

A I Nº - 09327185/04
AUTUADO - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS (EBCT)
AUTUANTE - MARIA ANGÉLICA A POTTES
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 16.08.04

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0285-03/04

EMENTA. ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CORREIOS E TELÉGRAFOS. TRANSPORTE DE MERCADORIAS DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. É legal a exigência do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário, por ter aceito para transporte, via SEDEX, mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal. Rejeitadas as preliminares argüidas pelo sujeito passivo. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, foi lavrado em 30.04.04, pela fiscalização de mercadorias em trânsito, para exigência de imposto no valor de R\$787,25, mais a multa de 100%, em razão de transporte das mercadorias constantes no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 121887, de 30/04/2004, com nota fiscal cujo destino era outro Estado, portanto imprestável para acobertar as mercadorias destinadas a este Estado.

O autuado, por seu representante legal, em 16/06/2004 apresentou defesa, impugnando o lançamento consubstanciado no Auto de Infração, conforme peça processual idêntica a de outras autuações em seu nome (docs. fls. 10 a 35), suscitando como preliminares de nulidade do lançamento, os seguintes fatos:

1. que o Auto de Infração contém rasura no quadro 01 que se refere ao número do Auto de Infração, e por isso entende que o mesmo seria um documento inválido para exigir quitação diante da existência de um vício formal.
2. que o procedimento fiscal não pode prevalecer em razão de não terem sido observadas as determinações contidas no Protocolo nº 23/88, porque não foi lavrado em três vias o Termo de Apreensão, e destinadas as respectivas vias para o remetente ou destinatário (1ª via); para a ECT (2ª via); e a terceira via para o Fisco.
3. sendo a ECT, Empresa Pública Federal, não pode ser igualada às centenas de transportadoras particulares existentes no país, pois serviço postal não é transporte, e por conseguinte o autuado não é transportadora;
4. que o autuado goza de imunidade tributária, de acordo com o estatuído no artigo 150, inciso VI, alínea “a”, da Constituição Federal de 1988. Citando o entendimento de juristas a respeito do conceito de empresa pública (Geraldo Ataliba, Celso Antônio Bandeira de Mello).

Argumenta, ainda, que cabe exclusivamente à União legislar sobre o serviço postal, cuja definição foi oferecida pela Lei nº 6.538/78, em seu artigo 7º, como “o recebimento, expedição, transporte e entrega de objetos de correspondência, valores e encomendas”.

Alega que os serviços de recebimento, expedição, transporte e entrega de valores e encomendas, exercidos pela União através dele, por força do estabelecido no artigo 9º da Lei nº 6.538/78, não estão compreendidos no regime de monopólio, podendo ser prestados por particulares. Todavia, o fato de não serem exclusivos, não lhes retira o caráter de serviço público, tendo em vista o disposto no artigo 7º da citada Lei nº 6.538/78 e seu § 3º, sendo as correspondências, valores e encomendas, objetos postais e não, mercadorias. E faz referência aos artigos 8º e 26º da mesma lei que definem as atividades correlatas a serviço postal.

Afirma que o Decreto-Lei nº 509/69 e a Lei nº 6.538/78 foram recepcionados pela Carta Magna de 1988, o que é corroborado pela alteração feita em seu artigo 173 pela Emenda Constitucional nº 19/88.

Cita o Parecer de Celso Ribeiro de Bastos que analisa a recepcionalidade da legislação ordinária ante uma nova ordem constitucional, concluindo que goza de imunidade tributária, não podendo ter seu patrimônio diminuído por qualquer tipo de imposto, por ser patrimônio da União. Ademais, não pode ter seus serviços onerados tributariamente, por serem, os serviços que presta, de competência exclusiva da União.

Advoga a tese de que a atividade por ele desenvolvida nunca poderá ser confundida com o serviço de transporte executado por particulares, já que existem regras rígidas, ditadas pela lei, que delimitam seu campo de atuação. Ademais, o serviço postal é muito mais complexo que o simples transporte, já que oferece segurança, inviolabilidade do objeto postal, universalidade e confiabilidade garantidos pela União. Dessa forma, o serviço de SEDEX, reembolso postal e encomenda normal (modalidade de encomendas) incute, em seu conceito, a realização de transporte, o que acontece também com as cartas, vales postais, telegramas e demais objetos postais, mas não pode ser definido como serviço de transporte, já que é apenas uma atividade meio sem a qual seria impossível cumprir a sua finalidade legal – prestar serviço postal a toda a coletividade.

Diz, ainda, que não pode ser considerado responsável tributário pelo recolhimento do ICMS sobre serviço de transporte de objetos postais, mesmo que seja de encomenda, nem há que se falar em ausência de emissão de nota fiscal para serviço imune.

Aduz que o serviço de transporte postal não está incluso no conceito de fato gerador de ICMS da Lei Estadual, pois em seu texto não há qualquer referência a referido serviço, e que não pode ser dada uma interpretação de forma expansiva de uma legislação que, para a segurança do contribuinte tem uma interpretação restritiva.

Cita a jurisprudência dos Tribunais Federais, nos Estados do Ceará e do Rio Grande do Sul, que declarou a inexistência de relação jurídica que obrigue o recolhimento de ICMS sobre a prestação de serviços postais, e o entendimento esposado pela Secretaria da Fazenda do Paraná para demonstrar que não pode haver incidência do ICMS sobre o serviço postal, pois ele não pode ser confundido com serviço de transporte de cargas.

Finaliza alegando que as normas constitucionais (art. 150, I) e infraconstitucionais (CTN, 114) exigem que haja exata adequação do fato à norma, sem o que não se configura a hipótese de incidência e a insistência na cobrança desse tributo configura flagrante inconstitucionalidade. Por último, requer a insubsistência do Auto de Infração.

A informação fiscal às fls. 41 a 52 foi prestada pela autuante que anexou um trabalho efetuado por fiscais da IFMT/METRO, do qual a mesma fez parte, que se reporta à responsabilidade solidária da ECT, onde aduz que o autuado realiza transporte de “encomendas”, sendo que algumas delas apresentam características e volumes suficientes para serem consideradas como mercadorias, caracterizando a atividade como de comércio, o que ensejou por parte da SEFAZ/BA, a colocação de unidades especiais de fiscalização, para acompanhar e verificar a idoneidade fiscal de tais operações.

Informa que diversas situações irregulares foram encontradas, seja por falta de notas fiscais ou notas fiscais inidôneas para a operação e que originaram a lavratura de diversos Autos de Infrações, para exigir o imposto omitido e devido.

Discorre sobre as funções desempenhadas pelo autuado, sua criação, e a responsabilidade da mesma por qualquer dano produzido nas encomendas que aceite para entrega, excetuando apenas no caso de o remetente não observar os dispositivos regulamentares ou então por força maior, assim definido em regulamento, ou por confisco ou destruição realizada por autoridade competente, ou ainda se não houver reclamação nos prazos previstos no regulamento.

Assevera que a ECT presta serviço na entrega de encomendas em condições idênticas às empresas privadas que entregam mercadorias, e em ambos os casos existem a responsabilidade pela guarda dos produtos transportados. E os meios de transporte utilizados tanto pelas transportadoras quanto pela ECT são os meios, podendo ter frota própria ou terceirizada.

Esclarece quais são os procedimentos adotados pela fiscalização junto ao autuado. Faz referência à Lei nº 6538/78 que trouxe a definição de objeto de correspondência e de pequena encomenda, contida no artigo 7º, § 1º, e que considerou constituir serviço postal, relativo a encomendas, a remessa e a entrega de objetos com ou sem valor mercantil, por via postal, no § 3º do mesmo artigo, de onde conclui que o autuado passa a operar como transportadora de bens e entra no mercado concorrendo com empresas privadas, e que assim torna-se incontestável o tratamento tributário a ser dispensado igual ao dado às empresas privadas do setor de transporte de mercadorias.

Faz menção ao Protocolo ICMS nº 32/01, que substituiu os Protocolos ICM nºs 23/88 e ICMS 15/95, em que formalizou o tratamento similar para a ECT em relação às empresas transportadoras privadas. E acrescenta que com base nos protocolos a fiscalização exercida nas dependências dos Correios, procede inicialmente à verificação física do conteúdo das mercadorias transportadas, sempre na presença de um representante da empresa, e constatando qualquer irregularidade lavra o Termo de Apreensão de Mercadorias, em três vias, e depois procede à lavratura do Auto de Infração, citando a legislação que respaldam a autuação.

Discorre sobre a responsabilidade solidária do transportador, ressaltando que pode ser atribuída a responsabilidade tanto do contribuinte quanto do responsável, citando o inciso II do art. 121 do CTN e o art. 124 que no inciso II determina que são solidariamente obrigadas as pessoas expressamente designadas por lei.

Cita a legislação baiana (art. 6º, inciso III, “d”, da Lei nº 7.014/96) que considera responsável solidário o transportador em relação às mercadorias que conduzirem sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou acompanhadas de documentação fiscal inidônea. E ainda o RICMS vigente que no inciso V, do art. 39, prevê a responsabilidade solidária 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 de documentação fiscal exigível ou com documentação fiscal inidônea. Conclui que a jurisprudência predominante no CONSEF considera

que a ECT se submete às normas da responsabilidade solidária e requer a procedência da autuação.

VOTO

O Auto de Infração foi lavrado para exigência de imposto, em razão de terem sido encontradas pela fiscalização de trânsito, mercadorias constantes em uma nota fiscal cujo destinatário está situado em outro Estado (Brasília), o que torna sem condição legal de acobertar as mercadorias neste Estado, como está consignado no Termo de Apreensão nº 121887, de 30/04/2004, tudo de conformidade com os documentos às fls. 3 a 5.

Neste caso, a mercadoria estava desacompanhada de nota fiscal idônea, uma vez que os dados cadastrais não se referem a estabelecimento destinatário na Bahia. A nota fiscal não se presta a legalizar operação de mercadoria realizada por contribuinte neste Estado, portanto é um documento inidôneo ao teor do art. 209 inciso IV do RICMS/97.

Na impugnação apresentada pelo sujeito passivo, nota-se que o mesmo não adentrou no mérito da autuação, limitando-se tão somente na arguição de preliminares de nulidade, sendo que argui preliminarmente nulidade do Auto de Infração por vício de forma em razão de conter rasura no número do referido Auto de Infração. Ocorre que a simples substituição da sequência do número dos autos lavrados não se constitui um vício capaz de tornar o Auto de Infração nulo como pretende a recorrente, tendo em vista que a nulidade só deverá ser decretada quando houver prejuízo para o sujeito passivo, e no presente caso, não acarretou nenhum dano, pois conforme preceitua o § 2º do artigo 18 do RPAF/99, não se declarará a nulidade sem prejuízo ou em favor de quem lhe houver dado causa ou se o ato praticado de forma diversa houver atingido a sua finalidade.

Suscita ainda a nulidade a pretexto de inconstitucionalidade da legislação estadual; de que serviço postal não é transporte que a ECT não pode ser confundida com o serviço executado por empresas transportadoras particulares; e, como empresa pública goza de imunidade tributária.

Sobre as questões de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual levantadas na defesa, deixo de apreciá-las, em virtude de não ser da competência deste órgão julgador no âmbito administrativo, a teor do artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

Quanto as preliminares de nulidades argüidas pelo defendente, observo que o fato da ECT tratar-se de uma empresa pública, está previsto no art. 173 da Constituição Federal, §§ 1º e 2º, que a empresa pública sujeita-se ao regime jurídico próprio da empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações trabalhistas e tributárias, não podendo gozar de privilégios não extensivos às do setor privado. Desta forma, não há porque questionar se o serviço desenvolvido pelo autuado está ou não, enquadrado nas hipóteses de imunidade consignadas no art. 150 da Constituição Federal de 1988, considerando a definição dada pela lei, quanto aos seus direitos e obrigações tributárias.

Por isso, devem ser rejeitadas as preliminares de nulidade argüidas pela defesa, haja vista que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram os motivos elencados nos incisos I a IV, do art. 18, do RPAF/99.

No mérito, tomando por base o contido no Termo de Apreensão à fl. 3, constata-se que a ação fiscal está embasada nos artigo 39, inciso V, do RICMS/97, vigente na data da ocorrência, em razão de as mercadorias terem sido encontradas em um volume, acompanhadas de documentação fiscal inidônea para a operação.

Desta forma, a infração está devidamente caracterizada nos autos, cabendo ao autuado na condição de transportador, responder solidariamente pelo pagamento do ICMS incidente sobre tais mercadorias, uma vez que a Lei nº 7014/96, no art. 6º, inciso III, alínea “d”, determina que 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. E no inciso IV do mesmo artigo, dispõe 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 ou simples entrega desacompanhadas da documentação fiscal exigível ou com documentação fiscal inidônea.

O contribuinte autuado, em momento algum da sua peça defensiva, negou a acusação de que se encontravam em seu poder as mercadorias apreendidas. No entanto, argumenta que não pode ser considerado como responsável pelo pagamento do ICMS sobre o serviço de transporte de encomendas, bem assim, não pode ser considerado como sujeito passivo da obrigação tributária, neste caso, por tratar-se de empresa integrante da Administração Pública, e por entender que o serviço de transporte de objetos postais e encomendas não é passível de tributação.

Conforme estabelecido no art. 8º, inciso IV, do RICMS/97, não há incidência do ICMS relativamente ao transporte de valores, correspondências e encomendas ou serviços postais da ECT. Entretanto, tal dispositivo regulamentar se refere à não incidência de imposto sobre as atividades desenvolvidas pelo autuado, na condição de transportador das encomendas, sendo que o imposto exigido no Auto de Infração se refere à responsabilidade solidária atribuída por lei ao próprio autuado, em relação às mercadorias que estava conduzindo sem a respectiva documentação fiscal. E deve ser ressaltado que as quantidades apreendidas não deixam dúvidas de que se tratavam de mercadorias para a comercialização.

Dessa forma, verifica-se que a legislação atribui a responsabilidade solidária à ECT por ter recebido e transportado para entrega, mercadorias acompanhadas de documentação fiscal inidônea, 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 conforme dispõe o § 2º do artigo 410-A do RICMS/97.

No caso presente, o Termo de Apreensão serve de prova que as mercadorias realmente estavam acompanhadas de Nota Fiscal nº 014015, com o endereço do destinatário situado na cidade de Brasília (QI 25 lote 18 sala 1 – Bairro de Taguatinga) o que a torna inidônea para a operação, e conclui-se não se trata de serviço postal de encomenda para uso pessoal, mas sim, de transporte de mercadorias, via Sedex, sem a respectiva documentação fiscal.

Assim sendo, concluo que a infração apontada no lançamento está caracterizada, e o autuado responde solidariamente pelo pagamento do imposto e demais acréscimos.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **09327185/04**, lavrado contra **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS (EBCT)**, devendo ser intimado o autuado para

efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$787,25**, 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, 09 de agosto de 2004.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS - RELATORA

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR