

PROCESSO	- A. I. N° 09289542/03
RECORRENTE	- EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0328-04/03
ORIGEM	- IFMT-DAT/METRO
INTERNET	- 06/11/03

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0139-12/03

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. OPERAÇÃO SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Constatado o transporte de mercadorias, remetida via SEDEX, sem documentação fiscal. Nessa situação, é legal a exigência do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário, por ter aceitado para entrega, via serviço postal, mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Recurso **NÃO PROVÍDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário da Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal que houvera julgado Procedente o Auto de Infração referenciado, exigindo pagamento do imposto no valor de R\$397,82, em razão de realização de operações com mercadorias sem a documentação fiscal.

O recorrente interpôs Recurso Voluntário, inicialmente, mencionando jurisprudência que determina a impenhorabilidade dos bens da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, a ECT, e determinando execução de débito trabalhista pelo regime de precatórios. Por isso, entendeu que está demonstrada a inaplicabilidade do art. 173 da Constituição Federal e a constitucionalidade do art. 12 do Decreto-lei nº 509/69. Além disso, mencionou dispositivo do RICMS que veda incidência de ICMS sobre transporte de valores, encomendas, correspondências, cartas, cartões postais, e outro objeto de correspondência ou inerentes aos serviços postais da ECT.

Sobre a legislação aplicável à ECT, citou o protocolo ICM nº 23/88 que determina para o caso de irregularidade da mercadoria, deve ser apreendida pelo fisco e lavrado Termo de Apreensão em três vias, uma para a ECT, outra para o fisco e outra para o remetente ou destinatário. Além disso, afirmou que o serviço postal não é transporte e, por conseguinte, a recorrente não é transportadora. Citou a Lei nº 6.538/78 que dispõe que os objetos postais pertencem ao remetente até a sua entrega a quem de direito, daí apontando que os únicos sujeitos desta relação são o remetente e o destinatário, cabendo a estes qualquer responsabilidade tributária. Alegou o sigilo da correspondência e a inviolabilidade do objeto postal que impede a utilização de meios fiscais mais severos, mas cabendo ao Fisco fiscalização do ato do desembarço. Pede a nulidade do Auto de Infração.

No mérito, disse que está amparada na imunidade tributária diante do preceito constitucional e do art. 12 do Decreto-lei nº 509/69, uma vez que é empresa pública da Administração indireta Federal prestadora de serviço público e, portanto, sujeita ao regime jurídico da Administração direta, beneficiando-se de prerrogativas e potestade inerentes ao serviço público. Citou doutrina sobre a matéria. Acrescentou que houve equívoco no Decreto-lei nº 200/67 na definição de empresa pública, pois somente as vinculou a atividade econômica, esquecendo-se do principal, que é ser prestadora de serviço público.

Por outro lado, citou o conjunto de dispositivos legais que determinam o que é serviço postal, a competência da União para legislar sobre tais serviços, sobre o monopólio da União em relação aos serviços postais. Disse que, conforme art. 9º, o transporte e entrega de valores e encomendas não estão compreendidas no regime de monopólio, mas, conforme art. 21, X da CF cabe a ECT o recebimento, expedição, transporte e entrega de valores e encomendas postais, sendo os serviços de encomenda considerados serviços públicos, por força do art. 7º da Lei nº 6.538/78. Concluiu que o fato de tais serviços não serem exclusivos não lhe retira o caráter de público. Acrescentou que, para a ECT, conforme art. 47 da Lei nº 6.538/78, não pode haver mercadorias e sim objetos postais

Apresentou o art. 122 do Decreto-lei nº 509/69, o qual, segundo alegação, foi recepcionado pela CF e torna a ECT imune a qualquer tipo de imposto. E disse que a EC nº 19/98 dispôs que a lei ordinária irá disciplinar o estatuto jurídico da empresa que presta serviço público e, como ainda não foi editada tal lei, subsiste o Decreto-lei nº 509/69 *in totum*. Para afirmar que serviço postal não é transporte, descreveu todas as etapas que o envolve e as responsabilidades inerentes a ele para concluir que o transporte é apenas um elemento do serviço postal, e, assim, também distinguiu a atividade da ECT e das transportadoras particulares. Após analisar a sistemática jurídica do ICMS concluiu que a essência do serviço de transporte postal não está inclusa no conceito de fato gerador do imposto, não podendo ser tributado ante o princípio da legalidade dominante no sistema jurídico tributário pátrio.

Além disso, afirmou que se o serviço postal da ECT, por ser público, não está sujeito à tributação, por óbvio que o serviço de transporte por ela executado segue o mesmo trilho. Finalizou apontando que fracionar as atividades desenvolvidas pela ECT e fazer abstração do fim (serviço público) para tratar abusivamente os meios como coisas isoladas e autônomas e que a atividade da ECT é regida pelo direito administrativo e não pelo direito privado. Juntou jurisprudência do Poder judiciário que afasta incidência de ICMS sobre o serviço postal por ser a ECT imune. Pede a nulidade do Auto de Infração e o Provimento do Recurso Voluntário.

A Procuradoria Fiscal, em Parecer, opinou pelo Não Provimento do Recurso apresentado. Verificou que as razões do Recurso têm a mesma fundamentação apresenta por ocasião da defesa.

Disse que a questão é eminentemente jurídica, a requerente defende que não realiza transporte de mercadorias e sim serviço postal e, assim, não seria responsável tributária pelo transporte de mercadoria, mas a lei postal (nº 6.538/78), em diversos dispositivos, inclui entre os serviços prestados pela autuada, literalmente o termo “Transporte”. E, salienta, não se pode levar uma mercadoria de um lugar a outro a não ser exercendo um serviço de transporte. Nada difere do transportador particular. A consequente responsabilidade tributária da requerente tem suporte na legislação e no Protocolo ICM nº 33/88.

VOTO

Verifico que a decisão depende de esclarecimento a respeito da imunidade tributária da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, a ECT, e se esta, exercendo atividade de transporte, é solidariamente responsável pelo imposto sobre mercadorias desacompanhadas de notas fiscais.

Em relação à imunidade tributária da ECT, claro está que esse ente é uma empresa pública prestadora de serviço público. A Constituição Federal faz uma distinção entre empresas públicas de atividade econômica e empresas públicas prestadoras de serviço público.

Sobre as primeiras, dispõe no art. 173, modificado pela Emenda Constitucional nº 19/98 que aquelas são regidas pelo regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações trabalhista e tributárias, não podendo gozar de privilégios não extensivos às do setor privado. Essa disposição decorre da vedação de desequilíbrios competitivos de empresas realizadoras de mesma atividade e, por isso, não cabendo qualquer tratamento desigual somente em função de ser pública, desde que objetiva o lucro e atua na seara do direito privado, na condição de Estado empresário.

Por sua vez, quanto às empresas públicas prestadoras de serviços públicos, dispôs o art. 173, modificado pela EC 19/98, que a lei ordinária irá disciplinar o estatuto jurídico da empresa que presta serviço público. Essa lei ainda não foi promulgada e, por isso, em relação ao ECT, aplica-se o Decreto-lei 509/69, que dispõe sobre suas normas de funcionamento. O art. 12 do referido decreto dispõe que o ECT gozará dos privilégios concedidos à Fazenda Pública, em relação à imunidade tributária, direta ou indireta. Portanto, resta saber se tal dispositivo foi acolhido pela Constituição Federal 88, modificada pela EC nº 19/98.

Ora, a imunidade recíproca estabelecida pela Constituição é para a Administração direta, Autarquias e Fundações dos Entes Federados, e abriu a possibilidade de lei específica instituir regime jurídico próprio das empresas prestadoras de serviços públicos. Assim, como empresa pública, a ECT invoca o art. 12 do Decreto-lei nº 509/69 que lhe possibilita imunidade tributária, somente que Imunidade Tributária é instituto que decorre diretamente da Constituição, vale dizer que somente quem pode gozar de seus efeitos são os entes diretamente mencionados pela CF e não por lei ordinária. Então, o Decreto-lei 509/69 foi recepcionado na hierarquia das leis ordinária e, como estas só podem estabelecer isenções, o termo imunidade tributária deve ser entendido como isenção tributária e, como tal, seu âmbito de aplicação é o Federal e não o Estadual.

Assim, deve-se trazer à baila o disposto no art. 8º, IV do RICMS/97 que dispõe que não há incidência de ICMS sobre o transporte de valores, correspondências e encomendas ou serviços postais da ECT. Neste ponto, tem-se como patente que a ECT não é sujeito passivo do ICMS quando exerce as atividades referidas no artigo retromencionado. Porém, a infração se refere à responsabilidade do transportador em razão do transporte de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal. Daí, exsurge a segunda questão, se a ECT é responsável solidário pela infração de realização de circulação de mercadoria desacompanhada de documentação fiscal.

Ademais, o dispositivo que regula a matéria, dispõe que é responsável pelo imposto incidente sobre a mercadoria qualquer pessoa física ou jurídica que a detiver para entrega desacompanhada de nota

fiscal. Observa-se, aqui, que não é o caso de se invocar a isenção do ECT atribuída pelo art. 8º do RICMS/97, porque o imposto cobrado não está incidindo sobre suas atividades, mas sobre a atividade de outrem que, por força de lei, torna o recorrente responsável solidariamente pelo recolhimento do mesmo.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 09289542/03, lavrado contra **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS**, devendo ser intimado a recorrente para efetuar o pagamento de imposto no valor de R\$397,82, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “a”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de Outubro de 2003.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO - RELATOR

MARIA OLIVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA - REPR. DA PGF/PROFIS