

A. I. Nº - 277993.0064/07-0
AUTUADO - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS
AUTUANTE - VERA MARIA PINTO DE OLIVEIRA
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 20.11.07

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0342-04/07

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Imputa a condição de responsável solidário por transportar mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal. A autuação contém vício jurídico que afeta a sua eficácia. Auto de Infração lavrado após 30 dias da lavratura do competente Termo de Apreensão de Mercadorias. É nulo o procedimento que não atenda ao devido processo legal. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração lavrado em 21/06/2007 pela fiscalização do trânsito de mercadorias, exige ICMS no valor histórico de R\$ 623,90, e multa de 100%, em decorrência de transporte de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal. Termo de Apreensão (originário) nº 135903, de 09/02/2007.

O autuado, às fls. 14 a 36, 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 dos Acórdãos RE 230072/RJ (DJU de 19.12.2002) (RE 407099/RS, rel. Min. Carlos Veloso, 22.6.2004) e do Acórdão de Notícia proferidos pelo STF, nos 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, consequentemente, 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 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 resultar 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 6538/78.

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 Obrigaçāo 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 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.

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, consequentemente, 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 constitucionalidade da lei em que está fulcrada a autuação fiscal, sendo descabida e imprópria a exação.

A autuante, à fl. 44, prestou sua informação fiscal aduzindo que o auto de infração foi lavrado em razão do transporte de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal.

Argumenta que as alegações apresentadas pela autuada não encontram bases legais para serem levadas em consideração. Afirma que a EBCT é responsável tributária pelas encomendas que transporta desacompanhada de documentação fiscal e diz que, de acordo com o art. 39 do RICMS/BA, a mesma é solidariamente responsável pelo pagamento do imposto e dos acréscimos legais devidos pelo contribuinte.

Ressalta que a EBCT, de acordo com o art. 173 da Constituição Federal, é equiparada as empresas privadas no que tange ao regime jurídico e aos privilégios fiscais, não cabendo, portanto, a alegação de imunidade recíproca, cabendo-lhe os benefícios apenas em relação ao seu patrimônio, renda ou serviço.

Finaliza a autuante dizendo que diante o exposto e à luz da legalidade, opina pela procedência do Auto de Infração.

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 desacompanhadas de documentação fiscal.

Ao examinar o processo, verifiquei que o Termo de Apreensão nº 135903, à fl. 7, datado de 09 de fevereiro de 2007, foi lavrado pela IFMT/METRO, Posto Fiscal do Aeroporto, contra a EBCT, por ser a detentora de 9 (nove) vestidos de malha e 59 saias em algodão, bordadas, tendo como motivo determinante da apreensão: mercadoria desacompanhada de documentação fiscal, destinada a Heloisa Helena, consoante SEDEX: SX 34503481 5 BR. Ficando referidas mercadorias apreendidas sob a guarda e responsabilidade da SEFAZ, Posto Fiscal do Aeroporto.

Não foi juntado ao PAF qualquer demonstrativo com a memória de cálculos constando os elementos necessários para identificar com segurança de que modo foi apurada a base de cálculo do tributo.

Constatei, que o Termo de Apreensão nº 135903, citado anteriormente, foi lavrado no dia 9 de fevereiro de 2007 e o Auto de Infração em lide, no dia 21 de junho do ano em curso, ou seja, 132 dias após a lavratura do referido Termo de Apreensão. O Termo de Apreensão e Ocorrências, informatizado fl. 5, lavrado na mesma data de lavratura do Auto de Infração, 21/06/2007, diferente da data de efetiva apreensão das mercadorias, não tem eficácia, não consta assinaturas do autuante, nem do autuado dando cabo do recebimento de cópia do mesmo. O § 2º, do Art. 28 do RPAF diz, tratando-se de apreensão de mercadorias, uma vez lavrado o Termo de Apreensão, este perderá a validade se no prazo de 30 (trinta) dias não for lavrado o Auto de Infração correspondente.

O Auto de Infração foi lavrado após 30 dias da lavratura do competente Termo de Apreensão de Mercadorias, contrariando o disposto no citado § 2º do art. 28 do RPAF e Parágrafo Único do Art. 945 do RICMS/97. De acordo com o Art. 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF, é nulo o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Ante o exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 277993.0064/07-0, lavrado contra a **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS**. Recomenda-se a renovação do procedimento fiscal a salvo das falhas apontadas.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de novembro de 2007.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA