

A. I. Nº - 123433.0014/04-0

AUTUADO - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS

AUTUANTE - MARIA ANGÉLICA AZEVEDO PONTES

ORIGEM - IFMT-DAT/METRO

INTERNET - 07.10.2005

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0360-01/05

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, remetida 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. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 15.04.05, pela fiscalização do trânsito de mercadorias, exige por responsabilidade solidária, ICMS no valor de R\$75.112,65, acrescido da multa de 100%, em decorrência do autuado transportar mercadorias desacompanhadas de documento fiscal, conforme Termo de Apreensão 130521.

Às fls.40/41, o senhor Fernando Rodrigues Liberado, através de advogado devidamente habilitado, apresenta um PEDIDO DE NOMEAÇÃO COMO ASSISTENTE LITISCONSORCIAL DA AUTUADA, agindo em nome de Fernando Antônio Rodrigues Liberado, seu filho recentemente falecido, a quem o Termo de Apreensão atribui o envio das mercadorias (jóias) para a Sra. Viviane Mendonça em Salvador-Ba.

Evoca o requerente o art.180 do RPAF, que dispõe sobre a aplicação subsidiariamente ao processo administrativo fiscal as normas do Código de Processo Civil.

Cita e transcreve os artigos 50 e 54 do CPC e, afinal, pede que seja admitido como Assistente Litisconsorcial da Autuada, nos termos do art. 54 do CPC.

O autuado, Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, apresenta peca impugnatória ao lançamento de ofício (fls. 50/71), levantando preliminares prejudiciais do mérito da ação fiscal, como a inobservância das normas estabelecidas no Protocolo ICM 23/88. Afirma que a fiscalização, apesar de ter identificado perfeitamente o destinatário da mercadoria apreendida, lavrou o Auto de Infração em nome da ECT. No entanto, de acordo com o supramencionado protocolo, regulador das normas de fiscalização envolvendo a ECT, tal procedimento está equivocado. O que aquele prevê, nesta situação, é a emissão de Termo de Apreensão em 3 vias, destinando-se a primeira ao remetente ou ao destinatário do bem, a segunda à ECT e a terceira ao fisco.

Sustenta que não pode ser dispensado à ECT o mesmo tratamento dado às empresas transportadoras, pois o serviço postal não é transporte, e, por conseguinte, não é uma transportadora.

Prosegue, afirmando que a imunidade tributária com base no preceito constitucional, prevê a imunidade recíproca entre as esferas governamentais, vedando à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios gravarem com impostos a renda, os serviços e o patrimônio uns dos outros (art. 150, VI, “a” da CF/88). Reporta-se a julgado recente do STF acerca da constitucionalidade do art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69, cuja ementa transcreve. Cita e reproduz também trecho do voto do Exmo. Sr. Juiz da 19ª Vara Federal da Seção Judiciária da Bahia, acerca da natureza das atribuições da ECT, destacando terem elas por escopo o interesse público nos serviços postais, de telegrafia e de telecomunicações, considerando que o art. 12 do citado decreto-lei não entra em contradição com o art. 173, § 1º, II, da CF/88, uma vez que a disciplina jurídica de direito privado vai sujeitar apenas aquelas entidades que exploram a atividade econômica.

Especifica as funções que uma empresa pública pode desempenhar, quer explorando atividade econômica, quer prestando serviço público. Transcreve ensinamentos de Geraldo Ataliba, Celso Antônio Bandeira de Mello e Cirne Lima a respeito do assunto, concluindo que o serviço público é uma atividade constitucionalmente ordenada, própria do Estado, contrária ao da exploração econômica, própria do setor privado.

Registra que, nos termos do art. 22, V, da CF/88, compete privativamente à União legislar sobre serviços postais, e transcreve, em seguida, os arts. 7º, 25, 9º, 8º e 26 da Lei nº 6.538/78, que enunciam o poder de legislar sobre os serviços postais.

Argumenta que a execução do serviço postal não cuida de “mercadoria”, e sim de objetos postais, legalmente qualificados como correspondências, valores e encomendas. Para os interessados (remetentes e destinatários), os bens podem representar objetos afetivos, financeiros, morais, negociais, intelectuais, culturais, administrativos ou “mercadorias”. Mas, para a ECT, tais objetos são todos iguais, constituem uma coisa só, são objetos postais, nos termos do art. 47 da Lei nº 6.538/78, ou seja, é remessa e entrega de objetos, com ou sem valor mercantil, por via postal.

Sustenta, ainda, que a ECT goza da imunidade prevista no art. 150, VI, “a”, da CF, e não pode ter seu patrimônio diminuído por qualquer tipo de imposto, por ser patrimônio da União, bem como não pode ter seus serviços onerados por tributos, por se tratar de serviços públicos de competência exclusiva da União.

Afirma que o serviço postal tem por base três ações praticadas em cadeia, quais sejam e nesta ordem: o recebimento, o transporte e a entrega dos objetos postais. São elos de uma corrente, agasalhadas pelo manto da lei postal e o transporte, pressuposto básico da execução do serviço postal que oferece segurança, inviolabilidade do objeto postal, regulamentação legal que exige a continuidade, universalidade, confiabilidade, garantidos pela União Federal através do impugnante, que é empresa vinculada ao Ministério das Comunicações. Argumenta que os seus serviços distinguem-se dos serviços prestados pelos particulares. À ECT existem regras rígidas, ditadas pela Constituição, pela legislação infraconstitucional e pelo Direito Administrativo, que delimitam seu campo de ação, a obrigando oferecer e garantir o serviço postal a todos os cidadãos brasileiros, independentemente de distinção de credo, cor, raça ou ideologia política. Ao particular existe a livre concorrência de mercado e ele aceita prestar serviços a seus clientes se quiser, discricionariedade a si vedada. O particular fixa os seus preços de acordo com os custos e com a margem de lucro que pretenda auferir. Já a ECT depende da aprovação de tarifas

por órgãos do governo federal. Portanto, não se pode confundir sua atividade com um serviço de transporte, pois figuras totalmente distintas.

Afirma que o lançamento do crédito tributário deve ser feito atendendo à norma padrão de incidência do tributo pré-traçada na Constituição. Citando Roque Carrazza, Elizabeth Nazar Carrazza e Amílcar Falcão, ressalta a forma rígida como é feita a distribuição de competências no sistema tributário brasileiro.

No respeitante ao ICMS, entende que este, conforme definido na CF/88, abrange no seu campo de incidência: a) as operações mercantis (operações relativas à circulação de mercadorias); b) as prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal; c) serviços de comunicação; d) produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de lubrificantes e combustíveis gasosos e de energia elétrica e e) sobre a extração, circulação, distribuição ou consumo de minerais. Pela essência do serviço postal, deduz-se que ele não está incluso no conceito de fato gerador de ICMS, não podendo ser tributado, em virtude do princípio da legalidade. A simples leitura do texto da lei estadual que instituiu o ICMS indica a inexistência de qualquer referência ao serviço de transporte postal como fato gerador desse tributo, não cabendo ao fisco pretender uma interpretação de forma expansiva da legislação, pois, para a segurança do contribuinte, a interpretação deve ser restritiva.

Cita jurisprudência dos Tribunais Federal e o entendimento manifestado 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.

Ressalta que a configuração da incidência tributária exige que haja exata adequação do fato à norma. Reproduz comentários de Eduardo Marcial Ferreira Jardim acerca do princípio da tipicidade.

Conclui seu arrazoado argumentando que para ser exigido o tributo o fato deve estar plenamente ajustado à norma, sem possibilidade de dúvida. Existindo dúvida, não há fato imponível. Requer que seja acolhida a preliminar argüida, para que seja tornado sem efeito o Auto de Infração, ou, caso ultrapassada a preliminar, que no mérito se julgue o Auto insubstancial, ante a impossibilidade legal de sua lavratura e, ainda, por ser a impugnante ente integrante da administração pública e consequentemente imune ao imposto, bem como por ser indevido o lançamento em virtude de o serviço de transporte de objetos postais e encomendas não ser passível de tributação.

Admitido o Senhor Fernando Rodrigues Liberado, pai e sucessor legítimo de Fernando Antônio Rodrigues Liberado (falecido em 10/06/20050) como Assistente Litisconsorcial do Autuado, esse através de advogado devidamente habilitado apresenta impugnação à autuação.

Inicialmente, traz uma informação bastante triste que o falecimento do Sr. Fernando Antônio Liberado, com apenas 54 anos de vida, acometido de gravíssima doença (câncer no pulmão) que após um período de internamento hospitalar não resistiu e veio a falecer.

Afirma que o senhor Antonio Fernando exercia o ofício de “designer” de jóias, e que apesar de o CNPJ e a Inscrição Estadual (SP) indicarem que se tratava de firma mercantil individual e que tinha como atividade econômica o comércio varejista de artigos de relojoaria e joalheria, esses registros estavam incorretos, em decorrência de erro do contador quando da efetivação dos registros.

Sustenta que o senhor Fernando Antonio R. Liberado, efetivamente não era comerciante, não realizava mercancia, pois não praticava com habitualidade circulação de mercadorias. Cita e transcreve Roque Carrazza, para sustentar que o ICMS só incide sobre operações relativas à circulação de mercadorias. Diz, ainda, que comerciante é aqueles que realiza com habitualidade

circulação jurídica de mercadorias. Acrescentando que, as jóias que enviou para a Bahia destinavam-se exclusivamente à exposição de suas criações.

Informa que era comum o senhor Fernando Antônio portar algumas peças recebidas em consignação dos fabricantes aos quais tinha vendido os correspondentes desenhos.

Prosegue, dizendo que o Sr. Fernando Antônio não era comerciante e as jóias remetidas para a Bahia não eram mercadorias, sendo um caso de NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS, nos termos do art. 6, XVI, do RICMS-BA.

Cita o mestre Carraza e a jurisprudência do STF, para rejeitar a apreensão efetuada pela fiscalização.

Por fim, pede que o auto de infração seja julgado improcedente e que seja determinada a devolução dos bens apreendidos ao seu legítimo possuidor, o senhor Fernando Rodrigues, pai e legítimo sucessor do senhor Fernando Antonio.

Na informação fiscal (fls.38/50) a autuante transcreve o trabalho “ICMS - Responsabilidade Solidária da ECT - apresentado no curso de pós-graduação, onde é efetuado estudo sobre a responsabilidade da ECT em relação às mercadorias por ela transportadas.

Diz a autuante que a ECT tanto pelo fato de ser uma empresa pública que explora atividades de natureza econômica concorrendo com empresas privadas quanto por cobrar preços e tarifas pela utilização dos seus serviços, não tem respaldo legal para invocar para si uma indevida imunidade tributária a que se reporta em sua defesa, podendo ser responsabilizada por solidariedade e intimada a pagar o ICMS correspondente às mercadorias que transporta na execução do serviço postal desacompanhada de documentação fiscal idônea, não importando se foi a ECT qualificada pela fiscalização como transportadora ou apenas como detentor das mercadorias, independente dela classificar estas mercadorias como encomendas ou objetos postais.

No respeitante às razões apresentadas pelo Sr. Fernando R. Liberado, informa que quanto aos fatos apresentados na apreensão não há argumentos que justifique a irregularidade, uma vez que as mercadorias citadas vieram acompanhadas do talão de Notas Fiscais Modelo 1 da empresa F.LIBERADO JÓIAS, além de anotações manuscritas de prestações de contas e ajustes de estoque, além de balança de precisão, demonstrando tratar-se de operação de comercialização.

No que diz respeito à doença e posterior falecimento do Sr. Fernando Antonio R.Liberado, bem como a avançada idade do senhor seu pai, registra o seu pesar e solidariedade no momento de tamanho sofrimento, entretanto, quanto à ação fiscal, considera-a totalmente correta.

Finaliza ratificando a autuação e pedindo que esta seja julgada totalmente procedente.

VOTO

Preliminarmente, rejeito a nulidade pretendida pelo autuado, “in casu” a ECT, pois presentes todos os pressupostos de validação do processo. Tanto o Termo de Apreensão como o Auto de Infração foram lavrados com a observância das exigências legais previstas na legislação do ICMS, notadamente o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99, em seu artigo 18, bem como o Protocolo 23/88, em seu & 1º da Cláusula Segunda.

Relativamente à argüição de constitucionalidade, encontro um óbice intransponível para a sua apreciação no âmbito administrativo, que é o artigo 167, I, do RPAF/99, que afasta da competência dos órgãos julgadores a declaração de constitucionalidade.

No que concerne à Lei n.º 6.538/78, citada pelo autuado, que disciplina a prestação de serviço postal, esta estabelece no seu artigo 10, inciso II o seguinte:

“Art 10 - Não constitui violação do sigilo da correspondência postal a abertura de carta:

.....

II - que apresente indícios de conter objeto sujeito a pagamento de tributos; “

O Código Tributário Nacional – CTN, dispõe em seu artigo 124, incisos I e II, “in verbis”:

“Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I – as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal:

II – as pessoas expressamente designadas por lei”

Por sua vez, a Lei 7.014/96, traz em seu artigo 6º, a previsão da responsabilidade solidária com fulcro no artigo 5º, da Lei Complementar 87/96, que foi inserida no RICMS/97, em seu artigo 39, abaixo transscrito:

“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.”

Verifica-se que a responsabilidade solidária está perfeitamente definida na legislação do ICMS da Bahia, afastando, a meu ver, a discussão sobre a condição de contribuinte ou não, da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, na situação fática analisada, ou seja, a ECT é responsável solidária por transportar ou conduzir mercadorias sem a documentação fiscal exigível.

Registro 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.

No que concerne à pretensão do Sr. Fernando Rodrigues Liberado de intervir no processo na qualidade de Assistente Litisconsorcial, entendo, s.m.j. que existe condição para legitimá-lo, pois a decisão dada pelo CONSEF poderá lhe causar prejuízo.

Assim, justamente por existir uma possibilidade de prejuízo a terceiro é que se legitima a sua intervenção no processo. Há “in casu” o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação do CONSEF, consoante prevê o artigo 54 do CPC, aqui aplicado subsidiariamente.

No respeitante ao arrazoado apresentado pelo Sr. Fernando Rodrigues Liberado, na qualidade de Assistente Litisconsorcial do Autuado, apesar de manifestar o presente voto bastante comovido com a prematura e sofrida ausência do seu filho Fernando Antônio, tenho o dever de ultrapassar os meus sentimentos pessoais e dizer que concordo com a autuante.

As peças do processo indicam a existência de talonário de nota fiscal, anotações diversas sobre prestações de contas e ajustes de estoques, deixando transparecer que não se trata de uma simples exposição realizada por um “designer”, mas, sim, de comercialização de mercadorias.

No que concerne à condição de não contribuinte do Senhor Fernando Antônio, por não praticar com habitualidade operações relativas à circulação de mercadorias, ou seja, não praticar a mercancia, registro que a Lei Complementar 87/96, além do critério da habitualidade para caracterização de contribuinte, traz também o critério de volume que caracterize o intuito comercial, consoante dispõe o artigo 4º “in verbis”:

“Art. 4º Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior ou com documentação fiscal inidônea.”

O Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, dispõe em seu artigo 8º que as petições deverão conter os meios de prova com que o interessado pretenda demonstrar a verdade de suas alegações.

Por sua vez, o artigo 123, do mesmo RPAF, assegura ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da intimação. Por fim, o artigo 153, do RPAF, determina que o órgão julgador formará o seu convencimento atendendo aos fatos e circunstâncias constantes no processo, às alegações e argumentações dos autos e à apreciação das provas.

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.

Dante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA da autuação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 123433.0014/04-0, lavrado contra a **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS**, devendo ser intimado o autuado 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, 03 de outubro de 2005.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA - PRESIDENTE

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR