

A I Nº - 929203-9/03
AUTUADO - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS
AUTUANTE - WALTER LÚCIO CARDOSO DE FREITAS
ORIGEM - IFMT-DAT/ METRO
INTERNET - 16.10.03

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0395-03/03

EMENTA. ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS RELATIVO A MERCADORIA ACEITA PARA ENTREGA SEM A CORRESPONDENTE NOTA FISCAL. EMPRESA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. O contribuinte, emissor da nota fiscal, discriminada acima, aquele que no dizer do art. 121, I, do CTN, tem relação pessoal e direta com a situação que constitui o fato gerador do imposto, é o emitente da nota fiscal, e está localizado no Estado de São Paulo. Assim, o prejuízo pelo pagamento do ICMS a menor, foi suportado pelo Estado de São Paulo, e somente este tem a capacidade tributária ativa para cobrar do seu contribuinte o imposto recolhido a menos em decorrência das mercadorias relacionadas no documento fiscal estarem com os preços divergentes dos constantes nas etiquetas dos produtos. Infração descharacterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 11/06/03, no trânsito de mercadorias, para exigir o ICMS no valor de R\$348,48, acrescido da multa de 100%, referente a operação de mercadorias efetuada com documentação fiscal inidônea, conforme Termo de Apreensão lavrado e acostado à fl. 03, o qual descreve que as mercadorias estão acondicionadas em (1) um volume, acompanhada da Nota Fiscal nº 014013, de 26.05.03, com valores divergentes dos que constam nas etiquetas, caracterizando sub-faturamento.

O autuado apresentou defesa, fls. 12/31, através de advogado legalmente habilitado, transcrevendo, inicialmente, alguns dos dispositivos do Protocolo ICM nº 23/88. Suscita, como preliminares de nulidade do lançamento, os seguintes fatos:

1. não foram observadas as determinações contidas no Protocolo ICM nº 23/88, isto é, não foi lavrado, em três vias, o Termo de Apreensão, com a seguinte destinação: a primeira, do remetente ou destinatário; a segunda, da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) e a terceira, do fisco;
2. sendo a ECT Empresa Pública da Administração Indireta Federal não pode ser igualada às centenas de milhares de transportadores particulares existentes no país, pois o serviço postal não é transporte e, por conseguinte, o autuado não é transportador;

3. o autuado goza de imunidade tributária, de acordo com o estatuído no artigo 150, inciso VI, alínea “a”, da Constituição Federal de 1988. Cita o entendimento de diversos juristas a respeito do conceito de empresa pública.

Argumenta, ainda, que cabe exclusivamente à União legislar sobre o serviço postal, cuja definição foi oferecida pela Lei nº 6.538/78, em seu artigo 7º, como “o recebimento, expedição, transporte e entrega de objetos de correspondência, valores e encomendas”.

Alega que os serviços de recebimento, expedição, transporte e entrega de valores e encomendas, exercidos pela União através dele, por força do estabelecido no artigo 9º da Lei nº 6.538/78, não estão compreendidos no regime de monopólio, podendo ser prestados também por particulares. Todavia, entende que o fato de não serem exclusivos, não lhes retira o caráter de serviço público, tendo em vista o disposto no artigo 7º da citada Lei nº 6.538/78 e seu § 3º. Argumenta, ainda, que as correspondências, valores e encomendas são objetos postais e não mercadorias.

Afirma que o Decreto-Lei nº 509/69 e a Lei nº 6.538/78 foram recepcionados pela Carta Magna de 1988, o que é corroborado pela alteração feita em seu artigo 173 pela Emenda Constitucional nº 19/98. Menciona o Parecer do jurista Celso Ribeiro de Bastos, concluindo que goza de imunidade tributária, não podendo, assim, ter seu patrimônio diminuído por qualquer tipo de imposto (por ser patrimônio da União) e seus serviços onerados tributariamente (por serem da competência exclusiva da União).

Advoga a tese de que a atividade por ele desenvolvida nunca poderá ser confundida com o serviço de transporte executado por particulares, já que existem regras rígidas, ditadas pela lei, que delimitam seu campo de atuação. Ademais, o serviço postal é muito mais complexo que o simples transporte, já que oferece segurança, inviolabilidade do objeto postal, universalidade e confiabilidade garantidos pela União. Dessa forma, o serviço de SEDEX, reembolso postal e encomenda normal (modalidade encomendas) incute, em seu conceito, a realização de transporte, o que acontece também com as cartas, vales postais, telegramas e demais objetos postais, mas não pode ser definido como serviço de transporte, já que é apenas uma atividade-meio sem a qual seria impossível cumprir a sua finalidade legal, qual seja, prestar serviço postal a toda a coletividade.

Diz, ainda, que não pode ser considerado responsável tributário pelo recolhimento do ICMS sobre serviço de transporte de objetos postais, mesmo que seja de encomenda, nem há que se falar em ausência de emissão de nota fiscal para serviço imune.

Cita a jurisprudência dos Tribunais Federais e o entendimento esposado pela Secretaria da Fazenda do Paraná para demonstrar que não pode haver incidência do ICMS sobre o serviço postal, pois ele não pode ser confundido com serviço de transporte de cargas.

Finaliza alegando que as normas constitucionais e infraconstitucionais exigem que haja exata adequação do fato à norma, sem o que não se configura a hipótese de incidência do imposto, e a insistência na cobrança do imposto estadual configura flagrante constitucionalidade. Por último, lembra que o artigo 11 da referida 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”.

O autuante, em sua informação fiscal, fls. 38/39, mantém a autuação argumentando preliminarmente que a responsabilidade tributária imputada ao autuado “tem sido tema já fartamente analisado pelo CONSEF e sobre o qual tem-se jurisprudência neste conselho com julgamentos pela procedência das autuações contra a ECT”.

Prossegue ressaltando que:

1. o Estado da Bahia é signatário do Protocolo ICMS nº 32/01 que revogou o Protocolo ICM nº 23/88 e, assim entende que não são cabíveis as alegações defensivas citando este último Protocolo. Não obstante isso, aduz que atendeu à legislação em vigor, uma vez que, sendo constatada a irregularidade apontada no lançamento, foi lavrado Termo de Apreensão, em três vias, com a seguinte destinação: a primeira via, entregue ao autuado; a segunda, acompanhou as mercadorias até o depósito da IFMT/Metro; e a terceira, anexada ao presente PAF;
2. o autuado é empresa pública, portanto, não goza da imunidade recíproca prevista na Constituição Federal;
3. o contribuinte, na qualidade de transportador e detentor das mercadorias apreendidas, é responsável solidário pelo pagamento do imposto, tendo em vista que as citadas mercadorias encontravam-se em situação fiscal irregular.

Acostou, finalmente, fotocópia do relatório elaborado, em 15/09/99, pela auditora fiscal Luciana Mathias de Almeida da DITRI/SEFAZ com as seguintes conclusões:

1. a previsão constitucional do artigo 173, §§ 1º e 2º, impõe à ECT a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, não gozando a empresa de privilégios fiscais não extensivos às mesmas;
2. a imunidade tributária prevista no artigo 150, inciso VI, alínea “a”, da Constituição Federal é extensiva às autarquias e fundações, não se aplicando às empresas públicas, porquanto destinadas à exploração de atividades de natureza econômica;
3. a Lei nº 6.538/78, ao ampliar o conceito constitucional de serviço postal, incluindo nele a prestação de serviços que, em realidade, são desenvolvidos concorrentemente por empresas do setor privado descaracterizou o monopólio previsto na Lei Maior;
4. a concessão de privilégios fiscais à ECT, não extensivos às empresas privadas, poderia ocasionar a inviabilização econômica das últimas, em relação àquelas atividades desenvolvidas sob regime concorrencial;
5. à ECT poderá ser atribuída a condição de responsável pelo pagamento do ICMS, na hipótese de circulação de mercadoria desacompanhada de documentação fiscal ou sendo este inidôneo.

O autuante, para reforçar sua argumentação, anexou também fotocópias de uma informação fiscal prestada, em outro Auto de Infração, pelo auditor fiscal José Hermógenes Lima da Silva.

O autuado foi intimado a se pronunciar sobre os documentos juntados pelo autuante, mas preferiu não fazê-lo.

VOTO

Inicialmente, devo observar que este órgão julgador não tem competência para apreciar a constitucionalidade da legislação tributária estadual, a teor do artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

Da análise dos documentos acostados pelo autuante, verifica-se que o Auto de Infração foi lavrado por ter sido encontrada, na agência do autuado (Empresa de Correios e Telégrafos – ECT), uma encomenda – confecções diversas -, remetida através de SEDEX, acompanhada de documentação fiscal inidônea, por consignar preços inferiores ao praticado.

Em razão do disposto no artigo 39, inciso I, alínea “d”, do RICMS/97, o preposto fiscal entendeu que:

1. tratava-se de mercadorias;
2. o autuado se equiparava a um transportador e, portanto, respondia solidariamente pelo pagamento do ICMS incidente sobre a operação.

O autuado desenvolveu sua argumentação inicialmente alegando que não pode ser apontado, como sujeito passivo da relação tributária, porque goza da imunidade prevista no artigo 150, inciso VI, da Constituição Federal.

Para uma melhor análise da questão, transcreverei a seguir os dispositivos constitucionais concernentes à questão:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

VI - instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

§ 2º A vedação do inciso VI, a, 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.

§ 3º As vedações do inciso VI, a, e do parágrafo anterior não se aplicam 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, nem exoneram o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de serviços, dispondo sobre:

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

§ 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

O Decreto-Lei nº 509/69 determinava o que se segue:

Art 1º O Departamento dos Correios e Telégrafos (DCT) fica transformado em empresa pública, vinculada ao Ministério das Comunicações, com a denominação de Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), nos termos do artigo 5º, item II, do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.

Art 12. A ECT gozará de isenção de direitos de importação de materiais e equipamentos destinados aos seus serviços, dos privilégios concedidos à Fazenda Pública, quer era relação à imunidade tributária, direta ou indireta, impenhorabilidade, de seus bens, rendas e serviços, quer no concernente a foro, prazos e custas processuais.

Por sua vez, a Lei nº 6.538/78, que disciplina a prestação de serviço postal, estabelece o seguinte:

Art 10 - Não constitui violação do sigilo da correspondência postal a abertura de carta:

II - que apresente indícios de conter objeto sujeito a pagamento de tributos;

Parágrafo único - nos casos dos incisos II e III a abertura será feita obrigatoriamente na presença do remetente ou do destinatário.

Da análise dos dispositivos acima transcritos, conclui-se que:

1. O Decreto-Lei nº 509/69 transformou o antigo Departamento dos Correios e Telégrafos (DCT) em empresa pública, vinculada ao Ministério das Comunicações, com a denominação de Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), o que foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988;
2. no entanto, ao contrário do que alega o autuado, entendo que a imunidade tributária de que gozava a ECT, por força do Decreto-Lei nº 509/69, não foi recepcionada pela Carta Magna de 1988, pois tal privilégio contrariava frontalmente o disposto no § 3º do artigo 150 e no § 2º do artigo 173 de nossa Carta Maior.

Dessa forma, sendo o autuado empresa pública, após a Constituição Federal de 1988, está sujeito às mesmas regras das empresas privadas, tanto em relação ao regime jurídico em que deve ser constituído, quanto relativamente aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, podendo, inclusive, ser objeto de fiscalização pelo Estado (compreendido nesse conceito, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios). Dessa forma, considero que o contribuinte não está enquadrado nas hipóteses de imunidade previstas no artigo 150 da Constituição Federal.

Ressalte-se, por oportuno, que o fato de ter sido decidido, pelo STF, 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. A 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.

Ultrapassada essa questão, deve-se indagar 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.

Conforme 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.

O Estado do Paraná também já se pronunciou sobre a matéria, através de seu Setor Consultivo e do Conselho de Contribuintes, decidindo que os serviços postais, prestados pela ECT, não se confundem com serviços de transporte de cargas, estando, portanto, fora da incidência do ICMS.

Todavia, embora toda a argumentação do autuado se fundamente no fato de que não se pode exigir o ICMS sobre os serviços que presta, porque eles não se confundem com o serviço de transporte de cargas, no presente Auto de Infração não se está a exigir o imposto estadual sobre tais serviços postais.

Na verdade, este lançamento exige o ICMS do autuado, por responsabilidade solidária, pelo fato de a encomenda, remetida via SEDEX, estar sendo transportada sem a necessária documentação fiscal.

O RICMS/97, nos casos de responsabilidade por solidariedade, se expressa nos seguintes termos:

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. (grifos não originais)

§ 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, 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 artigo 39 do RICMS/97, acima transcrito.

É oportuno lembrar que, no momento da postagem da encomenda através de SEDEX, o autuado tem o direito/dever legal de verificar o seu conteúdo e adotar as medidas legais cabíveis, no caso, a exigência da correspondente nota fiscal.

Contudo, a obrigação acessória de emitir a nota fiscal, ao efetuar as vendas de mercadorias, é do vendedor, dever que nasce da lei, segundo o princípio da legalidade, o qual o direito tributário está adstrito.

No caso em tela, as mercadorias foram provenientes do Estado de São Paulo, através da Nota Fiscal nº 014013, emitida em 26/05/03, por DMS Roupas Confecções Ltda., cuja inscrição estadual encontra-se Ativa, sendo, portanto, o documento fiscal, válido para dar trânsito às mercadorias.

Portanto, verifica-se que não se trata de mercadorias desacompanhadas de documentos fiscais, mas mercadorias acompanhadas de nota fiscal válida, sendo que os preços ali consignados foram inferiores aos constantes nas etiquetas das peças remetidas. Mas, entendo que não é razoável que o transportador responda pelo fato de que dos preços reais das mercadorias estão em dissonância com os dos valores do documento fiscal, haja vista que a nota fiscal emitida pelo vendedor é formalmente válida e, aparentemente teria sido preenchida de modo correto, relacionando as quantidades das mercadorias, em conformidade com as que efetivamente foram transportadas.

Isto, por si ensejaria a nulidade do presente lançamento, contudo, passo à análise do mérito, consoante o estatuído no parágrafo único do art. 155 do RPAF/99, como segue:

Art. 155. A decisão resolverá as questões suscitadas no processo e concluirá pela procedência ou improcedência, total ou parcial, do lançamento do crédito tributário ou do pedido do contribuinte, ou ainda quanto à nulidade total ou parcial do procedimento.

Parágrafo único. Quando houver possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

Deste modo, o contribuinte, emissor da nota fiscal, discriminada acima, aquele que no dizer do art. 121, I, do CTN, tem relação pessoal e direta com a situação que constitui o fato gerador do imposto, é o emitente da nota fiscal, e está localizado no Estado de São Paulo. Assim, verifico que o prejuízo pelo pagamento do ICMS a menor, foi suportado pelo Estado de São Paulo, e somente este tem a capacidade tributária ativa para cobrar do seu contribuinte o imposto recolhido a menos.

Portanto, como as mercadorias foram provenientes do Estado de São Paulo, e àquele Estado caberia reclamar o imposto que foi subfaturado, pois foi quem arcou com a perda arrecadatória, entendo que não cabe a exigência fiscal impugnada, sendo improcedente o lançamento ora efetuado.

De tudo exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 929203-9/03, lavrado contra **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS**.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de outubro de 2003.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

