

PROCESSO - A. I. Nº 123433.0036/04-4
RECORRENTE - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 0418-01/05
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 28/04/2005

1ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0088-11/06

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CORREIOS E TELÉGRAFOS. TRANSPORTE DE MERCADORIAS DE TERCEIROS SEM A CORRESPONDENTE NOTA FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Constatado o transporte de mercadorias de terceiros, remetidas via SEDEX, desacompanhadas de documentação fiscal, é legal a exigência do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário. Não acatada a preliminar de nulidade. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração acima indicado, lavrado em 20.05.2005, pela fiscalização do trânsito de mercadorias, exigindo ICMS no valor de R\$1.134,00 acrescido da multa de 100%, por responsabilidade solidária em decorrência do autuado transportar mercadorias desacompanhadas de documento fiscal, conforme Termo de Apreensão nº 130982 (fl. 7).

Os ilustres julgadores vêm aos autos dizer terem sido encontradas na agência do autuado, mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, (20 unidades de pólvora CBC 216, 100g, e 20 pacotes de espoletas). Este fato de per si, equipara o autuado a transportador, portanto responsável solidário pelo pagamento do ICMS incidente sobre a movimentação, e expõe seu entendimento contrário à alegada imunidade tributária, e não vislumbram na autuação a existência de qualquer erro ou vício especificado no art. 18 do RPAF/99, que viesse a possibilitar a decretação de sua nulidade.

Fundamentados no art. 51, inciso I, "j" e 51-A, inciso II do RICMS/BA, aduzem ter sido corretamente aplicada a alíquota de 27% do imposto, à vista de os produtos serem considerados como supérfluos.

Informam os ilustres julgadores que o art. 150, VI "a" do CTN, em seu parágrafo 2º determina que benefícios fiscais não extensivos ao setor privado, não poderão ser fruídos pelo setor público, e o Decreto-Lei nº 509/69, que em seu art. 1º transforma a ECT em empresa pública vinculada ao Ministério das Comunicações, e o art. 12 faculta a ECT a isenção de direitos de importação de materiais e equipamentos necessários ou destinados a seus serviços, e relatam que a imunidade tributária de que gozava o recorrente, não foi recepcionada pela CF 88, dado frontalmente contrário ao disposto no parágrafo 3º do art. 150 do aludido CTN.

Esclarecem os nobres julgadores, que ainda mesmo não fosse considerado transportador, estaria o recorrente sujeito ao pagamento do imposto e acréscimos, pela responsabilidade solidária, consoante inciso V art. 39 RICMS/97, e que esta foi a infração lavrada pelo auto em comento, dado o transporte da encomenda via Sedex de nos. SS 836 407 41 BR estar sendo efetuada desacobertada de documentação fiscal correspondente.

A seguir, transcrevem os ilustres julgadores o art. 39, inciso I, "d"), inciso V, parágrafos 3º e 4º, do RICMS/BA, concluindo que mesmo ainda se o autuado não pudesse ou viesse a ser considerado

transportador, em virtude da responsabilidade solidária esposada no art. 39, inciso V, estaria obrigado ao pagamento do imposto ora lançado.

Com referência às nulidades evocadas, esclarecem que mesmo se o Termo de Apreensão não tivesse cumprido o Protocolo ICM 23/88, ainda assim não estaria nulo, porquanto o autuado recebeu uma das vias do citado documento.

Citam que na legislação do ICMS, as unidades federadas deverão exigir que a ECT faça o transporte de mercadorias acompanhadas de nota fiscal, (modelo I ou IA), manifesto de carga, e Conhecimento de transporte de Cargas.

Comentam os ilustres julgadores e afirmam da vedação de qualquer privilégio às empresas públicas e as sociedades de economia mista, sob pena de que, se diferente fosse, asfixiariam seus concorrentes, criando ambiente desleal e contrário a qualquer sistema capitalista.

Aduzem, ainda, quanto ao Protocolo ICM 23/88, que o mesmo apenas estabelece normas a serem observadas no controle da fiscalização, no transporte de mercadorias, e em momento algum dispensou a Empresa de Correios e Telégrafos de ser responsabilizada pelo pagamento do tributo devido em razão de ações fiscais desenvolvidas em seu estabelecimento.

E que o Protocolo ICMS 15/95 firmado posteriormente, o foi com objetivo de implementar rotinas de controle de fiscalização nas remessas postais, com vistas ao pagamento do ICMS nas operações com mercadorias.

E finalizam seu julgamento pela Procedência da autuação fiscal.

Em seu Recurso Voluntário, o recorrente através advogados prepostos, apresenta impugnação ao lançamento de ofício (fls. 67 a 89), indicando preliminares prejudiciais do mérito da ação fiscal, como a inobservância das normas estabelecidas no Protocolo ICM 23/88. Expõe que a fiscalização, apesar de ter identificado perfeitamente o destinatário da mercadoria apreendida, lavrou o Auto de Infração em nome da ECT e que de acordo com o supramencionado protocolo, regulador das normas de fiscalização envolvendo a ECT, tal procedimento está equivocado. E que o referido 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.

Sustenta não poder dispensar-se à ECT o mesmo tratamento dado às empresas transportadoras, pois o serviço postal não é transporte.

Prosegue, afirmando que o tratamento tributário com base no preceito constitucional, 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). Reporta-se a julgado recente do STF acerca da constitucionalidade do art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69, cuja ementa transcreve. Cita e reproduz 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.

Especifica as funções que uma empresa pública pode desempenhar, quer explorando atividade econômica, quer prestando serviço público. Transcreve ensinamentos de mestres do direito, como os drs. Geraldo Ataliba, Celso Antônio Bandeira de Mello e Cirne de 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.

Destaca que, nos termos do art. 22, V, da CF/88, compete privativamente à União legislar sobre serviços postais, e transcreve, 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.

Argumenta 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.

Sustenta, ainda, 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, bem como não pode ter seus serviços onerados por tributos, por se tratar de serviços públicos de competência exclusiva da União.

Afirma 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. Argumenta 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 este aceita prestar serviços a seus clientes se quiser, com 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 são figuras totalmente distintas..

Com respeito ao ICMS, entende o recorrente que este, conforme definido na CF/88, abrange 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. Pela 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. Aduz que 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.

Cita jurisprudências dos Tribunais Federais e o entendimento manifestado 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.

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

Conclui seu petitório, para que as nulidades sejam acolhidas, e com a declaração seguinte de insubsistência do Auto de Infração, e para o caso estas sejam ultrapassadas, julgar-se totalmente improcedente o feito, basicamente por ser o recorrente ente integrante da administração pública, e em consequência, imune ao lançamento de imposto, consoante expresso em Lei recepcionada pela novel Carta Magna.

E finaliza seu pedido pelo acolhimento das nulidades apresentadas, para que seja declarado insubstancial o presente lançamento, e julgado totalmente improcedente o mesmo.

Encerra o Recurso Voluntário, reiterando outra vez mais o artigo 11 da Lei nº 6538 de 22/06/7, e citando que: - *os objetos postais pertencem ao remetente até a sua entrega a quem de direito* -, e que por conseguinte, na relação dos sujeitos na relação tributária tratada neste PAF, a ECT não se inclui.

Presente aos autos, o Parecer jurídico elaborado pela PGE/PROFIS, pelo douto procurador Dr. Fernando Telles, manifesta extenso opinativo em torno da questão, abordando e enfrentando tantas alusões feitas pelo recorrente. Ao início, externa o douto procurador que o mérito e demais razões de fundo têm sido trazidos reiteradamente a este Colendo Colegiado. E que em todas ocasiões, a PGE/PROFIS manifestou-se concluindo sempre que empresas públicas, como é o recorrente, em razão de ações de natureza privada, não possuem quaisquer privilégios, em consequência não gozando da mencionada imunidade tributária. Pacífico, também, o entendimento na Procuradoria Fiscal e no CONSEF, da responsabilidade tributária do recorrente quando possibilita a circulação de mercadorias desacompanhadas de documentário fiscal.

Relata o ilustre doutor, que estas conclusões foram resultado de aprofundado estudo e objeto de pronunciamento da ilustre procuradora do Estado da Bahia, Dra. Maria Dulce Baleiro Costa, no Recurso interposto ao Acórdão da 2ª JJF que julgou procedente o Auto de Infração nº 0934424104. E a seguir transcreve os termos do citado Parecer, cujos destaques foram;

- não entendimento, que a ECT estaria abarcada por imunidade recíproca (art.150, VI, alínea –a– da CF/88. E que o art. 173 parágrafo 1º da CF/88, é à mesma inaplicável, por esta não exercer serviço tipicamente público.
- que para o ICMS ser legalmente exigido através o Auto de Infração, necessário a Lei o estabelecer anteriormente ao fato que de motivo a cobrança exigida pelo Estado. E a seguir cita transcrevendo o art.155,II, da CF/88, que é o matiz constitucional do ICMS.
- o art.4º. da Lei Complementar no. 87/96, de cuja leitura depreende-se facilmente que a atividade exercida pela ECT e perfeitamente enquadrada nestes dispositivos.
- o fato concludente é de que, em sendo ou tendo os serviços com mercadorias prestados pela ECT caráter econômico, como se fora empresa privada, não há razão nem cabimento para evocar-se imunidade recíproca.
- a ECT promove o transporte de valores, encomendas, objetos de correspondências ou de serviços postais, sendo o transporte realizado por veículo próprio ou por ela locado ou arrendado, sob remuneração do tomador do serviço, nada havendo que justifique o benefício da imunidade do imposto; referido serviço e pago, e bem, por aqueles que dele se utilizem. E que para fins de tributação, a Constituição equipara os serviços prestados por empresas públicas, em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelos usuários, a serviços privados

- ao não exigir a ECT que constasse a nota fiscal da mercadoria a ser transportada via postal, foi corretamente autuada como responsável pelo pagamento do tributo, nos moldes da legislação citada, parágrafo 4º art. 410 do RICMS/BA.

Opina o ilustre procurador, pelo Conhecimento do Recurso Voluntário e pelo seu Improvimento, tendo em vista o posicionamento já pacificado diante de caso concreto apresentado nestes autos, e adotando como fundamento o judicioso Parecer da ilustre Procuradora do Estado Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa.

VOTO

Rejeito a preliminar de nulidade pretendida pelo autuado, pois presentes todos os pressupostos de validação do processo. Tanto o Termo de Apreensão como o Auto de Infração foram lavrados com a observância das exigências legais, notadamente do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, em seu artigo 18, bem como o Protocolo 23/88, em seu § 1º da Cláusula Segunda.

A argüição de inconstitucionalidade, encontra obstáculo intransponível para a sua apreciação no âmbito administrativo, consoante artigo 167, I, do RPAF/99, que afasta da competência dos órgãos este julgamento.

A Lei nº 6.538/78, que disciplina a prestação de serviço postal, estabelece em seu artigo 10, inciso II 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; “

Neste PAF se discute a responsabilidade solidária da ECT, relativamente ao ICMS, pelo fato de terem sido encontradas mercadorias em suas dependências sem documento fiscal.

O Código Tributário Nacional – CTN, dispõe em seu artigo 124, *“in verbis”*:

“Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I – as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal:

II – as pessoas expressamente designadas por lei”

E a Lei nº 7.014/96, traz em seu artigo 6º, a previsão da responsabilidade solidária com fulcro no artigo 5º, da Lei Complementar 87/96, o que foi inserido no RICMS/97, em seu artigo 39, abaixo reproduzido:

“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.”

Verifico que a responsabilidade solidária está perfeitamente definida, na situação fática analisada, na legislação do ICMS da Bahia, dispensando por completo a desnecessária discussão e a alegação da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos não deter a condição de contribuinte.

Cabe destacar que o Conselho de Fazenda Estadual, através as Juntas e Câmaras de Julgamento, em diversas decisões já pacificou o entendimento que a ECT é solidariamente responsável pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, assim como será devedora qualquer pessoa física ou jurídica, que detiver para comercialização ou simples entrega, mercadorias desacompanhadas da documentação exigível ou com documentação fiscal inidônea.

Por seu turno, o opinativo trazido pela PGE/PROFIS, consigna o melhor entendimento sobre esta questão.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado, e pela PROCEDÊNCIA da autuação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a 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 123433.0036/04-4, lavrado contra a **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.134,00** 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, 16 de março de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR – RELATOR

ADRIANA LOPES VIANA DIAS DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS