

A. I. Nº - 299166.0057/05-2
AUTUADO -EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS
AUTUANTE -WALTER LÚCIO CARDOSO DE FREITAS
ORIGEM -IFMT METRO
INTERNET - 24/10/05

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0379-03/05

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CORREIOS E TELÉGRAFOS. MERCADORIAS DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTO 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 realizado serviço de transporte com mercadoria de terceiro, acompanhada de documentação fiscal inidônea. Infração não elidida. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 12/07/2005 pela fiscalização do trânsito de mercadorias, cobra ICMS no valor de R\$ 3.515,60, acrescido da multa de 100% em decorrência do transporte de mercadoria realizado desacompanhado de documento fiscal.

O autuado, por intermédio de seu advogado (fls. 36/57), devidamente qualificado para atuar no presente PAF, preliminarmente, transcreveu os termos da acusação fiscal e, reproduzindo cláusulas do Protocolo ICMS nº 23/88, disse que o Decreto-Lei nº 509/69, criador da ECT, não foi revogado e que, por se tratar de ato negocial celebrado entre as partes, deve ser seguido por todos que o subscreveram.

Em seguida, suscitou preliminar de nulidade à ação fiscal, alegando que não foram observadas as determinações contidas no Protocolo 23/88, ou seja, não foi lavrado, em três vias, o Termo de Apreensão, 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.

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 artigos 7º § 1, § 2, e § 3º, 25º, § 9º, inc. I, II, III, 27º, 8º inc. I, II, III, e da Lei nº 6.538/78, que enunciam o poder de legislar 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 os arts. 9º e 27º. da referida lei que fixou o monopólio de serviços postais e telegráficos. Mas, além das atividades correlatas ao serviço postal, a Lei nº 6.538/78 permite que a

exploradora daqueles serviços exerça, ainda, outras atividades afins. Acentuou que essas atividades “afins” são semelhantes às atividades exercidas por particulares. Nesse caso, o fato de os serviços não serem exclusivos da ECT não lhes tirava o caráter público.

Segundo a defesa, 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.

Comentou, novamente, que o Decreto-Lei nº 509/69 e a Lei nº 6.538/78 foram recepcionadas pela Constituição de 1988. Para corroborar o argumento expendido, baseou-se na doutrina de Celso Ribeiro de Bastos acerca do fenômeno da recepção, analisou a Lei nº 6.538/78 e o art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69.

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

O defendente deu ênfase aos argumentos de que o serviço 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.

Afirmou que o serviço postal tem por base ações praticadas em cadeia, quais sejam e nesta ordem: o recebimento, a expedição, 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 a 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.

Insistiu afirmando que a EBCT, quando executa o serviço postal, não se equipara a uma empresa transportadora privada, pois não possui o mesmo objetivo, qual seja, a obtenção de lucro. Na maioria das vezes o transporte realizado onera a empresa, e não lhe garante um superávit em suas contas, posto que os preços cobrados cobrem apenas o custo do transporte, sendo este mera atividade meio dos seus serviços, que é levar objetos de um para outro lugar, não se configurando serviço de transporte. Por isso, concluiu a defesa, que não pode a ECT ser considerada responsável tributária pelo ICMS relativamente aos objetos postais. Tomando por base a consideração de não ser a ECT contribuinte, não se pode exigir ICMS em razão do “transporte” que realiza.

A defesa reportou-se, em seguida, às decisões da Justiça Federal em dois Estados da Federação (Ceará e Rio Grande Sul) que se pronunciaram contrário à existência da relação jurídica que obrigue a ECT a promover o recolhimento do ICMS sobre os serviços postais e à jurisprudência administrativa. Como exemplos, citou, que o setor consultivo da Inspetoria Geral de Tributação, da Coordenação da Receita Estadual da Secretaria da Fazenda do Estado do Paraná, respondendo à Consulta nº 195/92, concluiu que os serviços postais não são alcançados pela incidência do ICMS. Ainda no Estado do Paraná, o Pleno do Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, apreciando o Auto de Infração nº 01.3685761-4, lavrado contra a ECT, proferiu o Acórdão nº 283/94, afirmando que os serviços postais prestados pela referida empresa não se confundem com serviços de transporte de cargas, estando fora do campo de incidência do ICMS.

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.

Concluiu sua exposição argumentando que para ser exigido o tributo o fato deve estar plenamente ajustado à norma, sem possibilidade de dúvida. Dúvidas havendo, ressalva que a lei tributária deverá ser interpretada a favor do contribuinte.

Pediu que fosse acolhida a preliminar de nulidade 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 o impugnante ente integrante da administração pública e conseqüentemente 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. 61/75) dizendo, inicialmente, que a empresa foi autuada pela fiscalização estadual em procedimento realizado conforme determina a legislação em vigor, pois o Estado da Bahia é signatário do protocolo ICMS 32/01 no qual denunciou o Protocolo 23/88. Portanto não cabem mais as alegações defensivas com base no protocolo denunciado. Ressalta, porém, que as formalidades requeridas pelo protocolo antigo foram seguidas pelos fiscais quando da ação fiscal.

Informou que o autuado é empresa pública e, portanto não faz juz à imunidade tributária recíproca que invoca em sua defesa consoante os termos do artigo 6º, inciso V, alínea “a” do RICMS-Ba/97 que segue o descrito no artigo 150 da Constituição Federal e nos artigos 9, 12 e 13 do Código Tributário Nacional (CTN), pois tal imunidade não é extensiva às empresas públicas que concorrem em atividades econômicas idênticas com empresa privada e que tenham contraprestação ou pagamentos de preços ou tarifas pelos usuários de seus serviços.

Continua, informando que, a ECT, na qualidade de transportador e detentor das mercadorias apreendidas em situação fiscal irregular, é considerada responsável solidária pelo pagamento do ICMS devido.

Sustenta que a ECT é obrigada a fazer acompanhar às mercadorias que transporta respectiva e idônea documentação fiscal, conforme determina o §2 do Art. 410-A do RICMS-Ba/97 e a cláusula 3ª do Protocolo ICMS 32/01. Ao não o fazer, sujeitou-se a autuação, pois a nenhuma pessoa jurídica é facultado eximir-se do determinado pela Lei sob a alegação de desconhecê-la.

Ressalta que a exigência de ICMS que está presente, não é sobre a prestação de serviços de transporte e sim pela responsabilidade solidária pelo transporte e detenção de mercadorias desacompanhas de documentação fiscal.

Diante dos fatos, requereu a procedência total da autuação.

VOTO

Rejeito a nulidade suscitada nos autos, haja vista que não vislumbro nos autos a ocorrência de nenhuma das hipóteses elencadas no art. 18 do RPAF/99, não sendo hipótese de nulidade a não observação de norma material.

Em relação ao fato alegado em relação à lavratura do termo de apreensão em três vias, conforme determina o Protocolo 23/88, saliento que o mesmo foi denunciado e o atualmente em vigor é o de nº 32/01, onde não existe mais a obrigatoriedade da fiscalização em adotar este procedimento.

Quanto ao questionamento de inconstitucionalidade, saliento que, nos termos do art. 167, I do RPAF/99, não se inclui na competência deste CONSEF a sua declaração.

Foi atribuída a responsabilidade solidária para pagamento do imposto à EBCT pelo fato de terem sido encontradas mercadorias em suas dependências desacobertas de documento fiscal, conforme Termo de Apreensão nº 129557 (fl.94), com fundamento no art. 125, I, combinado com o art. 39, I, “d”, do RICMS/97.

O impugnante argumentou gozar da imunidade prevista no artigo 150, VI da Constituição Federal de 1988 e que, desta forma, não poderia ter sido apontado como sujeito passivo da relação tributária. No entanto, a imunidade alegada pelo sujeito passivo diz respeito à vedação da instituição de impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços dos entes políticos tributantes e somente é extensiva às suas autarquias e fundações, portanto, não comungo com o entendimento da ECT.

Observo que a EBCT 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.

A Lei nº 7.014/96 cuida da responsabilidade solidária no art. 6º, tratando de normas endereçadas a todas as pessoas passíveis de atribuição de responsabilidade solidária.

O Estado da Bahia, juntamente com as demais unidades da Federação, firmou com a EBCT o Protocolo ICM 23/88 e os Protocolos ICMS 15/95 e 32/01 (este último revogou os anteriores).

O entendimento deste CONSEF é de que, embora a prestação de serviços postais não possa ser confundida com o serviço de transporte de carga, no presente Auto de Infração não se está a exigir o ICMS sobre tais serviços postais. O lançamento tributário cobra o ICMS, na condição de responsável por solidariedade, pelo fato de a encomenda, remetida via SEDEX, estar sendo transportada desacoberta da documentação fiscal correspondente.

Nesta situação, o RICMS/97, invocando as determinações contidas no art. 39, I, “d”, V e §§3º e 4º, nos casos de responsabilidade por solidariedade, 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.

§ 4º O responsável por solidariedade sub-roga-se nos direitos e obrigações do contribuinte, estendendo-se a sua responsabilidade à punibilidade por infração tributária, ressalvado, quanto ao síndico e ao comissário, o disposto no parágrafo único do art. 134 do Código Tributário Nacional.”

Dentre outras considerações, o art. 410-A do RICMS/97 estabelece as rotinas a serem seguidas pela fiscalização estadual na verificação das remessas postais, inclusive pela EBCT.

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

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299166.0057/05-2**, lavrado contra **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 3.515,60**, 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, 19 de outubro de 2005.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

MARIA DO SOCORRO FONSECA DE AGUIAR - RELATORA

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR