

A. I. N° - 933514-5/06
AUTUADO - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS
AUTUANTE - MARIA ANGÉLICA AZEVEDO POTTES
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET 29/09/05

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0043-05/05

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CORREIOS E TELÉGRAFOS. TRANSPORTE DE MERCADORIAS DE TERCEIROS SEM A CORRESPONDENTE NOTA FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. É legal a exigência do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário, por ter aceito para entrega, via serviço postal, mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente lançamento de ofício foi constituído em 01/04//2004 pela unidade de fiscalização do trânsito de mercadorias, localizada nas dependências dos Correios, Av Paulo VI, 290, nesta Capital, imputando à referida empresa a prática da seguinte infração: transporte de mercadorias sem documentação fiscal - 110 biquínis e 10 cangas, com imposto no valor de R\$685,10 e multa no valor de 100%.

O autuado, às fls. 11 a 36, através de advogado, argumentou que os Correios foram criados por meio do Decreto-Lei nº 509/69 de 20/03/69 e o que mesmo continua em vigor, recepcionado pela Constituição de 1988. Em nome da União, exerce o serviço público postal, nos termos do art. 21, X, da Constituição Federal. Transcreveu as cláusulas primeira e segunda do Protocolo ICM 23/88, aduzindo que o mencionado protocolo é um ato negocial celebrado entre as partes, sendo, portanto, um ato vinculante para todos aqueles que o subscreveram, não sendo exceção o Estado da Bahia.

Argüiu como preliminar a existência de rasuras no auto de infração, especificamente em sua numeração, dando causa a nulidade absoluta por vício formal. Prosseguindo nas preliminares de nulidade, avançando para o mérito, asseverou que a inobservância das normas contidas no Protocolo ICM 23/88, regulador das normas de fiscalização envolvendo a ECT, resulta por si só na nulidade do ato fiscal. Esclareceu que o fisco, apesar de ter qualificado o destinatário da mercadoria apreendida, lavrou o Auto de Infração em nome da ECT, em flagrante desacordo com o supramencionado protocolo. O que está previsto neste, 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. Reclamou da não entrega da 3ª via ao destinatário, o que segundo o mesmo, fortalece a arguição de nulidade.

Insistiu que à ECT não pode ser dispensado o mesmo tratamento dado às empresas transportadoras, pois o serviço postal não é transporte, e sim serviço público amparado pela imunidade tributária e, por conseguinte, a ECT não é uma transportadora.

Citou definição de imunidade tributária, na lição de Guilherme Ulhôa, para o qual, “*imunidade é*

A impossibilidade de incidência, decorrente de uma proibição imanente porque constitucional...”

Trouxe julgado do STF acerca da constitucionalidade do art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69, pelo qual entendeu aquele tribunal ser a ECF prestadora de serviço público, e por isso, ter assegurado a impenhorabilidade de sua renda, bens e serviços, transcrevendo a ementa. Transcreveu parte da decisão do Exmo. Sr. Juiz da 19ª Vara Federal da Seção Judiciária da Bahia, sobre a 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. Assim, entende como inaplicável o art. 173, § 1º, II, da CF/88, ao tempo em que compreende como indubitável a constitucionalidade do art. 12 do Decreto – Lei nº 509/69.

Afirmou que uma empresa pública pode desempenhar duas funções completamente distintas: a) explorar atividade econômica, e prestar serviço público. Para melhor exemplificar esta definição, citou ensinamentos de Geraldo Ataliba, Celso Antônio Bandeira de Mello e Cirne Lima sobre o assunto, concluindo que os Correios são uma empresa pública, tendo como atividade principal a prestação de serviços públicos, como resulta diretamente da Constituição.

Afirmou que cabe à União legislar privativamente sobre serviços postais, nos termos do art. 22, V, da CF/88, transcrevendo, após, os arts. 7º, 25º, 9º, 8º e 26º da Lei nº 6.538/78, que tratam sobre os serviços postais que, em síntese, é o seguinte:

1. Constituem serviço postal o recebimento, a expedição, o transporte e a entrega de objetos de correspondência, valores e encomendas (*caput* do art. 7º).
2. São objetos de correspondência a carta, o cartão-postal, o impresso, o cecograma, a pequena encomenda (§ 1º do art. 7º).
3. Constitui serviço postal relativo a encomendas a remessa e entrega de objetos, com ou sem valor mercantil, por via postal (§ 3º do art. 7º).
4. Constitui serviço de telegrama o recebimento, transmissão e entrega de mensagens escritas, conforme definido em regulamento (*caput* do art. 25º).

Argumentou que o art. 9º da aludida lei possibilita que a empresa exerça, ainda, outras atividades afins. Discorreu sobre o que seriam essas atividades “afins”, concluindo que são semelhantes às atividades exercidas por particulares. Observou que, mesmo não tendo exclusividade, a ECT permanece como empresa pública, com todas os direitos e garantias inerentes.

Interpretou o art. 21, da CF/88, frisando que cabe à ECT, o recebimento, expedição, transporte e entrega de valores e encomendas postais. 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 objeto postal, 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.

O autuado persistiu no argumento de que os serviços postal não é transporte e a ECT não é empresa transportadora, apesar do entendimento contrário do Órgão Público responsável pelo lançamento e cobrança do ICMS.

Retornou a análise feita sobre a recepção na nova ordem jurídica, trazida com a Constituição de 1988, do Decreto-Lei nº 509/69 e da Lei nº 6.538/78. Definiu o fenômeno da recepção, através de ensinamento de Celso Ribeiro de Bastos. Esclareceu, depois de transcrever doutrina, que os dois

diplomas jurídicos foram recepcionados pela ordem jurídica vigente, uma vez que até o momento não foi editada a lei ordinária disciplinadora da empresa que presta serviço público, conforme mandamento inserido na Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/98. Assim, enquanto não elaborada a nova lei, continua a vigor a Lei nº 6.538/78 e o Decreto-Lei nº 509/69.

Alegou que a ECT está amparada pela imunidade prevista no art. 150, VI, “a”, da CF/88, não podendo ter seu patrimônio diminuído por qualquer tipo de imposto, por ser patrimônio da União, e não pode ter seus serviços onerados tributariamente, por se tratar de serviços públicos de competência exclusiva da União.

Asseverou que o serviço postal é constituído pelo recebimento, transporte e entrega dos objetos postais, agasalhados pelo manto da Lei Postal. São elos de uma corrente, ou mesmo partes de um corpo que só funciona com a ação conjunta de seus membros. Não podem assim, ser interpretados ou analisados isoladamente.

Observou que o serviço postal é muito mais complexo que um simples serviço de transporte, uma vez 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. Por isto, os serviços por ela prestados distinguem-se dos oferecidos pelos particulares. A ECT está subordinada a regras rígidas, ditadas pela Constituição, pela legislação infraconstitucional e pelo Direito Administrativo, que delimitam seu campo de ação, impondo a obrigação de oferecer e garantir o serviço postal a todos os cidadãos brasileiros, independentemente de distinção de credo, cor, raça ou ideologia política. O particular, porém, goza de discricionariedade, prestando seus serviços de acordo com seu interesse, fazendo frente aos custos incorridos 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 figura distinta.

Esclareceu que as normas constitucionais e infraconstitucionais exigem que haja exata subsunção 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. Para corroborar seu entendimento, transcreveu decisões da Justiça Federal no Ceará e Rio Grande Sul, pronunciando contra a existência de relação jurídica que obrigue a ECT a promover o recolhimento do ICMS sobre os serviços postais. Neste mesmo sentido, discorreu sobre decisão administrativa proveniente do setor consultivo da Inspeção Geral de Tributação, da Coordenação da Receita Estadual da Secretaria da Fazenda do Estado do Paraná, o qual concluiu, ao apreciar o Auto de Infração nº 01.3685761-4, lavrado contra a ECT, que serviços postais prestados pela empresa não se confundem com serviços de transporte de cargas, estando fora do campo de incidência do ICMS.

Requeru que seja acolhidas as preliminares argüidas, 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 o defendente ente integrante da Administração Pública e, conseqüentemente, imune ao lançamento do 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.

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”.

A autuante, às fls. 43 a 54, transcreveu trabalho efetuado por ela e outros servidores, onde é efetuado estudo sobre a responsabilidade da EBCT em relação às mercadorias por ele transportadas, concluindo que a empresa é a responsável solidária pelo pagamento do ICMS.

Postulou pela manutenção da autuação.

O PAF foi a julgamento, decidindo a 1ª Junta (fls. 56/61), através do Acórdão Nº 0345/01-04, por unanimidade, pela procedência da autuação, sob o argumento de não se está exigindo imposto sobre serviços postais, mas sim devido ao transporte de mercadorias, remetida via SEDEX nº SC 140582324 BR , desacompanhada da documentação fiscal correspondente. Considerou-se assim, a ECT como responsável por solidariedade pelo pagamento do imposto.

Neste mesmo Acórdão, seguindo entendimento já consolidada neste Conselho de Fazenda, foi dito que a ECT não é autarquia, nem fundação, e sim, uma empresa pública. E, assim sendo, após a Constituição Federal de 1988, está sujeita às mesmas regras das empresas privadas, tanto em relação ao regime jurídico em que deve ser constituída, quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, ao arrimo do art. 173, § 1º da Constituição Federal.

O sujeito passivo irressignado com a decisão interpõe recurso (fls 71/88), aduzindo que as preliminares argüidas não foram apreciadas em julgamento. Citando como exemplo desta omissão, o fato da decisão não se referir a falta de entrega ao destinatário de via do Termo de Apreensão das mercadorias, bem como não ter se reportado as rasuras existentes na numeração do Auto de Infração. Repete os argumentos quanto ao mérito descritos na defesa, ressaltando, inúmeras vezes, não ser a ECT uma transportadora.

A PGE/PROFIS chamada a opinar, emitiu Parecer (fls 94/95), dizendo serem inócuas e inaptas as razões oferecidas pelo recorrente, não merecendo ser provido o recurso.

A 2ª Câmara ao apreciar o recurso, decidiu pela nulidade do Acórdão Nº 0345/01-04, prolatado pela 1ª JJF, por não ter esta abordado a preliminar referente à rasura do Auto de Infração, nem tampouco apreciado a destinação das vias do Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos.

VOTO

Apesar da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal ter mencionado que a devolução foi feita para que sejam apreciadas as preliminares de nulidade não abordadas pela 1ª JJF (Acórdão Nº 0345/01-04), entendo que toda a lide volta a ser discutida. A matéria foi devolvida em toda a sua totalidade para novo julgamento. O quê agora passo a fazer.

Mesmo que o destinatário das mercadorias não tenha recebido uma das vias do Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos, isto não eiva de nulidade o presente PAF. O autuado no caso em exame foi a ECT por transportar mercadorias sem qualquer documentação fiscal. Uma empresa do porte e da tradição da ECT não pode alegar desconhecimento quanto a uma regra comezinha: não se transporta ou se conduz mercadorias sem a documentação correspondente, conforme art. 201 do RICMS (Decreto 6284/97). Observo que até mesmo o defendente alega ser o transporte uma das ações do serviço postal, cumulada, segundo o mesmo, com o recebimento e a entrega dos objetos postais.

A rasura apontada no Auto de Infração refere-se a um simples risco no último dígito no número de controle do processo, de uso interno da Secretaria da Fazenda, e a aposição de outro número, feito de forma manuscrita. O autuado permanece o mesmo - a ECT, assim como a base de cálculo, os dispositivos infringidos, o ICMS cobrado, enfim, os demais registros do Auto de Infração permanecem. Não houve com este simples risco, o surgimento de lacuna ou obscuridade no lançamento de ofício. A lide permaneceu a mesma.

A rasura do Auto de Infração e a destinação das vias do Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos são vícios materiais irrelevantes, “consistente em transgressão de normas cujo real alcance é meramente o de impor uma padronização interna”, conforme lição de Celso Antônio Bandeira de Mello¹. Em sendo assim, rejeito a arguição de nulidade feita pelo autuado, uma vez que não se configura quaisquer das causas ensejadoras desta, conforme disposto no art. 18, do RPAF/99. Nos autos, os documentos acostados e as informações da autuante, narram objetivamente a infração cometida, bem como os dispositivos infringidos e multas aplicadas, além de indicar o valor que está sendo exigido. O próprio autuado não encontrou dificuldades em orientar a sua defesa, vez que tinha conhecimento claro da imputação.

Quanto as outras preliminares de nulidades suscitadas na defesa, observo que o regramento da empresa pública, como é o caso da ECT, está contido no art. 173 da Constituição Federal, §§ 1º e 2º, que a sujeita ao mesmo regime jurídico da empresas privada, inclusive quanto aos direitos e obrigações trabalhistas e tributárias, não podendo gozar de privilégios não extensivos às do setor privado. Desta forma, não há porque questionar se o serviço desenvolvido pelo autuado está ou não, enquadrado nas hipóteses de imunidade consignadas no art. 150 da Constituição Federal de 1988, considerando a definição dada pela lei, quanto aos seus direitos e obrigações tributárias.

Atribuiu-se a responsabilidade solidária para pagamento do imposto à ECT pelo fato de terem sido encontrados 110 biquínis e 10 cangas, em suas dependências desacobertos de documento fiscal, conforme Termo de Apreensão nº 118286, com fundamento no art. 201, I combinado com o art. 39, I, “d”, do RICMS/97.

Apesar do autuado ter fundamentado sua defesa na alegação de que não se pode exigir o ICMS sobre os serviços que presta, porque estes não se confundem com o serviço de transporte de cargas, neste Auto de Infração não se está a exigir o imposto sobre serviços postais.

Em realidade, este lançamento exige ICMS, por responsabilidade solidária, pelo fato de a encomenda, remetida via SEDEX, estar sendo transportada sem a necessária documentação fiscal. Transcrevo abaixo o artigo que trata da responsabilidade solidária no RICMS:

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.

§ 4º O responsável por solidariedade sub-roga-se nos direitos e obrigações do contribuinte, estendendo-se a sua responsabilidade à punibilidade por infração tributária,

¹ Curso de Direito Administrativo, 15ª Edição. Malheiros Editores, p 427

ressalvado, quanto ao síndico e ao comissário, o disposto no parágrafo único do art. 134 do Código Tributário Nacional.

Assim, mesmo que se acolha o argumento adotado pelo autuado, o de não ser transportador, subsiste a exigência do imposto, com fulcro na responsabilidade solidária. Noto que, no momento da postagem da encomenda através de SEDEX, a ECT tem a obrigação legal de verificar o seu conteúdo e adotar as medidas legais cabíveis, no caso, a exigência da correspondente nota fiscal.

Portanto, mesmo que o autuado não fosse considerado transportador, estaria obrigado ao pagamento do imposto, em razão de responsabilidade solidária, em face do inciso V do artigo 39 do RICMS/97, acima transcrito.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **933514-5/06**, lavrado contra a **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$685,10**, 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 setembro de 2005.

MÔNICA MARIA ROTERS - PRESIDENTE

CLÁUDIO MEIRELLES MATTOS - RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR