

PROCESSO - A. I. Nº 277993.0005/07-4
RECORRENTE - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
RECORRIDO - FAZENDA PUBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JF nº 0117-05/07
ORIGEM - IIFEP SERVIÇOS
INTERNET - 04/10/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0336-12/07

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS RELATIVO A MERCADORIA ACEITA PARA ENTREGA SEM A CORRESPONDENTE NOTA FISCAL. EMPRESA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. É legal a exigência do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário, por ter aceitado para entrega, via serviço postal, mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal. Infração caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da Primeira Instância que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, o contribuinte ingressa na tentativa de mudar o posicionamento inicial deste Conselho de Fazenda.

O lançamento de ofício em lide, lavrado em 10/01/2007, no trânsito de mercadorias, exige o ICMS no valor de R\$386,75, acrescido da multa de 100%, referente ao transporte de mercadorias sem documentação fiscal, conforme Termo de Apreensão nº 141988, lavrado e acostado à fl.09.

Em seu voto o Sr. Relator assim se expressa: inicialmente, devo observar que *“este órgão julgador não tem competência para apreciar a inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, a teor do artigo 167, inciso I, do RPAF/99.”*

Afirma que dos documentos acostados pelo autuante, verificou que o Auto de Infração foi lavrado por ter sido encontrada, na agência do autuado (Empresa de Correios e Telégrafos – ECT), uma encomenda composta de bijuterias diversas, remetidas através de SEDEX, desacompanhadas de documentação fiscal, conforme explanação no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 141988.

Observa que, em razão do disposto no artigo 39, inciso I, alínea “d”, do RICMS/97, o preposto fiscal entendeu que:

1. Tratavam-se mercadorias;
2. o autuado se equiparava a um transportador e, portanto, respondia solidariamente pelo pagamento do ICMS incidente sobre a operação.

Salienta que o autuado desenvolveu sua argumentação inicialmente alegando que não poderia ser apontado como sujeito passivo da relação tributária porque goza da imunidade prevista no artigo 150, inciso VI, da Constituição Federal de 1988.

Transcreveu os seguintes dispositivos constitucionais concernentes à questão: art. 150, VI, “a”, §2º, § 3, art. 173, § 1º, I a V, §2º como também os art. 1º e 12 do Decreto-Lei nº 509/69 e o art. 10 da Lei nº 6.538/78 , Parágrafo único - nos casos dos incisos II e III a abertura será feita obrigatoriamente na presença do remetente ou do destinatário.

Da análise dos dispositivos acima transcritos, concluiu que: *“Dessa forma, sendo o autuado empresa pública, após a Constituição Federal de 1988, está sujeito às mesmas regras das empresas privadas, tanto em relação ao regime jurídico em que deve ser constituído, quanto relativamente aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, podendo, inclusive, ser objeto de fiscalização pelo Estado (compreendido nesse conceito, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios)”*. Considerou que o autuado não está enquadrado nas hipóteses de imunidade previstas no artigo 150 da Constituição Federal de 1988.

Ressaltou *“que o fato de ter sido decidido, pelo STF, que o autuado tem direito à “execução de seus débitos trabalhistas pelo regime de precatórios por se tratar de Entidade que presta serviço público”, não significa que possui imunidade tributária. A Decisão judicial apenas reafirma o caráter público dos serviços prestados pelo contribuinte, fato amplamente reconhecido, mas que não lhe retira o dever de pagar os tributos porventura devidos”*.

Indagou em seguida se a atividade exercida pelo autuado – serviço postal na modalidade encomenda -, pode ser entendida como um serviço de transporte e, como tal, se constitui em fato gerador do ICMS.

Diz que *“conforme decisões trazidas aos autos pelo contribuinte, a Justiça Federal já se manifestou a respeito, em várias oportunidades, entendendo que não há a relação jurídico-tributária que embase a exigência de ICMS sobre a prestação de serviços postais, pois tal atividade não pode ser confundida com o serviço de transporte de cargas. O Estado do Paraná também já se pronunciou sobre a matéria, através de seu Setor Consultivo e do Conselho de Contribuintes, decidindo que os serviços postais, prestados pela ECT, não se confundem com serviços de transporte de cargas, estando, portanto, fora da incidência do ICMS. Todavia, embora toda a argumentação do autuado se fundamente no fato de que não se pode exigir o ICMS sobre os serviços que presta, porque eles não se confundem com o serviço de transporte de cargas, no presente Auto de Infração não se está a exigir o imposto estadual sobre tais serviços postais. Na verdade, este lançamento cobra o ICMS do autuado, por responsabilidade solidária, pelo fato de a encomenda, remetida via SEDEX, estar sendo transportada sem a necessária documentação fiscal.”*

Cita e transcreve o art. 39, I, d, V, §§3º e 4º do RICMS/97, que se refere aos casos de responsabilidade por solidariedade.

Salienta que: *“... mesmo que o autuado não seja considerado transportador, estaria igualmente obrigado ao pagamento do imposto com os acréscimos devidos, em razão de responsabilidade solidária, porque enquadrado no inciso V do artigo 39 do RICMS/97, acima transcrito. É oportuno lembrar que, no momento da postagem da encomenda através de SEDEX, o autuado tem o direito legal de verificar o seu conteúdo e adotar as medidas legais cabíveis, no caso, a exigência da correspondente nota fiscal.”*

Considero que, pela quantidade e características, (diversas bijuterias -455 unidades), conforme Termo de Apreensão nº 141988, fl. 09. Tais produtos devem ser considerados mercadorias para comercialização.

Observa que *“ainda que o Termo de Apreensão não tivesse sido elaborado em três vias, em descumprimento ao Protocolo ICM 23/88, tal fato não inquinaria de nulidade o lançamento porque o autuado recebeu uma das vias do documento”*.

Rejeitou as preliminares de nulidade suscitadas e como o autuado *“não adentrou o mérito da autuação, entendendo que está correto o valor exigido, mesmo porque é inadmissível, à luz do Princípio Constitucional da Isonomia, que se dê tratamento privilegiado ao autuado em detrimento de outros contribuintes que com ele competem no mercado em que atua.”*

Acrescenta que a Constituição Federal, no § 2º do art. 173, estabelece, como citado anteriormente, que *“as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado”*, sob pena de asfixiarem de tal forma seus

concorrentes que se criaria um ambiente desleal, contrário a qualquer sistema capitalista. Quanto ao Protocolo ICM 23/88, firmado entre os Estados em 06 de dezembro de 1988 quando ainda vigia o ICM, apenas estabelece normas de controle de fiscalização relacionada com o transporte de mercadorias efetuado pelo autuado, em nenhum momento dispensando a Empresa de Correios e Telégrafos de ser responsabilizada pelo pagamento do tributo, porventura devido em razão das ações fiscais ali desenvolvidas. Semelhantes procedimentos a serem adotados pela fiscalização foram repetidos no Protocolo ICMS 32/01, publicado no DOU de 04.10.01.

Por outro lado, o Protocolo ICMS 15/95, foi firmado pelas unidades federadas para *“implementar rotinas de controle e fiscalização das remessas postais com vistas à verificação do cumprimento da obrigação de pagamento do ICMS nas operações de mercadorias”*, inclusive nas importações sob o regime de Tributação Simplificada. Este Protocolo tornou-se necessário, ao exercício da fiscalização do imposto estadual, em razão das atividades peculiares desenvolvidas pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, com a previsão, na Constituição Federal, da vedação à quebra do sigilo da correspondência. Como podemos constatar tal Protocolo não foi adotado para dispensar o autuado do pagamento do imposto devido e previsto nas hipóteses legais. Ao contrário, determina, em sua Cláusula quinta que *“constatado que mercadorias ou bens contidos em remessas postais internacionais sem exigência do comprovante do ICMS, ou sendo o caso, da Declaração de Desoneração do ICMS na Entrada de Mercadoria Estrangeira, serão adotados contra a ECT os procedimentos fiscais previstos na legislação de cada unidade federada”*, não podendo ser diferente o tratamento dispensado ao autuado nas remessas internas de mercadorias.

Vota pela Procedência do Auto de Infração no que foi acompanhado pelos demais membros da Primeira Instância.

Em seu Recurso Voluntário, a empresa, repetindo argumentos já apresentados em processos semelhantes, sua defesa, fls. 70 a 98, inicialmente entende que está amparado pela imunidade tributária recíproca. Diz que a referida imunidade já foi fartamente explicitada pelo STF que recepcionou o Decreto instituidor dos Correios. Visando sustentar sua alegação, transcreve parte do Acórdão proferido pelo Ministro Moreira Alves no julgamento do RE –235677/MG e parte do Voto proferido pelo Ministro Carlos Velloso no julgamento do RE –230072/RJ.

Na mesma linha da impugnação, transcreve alguns dos dispositivos do Protocolo ICM 23/88, suscitando como preliminares de nulidade do lançamento, os mesmos fatos anteriormente mencionadas:

1. não foram observadas as determinações contidas no Protocolo ICM 23/88, isto é, entende que a autuante poderia ter efetuado a identificação do remetente e do destinatário das mercadorias apreendidas;
2. sendo a ECT Empresa Pública da Administração Indireta Federal não pode ser igualada às centenas de milhares de transportadores particulares existentes no país, pois o serviço postal não é transporte e, por conseguinte, o autuado não é transportador;
3. o autuado goza de imunidade tributária, de acordo com o estatuído no artigo 150, inciso VI, alínea “a”, da Constituição Federal de 1988. Cita o entendimento de diversos juristas a respeito do conceito de empresa pública.

Volta a argumentar que cabe exclusivamente à União legislar sobre o serviço postal, cuja definição foi oferecida pela Lei nº 6.538/78, em seu artigo 7º, como *“o recebimento, expedição, transporte e entrega de objetos de correspondência, valores e encomendas”*.

Alega outra vez que os serviços de recebimento, expedição, transporte e entrega de valores e encomendas, exercidos pela União através dele, por força do estabelecido no artigo 9º da Lei nº 6.538/78, não estão compreendidos no regime de monopólio, podendo ser prestados também por particulares. Todavia, continua a entender que o fato de não serem exclusivos, não lhes retira o caráter de serviço público, tendo em vista o disposto no artigo 7º da citada Lei nº 6.538/78 e seu §

3º. E reafirma que as correspondências, valores e encomendas são objetos postais e não, mercadorias.

Afirma novamente que o Decreto-Lei nº 509/69 e a Lei nº 6.538/78 foram recepcionados pela Carta Magna de 1988, o que é corroborado pela alteração feita em seu artigo 173 pela Emenda Constitucional nº 19/98. Cita o Parecer de Celso Ribeiro de Bastos, concluindo que goza de imunidade tributária, não podendo ter seu patrimônio diminuído por qualquer tipo de imposto (por ser patrimônio da União) e seus serviços onerados tributariamente (por serem da competência exclusiva da União).

Volta a advogar a tese de que a atividade por ele desenvolvida nunca poderá ser confundida com o serviço de transporte executado por particulares, já que existem regras rígidas, ditadas pela lei, que delimitam seu campo de atuação. Ademais, o serviço postal é muito mais complexo que o simples transporte, já que oferece segurança, inviolabilidade do objeto postal, universalidade e confiabilidade garantidos pela União. Dessa forma, o serviço de SEDEX, reembolso postal e encomenda normal (modalidade encomendas) incute, em seu conceito, a realização de transporte, o que acontece também com as cartas, vales postais, telegramas e demais objetos postais, mas não pode ser definido como serviço de transporte, já que é apenas uma atividade-meio sem a qual seria impossível cumprir a sua finalidade legal, qual seja, prestar serviço postal a toda a coletividade.

Renova o argumento de que não pode ser considerado responsável tributário pelo recolhimento do ICMS sobre serviço de transporte de objetos postais, mesmo que seja de encomenda, nem há que se falar em ausência de emissão de nota fiscal para serviço imune.

Cita a jurisprudência de outros Tribunais e o entendimento esposado 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 carga e que também não há solidariedade.

Finaliza alegando mais uma vez que as normas constitucionais e infraconstitucionais exigem que haja exata adequação 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 e 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 PGE/PROFIS através da Sra. procuradora que subscreve o opinativo e a exemplo do que já ocorrera em processos semelhantes emite Parecer onde inicialmente considera que a preliminar de nulidade do procedimento fiscal suscitada pelo recorrente é absolutamente desprovida de qualquer fundamento legal ou técnico pois escora-se simplesmente na irregularidade na lavratura do termo de apreensão de mercadorias que nada afeta os princípios da ampla defesa e do contraditório e acrescenta que de acordo com os artigos 121 e 128 do CTN, e o art. 12 do COTEB a responsabilidade da ECT é clara.

Em seguida transcreve o Parecer do procurador José Augusto da Silva Martins sobre a matéria e que assim podemos concluir:

- a) Incide o ICMS sobre as atividades econômicas exercidas pela ECT, notadamente as prestações de serviço de transporte de encomenda.
- b) O eventual caráter objetivo da imunidade recíproca afastaria a incidência do ICMS apenas em relação à *“vertente pública”* da ECT, pertinente à prestação de serviço postal em sentido estrito, que assume a natureza de serviço público exercido em regime de monopólio, e, por isso, eventualmente, beneficiado pela imunidade recíproca.
- c) A imunidade recíproca, todavia, não alcançaria a *“vertente mercadológica”* da atuação da ECT, isto é, o serviço postal em sentido amplo, que assume a natureza de atividade econômica,

exercida em regime de concorrência, e, por isso, sujeita ao regime tributário das empresas privadas (art. 173, § 2º, da Constituição Federal).

Opina pelo conhecimento o 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 se falar em imunidade recíproca. E o conceito do ICMS bem como todos 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 a 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 pelo IMPROVIMENTO o Recurso Voluntário mantendo-se a Decisão da Primeira Instância.

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 **277993.0005/07-4**, lavrado contra **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$386,75**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de setembro de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. PGE/PROFIS