

PROCESSO - A. I. Nº 118866.0003/09-6
RECORRENTE - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JF nº 0239-05/10
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 27/12/2010

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0449-12/10

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

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado, impugnando a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal, que julgou o Auto de Infração, lavrado em 20/11/2009, Procedente. O já citado Auto de Infração reclama o crédito tributário no valor de R\$ 1.038,66, acrescido da multa de 100%, por ter o sujeito passivo realizado o transporte de mercadorias (óculos esportivos) sem documentação fiscal, devidamente apreendidas através do Termo de Apreensão e Ocorrências (TAO) nº 152577.0014/09-0, lavrado em 20/11/2009, no Posto fiscal do Aeroporto.

Em sua defesa inicial de fls. 22 a 48, o sujeito passivo aduz que, além de o procedimento fiscal padecer de nulidade, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) encontra-se amparada pela imunidade tributária recíproca, fato que diz ter sido desconsiderado pela fiscalização.

Preliminarmente, o autuado argui a nulidade da ação fiscal por inobservância das disposições contidas no Protocolo ICM 23/88, regulador das normas de fiscalização que envolvem a ECT. Afirmar 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, 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 a ECT e a terceira ao fisco. Alega a ilegitimidade passiva, por entender que o Auto de Infração deveria ser lavrado contra quem de direito, no caso, o remetente ou destinatário, partes legítimas para figurar na presente relação.

Acentua que o serviço postal não é transporte e, dessa forma, não é uma empresa transportadora. Aduz que, no serviço postal, o transporte é apenas um elo entre a expedição e a entrega do objeto remetido, ao passo que no caso das transportadoras trata-se de uma atividade-fim. Sustenta que, dessa forma, não há previsão legal para a exação em tela, uma vez que o transporte, no serviço postal, não é fato econômico de relevância jurídica, escapando à hipótese de incidência legalmente estabelecida.

Menciona que está amparado na imunidade tributária prevista no art. 150, VI, “a” da Constituição Federal, pois é uma empresa pública da Administração Indireta Federal respaldado no art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69. Salienta que

desempenhar duas funções completamente distintas: explorar atividade econômica e prestar serviço público.

Após afirmar que, nos termos do art. 22, V, da Constituição Federal de 1988, compete privativamente à União legislar sobre serviços postais, o autuado transcreve o disposto no artigo 7º, §§ 1º a 3º e os artigos 8º, 9º, 25, 26 e 27, da Lei 6.538/78, que tratam do poder de legislar sobre os serviços postais.

Frisa que, conforme o disposto no art. 21, X, da CF/88, 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, negociais, intelectuais, administrativos ou “mercadorias”, mas, para a ECT, tais objetos são apenas objetos postais, nos termos do art. 47 da Lei n.º 6.538/78, ou seja, é remessa e entrega de objetos, com ou sem valor mercantil, por via postal.

Reitera 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.

Em relação à incidência do ICMS, diz que para a configuração de uma “operação mercantil”, é necessário que: a) seja regida 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 de objetos postais. Diz 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, obedecendo 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, sem a qual seria impossível cumprir a sua finalidade legal – prestar serviço postal a toda coletividade.

Traz julgados da Justiça Federal em dois estados da federação sob a matéria em apreciação, 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.

O autuado contesta a sua condição de solidário, pois entende que não é uma empresa transportadora, mas sim uma prestadora de serviço público postal. Frisa 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”.

Ao finalizar sua defesa, o autuado requer que sejam acolhidas as r
Auto de Infração seja julgado insubsistente, ou, sendo essas ultrap
julgado improcedente, ante a sua impossibilidade legal e, ainda, po

da administração pública e, portanto, 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. Argui ser inconstitucional a lei em que está baseada a autuação.

A Agente de Tributos autuante prestou informação fiscal à fl. 59 do PAF. Declarou que as alegações apresentadas pelo autuado não encontram base legal para serem levadas em consideração, isto porque a ECT seria responsável tributária pelas mercadorias que transporta desacompanhadas de documentação fiscal ou com nota fiscal inidônea. Citou o artigo 39 do RICMS/Ba, atinente à responsabilidade solidária pelo pagamento do imposto e acréscimos legais.

Ressaltou que a EBCT, nos termos do art. 173 da CF é equiparada às empresas privadas no que tange o regime jurídico e aos privilégios fiscais, não cabendo, nesse contexto, a alegação de imunidade recíproca, restrito este benefício apenas em relação ao patrimônio, renda ou serviços da entidade.

Concluiu pedindo que o crédito reclamado seja mantido e que o Auto de Infração seja julgado totalmente procedente.

A 5ª Junta de Julgamento Fiscal exarou a sua Decisão (fls. 62 a 65) a respeito do caso em lide, justificando o seu voto nos seguintes termos transcritos abaixo:

“Preliminarmente, rejeito a nulidade arguida pelo autuado, pois considero presentes os pressupostos de validade do processo. Tanto o Termo de Apreensão como o Auto de Infração foram lavrados com a observância das exigências contidas no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal- RPAF/99, em seu artigo 39, incisos, alíneas e parágrafos, não ocorrendo quaisquer das hipóteses previstas no artigo 18, seus incisos, alíneas, parágrafos, bem como foram observadas as disposições do Protocolo 23/88, em seu parágrafo 1 da Cláusula Segunda. Ademais, o presente Auto de Infração atribui a responsabilidade solidária para pagamento do ICMS À ECT, por terem sido encontradas mercadorias-frascos com comprimidos de Cogumelo do Sol- em suas dependências sem documento fiscal, conforme Termo de Apreensão nº304.375, com fulcro no artigo 201, inciso I, c/c o artigo 39, inciso I, alínea “ d”, do RICMS/97, afastando assim, a arguição de nulidade por não ter sido identificado como sujeito passivo da obrigação tributária o remetente ou destinatário da mercadoria.

Relativamente à arguição de inconstitucionalidade, encontro um óbice intransponível à sua apreciação no âmbito administrativo, que é o artigo 167, I, do RPAF/99, que afasta da competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade.

No que concerne a alegação do autuado de gozar da imunidade recíproca prevista no artigo 150, VI, da Constituição Federal de 1988 e que, desta forma, não poderia ter sido apontado como sujeito passivo da relação tributária, há que se observar que a imunidade alegada pelo sujeito passivo diz respeito à vedação da instituição de impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços dos entes políticos tributantes, sendo extensiva às suas autarquias e fundações, portanto, não alcançando a ECT, por não ser autarquia, nem fundação, e sim, empresa pública. Assim sendo, após a Constituição Federal de 1988, esta a ECT sujeita às mesmas regras das empresas privadas, tanto em relação ao regime jurídico em que deve ser constituída, quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias, ao arrimo do art.173, parágrafo 1º da Constituição Federal.

O Código Tributária 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 em lei.”

Por sua vez, a Lei n.º 7014/96, 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, inciso I, alínea “d”, inciso V, 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 aceitem para transporte ou que conduzirem sem documen
procedência ou destino, ou acompanhadas de documentação fiscal ini*

[...]

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 esta claramente definida na legislação do ICMs da Bahia, afastando a discussão sobre a condição de contribuinte ou não, da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, por ser totalmente superada na situação fática analisada, que cuida da responsabilidade solidária decorrente do transporte de mercadorias sem documentação fiscal.

Portanto, mesmo que o autuado não pudesse ser considerado transportador- conforme alega-, estaria obrigado ao pagamento do imposto, em razão de responsabilidade solidária, em face da regra insculpida no inciso V do art.39 do RICMS/97, acima transcrito.

Vale registrar, que embora a prestação de serviços postais não possa ser confundida com o serviço de transporte de carga, no Auto de Infração em exame não se esta a exigir o ICMs sobre tais serviços postais. O lançamento tributaria reclama o ICMS na condição de responsável solidariamente, pelo fato de a encomenda-confeccões diversas-, remetida via Sedes, estar sendo transportada desacompanhada da documentação fiscal correspondente, não havendo, neste casos, que se falar em quebra de sigilo de correspondência ou inviolabilidade do objeto postal.

Relevante consignar que o CONSEF, através das Juntas de Julgamento fiscal e Câmaras de Julgamento Fiscal, há pacificou o entendimento 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;

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

O sujeito passivo, inconformado com a Decisão de 1ª Instância, interpôs Recurso Voluntário, às fls. 74 a 94, através do qual apresentou os mesmos argumentos já trazidos na sua peça exordial e que foram apreciados no julgamento da 5ª Junta de Julgamento Fiscal, sem abarcar nenhum argumento ou fato novo.

A PGE/PROFIS, por meio da ilustre procuradora Dra. Maria José Ramos Coelho Lins de A. Sento-Sé, emitiu o seu Parecer opinativo, alegando inicialmente que a preliminar suscitada pelo recorrente é absolutamente desprovida de qualquer fundamento legal ou técnico, pois, conforme se depreende de uma análise simples de seu fundamento, escora-se, pura e simplesmente, na irregularidade na lavratura do termo de apreensão de mercadorias, o que, convenhamos, em nada afeta os princípios da ampla defesa e do contraditório, em face da clareza do quadro fático alinhavado no Auto de Infração.

Salienta que, tendo como premissa irretorquível à subjetividade da imunidade recíproca, não se pode entender como sujeita à imunidade “ontológica” a EBCT, pois a norma imunizante prevista na CF/88 alcançou tão-somente à União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e, por força de norma extensiva, às autarquias e fundações.

Alega que o eventual caráter objetivo da imunidade recíproca afastaria a incidência do ICMS apenas em relação à “vertente pública” da ECT, pertinente à prestação de serviço postal em sentido estrito, que assume a natureza de serviço público exercido em regime de monopólio, e, por isso, eventualmente, beneficiado pela imunidade recíproca.

Aduz que a imunidade recíproca, todavia, não alcançaria a “vertente mercadológica” da atuação da ECT, isto é, o serviço postal em sentido amplo, que assume a natureza de atividade econômica, exercida em regime de concorrência, e, por isso, sujeita ao regime tributário das empresas privadas.

Concluiu opinando pelo conhecimento do Recurso Voluntário e pelo seu improvimento.

VOTO

Compulsando os autos, pude constatar que Auto de Infração em ej Fiscal no transporte de mercadorias, conforme SEDEX SO 26907073-4 fiscal equivalente a R\$1.038,66, acrescido da multa de 100%, relativo

Created with

uma discussão jurídica que, em linhas gerais, tem entendimento já pacificado nesta egrégia 2ª CJF do CONSEF/SEFAZ-Ba, onde constam inúmeros Acórdãos que tratam do assunto em tela, respaldando a Decisão da 5ª JJF acerca da procedência da autuação em tela.

Inicialmente, o autuado suscita no seu Recurso Voluntário a preliminar de nulidade do procedimento fiscal, por entender que houve inobservância das disposições contidas no Protocolo ICM 23/88, regulador das normas de fiscalização que envolvem a ECT. Salienta que o referido Protocolo prevê que a lavratura de termo de apreensão tem que ser feita tanto em nome da transportadora em sentido amplo como do contribuinte.

Tal alegação não encontra respaldo legal, vez que foi juntado aos autos o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos, conforme consta à fl.4. Inclusive o Protocolo ICM 23/88 foi denunciado, passando a vigorar o 32/01. Pelo Protocolo em vigor, não existe mais a obrigatoriedade deste procedimento fiscal, ou seja, resta obrigado ao fisco, tão-somente, a lavratura de termo próprio onde esteja consignado o transporte irregular das mercadorias, as quais deverão ser apreendidas ou retidas pelo fisco, conforme a legislação de cada unidade federada. Enfim, a autuação foi lavrada obedecendo as formalidades legais previstas na legislação vigente.

Com relação à arguição de inconstitucionalidade, a mesma não merece prosperar no âmbito administrativo, já que não é facultado ao CONSEF o poder de declarar inconstitucionalidade, nos termos preceituados pelo art. 167, I, do RPAF/99.

O autuado alega também que não é atingida pela cobrança do tributo de ICMS, vez que goza de *imunidade recíproca* prevista no art.150, VI, “a” da Constituição Federal/88, adicionando ainda o art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69, além de algumas doutrinas da lavra de mestres do Direito acerca da matéria em discussão, asseverando que o serviço público é uma atividade constitucionalmente ordenada, própria do Estado, bem ao contrário da exploração econômica própria do setor privado.

Como bem exposto pela 5ª JJF na sua Decisão consignada nos autos (fls. 62/65) e corroborada pelo Parecer opinativo da PGE/PROFIS, através da ilustre procuradora do Estado Maria José Coelho Sento-Sé, fica justo e claro que a imunidade pretendida pelo autuado na sua peça de defesa não é abrangida pela pessoa jurídica da ECT, mas, tão somente, pelos serviços postais, ou seja, a imunidade recíproca não abarca a sua “*vertente mercadológica*” que envolve o serviço postal em sentido amplo, que tem natureza de atividade econômica, exercida em regime de concorrência, e, por isso, sujeita ao regime tributário das empresas privadas, conforme preceitua o art.173, §2º da Constituição Federal, nos termos transcritos a seguir: “*as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado*”.

Por conseguinte, entendo, com base em tudo lido e analisado sobre a matéria em questão, que a imunidade pretendida pelo autuado só se aplica aos casos de serviços postais exclusivamente vinculados a suas atividades essenciais relacionadas no art. 9º da Lei nº 6538/78, que assume a natureza de serviço público exercido em regime de monopólio. Tais atividades são entendidas como serviços postais em sentido estrito materializando a “*vertente pública*” da ECT.

Todavia, tal imunidade não é contemplada pelos serviços de transporte de mercadorias e serviços que o autuado transporta mediante pagamento, ou seja, os casos de transporte por encomenda. Nesses casos materializa-se a “*vertente mercadológica*” da ECT, conforme já supracitado.

Na esteira desta lógica jurídica a ECT não goza de *imunidade recíproca*, obrigando-se a plena observância do cumprimento do RICMS/BA no que tange ao transporte de mercadorias de terceiros remetentes, via SEDEX. Isto significa atentar para o que preceitua o art. 6º, III, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, pelo qual o transportador se obriga a transportar mercadoria acompanhada da devida documentação fiscal comprobatória e idônea, assumindo solidário caso transporte mercadoria para terceiros sem a respectiva

Portanto, é recorrente asseverar que a ECT sujeita-se, na condição de responsável solidária, com as obrigações previstas no RICMS para o transporte de mercadorias. Isto significa que a ECT assume a condição de sujeito passivo responsável solidário, nos termos previstos no art. 121, II, do CTN, combinado com o art. 6º, III, “d” da Lei nº 7014/96, com fulcro no art. 5º, da Lei Complementar nº 87/96, tendo sido inserido no RICMS/97, através do art. 39, inciso I, alínea “d”, e inciso V, e nessa condição deve exigir da empresa remetente o documento fiscal para acobertar as mercadorias que transportar. Caso contrário, assume a responsabilidade pelo ICMS devido e as cominações legais por descumprimento dessa obrigação fiscal.

Enfim, restaram provadas a legalidade e procedência da autuação fiscal, objeto do presente PAF. Por conseguinte, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto pelo autuado, para manter inalterada a Decisão recorrida.

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 **118866.0003/09-6**, lavrado contra **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.038,66**, 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 dezembro de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS