

A. I. Nº - 225080.0126/14-9
AUTUADO - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS
AUTUANTE - LUCIDALVA ROCHA VIANA DE JESUS
ORIGEM - IFMT/METRO
INTERNET - 29.06.2015

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0112-04/15

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CORREIOS E TELÉGRAFOS. MERCADORIAS DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Não acatadas as preliminares de nulidade suscitadas. No mérito, os aspectos fáticos não foram elididos. Predomina neste Conselho a jurisprudência de que os Correios estão sujeitos à norma da responsabilidade solidária. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 23/10/2014 pela fiscalização do trânsito de mercadorias, cobra ICMS no valor de R\$5.283,60, acrescido da multa de 100% em decorrência de operação comercial realizada desacompanhada de documento fiscal.

O autuado, através de seus patronos (fls. 16/37), preliminarmente afirmou não se conformar com a lavratura do Auto de Infração. Em seguida disse ser a ação fiscal nula, pois a empresa goza de imunidade tributária, conforme decisão recente do STF que recepcionou o art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69 e que transcreveu.

Em seguida, reproduzindo cláusulas do Protocolo ICMS nº 23/88, ressaltou que este protocolo, por se tratar de ato negocial, celebrado entre as partes, deve ser seguido por todos que o subscreveram. No caso, o autuante não identificou o remetente e o destinatário das mercadorias apreendidas, seus proprietários, conforme Cláusulas 1ª, 2ª e 5ª do citado Protocolo. Preferiu autuar a empresa em flagrante desconformidade com o citado protocolo.

Ressaltou ser pessoa ilegítima para responder pela infração, pois esta responsabilidade cabia ao remetente das mercadorias, como dispõe o art. 11, da Lei nº 6.538/78. E acaso, o destinatário tivesse sido informado da autuação, certamente tomaria providências.

Informou que diante do sigilo da correspondência e da inviolabilidade do objeto postal fica impedido de tomar medidas mais severas em relação aos objetos que transporta.

Argumentou que a ECT não poderia ser igualada a centenas de milhares de transportadoras particulares, já que o serviço postal não é transporte e, conseqüentemente, não é uma transportadora, pois o transporte no seu caso é apenas elo entre a expedição e a entrega do objeto remetido. Além do mais, serviço mais complexo, pois oferece segurança e a inviolabilidade do objeto postal regulamentada pela União.

Argüiu a imunidade tributária, com base no preceito constitucional que 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). Reproduzindo trecho da obra de Guilherme Ulhôa Canto acerca de imunidade tributária, entendeu que o autuado sendo uma empresa pública da administração indireta federal, enquadra-se perfeitamente neste conceito.

Especificou as funções que uma empresa pública pode desempenhar, quer explorando atividade econômica, quer prestando serviço público. Transcreveu ensinamentos de Geraldo Ataliba, Celso

Antônio Bandeira de Mello e Cirne Lima a respeito do assunto, concluindo que o serviço público é uma atividade constitucionalmente ordenada, própria do Estado, contrária ao da exploração econômica, própria do setor privado.

Frisou a seguir que, nos termos do art. 22, V, da CF/88, compete privativamente à União legislar sobre serviços postais, transcrevendo, em seguida, os arts. 7º § 3º, 25º, 9º, 8º e 26º da Lei nº 6.538/78, que enunciam o poder de legislar 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 a 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).

Argumentou que o art. 9º da referida lei fixou o monopólio de serviços postais e telegráficos. Mas, além das atividades correlatas ao serviço postal, a Lei nº 6.538/78 permite que a exploradora daqueles serviços exerça, ainda, outras atividades afins. Acentuou que essas atividades “afins” são semelhantes a atividades exercidas por particulares. Nesse caso, o fato de os serviços não serem exclusivos da ECT não lhes tirava o caráter público.

Segundo a defesa, a execução do serviço postal (serviço de caráter público) 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: 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.

O defendente deu ênfase aos argumentos 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.

Comentou que o Decreto-Lei nº 509/69 e a Lei nº 6.538/78 foram recepcionadas pela Constituição de 1988. Para corroborar o argumento expendido, baseou-se na doutrina de Celso Ribeiro de Bastos acerca do fenômeno da recepção, analisou a Lei nº 6.538/78 e o art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69.

Protestou 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, não podendo ter seus serviços onerados tributariamente, por se tratar de serviços públicos de competência exclusiva da União.

Analisando a natureza do ICMS, inclusive seu arquétipo constitucional, o qual não pode o legislador, que seja federal, estadual, municipal ou distrital, fugir, sustentou que o lançamento do crédito tributário deve ser feito atendendo à norma padrão de incidência do tributo pré-traçada na Constituição. Citando Roque Carrazza e Elizabeth Nazar Carrazza, chamou a atenção para a forma rígida como é feita a distribuição de competências no sistema tributário brasileiro e indicou que para a configuração do fato gerador do ICMS é mister que a operação que o caracteriza seja regida pelo Direito Comercial, tenha por finalidade o lucro e tenha por objeto uma mercadoria. Nesta circunstância, sendo o autuado uma empresa pública federal, cujo objeto de atividade é o serviço público de recebimento, expedição e entrega de correspondência e afins não poderia ser incluindo

no conceito do seu fato gerador, insculpido na Lei estadual nº 6.284/97, que e inclusive, não faz qualquer referência ao Serviço de Transporte Postal.

Insistiu em que a ECT, quando executa o serviço postal, não se equipara a uma empresa transportadora privada, pois não possui o mesmo objetivo, qual seja, a obtenção de lucro. Na maioria das vezes o transporte realizado onera a empresa, e não lhe garante um superávit em suas contas, posto que os preços cobrados cobrem apenas o custo do transporte, sendo este mera atividade meio dos seus serviços, que é levar objetos de um para outro lugar, não se configurando serviço de transporte. Por isso, concluiu a defesa, não pode a ECT ser considerada responsável tributária pelo ICMS relativamente aos objetos postais. Tomando por base a consideração de não ser a ECT contribuinte, não se pode exigir ICMS em razão do “transporte” que realiza.

A defesa reportou-se, em seguida, às decisões da Justiça Federal em dois Estados da Federação (Ceará e Rio Grande Sul) que se pronunciaram contrário a existência da relação jurídica que obrigue a ECT a promover o recolhimento do ICMS sobre os serviços postais e à jurisprudência administrativa. Como exemplos, citou que o setor consultivo da Inspeção Geral de Tributação, da Coordenação da Receita Estadual da Secretaria da Fazenda do Estado do Paraná, respondendo à Consulta nº 195/92, concluiu que os serviços postais não são alcançados pela incidência do ICMS. Ainda no Estado do Paraná, o Pleno do Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, apreciando o Auto de Infração nº 01.3685761-4, lavrado contra a ECT, proferiu o Acórdão nº 283/94, afirmando que os serviços postais prestados pela referida empresa não se confundem com serviços de transporte de cargas, estando fora do campo de incidência do ICMS.

O autuado destacou que a configuração da incidência tributária exige que haja exata adequação do fato à norma. E que assim não sendo, a lei tributária será sempre interpretada pela maneira mais favorável ao contribuinte.

Afirmou, ainda, não se poder argüir a responsabilidade solidária, pois como provado, como goza de imunidade e não é uma transportadora, não pode ser enquadrado nas disposições contidas no art. 201, I c/c com o art. 39, I, “d”, do RICMS/97.

Concluiu pedindo que fosse 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 insubsistente, ante a impossibilidade legal de sua lavratura e, ainda, por ser o impugnante ente integrante da administração pública e conseqüentemente 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.

A autuante (fls. 49/52) indica a infração ora detectada e rechaça os argumentos defensivos. Traz aos autos as determinações do art. 39, I, “d” do RICMS/97 e decisões deste Colegiado para manter integralmente a ação fiscal.

VOTO

A empresa suscita preliminar de nulidade do Auto de Infração, reproduzindo cláusulas do Protocolo ICMS nº 23/88, já que a fiscal autuante não havia identificado o remetente e o destinatário das mercadorias apreendidas e não lavrou o Termo de Apreensão de Mercadorias em três vias, conforme preconiza o referido Protocolo, preferindo autuar a empresa.

Em primeiro, o Protocolo 23/88 foi denunciado e o ora em vigor é o de nº 32/01, onde não existe mais a obrigatoriedade da fiscalização de lavrar o Termo de Apreensão em três vias. O que este Protocolo prevê é que *“no ato da verificação fiscal de prestação do transporte irregular ou das mercadorias e bens em situação irregular deverão as mercadorias e os bens ser apreendidos ou retidos pelo Fisco, mediante lavratura de termo próprio, conforme a legislação de cada unidade federada, para comprovação da infração”*. E no seu § 1º determina que no *“aludido termo constará, se for o caso, o endereço da unidade da ECT onde ocorreu a retenção ou apreensão e, a critério do Fisco, a intima-*

ção para comparecimento do interessado, especificando o local, o horário e o prazo.” E, por segundo, a identificação do remetente e do adquirente da mercadoria é irrelevante diante da decisão da lide.

No que diz respeito a preliminar de ilegitimidade passiva dos Correios, também esta não encontra respaldo legal a teor do quanto disposto nos art. 121 e 128, do CTN - Código Tributário Nacional.

A EBCT não goza da imunidade tributária recíproca, consagrada no art. 150, inciso VI, da Constituição Federal, na forma pretendida pelo recorrente. A imunidade alegada diz respeito à vedação da instituição de impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços dos entes tributantes. Esta imunidade é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo poder público no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes e somente é extensiva às suas autarquias e fundações, instituídas e mantidas pelo poder público (§ 2º). Por outro lado, ela não se aplica ao patrimônio, à renda e aos serviços relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou *em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário (grifo)* (§ 3º).

Estas são as determinações constitucionais, nas quais entendo não caber a atividade exercida pela EBCT ora em discussão. E, mesmo que se pudesse nestas determinações ser enquadrado, o serviço prestado é oneroso, sendo, portanto, vedada a imunidade pretendida.

Por outro lado, a EBCT não é uma autarquia nem uma fundação, mas uma empresa pública que exerce, em parte, um serviço tipicamente público – serviço postal. Dessa forma, sendo empresa pública e após a Constituição Federal de 1988, está 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 tributários, ao arrimo do art. 173, § 1º da Constituição Federal. Além do mais, não poderá gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado (§ 2º), o que derroga as determinações do art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69. Neste caso, entendo que a Constituição Federal não deixou a cargo de qualquer lei disciplinadora o assunto. Ela própria cuidou de estabelecer as diretrizes a serem obedecidas.

Ultrapassada essas questões, pergunto se a atividade exercida pelo autuado - serviço postal na modalidade encomenda - pode ser entendida como um serviço de transporte.

Atribui-se a responsabilidade solidária para pagamento do imposto à EBCT pelo fato de terem sido encontradas mercadorias (relógios) em suas dependências, desacobertas de documento fiscal, com fundamento no art. 6º, III, “d” e IV, art. 34, VI-A, XII e XIV-B, da Lei nº 7014/96 combinado com o art. 83, I e 101, do RICMS/12. O fisco estadual entendeu que os produtos apreendidos se tratavam de mercadorias e que o autuado se equiparava a um transportador, respondendo solidariamente pelo pagamento do ICMS incidente sobre a operação.

O entendimento deste CONSEF é de que, embora a prestação de serviços postais não possa ser confundida com o serviço de transporte de carga, no presente Auto de Infração não se está a cobrar o ICMS sobre tais serviços postais. O lançamento exige o ICMS, por responsabilidade solidária, pelo fato da encomenda, remetida via SEDEX nº SR896884452BR, ter sido transportada desacoberta da documentação fiscal.

Nesta circunstância, o art. 6º da Lei nº 7.014/96, que por sua vez segue as determinações estabelecidas no art. 5º da Lei Complementar nº 87/96, nos casos de responsabilidade por solidariedade, expressa:

Art. 6º São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

III - os transportadores em relação às mercadorias:

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

IV - qualquer pessoa física ou jurídica, em relação às mercadorias que detiver para comercialização 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.

Portanto, mesmo que o autuado não pudesse ser considerado transportador, estaria obrigado ao pagamento do imposto, em razão de responsabilidade solidária, em face da regra insculpida no art. 6º da Lei nº 7014/96, acima transcrito. Ou seja, se a EBCT transporta mercadorias sem a observância dos ditames legais, deve ser guinada à condição de responsável tributária.

Em vista de tudo aqui exposto, meu voto é pela PROCEDÊNCIA da autuação no valor de R\$5.283,60.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **225080.0126/14-9**, lavrado contra a **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.283,60**, 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, 18 de junho de 2015

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

VALTÉRCIO SERPA JUNIOR - JULGADOR