

A. I. N° - 108491.0039/09-3
AUTUADO - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS
AUTUANTE - AILDETE PORTO DA SILVA
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 01. 09. 2010

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0238-01/10

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-lhe a condição de responsável solidário. Não acatada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 30/11/2009, no trânsito de mercadorias, para exigir ICMS, no valor de R\$ 308,51, acrescido da multa de 100%, referente ao transporte de mercadorias sem documentação fiscal, conforme Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos, n° 304382, lavrado em 26/11/2009 e acostado à fl. 3.

Em sua defesa de fls. 11 a 37, o autuado alega que, além de o procedimento fiscal padecer de nulidade, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) encontra-se amparada pela imunidade tributária recíproca, fato que diz ter sido desconsiderado pela fiscalização.

Transcreve decisões do Supremo Tribunal Federal para demonstrar que tem direito aos privilégios conferidos à Fazenda Pública e que está protegido pela imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, “a”, da Constituição Federal. Diz que, portanto, está demonstrada a inaplicabilidade do disposto no art. 173 da Constituição Federal, bem como a constitucionalidade do art. 12 do Decreto-Lei n° 509/69.

Preliminarmente, o autuado argui a nulidade da ação fiscal por inobservância das disposições contidas no Protocolo ICM 23/88, regulador das normas de fiscalização que envolvem a ECT. Salienta que o referido Protocolo prevê a emissão de Termo de Apreensão em três vias com as seguintes destinações: a primeira, ao remetente ou ao destinatário do bem; a segunda, à ECT; a terceira, ao Fisco. Transcreve o disposto nas cláusulas primeira e segunda do referido Protocolo e, em seguida, diz que esse protocolo é um ato negocial celebrado entre as partes, o qual vincula todos aqueles que o subscreveu, inclusive o Estado da Bahia.

Suscita a nulidade do lançamento sob a alegação de que não possui legitimidade para figurar no polo passivo da relação jurídico-tributária. Diz que a fiscalização poderia ter identificado o remetente e o destinatário das mercadorias e, no entanto, lavrou o Auto de Infração em nome da ECT, em desacordo com o citado Protocolo ICM 23/88. Faz referência ao procedimento adotado pela fiscalização em caso similar ao que se encontra em apreço (informação fiscal n° 121404 de 21/12/2000). Frisa que, segundo o art. 11 da Lei n° 6.538, os interessados na relação jurídico-tributária em tela são o remetente e o destinatário, cabendo tão-só a eles qualquer responsabilidade tributária. Faz alusão ao sigilo da correspondência e à inviolabilidade do objeto postal, fatos que diz ter lhe impedido de utilizar meios mais severos na fiscalização dos objetos que lhe foram confiados. Ressalta que essa fiscalização é uma atribuição da Secretaria da Fazenda no ato de desembaraço dos objetos postais.

Frisa que o serviço postal não é transporte e, dessa forma, não é uma empresa transportadora. Aduz que, no serviço postal, o transporte é apenas um elo entre a expedição e a entrega do objeto remetido, ao passo que no caso das transportadoras trata-se de uma atividade-fim. Sustenta que, dessa forma, não há previsão legal para a exação em tela, uma vez que o transporte, no serviço postal, não é fato econômico de relevância jurídica, escapando à hipótese de incidência legalmente estabelecida.

Menciona que está amparado na imunidade tributária prevista no art. 150, VI, “a”, da Constituição Federal, pois é uma empresa pública da Administração Indireta Federal. Também alega que está respaldado no art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69. Salienta que o Decreto-Lei nº 200/67 definiu empresa pública de forma equivocada, uma vez que só a considerou como exploradora de atividade econômica, esquecendo-se do principal, que é ser prestadora de serviço público. Transcreve farta doutrina para embasar suas alegações.

Após afirmar que, nos termos do art. 22, V, da Constituição Federal de 1988, compete privativamente à União legislar sobre serviços postais, o autuado transcreve o disposto no artigo 7º, §§ 1º a 3º e os artigos 8º, 9º, 25, 26 e 27, da Lei 6.538/78, que tratam do poder de legislar sobre os serviços postais.

Argumenta que o art. 9º da aludida lei possibilita que a empresa exerça, ainda, outras atividades afins. Discorre sobre o que seriam essas atividades “afins”, concluindo que são semelhantes às atividades exercidas por particulares. Observa que, mesmo não tendo exclusividade, a ECT permanece como empresa pública, com todos os direitos e garantias inerentes.

Frisa que, conforme o disposto no art. 21, X, da CF/88, cabe à ECT o recebimento, expedição, transporte e entrega de valores e encomendas postais. Ressalta que para os interessados (remetentes e destinatários), os bens podem representar objetos afetivos, financeiros, negociais, intelectuais, administrativos ou “mercadorias”, mas, para a ECT, tais objetos são apenas objetos postais, 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.

Analisa a recepção na nova ordem jurídica, trazida com a Constituição de 1988, do Decreto-Lei nº 509/69 e da Lei nº 6.538/78. Define o fenômeno da recepção, através de ensinamento de Celso Ribeiro de Bastos. Esclarece, depois de transcrever doutrina, que os dois diplomas jurídicos foram recepcionados pela ordem jurídica vigente, uma vez que até o momento não foi editada a lei ordinária disciplinadora da empresa que presta serviço público, conforme mandamento inserido na Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/98. Entende que assim, enquanto não elaborada a nova lei, continua a vigor a Lei nº 6.538/78 e o Decreto-Lei nº 509/69.

Reitera que a ECT está amparada pela imunidade prevista no art. 150, VI, “a”, da CF/88, não podendo ter seu patrimônio diminuído por qualquer tipo de imposto, por ser patrimônio da União, e não pode ter seus serviços onerados pela tributação, por se tratar de serviços públicos de competência exclusiva da União.

Em relação à incidência do ICMS, diz que para a configuração de uma “operação mercantil”, é necessário que: a) seja regida pelo Direito Comercial; b) tenha por finalidade o lucro, e c) tenha por objeto uma mercadoria. Assevera que o serviço postal é constituído pelo recebimento, transporte e entrega de objetos postais. Diz que a ECT está subordinada a regras rígidas, ditadas pela Constituição, pela legislação infraconstitucional e pelo Direito Administrativo, que delimitam seu campo de ação, impondo a obrigação de oferecer e garantir o serviço postal a todos os cidadãos brasileiros.

Acrescenta que a ECT não firma contrato de transporte com os usuários do serviço postal, mas sim presta este serviço a quem os solicita, obedecidas às limitações impostas por lei. Afirma que a atividade de levar objetos de um lugar para outro não configura ~~serviço de transporte~~, sendo meramente uma atividade meio, sem a qual seria impossível cumprir a serviço postal a toda coletividade.

Traz julgados da Justiça Federal em dois estados da federação sob a matéria em apreciação, pelo qual aqueles tribunais manifestaram-se no sentido de que o serviço postal executado pela ECT não configura hipótese de incidência do fato gerador do tributo do ICMS. A 7ª Vara Federal do Ceará, nos autos do processo de nº 93.4753-1, que declarou inexistir relação jurídica que obrigue a ECT a promover o recolhimento de ICMS sobre serviços postais. A 2ª Vara Federal de Porto Alegre, nos autos 91.0001190-8 e 91.0000112-0 que se manifestou no mesmo sentido. Transcreve também decisão administrativa proveniente do setor consultivo da Inspetoria Geral de Tributação, da Coordenação da Receita Estadual da Secretaria da Fazenda do Estado do Paraná, o qual concluiu, ao apreciar o Auto de Infração nº 01.3685761-4, lavrado contra a ECT, que serviços postais prestados pela empresa não se confundem com serviços de transporte de cargas, estando fora do campo de incidência do ICMS. Traz a colação resposta de consulta formulada a mencionada Inspetoria Geral de Tributação do Paraná para provar que o serviço desempenhado pela empresa é absolutamente diverso de qualquer serviço de transporte.

O autuado contesta a sua condição de solidário, pois entende que não é uma empresa transportadora, mas sim uma prestadora de serviço público postal. Frisa que o artigo 11 da 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”.

Ao finalizar sua defesa, o autuado requer que sejam acolhidas as nulidades arguidas, para que o Auto de Infração seja julgado insubsistente, ou, sendo essas ultrapassadas, que no mérito ele seja julgado improcedente, ante a sua impossibilidade legal e, ainda, por ser o autuado ente integrante da administração pública e, portanto, 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. Argui ser inconstitucional a lei em que está baseada a autuação.

Na informação fiscal, fls. 48 a 50, a autuante reitera a inexistência de documentação fiscal das mercadorias encontradas no estabelecimento do autuado, alinha os dispositivos da legislação tributária estadual que obrigam a emissão de documentos fiscais quando da realização de operações de circulação de mercadorias. Transcreve o disposto no art. 39, I, “d”, do RICMS-BA, que atribui ao autuado a responsabilidade pelos fatos ocorridos, lembrando que a ECT é um contribuinte do ICMS, uma vez que é uma empresa pública e explora atividade privada.

Informa que o autuado não respeitou o previsto na cláusula 3ª do Protocolo 32/01, assim como as normas específicas para a ECT, constantes no art. 410-A do RICMS-BA. Sustenta que a destinação das vias do Termo de Apreensão seguiu o disposto na legislação e o previsto nos Protocolos 23/88 e 32/01. Ao finalizar a informação sua fiscal, a autuante reitera os termos do lançamento.

VOTO

Inicialmente, afasto a preliminar de nulidade por inobservância das determinações contidas no Protocolo ICM 23/88, pois a falta de entrega de uma das vias do Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos ao destinatário das mercadorias não é razão para a nulidade do lançamento, já que o representante legal do autuado assinou e recebeu cópia do referido Termo, o qual comprova a irregularidade apurada e serve para a determinação da base de cálculo do imposto lançado, bem como permite o exercício do direito de defesa.

Não acolho a preliminar de ilegitimidade passiva, pois as prestações de serviço de transporte de encomendas realizadas pela ECT se equiparam aos serviços prestados pelas transportadoras rodoviárias, ferroviárias, aeroviárias e aquaviárias, não podendo ser confundidas com as atividades correlatas do serviço postal (telegrama, correspondências, etc.). Logo, 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 ac transportar, caso contrário, assume a responsabilidade pelo pagamento

Quanto à alegação de que o serviço postal não é serviço de transporte e que a ECT goza de imunidade tributária, observo que de acordo com o art. 150, VI, “a”, da CF/88, a imunidade invocada pelo autuado se aplica às mercadorias e serviços exclusivamente vinculados a suas atividades essenciais, e não no que tange às mercadorias que o autuado transporta mediante pagamento por este serviço.

Além do mais, verifico que o autuado compreendeu e se defendeu do que foi acusado, sendo possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito, o que não acarreta a nulidade do lançamento, conforme disposto no art. 18, § 1º, do RPAF/BA, e este órgão julgador não tem competência para apreciar a inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, a teor do art. 167, I, do RPAF/99.

No mérito, verifico que o Auto de Infração foi lavrado por ter sido encontrada, no estabelecimento do autuado uma encomenda que estava desacompanhada de documentação fiscal e fora remetida por meio do SEDEX SK250229661BR, conforme Termo de Apreensão juntado à fl. 3.

O autuado desenvolveu sua argumentação alegando que não pode ser apontado como sujeito passivo da relação tributária porque goza da imunidade prevista no art. 150, inc. VI, da CF/88.

Da análise dos dispositivos constitucionais concernentes à questão (art. 150 da CF/88), o Decreto-Lei nº 509/69 e a Lei nº 6.538/78, que disciplinam a prestação de serviço postal, depreende-se que a imunidade tributária que o autuado gozava por força do Decreto-Lei nº 509/69 não foi recepcionada pela Carta Magna de 1988, pois tal privilégio contrariava frontalmente o disposto dos artigos 150, § 3º, e 173, § 2º, da Constituição Federal de 1988. Dessa forma, após a CF/88, o autuado encontra-se sujeito às mesmas regras das empresas privadas, tanto em relação ao regime jurídico constituído, quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, podendo, inclusive, ser objeto de fiscalização pelo Estado. Portanto, a ECT não está enquadrada nas hipóteses de imunidade previstas no artigo 150 da CF/88.

Quanto à atividade exercida pelo autuado – serviço postal na modalidade encomenda – a Justiça Federal já se pronunciou no sentido de que não há relação jurídico-tributária que embase a exigência de ICMS sobre a prestação de serviços postais, já que essa atividade não pode ser confundida com o serviço de transporte de cargas. Todavia, no presente Auto de Infração não se está a exigir o imposto estadual sobre tais serviços postais, mas sim o ICMS, devido por responsabilidade solidária, pelo fato de que a encomenda estava sendo transportada sem a necessária documentação fiscal.

O artigo 39, do RICMS-BA, define como solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos, os transportadores em relação às mercadorias que aceitarem para transporte ou que conduzirem sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou acompanhadas de documentação fiscal inidônea ou simples entrega desacompanhada da documentação fiscal exigível. Portanto, mesmo que o autuado não seja considerado transportador, está igualmente obrigado ao pagamento do imposto com os acréscimos devidos, em razão de responsabilidade solidária.

É oportuno 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 a mercadoria não esteja acompanhada de nota fiscal ou caso ela não corresponda à nota fiscal apresentada.

Como o autuado não adentrou o mérito da autuação, entendo que está correto o valor exigido, mesmo porque é inadmissível, à luz do Princípio Constitucional da Isonomia, que se dê tratamento privilegiado ao autuado em detrimento de outros contribuintes que com ele competem no mercado. O disposto no art. 173, § 2º, da 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 asfixiarem de tal forma seus concorrentes que se criaria um qualquer sistema capitalista.

Saliento que o Protocolo ICM 23/88, firmado quando ainda vigia o ICM, apenas estabelece normas de controle de fiscalização relacionada com o transporte de mercadorias efetuado pelo autuado, porém em nenhum momento dispensa a ECT de ser responsabilizada pelo pagamento do tributo devido em razão das ações fiscais ali desenvolvidas. Semelhantes procedimentos a serem adotados pela fiscalização foram repetidos no Protocolo ICMS 32/01.

Por outro lado, o Protocolo ICMS 15/95, firmado pelas unidades federadas para “implementar rotinas de controle e fiscalização das remessas postais com vistas à verificação do cumprimento da obrigação de pagamento do ICMS nas operações de mercadorias”, não dispensa o autuado do pagamento do imposto devido nas hipóteses legais.

Observo ainda, que, com relação à alegação de que o ICMS ora exigido poderia ser pago pelo remetente ou destinatário, verifico que mesmo que o Auto de Infração tenha sido lavrado contra o transportador na condição de responsável solidário, nada impede que o remetente ou destinatário promova a quitação do débito, extinguindo-se o processo.

Por fim, observo que, apesar de constar no Auto de Infração o nome da autuante como sendo Aildete Porto Seroes (fl. 01), o nome correto, segundo a informação fiscal (fl. 45), é Aildete Porto da Silva. Dessa forma, deverá a repartição fazendária competente efetuar a devida retificação.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **108491.0039/09-3**, lavrado contra a **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 308,51**, 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 agosto de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR