

A. I. N° - 09184736/02
AUTUADO - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS
AUTUANTE - LUIZ OTÁVIO LOPES
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 25. 02. 2003

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0039-04/03

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 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 exigível ou com documentação fiscal inidônea. Não acatada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 31/07/02, pela fiscalização do trânsito de mercadorias, para exigir, por responsabilidade solidária, o ICMS no valor de R\$863,60 acrescido da multa de 100%, em decorrência de o autuado transportar mercadorias desacompanhadas de documento fiscal, conforme Termo de Apreensão 107433.

Foi anexado aos autos às fls. 8 a 16 um Recurso Administrativo formulado pela empresa Laser, através do qual reconhece a infração, questionando apenas o valor da base de cálculo, juntando na oportunidade as cópias das notas fiscais de n°s 5522, 5073, 5558, 5452, 5123 e 5052, de sua emissão relativa a algumas operações de vendas realizadas pela empresa, além de outros documentos.

Foi também anexado aos autos às fls. 22 e 23, uma informação fiscal juntada pelo autuante.

O então Relator do PAF submeteu a pauta suplementar, tendo a 4ª JJF decidido pelo seu envio em diligência à INFAZ de origem, para que fosse juntada aos autos a comprovação de que o autuado recebeu a intimação para a ciência da autuação.

Em 12/09/2002, foi juntada aos autos às fls. 26 a 42 a defesa interposta pela ECT.

O autuado, tempestivamente, através de advogados legalmente habilitados, arguindo preliminar prejudicial do mérito da ação fiscal a inobservância das normas estabelecidas no Protocolo ICM 23/88. Disse que o fisco, apesar de ter identificado perfeitamente o destinatário da mercadoria apreendida, lavrou o Auto de Infração em nome da ECT. No entanto, de acordo com o supramencionado protocolo, regulador das normas de fiscalização envolvendo a ECT, tal procedimento está equivocado. O que aquele prevê, nesta situação, é a emissão de Termo de Apreensão em 3 vias, destinando-se a primeira ao remetente ou ao destinatário do bem, a segunda à ECT e a terceira ao fisco.

Alega que à ECT não pode ser dispensado o mesmo tratamento dado às empresas transportadoras, pois o serviço postal não é transporte, e, por conseguinte, não é uma transportadora.

Argüiu a imunidade tributária, com base no preceito constitucional que prevê a imunidade recíproca entre as esferas governamentais, vedando à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios gravarem com impostos a renda, os serviços e o patrimônio uns dos outros (art. 150, VI, “a” da CF/88). Igualmente, reportou-se a julgado recente do STF acerca da constitucionalidade do art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69, cuja ementa transcreveu. Reproduziu também trecho do voto do Exmo. Sr. Juiz da 19ª Vara Federal da Seção Judiciária da Bahia, acerca da natureza das atribuições da ECT, destacando terem elas por escopo o interesse público nos serviços postais, de telegrafia e de telecomunicações, considerando que o art. 12 do citado decreto-lei não entra em contradição com o art. 173, § 1º, II, da CF/88, uma vez que a disciplina jurídica de direito privado vai sujeitar apenas aquelas entidades que exploram a atividade econômica.

Especificou as funções que uma empresa pública pode desempenhar, quer explorando atividade econômica, quer prestando serviço público. Transcreveu ensinamentos de Geraldo Ataliba, Celso Antônio Bandeira de Mello e Cirne Lima a respeito do assunto, concluindo que o serviço público é uma atividade constitucionalmente ordenada, própria do Estado, contrária ao da exploração econômica, própria do setor privado.

Frisou a seguir que, nos termos do art. 22, V, da CF/88, compete privativamente à União legislar sobre serviços postais, transcrevendo, em seguida, os arts. 7º, 25, 9º, 8º e 26 da Lei nº 6.538/78, que enunciam o poder de legislar sobre os serviços postais.

Argumentou que a execução do serviço postal não cuida de “mercadoria”, e sim de objetos postais, legalmente qualificados como correspondências, valores e encomendas. Para os interessados (remetentes e destinatários), os bens podem representar objetos afetivos, financeiros, morais, negociais, intelectuais, culturais, administrativos ou “mercadorias”. Mas, para a ECT, tais objetos são todos iguais, constituem uma coisa só: são objetos postais, nos termos do art. 47 da Lei nº 6.538/78, ou seja, é remessa e entrega de objetos, com ou sem valor mercantil, por via postal.

Argüiu que a ECT goza da imunidade prevista no art. 150, VI, “a”, da CF, não pode ter seu patrimônio diminuído por qualquer tipo de imposto, por ser patrimônio da União, e não pode ter seus serviços onerados por tributos, por se tratar de serviços públicos de competência exclusiva da União.

Afirmou que o serviço postal tem por base três ações praticadas em cadeia, quais sejam e nesta ordem: o recebimento, o transporte e a entrega dos objetos postais. São elos de uma corrente, agasalhadas pelo manto da lei postal e o transporte, pressuposto básico da execução do serviço postal que oferece segurança, inviolabilidade do objeto postal, regulamentação legal que exige a continuidade, universalidade, confiabilidade, garantidos pela União Federal através do impugnante, que é empresa vinculada ao Ministério das Comunicações. Nesta linha de raciocínio, argumentou que os seus serviços distinguem-se dos serviços prestados pelos particulares. À ECT existem regras rígidas, ditadas pela Constituição, pela legislação infraconstitucional e pelo Direito Administrativo, que delimitam seu campo de ação, a obrigando oferecer e garantir o serviço postal a todos os cidadãos brasileiros, independentemente de distinção de credo, cor, raça ou ideologia política. Ao particular existe a livre concorrência de mercado e ele aceita prestar serviços a seus clientes se quiser, discricionariedade a si vedada. O particular fixa os seus preços de acordo com os custos e com a margem de lucro que pretenda auferir. Já a ECT depende da aprovação de tarifas por órgãos do governo federal. Portanto, não se pode confundir sua atividade com um serviço de transporte, pois figuras totalmente distintas.

Sustentou que o lançamento do crédito tributário deve ser feito atendendo à norma padrão de incidência do tributo pré-traçada na Constituição. Citando Roque Carrazza, Elizabeth Nazar Carrazza e Amílcar Falcão, o autuado chamou a atenção para a forma rígida como é feita a distribuição de competências no sistema tributário brasileiro.

Em relação ao ICMS, entendeu que este, conforme definido na CF/88, abarca no seu campo de incidência: a) as operações mercantis (operações relativas à circulação de mercadorias); b) as prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal; c) serviços de comunicação; d) produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de lubrificantes e combustíveis gasosos e de energia elétrica e e) sobre a extração, circulação, distribuição ou consumo de minerais. Em face da essência do serviço postal, deduz-se que ele não está incluso no conceito de fato gerador de ICMS, não podendo ser tributado, em virtude do princípio da legalidade. A simples leitura do texto da lei estadual que instituiu o ICMS indica a inexistência de qualquer referência ao serviço de transporte postal como fato gerador desse tributo, não cabendo ao fisco pretender uma interpretação de forma expansiva da legislação, pois, para a segurança do contribuinte, a interpretação deve ser restritiva.

Citou jurisprudências dos Tribunais Federal 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.

O autuado destacou que a configuração da incidência tributária exige que haja exata adequação do fato à norma. Reproduziu comentários de Eduardo Marcial Ferreira Jardim acerca do princípio da tipicidade.

Finaliza sua exposição argumentando que para ser exigido o tributo o fato deve estar plenamente ajustado à norma, sem possibilidade de dúvida. Havendo dúvida, não há fato impositivo. Pediu que seja acolhida a preliminar argüida, para que seja tornado sem efeito o Auto de Infração, ou, caso ultrapassada a preliminar, que no mérito se julgue o Auto insubsistente, ante a impossibilidade legal de sua lavratura e, ainda, por ser a impugnante ente integrante da administração pública e consequentemente imune ao imposto, bem como por ser indevido o lançamento em virtude de o serviço de transporte de objetos postais e encomendas não ser passível de tributação.

O autuante prestou informação (fls. 45 a 55) dizendo, inicialmente, que a empresa foi autuada pela fiscalização estadual em procedimento realizado conforme determina a legislação em vigor.

Argumentou, no entanto, que com o advento da Lei nº 6.538 de 22/06/78 houve a inclusão da autorização à ECT de explorar atividades correlatas aos serviços postais, bem como exercer outras atividades afins (art. 2º § 1º), havendo modificação da original atribuição proposta pelo Decreto-Lei nº 509 e a empresa passou a colocar à disposição do público outros serviços, sendo permitida, inclusive, a exploração de publicidade comercial em objetos de correspondência.

Quanto a afirmação do impugnante de que o Decreto-Lei nº 509 não foi revogado pela Carta Política de 1988 e que a Emenda Constitucional nº 19 determina que a lei ordinária irá disciplinar o estatuto jurídico da empresa prestadora de serviços públicos, entendeu que jurisprudência de tribunais sinalizam em direção contrária. Reportou-se ao Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 105624 do Tribunal Superior do Trabalho que exarou Acórdão considerando que o Decreto-Lei nº 509/69 não foi recepcionado pela CF/88 e determinou à ECT obedecer ao art. 173 da Carta Magna, sujeitando-se ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas. Destacou o Acórdão do Recurso extraordinário nº 222.041-5, promulgado pela 1ª Turma Julgadora de Ministros do Supremo Tribunal Federal que, por unanimidade, decidiram pelo não conhecimento do aludido recurso por

entenderam que o art. 12 do citado decreto-lei instituiu à ECT como pessoa jurídica de direito privado, embora com impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços. Para os Ministros do STF, o art. 12 do supramencionado decreto-lei é incompatível com os textos constitucionais de 1967, 1968 e 1988. Também consideraram que a ECT teve de se submeter às regras do art. 173 da CF/88, ou seja, está sujeita ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias, devendo ser tratada como pessoa jurídica de direito privado e seus bens sujeitos à penhora, não podendo gozar de privilégios fiscais não extensivos à entidades do setor privado.

Igualmente, entendeu que os Acórdãos acima referidos derrubaram a alegada imunidade tributária.

Asseverou que a ECT vem desempenhando duas funções complementares distintas: explorar a atividade econômica e prestar serviço público. Que a terceirização dos serviços postais, através do sistema de franquia, mostra a adoção de estratégia de expansão empresarial típica de uma empresa privada e a afirmativa do impugnante de que o legislador da época em que foi promulgado o Decreto-Lei nº 200/67 não foi feliz na definição de empresa pública, corrobora o entendimento do TST e do STF.

A alegação da defesa de que os serviços de recebimento, expedição, transporte e entrega de valores e encomendas exercidos pela União não estão compreendidos no regime de monopólio, podendo ser prestadas por particulares, confirma que a ECT realiza serviços que podem ser prestados por particulares que agem sob o manto das leis da oferta e da procura. Incontestável, assim, que àquela deve ser dispensado o mesmo tratamento tributário inerentes às empresas privadas, pelo princípio da isonomia.

Diz que o Estado da Bahia subscreveu o Protocolo ICM 23/88 e a ele continua vinculado. No entanto, o Auto de Infração foi lavrado contra o impugnante em decorrência da responsabilidade solidária insculpida na legislação do ICMS (art. 6º, III, “d” da Lei nº 7.014/96 e art. 39, I, “d” do RICMS/97), que determina serem os transportadores responsáveis solidários pelo pagamento do imposto devido pelo contribuinte de direito ao conduzirem mercadorias sem documentação ou documentação inidônea. E, mesmo a ECT não podendo ser considerada uma transportadora no sentido amplo da palavra, a legislação estadual do ICMS, através do art. 6º, IV da Lei nº 7.014/96 e do art. 39, V do RICMS/97 ordena que são responsáveis solidários pelo pagamento do imposto devido pelo contribuinte de direito qualquer pessoa física ou jurídica em relação às mercadorias que detiver em situação irregular, o que, a seu ver, não excluiu as empresas públicas.

Afirmou que em nenhum momento foi alegada a hipótese da incidência do imposto sobre o serviço de transporte postal, mesmo porque o art. 8º, IV do RICMS/97 a excluiu. O que existe à luz da legislação estadual é uma vinculação solidária da ECT na operação de circulação de mercadoria encontrada no seu estabelecimento desacompanhada por qualquer documento fiscal idôneo.

Finaliza requerendo a manutenção da ação fiscal.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS por responsabilidade solidária da ECT, pelo fato de terem sido encontradas 127 lentes intra-ocular em suas dependências sem documento fiscal.

Inicialmente afastou a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, tendo em vista que o Auto de Infração e o Termo de Apreensão estão revestidos das formalidades legais, inclusive em relação ao § 1º, da Cláusula Segunda, do Protocolo ICM 23/88, não se observando qualquer erro ou vício que possa decretar a sua nulidade, em conformidade com o disposto no art. 18, do RPAF/99.

Em segundo lugar, não acato o recurso administrativo, fl. 08, pois a Laser Optical Corporation Indústria e Comércio Ltda não é o sujeito passivo na autuação fiscal. O art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento. Admitida como mera informação, a mesma foi descaracterizada pelo autuante, fls. 22 e 23.

Em relação a arguição de inconstitucionalidade, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma.

No presente caso, o que está em discussão não é a imunidade tributária ou o imposto sobre serviço de transporte, pois o Auto de Infração tem por objetivo exigir o ICMS por responsabilidade solidária, a Empresas Brasileira de Correios e Telégrafos transportava ou detinha mercadoria sem nota fiscal. Será que alguém compraria 127 lentes para uso pessoal? Entendo que não.

Por sua vez, a Lei nº 6.538/78, citada diversas vezes pela ECT, que disciplina a prestação de serviço postal, estabelece o seguinte:

*“Art 10 - Não constitui violação do sigilo da correspondência postal a abertura de carta:
II - que apresente indícios de conter objeto sujeito a pagamento de tributos;
Parágrafo único - nos casos dos incisos II e III a abertura será feita obrigatoriamente na presença do remetente ou do destinatário.”*

Cabe enfatizar que o Conselho de Fazenda Estadual, através das Juntas e Câmaras de Julgamento fiscal, nos julgamentos dos litígios decorrentes de lançamento tributário, tem firmado o entendimento que a ECT é solidariamente responsável pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais, devidos pelo contribuinte de direito, assim como qualquer pessoa física ou jurídica, em relação às mercadorias que detiver para comercialização ou simples entrega desacompanhadas da documentação exigível ou com documentação fiscal inidônea.

O RICMS/97, invocando as determinações contidas no art. 6º da Lei nº 7.014/96, nos casos de responsabilidade por solidariedade, respaldado no art. 5º da Lei Complementar nº 87/96, expressa:

“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.

[...]

§ 3º A responsabilidade prevista neste artigo não exclui a do contribuinte, facultando-se ao fisco exigir o crédito tributário de qualquer um ou de ambos os sujeitos passivos.”

Portanto, mesmo que o autuado não pudesse ser considerado transportador, estaria obrigado ao pagamento do imposto, em razão de responsabilidade solidária, face a regra insculpida no inciso V do artigo 39 do RICMS/97 acima transcrito.

Diante do exposto, meu voto é pela PROCEDÊNCIA da autuação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **09184736/02**, lavrado contra a **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$863,60**, 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, 18 de fevereiro de 2003.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR