

PROCESSO - A. I. Nº 123433.0225/06-8
RECORRENTE - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0089-04/07
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 30/10/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0383-12/07

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 aceitado para entrega, via serviço postal, mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal. Rejeitadas as preliminares argüidas pelo sujeito passivo. Mantida a Decisão de Primeira Instância. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Inconformado com a Decisão proferida pela doura 4ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão JJF nº 0089-04/07, 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 Conselho de Fazenda.

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 26/12/2006 pela fiscalização de mercadorias em trânsito, para exigência de imposto no valor de R\$2.975,00, mais a multa de 100%, em razão de transporte das mercadorias constantes no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 139/79-1, de 26/12/2006, desacompanhadas dos respectivos documentos fiscais, tudo de conformidade com os documentos às fls. 04 a 06.

O autuado, às fls.23 a 45, através de advogado, argumentou que os Correios foram criados por meio do Decreto-Lei nº 509/69 de 20/03/69 e o que mesmo continua em vigor, recepcionado pela Constituição de 1988. Em nome da União, exerce o serviço público postal, nos termos do art. 21, x. da Constituição Federal. Transcreveu as cláusulas primeira e segunda do Protocolo ICM 23/88, aduzindo que o mencionado protocolo é um ato negocial celebrado entre as partes, sendo, portanto, um ato vinculante para todos aqueles que o subscreveram, não sendo exceção o Estado da Bahia.

Argüiu, como preliminar, a inobservância das normas contidas no Protocolo ICM 23/88, regulador das normas de fiscalização envolvendo a ECT, resulta por si só na nulidade do ato fiscal. O que está previsto no referido Protocolo 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.

Asseverou que o fisco poderia ter identificado o remetente e o destinatário, mas lavrou o Auto de Infração em nome da ECT, em flagrante desacordo com o supramencionado protocolo.

Reclamou da não entrega da 3ª via ao destinatário, o que, segundo o mesmo, fortalece a argüição de nulidade.

Esclareceu que, pelo art. 11, da Lei nº 6.538, os interessados nessa relação jurídico-tributária são o remetente e o destinatário, cabendo tão só a eles qualquer responsabilidade tributária.

Chama atenção para o sigilo da correspondência e a inviolabilidade do objeto postal, fatos estes que impedem a empresa de utilizar meios mais severos na fiscalização dos objetos que lhe são

confiados. Ressaltou que esta é uma atribuição da Secretaria da Fazenda, a qual deve ser exercida no ato de desembaraço dos objetos postais. Aduziu que não há amparo legal na exigência feita neste PAF, por desacordo com a legislação aplicável. Afirmou que cabe à União legislar privativamente sobre serviços postais, nos termos do art. 22, V, da CF/88, transcrevendo, após os arts. 7º, 25º, 9º, 8º e 26º da Lei nº 6.538/78, que tratam 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 o art. 9º, da aludida lei, possibilita que a empresa exerça, ainda, outras atividades afins. Discorreu sobre o que seriam essas atividades “afins”, concluindo que são semelhantes às atividades exercidas por particulares. Observou que, mesmo não tendo exclusividade, a ECT permanece como empresa pública, com todas os direitos e garantias inerentes. Interpretou o art. 21, da CF/88, frisando que cabe à ECT, o recebimento, expedição, transporte e entrega de valores e encomendas postais. 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 objeto postal, 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. Protestou que à ECT não pode ser dispensado o mesmo tratamento dado às empresas transportadoras, pois o serviço postal não é transporte, e sim serviço público amparado pela imunidade tributária e, por conseguinte, a ECT não é uma transportadora. Analisou a recepção na nova ordem jurídica, trazida com a Constituição de 1988, do Decreto-Lei nº. 509/69 e da Lei nº. 6.538/78. Definiu o fenômeno da recepção, através de ensinamento de Celso Ribeiro de Bastos. Esclareceu, depois de transcrever doutrina, que os dois diplomas jurídicos foram recepcionados pela ordem jurídica vigente, uma vez que até o momento não foi editada a lei ordinária disciplinadora da empresa que presta serviço público, conforme mandamento inserido na Emenda Constitucional nº. 19, de 04/06/98. Assim, enquanto não elaborada a nova lei, continua a viger a Lei nº 6.538/78 e o Decreto-Lei nº 509/69. Alegou que a ECT está amparada pela imunidade prevista no art. 150, VI, “a”, da CF/88, não podendo ter seu patrimônio diminuído por qualquer tipo de imposto, por ser patrimônio da União, e não pode ter seus serviços onerados pela tributação, por se tratar de serviços públicos de competência exclusiva da União. O autuado persistiu no argumento 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. Em relação à incidência do ICMS, entende que a circulação e mercadorias qualificam as operações tributadas por via de ICMS. Logo, para que um ato configure uma “operação mercantil”, é mister que: a) seja regido pelo Direito Comercial; b) tenha por finalidade o lucro, e c) tenha por objeto uma mercadoria. Asseverou que o serviço postal é constituído pelo recebimento, transporte e entrega dos objetos postais, agasalhados. A ECT está subordinada a regras rígidas, ditadas pela Constituição, pela legislação infraconstitucional e pelo Direito Administrativo, que delimitam seu campo de ação, impondo a obrigação de oferecer e garantir o serviço postal a todos os cidadãos brasileiros. Acrescentou que a ECT não firma contrato de transporte com os usuários do serviço postal, mas sim presta este serviço a quem os solicita, obedecidas às limitações impostas por lei. Disse que a atividade de levar objetos de um lugar para outro não configura serviço de transporte, sendo meramente uma atividade meio, simples segmento intermediário, sem o qual seria impossível cumprir a sua finalidade legal – prestar serviço postal a toda coletividade. Trouxe julgados da Justiça Federal em dois estados da Federação sob o tema em embate, pelo qual aqueles tribunais manifestaram-se no sentido de que o serviço postal executado pela ECT

não configura hipótese de incidência do fato gerador do tributo do ICMS. A 7ª Vara Federal do Ceará, nos autos do processo de nº 93.4753-1, declarou inexistir relação jurídica que obrigue a ECT a promover o recolhimento de ICMS sobre serviços postais. A 2ª Vara Federal de Porto Alegre, nos autos 91.0001190-8 e 91.0000112-0 manifestou-se no mesmo sentido. Transcreveu Decisão administrativa proveniente do setor consultivo da Inspetoria Geral de Tributação, da Coordenação da Receita Estadual da Secretaria da Fazenda do Estado do Paraná, o qual concluiu, ao apreciar o Auto de Infração nº 01.3685761-4, lavrado contra a ECT, que serviços postais prestados pela empresa não se confundem com serviços de transporte de cargas, estando fora do campo de incidência do ICMS. Trouxe a colação resposta de consulta formulada a mencionada Inspetoria Geral de Tributação do Paraná para provar que o serviço desempenhado pela empresa é absolutamente diverso de qualquer serviço de transporte. Se insurge, o autuado, contra a condição de solidário, na medida em que entende não ser uma transportadora, mas sim como uma prestadora de serviço público postal. Requeru que fossem acolhidas as preliminares argüidas, para que fosse tornado sem efeito o Auto de Infração, ou, caso ultrapassada a preliminar, que no mérito se julgue o Auto insubstancial, ante a impossibilidade legal de sua lavratura e, ainda, por ser o deficiente 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. Por último, lembrou 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”.

Consta à fl. 57, a informação fiscal de que este Auto de Infração foi devidamente quitado em 11.01.2007, conforme cópias de DAE e Detalhe do Extrato do Pagamento Realizado, anexas a esse processo, às fls. 19 e 20.

Através do Acórdão JJF nº 0089-04/07, decidiu a Primeira Instância pela Procedência do Auto de Infração, sob o entendimento de que:

“O Auto de Infração foi lavrado para exigência de imposto, em razão de terem sido encontradas pela fiscalização de mercadorias em trânsito, mercadorias em poder do autuado, em um volume contendo as mercadorias indicadas no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 139791 de 15/12/2006, relacionadas à fl. 08, mercadorias essas, desacompanhadas do respectivo documento fiscal, tudo de conformidade com os documentos às fls. 08 a 11.

Na impugnação apresentada pelo sujeito passivo, nota-se que o mesmo não adentrou no mérito da autuação, limitando-se tão somente na argüição de preliminares de nulidade, a pretexto de inconstitucionalidade da legislação estadual; de que serviço postal não é transporte; que a ECT não é uma empresa transportadora; e, como empresa pública goza de imunidade tributária.

Sobre as questões de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual levantadas na defesa, deixo de apreciá-las, em virtude de não ser da competência deste órgão julgador no âmbito administrativo, a teor do artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

Quanto as preliminares de nulidades suscitadas na defesa, observo que o fato da ECT tratar-se de uma empresa pública, está previsto no art. 173 da Constituição Federal, §§ 1º e 2º, que a empresa pública sujeita-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações trabalhistas e tributárias, não podendo gozar de privilégios não extensivos à do setor privado. Desta forma, não há porque questionar se o serviço desenvolvido pelo autuado está ou não, enquadrado nas hipóteses de imunidade consignadas no art. 150 da Constituição Federal de 1988, considerando a definição dada pela lei, quanto aos seus direitos e obrigações tributárias.

Por isso, devem ser rejeitadas as preliminares de nulidade argüidas pela defesa, haja vista que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram os motivos elencados nos incisos I a IV, do art. 18, do RPAF/99.

No mérito, da leitura do Termo de Apreensão à fl. 08, sobressai que a ação fiscal está embasada nos artigos 201, I, combinado com o artigo 39, I, “d”, do RICMS/97, vigente na data da ocorrência, em razão da mercadoria ter sido encontrada em um volume desacompanhada da respectiva documentação fiscal, mais precisamente, variadas bijouterias tais como: pingentes, correntes braceletes, anéis e tornozeleiras, em quantidade que indica o fim comercial. Desta forma, a infração está devidamente caracterizada nos autos, cabendo ao autuado na condição de transportador, responder solidariamente pelo pagamento do ICMS incidente sobre tais mercadorias.

O contribuinte autuado, em momento algum do seu Recurso defensivo, se insurgiu quanto a acusação de que se encontravam em seu poder as mercadorias apreendidas. No entanto, argumenta que não pode ser considerado como responsável pelo pagamento do ICMS sobre o serviço de transporte de objetos pessoais, bem assim, não pode ser considerado como sujeito passivo da obrigação tributária, neste caso, por tratar-se de empresa integrante da Administração Pública, e por entender que o serviço de transporte de objetos postais e encomendas não é passível de tributação.

Conforme estabelecido no art. 8º, inciso IV, do RICMS/97, não há incidência do ICMS relativamente ao transporte de valores, correspondências e encomendas ou serviços postais da ECT. Entretanto, tal dispositivo regulamentar se refere à não incidência de imposto sobre as atividades desenvolvidas pelo autuado, na condição de transportador das encomendas, sendo que o imposto exigido no Auto de Infração se refere à responsabilidade solidária atribuída por lei ao próprio autuado, em relação às mercadorias que estava conduzindo sem a respectiva documentação fiscal.

De acordo com o art. 6º, inciso III, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, são solidariamente responsáveis pelo pagamento do ICMS e demais acréscimos legais, os transportadores que conduzirem mercadorias sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou mesmo, acompanhadas de documentação inidônea.

Dessa forma, verifica-se que a legislação atribui a responsabilidade solidária à ECT por ter recebido e transportado para entrega, mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal exigível, haja vista que no momento da postagem do volume o autuado tem o amparo legal para verificar o seu conteúdo, e exigir a respectiva nota fiscal das mercadorias transportadas (§ 2º do artigo 410-A do RICMS/97).

No caso presente, o Termo de Apreensão serve de prova que as mercadorias realmente não se faziam acompanhar da respectiva nota fiscal, e dada a quantidade da mercadoria apreendida, conclui-se que não se trata de serviço postal de encomenda para uso pessoal, mas sim, de transporte de mercadorias, via Sedex, completamente desacompanhadas da respectiva documentação fiscal. Assim sendo, conlui que restou comprovada a irregularidade apontada no Auto de Infração, respondendo solidariamente o autuado pelo pagamento do imposto.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores recolhidos, conforme cópia DAE fl. 19/20”.

Inconformado com a Decisão recorrida interpõe o autuado Recurso Voluntário repisando integralmente os argumentos expendidos em sua peça impugnatória e pugnando, ao final, pela Nulidade ou Improcedência da autuação.

O ilustre representante da PGE/PROFIS, após tecer escorço histórico a respeito do presente PAF emite Parecer conclusivo a respeito da matéria, através do qual externa sua opinião no sentido de que a ECT 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 derrogado. 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 as 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 Conselho de Fazenda 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, inclusive quanto à homologação dos valores recolhidos, conforme cópia DAE fls. 19/20.

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 123433.0225/06-8, lavrado contra **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.975,00**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de setembro de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO- PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

RAIMUNDO LUIS DE ANDRADE – REPRES. PGE/PROFIS