sai da seara do "serviço postal", sobre o qual detém monopólio, ensejando, portanto, a cobrança de todos os tributos devidos em razão do transporte, já que a atividade é tipicamente privada. Segundo, a responsabilidade solidária, in casu, decorre claramente do art. 39, I, "d", do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, tendo em vista a manifesta negligência do recorrente, ao admitir para transporte mercadoria desacompanhada de documento fiscal, atitude inescusável e que, portanto, enseja sua responsabilização pelo recolhimento do tributo devido. De outro lado, a Lei nº 7.014/96, em seu art. 6º, III, "d", e IV, também atribuiu ao transportador responsabilidade solidária quanto ao pagamento do imposto e acessórios legais, originariamente devidos pelo contribuinte direto, quando conduzam mercadorias desacompanhadas de documentos fiscais, ou quando esta se mostrar inidônea. Inegável, portanto, a responsabilidade do recorrente, pelo pagamento do imposto devido..."

Ressalto, ainda, que o quantitativo de mercadorias apreendidas e sua especificação – conforme Termo de Apreensão constante às fl. 03 dos autos – 21 correntes e 119 pulseiras - conferem à operação a nítida demonstração de que as mesmas se destinavam à comercialização.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, por entender que a Decisão recorrida afigura-se irreparável, mantendo-a em sua inteireza.

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 **225414.0033/09-5**, lavrado contra **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.294,70**, 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, 15 de dezembro de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - RELATORA

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS