

PROCESSO - A. I. Nº 123433.0175/06-0
RECORRENTE - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO -Acórdão 5ª JJF nº 0042-05/07
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 08/08/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0269-12/07

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CORREIOS E TELÉGRAFOS. MERCADORIAS DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Não acatadas as preliminares de nulidade suscitadas. No mérito, os aspectos fáticos não foram elididos. Predomina neste Conselho a jurisprudência de que os Correios estão sujeitos à norma da responsabilidade solidária. Mantida a Decisão de Primeira Instância. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão proferida pela Douta 5ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão JJF n.º 0042-05/07, que julgou procedente o Auto de infração em epígrafe, o contribuinte interpõe Recurso Voluntário, tendo por escopo a reforma do entendimento de primeira instância deste CONSEF.

O presente lançamento de ofício foi lavrado em 20/10/2006 pela fiscalização do trânsito de mercadorias, para exigir, por responsabilidade solidária, o ICMS no valor de R\$715,69, acrescido da multa de 100%, em decorrência do autuado transportar mercadorias desacompanhadas de documento fiscal, conforme Termo de Apreensão 139484 (fl. 6).

Através do aludido Acórdão, os julgadores de primeira instância inicialmente afastaram a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, tendo em vista que o Auto de infração e o Termo de Apreensão estão revestidos das formalidades legais, inclusive em relação ao § 1º, da Cláusula Segunda, do Protocolo ICM 23/88. De igual modo, asseveraram que não pode ser acolhida a alegação de ilegitimidade passiva, uma vez que a responsabilidade por solidariedade encontra-se disciplinada na legislação do ICMS, sendo no RICMS/97 tratada no artigo 39, inexistindo qualquer erro ou vício que possa decretar a sua nulidade, em conformidade com o disposto no art. 18, do RPAF/99. No que se refere à arguição de inconstitucionalidade, ressaltaram que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma. Disseram que, no presente caso, o que está em discussão não é a imunidade tributária ou o imposto sobre serviço de transporte, pois o Auto de infração teve por objetivo exigir o ICMS, por responsabilidade solidária, do autuado que transportava ou detinha mercadoria sem nota fiscal. Enfatizaram que o Conselho de Fazenda Estadual, através das Juntas e Câmaras de Julgamento Fiscal, nos julgamentos dos litígios decorrentes de lançamento tributário, tem firmado o entendimento que a ECT é solidariamente responsável pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais, devidos pelo contribuinte de direito, assim como qualquer pessoa física ou jurídica, em relação às mercadorias que detiver para comercialização ou simples entrega desacompanhadas da documentação exigível ou com documentação fiscal inidônea. Citaram e transcreveram o art. 39, do RICMS/97, invocando também as determinações contidas no art. 6º, da Lei nº 7.014/96, nos casos de responsabilidade por solidariedade. Por fim, aduziram que, mesmo que o autuado não pudesse ser considerado transportador, estaria obrigado ao pagamento do imposto, em razão da responsabilidade solidária, face à regra insculpida no inciso V, do artigo 39, do RICMS/97, acima transcrito. Ao final, votaram pela procedência do Auto de infração.

O recorrente, através de advogados legalmente habilitados, volta a argüir preliminarmente questões prejudiciais do mérito da ação fiscal, sob o fundamento de que estaria amparado pelo manto da imunidade tributária. Aduz que ocorreu a inobservância das normas estabelecidas no Protocolo ICM 23/88. Disse que o fisco, apesar de ter identificado perfeitamente o destinatário da mercadoria apreendida, lavrou o Auto de infração em nome da ECT. No entanto, de acordo com o supramencionado protocolo, regulador das normas de fiscalização envolvendo a ECT, tal procedimento está equivocado. O que aquele 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. Alega ilegitimidade passiva dos correios.

Salienta que não pode ser dispensado à ECT o mesmo tratamento dado às empresas transportadoras, pois o serviço postal não é transporte, e, por conseguinte, não é uma transportadora. Argúi novamente a imunidade tributária, com base no preceito constitucional que 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). Refere-se, novamente, a um julgado recente do STF acerca da constitucionalidade do art. 12, do Decreto-Lei nº 509/69. 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.

Volta a especificar as funções que uma empresa pública pode desempenhar, quer explorando atividade econômica, quer prestando serviço público. Volta a transcrever ensinamentos de doutrinadores 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.

Volta a frisar que, nos termos do art. 22, V, da CF/88, compete privativamente à União legislar sobre serviços postais, transcrevendo, 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 outra vez 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.

Renova a arguição de 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, e não pode ter seus serviços onerados por tributos, por se tratar de serviços públicos de competência exclusiva da União.

Volta a afirmar 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. Nesta linha de raciocínio, argumenta novamente 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, obrigando-a a oferecer e garantir o serviço postal a todos os cidadãos brasileiros, independentemente de distinção de credo, cor, raça ou ideologia política. Ao particular, prossegue, existe a livre

concorrência de mercado e ele aceita prestar serviços a seus clientes, se quiser, discricionariamente a si vedada. Ressalta que 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, conclui, não se pode confundir sua atividade com um serviço de transporte, pois se tratam de figuras totalmente distintas.

Sustenta, outra vez, que o lançamento do crédito tributário deve ser feito atendendo à norma padrão de incidência do tributo pré-traçada na Constituição. Citando Roque Carrazza, Elizabeth Nazar Carrazza e Amílcar Falcão, chama a atenção mais uma vez para a forma rígida como é feita a distribuição de competências no sistema tributário brasileiro.

Volta a comentar que, em relação ao ICMS, conforme definido na CF/88, encontram-se abarcadas:

- 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. Em face da essência do serviço postal, ressalta, deduz-se que ele não está incluso no conceito de fato gerador de ICMS, não podendo ser tributado, em virtude do princípio da legalidade. Argüi 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 novamente jurisprudências administrativas e judiciais 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. Destaca 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.

Finaliza sua exposição argumentando que, para ser exigido o tributo, o fato deve estar plenamente ajustado à norma, sem possibilidade de dúvida. Havendo dúvida, não há fato impositivo. Pede que seja acolhida a preliminar argüida, para que seja tornada sem efeito a Decisão da JJF ou, caso ultrapassada a preliminar, que no mérito se julgue o Auto insubsistente, ante a impossibilidade legal de sua lavratura e, ainda, por ser a 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 ilustre representante da PGE/PROFI emite Parecer através do qual 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, cujo teor transcreve. 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 derogado. Refere-se à Lei nº 7.014/06 para deixar clara a responsabilidade tributária. Salienta que, 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. Invoca o Parecer da DITRI a respeito da matéria em apreço e que conclui no mesmo sentido. Opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Reparo algum merece a Decisão recorrida.

Inicialmente, rejeito às preliminares suscitadas, visto que a identificação do remetente e do adquirente da mercadoria é irrelevante para a Decisão da lide. Ademais, a alegação de imunidade tributária é fundamento jurídico que não se direciona à nulidade da ação fiscal, o que será a seguir demonstrado.

É de corriqueira sabença que o autuado não é uma autarquia, muito menos, fundação, mas sim empresa pública, sujeitando-se, pois, após a Constituição Federal de 1988 às mesmas regras das empresas privadas, seja em relação ao regime jurídico em que deve ser constituída, seja quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, à luz do quanto disposto no art. 173, § 1., da Magna Carta.

Impende observar que este CONSEF tem pacificamente se manifestado no sentido de que, embora a prestação de serviços postais não possa ser confundida com o serviço de transporte de carga, o presente Auto de infração não está exigindo ICMS decorrente de tais serviços postais. A presente autuação exige o citado imposto por responsabilidade solidária, tendo em vista que as mercadorias apreendidas foram transportadas sem a pertinente documentação fiscal.

É o que se depreende da simples leitura do art. 39, I, “d”, V, §§ 3.º e 4.º, do RICMS/97, já transcritos na Decisão recorrida.

Assim, mesmo que não se caracterizasse como transportador, estaria o recorrente obrigado ao pagamento do imposto, em face da responsabilidade solidária, como prescreve a legislação tributária vigente.

Ex positis, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto, mantendo a Decisão de primeira instância em todos os seus termos.

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 **123433.0175/06-0**, lavrado contra **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$715,69**, 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, 18 de julho de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

MARA LINA SILVA DO CARMO - REPR. PGE/PROFIS