

PROCESSO - A. I. Nº 301589.0104/07-1
RECORRENTE - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0048-03/08
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 24/07/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0200-12/08

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. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 3ª JF que julgou Procedente o Auto de Infração visando modificar o lançamento de ofício, lavrado em 05/09/2007 no trânsito de mercadorias, e exige o ICMS no valor de R\$340,00, acrescido da multa de 100%, referente ao transporte de mercadorias sem documentação fiscal, conforme Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 144260, lavrado e acostado às fls. 05 e 06.

Em seu voto, assim se manifesta a Sra. relatora: *“relação às preliminares de nulidades suscitadas, verifico que referente ao primeiro argumento de que não foram observadas as determinações contidas no Protocolo ICM 23/88, não pode ser acatada, tendo em vista que foi juntada à fl. 05 a primeira via do Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos, a qual foi assinada pelo representante legal do autuado, o que comprova a regularidade do procedimento fiscal”*. Quanto ao argumento de que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) é Empresa Pública da Administração Indireta Federal e 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, também não acatou pois entendeu que *“em virtude de que o serviço prestado pela ECT, de transporte de encomendas, se equipara aos serviços prestados pelas transportadoras rodoviárias, ferroviárias, aeroviárias e aquaviárias, não podendo ser confundido com as atividades correlatas do serviço postal (telegrama, correspondências, etc.). Logo, ao transportar mercadorias, a ECT assume a condição de sujeito passivo responsável solidário (art. 121, II, do CTN), e nesta condição deve exigir do remetente o documento fiscal para acobertar as mercadorias que transportar, caso contrário, assume a responsabilidade pelo pagamento do ICMS”*.

Quanto ao argumento da empresa de que goza de imunidade tributária, de acordo com o estatuído no artigo 150, inciso VI, alínea “a”, da Constituição da República de 1988, a Sra. relatora também não acatou, pois ao interpretar este dispositivo entendeu que *“a imunidade invocada pelo autuado se aplica às mercadorias e serviços exclusivamente vinculados a suas atividades essenciais e não às mercadorias e serviços que o autuado transporta, mediante pagamento por este serviço.”*

Verificou, também, que o contribuinte autuado compreendeu e se defendeu perfeitamente do que foi acusado, sendo possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito, não acarretando, portanto, nulidade do lançamento, conforme disposto no art. 18, § 1º do RPAF/BA e, acrescentou que aquele órgão julgador não tinha competência para apreciar a inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, a teor do artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

Quanto ao mérito menciona que as mercadorias apreendidas foram objeto do Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos (fls. 05 e 06) e acrescenta que: *“em razão do disposto no artigo 39, inciso I, alínea “d”, do RICMS/97, o preposto fiscal entendeu que tratava-se mercadorias e que o autuado se equiparava a um transportador respondendo portanto solidariamente pelo pagamento do ICMS incidente sobre a operação”*.

Observou que *“sendo o autuado empresa pública, após a Constituição da República promulgada em 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)”*.

Acréscitou que *“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”*.

Transcreve o art. 39 do RICMS/97 que trata das hipóteses de responsabilidade por solidariedade e adiciona *“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 artigo 39, V do RICMS/97, transcrito”*.

Entende ser 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”*.

Observa que os produtos relacionados no Termo de Apreensão nº 144260 (fls. 05 e 06) devem ser considerados mercadorias.

Volta a mencionar o § 2º do artigo 173 da CF/88 e ressalta que na data da autuação estava em vigor o Protocolo ICMS 32/01, e que este apenas estabeleceu normas de controle de fiscalização relacionada com o transporte de mercadorias efetuado pelo autuado e em nenhum momento dispensou a ECT de ser responsabilizada pelo pagamento do tributo porventura devido em razão das ações fiscais ali desenvolvidas e conclui: *“o citado Protocolo tornou-se necessário ao exercício da fiscalização do imposto estadual, em razão das atividades peculiares desenvolvidas pela ECT, com a previsão, na Constituição Federal, da vedação à quebra do sigilo da correspondência”*.

Em relação à base de cálculo do lançamento fiscal observa que *“embora não tenha sido contestada pelo defendente, consta no processo, à fl. 07, o levantamento do preço de venda a consumidor praticado pela empresa “Mercado Livre”, que indica como R\$80,00 o valor unitário da mercadoria transportada, utilizado para determinação da base de cálculo do imposto devido”*.

Vota pela Procedência do Auto de Infração no que é acompanhada pelos demais membros da JJF.

Em seu Recurso Voluntário o autuado, através de seus advogados volta a alegar, inicialmente, que goza de imunidade tributária e transcreve outra vez trechos de Acórdãos do STF. Reproduz alguns dispositivos do Protocolo ICM 23/88 e volta suscitar, como preliminares de nulidade do

lançamento, os mesmos fatos já trazidos quando da impugnação, ou seja: não foram observadas as determinações contidas no Protocolo ICM 23/88, isto é, não foi lavrado, em três vias, o Termo de Apreensão, com a destinação ali indicada, 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, diz gozar de imunidade tributária, de acordo com o estatuído no artigo 150, inciso VI, alínea “a”, da Constituição Federal de 1988. Volta a citar entendimentos de diversos juristas a respeito do conceito de empresa pública. Argumenta novamente 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*”.

Retoma a alegação de 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. Entende, todavia, 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. Diz ainda que as correspondências, valores e encomendas são objetos postais e, não, mercadorias.

Volta a afirmar 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 novamente 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).

Retoma a advocacia da 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. Acrescenta que, 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.

A respeito da responsabilidade tributária que lhe fora atribuída retoma 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.

Volta a citar jurisprudência dos Tribunais Federais e o entendimento esposado pela Sefaz do Paraná para tentar demonstrar mais uma vez que não pode haver incidência do ICMS sobre o serviço postal, pois ele não pode ser confundido com serviço de transporte de cargas.

Conclui seu Recurso Voluntário alegando novamente 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. 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.

O Parecer da PGE/PROFIS, em resumo 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 derogado. Refere-se a 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 nota fiscal 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, 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 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.

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 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 **301589.0104/07-1**, 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\$340,00**, 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, 14 de julho de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA – RELATOR

ÂNGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA – REPR. DA PGE/PROFIS