

PROCESSO - A. I. Nº 123433.0045/08-6
RECORRENTE - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0098-05/08
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 28/11/2008

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0375-11/08

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CORREIOS E TELÉGRAFOS. TRANSPORTE DE MERCADORIAS DE TERCEIROS SEM A CORRESPONDENTE NOTA 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, 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 o presente processo de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão proferida pela 5ª JJF – através do Acórdão nº 0098-05/08 - que julgou Procedente o Auto de Infração acima indicado, que tem por objetivo a cobrança de ICMS do recorrente, solidariamente responsável pelo recolhimento do tributo das mercadorias transportadas desacompanhadas de documento fiscal.

Em Primeira Instância, o julgamento pela procedência da autuação trouxe as seguintes fundamentações como embasamento ao seu “*decisum*”, resumidamente, após afastar as preliminares de nulidade suscitadas pelo sujeito passivo:

- I. que em relação ao argumento do sujeito passivo de que não foram observadas as determinações do Protocolo ICM 23/88, o mesmo não pode ser acatado, já que foi juntada à fl. 04, a primeira via do Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos, devidamente assinada pelo seu representante legal, o que comprova a regularidade do procedimento fiscal;
- II. que em relação ao segundo argumento de que a EBCT é empresa pública da administração indireta Federal e não pode ser igualada aos transportadores particulares, pois o serviço postal não é transporte e, por conseguinte, o autuado não é transportador, também não pode ser acatado, em virtude de que o serviço prestado pela EBCT 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.). Assim, 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;
- III. que em relação ao argumento de que goza de imunidade tributária, também não pode ser acatado, haja vista que a imunidade invocada 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;
- IV. que o autuado compreendeu e se defendeu do que foi acusado, sendo possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito, não havendo que se falar em nuli-

- dade do lançamento, além do que este órgão julgador não tem competência para apreciar a inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, a teor do art. 167, I, do RPAF-BA/99;
- V. que no mérito o Auto de Infração foi lavrado por ter sido encontrada, no estabelecimento do autuado (ECT), uma encomenda composta de noventa e cinco carteiras de cédulas “masculinas”, remetidas pelo SEDEX nº EC 212994865BR, desacompanhadas de documentação fiscal, conforme Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 146368 fl. 04, juntado pela autuante, tendo sido lavrado o Auto em razão do disposto no artigo 39, inciso I, alínea “d”, do RICMS-BA/97, que transcreve;
- VI. que da análise do art. 150 da CF/88, do Decreto-Lei nº 509/69 e da Lei nº 6.538/78, que disciplina a prestação de serviço postal, verifica-se que o DL nº 509/69 transformou o antigo Departamento dos Correios e Telégrafos (DCT) em empresa pública, vinculada ao Ministério das Comunicações, com a denominação de ECT, o que foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, mas, ao contrário do que alega o autuado, a imunidade tributária de que gozava a ECT, por força do Decreto-Lei citado, não foi recepcionada pela Carta Magna de 1988, pois tal privilégio contrariava frontalmente o disposto dos artigos 150, § 3º e 173, § 2º da Carta Maior;
- VII. que, assim, sendo a EBCT empresa pública, após a CF/88, está sujeito às mesmas regras das empresas privadas, tanto em relação ao regime jurídico em que deve ser constituído, quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, podendo, inclusive, ser objeto de fiscalização pelo Estado, não estando assim o contribuinte enquadrado nas hipóteses de imunidade previstas no artigo 150 da CF/88;
- VIII. que o fato do STF ter decidido 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, já que esta 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;
- IX. que se emergindo ainda o questionamento 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, de fato os serviços postais, prestados pela EBCT, não se confundem com serviços de transporte de cargas, estando, portanto, fora da incidência do ICMS, mas no presente Auto de Infração não se está a exigir o imposto estadual sobre tais serviços postais, pois nele se cobra o ICMS do autuado, por responsabilidade solidária, pelo fato de a encomenda, remetida via SEDEX, estar sendo transportada sem a competente documentação fiscal, nos termos do art. 39 do RICMS-BA/97;
- X. que, assim, constata-se 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 dispositivo acima citado, além do que, no momento da postagem da encomenda, o autuado tem o direito legal de verificar o seu conteúdo e adotar as medidas legais cabíveis, caso não corresponda a nota fiscal;
- XI. que, por outro lado, examinando-se a natureza do conteúdo da encomenda, para verificação se a encomenda pode, ou não, ser considerada mercadoria, constata-se que foram apreendidas pela Fiscalização, cinco carteiras de cédulas “masculinas”, conforme Termo de Apreensão nº 146368, fl. 04, o que pela quantidade e características, devem ser considerados mercadorias para comercialização;
- XII. que, ainda, conforme expresso no § 2º do artigo 173, da Constituição “*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 à ordem econômica vigente;

- XIII. que no que tange aos protocolos assinados pela ECT, na data da autuação, estava em vigor o Protocolo ICMS 32/01, que apenas estabeleceu normas de controle de fiscalização relacionada com o transporte de mercadorias efetuado pelo autuado, em nenhum momento dispensando a ECT de ser responsabilizada pelo pagamento do tributo porventura devido em razão das ações fiscais ali desenvolvidas;
- XIV. que com base no aludido 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;
- XV. que em relação à base de cálculo do lançamento fiscal, embora não tenha sido contestada pelo defendente, consta no processo, à fl. 05, documento intitulado “Levantamento de Preços Correntes no Mercado Consumidor”, documento no qual consta a obtenção dos preços médios unitários de vendas ao consumidor e a demonstração do cálculo do imposto a partir da base de cálculo.

Irresignado com o julgamento de Primeira Instância, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário, repetindo integralmente as alegações apresentadas em sua defesa, nos seguintes termos, resumidamente:

- 1. Pugnando pela declaração de nulidade do procedimento fiscal, assevera que:
 - a) com base no Protocolo ICM 23/88, ao agente autuante caberia a identificação, na própria autuação, do remetente e destinatário da mercadoria transportada pelo recorrente, o que não aconteceu;
 - b) o recorrente não é parte legítima para figurar no pólo passivo da relação tributária. O remetente e o destinatário da mercadoria são os únicos sujeitos legítimos da relação; e
 - c) serviço postal não é transporte, logo, não se poderia falar em incidência de ICMS e, muito menos, em responsabilidade solidária.
- 2. No Mérito, o recorrente pede seja julgado improcedente o Auto de Infração, sustentando que:
 - a) a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos estaria, por força de dispositivo constitucional, imune ao tributo que se pretende cobrar;
 - b) em razão do monopólio que o recorrente exerce quanto à prestação de serviços postais, todas as atividades por ela desenvolvidas devem estar enquadradas no conceito de serviço público e, portanto, imunes ao ICMS;
 - c) o Decreto-Lei nº 509/69 e a Lei nº 6.538/78 foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, o que reforçaria a impossibilidade de se promover a cobrança do tributo em análise;
 - d) não existe previsão legal acerca da incidência do ICMS sobre serviço de transporte postal; e
 - e) por não ser enquadrada como transportadora, a EBCT não poderia ser considerada solidariamente responsável pelo tributo não recolhido.

Em seu Parecer opinativo – fls. 95 a 104 - a ilustre representante da PGE/PROFIS opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário, apresentando os seguintes argumentos:

- 1. A EBCT tem natureza jurídica de empresa pública, e que, por força do art. 173 da Constituição Federal esta prevê a equiparação desta às empresas privadas, não gozando de privilégios fiscais não extensíveis às do setor privado, sujeitando-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações tributárias. Assim, não há que se falar de imunidade tributária, estando derogado pela Constituição Federal em vigor o art. 12 do Decreto Lei nº 509/69, por não ter sido recepcionado pela mesma em razão de sua incompatibilidade com os preceitos constitucionais vigentes;

2. Em relação à responsabilidade tributária, a Lei Estadual nº 7.014/96, em seu art. 6º, III, d, a imputa aos transportadores em relação às mercadorias que conduzirem sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou acompanhadas de documentação fiscal inidônea, e que conquanto realize a ECT serviços distintos das demais transportadora, no momento em que realize transporte de mercadorias desacompanhadas de nota fiscal ou com nota fiscal inidônea, a ela é atribuída a responsabilidade pelo pagamento do tributo devido, por força da Lei Complementar nº 87/96.
3. A Lei Estadual nº 7.014/96 – art. 6º, IV – ainda imputa a qualquer pessoa física ou jurídica a responsabilidade tributária em relação às mercadorias que detiver para entrega desacompanhadas de documentação fiscal;
4. O RICMS/BA ao tratar das rotinas de controle e fiscalização de mercadorias objeto de serviço postal, prevê no art. 410, §4º, a necessidade de constar na embalagem das encomendas nacionais que contenham mercadorias, sendo o remetente contribuinte do ICMS, o número da nota fiscal respectiva.
5. A Diretoria de Tributação da SEFAZ já se posicionou a respeito da matéria, concluindo pela responsabilidade tributária da ECT, na situação em apreço.

VOTO

A matéria objeto deste Auto de Infração é questão já recorrente neste Conselho de Fazenda e é objeto de discussões nas esferas doutrinária e judicial. Em que pese não haver uniformidade de entendimento em relação à matéria nas esferas citadas, entendemos que a legislação posta, desde a Constituição Federal até as leis ordinárias e os regulamentos dos Estados que tratam do ICMS, é clara no sentido de que não há que se falar em imunidade tributária dos Correios, a uma porque ela é uma empresa pública, ao qual a Carta Magna não confere privilégios fiscais, porquanto equiparada às empresas privada, a teor do seu art. 173. A duas porque ao efetuar transporte de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal ou com documentação inidônea, a ela se imputa a responsabilidade tributária pelo pagamento do imposto devido, tratamento similar às demais empresas que transportam mercadorias, como não deveria deixar de ser, já que não lhe é atribuído, repetimos, qualquer privilégio fiscal em relação às demais empresas privadas.

No que toca aos demais argumentos do recorrente, repetidos em todos os Autos de Infração lavrados contra o recorrente, tomo emprestado os ensinamentos proferidos em voto proferido por este Conselho, em sede recursal, onde foram os mesmos enfrentados de forma brilhante, inclusive as preliminares de nulidade suscitadas:

“...De fato, muitas páginas poderiam ser dedicadas, no presente voto, para discorrer acerca da pertinência jurídica do lançamento levado a efeito por meio do Auto de Infração objeto deste processo administrativo fiscal. Entretanto, para que se entenda a justeza da cobrança realizada, faz-se necessária, apenas, uma única reflexão: pretende, a EBCT, seja-lhe reconhecida a imunidade tributária com relação aos “transportes postais” realizados, que contemplam verdadeiras mercadorias destinadas ao comércio ou dele oriundas; alternativamente, assevera o recorrente não possuir legitimidade para figurar no pólo passivo da relação tributária em comento. São estas, em síntese, as alegações nas quais o recorrente fundamenta suas razões. Percebe-se, todavia, que o acolhimento d’uma ou d’outra alegação produziria o mesmo efeito de se criar uma via alternativa para realização de transportes de mercadorias sem o efetivo pagamento do imposto devido. O Fisco ficaria, sem sombra de dúvidas, demasiadamente prejudicado, pois, além de não poder impor ao recorrente o pagamento do tributo devido, sequer lhe poderia exigir que preservasse o mínimo de regularidade das cargas transportadas, exigindo a documentação necessária à lícita consecução dos serviços que presta. Não é esta, absolutamente, a finalidade das normas legais e constitucionais que com-

põem o sistema tributário nacional. As preliminares argüidas pelo recorrente não merecem, com a devida licença, acolhimento. Não se está diante de qualquer das hipóteses legais autorizadoras da decretação da nulidade do procedimento administrativo fiscal. A ação fiscal observou os dispositivos pertinentes, estando, a infração, devidamente fundamentada, claramente descrita e quantificada. O valor atribuído às mercadorias não se mostra irrazoável, não existe embasamento legal ao afastamento da sujeição passiva da EBCT, por solidariedade, e, por fim, o serviço prestado, no presente caso, não pode ser considerado como o “serviço postal” objetivo maior do recorrente. Afastam-se, pois, todas as alegações preliminares. No que tange ao mérito, algumas considerações devem ser feitas. Primeiro, quanto à alegada imunidade, entendo que o serviço prestado pela EBCT, relativamente ao transporte de mercadorias que tais, em nada se assemelha ao serviço público denominado “serviço postal”. A controvérsia surge em razão da indeterminação do conceito previsto na Lei, entretanto não se sustenta por muito tempo. O “serviço postal” sobre o qual deve ser reconhecida a imunidade tributária tem de resumir-se àqueles por meio dos quais realizam-se as entregas de objetos materiais que não se constituam em mercadorias destinadas ao comércio ou que sejam objeto de uma relação mercantil. Extrapolado este limite, o recorrente sai da seara do “serviço postal”, sobre o qual detém monopólio, ensejando, portanto, a cobrança de todos os tributos devidos em razão do transporte, já que a atividade é tipicamente privada. Segundo, a responsabilidade solidária, in casu, decorre claramente do art. 39, I, “d”, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, tendo em vista a manifesta negligência do recorrente, ao admitir para transporte mercadoria desacompanhada de documento fiscal, atitude inescusável e que, portanto, enseja sua responsabilização pelo recolhimento do tributo devido. De outro lado, a Lei nº 7.014/96, em seu art. 6º, III, “d”, e IV, também atribuiu ao transportador responsabilidade solidária quanto ao pagamento do imposto e acessórios legais, originariamente devidos pelo contribuinte direto, quando conduzam mercadorias desacompanhadas de documentos fiscais, ou quando esta se mostrar inidônea. Inegável, portanto, a responsabilidade do recorrente, pelo pagamento do imposto devido...”.

Ressalte-se que o quantitativo de mercadorias apreendidas – 95 unidades de carteiras de cédulas masculinas - conforme Termo de Apreensão constante às fl. 04 dos autos – demonstra que as mesmas se destinavam à comercialização.

Ante o exposto, entendemos inatacável a Decisão recorrida, o que nos leva ao NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo-a em sua íntegra.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 123433.0045/08-6, lavrado contra **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$323,00**, 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, 06 de novembro de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

JOÃO SAMPAIO REGO NETO - REPR. DA PGE/PROFIS