

A. I. Nº - 301589.0047/07-8
AUTUADO - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS
AUTUANTE - RAUL DA COSTA VITORIA NETO
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 22.08.2007

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0234-02/07

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL Auto de Infração sem o competente Termo de Apreensão de Mercadorias válido. Aquele juntado ao PAF, lavrado há 60 dias não serve para fundamentar a autuação. É nulo o procedimento que não determina com segurança a infração e o infrator. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração lavrado em 03/06/2007 pela fiscalização do trânsito de mercadorias, exige ICMS no valor histórico de R\$976,20, em decorrência de transporte de mercadorias acompanhadas da Nota Fiscal nº 011994 considerada inidônea para a operação. Considera também que o destinatário prestou queixa crime junto a delegacia de crimes contra o patrimônio atestando que não solicitou as mercadorias e que sua inscrição foi usada indevidamente. (Conforme anexo). Termo de Apreensão nº 140587, de 03/04/2007.

O autuado, às fls. 18 a 40, através de representantes legalmente constituídos, diz que não se conforma com a lavratura do respectivo Auto de Infração que o considerou **como se responsável solidário fosse**, ao recolhimento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias, acrescido de multa, em virtude de “ter recebido e transportado para entrega, mercadorias desacompanhadas de documento fiscal”.

Alegou a sua condição de empresa pública federal prestadora de serviços públicos, criada pelo Decreto-Lei nº 509/69, para exercer, em nome da União, o serviço público postal em todo o território nacional, nos termos do art. 21, inciso X, da Constituição Federal de 1988. Requereu que ao final o procedimento administrativo seja declarado insubsistente.

Não se conformando com a autuação, disse que o procedimento padece de nulidade, por estar amparado pela imunidade recíproca, já fartamente explicitada pelo Supremo Tribunal Federal, que recepcionou o Decreto instituidor dos Correios. Transcreveu trechos do Acórdão RE – 235677/MG e do Acórdão de Notícia proferidos pelo STF, no quais são analisadas a constitucionalidade do art. 12 do Decreto-Lei 509/69 e a imunidade recíproca extensiva à ECT. Disse estar devidamente demonstrado ser inaplicável o disposto no art. 173 da CF/88, assim como a constitucionalidade do art. 12 do Decreto-Lei 509/69.

Transcreveu as Cláusulas Primeira, Segunda, §§ 1º e 2º, além do § 1º da Cláusula Quinta, do Protocolo ICM 23/88, dizendo que o mencionado Protocolo é um ato vinculante para todos aqueles que o subscreveram, não sendo exceção o Estado da Bahia. Alegou que mesmo havendo a possibilidade do fisco identificar o remetente e o destinatário da mercadoria apreendida, lavrou o Auto de Infração em nome da ECT, em desconformidade com os ditames do citado protocolo, padecendo de nulidade o Termo de Apreensão e, conseqüentemente, o Auto de Infração.

Suscitou como preliminar prejudicial à ilegitimidade passiva dos correios e caso o autuante tivesse observado o Protocolo 23/88, o destinatário, por certo, após comunicado da apreensão do objeto postal, teria providenciado o pagamento do imposto pretendido, acarretando o arquivamento do procedimento contra a ECT, a exemplo do que ocorreu na informação fiscal nº 121404, lavrada em 20/12/2000. A norma do Protocolo 23/88 coaduna-se com o que dispõe o art. 11 da Lei nº 6.538/78: “Art. 11 – Os objetos postais pertencem ao remetente até a sua entrega a quem de direito.”. Assim, os únicos sujeitos da relação são: o remetente e o destinatário.

Protestou alegando que o sigilo da correspondência e a inviolabilidade do objeto postal lhe impede de utilizar meios “mais severos” na fiscalização dos objetos que lhes são confiados, ao contrário do que ocorre com a Secretaria da Fazenda Estadual, a qual tem como mister a fiscalização, através de seus agentes, do ato do desembaraço dos objetos postais.

Argumentou que a ECT não pode ser considerada uma transportadora em sentido estrito, como são as transportadoras particulares; já que, no serviço postal, o transporte é apenas um elo entre a expedição e a entrega do objeto remetido e, no caso das transportadoras particulares trata-se de uma atividade fim.

Asseverou que os arts. 7º e 9º, da Lei nº 6.538/78 fazem referência ao recebimento, o transporte e a entrega de objetos de correspondência, não podendo ser interpretado isoladamente, já que cada uma dessas ações são fases encadeadas que resultam na execução de serviços postais, além do que não só as encomendas são transportadas, também o são as cartas, cartões postais, vales postais, telegramas e demais objetos conceituados legalmente como objetos postais. Alegou, ainda, que o transporte, no serviço postal, não é fato econômico de relevância jurídica, escapando à hipótese de incidência legalmente estabelecida.

Do mérito, asseverou que a ECT goza da imunidade tributária, amparada pelo art. 12 do Decreto-lei 509/69, e ainda pelo preceito constitucional onde trata da imunidade recíproca entre as esferas governamentais, conforme estatuído no art. 150, VI, “a”, da CF/88, não podendo a ECT figurar no pólo passivo da cobrança do ICMS.

Citou 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, bem ao contrário da exploração econômica, própria do setor privado.

Argumentou que nos termos do art. 22, V, da CF/88, cabe a União Federal, de forma privativa, legislar, entre outras matérias, sobre o serviço postal. A Lei nº 6.538/78 define o serviço postal e de telegrama e, além das atividades correlatas ao serviço postal, prevista na citada lei, a mesma define que a exploradora daqueles serviços poderá, ainda, nos termos do art. 2º, § 1º, “d”, exercer outras atividades afins.

Disse que o fato de não serem exclusivos não lhe retira o caráter público, visto que o serviço médio por excelência, é um serviço público, mas que pode ser prestado por particulares com ampla liberdade. O Estado não pode relegar à iniciativa privada tão somente a prestação de serviços que tenham natureza pública, nesses serviços, o Estado necessariamente deverá estar presente, podendo permitir que a iniciativa privada também esteja em maior ou menor grau de participação. Para a ECT, a quem a lei irrogou o encargo de executar o serviço público postal, não pode haver mercadoria, e sim singelos objetos postais, legalmente qualificados como correspondências, valores e encomendas. Para os interessados (remetentes e destinatários) serão objetos afetivos, financeiros, morais, negociais, intelectuais, culturais, administrativos ou “mercadorias”. No entanto, para a ECT são todos iguais, uma só coisa: objeto postal, nos termos do art. 47 da Lei nº 6.538/78.

Comentou que o Decreto-Lei nº 509/69 e a Lei nº 6.538/78 não foram recepcionados pela atual Constituição sobre tal recepcionalidade. Para corroborar tal argumento, baseando-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 o lançamento do crédito tributário deve ser feito atendendo à norma padrão de incidência do tributo pré-traçada na Constituição. Citando Roque Carrazza, Elizabeth Nazar Carrazza e Amílcar Falcão e conclui citando o tributarista Amílcar Falcão (Fato Gerador da Obrigação Tributária, 2ª ed, RT, p.26/27) dizendo que a ECT, por ser uma empresa que acampa todo território nacional, e por estar prestando um serviço público à comunidade, faz o serviço de transporte, serviço esse por extensão público, já que não lhe é permitido a recusa de qualquer objeto, uma vez que dispõe do serviço em prol da comunidade. Assim, por ser um serviço público, não está sujeito à tributação, inclusive, não tem o objetivo de lucro, mas o de prestação de serviços à comunidade.

Ademais, se a ECT não é contribuinte do ICMS nem se lhe pode exigir esse imposto em razão do “transporte” que realiza, não há o 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 neste caso, segue a principal.

A defesa reportou-se, em seguida, a decisões da Justiça Federal em dois Estados da Federação (Ceará e Rio Grande Sul) que se pronunciou 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 as decisões da 7ª Vara Federal do Ceará, nos autos do processo nº 93.4753-1 e a 2ª Vara Federal de Porto Alegre/RS, nos autos 91.0001190-8 e 91.0000112-0, onde foi declarado inexistir relação jurídica que obrigue a ECT a promover o recolhimento de ICMS sobre os serviços postais. Também, 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.

Disse que a configuração da incidência tributária exige que haja exata adequação do fato à norma. Reproduziu comentários de Eduardo Marcial Ferreira Jardim acerca do princípio da tipicidade.

E que o fisco utilizou como fundamentos para a autuação o teor dos arts. 201, I c/c art. 39, I, “d”, do RICMS/97. A ECT, por gozar da prerrogativa da imunidade tributária, não se enquadra no primeiro dispositivo citado. A norma do art. 39 trata de transportadoras em sentido estrito, o que não é o caso dos Correios. Assim, não há o que se falar em responsabilidade solidária da ECT “por transportar mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal”.

Requeru que seja acolhida a preliminar argüida, para que seja declarado insubsistente o Auto de Infração, ou, caso ultrapassada a preliminar, que no mérito se julgue o Auto totalmente improcedente, ante a impossibilidade legal de sua lavratura e, ainda, por ser o impugnante ente integrante da Administração Pública e, conseqüentemente, 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. E, também que é a inconstitucionalidade da lei em que está fulcrada a autuação fiscal, sendo descabida e imprópria a exação.

O autuante, às fls.50, prestou sua informação fiscal argumentando que as alegações apresentadas pela autuada não encontram bases legais para serem levadas em consideração. A ECT é responsável tributária pelas encomendas que transporta desacompanhada de documentação fiscal e ainda de acordo com o art. 39 do RICMS/BA é solidariamente responsável pelo pagamento do imposto e dos acréscimos legais devidos pelo contribuinte. É ainda, a ECT, de acordo com o art. 173 da Constituição Federal equiparada as empresas privadas no que tange ao regime jurídico e aos privilégios fiscais. Não cabe, portanto as alegações de imunidade recíproca, visto ser tocante apenas ao seu patrimônio, renda ou serviços.

Finaliza o autuante dizendo que diante do exposto não pode aceitar as ponderações feitas pela AUTUADA mantendo-se o referido AUTO nas mesmas condições anteriormente lavrada.

VOTO

O Auto de Infração em lide foi lavrado pela fiscalização de mercadorias em trânsito e atribui a responsabilidade solidária para pagamento do imposto a EBCT pelo fato de a mesma transportar mercadorias acompanhadas da Nota Fiscal nº 011994 considerada inidônea para a operação e em razão do destinatário ter prestado queixa crime junto à delegacia de crimes contra o patrimônio, durante a ação fiscal, atestando que não solicitou as mercadorias e que sua inscrição foi usada indevidamente, fl.10.

As mercadorias apreendidas estão sob a guarda e responsabilidade da SEFAZ, Posto Fiscal do Aeroporto o Termo de Apreensão nº 140587, fl. 8, foi lavrado pela IFMT/METRO, Posto Fiscal do Aeroporto, contra a EBCT, detentora das mercadorias discriminadas no documento fiscal nº 011994 já citado acima, no dia 03/04/2007, enquanto que o Auto de Infração foi lavrado no dia 03/06/2007, seja, 60 dias após a lavratura do referido Termo de Apreensão nº 140587, datado de 03/04/2007.

Examinando o processo, verifico que tendo sido o Auto de Infração lavrado no dia 03/06/2007, não poderia o referido Termo de Apreensão nº 140587, fl. 8, servir para indispensável suporte ao referido Auto, vez que o mesmo havia sido emitido no dia 03/04/2007, seja, há 60 dias, contrariando o disposto no Parágrafo Único do Art. 945 e seu Parágrafo Único, do RICMS/97, que prescreve:

“Art. 945. A apreensão de mercadorias, bens, livros ou documentos constitui procedimento fiscal destinado a documentar a infração cometida, para efeito de constituição de prova material do fato.

Parágrafo Único. Tratando-se de mercadorias, uma vez lavrado o Termo de Apreensão, este perderá a validade se no prazo de 30 dias não for lavrado o Auto de Infração correspondente, considerando-se encerrada a ação fiscal e podendo o sujeito passivo recolher o débito espontaneamente.”

Em consequência, com fulcro no Art. 20 do RPAF, voto pela decretação da NULIDADE do presente Auto de Infração, com a recomendação no sentido de que o procedimento fiscal seja renovado a salvo de falhas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 301589.0047/07-8, lavrado contra a EMPRESA

BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. Recomendada a renovação do procedimento fiscal a salvo da falha apontada.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de agosto de 2007.

JOSÉ BEZERRA IRMÃO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA - JULGADOR