

A. I. N° - 225414.0055/15-3
AUTUADO - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS
AUTUANTE - ANTONINA XAVIER GOMES DA SILVA
ORIGEM - IFMT/METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 11.12.2015

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0209-05/15

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-se-lhe a condição de responsável solidário. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 16/04/2015, exige ICMS no valor de R\$ 33.643,17 e multa de 100%, em razão de transporte ou operação de mercadorias sem documentação fiscal.

O autuado ingressa com defesa, fls. 12 a 38, e relata que foi considerado como se responsável solidário fosse, ao recolhimento do ICMS, acrescido de multa, em virtude de suposta conduta, mercadoria transportada sem documentação fiscal. Aduz que encontra-se amparada pela imunidade tributária recíproca, fato desconsiderado pelo fisco, em flagrante prejuízo à ECT.

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.

Reproduzindo cláusulas do Protocolo ICM 23/88, ressaltou que este protocolo, por se tratar de ato vinculante, celebrado entre as partes, deve ser seguido por todos aqueles que o subscreveram. No caso, o autuante não identificou o remetente e o destinatário das mercadorias apreendidas, seus proprietários e não lavrou o Termo de Apreensão de Mercadorias em três vias, conforme preconiza o referido Protocolo. Preferiu autuar a empresa, em flagrante desconformidade com o citado protocolo.

Disse ser pessoa ilegítima para responder pela infração, pois esta responsabilidade cabia ao destinatário ou ao remetente das mercadorias. 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 uma transportadora no sentido restrito, como são as transportadoras particulares, já que o serviço postal não é transporte e, consequentemente, não é uma transportadora, pois o transporte no seu caso é apenas elo entre a expedição e a entrega do objeto remetido e não sua atividade fim. Fazendo referência aos arts. 7º e 9º da Lei nº 6.538/78, disse que o serviço postal é muito mais complexo que um simples serviço de transporte, pois oferece segurança e inviolabilidade do objeto postal, sendo o recorrente o único que o realiza, em obediência à legislação pátria.

Entendendo como mérito, arguiu 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 agravarem 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, 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 de Lima a respeito do assunto, concluiu 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 §§§ 1º, 2º e 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: 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.

A empresa 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, novamente, que o Decreto-Lei nº 509/69 e a Lei nº 6.538/78 foram recepcionados pela Constituição de 1988. Para corroborar o argumento expedito, 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. Observou que a Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/98, dispôs que a lei ordinária irá disciplinar o estatuto jurídico das empresas que prestam serviço público. Como até a presente data não existe lei disciplinadora, entendeu em vigor o 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, quer 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 Antonio 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 incluído no conceito do seu fato gerador, insculpido no Decreto 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, 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, nem há que se falar na ausência de emissão de nota fiscal para serviço imune e, por via de consequência, na exigência de multa por obrigação acessória que, no caso, segue a principal.

Reportou-se, em seguida, a decisões da Justiça Federal em dois Estados da Federação (Ceará e Rio Grande Sul) que se pronunciaram contrário à 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 Inspetoria 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.

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 arguir a responsabilidade solidária, pois como provado, ao gozar de imunidade e não ser uma transportadora, não pode ser enquadrada 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 arguida, para que seja tornado sem efeito o Auto de Infração, ou, caso ultrapassada a preliminar, que no mérito se julgue o Auto de Infração insubstancial, ante a impossibilidade legal de sua lavratura e, ainda, por ser o impugnante ente integrante da administração pública e, consequentemente, 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. Por fim reitera, mais uma vez o artigo 11 da Lei 6.538 de 22 de junho de 1978, “os objetos postais pertencem ao remetente até a sua entrega a quem de direito”.

A autuante presta a informação fiscal, fls. 46 a 48, e salienta que o erro cometido pelo autuado está na falta de conhecimento da legislação, sobretudo o RICMS, na medida em que transporta mercadorias sem documentação fiscal. Dos sujeitos passivos da obrigação tributária, estão também os órgãos da administração pública. Cita os artigos 39 e 36, inciso VIII do RICMS/BA. Salienta que a defesa apresentou o Protocolo nº 23/88 que estabelece procedimentos adotados na fiscalização relativa ao serviço de transporte e às mercadorias e bens transportados pela ECT, à folha 14 do PAF, todavia ressalta que atualmente vigora o Protocolo nº 32/01, que foi totalmente respeitado pela fiscalização, e não respeitado pela ECT, principalmente na cláusula 3ª.

A ECT tem inscrição estadual, é empresa cadastrada na SEFAZ, arts. 150/152.

Além disso, o RICMS prevê normas específicas para a ECT, tais como a do artigo 410-A, e seu parágrafo segundo. Quanto ao destino das vias de Termo de Apreensão, reclamado pela defesa,

foi conforme a legislação, e de acordo com o previsto nos Protocolos 23/88 e 32/01. Reafirma a procedência da ação fiscal.

VOTO

Saliento que não cabe a esta JJF apreciar questões de constitucionalidade de lei ou de atos normativos, a teor da disciplina do art. 167, I do RPAF/99.

Constato que o Auto de Infração atende a todas as formalidades para a sua validade, obedecidos os requisitos constantes no art. 39 do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99), tendo sido lavrado no trânsito de mercadorias.

Ao contrário do que afirma a defesa, as determinações contidas no Protocolo ICM 23/88 foram observadas, uma vez que a primeira via do Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos (fl. 04) está assinada pelo detentor das mercadorias.

Quanto ao argumento de que goza de imunidade tributária, de acordo com o estatuto no artigo 150, inciso VI, alínea “a”, da Constituição Federal de 1988, esta imunidade somente é aplicada às mercadorias e serviços exclusivamente vinculados a suas atividades essenciais e não às mercadorias transportadas e serviços prestados mediante pagamento.

No que concerne ao argumento de que a EBCT, por ser empresa pública da administração indireta Federal não pode ser igualada a transportadores particulares, já que o serviço postal não é transporte, ressalto que o serviço prestado pela EBCT de transporte de encomendas se equipara aos serviços prestados pelas transportadoras rodoviárias, ferroviárias, aéreas e aquaviárias, não podendo ser confundido com as atividades correlatas do serviço postal (telegrama, correspondências, etc.). Portanto, 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.

Ultrapassadas as preliminares trazidas pela defesa, posto que o contribuinte compreendeu e se defendeu do que foi acusado, sendo possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito, razão não encontro para decretar a nulidade do lançamento, conforme disposto no art. 18, § 1º do RPAF/BA. Além do mais, o órgão julgador não tem competência para apreciar a constitucionalidade da legislação tributária estadual, a teor do art. 167, I, do RPAF/99.

No mérito, foi indicado que o Auto de Infração foi lavrado por ter sido encontrada, no estabelecimento do autuado (EBCT), uma encomenda desacompanhada de documentação fiscal, composta de 1.998 cabos USB, conforme relato do Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos, nº 225.414.0054/15, e destinatário identificado no mesmo, documento de fl. 04.

Conforme as determinações do art. 39, I, “d”, V e §§ 3º e 4º, todos do RICMS/BA e respondendo ao 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, foi observado que, pelas *decisões trazidas aos autos pelo contribuinte, a Justiça Federal já se manifestou a respeito, em várias oportunidades, entendendo que não há a relação jurídico-tributária que embase a exigência de ICMS sobre a prestação de serviços postais, pois tal atividade não pode ser confundida com o serviço de transporte de cargas.* Contudo, no Auto de Infração não se está a exigir o imposto estadual sobre tais serviços postais, e sim por responsabilidade solidária, acorde art. 39, I, “d” e V, do RICMS/97, pelo fato de a encomenda, remetida via SEDEX, estar sendo transportada sem o competente documento fiscal.

Cabe lembrar 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 à nota fiscal.

Ressalto que o art. 173, § 2º CF/88, estabelece que “*as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado*”, sob pena de se criar um ambiente desleal, contrário a ordem econômica vigente.

Quanto aos protocolos assinados pela ECT, observo que, na data da autuação, já estava em vigor o Protocolo ICM 32/01, que apenas estabeleceu normas de controle de fiscalização relacionada com o transporte de mercadorias efetuado pelo autuado, em nenhum momento dispensando a EBCT de ser responsabilizada pelo pagamento do tributo, porventura devido em razão das ações fiscais ali desenvolvidas.

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 da República, da vedação à quebra do sigilo da correspondência.

Quanto ao valor exigido não foi contestado pela defesa e encontra-se discriminado na Memória de Cálculo de fl. 07.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **225414.0055/15-3** lavrado contra **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 33.643,17**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inciso IV, "a" da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de novembro de 2015.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATORA

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR