

PROCESSO - A. I. Nº 123433.0201/06-1
RECORRENTE - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0022-04/07
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 17/07/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0246-12/07

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CORREIOS E TELÉGRAFOS. EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL EM QUE OCORRA OMISSÃO DE INDICAÇÕES E/OU INFORMAÇÕES NECESSÁRIAS À PERFEITA INDICAÇÃO DA OPERAÇÃO OU PRESTAÇÃO. Constatado o transporte de mercadorias de terceiros, remetidas via SEDEX, acompanhadas de documentação fiscal inidônea, é legal a exigência do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da JJF que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, o contribuinte ingressa com o presente Recurso na tentativa de mudar o posicionamento inicial deste CONSEF.

O lançamento de ofício foi lavrado em 20/11/2006 pela fiscalização do trânsito de mercadorias, e exigiu o ICMS no valor de R\$657,54, em decorrência da emissão de documento fiscal com omissão de indicações e informações necessárias à perfeita indicação da operação ou prestação, conforme Termo de Apreensão nº 139707.

Em seu voto o Sr. relator da Primeira Instância rejeitou a nulidade suscitada pelo autuado por não vislumbrar nos autos a ocorrência de hipóteses elencadas no art. 18 e incisos, do RPAF/99.

Aduziu também, o descabimento da arguição de nulidade da autuação por não ter sido identificado o remetente e ou destinatário das mercadorias apresentadas, haja vista que foi atribuída a responsabilidade solidária para pagamento do imposto à EBCT pelo fato de terem sido encontradas mercadorias em suas dependências acobertadas de documento fiscal inidôneo, conforme Termo de Apreensão nº 139707, com fundamento no art. 209, I, combinado com o art. 39, I, “d”, do RICMS/97. Quanto ao questionamento de constitucionalidade, salientou que, nos termos do art. 167, I do RPAF/99, não se inclui na competência deste CONSEF a sua declaração.

Afirma que “*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 concordando, portanto com o entendimento da ECT.

Observou que a EBCT não é autarquia, nem fundação, e sim, uma empresa pública. E entendendo desta forma considerou que 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.

Ressalta que 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).

Diz que 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 da encomenda, remetida, via SEDEX, está sendo transportada desacobertada da documentação fiscal correspondente.

Salienta que nesta situação, o RICMS/97, as determinações contidas no art. 39, I, “d”, V e §§3º e 4º, nos casos de responsabilidade por solidariedade são expressas e transcreve a mencionada norma e acrescenta que 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 e conclui: “portanto, mesmo que o autuado não pudesse ser considerado transportador, estaria obrigado ao pagamento do imposto, em razão de responsabilidade solidária, em face da regra insculpida no inciso V do art. 39 do RICMS/97, acima transcrito.”

Vota pela Procedência do Auto de Infração.

O recorrente através dos seus advogados praticamente repete todo o arrazoado já apresentado quando da impugnação, ou seja: nulidade da autuação por entender estar amparada pela imunidade tributária recíproca e em Acórdão proferido recentemente pelo STF, quando da análise de constitucionalidade do art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69 concluiu que o citado decreto estendeu a EBCT os privilégios conferidos à Fazenda Pública e também, afastou-se a invocação ao art. 102, III, b, da CF. Volta a salientar a distinção entre empresa pública como instrumento de participação do Estado na economia e empresa pública prestadora de serviço público. E, que ante a comentada recepção do art. 12 do Decreto-Lei 509/69, revela-se indubitável a inaplicabilidade do teor do art. 173, CF/88 ao caso em tela. Volta a comentar sobre as Cláusulas Primeira, Segunda, §§1º e 2º, além do §1º da Cláusula Quinta, do Protocolo ICM 23/88, dizendo que o mencionado Protocolo como um ato vinculante para todos aqueles que o subscreveram, não sendo exceção o Estado da Bahia, o fisco estadual não observou as formalidades essenciais referentes à fiscalização de mercadorias transportadas pela EBCT. Argumenta outra vez que o autuante poderia ter efetuado a identificação do remetente e do destinatário das mercadorias apreendidas e assim, entendendo considera ser nulo o Termo de Apreensão e, por consequência, o Auto de Infração.

Volta a suscitar também como preliminar a ilegitimidade passiva dos correios, uma vez que a norma do Protocolo 23/88 coaduna-se com o que dispõe o art. 11 da Lei nº 6.538/78: “Art. 11 - Os objetos postais pertencem ao remetente até a sua entrega a quem de direito”. E, que os únicos sujeitos da relação são remetente e destinatário.

Levantou também outra vez o ponto que diz respeito ao sigilo da correspondência e a inviolabilidade do objeto postal, fato que impede ao autuado de utilizar meios “mais severos” na fiscalização dos objetos que lhes são confiados, ao contrário do que ocorre com a Secretaria da Fazenda Estadual, a qual tem como mister a fiscalização, através de seus agentes, do ato do desembaraço dos objetos postais. Reprisa o argumentou que à ECT não pode ser considerada uma transportadora em sentido estrito, como são as transportadoras particulares; já que, no serviço postal, o transporte é apenas um elo entre a expedição e a entrega do objeto remetido e, no caso das transportadoras particulares trata-se de uma atividade fim.

Assevera novamente que os arts. 7º e 9º, da Lei nº 6.538/78 fazem referência ao recebimento, o transporte e a entrega de objetos de correspondência, não podendo ser interpretado isoladamente, já que cada uma dessas ações são fases encadeadas que resultar na execução de serviços postais, além do que não só as encomendas são transportadas, também o são as cartas, cartões postais, vales postais, telegramas e demais objetos conceituados legalmente como objetos postais. Ale-

gou, ainda, que o transporte, no serviço postal, não é fato econômico de relevância jurídica, escapando à hipótese de incidência legalmente estabelecida.

Em relação ao mérito volta a asseverar que a ECT goza da imunidade tributária, amparada pelo art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69, e ainda pelo preceito constitucional onde trata da imunidade recíproca entre as esferas governamentais, conforme estatuído no art. 150, VI, “a”, da CF/88, não podendo a ECT figurar no pólo passivo da cobrança do ICMS.

Cita ensinamentos de doutrinadores a respeito do assunto, concluindo que o serviço público é uma atividade constitucionalmente ordenada, própria do Estado, bem ao contrário da exploração econômica, própria do setor privado. Argumenta outra vez que nos termos do art. 22, V, da CF/88, cabe a União Federal, de forma privativa, legislar, entre outras matérias, sobre o serviço postal. A Lei nº 6.538/78 define o serviço postal e de telegrama e, além das atividades correlatas ao serviço postal, prevista na citada lei, a mesma define que a exploradora daqueles serviços poderá, ainda, nos termos do art. 2º, §1º, “d”, exercer outras atividades afins. Diz que o fato de não serem exclusivos não lhe retira o caráter público, visto que o serviço médio por excelência, é um serviço público, mas que pode ser prestado por particulares com ampla liberdade. Afirma que o Estado não pode relegar à iniciativa privada tão somente a prestação de serviços que tenham natureza pública, nesses serviços, o Estado necessariamente deverá estar presente, podendo permitir que a iniciativa privada também esteja em maior ou menor grau de participação. Para a ECT, a quem a lei irrogou o encargo de executar o serviço público postal, não pode haver mercadoria, e sim singelos objetos postais, legalmente qualificados como correspondências, valores e encomendas. Para os interessados (remetentes e destinatários) serão objetos afetivos, financeiros, morais, negociais, intelectuais, culturais, administrativos ou “mercadorias”. No entanto, para a ECT são todos iguais, uma só coisa: objeto postal, nos termos do art. 47 da Lei nº 6538/78.

Volta a comentar que o Decreto-Lei nº 509/69 e a Lei nº 6.538/78, não foram recepcionados pela atual Constituição, sobre tal recepcionalidade. Para corroborar tal argumento, baseando-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.

Protesta mais uma vez dizendo que o lançamento do crédito tributário deve ser feito atendendo à norma padrão de incidência do tributo pré-traçada na Constituição. Cita doutrinadores dizendo que a ECT, por ser uma empresa que acampa todo território nacional, e por estar prestando um serviço público à comunidade, faz o serviço de transporte, serviço esse por extensão público, já que não lhe é permitido a recusa de qualquer objeto, uma vez que dispõe do serviço em prol da comunidade. Assim, por ser um serviço público, não está sujeito à tributação, inclusive, não tem o objetivo de lucro, mas o de prestação de serviços à comunidade.

Ademais, a seu ver, se a ECT não é contribuinte do ICMS nem se lhe pode exigir esse imposto em razão do “transporte” que realiza, não há o que se falar na ausência de emissão de nota fiscal para serviço IMUNE e, por via de consequência, na exigência de multa por obrigação acessória que neste caso, segue a principal.

Reporta-se novamente à Decisões da Justiça Federal em dois Estados da Federação (Ceará e Rio Grande Sul) que se pronunciaram contrário a 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 outra vez, as decisões da 7ª Vara Federal do Ceará, nos autos do processo nº 93.4753-1 e a 2ª Vara Federal de Porto Alegre/RS, nos autos 91.0001190-8 e 91.0000112-0, onde foi declarado inexistir relação jurídica que obrigue a ECT a promover o recolhimento de ICMS sobre os serviços postais. Também, 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. Afirma que o fisco utilizou como fundamentos para a autuação os teores dos arts. 201, I c/c art. 39, I, “d”, do RICMS/97. A ECT, por gozar da prerrogativa da imunidade tributária, não se enquadra no primeiro dispositivo citado. A norma do art. 39 trata de transportadoras em sentido estrito, o que não é o caso dos Correios. Assim, não há o que se falar em responsabilidade solidária da ECT *“por transportar mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal”*.

Requer que seja acolhida a preliminar argüida, para que seja declarada nula a Decisão da JJF ou, caso ultrapassada a preliminar, que no mérito se julgue o Auto totalmente improcedente, ante a impossibilidade legal de sua lavratura e, ainda, por ser o impugnante ente integrante da Administração Pública e, consequentemente, 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. Ademais, é a inconstitucionalidade da lei em que está fulcrada a atuação fiscal, sendo descabida e imprópria a exação.

A PGE/PROFIS emite Parecer onde externa sua opinião no sentido de que a EBCT tem natureza jurídica de empresa pública aplicando-se a ela o art. 173 da Constituição Federal que transcreve. E acrescenta com apoio de doutrinadores que a ela aplica-se o regime jurídico das empresas privadas. Entende que o Decreto-Lei nº 509/69 foi derrogado. Refere-se à Lei nº 7.014/06 para deixar clara a responsabilidade tributária. Embora possa não se confundir com uma empresa transportadora no momento em que realiza prestações de serviço de transporte de mercadorias responsabiliza-se pela regularidade fiscal destas mercadorias. Comenta também a respeito da legislação que exige a referência ao número da nota fiscal para fins de transporte. Ressalta o Parecer da DITRI a respeito da matéria em apreço e que conclui no mesmo sentido. Opina pelo Não Provimento 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. relator na Primeira Instância no sentido de que são absolutamente desprovidas de qualquer fundamento legal ou técnico e pois nos autos, os documentos acostados não deixam dúvidas sobre a infração cometida, bem como os dispositivos infringidos e multas aplicadas, além de indicar o valor que está sendo exigido. 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 os elementos que compõem a sua estrutura obrigacional, 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 o recorrente é contribuinte do imposto. E noutra vertente como a que foi trazido a este PAF, comungo inteiramente com o Parecer da PGE/PROFIS, pois, se a EBCT transporta mercadorias sem a observância dos ditames legais poderá como foi, ser guindada à condição de responsável tributária.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^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 123433.0201/06-1, 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\$657,54**, 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, 4 de julho de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA – RELATOR

ANA CAROLINA ISABELLA MOREIRA – REPR. PGE/PROFIS