

PROCESSO - A. I. Nº 225414.0351/14-3
RECORRENTE - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 5ª JJF nº 0062-05/16
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 22/09/2016

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0178-11/16

EMENTA: ICMS. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CORREIOS E TELÉGRAFOS. MERCADORIAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos está sujeita à norma da responsabilidade solidária quando efetua transporte de bens ou mercadorias, não sujeitos à legislação postal, sem o pagamento do imposto. Infração caracterizada. Afastadas as preliminares suscitadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 12/12/2014 para cobrar ICMS no valor de R\$7.039,79 e multa de 100%, em decorrência do suposto cometimento da seguinte infração, abaixo descrita:

*Infração 01 – 51.01.01: Transporte de mercadoria sem documentação fiscal. Valor do débito: R\$7.039,79.
Multas de 100%.*

Consta na descrição dos fatos que:

Mercadorias apreendidas no pátio da transportadora EBCT oriundas de outra unidade da Federação sendo transportadas sem documentação fiscal destinada a marco Antônio Barbosa de Oliveira. Av. Antônio Carlos Magalhães 1034, Loja 24-a Itaigara SSA BA remetente João Carlos São José do Rio Preto São Paulo TA 225.414.0348/14. Refere-se a pingentes e brincos em outro com pedras.

Apenso ao Auto de Infração há o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 225.414.0348/14 (fl. 4), um quadro demonstrativo de apuração de preços dessas mercadorias (fl. 05), informes obtidos pela internet (fls. 06 a 21), com preços de produtos similares às espécies apreendidas e memorial de cálculo (fl. 22).

O autuado através de advogados legalmente habilitados tempestivamente apresenta sua impugnação.

Na Decisão recorrida, a i. JJF assim se manifestou:

VOTO

Incialmente, observo que foram cumpridos os requisitos que compõem o Auto de Infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, tendo sido lavrado no trânsito de mercadorias.

Da leitura dos fatos descritos no processo, verifico que a autuada fundamentou a sua defesa no fato de que goza de “imunidade tributária recíproca” e que o auto padece de nulidade pela não observância do estabelecido no Protocolo ICM 23/88.

Sobre a imunidade recíproca nos termos do artigo 150, inciso VI, alínea “a”, da Constituição Federal de 1988, esta deve alcançar as mercadorias e serviços exclusivamente vinculadas às suas atividades essenciais e não as mercadorias cuja quantidade ou volume caracterizam intuito comercial por parte do encomendante.

Acerca da nulidade em decorrência da inobservância do Protocolo ICM 23/88, deve ser esclarecido que a

defendente comete um equívoco ao invocar esse acordo interestadual, posto que foi denunciado pela Bahia mediante assinatura do Protocolo ICMS 32/01 que atualmente rege a matéria.

O Protocolo ICMS nº 32, celebrado em 28 de setembro de 2001, estabelece em sua cláusula sexta que no ato da verificação fiscal de mercadorias e bens em situação irregular transportados pela ECT deverão as mercadorias e os bens ser apreendidos ou retidos pelo Fisco, mediante lavratura de termo próprio, conforme a legislação de cada unidade federada, para comprovação da infração.

Considerando que o Protocolo ICMS 32/01 foi inserido no RICMS/12, no Capítulo XX, art. 336 e que o §10 desse artigo determina que as mercadorias e os bens serão apreendidos ou retidos pelo fisco, mediante lavratura do termo de apreensão para comprovação da infração, devendo constar no aludido termo o endereço da unidade da ECT onde ocorreu a retenção ou apreensão, constato que a autuante cumpriu regiamente a legislação vigente, não havendo motivo para acolher a nulidade suscitada.

Na análise do mérito, verifico, em preliminar, conforme a descrição dos fatos, que as mercadorias – 22 pingentes de ouro e 03 pares de brincos - foram apreendidas em poder da transportadora ECT, oriundas de outra unidade da Federação, sendo transportadas sem documentação fiscal, destinadas a Marco Antônio Barbosa de Oliveira, situado à Av. Antônio Carlos Magalhães, nº 1034 – Loja 24-A – Itaigara. Foi lavrado o Termo de Apreensão na forma regulamentar, ficando o autuado responsável solidário pelo pagamento do ICMS incidente sobre a operação.

Ressalto que o débito está demonstrado à fl. 02 e os preços que formaram a base de cálculo foram obtidos através de pesquisa na internet, mediante acesso ao site www.mercadolivre.com.br; não sendo contestados pela autuada.

A ação fiscal foi realizada conforme estabelecido na legislação em vigor, sendo a condição de responsável solidário atribuída ao autuado lastreada no mandamento insculpido no art. 6º, inciso III, alínea “d” e inciso IV, da Lei nº 7.014/96, transcreto a seguir:

Art. 6º São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

.....
III - os transportadores em relação às mercadorias:

.....
d) que conduzirem sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou acompanhadas de documentação fiscal inidônea;

IV - qualquer pessoa física ou jurídica, em relação às mercadorias que detiver para comercialização ou simples entrega desacompanhadas da documentação fiscal exigível ou com documentação fiscal inidônea;

A norma invocada estabelece expressamente a responsabilidade solidária em duas hipóteses que alcançam a ECT. A primeira na condição de transportador que conduz mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino. Não podendo atribuir a ECT a condição de transportador, uma vez que ela alega atuar como prestadora de serviço público postal, ainda assim, a responsabilidade solidária fica caracterizada observando-se a hipótese prevista no inciso IV do art. 6º, tendo em vista estar sob a guarda da ECT mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal.

Observe-se, ainda, que a exigência de que a ECT faça o transporte de mercadorias e bens acompanhados de nota fiscal é norma estabelecida no inciso I da cláusula terceira do Protocolo ICMS 32/01, bem como no inciso I do § 2º do art. 336 do RICMS/12, e que o não cumprimento de tal regramento pela ECT a enquadra na condição de responsável solidário, nos termos do já citado art. 6º da Lei nº 7.014/96.

Sobre a alegação de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, registro que o artigo 167, I, do RPAF/99, afasta da competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade.

Assim, resta comprovada a irregularidade fiscal apontada no presente AI, devendo o autuado responder solidariamente pelo pagamento do imposto acrescido da multa tipificada no art. 42, IV, “a” da Lei nº 7.014/96.

Observo que em situações análogas à descrita, esse Conselho de Fazenda tem se posicionado pela manutenção da autuação, conforme Acórdãos JJF nºs 0035-01/15, 0175-02/15 e CJF nº 0394-12/15.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com a decisão, a empresa interpõe tempestivamente Recurso Voluntário, às fls. 84 a 107, objetivando a revisão do julgamento, repisando integralmente os argumentos já expostos em sede de defesa.

Aborda ao início ser detentora 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 de Infração contra quem de direito, o Remetente ou o Destinatário, partes legítimas na presente relação.

Em seguida 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.

Passa ao tópico seguinte 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, Celso Antonio Bandeira de Mello, Cirne de Lima, 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 executa serviço público postal, não de mercadorias, mas sim singelos objetos postais, legalmente qualificados como correspondências, valores e encomendas, que para os interessados são objetos afetivos, financeiros, morais, negociais, intelectuais, culturais, administrativos ou "mercadorias", consoante os termos do artigo 47 da Lei nº 6.538/78.

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 referência 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 que o serviço prestado pela ECT é serviço público, e por isso não é tributado, e por óbvio 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 até a abertura de inquérito policial por violação do conteúdo em desacordo com a Lei Postal nº 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 tributária 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.

O recorrente passa a indicar no item Jurisprudência, que a 7ª Vara Federal do Ceará, processo 93.4753-1, 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 nº 195/92 formulada pelo Fundo de Participação dos Municípios; o Pleno do Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais do Paraná, proferiu o Acórdão 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, consoante trecho que transcreve de Eduardo M. Ferreira Jardim, aduzindo que a interpretação da lei tributária se dará sempre da maneira mais favorável ao contribuinte toda vez que houver dúvidas 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 adéqua ao caso presente, no qual existe tão comente a prestação de serviço público 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 público 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 solidária da ECT por transportar mercadorias desacompanhadas por documentação fiscal.

Pede o recorrente 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 pública 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 tributária na demanda”*.

VOTO

Temos sob apreciação o Recurso Voluntário contra a Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 12/12/2014 o qual exige ICMS no valor de R\$7.039,79, acrescido da multa de 100%, em virtude do transporte de mercadorias descritas no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos/Termo de Apreensão e Ocorrências, nº 225.414.0348/14 (fl. 04), sem os correspondentes documentos fiscais.

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, uma das vias do referido Termo de Apreensão foi entregue à ECT, permitindo-lhe conhecimento formal da ocorrência, os nomes do remetente e do destinatário.

Não obstante destaco, ainda, não se incluir na competência deste CONSEF a declaração de inconstitucionalidade, 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, por 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.

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.

Quanto à questão da ilegitimidade, tal prisma é o cerne do lançamento e será tratada quando da resolução do mérito.

Assim, as preliminares ficam afastadas.

Caminho para o exame do mérito.

Primeiramente 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, sem que haja qualquer dúvida quanto a sua existência.

Segundo consta, nas dependências da ECT, foram detectadas mercadorias com destinação comercial 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.

Por seu turno, vale lembrar que 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.

Art. 6º São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

(...)

III - os transportadores em relação às mercadorias:

(...)

d) que conduzirem sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou acompanhadas de documentação fiscal inidônea;

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 de mercadorias 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. Já 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, cuja regra está insculpida no tanto no artigo 6º, III, alínea 'd' da Lei nº 7.014/97, como também no inciso V do artigo 39 do RICMS/97, ambos acima indicados.

Assim sendo, entendo que a infração 1 é totalmente subsistente.

Ex positis, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado, mantendo inalterada a decisão de piso.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 225414.0351/14-3 lavrado contra a EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$7.039,98, 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 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS