

PROCESSO - A. I. Nº 123433.0062/07-0
RECORENTE - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0310-04/07
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 03/04/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0044-12/08

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CORREIOS E TELÉGRAFOS. TRANSPORTE DE MERCADORIAS DE TERCEIROS SEM A CORRESPONDENTE NOTA FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Constatado o transporte de mercadorias de terceiros, remetidas via SEDEX, desacompanhadas de documentação fiscal, é legal a exigência do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe à condição de responsável solidário. Não acatada a preliminar de nulidade. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou procedente o Auto de Infração lavrado em 18/06/2007 pela fiscalização do trânsito de mercadorias, exige ICMS por responsabilidade solidária, no valor de R\$3.451,68, acrescido da multa de 100%, em decorrência de o autuado transportar mercadorias desacompanhadas de documento fiscal, conforme Termo de Apreensão nº 144.022.

O autuado apresenta peça impugnatória ao lançamento de ofício (fls. 14 a 36), inicialmente, argumenta que se encontra amparada pela imunidade tributária recíproca, fato que foi desconsiderado pelo fisco em prejuízo à ECT. Cita Acórdão proferido recentemente pelo STF, analisando a constitucionalidade do art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69.

Em seguida, levanta preliminares prejudiciais do mérito da ação fiscal, a inobservância das normas estabelecidas no Protocolo ICM 23/88. Afirma que a fiscalização, 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. Cita e transcreve o artigo 11 da Lei nº 6.538/78, para sustentar que os únicos sujeitos na relação são o remetente e o destinatário, cabendo a estes, qualquer responsabilidade tributária.

Sustenta 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.

Prossegue, afirmando que a imunidade tributária com base no preceito constitucional, 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).

Registra que, nos termos do art. 22, V, da CF/88, compete privativamente à União legislar sobre serviços postais, e transcreve, em seguida, os art. 7º, 25, 9º, 8º e 26 da Lei nº 6.538/78, que enunciam o poder de legislar sobre os serviços postais.

Argumenta 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.

Sustenta, ainda, 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, bem como não pode ter seus serviços onerados por tributos, por se tratar de serviços públicos de competência exclusiva da União.

Afirma 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. Argumenta 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, a obrigando oferecer e garantir o serviço postal a todos os cidadãos brasileiros, independentemente de distinção de credo, cor, raça ou ideologia política. Ao particular existe a livre concorrência de mercado e ele aceita prestar serviços a seus clientes se quiser, discricionariedade a si vedada. 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, não se pode confundir sua atividade com um serviço de transporte, pois são figuras totalmente distintas.

No respeitante ao ICMS, entende que este, conforme definido na CF/88, abrange no seu campo de incidência:

- 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) sobre a extração, circulação, distribuição ou consumo de minerais. Pela essência do serviço postal, deduz-se que ele não está incluso no conceito de fato gerador de ICMS, não podendo ser tributado, em virtude do princípio da legalidade. 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 jurisprudência dos Tribunais Federais e o entendimento manifestado 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 cargas.

Conclui sua defesa dizendo que para ser exigido o tributo o fato deve estar plenamente ajustado à norma, sem possibilidade de dúvida. Existindo dúvida, não há fato impositivo. Requer que seja acolhida a preliminar argüida, para que seja tornado sem efeito o Auto de Infração, ou, caso ultrapassada a preliminar, que no mérito se julgue o Auto de Infração Improcedente, ante a impossibilidade legal de sua lavratura e, ainda, por ser a impugnante ente integrante da

administração pública e consequentemente 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, e, por fim, reitera o artigo 11 da Lei nº 6.538/78, que transcreve.

Na informação fiscal (fls. 44 a 55) a autuante transcreve o trabalho “ICMS – Responsabilidade Solidária da ECT” – apresentado no curso de pós-graduação, onde é efetuado estudo sobre a responsabilidade da ECT em relação às mercadorias por ela transportadas.

Diz a autuante que a ECT tanto pelo fato de ser uma empresa pública que explora atividades de natureza econômica concorrendo com empresas privadas quanto por cobrar preços e tarifas pela utilização dos seus serviços, não tem respaldo legal para invocar para si uma indevida imunidade tributária a que se reporta em sua defesa, podendo ser responsabilizada por solidariedade e intimada a pagar o ICMS correspondente às mercadorias que transporta na execução do serviço postal desacompanhada de documentação fiscal idônea, não importando se foi a ECT qualificada pela fiscalização como transportadora ou apenas como detentor das mercadorias, independente dela classificar estas mercadorias como encomendas ou objetos postais.

Diz que no CONSEF predomina a jurisprudência de que a ECT está sujeita à norma da responsabilidade solidária, pois mesmo sendo uma empresa pública, ela está subordinada ao regime jurídico próprio das empresas privadas, conforme o art. 173 da CF/88 e não pode gozar de privilégios fiscais não extensíveis às do setor privado.

Finaliza requerendo a manutenção da autuação.

O julgador de Primeira Instância emitiu o seguinte voto:

“Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, pois presentes todos os pressupostos de validação do processo. Tanto o Termo de Apreensão como o Auto de Infração foram lavrados com a observância das exigências regulamentares, notadamente o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, em seu artigo 18, bem como o Protocolo 23/88, em seu § 1º da Cláusula Segunda.

Relativamente à arguição de inconstitucionalidade, informo que o artigo 167, I, do RPAF/99, afasta da competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade.

No que concerne à Lei nº 6.538/78, que disciplina a prestação de serviço postal, esta estabelece em seu artigo 10, inciso II o seguinte:

*“Art 10 - Não constitui violação do sigilo da correspondência postal a abertura de carta:
.....(....)*

II - que apresente indícios de conter objeto sujeito a pagamento de tributos”;

No mérito, verifico que se trata de apreensão de bijuterias, remetidas através de SEDEX nº SX 369412931BR, desacompanhadas de nota fiscal, destinada à NETE VIANA, caracterizando-se como mercadorias com o intuito de comercialização pelo adquirente.

Discute-se, a responsabilidade solidária da ECT, relativamente ao ICMS, pelo fato de terem sido encontradas mercadorias em suas dependências sem documento fiscal.

O Código Tributário Nacional – CTN, dispõe em seu artigo 124, “in verbis”:

“ Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I – as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal:

II – as pessoas expressamente designadas por lei”

Por sua vez, a Lei nº 7.014/96, traz em seu artigo 6º, a previsão da responsabilidade solidária com fulcro no artigo 5º, da Lei Complementar nº 87/96, o que foi inserido no RICMS/97, em seu artigo 39, abaixo transcrito:

“Art. 39. São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

I - os transportadores em relação às mercadorias:

(...)

d) que aceitarem para transporte ou que conduzirem sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou acompanhadas de documentação fiscal inidônea;

[...]

V - qualquer pessoa física ou jurídica, em relação às mercadorias que detiver para comercialização, industrialização ou simples entrega desacompanhadas da documentação fiscal exigível ou com documentação fiscal inidônea.”

Verifica-se que a responsabilidade solidária está perfeitamente definida na legislação do ICMS da Bahia, afastando, a meu ver, a discussão sobre a condição de contribuinte ou não, da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, na situação fática analisada.

Vale registrar, que o Conselho de Fazenda Estadual, através das Juntas e Câmaras de Julgamento, em diversas decisões já pacificou o entendimento de 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.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Em seu Recurso Voluntário a Recorrente repete praticamente todos os argumentos expendidos na defesa, reiterando as nulidades argüidas e requerendo a desconsideração da EBCT como responsável solidária.

Alega que a autuação decorrente do fato de haver recebido e transportado para entrega, mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal não deve prosperar, porque a autuada encontra-se amparada pela imunidade recíproca, que exclui inclusive a responsabilidade solidária, fato este desconsiderado pelo julgador *a quo*.

Argúi a ilegitimidade passiva da ECT, não observada pelo autuante ao descumprir o Protocolo ICM 23/88, que determina a intimação do destinatário das mercadorias para promover o pagamento do tributo, afirmando ainda que os únicos sujeitos passivos da relação são o remetente e o destinatário, a quem cabe a responsabilidade tributária. Acrescenta que o serviço posta não é serviço de transporte, mas sim um elo entre a expedição e a entrega do objeto remetido, e, no caso das transportadoras particulares trata-se de uma atividade-fim.

Requer, finalmente, que sejam acolhidas as nulidades argüidas, e caso, ultrapassadas, seja julgado totalmente improcedente o auto de infração, ante a sua flagrante impossibilidade legal, e ainda, por ser a recorrente integrante da Administração Pública e conseqüentemente, imune ao lançamento do imposto, conforme expresso em lei recepcionada pela Constituição Federal.

A PGE/PROFIS, em extenso e fundamentado parecer, rejeita as preliminares argüidas, e no mérito opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

Argumenta que a imunidade recíproca invocado pelo recorrente não aproveita às Empresas Públicas enquanto prestadora de serviços públicos “*em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário*”, pois a constituição equipara esses serviços a serviços privados, pelo menos para fins de tributação.

Finalmente, assevera que a responsabilidade tributária é o artifício legal segundo o qual um terceiro que não seja contribuinte, isto é, não tenha relação direta e pessoal com o fato impositivo gerador da obrigação principal, está obrigado, em caráter supletivo ou não, em sua

totalidade ou parcialmente, ao pagamento ou cumprimento da obrigação, estendendo-se, em consequência, a responsabilidade pelo pagamento do ICMS àqueles que transportam mercadorias sem a documentação fiscal que formalize a operação de circulação de mercadorias, como preceitua o art. 10, II, da Lei nº 6.538/78.

VOTO

Como base na bem fundamentada Decisão “*a quo*”, rejeito a preliminar apresentada referente à identificação do destinatário da mercadoria, pois o Termo de Apreensão atende as formalidades requeridas pelo Protocolo ICMS 32/01, que revogou o Protocolo ICM 23/88. Também a preliminar de imunidade tributária foi devidamente enfrentada e refutada pela JJF, apesar de, destaque-se, não ser da competência deste Conselho de Fazenda apreciar alegação de inconstitucionalidade da legislação estadual. Não há dúvida de que a ECT não está amparada pelo art. 150 da CF, pois ao prestar serviços de transporte mediante remuneração, submete-se ao regime próprio das empresas privadas. Além disso, responde o recorrente solidariamente pelo transporte de mercadoria desacompanhada de nota fiscal. Ainda que o recorrente não fosse considerada transportadora, estaria obrigada ao pagamento do imposto e acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito. Vale ressaltar que é cediço o entendimento deste Conselho de Fazenda sobre a matéria objeto deste Auto de Infração, já manifestado reiteradamente em processos semelhantes da mesma empresa. Por todas essas razões, rejeito as preliminares argüidas, e quanto ao mérito, NEGÓ PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, para manter a Decisão recorrida 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 **123433.0062/07-0**, 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\$3.451,68**, 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, 12 de março de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ - RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ – REPR. PGE/PROFIS