

A. I. N° - 123433.0013/07-9
AUTUADO - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS
AUTUANTE - MARIA ANGÉLICA A. POTTES
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 31/05/2007

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0114-05/07

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. É legal a exigência do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário, por ter aceitado para entrega, via serviço postal, mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 08/02/2007, exige ICMS no valor de R\$813,99 acrescido com multa de 100% em razão do transporte e detenção de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, descritas no Termo de Apreensão n° 141348 (fl. 06).

A infração descrita fora enquadrada no artigo 201, inciso I, combinado com o Artigo 39, Inciso I, Alínea ‘d’ do RICMS-BA, aprovado pelo Decreto n° 6.284/97, sendo que a multa aplicada está capitulada no artigo 42, inciso IV, alínea “a”, da Lei n° 7.014/96.

O autuado apresentou defesa, por meio de advogados (fls. 12 a 39), juntando cópia da Procuração, onde pede a insubsistência do Auto de Infração em exame, alegando encontrar-se amparada pela imunidade tributária recíproca.

Transcreve trecho de Acórdão proferido no julgamento do RE 2356677/MG, no qual indica a forma de execução contra ela, bem como notícia da Segunda Turma do STF sobre seu direito à imunidade tributária recíproca e afirma que o artigo 173 da CF de 1988 não se aplica ao caso em exame.

Suscita preliminares prejudiciais ao mérito da ação fiscal, transcrevendo cláusulas do PROTOCOLO ICM 23/88, nas quais se verifica a competência dos Estados para fiscalizar mercadorias transportadas pela ECT, o local onde a fiscalização será exercida, o procedimento para apreensão das mercadorias que se encontrarem em situação irregular e outras medidas da competência do fisco, alegando que este não observou as formalidades essenciais referentes à fiscalização das “mercadorias transportadas” e, por isto, tanto o Termo de Apreensão quanto o Auto de Infração padecem de nulidade.

Diz que o Auto de Infração não poderia ter sido lavrado em seu nome porque os objetos postais pertencem ao remetente até a sua entrega a quem de direito, transcrevendo o artigo 11 da Lei n° 6.538/78, e que a responsabilidade tributária é do remetente ou do destinatário, contra quem o Auto de Infração deveria ter sido lavrado, pois o serviço que presta é apenas um elo entre a expedição e a entrega do objeto remetido consistente em três ações: recebimento, transporte e entrega de objetos postais, fazendo parte destes objetos, as encomendas.

Informa que goza de imunidade tributária, por força do art. 150, VI, ‘a’ da CF/88, a empresa pública tanto pode explorar atividade econômica quanto prestar serviço público, faz crítica ao

Decreto-Lei nº 200/67, por não ter contemplado a prestação de serviço público entre as atividades da Empresa Pública, pois a condicionou unicamente como exploradora de atividade econômica.

Cita trecho da doutrina de Celso Antonio Bandeira de Mello para justificar seu enquadramento como prestadora de serviço público e traz definição desse tipo de serviço pela ótica de Cirne de Lima. Informa que a competência para legislar sobre serviços postais é da União Federal (art. 22, inciso V, CF/88) e, nessa esteira, a Lei nº 6538/78, no art. 7º, § 3º, definiu o que é serviço postal relativo a encomenda. Diz ainda que para ele, autuado, tudo que transporta é uma coisa só: singelos objetos postais. Afirmo que a Lei nº 6538/78 foi recepcionada pela CF/88, mas existem dúvidas sobre a recepção do artigo 12 do Decreto-Lei nº 509/69.

Quanto ao lançamento do ICMS, traz lições de Antonio Roque Carraza e Elizabeth Nazar Carraza sobre as limitações constitucionais ao poder de tributar e transcreve trecho da CF/88 sobre a competência dos Estados para instituir ICMS, traz ensinamentos de Amílcar Falcão sobre os elementos do fato gerador e diz que a Lei baiana não faz referência a Serviço de Transporte Postal como fato gerador do ICMS e, se presta serviço de transporte, este serviço é público.

Neste ponto, conclui que “a ECT não pode ser considerada como responsável tributária pelo recolhimento do ICMS sobre serviço de transporte de objetos postais, mesmo que seja de encomendas”, cola Jurisprudência Federal sobre este assunto dos Estados do Ceará e do Rio Grande do Sul, bem como trecho de resposta a consulta emitida pelo Estado do Paraná. Finaliza este tópico dizendo “que a lei tributária deve ser interpretada pela maneira mais favorável ao contribuinte, toda vez que houver dúvidas quanto à capitulação legal do fato”, que não existe fato gerador de tributação no serviço de transporte que executa.

Diz que não é solidária da obrigação tributária lançada no Auto de Infração em exame, pois não é constituída como transportadora. Logo, os artigos 201 e 39 do RICMS/97 a ela não se aplicam.

Por último, diz que é inconstitucional a lei que dá suporte à ação fiscal, que os sujeitos da relação tributária em exame são o Estado da Bahia e o destinatário e/ou o remetente do sedex, pelo que requer a declaração de insubsistência ou da improcedência do Auto de Infração.

A autuante apresenta informação fiscal (fls. 43 a 54), apoiando-se em artigo escrito em parceria com outros Auditores Fiscais, onde noticia os fatos geradores do tributo lançado, mostra a origem e a evolução da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT –, seu funcionamento, sua co-relação com as empresas privadas de transportes, os procedimentos adotados pela fiscalização da SEFAZ/BA na ECT, a relação existente entre objetos postais e mercadorias, a imunidade tributária da ECT, sua responsabilidade solidária, seus argumentos, o que pensa o CONSEF e, finalmente, mantém a ação fiscal, informando que:

1. o autuado está no mercado, como empresa pública, por força do Decreto-Lei nº 509/69, cujo objeto de atuação foi ampliado pela Lei nº 6.538/78, autorizando-a a explorar atividades correlatas ao serviço postal e outras atividades afins, inclusive concorre com outras empresas privadas prestadoras de serviços de transporte de mercadorias, porquanto para o usuário do serviço prestado pela ECT não há diferença entre eles.
2. As regras do Protocolo ICMS 23/88, substituído pelo Protocolo ICMS 32/01, foram atendidas, haja vista que o Termo de Apreensão fora lavrado em três vias, cada qual com seu destino, conforme cláusula segunda, sendo que a primeira via está anexada ao processo, outra fora entregue ao autuado e a 3ª via foi encaminhada ao depósito juntamente com a mercadoria.
3. O Auto de Infração fora lavrado para exigir ICMS, por responsabilidade solidária, em obediência do RICMS/BA, quando determina no artigo 39, inciso I, combinado com o inciso V, que “são solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, 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”;

4. A Lei nº 7.014/96, no artigo 2º, § 2º, fez a definição do que é mercadoria, para os efeitos de aplicação do ICMS, incluindo qualquer bem móvel capaz de circulação econômica;
5. O CONSEF entende que a ECT está sujeita à norma da responsabilidade solidária, pois ao transportar mercadorias em situação irregular, desacompanhada de documentação fiscal, enquadra-se na hipótese descrita como infração tributária, tendo várias vezes confirmado essa posição em seus julgados;
6. Conclui afirmando que o procedimento fiscal foi elaborado em observância à legislação tributária do Estado da Bahia.

VOTO

Inicialmente, verifica-se que o autuado compreendeu e se defendeu da acusação, foi 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.

A Constituição Federal, no § 2º do artigo 173, estabelece que “as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado”. O Protocolo ICM 23/88, firmado entre os Estados em 06 de dezembro de 1988 quando ainda vigia o ICM, apenas estabelece normas de controle de fiscalização relacionadas com o transporte de mercadorias efetuado pelo autuado, em nenhum momento dispensando-a de ser responsabilizada pelo pagamento do tributo, porventura devido em razão das ações fiscais ali desenvolvidas. Semelhantes procedimentos a serem adotados pela fiscalização foram repetidos no Protocolo ICMS 32/01, publicado no DOU de 04.10.01.

Por outro lado, o Protocolo ICMS 15/95 foi 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”, inclusive nas importações sob o regime de Tributação Simplificada.

O citado Protocolo tornou-se necessário ao exercício da fiscalização do imposto estadual, em razão das atividades peculiares desenvolvidas pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, com a previsão, na Constituição Federal, da vedação à quebra do sigilo da correspondência.

Este Protocolo determina, em sua Cláusula quinta que “constatado que mercadorias ou bens contidos em remessas postais internacionais sem exigência do comprovante do ICMS, ou sendo o caso, da Declaração de Desoneração do ICMS na Entrada de Mercadoria Estrangeira, serão adotadas contra a ECT os procedimentos fiscais previstos na legislação de cada unidade federada”.

Quanto à Legislação tributária estadual, o artigo 6º, III, ‘d’ da Lei nº 7.014/96 estabelece que o transportador é responsável solidário pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais quando conduzem mercadorias sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino.

Do exposto, entendo que as questões preliminares apontadas pelo autuado não se aplicam ao caso em exame e, portanto, devem ser rejeitadas, mesmo porque, este órgão julgador não tem competência para apreciar a inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, a teor do artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

No mérito, verifica-se que o Auto de Infração foi lavrado porque o fisco encontrou, no estabelecimento do autuado, um volume contendo 10 unidades de aparelho celular Z530I SONY ERICSSON, remetido por meio do SEDEX, desacompanhado de documentação fiscal, conforme consta no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos, fl. 06.

Percebe-se que este Auto de Infração não está exigindo ICMS sobre a prestação de serviços postais. O lançamento decorreu do fato de a ECT ser responsável por solidariedade pelo pagamento do imposto devido referente às mercadorias que aceitou para transporte, desacompanhada da 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.

Constata-se, portanto, que o ato praticado pelo autuado enquadra-se na regra exposta. Vê-se, ainda, que a legislação do ICMS do Estado da Bahia não fez exceção para o autuado. É oportuno lembrar que, no momento da postagem da encomenda através de SEDEX, o autuado tem o direito legal de verificar o seu conteúdo e adotar as medidas legais cabíveis, no caso, a exigência da correspondente nota fiscal, em se tratando de mercadoria.

Quanto ao serviço prestado, toda a argumentação do autuado se fundamenta no fato de que não se pode exigir o ICMS sobre eles, porque não se confundem com o serviço de transporte de cargas. Todavia, o presente Auto de Infração não está exigindo o imposto estadual sobre tais serviços postais. Na verdade, este lançamento cobra o ICMS do autuado, por responsabilidade solidária, pelo fato de a encomenda, remetida via SEDEX, estar sendo transportada sem a necessária documentação fiscal. O imposto cobrado é da mercadoria, não é do serviço de transporte.

Assim, constata-se que o autuado está obrigado ao pagamento do imposto com os acréscimos devidos, em razão de responsabilidade solidária, porque seu ato enquadra-se no artigo 39, V do RICMS/97, acima transcrito.

Resta examinar, apenas, se o conteúdo da encomenda, como indicado no presente lançamento, pode ser considerado mercadoria. Como mencionado anteriormente, a equipe de Fiscalização encontrou no estabelecimento do autuado, um volume contendo 10 unidades de aparelho celular Z530I SONY ERICSSON, conforme Termo de Apreensão, fl. 06, cuja cópia fora entregue ao autuado.

Como o autuado não adentrou o mérito da ação fiscal, entende-se que está correto o valor exigido, 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 em que atua.

Dito isto, voto pela **PROCEDÊNCIA** do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 123433.0013/07-9**, lavrado contra a **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$813,99**, 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, 16 de maio de 2007.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

RAIMUNDO OLIVEIRA DOS SANTOS – RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR