

PROCESSO - A. I. Nº 152093.0101/14-8
RECORRENTE - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0175-02/15
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 18/12/2015

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0394-12/15

EMENTA: ICMS. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CORREIOS E TELÉGRAFOS. MERCADORIAS SEM DOCUMENTO FISCAL. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos está sujeita à norma da responsabilidade solidária quando efetua transporte de bens ou mercadorias, não sujeitos a legislação postal, sem o pagamento do tributo. Infração caracterizada. Não acolhida a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos do Recurso Voluntário à Decisão de 1ª Instância, no enfrentamento do Auto de Infração em lide, o qual fora lavrado em 08/10/2014 formalizando a exigência de ICMS no valor total de R\$6.904,44, em decorrência da realização de operação sem documentação fiscal (05.01.01), ocorrida na mesma data, sendo exigido multa de 100%, conforme previsto na alínea "a" do inciso IV do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O Auto de Infração veio acompanhado do Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 1520930105/14-3, o qual relaciona quinze pingentes de ouro 18k, grandes, e quarenta e nove pingentes de ouro 18k pequenos, e a busca por preços no site do Mercado Livre, na internet, cujos preços são para produtos similares às espécies apreendidas.

A descrição dos fatos denota que as mercadorias foram apreendidas no “*Pátio dos Correios e Telégrafos, desacompanhadas de qualquer documentação fiscal com quantidade que caracteriza comércio, destinadas a Luara Reis, em Salvador, BA.*”.

Em sua análise o i. relator julga pela Procedência da autuação, e expõe que:

“Verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõe o Auto de Infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

O autuado buscou em sua defesa alegar que realiza serviço postal e não serviço de transporte, que a relação jurídica entre a ECT e o usuário é regida pelo direito administrativo e não pelo direito privado, e que não consta na legislação do ICMS que serviço postal seja fato gerador do imposto.

No mérito, de acordo com o Auto de Infração, observo que a ação fiscal está embasada nos artigos 6º, inciso III, alínea “d” e inciso IV; 34, inciso VI-A, XII e XIV-B da Lei nº 7.014/96 c/c com o artigo 83, inciso I, e artigo 101, do RICMS/2012, cuja conclusão fiscal foi que a mercadoria, 64 pingentes de ouro, encontrava-se no pátio da ECT desacompanhada de documento fiscal, ficando o autuado como responsável solidário pelo pagamento do ICMS incidente sobre a operação.

De acordo com o art. 6º, inciso III, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, são solidariamente responsáveis pelo pagamento do ICMS e demais acréscimos legais, os transportadores que conduzirem mercadorias sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou mesmo, acompanhadas de documentação inidônea.

Embora a ECT não seja exclusivamente uma empresa transportadora, não deixa de exercer tal atividade. E, quando aceita efetuar o transporte de mercadorias, está sujeita às regras a que o serviço de transporte está sujeito, portanto, responde solidariamente pelas mercadorias que transportar sem documento fiscal.

Dessa forma, verifica-se que a legislação atribui a responsabilidade solidária à ECT por ter recebido e transportado para entrega, mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal exigível, haja vista que no momento da postagem do volume o autuado tem o amparo legal para verificar o seu conteúdo, e exigir a respectiva nota fiscal das mercadorias transportadas (art. 10, II, da Lei nº 6.538/78).

O débito encontra-se nos autos demonstrado à fl. 7, cujos preços que formaram a base de cálculo foram obtidos através de pesquisa extraída da internet do site www.mercadolivre.com.br.

Assim, ficou comprovada a irregularidade apontada no Auto de Infração, respondendo solidariamente o autuado pelo pagamento do imposto".

Em sede de Recurso Voluntário tempestivo, o recorrente aborda ao início ser detentor da imunidade tributária, transcrevendo análise da autoria do Ministro Moreira Alves, relator do Julgamento do RE 235677 MG, e Notícia da 2ª. Turma do STF, afiançando ser indubitável a inaplicabilidade do art. 173 CF/88 ao caso em tela.

Cita as cláusulas do Protocolo ICMS 23/88, considerando que em sua cláusula segunda, § 1º, há determinação que o Termo de Apreensão teria de ser à transportadora como também ao contribuinte, diferentemente do efetuado pelo autuante.

Cuida de apresentar a questão da ilegitimidade passiva dos Correios, pois de conformidade ao art. 11 da Lei nº 6538/78, os objetos postais pertencem ao remetente, até a sua entrega ao destinatário de direito. Destaca o recorrente a necessária observação do Sigilo da correspondência e a Inviolabilidade do objeto postal, o que restringe à autuação aplicar meios mais severos na fiscalização. Suscita, então, a nulidade do procedimento adotado, devendo ser modificada a Decisão de primeira instância, determinando-se seja lavrado o Auto e Infração contra quem de direito, o Remetente ou o Destinatário, partes legítimas na presente relação. Textualiza que serviço postal não é transporte, citando a Lei Postal já mencionada (6538/78), em cujo texto as referências são em relação ao serviço postal, dizendo do equívoco da SEFAZ ao entender diversamente que este serviço é o mesmo que o de transporte. Aponta que o serviço postal é mais complexo, pois oferece dentre mais características próprias, a da inviolabilidade do objeto postal. Conclui este tópico dizendo que a discricionariedade é vedada por lei, pois a ECT tem a obrigatoriedade de oferecer e garantir o serviço postal a todo cidadão brasileiro.

Segue ao tópico da Imunidade Tributária, esclarecendo do que se trata e indicando restar amparada por esta, por ser empresa pública de administração indireta federal, e em decorrência não poder figurar no polo passivo de cobrança do ICMS, conforme art. 150, VI "a" da CF/88 o qual transcreve. Menciona que pode a ECT prestar serviço público e ainda explorar a atividade econômica, e em seguida cita os eméritos Geraldo Ataliba e Celso Antonio Bandeira de Mello discorrendo sobre esse tema.

No sentido de elucidar essa questão e demonstrar que a ECT é imune a qualquer tipo de imposto, por amparo da imunidade recíproca, apresenta o recorrente os tópicos seguintes que se referem ao Poder de Legislar sobre Serviços Postais, sobre o qual abre exposição em torno da Lei nº 6538/78, destacando a fixação do monopólio sobre as atividades postais (objeto postal e telegrama) e as atividades correlatas a esses dois quesitos.

Diz o recorrente que à ECT não pode haver mercadoria, e sim singelos objetos postais, e todos para a mesma tratam-se de objeto postal, sendo a remessa e a entrega destes, com ou sem valor mercantil, por via postal.

No item seguinte é tratada a Recepção pela CF/88 da Lei nº 6538/78 e do Decreto-Lei nº 509/69, no intuito de reafirmar as condições de destaque e favorabilidade anteriormente levantadas pelo recorrente.

No quadro do Lançamento do ICMS, indica o recorrente que o legislador forjou sistema rígido de distribuição de competências, citando situações de criação abstrata de impostos, comentadas pelos i. professores Roque Antônio e Elizabeth Nazar Carrazza.

Aduz a inexistência de qualquer referencia a ser o serviço de transporte postal como fato gerador

do ICMS, não cabendo ao Fisco estadual interpretar de forma expansiva uma legislação que tem interpretação restritiva. Comenta se o serviço da ECT por ser publico não é tributado, é obvio que o transporte por ela executado segue o mesmo trilho, distanciando-se da tributação almejada pela SEFAZ. Diz que os objetos transportados para entregas são objetos postais, e não mercadorias, ensejando ate a abertura de inquérito policial por violação do conteúdo em desacordo com a lei Postal, 6538/78 art. 10.

Cita o recorrente que a atividade da ECT (não serviço) não configura serviço de transporte, pois é mera atividade meio, simples segmento intermediário indispensável à finalidade de prestar serviço postal a toda coletividade.

Pelos fatos apontados alude que a ECT não pode ser acusada de responsável tributaria pelo ICMS sobre serviços de transporte de objetos postais, mesmo que seja de encomendas. Também firma não haver que se falar na ausência de emissão de nota fiscal para serviço que é imune, e em consequência, da multa por obrigação acessória seguindo a principal.

Passa a indicar Jurisprudência, da 7ª Vara Federal do Ceará, que declarou a inexistência e consequente obrigação a recolher ICMS sobre serviços postais; a 2ª Vara Federal de Porto Alegre, RS, manifestou-se no mesmo sentido; Idem, idem, a Receita Estadual do Paraná, na Consulta 195/92 formulada pelo Fundo de Participação dos Municípios; o Pleno do Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais do Paraná, proferiu o Acordão de nº 283/94, seguinte: Os serviços postais prestados pela ECT não se confundem com serviços de transportes de cargas, estando fora do campo de incidência do ICMS.

Comenta que embora não expresso no texto constitucional, para determinação do princípio da tipicidade é imprescindível adequação do fato à Norma, aduzindo que a interpretação da lei tributária se dará sempre da maneira mais favorável ao contribuinte toda vez que houver duvidas quanto à capitulação legal do fato.

Julga restar demonstrada dessa forma a inexistência do fato gerador do ICMS, pois que a interpretação dada pelo Fisco para tributação do serviço de encomendas, como sendo mero transporte ou equivalente, não se adequa ao caso presente, no qual existe tão comente a prestação de serviço publico conforme Lei nº 6538/78.

Adentra o recorrente a comentar a Inexistência de Solidariedade, transcrevendo do RICMS/97 os artigos 201, I, c/c artigo 39, alínea “d”. Infere que o primeiro dispositivo obriga os contribuintes do ICMS, e a ECT por gozar de imunidade não se enquadra nessa categoria. Diz inconcebível responsabilizar solidariamente o autuado, já que não se constitui como transportadora e sim como prestadora de serviço publico postal, não podendo o Fisco ampliar o alcance do mencionado dispositivo pois a ECT está fora do âmbito de sua aplicação. Portanto não há que se falar, com vistas de que os artigos citados restringem sua aplicabilidade às empresas comerciais, contribuintes do ICMS, em responsabilidade solidaria da ECT por transportar mercadorias desacompanhadas por documentação fiscal.

Pede pela declaração de insubsistência do Auto de Infração em tela. Caso ultrapassada, julgue-se totalmente improcedente o referido Auto de Infração frente à sua impossibilidade legal, por ser o recorrente ente da administração publica e consequentemente Imune ao lançamento do imposto.

Cita ao final, reiterando os termos do art. 11 da Lei nº 6538/78 que os objetos postais pertencem ao remetente até a sua entrega a quem de direito, relevando que “*Os sujeitos da relação tributária nesta questão, são O Estado da Bahia, o Remetente do Sedex e/ou o destinatário, não havendo que se considerar a ECT como responsável tributaria na demanda*”.

VOTO

O Recurso Voluntário apresentado relaciona-se ao Auto de Infração lavrado em 08/10/2014 o qual exige ICMS no valor de R\$6.904,44, acrescido da multa de 100%, em virtude do transporte de

mercadorias via Sedex sem documentos fiscais, cujo quantitativo revela a destinação comercial das mesmas. Referidas mercadorias compõe-se de bijuterias “pingentes” de ouro 18k, sendo 15 grandes, e 49 pequenos, consoante Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos / Termo de Apreensão e Ocorrências, nº 152903.0105/14-3.

Preliminarmente afasto o pedido suscitado pelo sujeito passivo, tendo em vista que o citado Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos que lastreia a autuação, atende às formalidades requeridas pelo Protocolo ICM 23/88 (já revogado pelo Protocolo ICMS 32/01), realçando que durante a ação fiscal, das vias do referido termo uma foi entregue à ECT, permitindo-lhe conhecimento formal da ocorrência. Não obstante destaco, ainda, não se incluir na competência deste CONSEF a declaração de constitucionalidade, nos termos do art. 167, I do RPAF/99.

Foi lançada a presente acusação, consoante citado Termo de Apreensão e identificação do conteúdo, assim como pela sua destinação comercial, pela atribuição de responsabilidade solidária pelo pagamento do imposto à ECT, dado terem sido encontradas mercadorias em suas dependências desacompanhadas de documento fiscal, com fundamento no art. 201, I, combinado com o art. 39, I, “d”, do RICMS/97, descabendo a arguição de nulidade por ter sido identificada a ECT como autuada e não o remetente e/ou o destinatário.

Dentre tantas, estas foram as alusões do recorrente:

- a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) não é uma transportadora no próprio sentido da expressão, e sim um elo entre a expedição e a entrega do objeto remetido;
- o serviço prestado pela ECT, é apenas um meio para a realização do serviço postal, que se caracteriza essencialmente pela coleta e entrega e não pelo transporte em si;
- não pode ter conhecimento do conteúdo dos objetos postais, estando assim impedida de saber se ao encaminhar bens, via Correios, está-se realizando operação de circulação de mercadorias. Realça o seu dever de receber o invólucro fechado e realizar a entrega do objeto postal, inexistindo a obrigação legal de a ECT exigir a nota fiscal no momento da postagem pelo remetente;
- em vista de ser uma prestadora de serviço público, não pode recusar a postagem, excetuados os casos previstos no artigo 13 da Lei Postal, dentre os quais não se insere a hipótese de encomendas desacompanhadas de nota fiscal;
- as entregas de encomendas embora estejam excluídas do rol de serviços monopolizados não deixam de ser serviço postal nem passam a ser, a coleta e a entrega, uma atividade de transporte;
- a ECT não faz contrato de transporte com os usuários do serviço postal. Presta esse serviço a quem o solicite, obedecidas as limitações impostas pela lei. A relação jurídica entre a ECT e o usuário – inclusive o serviço postal de encomendas Sedex – é regida pelo direito administrativo e não pelo direito privado.

O recorrente argumentou gozar da imunidade prevista no artigo 150, VI da Constituição Federal de 1988 e que, desta forma, não poderia ter sido apontado como sujeito passivo da relação tributária. Destaco que a alegada imunidade do sujeito passivo, diz respeito tão-somente à vedação da instituição de impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços dos entes políticos tributantes e somente é extensiva às suas autarquias e fundações.

Restam, assim, afastados os pedidos que tangeriam à nulidade apresentados pelo recorrente, considerando ademais que o procedimento fiscal não violou as regras contidas no artigo 18, IV, “a”, do RPAF/99, haja vista que a infração foi descrita de forma clara, estando fundamentada no Termo de Apreensão, que embasou a acusação fiscal, determinando com segurança a infração e o infrator. Destaque-se que o recorrente, no exercício do seu direito de ampla defesa e do contraditório, apresentou impugnação, demonstrando ter amplo e pleno conhecimento dos fatos

arrolados na acusação fiscal que originou a lavratura do presente Auto de Infração.

Ressalto não possível de acolhimento, dos ditames do art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96, no que tange ao cancelamento da multa aplicada, considerando que esse dispositivo legal se refere aos casos de atribuição de penalidade por descumprimento de obrigação acessória que não impliquem em falta de pagamento do ICMS, que não é o fulcro do caso em tela.

No mérito, constato que o autuado não trouxe nenhuma prova de existência de qualquer equívoco no lançamento efetivado pela autuante, o qual caracteriza a infração de forma detalhada. Em suas dependências, foram detectadas mercadorias com destinação comercial, e desacompanhadas da documentação fiscal obrigatória.

Observo que a ECT não é autarquia, nem fundação, e sim, uma empresa pública. E, assim sendo, após a Constituição Federal de 1988, está sujeita às mesmas regras das empresas privadas, tanto em relação ao regime jurídico em que deve ser constituída, quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, ao arrimo do art. 173, § 1º da Constituição Federal.

A Lei nº 7.014/96 cuida da responsabilidade solidária no art. 6º, tratando de normas endereçadas a todas as pessoas passíveis de atribuição de responsabilidade solidária.

O Estado da Bahia, juntamente com as demais unidades da Federação, firmou o Protocolo ICM 23/88 e os Protocolos ICMS 15/95 e 32/01, sendo que este último revogou os anteriores.

O entendimento deste CONSEF é de que, embora a prestação de serviços postais não possa ser confundida com o serviço de transporte de carga, no presente Auto de Infração não se está a exigir o ICMS sobre tais serviços postais. O lançamento tributário atribui à ECT a condição de responsável por solidariedade, exigindo o pagamento do imposto, pelo fato de a encomenda por ela recepcionada estar sendo transportada desacompanhada da documentação fiscal correspondente.

O RICMS/97 trata das determinações contidas no art. 39, I, "d", V, §3º e §4º, para os casos de responsabilidade por solidariedade. E o art. 410-A do Regulamento estabelece as rotinas a serem seguidas pela fiscalização estadual na verificação das remessas postais, inclusive pela ECT.

Concluo, portanto, mesmo que o autuado não pudesse ser considerado transportador, estaria obrigado ao pagamento do imposto, em razão de responsabilidade solidária, em face da regra insculpida no inciso V do artigo 39 do RICMS/97, acima indicado.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 152093.0101/14-8, lavrado contra EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$6.904,44, acrescido da multa de 100%, prevista art. 42, IV, "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de dezembro de 2015.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS