

PROCESSO - A I Nº 123433.0113/08-1
RECORRENTE - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO- Acórdão. JJF 0371-01/08
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 19/03/2009

2^a CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0026-12/09

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-lhe a condição de responsável solidário. Não acatada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração no trânsito de mercadorias, para exigir ICMS no valor de R\$793,80, acrescido da multa de 100%, referente a transporte de mercadorias sem documentação fiscal, conforme Termo de Apreensão e Documentos acostados às fls. 3 e 4.

O autuado argumenta que a ECT foi criada pelo Decreto-Lei nº509/69 de 20/03/69, em vigor, recepcionado pela Constituição de 1988, e, em nome da União, exerce o serviço público postal. Transcreve 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.

Argúi como preliminar a inobservância das normas contidas no Protocolo ICM 23/88, regulador das normas de fiscalização envolvendo a ECT, o que resulta por si só na nulidade do ato fiscal. Salienta que está previsto no referido Protocolo 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, e que o Fisco podendo identificar o remetente e o destinatário lavrou o Auto de Infração em nome da ECT, em flagrante desacordo com o supramencionado protocolo.

Reclama da não entrega da 3^a via ao destinatário, o que segundo o mesmo, fortalece a argüição de nulidade. Faz referência a procedimento adotado pela fiscalização em caso similar a este (Informação Fiscal nº 121404 de 21/12/2000).

Esclarece que pelo art. 11 da Lei nº 6.538/78 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. Ressalta que esta é uma atribuição da Secretaria da Fazenda, a qual deve ser exercida no ato de desembaraço dos objetos postais. Aduz que não há amparo legal na exigência feita neste PAF, por desacordo com a legislação aplicável.

Afirma 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 à 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).

Argumenta que o art. 9º da aludida lei possibilita que a empresa exerça, ainda, outras atividades afins. Discorre sobre o que seriam essas atividades “afins”, concluindo que são semelhantes às atividades exercidas por particulares. Observa que, mesmo não tendo exclusividade, a ECT permanece como empresa pública, com todos os direitos e garantias inerentes.

Interpreta o art. 21, da CF/88, frisando que cabe à ECT, o recebimento, expedição, transporte e entrega de valores e encomendas postais. Ressalta que 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.

Protesta que à ECT não pode ser dispensado o mesmo tratamento dado às empresas transportadoras justificando que o serviço postal não é transporte, e sim serviço público amparado pela imunidade tributária o que descharacteriza a ECT da condição de transportadora.

Analisa 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. Define o fenômeno da recepção, através de ensinamento de Celso Ribeiro de Bastos. Esclarece, 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. Entende que assim, enquanto não elaborada a nova lei, continua a viger a Lei nº 6.538/78 e o Decreto-Lei nº 509/69.

Alega ainda 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 persiste 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.

Assevera que o serviço postal é constituído pelo recebimento, transporte e entrega dos objetos postais, agasalhados. Que 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.

Acrescenta 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. Afirma 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 cumpri a sua finalidade legal – prestar serviço postal a toda coletividade.

Traz 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, que 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 que se manifestou no mesmo sentido.

Transcreve também 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. Traz à 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.

Protesta, o autuado, contra a condição de solidário, na medida em que entende não ser uma transportadora, mas sim uma prestadora de serviço público postal.

Requer que sejam acolhidas as preliminares argüidas, para fins de tornar 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 defendantente 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, 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”.

A autuante, às fls. 47 a 58, presta informação fiscal onde transcreve trabalho efetuado por ele e outros servidores fazendários, onde é efetuado estudo sobre a responsabilidade da ECT em relação às mercadorias por ele transportadas, concluindo que a empresa é a responsável solidária pelo pagamento do ICMS.

Esclarece que a exigência fiscal não versa sobre a prestação de serviços de transporte efetuados pela ECT e sim pela responsabilidade solidária pelo transporte e detenção de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal.

Postula pela manutenção da autuação.

O julgador de Primeira Instância emite o seguinte voto:

“Inicialmente, afasto a preliminar argüida por inobservância do Protocolo ICM 23/88, por entender que mesmo não sendo entregue uma das vias do Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos ao destinatário das mercadorias, isto não evita de nulidade o presente PAF. O autuado no caso em exame foi pelo autuado transportar mercadorias sem documentação fiscal. Uma empresa do porte e da tradição da ECT não pode alegar desconhecimento quanto a uma regra comezinha: não se transporta ou se conduz mercadorias sem a documentação correspondente, conforme art.201 do RICMS (Decreto 6284/97). Observo que até mesmo o defendantente reconhece ser o transporte uma das ações do serviço postal, cumulada, segundo o mesmo, com o recebimento e a entrega dos objetos postais. Nos autos, os documentos acostados e as informações da autuante, narram objetivamente a infração cometida, bem como os dispositivos infringidos e multas aplicadas, além de indicar o valor que está sendo exigido. O próprio autuado não encontrou dificuldades em orientar a sua defesa, vez que tinha conhecimento claro da imputação. Rejeito, portanto essa preliminar de nulidade.”

Quanto as outras preliminares de nulidades suscitadas na defesa, observo que o regramento da empresa pública, como é o caso da ECT, está contido no art. 173 da Constituição Federal, §§ 1º e 2º, que a sujeita ao mesmo regime jurídico da empresas privada, inclusive quanto aos direitos e obrigações trabalhistas e tributárias, não podendo gozar de privilégios não extensivos às 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.

Atribuiu-se a responsabilidade solidária para pagamento do imposto à ECT pelo fato de terem sido encontradas mercadorias sem documentação fiscal (bijouterias diversas), em suas dependências desacobertos de documento fiscal, conforme Termo de Apreensão 144574, à fl. 4, com fundamento no art. 201, I combinado com o art. 39, I, "d", do RICMS/97.

Apesar do autuado ter fundamentado sua defesa na alegação de que não se pode exigir o ICMS sobre os serviços que presta, porque estes não se confundem com o serviço de transporte de cargas, neste Auto de Infração não se está a exigir o imposto sobre serviços postais.

Em realidade, este lançamento exige ICMS, por responsabilidade solidária, pelo fato de a encomenda, remetida via SEDEX, estava sendo transportada sem a necessária documentação fiscal. Transcrevo abaixo o artigo que trata da responsabilidade solidária no RICMS:

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.

§ 3º A responsabilidade prevista neste artigo não exclui a do contribuinte, facultando-se ao fisco exigir o crédito tributário de qualquer um ou de ambos os sujeitos passivos.

§ 4º O responsável por solidariedade sub-roga-se nos direitos e obrigações do contribuinte, estendendo-se a sua responsabilidade à punibilidade por infração tributária, ressalvado, quanto ao síndico e ao comissário, o disposto no parágrafo único do art. 134 do Código Tributário Nacional.

Assim, mesmo que se acolha o argumento adotado pelo autuado, o de não ser transportador, subsiste a exigência do imposto, com fulcro na responsabilidade solidária. Registre-se que, no momento da postagem da encomenda através de SEDEX, a ECT tem a obrigação legal de verificar o seu conteúdo e adotar as medidas legais cabíveis, no caso, a exigência da correspondente documentação.

Portanto, mesmo que o autuado não fosse considerado transportador, estaria obrigado ao pagamento do imposto, em razão de responsabilidade solidária, em face do inciso V do artigo 39 do RICMS/97, acima transrito.

Dianete do exposto voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração."

Em seu Recurso Voluntário o recorrente transcreve liberalmente os argumentos expendidos na defesa.

Sustenta, inicialmente a nulidade do procedimento fiscal, por encontrar-se a ECT sob o amparo da imunidade tributária recíproca, já fartamente explicitada pelo STF, que recepcionou o decreto instituidor dos Correios. Acrescentando: (I) que o Protocolo ICM 23/88 constitui-se em ato vinculante para todos aqueles que o subscreveram, inclusive o Estado da Baia, que, *in casu*, as formalidades essenciais referentes à fiscalização de mercadorias transportadas pela EBCT.(II) que a autuante poderia ter efetuado a cientificação do remetente e do destinatário das mercadorias apreendidas, em vez de lavrar AI exclusivamente contra a ECT.

Reitera que o serviço postal não é serviço de transporte, pois nos termos dos arts. 7º e 9º da Lei Postal nº 6538/78, a operação dos correios compreende três ações integradas praticadas em cadeia, ou seja, recebimento, transporte e entrega de objetos postais, não podendo ser interpretados ou analisados isoladamente.

Volta a defender a imunidade tributária da EBCT, amparada pelo art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69, e ainda a imunidade recíproca, pelo preceito constitucional no art. 150 da CF.

Cita jurisprudências para sustentar a sua defesa, e conclui pedindo o acolhimento das nulidades arguidas para que seja o auto declarado insubstancial, e, caso ultrapassadas, no mérito, seja o auto julgado improcedente, e, ao concluir, transcreve o art. 11 das Lei 6.538/78, *in verbis*:

Art.11 - Os objetos postais pertencem ao remetente até a sua entrega a quem de direito

A PGE/PROFIS em seu parecer, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, sob as seguintes alegações, resumidamente:

- a fundamentação do autuado permanece a mesma aduzida em Primeira Instância, não havendo matéria fática nova trazida aos autos que possa ser analisada;
- a questão é eminentemente jurídica, podendo ser abordada sob dois ângulos.
- primeiramente, transcreve a ilustre procuradora trecho do Parecer da lavra do Dr. José Augusto Martins, que conclui literalmente: “*A ECT, não obstante seja uma empresa pública federal, é pessoa jurídica de direito privado, que, nos termos do art. 173 da CF/88, se sujeita às mesmas obrigações tributárias que as empresas privadas, logo o transporte de mercadorias que realiza sofre incidência do ICMS, por não estar protegida pela imunidade constitucional*”;
- como segundo ponto, quanto à legitimidade passiva da ECT, diz que, “*ao contrário do que sustenta o recorrente, a própria lei postal, em diversos dispositivos, inclui entre os serviços prestados pelo autuado, literalmente, o termo TRANSPORTE e de outra forma, não se pode levar uma mercadoria de um lugar para outro a não ser exercendo um serviço de transporte*”;
- de nada difere do transportador particular, pois nenhum tratamento privilegiado é dado a uma empresa pública que exerce atividade que se equipara não a um serviço tipicamente, mas que possa ser exercido pela iniciativa privada.
- a autuação deu-se por responsabilidade solidária, por estar o recorrente de posse e transportando mercadorias de terceiros desacompanhadas de nota fiscal.

Ante exposto, entendemos que não deve ser provido o Recurso Voluntário.

VOTO

Neste Recurso Voluntário encontra-se em discussão o tema reiteradamente submetido a este CONSEF quanto à incidência do ICMS nas operações remessas de encomendas promovidas pela Empresa EBCT, que realiza o transporte e entrega de mercadorias sem a devida cobertura da documentação fiscal exigida pela legislação do imposto. Cumpre saber se o recorrente pode integrar a relação jurídico-tributária em questão, na qualidade de sujeito passivo por responsabilidade solidária.

A questão da imunidade tributária argüida pelo recorrente, nas razões recursais preliminares, já foi enfrentada e refutada pela Junta de Julgamento Fiscal, todavia a mesma preliminar volta a ser suscitada no Recurso Voluntário. Sobre essa matéria, não há dúvida que a ECT não está amparada na imunidade tributária prevista no art. 150, VI, “a”, da Constituição Federal, uma vez que a empresa, por força do disposto no art. 173, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, ao prestar o serviço de transporte de mercadorias mediante remuneração, está sujeita ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações trabalhistas e tributárias, não podendo gozar de privilégios não extensivos ao setor privado. A Procuradoria Estadual, ao opinar sobre a questão, ressaltou com bastante clareza que a imunidade recíproca invocada pelo recorrente não se aplica aos serviços prestados por empresas públicas “*em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário*”, pois a Constituição equipara estes serviços privados, pelo menos para fins de tributação. Não tem amparo no ordenamento jurídico pátrio a alegação de ilegitimidade passiva suscitada pelo recorrente.

Quanto aos aspectos formais do lançamento tributário, verifico que o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos foi lavrado de acordo com o previsto na legislação tributária (art. 940 a 945 do RICMS/97), não havendo nenhum descumprimento do Protocolo ICM 23/88. O citado

Termo serviu para embasar o lançamento, não se apresentando no processo qualquer impedimento para que o recorrente conhecesse a acusação que lhe foi imputada e exercesse o seu direito de defesa. Não acatada esta segunda argüição de nulidade levantada pelo sujeito passivo.

Quanto à alegação de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, ressalto que tal questão não pode ser apreciada por este colegiado, pois o artigo 167, inciso I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores administrativos a declaração de inconstitucionalidade. Nas instâncias administrativas, a constitucionalidade das normas que integram o sistema jurídico devem ser presumidas restando a possibilidade da questão ser submetida ao Poder Judiciário, a quem compete, no Brasil, decidir as lides, produzindo coisa julgada material.

No mérito, constato que restou comprovado nos autos que o recorrente recebeu mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal para transportar, as quais foram encontradas em suas dependências. Nesta situação, por força do disposto no art. 6º, III, “d”, e IV, da Lei nº 7014/96, o recorrente, que exercia a função de transportador e que detinha as mercadorias, era solidariamente responsável pelo pagamento do imposto e acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito. Em face do exposto, considero que a Decisão recorrida está correta e não carece de retificação e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

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 123433.0113/08-1, 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\$793,80, 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, 16 de fevereiro de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ – RELATOR

ÂNGELLI MARIA GUIMARÃES FEITOSA - REPR. DA PGE/PROFIS