

PROCESSO - A.I. Nº 09018450/01
RECORRENTE - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 2165-04/01
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 07/11/2003

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDAO CJF Nº 0566-11/03

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CORREIOS E TELÉGRAFOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS RELATIVO A MERCADORIA ACEITA PARA ENTREGA SEM A CORRESPONDENTE NOTA FISCAL. É solidariamente responsável pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais, devidos pelo contribuinte de direito, qualquer pessoa física ou jurídica, em relação às mercadorias que detiver para comercialização ou simples entrega desacompanhadas da documentação fiscal exigível ou com documentação fiscal inidônea. É legal a exigência do imposto do recorrente, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário, por ter aceitado para entrega, via serviço postal, mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal. Não acolhidas as arguições de nulidade. Mantida a Decisão Recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado pelo sujeito passivo, através de seu representante legal, devidamente constituído, na forma prevista no art. 169, I, “b”, do RPAF/99, em face da Decisão proferida no Acórdão nº 02165-04/01, da 4ª Junta de Julgamento Fiscal que considerou Procedente o Auto de Infração acima epigrafado, onde requer reforma da Decisão e a improcedência da autuação.

A acusação fiscal exige o ICMS no valor de R\$153,00, em decorrência de mercadorias detectadas no trânsito de mercadorias, desacompanhadas de documentação fiscal, conforme consta do Termo de Apreensão nº 097994 (fl. 3), relativo a capas de telefone para celular nas quantidades e modelos descritos no referido termo, sendo lavrado o Auto de Infração, acrescido de multa de 100%.

Consta do relatório na Decisão recorrida que o autuado apresentou defesa após expor a sua condição de empresa pública federal prestadora de serviço público, criada pelo Decreto-Lei nº 509/69, para exercer o serviço postal, nos termos do artigo 21, X, da Constituição Federal. E que na defesa transcreveu o Protocolo ICM nº 23/88, do qual o Estado da Bahia é signatário. E que o sujeito passivo requereu a nulidade do Auto de Infração, alegando que não foram observadas as determinações contidas no Protocolo ICM nº 23/88, pois o Termo de Apreensão não foi lavrado em três vias, com a seguinte destinação: a primeira, do remetente ou destinatário; a segunda, da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) e a terceira, do fisco. Afirma que goza de imunidade tributária, conforme art. 150, VI, “a”, da Constituição Federal de 1988 e diz que, sendo Empresa Pública da Administração Indireta Federal não podia ser igualada às centenas de milhares de transportadores particulares existentes no país. Alegou ainda que o serviço postal

não é transporte e, por conseguinte, o autuado não é uma empresa transportadora. Cita o entendimento de diversos juristas a respeito do conceito de empresa pública.

O autuado alega que cabe, exclusivamente, à União legislar sobre o serviço postal, cuja definição foi dada pela Lei nº 6.538/78, em seu art. 7º, como sendo “o recebimento, expedição, transporte e entrega de objetos de correspondência, valores e encomendas”. Assevera que os serviços de recebimento, expedição, transporte e entrega de valores e encomendas, exercidos pela União através dele, por força do estabelecido no art. 9º da Lei nº 6.538/78, não estão compreendidos no regime de monopólio, podendo ser prestados por particulares. Todavia, o fato de não serem exclusivos, não lhes retira o caráter de serviço público, tendo em vista o disposto no art. 7º da citada Lei nº 6.538/78 e seu § 3º, sendo as correspondências, valores e encomendas, objetos postais e não, mercadorias.

Afirma que o Decreto-Lei nº 509/69 e a Lei nº 6.538/78 foram recepcionados pela Carta Magna de 1988, o que é corroborado pela alteração feita em seu artigo 173 pela Emenda Constitucional nº 19/88. Cita o Parecer de Celso Ribeiro de Bastos, concluindo que goza de imunidade tributária, não podendo ter seu patrimônio diminuído por qualquer tipo de imposto, por ser patrimônio da União. Ademais, não pode ter seus serviços onerados tributariamente, por serem, os serviços que presta, de competência exclusiva da União.

Assevera que a atividade por ele desenvolvida nunca poderá ser confundida com o serviço de transporte executado por particulares, já que existem regras rígidas, ditadas pela lei, que delimitam seu campo de atuação. Ademais, o serviço postal é muito mais complexo que o simples transporte, já que oferece segurança, inviolabilidade do objeto postal, universalidade e confiabilidade, garantidos pela União. Dessa forma, o serviço de SEDEX, reembolso postal e encomenda normal (modalidade encomendas) incute, em seu conceito, a realização de transporte, o que acontece também com as cartas, vales postais, telegramas e demais objetos postais, mas não pode ser definido como serviço de transporte, já que é apenas uma atividade meio sem a qual seria impossível cumprir a sua finalidade legal – prestar o serviço postal a toda a coletividade.

Diz, ainda, que não pode ser considerado responsável tributário pelo recolhimento do ICMS sobre serviço de transporte de objetos postais, mesmo que seja de encomenda, nem há que se falar em ausência de emissão de nota fiscal para serviço imune. Cita a jurisprudência dos Tribunais Federais e o entendimento esposado pela Secretaria da Fazenda do Paraná para demonstrar que não pode haver incidência do ICMS sobre o serviço postal, pois ele não pode ser confundido com serviço de transporte de cargas.

Finaliza alegando que as normas constitucionais e infraconstitucionais exigem que haja exata adequação do fato à norma, sem o que não se configura a hipótese de incidência. Frisa que a insistência na cobrança desse tributo configura flagrante constitucionalidade. Por último, lembra que o art. 11 da Lei nº 6.538/78 determina que “os objetos postais pertencem ao remetente até sua entrega a quem de direito”, sendo inegável que os sujeitos da relação tributária, no caso, são o Estado da Bahia e o destinatário e/ou o remetente do SEDEX.

Na informação fiscal, o autuante afirma que, com o advento da Lei nº 6.538/78, a ECT foi autorizada a explorar outros serviços, modificando a atribuição originalmente proposta pelo Decreto-Lei nº 509. Diz que a empresa passou a colocar à disposição do público outros serviços, concorrendo com outras entidades prestadoras de serviços à coletividade.

Frisa que atendeu ao disposto no Protocolo ICM nº 23/88, pois o Termo de Apreensão foi lavrado em três vias, porém o autuado recusou-se a assinar no campo relativo ao detentor das mercadorias apreendidas. Em consequência da recusa, o Termo foi assinado por duas testemunhas e os volumes apreendidos foram transportados para o depósito de IFMT/METRO. Explica que, das três vias, a segunda foi entregue ao autuado, a primeira e a terceira ficaram em

poder do fisco, uma acompanhando a mercadoria e outra para ser entregue ao destinatário quando comparecesse à Repartição Fiscal.

Informa que de acordo com Decisão do STF, o artigo 12 do Decreto-Lei nº 509/69 é incompatível com os textos constitucionais de 1967, 1969 e 1988. Assim, a ECT sujeita-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações tributárias, não gozando de nenhum privilégio fiscal que não seja extensivo às entidades privadas. Ressalta que a ECT vem desempenhando atividades econômicas típicas de entidades de natureza jurídica privada, tais como: vendas de carnês, de títulos de capitalização, de mercadorias em lojas virtuais, arrecadação de contas de outras entidades e franqueando novos estabelecimentos.

Ressalta que o lançamento foi efetuado em nome da ECT por responsabilidade solidária, prevista no art. 6º, III, “d”, da Lei nº 7.014/96. Diz que, quando a legislação aponta qualquer pessoa física ou jurídica como responsável pelo pagamento do imposto, ela não exclui as empresas públicas. Afirma que o transporte e a entrega de valores e encomendas não estão compreendidos no regime de monopólio e podem ser prestados por empresas transportadoras particulares, porém as mercadorias devem estar acompanhadas de documentação fiscal idônea.

O autuante diz que a mercadoria encontrada em situação irregular, sem comprovação de sua origem ou destino, está sujeita à cobrança antecipada do ICMS, sem necessidade da constatação de transferência de titularidade, posse ou propriedade da mesma para estar configurada a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal. Cita artigos do CTN e da Lei nº 7.014/96 para embasar sua alegação.

O auditor fiscal salienta que “em nenhum momento o agente tributante quis incluir na hipótese de incidência o serviço de transporte postal”. Ressalta que o artigo 8º, IV, do RICMS-BA/97, exclui da hipótese de incidência do ICMS o serviço de transporte postal executado pela ECT. Contudo, o que existe, à luz da legislação tributária estadual, é a vinculação solidária da ECT na operação de circulação de mercadoria encontrada em seu estabelecimento desacompanhada da devida documentação fiscal idônea.

Afirma o autuante que a ECT não goza de imunidade tributária porque o § 2º do artigo 150 da Constituição Federal não estendeu a vedação do inciso VI às empresas públicas, tornando imunes apenas as autarquias e as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público. Salienta que o § 3º do mesmo artigo confirma a exclusão da imunidade da ECT, pois ela tem natureza jurídica de Direito Privado e explora atividade econômica em que há pagamento de tarifas pela utilização dos seus serviços.

Ao final da informação fiscal, o auditor diz que a autuação obedeceu aos ditames da legislação tributária estadual, transcreve artigos do RICMS-BA/97 e pede a procedência do lançamento.

Na Decisão recorrida inicialmente foi ressaltado que não inclui na competência do CONSEF a apreciação de constitucionalidade da legislação tributária estadual como prevê o art. 167, I do RPAF/99. O relator considerou que a autuação foi feita de forma clara e afastou a nulidade suscitada pelo autuado, afirmando que o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos serviu para embasar o Auto de Infração e possibilitou o exercício do direito de defesa pelo sujeito passivo.

Observou que o argumento do autuado de que goza da imunidade prevista no art. 150 inciso VI da Constituição Federal de 1988, não amparava o contribuinte por que a mesma é uma empresa pública e em relação às suas obrigações tributárias estava sujeito às mesmas regras aplicadas às empresas privadas.

Considerou que mesmo não sendo um transportador, estava o autuado obrigado ao pagamento por responsabilidade solidária, por força do art. 39 inciso V do RICMS/97, transcrevendo o referido dispositivo.

E, concluiu que caberia no momento da postagem da encomenda através de SEDEX, o autuado exigir a nota fiscal correspondente que acobertará o transporte da mercadoria. E que as quantidades indicavam que não eram destinadas ao consumo pessoal e estava caracterizada a sua destinação à comercialização, julgando Procedente o Auto de Infração.

O sujeito passivo às fls. 88 a 110, através de seu representante legal, conforme instrumento procuratório acostado à fl. 111 dos autos, interpôs Recurso Voluntário, onde as razões apresentadas, em síntese foram as seguintes:

- 1) A tempestividade do Recurso, alegando que foi intimada em 14.12.01 iniciando o prazo em 17/12/2001 e o mesmo terminando em 26.12.01, tendo o mesmo interposto em 19.12.2001.
- 2) requerimento da isenção de taxas e ou quaisquer emolumentos conforme dispõe o art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69, conforme documento que anexa às fls. 101 a 105 dos autos.
- 3) que não pode prosperar a Decisão de 1^a Instância que condenou a ECT de responsável solidária pelo recolhimento do imposto por ter aceitado entrega de objeto pessoal sem a correspondente nota fiscal.
- 4) transcrição da Decisão proferida pelo STF acerca da análise de constitucionalidade do art. 12 do Decreto nº 509/69, onde por maioria foi decidido que a ECT por prestar serviço público, tinha direito à execução dos seus débitos trabalhistas pelo regime de precatórios. Citou ainda Decisão proferida na 19^a Vara Federal Seção Judiciária da Bahia transcrevendo trecho da mesma que trata das atribuições do recorrente;
- 5) argüi a aplicação da legislação ao autuado citando o Protocolo ICM nº 23/88 e o art. 11 da Lei nº 6538 de 22/06/78, que dispõe “os objetos postais pertencem ao remetente até a sua entrega a quem de direito”, e que de acordo com o artigo referido somente ao remetente e destinatário cabe a responsabilidade tributária. Admite que a Secretaria da Fazenda através dos seus agentes tem como função fiscalizar no ato do desembarço dos objetos postais, mas não tem amparo legal exigir o imposto do recorrente;
- 6) argüi que o autuado por ser pessoa jurídica federal goza de imunidade tributária, citando mais uma vez o art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69 e o art. 150, VI, “a” da Constituição Federal/88.
- 7) faz citações doutrinárias – Geraldo Ataliba, Celso Antonio Bandeira de Mello – relativas à natureza de prestadora de serviço público do recorrente.
- 8) assevera que serviço postal não é transporte, citando os artigos 7º, e seus §§ 1º, 2º e 3º, art. 9º e outros da Lei nº 6538/78 que é a Lei Postal. Argüi ainda que não efetua transporte, mas, tão somente serviço postal, e que não pode ser confundido com serviço de transporte executado por particulares.
- 9) Cita farta jurisprudência de Tribunais Federais em outros Estados (Paraná e Rio Grande do Sul), quanto à inexistência de recolhimento de ICMS sobre serviços postais.

Conclui a peça recursal requerendo a seja acolhido o presente Recurso Voluntário e julgado Improcedente o Auto de Infração. Reafirmando o seu entendimento de que os sujeitos da relação tributária são o Estado da Bahia e o destinatário ou remetente, e que não pode a ECT ser considerada responsável tributário na demanda.

A representante da PGE/PROFIS, à fl. 117 exarou Parecer, onde analisa as razões do Recurso Voluntário, e considera que as alegações do recorrente são as mesmas aduzidas na Primeira Instância. Observa que não há matéria fática a considerar, e que a questão é eminentemente jurídica, e que pode ser analisada sob dois aspectos: o primeiro quanto à objeção da empresa ao afirmar que não realiza transporte de mercadorias e sim serviço postal; e o segundo aspecto é o de que não sendo a ECT uma transportadora, poderia ser responsável tributária pelo transporte de mercadorias.

Informa que a Lei Postal (n.º 6.538/78), em diversos dispositivos, inclui entre os serviços prestados pelo autuado, literalmente o termo TRANSPORTE. E de outra forma, não se pode levar uma mercadoria de um lugar a outro a não ser exercendo um serviço de transporte, e que em nada difere do transportador particular, pois nenhum tratamento privilegiado é dado a uma empresa pública que exerce atividade que se equipara não a um serviço tipicamente público, mas que possa ser exercido pela iniciativa privada.

Concluiu que, a consequente responsabilidade tributária do autuado tem suporte na legislação que normatiza essas operações, mormente o Protocolo ICM nº 33/88, e que os argumentos do recorrente não modificam o julgamento recorrido, e opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário apresentado.

VOTO

Analisando as razões recursais verifico que o sujeito passivo busca afastar a responsabilidade tributária que lhe foi imputada, pelo pagamento do imposto referente a mercadoria apreendida em trânsito desacompanhada de nota fiscal, sob o argumento de que goza de imunidade tributária já reconhecida pelo STF, quanto a constitucionalidade do art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69.

Assim, cumpre ressaltar, que não está em discussão a imunidade tributária, concedida pela Constituição Federal, argüida pelo recorrente, porque esta se cinge 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, o que não é o presente caso.

De outro modo, o que está a se exigir é a tributação por responsabilidade solidária, porque o recorrente transportava, ou detinha para entrega, mercadoria desacompanhada de documentação fiscal, e não o imposto devido pelo próprio autuado, como este pretendeu fazer crer.

Ademais, consoante o disposto no art. 167, I do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade de qualquer norma jurídica, no caso, Lei Complementar e Lei Ordinária Estadual que regem o ICMS.

Verifico que o recorrente desenvolve toda a fundamentação das suas razões recursais sob o argumento de que é uma empresa prestadora de serviço público. Ocorre que o caso em lide, não questiona que sobre os serviços postais não há o que se falar em tributação. Mas a empresa quando recebe mercadoria transportando de um local para outro está exercendo um serviço de transporte, e neste sentido, estaria na mesma condição do transportador particular que a lei previu a responsabilidade por solidariedade pelo pagamento do imposto sobre as operações de mercadorias, quando efetua o transporte de mercadorias ou bens desacompanhados de documentação fiscal.

Quanto à alegação de que o ICMS não incide na ocorrência de transporte de valores, encomendas, correspondências, cartas, cartões postais, impressos, e outros objetos de correspondência ou inerentes aos serviços postais da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, volto a lembrar

que não se está lançando o imposto sobre o serviço de transporte, mas sim, aquele incidente sobre a operação de circulação de mercadoria, só que atribuindo-o ao responsável solidário.

Por fim, os argumentos de que serviço postal não é transporte, e por conseguinte, a ECT, não é uma transportadora, e que a sua relação com a fiscalização estadual é regida pelo Protocolo ICM nº 23/88, e que os únicos sujeitos passivos, nesta relação jurídica com o Fisco Estadual, são o Remetente e o Destinatário do objeto postal, cabendo somente a estes qualquer responsabilidade tributária, não tem qualquer amparo legal, pois o art. 5º, da Lei Complementar n.º 87/96, define que a Lei poderá atribuir a terceiros a responsabilidade pelo pagamento do imposto e acréscimos devidos pelo contribuinte ou responsável, quando os atos ou omissões daqueles concorrerem para o não recolhimento do tributo.

Isto foi feito através da Lei n.º 7.014/96, que no seu art. 6º, III, “d”, e IV, atribuiu a responsabilidade solidária pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, aos transportadores em relação às mercadorias que conduzirem sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou acompanhadas de documentação fiscal inidônea, ou a qualquer pessoa física ou jurídica, em relação às mercadorias que detiver para comercialização ou simples entrega desacompanhadas da documentação fiscal exigível ou com documentação fiscal inidônea. Do mesmo modo, o RICMS/97, estabeleceu no art. 39, I, “d”, V, as mesmas hipóteses de responsabilidade solidária.

Ademais, consoante o disposto no § 4º do art. 410 do RICMS/97 na embalagem de encomendas nacionais devem constar entre outros dados o número da nota fiscal. Logo, os argumentos do recorrente não afastam a responsabilidade solidária pelo pagamento do imposto, no caso em lide.

Assim, acolho a manifestação da Douta PGE/PROFIS que considera que a responsabilidade tributária do recorrente está respaldada na legislação que normatiza essas operações e opinou pelo Não Provimento do Recurso.

Desta forma, concluo que a autuação está correta e a infração devidamente comprovada, tudo dentro dos ditames legais, e, portanto, mantendo a Decisão recorrida e voto pelo NÃO PROVIMENTO deste 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 09018450/01, lavrado contra EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$153,00, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “b”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de outubro de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS -RELATORA

SYLVIA MARIA AMÔEDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS