

PROCESSO - A. I. N° 09253750/03
RECORRENTE - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3^a JJF n° 0342-03/03
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 19.11.03

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0141-12/03

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CORREIOS E TELÉGRAFOS. MERCADORIAS DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Não acatadas as preliminares suscitadas. No mérito, os aspectos fáticos não foram elididos. Predomina neste Conselho a jurisprudência de que os Correios estão sujeitos à norma da responsabilidade solidária. O recorrente desenvolve atividade de transporte de encomendas e se sujeita às normas de incidência do ICMS quando presta o serviço, descumprindo as normas da legislação tributária estadual, ou seja, promove a entrega de mercadorias e encomendas desacompanhadas de documentação fiscal. Nessas circunstâncias a ECT é responsável solidária em relação ao tributo devido à Fazenda Estadual. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a decisão da 3^a Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração acima referenciado, exigindo pagamento do imposto no valor de R\$2.754,00, mais multa de 100%, em razão de realização de operações com mercadorias efetuadas sem a documentação fiscal.

A 3^a JJF votou pela Procedência do Auto de Infração, entendendo que os Correios estão sujeitos às normas da responsabilidade solidária.

Na peça recursal, o contribuinte, inicialmente, faz observações de ordem jurídica mencionando jurisprudência que determina a impenhorabilidade dos bens da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, a ECT, e determinando execução de débito trabalhista pelo o regime de precatórios. Por isso, entendeu que está demonstrado a inaplicabilidade do art. 173 da Constituição Federal e a constitucionalidade do art. 12 do Decreto-Lei n° 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 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 n.º 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 a fiscalização do ato do desembaraço. Pede a nulidade do Auto de Infração.

No mérito, disse que está amparado 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 6538/78, 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 Constituição Federal e torna a ECT imune a qualquer tipo de imposto. E disse que a Emenda Constitucional 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.

A Procuradoria Fiscal (PGE/PROFIS), em Parecer da lavra da Dra. Maria Olívia T. de Almeida, opinou pelo Não Provimento do Recurso apresentado, fazendo diversas considerações de ordem jurídica. Fez observar a ilustre representante da PROFIS que a questão já é por bastante conhecida

deste CONSEF, onde já se firmou entendimento no sentido de que, em primeiro lugar, não cabe falar em imunidade tributária, haja vista que, conforme afirmado pelo próprio recorrente, sendo empresa pública, há que se sujeitar, conforme art. 173 da Constituição, ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações tributárias. Aduziu que, por conseguinte, encontra-se derogado o art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69 porquanto incompatível com os ditames constitucionais vigentes. Considerou a imunidade tributária prevista no art. 150, VI, da Carta Magna (imunidade recíproca) aplicável somente aos entes estatais, suas autarquias e fundações, em relação apenas ao patrimônio, renda e serviço. Afirmou que a presente autuação teve por finalidade a cobrança de ICMS em face de terem sido constatadas circulação de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal e como que propiciou o transporte dos produtos foi a autuada, vê-se a mesma obrigada ao pagamento do tributo respectivo, em virtude de sua responsabilidade tributária, imposta pela lei. Referiu-se à Lei nº 7.014/96 que atribui, em seu art. 6º, III, a responsabilidade tributária aos transportadores em relação às mercadorias que conduzirem sem documentação fiscal. Argumentou que o termo juntada à fl. 3 do PAF revela que a espécie dos bens apreendidos, bem como a sua quantidade denotam, claramente, a natureza mercantil dos objetos ali relacionados, circunstância que indica que a empresa autuada, de fato patrocinava o transporte de mercadoria sem a necessária documentação fiscal. Observou que a legislação tributária, relativamente à espécie, prevê que a ECT deva fazer o controle e fiscalização das mercadorias objeto do serviço postal (art. 410, § 4º do RICMS/BA), exigindo que conste da embalagem das encomendas nacionais que contenham mercadorias, sendo o remetente contribuinte do ICMS, o número da Nota Fiscal respectiva e concluiu que a Recorrente, ao não atender tal exigência, vê-se obrigada ao pagamento do imposto por responsabilidade. Rebateu o argumento de que somente à União caberia legislar sobre questões pertinentes aos serviços prestados pela ECT, pois em relação ao ICMS a competência é estadual, e as atividades desenvolvidas pelo recorrente, relativamente ao transporte de mercadorias, são do interesse do Fisco estadual. Finaliza, portanto, opinando pelo IMPROVIMENTO do Recurso interposto.

VOTO

Acolho os termos do parecer exarado pela Procuradoria Fiscal constante das fls. 133 a 134 do PAF. As preliminares de nulidade suscitadas pelo recorrente devem ser afastadas. Em verdade as preliminares referem-se à ilegitimidade passiva da ECT, para figurar no pólo passivo da relação tributária. Ao examinarmos o mérito da autuação discorreremos sobre essa preliminar.

Primeiramente, vale ressaltar que a ECT tem natureza jurídica de empresa pública.

O art. 173 da Constituição Federal prevê a equiparação da empresa pública às empresas privadas no que tange ao regime jurídico e aos privilégios fiscais, veja-se “*in verbis*”:

Art. 173 (....)

§ 1º. A lei estabelecerá o estatuto jurídico de empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade economia de produção ou comercialização de bens ou de serviços, dispondo sobre:

(....)

II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

(....)

§ 2º. As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

A imunidade tributária recíproca consagrada no art. 150, inc. IV, alínea “a” da Carta Magna, que equivocadamente pretende a autuada estender seus efeitos para abarcá-la, apenas cinge-se ao patrimônio, renda ou serviços dos entes políticos da Federação e às autarquias e fundações, desde que 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.

Para afastar de vez a pretensão da autuação em estar acobertada pelo manto da imunidade tributária, é importante trazer à baila os ensinamentos do Prof. Diogenes Gasparini, a seguir reproduzidos:

“As empresas públicas são pessoas jurídicos de Direito Privado. Essa submissão ao regime das empresas privadas é imposta pela Constituição da República.”

“ O regime tributário das empresas públicos é o mesmo das empresas privadas, consoantes o que estabelece o inciso II do § 1º do art. 173 da Carta Constitucional, sejam federais, estaduais ou municipais.”

Aliás, a própria Constituição Federal ressalva que a imunidade tributária a que faz alusão o recorrente não se aplica às atividades desenvolvidas por entidades constituídas sob o regime de direito privado, a exemplo das empresas públicas, como a ECT, cujos serviços são remunerados com o pagamento de preços ou tarifas pelo usuário (art. 150, § 3º), de forma que a prestação de serviço de postagem e entrega de encomendas não goza de qualquer privilégio fiscal em face do regramento constitucional vigente a partir de 1988. Nessa linha de pensamento se posiciona o prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, em seu livro Curso de Direito Administrativo, 15ª edição, págs. 202 e 203, São Paulo-SP, nos seguintes termos:

“Regime Tributário- As empresas estatais, conquanto prestadoras de serviços públicos, quando haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário do serviço não se beneficiam da imunidade prevista no art. 150, VI, “a”, da Constituição Federal – onde se proíbe que União, Estados, Distrito Federal e Municípios instituam impostos sobre patrimônio, renda e serviços uns dos outros. É que o § 3º do mesmo artigo é explícito em excluir, em tais casos, a incidência da referida imunidade. Ora, como ditas empresas operam mediante as referidas contraprestações, salvo em hipóteses incomuns nas quais inexistam, ficarão ao largo do aludido dispositivo protetor”.

Pela inteleção dos dispositivos constitucionais supracitados, bem como pela doutrina acima transcrita, conclui-se que as empresas públicas, em razão de sua natureza privada, não possuem

privilégios de qualquer espécie, portanto, não gozam da imunidade tributária consagrada na Lei Maior.

Nesse sentido, o art. 12 do Dec. Lei nº 509/69 citado pela recorrente encontra-se derrogado pela Constituição Federal em vigor, pois não foi recepcionado pela mesma em razão de sua incompatibilidade com os preceitos constitucionais vigentes.

Afastada a aplicação da imunidade tributária à autuada, resta esclarecer a questão pertinente à responsabilidade tributária autuada pelo transporte de encomendas (mercadorias) desacompanhadas de documentação fiscal.

Também quanto a este ponto, entendemos, da mesma forma que a PROFIS, que a ECT é responsável pelo pagamento do imposto no caso sob comento.

Com efeito, o art. 6º, III, "d", da Lei nº 7.014/96 atribui responsabilidade tributária aos transportadores em relação às mercadorias que conduzirem sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou acompanhadas de documentação fiscal inidônea.

Não se pretende equiparar a ECT com as transportadoras de mercadorias, pois efetivamente realizam serviços distintos. Conquanto a segunda realiza serviço de entrega de bens ou mercadorias, exclusivamente, a primeira presta serviço postal de recebimento, expedição, transporte a entrega de objetos de correspondência, valores e encomendas (art. 7º da Lei nº 6.538/78 – Lei Postal).

Inobstante a distinção supramencionada, no momento em que transportam mercadorias desacompanhadas de nota fiscal ou com nota fiscal inidônea são, por força de Lei Complementar (art. 5º da LC 87/96), responsabilizadas pelo pagamento do tributo devido pelo contribuinte originário.

Ademais, o inciso IV do art. 6º da Lei do ICMS vai mais além e atribui a *qualquer pessoa física ou jurídica*, responsabilidade tributária em relação às mercadorias que detiver para entrega desacompanhadas de documentação fiscal.

O RICMS, ao tratar no Capítulo VI acerca das rotinas de controle e fiscalização de *mercadorias objeto de serviço postal*, prevê no §4º do art. 410, a necessidade de constar na embalagem das encomendas nacionais que contenham mercadorias, sendo o remetente contribuinte do ICMS, o número da nota fiscal respectiva.

Logo, a ECT, ao não exigir que constasse a nota fiscal da mercadoria a ser transportada via postal, foi corretamente autuada como responsável pelo pagamento do tributo ora exigido, nos moldes da legislação citada.

O que está claro neste processo é que a infração imputada ao sujeito passivo se refere à responsabilidade do transportador em razão do transporte de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal. Daí, exsurge questão principal deste PAF: se a ECT é responsável solidário pela infração de realização de circulação de mercadoria desacompanhada de documentação fiscal ?

O dispositivo que regula a matéria dispõe que o responsável pelo imposto incidente sobre a mercadoria é 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.

Ante o exposto, meu voto é 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 de Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 09253750/03, lavrado contra **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento de imposto no valor **de R\$2.754,00**, atualizado monetariamente, acrescido de multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “a”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios correspondentes.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de Novembro de 2003.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO – RELATOR

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