

PROCESSO - A. I. Nº 09347623/04
RECORRENTE - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0218-04/05
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 28/09/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0313-12/05

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS RELATIVO A MERCADORIA ACEITA PARA ENTREGA SEM A CORRESPONDENTE NOTA FISCAL. EMPRESA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. 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, mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Recurso Voluntário foi apresentado pelo contribuinte em epígrafe, inconformado com a Decisão prolatada pela 4ª JJF através do Acórdão JJF nº 0218-04/05 que julgou Procedente o lançamento de ofício que exigiu o ICMS no valor de R\$ 1.528,93, acrescido da multa de 100%, referente ao transporte de mercadorias sem documentação fiscal. Durante o julgamento de 1ª Instância o Sr. julgador relacionou inicialmente as preliminares apresentadas pelo recorrente que podem assim ser resumidas:

1. Rasura no “quadro” referente ao nº do Auto de Infração; descumprimento do Protocolo nº 28 quanto ao número de vias do Termo de Apreensão e sua destinação; afirmação de que a EBCT não pode ser igualada às centenas de milhares de transportadores particulares existentes no país, pois o serviço postal não é transporte e, por conseguinte, o autuado não é transportador; diz que goza de imunidade tributária.
2. Afirma que cabe exclusivamente à União legislar sobre o serviço postal, cuja definição legal deve ser entendida, como “*o recebimento, expedição, transporte e entrega de objetos de correspondência, valores e encomendas*”. Apesar da afirmação, alega 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 prestados também por particulares. Todavia, entende que o fato de não serem exclusivos, não lhes retira o caráter de serviço público e que “*as correspondências, valores e encomendas são objetos postais e não, mercadorias*”.

Argumenta que “*a realização de transporte, o que acontece também com as cartas, vales postais, telegramas e demais objetos postais, 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, qual seja, prestar serviço postal a toda a coletividade.*” Afirma “*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 dado pela SEFAZ do Paraná para demonstrar que não pode haver incidência do ICMS sobre o serviço postal, pois*

não se confunde com serviço de transporte de cargas". Por fim, alega 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 do imposto e a insistência na cobrança desse tributo configura flagrante inconstitucionalidade". Por último, lembra que o artigo 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".

Diz, ainda, o Sr. julgador em seu relatório que a autuante em sua informação fiscal, fls. 35 a 46, inicialmente transcreve trabalho efetuado por fiscais da IFMT-METRO, apresentado em curso de pós-graduação, que faz referência à responsabilidade da EBCT em relação às mercadorias que transporta. Faz um breve histórico sobre quem é, e como funciona a atividade desenvolvida pelo autuado, sustentando, ainda, a exigência em questão, com os seguintes argumentos: "*O RICMS/97 prevê que são solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, os transportadores, em relação às mercadorias que aceitarem para transporte ou conduzirem sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou acompanhada de documentação fiscal inidônea*"; no presente PAF o recorrente "*tanto pelo fato de ser uma empresa pública que explora atividade de natureza econômica, concorrendo com empresas privadas, quanto por cobrar preços e tarifas pela utilização dos seus serviços, não tem respaldo legal para alegar imunidade tributária. Pode ser responsabilizada por solidariedade e intimada a pagar o ICMS correspondente às mercadorias que transporta na execução de serviço postal desacompanhadas de documentação fiscal idônea, não importando se foi qualificada pela fiscalização como transportador ou apenas como detentor das mercadorias, independentemente do impugnante classificar tais mercadorias como encomenda ou objetos postais*" e mais "*que o Protocolo nº 23/88, estabelece procedimentos adotados na fiscalização relativa ao serviço de transporte e a mercadorias e bens transportados pela ECT, mas que, todavia, atualmente vigora o Protocolo nº 32/01. Arremata chamando a atenção para a jurisprudência atualmente predominante no CONSEF*".

Em seu voto, o Sr. julgador inicialmente, observa a incompetência do CONSEF para apreciar a inconstitucionalidade da legislação tributária estadual. Diz que o Auto de Infração foi lavrado por ter sido encontrada, na agência do autuado, uma encomenda composta de 3 relógios, 2 pingentes relógio, 158 tornozoleiras, 534 pulseiras e 450 correntes, remetidas através de SEDEX, desacompanhadas de documentação fiscal, conforme Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos. Diante do fato o Sr. autuante entendeu que se tratava mercadorias e que o autuado se equiparava a um transportador, respondendo solidariamente pelo pagamento do ICMS incidente sobre a operação . Em seguida transcreve os dispositivos constitucionais e legais concernentes à questão. Dessa forma o Sr. Membro da JJF entende que, sendo o autuado empresa pública, após a Constituição Federal de 1988, está sujeito às mesmas regras das empresas privadas, tanto em relação ao regime jurídico em que deve ser constituído, quanto relativamente aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, podendo, inclusive, ser objeto de fiscalização pelo Estado (compreendido nesse conceito, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios). E conclui que o contribuinte não está enquadrado nas hipóteses de imunidade previstas na Constituição Federal de 1988.

Ressalte-se, por oportuno, que o fato de ter sido decidido, pelo STF, que o autuado tem direito à "*execução de seus débitos trabalhistas pelo regime de precatórios por se tratar de Entidade que presta serviço público*", não significa que possui imunidade tributária. Deve-se indagar se a atividade exercida pelo recorrente-serviço postal na modalidade encomenda -, pode ser entendida como um serviço de transporte e, como tal, se constitui em fato gerador do ICMS? Relata a existência no PAF de citações jurisprudenciais "*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*". Na mesma linha o

Paraná também já se pronunciou e decidiu que os serviços postais, prestados pela ECT, não se confundem com serviços de transporte de cargas, estando, portanto, fora da incidência do ICMS. Alerta que apesar de toda a argumentação do recorrente se fundamente no fato de que não se pode exigir o ICMS sobre os serviços que presta, porque eles não se confundem com o serviço de transporte de cargas, no presente Auto de Infração não se está a exigir o imposto estadual sobre tais serviços postais. Afirma, aquele julgador que o Auto de Infração lavrado cobra o ICMS do recorrente por responsabilidade solidária, pelo fato de a encomenda, remetida via SEDEX, estar sendo transportada sem a necessária documentação fiscal. Mais uma vez transcreve o art. 39 do RICMS que se refere à responsabilidade por solidariedade. Assim, “*constata-se que, mesmo que o autuado não seja considerado transportador, estaria igualmente obrigado ao pagamento do imposto com os acréscimos devidos, em razão de responsabilidade solidária, porque enquadrado no inciso V do artigo 39 do RICMS/97, acima transcrito.* É oportuno lembrar que, no momento da postagem da encomenda através de SEDEX, o autuado tem o direito legal de verificar o seu conteúdo e adotar as medidas legais cabíveis, no caso, a exigência da correspondente nota fiscal”. Com base em seus “considerandos” afirma que :

- 1) pela quantidade e características, tais produtos devem ser considerados mercadorias para comercialização.
- 2) A falta de uma das vias do Termo de Apreensão não inquinaria de nulidade o lançamento porque o autuado recebeu uma das vias do documento. A alegada rasura no Auto de Infração era apenas a mudança do dígito verificador do lançamento. Rejeitou as preliminares de nulidade suscitadas pelo recorrente. E tanto mais porque o autuado não adentrou o mérito da autuação, entendendo que está correto o valor exigido, mesmo porque é inadmissível, à luz do Princípio Constitucional da Isonomia, que se dê tratamento privilegiado ao autuado em detrimento de outros contribuintes que com ele competem no mercado em que atua.

A Constituição Federal, 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 asfixiarem de tal forma seus concorrentes que se criaria um ambiente desleal, contrário a qualquer sistema capitalista. Em relação ao Protocolo ICM nº 23/88, apenas estabelece normas de controle de fiscalização relacionada com o transporte de mercadorias efetuado pelo autuado, em nenhum momento dispensando a Empresa de ser responsabilizada pelo pagamento do tributo, porventura devido em razão das ações fiscais ali desenvolvidas. Semelhantes procedimentos a serem adotados pela fiscalização foram repetidos no Protocolo ICMS 32/01, publicado no DOU de 04.10.01. Por outro lado, o Protocolo ICMS nº 15/95, foi firmado pelas unidades federadas para “*implementar rotinas de controle e fiscalização das remessas postais com vistas à verificação do cumprimento da obrigação de pagamento do ICMS nas operações de mercadorias*”, inclusive nas importações sob o regime de Tributação Simplificada.

O citado Protocolo tornou-se necessário, em razão das atividades peculiares desenvolvidas pela Empresa, com a previsão, na Constituição Federal, da vedação à quebra do sigilo da correspondência. Este documento não foi adotado para dispensar o autuado do pagamento do imposto devido e previsto nas hipóteses legais pelo contrário, determina, que “*constatado que mercadorias ou bens contidos em remessas postais internacionais sem exigência do comprovante do ICMS, ou sendo o caso, da Declaração de Desoneração do ICMS na Entrada de Mercadoria Estrangeira, serão adotados contra a ECT os procedimentos fiscais previstos na legislação de cada unidade federada, não podendo ser diferente o tratamento dispensado ao autuado nas remessas internas de mercadorias*”. Conclui votando pela Procedência do Auto de Infração.

Inconformada com a Decisão a Empresa apresenta este Recurso Voluntário apresentando quase o mesmo argumento já apreciado quando da tentativa de impugnação argumentando que o julgado não deve prevalecer em virtude das nulidades alegadas e pela imunidade tributaria que ampara a

ECT. Transcreve novamente Decisão do STF que entendeu ser a ECT uma entidade que presta serviço público e menciona a recepção do Decreto-Lei nº 509/69 e a Lei nº 6.538/78. Reporta-se ao Protocolo nº 23/88 e transcreve algumas de suas cláusulas. Renova o argumento do não uso das três vias do termo de apreensão bem como a necessidade da segunda instância analisar o “*sigilo da correspondência e a inviolabilidade do objeto postal*. Entende que o lançamento deveria ter sido feito contra o remetente ou destinatário. Reafirma o argumento da imunidade tributária da Empresa e acrescenta textos de doutrinadores para justificar a posição da ECT como empresa prestadora de serviço público e não exploradora de atividade econômica . Aduz que cabe à União legislar sobre serviços postais, transcrevendo vários artigos da Lei nº 6538/78”. Acredita que para ECT todos os objetos – afetivo, financeiro, negociais, intelectuais ou mercadorias. Reafirma à recepção pela CF/88 do Decreto-Lei nº 509/69 e a existência, porém de dúvidas quanto a recepção total ou não do art. 12 do referido diploma legal que transcreve em seu arrazoado e faz conclusões a esse respeito: isenção do Imposto de importação, imunidade recíproca;foro especial e imunidade a qualquer tipo de imposto. Volta a argumentar que serviço postal não é transporte e, em consequência, a sua atividade não se confunde com o serviço de transporte executado por particulares. Em relação ao lançamento do ICMS repete argumentos anteriormente apresentados com argumentos de Roque e Elizabete Carraza onde constam transcrições de trechos a respeito da teoria do imposto – matriz constitucional, circulação jurídica, fato gerador - e insiste na linha da imunidade e da tributação do serviço postal que não configura serviço de transporte. Transcreve jurisprudência oriunda de Juizes e Tribunais administrativos onde há decisões favoráveis a Empresa no que diz respeito à imunidade e a não tributação dos serviços postais. Pede em conclusão que seja conhecido e provido o Recurso Voluntário com fundamento na imunidade, no indevido lançamento e por não ser encomenda passível de tributação devendo o lançamento ser efetuado contra o destinatário, pois juntamente com o Estado da Bahia , são eles os sujeitos da relação tributária.

O Sr. procurador emite Parecer onde externa “*que as preliminares suscitadas pelo autuado são absolutamente desprovidas de qualquer fundamento legal ou técnico*”. Aduz que não tem sentido a argüição de nulidade pela rasura do Auto de Infração, pois esta não impediu a ampla defesa, o mesmo ocorrendo em relação ao possível desrespeito ao Protocolo nº 23. Na matéria de fundo reporta-se às questões da imunidade recíproca e que a mesma exerce serviço tipicamente público. Comenta a respeito do conceito do ICMS e dos seus sujeitos, demonstrando que a empresa pratica atos sujeitos a este imposto estadual, pois “*prestam serviços públicos em que há contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário*” e como tal excluídos pela própria Constituição da imunidade.Anexa decisões de tribunais a respeito do assunto onde é ratificada a posição da ECT como sujeito passivo do imposto. Opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

As questões de natureza tributária que envolvem a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos e o fisco estadual são por demais conhecidas deste Colegiado. O entendimento aceito por este órgão julgador administrativo é no sentido de que a empresa não está abrangida pela imunidade e sua atividade de prestação de serviço de transporte de mercadorias poderá torná-la responsável tributária.

No presente PAF a empresa apresenta algumas preliminares que poderiam levá-lo à nulidade. Quanto a estas preliminares suscitadas comungo da opinião do Sr. procurador no sentido de que são absolutamente desprovidas de qualquer fundamento legal ou técnico e acompanho as suas palavras quando afirma “*que não tem sentido a argüição de nulidade pela rasura do Auto de Infração, pois esta não impediu a ampla defesa, o mesmo ocorrendo em relação ao possível desrespeito ao Protocolo nº 23*”.

Quanto ao mérito, entendo, também, que embora exerça em parte, um serviço tipicamente público – serviço postal - não há que falar-se em imunidade recíproca. E o conceito do ICMS bem como todos elementos que compõem a sua estrutura obrigatoriedade, inclusive os sujeitos, demonstram que a empresa pratica atos sujeitos a este imposto estadual. E a ilação é fruto da interpretação pacífica da Constituição quando se refere à inaplicabilidade da norma exonerativa às empresas que “*prestam serviços públicos em que há contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário*”. A abundância de decisões neste sentido supera em muito àquelas trazidas pelo recorrente e que dizem em sentido contrário. Não tenho dúvidas que ao praticar atos sujeitos à tributação do ICMS a recorrente é contribuinte do imposto. E noutra vertente como a que foi trazida a este PAF, se transporta mercadoria sem a observância dos ditames legais poderá como foi ser guindada à condição de responsável tributária.

Voto, portanto, no sentido de que seja IMPROVIDO o Recurso Voluntário mantendo-se a Decisão da JJF.

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 09347623/04, lavrado contra **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$1.528,93, 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, 12 de agosto de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA - RELATOR

JORGE SALOMÃO OLIVEIRA DOS SANTOS - REPR. DA PGE/PROFIS