

PROCESSO - A. I. Nº 123433.0012/07-2
RECORRENTE - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
RECORRIDA - FAZENDA PUBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0167-03/07
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 28/11/2007

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0446-12/07

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CORREIOS E TELÉGRAFOS. MERCADORIAS DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS. 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 realizado serviço postal com mercadoria de terceiro, desacompanhada de documentação fiscal. Infração não elidida. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão da 3ª JF que julgou Procedente o Auto de Infração, o qual foi lavrado para exigir R\$301,58 de ICMS, acrescido da multa de 100%, tendo em vista que foi constatado transporte de mercadorias, efetuado sem documentação fiscal, conforme Termo de Apreensão de Mercadorias de nº 141025, à fl. 06 dos autos.

O autuado, em sua impugnação às fls. 12 a 34 dos autos, suscita preliminar de nulidade, alegando que não foram observadas as regras contidas no Protocolo 23/88, transcrevendo as cláusulas primeira e segunda do mencionado protocolo, apresentando o entendimento de que há ilegitimidade passiva dos correios, dizendo que os únicos sujeitos da relação são o remetente e o destinatário, cabendo a estes qualquer responsabilidade tributária, por isso, suscita nulidade para que seja lavrado o Auto de Infração contra quem de direito, remetente ou destinatário da mercadoria. Disse que o serviço postal não é transporte, e a ECT não é uma transportadora, salientando que o serviço postal é mais complexo que um simples serviço de transporte, sendo observada a segurança e inviolabilidade do objeto postal. Comenta sobre imunidade tributária, e sobre essa questão, cita o art. 150 da Constituição Federal de 1988, e transcreve entendimentos de juristas. Esclarece que serviço postal consiste no recebimento, expedição, transporte e entrega de objetos postais. Fala da inviolabilidade do objeto postal e diz que a ECT tem a obrigação legal de oferecer e garantir o serviço posto a todos os cidadãos; o serviço posto não é fato econômico de relevância jurídica, escapando à hipótese de incidência do ICMS. Transcreve dispositivos da legislação pertinente aos serviços postais, cita a doutrina em relação ao lançamento do ICMS; argumenta que a legislação do ICMS trata de operações de circulação de mercadorias, e não se pode confundir a atividade relativa ao transporte de mercadorias com o serviço postal. Disse que na circulação jurídica e não, meramente física, há transferência da posse ou da propriedade de uma pessoa para outra. Entretanto, sem a mudança da titularidade não há incidência do ICMS. Ressaltou que a ECT tem como objeto, atividade de serviço público, entendendo que não pode ser considerado responsável pelo pagamento do ICMS sobre serviço de transporte de objetos postais, mesmo que seja de encomendas. O defendente cita a jurisprudência dos tribunais acerca da não incidência do ICMS sobre o serviço postal executado pela ECT, argumentando, também, que não é cabível a responsabilização solidária, porque não se considera uma transportadora, mas sim uma prestadora de serviço postal. Por fim, o autuado solicita que o Auto de Infração seja julgado

improcedente, ratificando o seu argumento de que os sujeitos da relação tributária em questão são o Estado da Bahia, o remetente e o destinatário das mercadorias.

A autuante prestou informação fiscal às fls. 46 a 57 dos autos, cita inicialmente um trabalho apresentado em curso de pós-graduação sobre a responsabilidade solidária da ECT em relação às mercadorias transportadas pela mencionada empresa, sem documentação fiscal.

Na informação fiscal, foram apresentados, em síntese, os seguintes comentários:

- a ECT transporta encomendas, e algumas delas apresentam características suficientes para serem consideradas mercadorias;
- o trabalho da fiscalização tem o intuito de analisar as operações de transporte de mercadorias pela ECT, fazer a cobrança do ICMS por responsabilidade solidária, nas operações de transporte de mercadorias sem documentação fiscal;
- a ECT é uma empresa pública, está vinculada ao Ministério das Comunicações, realiza atividades correlatas ao serviço postal, além de outras atividades, inclusive a exploração de publicidade comercial;
- para o encaminhamento das encomendas, devem ser observadas as condições estabelecidas no Regulamento do Serviço Postal, compreendendo, inclusive, o código de endereçamento, o formato, acondicionamento, valor, limite de peso, etc, ficando a ECT responsável por qualquer dano às encomendas em decorrência de erro ou negligência de seu funcionário;
- a atividade da ECT na entrega de encomendas se assemelha ao transporte de mercadorias efetuado por empresas privadas que entregam mercadorias, e para os usuários dos serviços prestados pela ECT não existe diferença entre os seus serviços e aqueles oferecidos pelas empresas transportadoras privadas;
- os procedimentos são adotados pela fiscalização, de acordo com o Protocolo ICMS 32/2001, que substituiu o Protocolo ICM 23/88 e ICMS 15/95, sendo dado à ECT tratamento similar às transportadoras, considerando que a ECT tem responsabilidade solidária sobre as mercadorias que transporta para entrega aos respectivos destinatários;
- os prepostos fiscais, nas dependências dos Correios, procedem à verificação física do conteúdo das mercadorias transportadas, sempre acompanhados de perto por um representante da ECT;
- com base na legislação, fala sobre a definição de encomenda, objeto postal e mercadoria; diz que no conceito de mercadoria, inclui-se qualquer tipo de bem móvel que tenha circulação econômica, e os objetos postais ou encomendas devem ser considerados mercadorias à luz da legislação;
- a ECT, ao transportar objetos postais e encomendas, exerce atividade das empresas privadas do setor de transporte de cargas e mercadorias, a elas se igualando para fins de aplicação da legislação tributária. Portanto, sem gozo da imunidade tributária entre os entes governamentais;
- é imputada à ECT a responsabilidade solidária, na condição de transportadora, para pagamento do imposto em relação às mercadorias que transportar, desacompanhadas de documentação fiscal exigível ou com documento inidôneo;

A autuante contestou todos os argumentos defensivos, citando o posicionamento do CONSEF em julgamentos anteriores e, por fim, pede a procedência do Auto de Infração em lide, por entender que não importa se a ECT foi considerada pela fiscalização como transportadora, ou apenas como detentora das mercadorias em situação irregular, e independente de classificar as mercadorias como encomendas ou objetos, deve ser responsabilizada por solidariedade.

O Julgador de Primeira Instância emitiu o seguinte voto:

“Apreciando as preliminares de nulidade suscitadas pela defesa, observo que não é da competência desta JJF opinar quanto à constitucionalidade da legislação tributária, conforme art. 167, inciso I, do RPAF/99.

Em relação ao argumento de que a ECT é uma empresa pública, observo que, consoante o art. 173, e seu § 2º, da Constituição Federal, “as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado”.

Referente ao argumento defensivo de que a ECT goza de imunidade tributária, não pode ser acatado, tendo em vista que a imunidade alegada pelo defendente se aplica exclusivamente às suas atividades, e não às mercadorias que o autuado transporta mediante pagamento pelo serviço prestado.

Portanto, a imunidade recíproca alegada pelo defendente, se refere apenas à sua atividade na prestação de serviço postal, e como tal, tem natureza de serviço público, atividade que é exercida pela ECT em regime de monopólio. Quanto ao serviço de transporte de encomendas, constitui uma atividade econômica, estando o autuado concorrendo com as demais transportadoras de encomendas, empresas privadas, que estão sujeitas ao pagamento do ICMS.

O autuado também suscita nulidade para que seja lavrado o Auto de Infração contra quem de direito, remetente ou destinatário. Entretanto, a autuação foi efetuada com base no art. 39, inciso I, que prevê a responsabilidade dos transportadores pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais em relação às mercadorias que aceitarem para transportar ou que conduzirem sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino.

Assim, ficam rejeitadas as preliminares de nulidade suscitadas pela defesa, considerando 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.

Quanto ao mérito, verifico que o presente lançamento é decorrente da responsabilidade solidária atribuída à ECT, tendo em vista que foram encontradas peças para automóveis, mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, encomenda enviada por SEDEX de nº SX 325862526 BR.

Observo que este fato não foi elidido, não obstante a alegação apresentada pelo autuado de que não pode figurar como sujeito passivo, entendendo que não pode ser considerado responsável pelo pagamento do ICMS sobre serviço de transporte de objetos postais, mesmo que seja de encomendas; que é integrante da Administração Pública, e que o serviço de transporte de objetos postais e encomendas não é passível de tributação.

No caso em exame, não há questionamento em relação às atividades desenvolvidas pela ECT, na condição de transportador das encomendas, haja vista que o imposto exigido no presente 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.

De acordo com o art. 6º, inciso III, alínea “d”, da Lei 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.

Observo que o § 2º, do art. 410-A, do RICMS/97, estabelece que o transporte de mercadorias e bens feito pela ECT, além do cumprimento das demais obrigações tributárias previstas na legislação do ICMS para os transportadores de cargas, deverá ser acompanhado de nota fiscal, modelo 1 ou 1-A, manifesto de cargas e conhecimento de transporte de cargas.

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.

Assim, entendo que está caracterizada a irregularidade apontada no presente Auto de Infração, sendo devido o imposto, conforme apurado pelo autuante à fls. 3 e 7 do PAF, e a base de cálculo foi apurada através do levantamento de preços à fl. 07.

Trata-se de peças para veículos automotores, mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, sujeitas ao pagamento do imposto por antecipação, exigindo-se o imposto do sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadoria desacompanhada de documentação fiscal, sendo devido também, o tributo apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA previstos no anexo 88 do RICMS/97, relativamente às mercadorias sujeitas a antecipação tributária. No presente processo, não constou a exigência do imposto neste sentido, podendo ser instaurado novo procedimento fiscal, relativo ao valor complementar.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Em seu Recurso Voluntário o recorrente repete basicamente os argumentos expendidos na defesa, requerendo, finalmente:

- a) a nulidade do Auto de Infração;
- b) o provimento do Recurso, por ser indevido o lançamento, considerando que tais objetos postais não são passíveis de tributação;
- c) o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei em que foi fulcrada a autuação fiscal;
- d) a aplicação do artigo 11 da Lei nº 6.538/78, que considera os objetos postais pertencentes ao remetente até sua entrega a quem de direito.

O representante da PGE/PROFIS, ao se pronunciar nos autos, diz que a preliminar suscitada pelo recorrente é absolutamente desprovida de qualquer suporte legal ou técnico, pois, conforme se depreende de uma análise simples de seu funcionamento, escora-se pura e simplesmente na irregularidade na lavratura do termo de apreensão de mercadorias, que em nada afeta os princípios da ampla defesa e do contraditório, em face da clareza do quadro fático alinhavado no Auto de Infração. No que respeita à preliminar de ilegitimidade passiva, também não encontra respaldo legal do quanto disposto no art. 121 do CTN. Para respaldar seu entendimento, transcreve, na íntegra, Parecer do procurador José Augusto Martins, que afirma, se adequa à perfeição ao caso em análise. Conclui pelo improvimento do Recurso Voluntário

VOTO

A questão da imunidade tributária do recorrente, argüida preliminarmente, já foi enfrentada e refutada pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, todavia a mesma preliminar volta a ser suscitada no Recurso Voluntário. Sobre essa matéria, não há mais 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, 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, pois o artigo 167, inciso I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores 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, a ECT, que exercia a função de transportadora 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 7.014/96. Além disso, ressalto que, pela quantidade das mercadorias apreendidas, não há dúvida que, efetivamente, se tratavam de 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 autuado 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.

Em face do comentado acima, considero que a Decisão recorrida está correta e não carece de retificação. Em consequência, voto 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 **123433.0012/07-2**, lavrado contra **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$301,58**, 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, 19 de novembro de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ - RELATOR

JOSE AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS