

PROCESSO	- A. I. N° 225414.0055/15-3
RECORRENTE	- EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF n° 0209-05/15
ORIGEM	- IFMT - DAT/METRO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 14/04/2016

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0040-11/16

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CORREIOS E TELÉGRAFOS. TRANSPORTE DE MERCADORIAS DE TERCEIROS SEM A CORRESPONDENTE NOTA FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Constatado o transporte de mercadorias de terceiros, remetidas via SEDEX, desacompanhadas de documentação fiscal, é legal a exigência do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 5ª JJF constante no Acórdão n° 0209-05/15, que julgou Procedente a presente autuação, lavrada em razão do transporte ou operação de mercadorias sem documentação fiscal. Valor de R\$ 33.643,17 e multa de 100%.

Após análise dos argumentos delineados pelo autuado e pelo fiscal autuante, a 5ª JJF proferiu a Decisão transcrita abaixo (fls. 52/56):

Saliente que não cabe a esta JJF apreciar questões de inconstitucionalidade de lei ou de atos normativos, a teor da disciplina do art. 167, I do RPAF/99.

Constato que o Auto de Infração atende a todas as formalidades para a sua validade, obedecidos os requisitos constantes no art. 39 do RPAF/99 (Decreto n° 7.629/99), tendo sido lavrado no trânsito de mercadorias.

Ao contrário do que afirma a defesa, as determinações contidas no Protocolo ICM 23/88 foram observadas, uma vez que a primeira via do Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos (fl. 04) está assinada pelo detentor das mercadorias.

Quanto ao argumento de que goza de imunidade tributária, de acordo com o estatuído no artigo 150, inciso VI, alínea “a”, da Constituição Federal de 1988, esta imunidade somente é aplicada às mercadorias e serviços exclusivamente vinculados a suas atividades essenciais e não às mercadorias transportadas e serviços prestados mediante pagamento.

No que concerne ao argumento de que a EBCT, por ser empresa pública da administração indireta Federal não pode ser igualada a transportadores particulares, já que o serviço postal não é transporte, ressalto que o serviço prestado pela EBCT de transporte de encomendas se equipara aos serviços prestados pelas transportadoras rodoviárias, ferroviárias, aéreas e aquaviárias, não podendo ser confundido com as atividades correlatas do serviço postal (telegrama, correspondências, etc.). Portanto, 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.

Ultrapassadas as preliminares trazidas pela defesa, posto que o contribuinte compreendeu e se defendeu do que foi acusado, sendo possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito, razão não encontro para decretar a nulidade do lançamento, conforme disposto no art. 18, § 1º do RPAF/BA. Além do mais, o órgão julgador não tem competência para apreciar a inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, a teor do art. 167, I, do RPAF/99.

No mérito, foi indicado que o Auto de Infração foi lavrado por ter sido encontrada, no estabelecimento do autuado (EBCT), uma encomenda desacompanhada de documentação fiscal, composta de 1.998 cabos USB, conforme relato do Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos, nº 225.414.0054/15, e destinatário identificado no mesmo, documento de fl. 04.

Conforme as determinações do art. 39, I, “d”, V e §§ 3º e 4º, todos do RICMS/BA e respondendo ao questionamento, 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, foi observado que, pelas decisões trazidas aos autos pelo contribuinte, a Justiça Federal já se manifestou a 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. Contudo, no Auto de Infração não se está a exigir o imposto estadual sobre tais serviços postais, e sim por responsabilidade solidária, acorde art. 39, I, “d” e V, do RICMS/97, pelo fato de a encomenda, remetida via SEDEX, estar sendo transportada sem o competente documento fiscal.

Cabe 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.

Ressalto que 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 se criar um ambiente desleal, contrário a ordem econômica vigente.

Quanto aos protocolos assinados pela ECT, observo que, na data da autuação, já estava em vigor o Protocolo ICM 32/01, que apenas estabeleceu normas de controle de fiscalização relacionada com o transporte de mercadorias efetuado pelo autuado, em nenhum momento dispensando a EBCT de ser responsabilizada pelo pagamento do tributo, porventura devido em razão das ações fiscais ali desenvolvidas.

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 Constituição da República, da vedação à quebra do sigilo da correspondência.

Quanto ao valor exigido não foi contestado pela defesa e encontra-se discriminado na Memória de Cálculo de fl. 07.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado o Sujeito Passivo interpôs Recurso Voluntário, às fls. 65/93, objetivando a reforma da Decisão recorrida.

Sustenta que o procedimento fiscal padece de nulidade, além de encontrar-se amparada pela imunidade tributária recíproca, fartamente explicitada pelo Supremo Tribunal Federal, que recepcionou o Decreto instituidor dos Correios.

Transcreve decisões do STF, que estendeu à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos os privilégios conferidos à Fazenda Pública, em especial o art. 173 da CF/88, em razão da recepção do artigo 12 do Decreto-Lei nº 509/69.

Ressalta que o Protocolo ICM 23/1988 estabelece que a lavratura de termo de apreensão tem que ser feita tanto em nome da transportadora como do Contribuinte e que no presente caso, a autuante não observou as formalidades essenciais referentes à fiscalização de mercadorias ao não efetuar a identificação do remetente e do destinatário das mercadorias apreendidas, lavrando o Auto de Infração exclusivamente contra a ECT, em flagrante desconformidade com o Protocolo regulador das normas fiscalizatórias de aplicação específica aos Correios.

Entende que caso o Protocolo tivesse sido devidamente observado pela Autuante, o destinatário, por certo, após comunicado da apreensão do objeto postal, teria providenciado o pagamento do imposto pretendido.

Transcreve o artigo 11 da Lei nº 6.538/1978, que dispõe que os objetos postais pertencem ao remetente até a sua entrega a quem de direito, razão pela qual, considera que os únicos sujeitos da relação são o remetente e o destinatário, cabendo tão somente a estes qualquer responsabilidade tributária.

Deste modo, suscita a nulidade do procedimento fiscal adotado, determinando-se que seja lavrado o Auto de Infração contra o remetente ou destinatário, partes legítimas para figurar na

presente relação.

Aduz que o serviço postal é muito mais complexo que um simples serviço de transporte.

Sustenta que goza da imunidade tributária, amparada pelo art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69, e ainda pelo preceito constitucional onde trata da imunidade recíproca entre as esferas governamentais, que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios gravarem impostos sobre a renda, serviços e patrimônio uns dos outros, conforme estatuído no art. 150, VI, “a” da CF/88.

Traz a definição do serviço postal e de telegrama, previsto na Lei nº 6.538/78, tecendo as seguintes considerações:

- o artigo 7º da Lei nº 6538/78 estabelece que o serviço postal compreende o recebimento, a expedição, o transporte e a entrega de objetos de correspondência, valores e encomendas;
- o parágrafo 3º do mesmo artigo 7º preconiza que “*constitui serviço postal relativo a encomendas a remessa e a entrega de objetos, com ou sem valor mercantil*”;
- a Impugnante é obrigada a executar o serviço postal – que compreende encomendas por disposição legal – tem todo do território nacional, constituindo, portanto, o serviço postal de encomendas a sua finalidade legal;
- a ECT somente pode recusar a prestação do serviço postal de encomenda (em qualquer modalidade), nas hipóteses previstas no art. 13 da Lei nº 6538/78.

Alega que o Decreto-Lei nº 509/69 e a Lei nº 6.538/78 foram recepcionados pela atual Constituição, razão pela qual entende: a) gozar de imunidade prevista no art. 150, VI, alínea “a” da CF/88; b) não pode ter seu patrimônio diminuído por qualquer tipo de imposto, por ser patrimônio da União e c) não pode ter seus serviços onerados tributariamente, por serem seus serviços públicos, de competência exclusiva da União.

Colaciona entendimento da doutrina e jurisprudência para albergar sua tese.

Transcreve os artigos 201, I c/c artigo 39, I, alínea “d” do RICMS/97, abordando que o primeiro dispositivo obriga os “contribuintes do ICMS” e o recorrente, por gozar da prerrogativa da imunidade tributária, não se enquadra em tal categoria.

Ademais, considera incabível sua responsabilização solidária, já que não se constitui como uma transportadora, mas sim como uma prestadora de serviço público postal.

Não houve Parecer da PGE/PROFIS, em razão da previsão do art. 136, “b”, 3 do RPAF/BA.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão nº 0209-05/15, prolatado pela 5ª JJF, que julgou procedente o Auto de Infração epigrafado, lavrada em razão do transporte ou operação de mercadorias sem documentação fiscal.

Em suas razões recursais, o recorrente alega que goza da imunidade tributária prevista no art. 150, VI, “a” da CF/88.

Não assiste razão o recorrente.

Entendo que as disposições do Protocolo ICM 23/88 foram notadas, vez que a primeira via do Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos (fl. 04) está assinada pelo detentor das mercadorias.

Ter imunidade tributária não significa completa inexistência de obrigações jurídico-tributárias. Tolhe o pagamento de tributos, contudo apenas em relação àqueles que o ente beneficiado teria que recolher na condição de contribuinte, de modo que, não se aplicam à substituição tributária, nem às obrigações acessórias.

Neste contexto, o art. 9º, §1º do Código Tributário Nacional dispõe que as imunidades frente à incidência de impostos não excluem a “atribuição, por lei, às entidades nele referidas, da condição de responsáveis pelos tributos que lhes caiba reter na fonte, e não as dispensa da prática de atos, previstos em lei, asseguratórios do cumprimento de obrigações tributárias por terceiros”.

Ato contínuo, cumpre ressaltar que o fato do Auto de Infração ter sido lavrado em nome do recorrente não incide em ilegitimidade passiva, pois, a teor do art. 6º, III, “d”, da Lei nº 7.014/96, os transportadores são solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito em relação às mercadorias que conduzirem sem documentação fiscal ou com documentação fiscal inidônea.

Neste diapasão, responsabilidade solidária é aquela imputada pela lei ao responsável solidário que, sem se revestir da condição de contribuinte do imposto, assume a obrigação pelo pagamento do mesmo, podendo inclusive ser escolhido para figurar sozinho no pólo passivo da obrigação tributária, do qual vai se exigir o crédito tributário.

De uma forma muito particular Ari Pedro Lorenzetti ilustra que:

“Pode-se se definir, assim, a responsabilidade solidária como a vinculação de vários sujeitos à satisfação de uma obrigação jurídica, permitindo ao credor escolher de qual ou quais deles pretender obter, total ou parcialmente, a prestação a que tem direito”.

O instituto da solidariedade assegura a possibilidade de escolher se quer demandar contra todos os devedores ou contra qualquer deles. Trata-se de uma faculdade dirigida à Fazenda que no caso em comento optou por incluir apenas o responsável solidário no pólo passivo do presente feito.

Considerando que as mercadorias encontradas no estabelecimento do recorrente estavam desacompanhadas de documentação fiscal, não há o que se falar em ilegitimidade passiva do recorrente, ficando, portanto, rejeitada a preliminar aventada.

Ante ao exposto, no que tange ao pedido de decretação de nulidade do presente processo administrativo fiscal, constato que não restou demonstrado nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, ficando, portanto, rejeitada a preliminar de nulidade requerida na defesa, por não estar fundada em nenhum nos incisos I a IV do artigo 18 do RPAF/99.

Não há dúvidas que o serviço de encomendas é serviço postal, contudo, ele não é prestado em regime de monopólio, que se limita às atividades enumeradas no art. 9º da Lei nº 6.538/1978, verbis:

Art. 9º - São exploradas pela União, em regime de monopólio, as seguintes atividades postais:

I - recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de carta e cartão-postal;

II - recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de correspondência agrupada;

III - fabricação, emissão de selos e de outras fórmulas de franqueamento postal.

Afastada a tese que o transporte de encomenda da ECT é prestado sob regime de monopólio, o recorrente se submete ao mesmo regime jurídico tributário que as empresas privadas, vez que seu serviço se equipara aos prestados por essas transportadoras, assumindo a condição de sujeito passivo responsável solidário, prevista no art. 121, II, do CTN.

Deste modo, caso o recorrente não exija do remetente o documento fiscal para acobertar as mercadorias que transportar, assume a responsabilidade pelo pagamento do ICMS.

Sobre o tema, assim dispõe o RICMS/1997:

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;

Da análise do quanto trazido aos autos, não detecto óbice algum à aplicação dos artigos acima transcritos ao serviço postal de entrega de encomendas.

No que tange à inviolabilidade do sigilo postal, prevista no art. 5º, XII, da Constituição Federal, trata-se de garantia limitada às correspondências, não alcançando as mercadorias transportadas no território nacional, independente de qual seja a empresa transportadora.

A Lei nº 6.538/1978, que regula o serviço postal, determina que não é violação de sigilo da correspondência postal a abertura de carta “*que apresente indícios de conter objeto sujeito a pagamento de tributos*” (art. 10º, III). Ora, se as cartas podem ser abertas, por óbvio, as encomendas também podem ser sempre que haja indícios de conterem objeto sujeito a pagamento de tributos.

No presente caso, a discussão não gravita na possibilidade do recorrente abrir encomendas para averiguar a existência de objetos sujeitos ao pagamento de tributos, mas sim, sua obrigação legal de exigir no momento do recebimento de encomendas para entrega, o documento fiscal correlato, como requer o art. 39, I “d” do RICMS/1997.

Por fim, deixo de apreciar pedido de constitucionalidade, por este Colegiado não ter competência para tanto, consoante disposto no art. 167, I do RPAF.

Neste caso já que os elementos materiais não foram objetivamente impugnados e não verifico indícios de erros ou inconsistências no lançamento, julgo correta a Decisão da JJJ que manteve o Auto de Infração.

Em assim sendo, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração epigrafado.

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 225414.0055/15-3, lavrado contra EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$33.643,17, 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, 22 de março de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAISA CATARINA OLIVEIRA ALVES FERNANDES – RELATORA

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ - REPR. DA PGE/PROFIS