

PROCESSO - A. I. Nº 277993.0111/06-0
RECORRENTE - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF Nº 0337-04/07
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 17/03/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0019-12/08

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS RELATIVO À 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, 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 a Decisão da 4ª JJF a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos interpõe visando modificar o resultado anterior.

O lançamento de ofício em lide, lavrado em 24/11/2006, no trânsito de mercadorias, exige o ICMS no valor de R\$ 1.392,30, acrescido da multa de 100%, referente ao transporte de mercadorias sem documentação fiscal, conforme Termo de Apreensão lavrado e acostado às fls. 09 e 10 dos autos.

Em seu relatório o Sr. Julgador de Primeira Instância observa inicialmente que o órgão julgador ao qual pertence não tem competência para apreciar a constitucionalidade da legislação tributária estadual, a teor do artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

Constata 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 03 unidades de óculos esportivos modelo Ritsol e 42 armações para óculos de grau modelo Optmax, desacompanhados de documentação fiscal, conforme explanação no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos, fls. 10 e 11.

Afirma que em razão do disposto no artigo 39, inciso I, alínea “d”, do RICMS/97, o preposto fiscal entendeu que: tratava-se de mercadorias e o autuado se equiparava a um transportador e, portanto, respondia solidariamente pelo pagamento do ICMS incidente sobre a operação.

Quanto ao argumento inicial do autuado de 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 diz ter realizado uma análise da questão e transcreveu dispositivos constitucionais e infraconstitucionais concernentes à questão, trazidos na defesa do autuado e na informação fiscal, fls. 21 a 43 e 48, respectivamente: Art. 150, Inc VI, “a”, §§ 2º e 3º, Art. 173. § 1º, Inc. I a V e § 2º todos da CF/88. Do Decreto-Lei nº 509/69 os Art 1º e 12. Da Lei nº 6.538/78, que disciplina a prestação de serviço postal o Art 10, Inc. II e o Parágrafo único.

Da análise dos dispositivos citados concluiu que: “*O Decreto-Lei nº 509/69 transformou o antigo Departamento dos Correios e Telégrafos (DCT) em empresa pública vinculada ao Ministério das Comunicações, com a denominação de Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), o que foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. No entanto, ao contrário do que alega o*

autuado, entendo que a imunidade tributária de que gozava a ECT, por força do Decreto-Lei nº 509/69, não foi recepcionada pela Carta Magna de 1988, pois tal privilégio contrariava frontalmente o disposto no § 3º do artigo 150 e no § 2º do artigo 173 de nossa Carta Maior. Dessa forma, sendo o autuado uma 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 (compreendidos nesse conceito a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios). Dessa forma, considero que o contribuinte não está enquadrado nas hipóteses de imunidade previstas no artigo 150 da Constituição Federal de 1988”.

Ressalta 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. Diz que 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.”

Acrescenta que “conforme decisões trazidas aos autos pelo contribuinte, a Justiça Federal já se manifestou acerca do fato, 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 do RICMS/97, aplicável aos casos de responsabilidade por solidariedade a exemplo da questão em lide.

Observa também: “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 transrito.”

Lembra que, no momento da postagem da encomenda através de SEDEX, o autuado tem o dever e o direito legal de verificar o seu conteúdo e adotar as medidas legais cabíveis, no caso, a exigência da correspondente nota fiscal.

Considera que pela quantidade e características, os produtos apreendidos devem ser considerados mercadorias para comercialização.

Alerta que mesmo 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 nulidades suscitadas pelo autuado e como o autuado não adentrou de fato no mérito da autuação, entendeu 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”.

Cita o § 2º do artigo 173, da CF/88 e quanto ao Protocolo ICM 23/88, firmado entre os Estados em 06 de dezembro de 1988 quando ainda vigia o ICM, diz que o mesmo 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.

Refere-se também ao Protocolo ICMS 15/95, e faz comentário a seu respeito.

Diz pro fim que para determinar a base de cálculo do imposto, o autuante corretamente utilizou os preços correntes no Mercado, (fl. 13) e quanto ao questionamento da apreensão de mercadorias, o autuante procedeu conforme determina o RICMS/97, Art. 410-A, § 10, que trata especificamente da matéria.

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

Em seu Recurso Voluntário fls. 63 a 85, o autuado relata o fato e praticamente repete o que já houvera argüido quando da impugnação, ou seja, entende que está amparado pela imunidade tributária recíproca. Diz que a referida imunidade já foi fartamente explicitada pelo STF que receptionou o Decreto instituidor dos Correios. Visando sustentar sua alegação, transcreve parte do Acórdão proferido pelo Ministro Moreira Alves no julgamento do RE -235677/MG.

Em seguida, volta a transcrever alguns dos dispositivos do Protocolo ICM 23/88, explicando que não foram observadas as determinações contidas no citado protocolo e volta a suscitar como preliminares de nulidade do lançamento, os seguintes fatos:

1. Ilegitimidade passiva dos Correios - entende que, observado o Protocolo pela autuante, o destinatário, após a comunicação da apreensão do objeto postal, teria providenciado o pagamento do imposto. Afirma, o presente Auto de Infração deveria ser lavrado contra o remetente ou o destinatário, que seriam partes legítimas dessa relação tributária;
2. Serviço postal não é transporte - 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. imunidade tributária - 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, entende 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. Repete o argumento de que as correspondências, valores e encomendas são objetos postais e não, mercadorias.

Reafirma que o Decreto-lei nº 509/69 e a Lei nº 6.538/78 foram receptionados 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 defender 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.

Volta a dizer 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 novamente a jurisprudência de outros Tribunais e o entendimento esposado pelo Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais da 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 ou a 7ª Vara Federal do Ceará, nos autos do processo 93.4753-1, declarando inexistir relação jurídica que obrigue a ECT a promover o recolhimento de ICMS sobre serviços postais bem como trecho de uma Decisão da 2ª Vara Federal de Porto Alegre. Repete 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 que os serviços de transportes executados pela ECT não constituem hipótese de incidência tributária capaz de dar ensejo a existência de fato gerador de ICMS.

Reafirma incabível a responsabilidade solidária da ECT, citando o art. 39 do RICMS/BA, já que não se constitui uma transportadora, contribuintes de ICMS, mas sim uma prestadora de serviço público postal e da mesma forma que concluiu sua impugnação volta a lembrar 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, no caso, os sujeitos da relação tributária são Estado da Bahia e o destinatário e/ou o remetente do SEDEX”.

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 NF para fins de transporte. Ressalta o Parecer da DITRI a respeito da matéria em apreço e que conclui no mesmo sentido. Opina pelo Improvimento 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 elementos que compõe a sua estrutura obrigatoriedade, 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 a 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. Creio que o voto em separado do atento julgador José Bizerra traz à lume discussões que merecem ser aprofundadas.

Opto ainda neste PAF por entender que ao praticar atos sujeitos à tributação do ICMS, que o recorrente é contribuinte do imposto. E noutra vertente como a que foi trazida 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 NÃO PROVIMENTO o Recurso Voluntário mantendo-se a Decisão da JJF.

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 277993.0111/06-0, lavrado contra EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$1.392,30, 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, 25 de fevereiro de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS