

PROCESSO - A. I. Nº 123433.0014/04-0
RECORRENTE - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS
RECORRIDA - FAZEND PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0360-01/05
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 28/12/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0484-12/05

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-se-lhe a condição de responsável solidário. Não acatada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 1ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado para exigir ICMS devido por responsabilidade solidária, no valor de R\$75.112,65, em decorrência do transporte de mercadorias desacompanhadas de documento fiscal, conforme Termo de Apreensão nº 130521.

O senhor Fernando Rodrigues Liberado, por meio de advogado legalmente habilitado, apresenta às fls. 40/41 um Pedido de Nomeação como Assistente Litisconsorcial do autuado, agindo em nome de Fernando Antônio Rodrigues Liberado, seu falecido filho, a quem o Termo de Apreensão atribui o envio das mercadorias para a Sra. Viviane Mendonça em Salvador-Ba.

O autuado, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, apresenta defesa tempestiva, onde solicita que o Auto de Infração seja julgado nulo ou improcedente.

O Senhor Fernando Rodrigues Liberado, pai e sucessor de Fernando Antônio Rodrigues Liberado, como Assistente Litisconsorcial do Autuado, também impugna a autuação. Afirma que o senhor Fernando Antônio Rodrigues Liberado não era comerciante, pois não praticava com habitualidade circulação de mercadorias. Diz que as jóias enviadas para o Estado da Bahia eram destinadas exclusivamente à exposição e, portanto, não eram tributadas pelo ICMS, nos termos do art. 6, XVI, do RICMS-BA. Pede que o Auto de Infração seja julgado improcedente e que as jóias sejam devolvidas ao senhor Fernando Rodrigues, pai e sucessor do senhor Fernando Antônio.

Na informação fiscal, a autuante diz que as mercadorias apreendidas vieram acompanhadas do talão de Notas Fiscais Modelo 1, de anotações manuscritas de prestações de contas e de ajustes de estoque, bem como de balança de precisão, o que no seu entendimento demonstra que se tratava de uma operação de comercialização.

Ao proferir o seu voto, o ilustre relator da Decisão recorrida afastou a preliminar de nulidade suscitada, afirmando que o Auto de Infração contém todos os pressupostos de validação. Não acolheu a alegação de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual. No mérito, manteve a autuação, argumentado que *o Conselho de Fazenda Estadual, através das Juntas e Câmaras de Julgamento fiscal, em diversas decisões já pacificou o entendimento que a ECT é solidariamente responsável pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais, devidos pelo contribuinte*

de direito, assim como qualquer pessoa física ou jurídica, em relação às mercadorias que detiver para comercialização ou simples entrega desacompanhadas da documentação exigível ou com documentação fiscal inidônea.

Quanto ao arrazoado apresentado pelo Sr. Fernando Rodrigues Liberado, na qualidade de Assistente Litisconsorcial do Autuado, o relator afirmou que *como não restou comprovado que o Sr. Fernando Antonio Liberado, efetivamente exercia a profissão de “designer” conforme alegado na peça impugnatória, tendo a autuante juntado ao processo elementos que caracterizam o intuito comercial das mercadorias transportadas desacompanhadas da documentação fiscal exigível, entendo que deve prevalecer a exigência fiscal.*

Inconformado com a Decisão proferida pela 1ª JJE, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário, onde alega que as questões preliminares não foram apreciadas e que goza de imunidade tributária, a qual não poderia ter sido ignorada na Decisão recorrida. Transcreve decisões proferidas por Tribunais, para demonstrar que tem direito à execução de seus débitos trabalhistas pelo regime de precatórios e que são impenhoráveis os seus bens, rendas e serviços. Diz que, portanto, está demonstrada a inaplicabilidade do disposto no artigo 173, da Constituição Federal, bem como a constitucionalidade do art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69.

Afirma que não há como prevalecer o procedimento fiscal, pois não foram observadas as determinações contidas no Protocolo ICM 23/88, o qual previa a lavratura do Termo de Apreensão em três vias, com a seguinte destinação: a primeira, do remetente ou do destinatário; a segunda, da ECT; e, a terceira, do fisco. Frisa que o serviço postal não é transporte e, por conseguinte, o recorrente não é uma transportadora. Transcreve o art. 11 da Lei nº 6.538/78, o qual prevê que os objetos postais pertencem ao remetente até a sua entrega ao destinatário e, portanto, os únicos sujeitos da relação são o remetente e o destinatário, cabendo a estes qualquer responsabilidade tributária. Alega que o sigilo da correspondência e a inviolabilidade do objeto postal lhe impedem a utilização de meios mais severos na fiscalização dos objetos que lhe são confiados, cabendo à Secretaria da Fazenda Estadual fiscalizar o desembaraço dos objetos postais. Requer a Nulidade do Auto de Infração.

Prosseguindo em suas razões recursais, diz 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. Frisa 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.

Cita dispositivos legais que definem serviço postal e de telegrama, a competência da União para legislar sobre tais serviços e o monopólio da União em relação aos serviços postais. Diz que o art. 9º, da Lei nº 6.538/78, exclui do regime de monopólio o transporte e entrega de valores e encomendas, porém o art. 21, X da Constituição Federal prevê que cabe à ECT o recebimento, expedição, transporte e entrega de valores e encomendas postais. Salienta que o fato de tais serviços não serem exclusivos não lhe retira o caráter de público. Aduz que, para a ECT, nos termos do art. 47 da Lei nº 6.538/78, não pode haver mercadorias e sim objetos postais.

Discorre sobre o instituto da recepção e, em seguida, transcreve o art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69. Assevera que esse artigo foi recepcionado pela Constituição Federal e o torna imune a qualquer tipo de imposto. Para corroborar sua tese, diz que a Emenda Constitucional nº 19/98 dispôs que a lei ordinária disciplinará o estatuto jurídico da empresa que presta serviço público, todavia, como ainda não foi editada tal lei, o disposto no Decreto-Lei nº 509/69 é aplicável em sua totalidade. Salienta que o serviço postal não é transporte e, em seguida, descreve as etapas e as responsabilidades envolvidas na prestação. Compara o serviço desenvolvido pela ECT e o prestado pelo transportador particular e, assevera que não se pode confundir a atividade de simples transporte com o serviço postal, os quais são totalmente distintos.

Após discorrer sobre o ICMS e citar doutrina, diz que não pode ser considerado como responsável tributário pelo recolhimento do imposto 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. Cita a jurisprudência dos Tribunais Federais e o entendimento esposado pela Secretaria da Fazenda do Paraná para demonstrar que não há incidência do ICMS sobre o serviço postal, uma vez que ele não se confunde com serviço de transporte de cargas.

Frisa que a insistência na cobrança desse tributo configura flagrante inconstitucionalidade. Reitera 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. Solicita a Nulidade do Auto de Infração e o Provimento do Recurso Voluntário.

Em 03/1102005, o Senhor Fernando Rodrigues Liberado, pai e sucessor legítimo de Fernando Antônio Rodrigues Liberado, como Assistente Litisconsorcial do Autuado, também apresenta Recurso Voluntário, onde alega que o Sr. Fernando Antônio não comercializava jóias e agia como pessoa física, já que sua empresa estava desativada desde agosto de 2004. Reafirma que o citado senhor não era comerciante, e que as jóias remetidas para a Bahia não eram mercadorias.

Explica que, em gratidão à ajuda recebida da Sra. Viviane Mendonça, as jóias foram enviadas como presente de casamento para a digna senhora. Sabendo que o casamento contaria com a presença de mais de trezentos convidados, foram enviadas mais peças para uma exposição. Diz que se trata de um caso de não incidência, nos termos do art. 6º, XVI, do RICMS-BA.

Sustenta que é ilegal o art. 4º da Lei Complementar nº 87/96, na parte que alude ao “volume” das operações como elemento caracterizador do intuito comercial. Aduz que a Constituição Federal acatou o conceito de comerciante e de mercadoria descritos pelo Direito Comercial, logo tais conceitos não podem ser modificados pela Lei Complementar, pela Lei Estadual, pelo Regulamento ou por qualquer outro ato normativo tributário, sob pena de violar o disposto no art. 110 do CTN. Cita farta doutrina para embasar suas alegações. Diz que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos não é responsável por solidariedade, pois não há imposto devido. Alega que a apreensão dos bens foi indevida e transcreve a Súmula nº 323 do STF.

Ao finalizar, solicita que o Acórdão JJF nº 0360-01/05 seja reformado, que o Auto de Infração seja julgado improcedente e que seja determinada a devolução dos bens apreendidos ao seu legítimo possuidor, o Sr. Fernando Rodrigues, pai e legítimo sucessor do Sr. Fernando Antônio.

Ao exarar o Parecer de fls. 200 a 203, a ilustre representante da PGE/PROFIS, afirma, em relação ao Recurso Voluntário apresentado pelo assistente litisconsorcial, que os documentos acostados ao processo demonstram que a operação em análise não se trata de uma mera exposição realizada por um designer, mas sim de uma eminente atividade comercial, seja pela existência de talonário de notas fiscais, seja pela presença de anotações diversas sobre prestações de conta e ajuste de estoque. Aduz que as procurações acostadas às fls. 42 e 43 informam que o Sr. Fernando Antônio Rodrigues Liberado exercia a profissão de comerciante. Conclui pelo acerto da ação fiscal.

Quanto ao Recurso Voluntário apresentado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, a ilustre procuradora afirma que a ECT tem natureza jurídica de empresa pública. Diz que a imunidade tributária recíproca prevista no art. 150, VI, “a”, da Constituição Federal, não ampara o recorrente, pois essa imunidade cinge-se apenas ao patrimônio, renda ou serviços dos entes políticos da federação e às autarquias e fundações, desde que instituídas e mantidas pelo Poder Público e, exclusivamente, no que se refere ao patrimônio, renda ou serviços vinculados a suas finalidades essenciais ou dela decorrente. Explica que não se está pretendendo equiparar o recorrente às transportadoras de mercadorias, pois efetivamente realizam serviços distintos, porém argumenta que a ECT é responsável pelo pagamento do imposto no caso em comento. Frisa que o art. 6º, IV, da Lei nº 7.014/96, atribui a qualquer pessoa física ou jurídica a responsabilidade tributária em relação às mercadorias que detiver para entrega desacompanhadas

de documentação fiscal. Aduz que o art. 410, § 4º, do RICMS-BA, prevê a necessidade de constar na embalagem das encomendas nacionais que contenham mercadorias, sendo o remetente contribuinte do ICMS, o número da nota fiscal respectiva. Menciona que a DITRI já se posicionou a respeito da matéria em apreço, concluindo pela responsabilidade tributária da ECT. Ao final, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Apreciando o Recurso Voluntário apresentado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, ressalto que a questão da imunidade tributária do recorrente, argüida preliminarmente, já foi enfrentada e refutada pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal. Sobre essa matéria, não há dúvida que a ECT não está amparada na imunidade tributária prevista no art. 150, VI, “a”, da Constituição Federal, uma vez que ela, por força do disposto no art. 173, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, ao prestar o serviço de transporte de mercadorias mediante remuneração, está sujeita ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações trabalhistas e tributárias, não podendo gozar de privilégios não extensivos ao setor privado.

O Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos foi lavrado de acordo com o previsto na legislação tributária, não havendo nenhum descumprimento do Protocolo ICM 23/88. O citado Termo serviu para embasar o lançamento, permitiu que o recorrente conhecesse a acusação que lhe foi imputada e exercesse o seu direito de defesa.

Quanto à alegação de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, ressalto que tal questão não pode ser apreciada por este colegiado, pois o artigo 167, inciso I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores administrativos a declaração de inconstitucionalidade.

No mérito, constato que os autos comprovam que o recorrente recebeu mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal para transportar, as quais foram encontradas em suas dependências. Nessa situação, por força do disposto no art. 6º, III, “d”, e IV, da Lei nº 7014/96, o recorrente, que exercia a função de transportador e que detinha as mercadorias, era solidariamente responsável pelo pagamento do imposto e acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, sendo relevante frisar que essa responsabilidade solidária não comporta benefício de ordem.

Mesmo se o recorrente não fosse considerado como um transportador, ele, ainda, estaria obrigado ao pagamento do imposto por responsabilidade solidária, porque se enquadraria no disposto no inc. IV do art. 6º da Lei nº 7.014/96. Além disso, ressalto que, pela quantidade dos produtos apreendidos (confeções), não há dúvida que eles eram mercadorias, e não, simples objetos postais, como tenta fazer crer o recorrente.

Não pode ser acatada a alegação de que o ICMS não incide sobre o transporte de valores, encomendas, correspondências, cartas, cartões postais, impressos e outros serviços prestados pela ECT, pois a presente autuação não está exigindo imposto devido pelo próprio recorrente, e sim, o devido pelo contribuinte de direito, porém por responsabilidade solidária.

Saliento que, no momento da postagem da encomenda através de SEDEX, o recorrente tem o direito legal de verificar o seu conteúdo e adotar as medidas legais cabíveis, especialmente para exigir a correspondente nota fiscal que acobertará o transporte das mercadorias.

O assistente litisconsorcial do recorrente, por seu turno, não traz argumentos capazes de modificar a Decisão recorrida, pois está comprovado nos autos que a operação em tela possuía características de uma operação comercial. As mercadorias estavam acompanhadas de talonário de nota fiscal, bem como havia anotações acerca dos estoques e prestações de contas. Do mesmo modo, os elementos carreados aos autos comprovam a condição de comerciante do Sr. Fernando Antônio Rodrigues Liberado, porém, mesmo que essa condição não restasse comprovada, a

infração subsistiria integralmente, uma vez que o volume das mercadorias apreendidas evidencia o intuito comercial da operação realizada.

Apesar das abalizadas alegações do assistente litisconsorcial e da doutrina citada, acompanho o entendimento da PGE/PROFIS e não acolho a tese de ilegalidade do art. 4º da L. C. nº 87/96, na parte que alude ao “volume” das operações como elemento caracterizador do intuito comercial.

Quanto à apreensão das mercadorias, ressalto que o procedimento da fiscalização objetivou apenas à comprovação material da irregularidade, não tendo a finalidade de obrigar o pagamento do débito tributário. A liberação das mercadorias apreendidas poderá ser solicitada, observando as determinações contidas no art. 947 do RICMS-BA.

Afasto a alegação do assistente litisconsorcial que nega a existência da responsabilidade solidária, pois, uma vez caracterizada a infração, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é responsável por solidariedade pelo pagamento do imposto e demais cominações legais, por força do disposto no art. 6º, III, “d”, e IV, da Lei nº 7014/96, conforme já explicado neste voto.

Em face do comentado acima, considero que a Decisão recorrida está correta e não carece de retificação. Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

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 **123433.0014/04-0**, lavrado contra a **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$75.112,65**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “a”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de dezembro de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

JORGE SALOMÃO OLIVEIRA DOS SANTOS – REPR. DA PGE/PROFIS