

PROCESSO - A. I. Nº 108491.0241/14-3
RECORRENTE - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0145-02/15
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 17/05/2016

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0053-12/16

EMENTA: ICMS. NULIDADE DE DECISÃO. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NOVA DECISÃO. É nula a Decisão que proferida sem fundamentação e com preterição do direito de defesa. Retornem-se os autos à primeira instância para nova Decisão açambarcando toda a lide. Análise do Recurso **PREJUDICADA**, e, de ofício, decreta-se a **NULIDADE** da Decisão recorrida. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, que decidiu pela Procedência do presente Auto de Infração, lavrado em 30/05/14 pela fiscalização do trânsito de mercadorias, para exigir, por responsabilidade solidária, o ICMS no valor de R\$7.554,80, acrescido da multa de 100%, em decorrência do transporte de mercadorias desacompanhadas de documento fiscal.

A Junta de Julgamento dirimiu a lide com os seguintes fundamentos:

“Inicialmente, em relação à arguição de inconstitucionalidade, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma.

Afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, tendo em vista que o Auto de Infração e o Termo de Apreensão estão revestidos das formalidades legais, inclusive constatei que foram observadas as determinações contidas no Prot. ICM 23/88, não pode ser acatada, tendo em vista que foi juntada à folha 04, a primeira via do Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos, a qual foi assinada pelo representante legal do autuado, documento que comprova a regularidade da ação fiscal.

De igual modo, não pode ser acolhida a alegação de ilegitimidade passiva, uma vez que a responsabilidade por solidariedade encontra-se disciplinada na legislação do ICMS, sendo no RICMS/97 tratada no artigo 39. Também não se observando qualquer erro ou vício que possa decretar a sua nulidade, em conformidade com o disposto no art. 18, do RPAF/99.

Cabe enfatizar que o Conselho de Fazenda Estadual, através das Juntas e Câmaras de Julgamento fiscal, nos julgamentos dos litígios decorrentes de lançamento tributário, como por exemplo o Acórdão nº 0067-11/10 da 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL, já firmou 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.

O art. 6º da Lei nº 7.014/96, ao tratar os casos de responsabilidade por solidariedade, respaldado no art. 5º da Lei Complementar nº 87/96, expressa que:

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 exigívelou com documentação fiscal inidônea;

Portanto, mesmo que o autuado não pudesse ser considerado transportador, o que não é o caso, estaria obrigado ao pagamento do imposto, em razão de responsabilidade solidária, face á regra insculpida no inciso IV do artigo 6º da Lei 7.014/96, acima transcrito, pois ao transportar mercadorias sem nota fiscal, no caso em tela 1.977 CD, assumiu a condição de sujeito passivo responsável solidário, e nesta condição deveria ter exigido do remetente o documento fiscal para acobertar as mercadorias que transportou, caso contrário, assumiu a responsabilidade pelo pagamento do ICMS.

Em relação a questão da imunidade arguida pela defesa, observo que o Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS por responsabilidade solidária da ECT, pelo fato de terem sido encontradas mercadorias, 1.977 (mil, novecentos e setenta e sete) CD's de Ricardo e João Fernando, em suas dependências sem documento fiscal.

No presente caso, o que está em discussão não é a imunidade tributária ou o imposto sobre serviço de transporte, pois o Auto de Infração teve por objetivo exigir o ICMS por responsabilidade solidária, do autuado que transportava ou detinha mercadoria sem nota fiscal.

Por sua vez, a Lei nº 6.538/78, citada diversas vezes pela defesa, que disciplina a prestação de serviço postal, estabelece 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;

Parágrafo único - nos casos dos incisos II e III a abertura será feita obrigatoriamente na presença do remetente ou do destinatário.”

O RICMS/12, no artigo Art. 336 e § 2º, nos incisos I a III, ao tratar dos procedimentos de fiscalização relativos aos serviços de transportes e às mercadorias e bens transportados pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), nas seguintes remessas (Protocolo 32/01), determina 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, manifesto de cargas e conhecimento de transporte de cargas, abaixo transcrito:

Art. 336. Serão adotados os procedimentos de fiscalização previstos neste artigo, relativos aos serviços de transportes e às mercadorias e bens transportados pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), nas seguintes remessas (Prot. ICMS 32/01):

I - postais ocorridas no território nacional;

II - postais internacionais de mercadorias ou bens importados sob o Regime de Tributação Simplificada (RTS) instituído pelo Decreto-Lei nº 1.804/80.

§ 1º Os trabalhos de fiscalização de mercadorias ou bens serão executados nos centros operacionais de distribuição e triagem da ECT.

§ 2º 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:

I - Nota Fiscal;

II - Manifesto de Cargas;

III - Conhecimento de Transporte de Cargas.

§ 3º No caso de transporte de bens entre não contribuintes, em substituição à nota que trata o inciso I do § 2º deste artigo, o transporte poderá ser feito acompanhado por declaração de conteúdo, que deverá conter no mínimo:

I - a denominação: “Declaração de Conteúdo”;

II - a identificação do remetente e do destinatário, contendo nome, CPF e endereço;

III - a discriminação do conteúdo, especificando a quantidade, peso e valor;

IV - a declaração do remetente, sob as penas da lei, de que o conteúdo da encomenda **não constitui objeto de mercancia**. Grifei.

Ressalto que o Decreto-Lei nº 509/69 e a Lei nº 6.538/78, que disciplina a prestação de serviço postal verifico que o DL nº 509/69 transformou o antigo Departamento dos Correios e Telégrafos (DCT) em empresa pública,

vinculada ao Ministério das Comunicações, com a denominação de EBCT, no entanto, a imunidade tributária de que gozava a ECT, por força do Decreto-Lei nº 509/69, não foi recepcionada pela Carta Magna de 1988, pois tal privilégio contrariava frontalmente o disposto dos artigos 150, § 3º e 173, § 2º de nossa Carta Maior.

Com a Constituição Federal de 1988, o autuado está sujeito às mesmas regras das empresas privadas, tanto em relação ao regime jurídico constituído, quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, podendo, inclusive, ser objeto de fiscalização pelo Estado. Dessa forma, considero que o contribuinte não está enquadrado nas hipóteses de imunidade previstas no artigo 150 da CF/88.

Ressalto que no momento da postagem da encomenda, o autuado tem o direito legal de verificar o seu conteúdo e adotar as medidas legais cabíveis, caso não corresponda à nota fiscal e na situação presente as mercadorias transportadas sem documentação fiscal denotam intuito comercial.

Como o autuado não adentrou o mérito da autuação, entendo que está correto o valor exigido, mesmo porque é inadmissível, à luz do Princípio Constitucional da Isonomia, que se dê tratamento privilegiado ao autuado em detrimento de outros contribuintes que com ele competem no mercado. O art. 173, § 2º CF/88, estabelece que “as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado”, sob pena de asfixiarem de tal forma seus concorrentes que se criaria um ambiente desleal, contrário a qualquer sistema capitalista.

Observe que o Protocolo ICM 23/88, celebrado na vigência do antigo ICM, o mesmo, apenas, estabeleceu normas de controle de fiscalização relacionada com o transporte de mercadorias efetuado pelo sujeito passivo, em nenhum momento dispensando o autuado de ser responsabilizada pelo pagamento do tributo, porventura devido em razão do transporte de mercadorias realizado de forma irregular. Semelhantes procedimentos a serem adotados pela fiscalização foram repetidos no Protocolo ICMS 32/01, publicado no DOU de 04.10.01. Por outro lado, o Prot. ICMS 15/95, firmado pelas unidades federadas para “implementar rotinas de controle e fiscalização das remessas postais com vistas à verificação do cumprimento da obrigação de pagamento do ICMS nas operações de mercadorias”.

Por fim, quanto à alegação de que o ICMS ora exigido poderia ser pago pelo remetente ou destinatário, cabe destacar que mesmo o Auto de Infração tendo sido lavrado contra o transportador na condição de responsável solidário, nada impede que o remetente ou destinatário promova a quitação do débito, extinguindo-se o processo.

Diante do exposto, meu voto é pela PROCEDÊNCIA da autuação.

Inconformado com a Decisão de primeira instância, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário, alegando, preliminarmente, a nulidade do procedimento fiscal, por desacordo com o quanto estabelecido no Protocolo ICM 23/88. Informa que o referido protocolo estabelece no § 1º da Cláusula segunda, que a lavratura de Termo de Apreensão deve ser feita tanto em nome da transportadora, em sentido amplo, como no do contribuinte. Aduz que o Protocolo constitui-se como um ato vinculante para todos aqueles que o subscreveram, inclusive para o Estado da Bahia, no entanto, o Fisco Estadual, não observou as formalidades essenciais referentes à fiscalização de mercadorias transportadas e lavrou o Auto de Infração exclusivamente contra ele, em desconformidade com o Protocolo regulador das normas fiscalizatórias de aplicação específica aos Correios, padecendo de nulidade o Termo de Apreensão de Mercadorias e, por consequência, o Auto de Infração correspondente.

Suscita também a ilegitimidade passiva, por força da qual alega que os únicos sujeitos da relação jurídica tributária são o remetente e o destinatário, cabendo tão somente a estes qualquer responsabilidade tributária, com base no artigo 11 da Lei nº 6.538, de 22 de junho de 1978. Argumentou que está sujeito ao “sigilo da correspondência” e à “inviolabilidade do objeto postal”, o que o impede de utilizar meios mais severos na fiscalização dos objetos que lhes são confiados, ao contrário do que ocorre com a Secretaria da Fazenda Estadual, o acarreta, em seu entendimento, a nulidade do procedimento fiscal adotado.

Alega, ainda, que o serviço postal é tipicamente público, conforme o artigo 21 da Constituição Federal, estando obrigado legalmente a oferecer e garantir o serviço a todos os cidadãos, diferentemente do particular que aceita fazer o transporte se quiser. Conclui que o serviço postal não é serviço de transporte, sendo apenas um elo entre a expedição e a entrega do objeto remetido, o que escapa à hipótese de incidência legalmente estabelecida.

No mérito, alega ser incabível a cobrança do tributo em questão pelo fato de gozar da imunidade

tributária prevista no artigo 12 do Decreto-Lei nº 509/69 e por estar respaldado no preceito constitucional que trata da imunidade recíproca entre as esferas governamentais, concluindo.

Argumenta que, nos termos do artigo 22, inciso V, da Constituição Federal de 1988, cabe à União Federal, de forma privativa, legislar, entre outras matérias, sobre o serviço postal e frisou que compete à ECT o recebimento, expedição, transporte e entrega de valores e encomendas postais, visto o preceituado no artigo 7º da Lei nº 6.538/78, compreendendo assim, que os serviços de encomendas e valores são serviços públicos, porém, podem ser prestados por particulares.

Prossegue dizendo que a regra-matriz do ICMS sobre operações relativas à circulação de mercadorias é a operação e, não a mera circulação física de mercadorias, bem como o transporte interestadual e intermunicipal. Afirma a inexistência de qualquer referência ao Serviço de Transporte Postal como fato gerador do ICMS, não cabendo ao Fisco Estadual pretender uma interpretação de forma expansiva de uma legislação que, para a segurança do contribuinte, tem uma interpretação restritiva. Ressalta, ademais, que a ECT não é contribuinte do ICMS nem se lhe pode exigir esse imposto em razão do “transporte” que realiza (em virtude do transporte ser apenas um elo entre a expedição e a entrega do objeto remetido), não há que se falar também na ausência de emissão de nota fiscal para serviço IMUNE e, por consequência, na exigência de multa por obrigação acessória que, neste caso, segue o principal.

Argumenta, ainda, que não há que se falar de responsabilidade solidária, uma vez que não se constitui como uma transportadora, mas sim como uma prestadora de serviço público postal, e que, além disso, goza de imunidade tributária.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário em face da Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou procedente o presente Auto de Infração.

Embora o recorrente tenha suscitado a nulidade do Auto de Infração, ao argumento de que teria havido afronta ao Protocolo ICM 23/88 e ilegitimidade passiva, constato a existência de um vício na Decisão de primeiro grau que deve ser decretada de ofício e impede a apreciação do presente Recurso Voluntário.

Ao apreciar o argumento defensivo referente à existência de imunidade das atividades desenvolvidas pelos Correios, os julgadores se referiram ao fato de que, no lançamento de ofício está sendo exigido o ICMS por responsabilidade solidária *“pelo fato de terem sido encontradas mercadorias, 1.977 (mil, novecentos e setenta e sete) CD’s de Ricardo e João Fernando, em suas dependências sem documento fiscal”*. *Veja-se a transcrição do excerto do julgamento:*

Em relação a questão da imunidade arguida pela defesa, observo que o Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS por responsabilidade solidária da ECT, pelo fato de terem sido encontradas mercadorias, 1.977 (mil, novecentos e setenta e sete) CD’s de Ricardo e João Fernando, em suas dependências sem documento fiscal.

No presente caso, o que está em discussão não é a imunidade tributária ou o imposto sobre serviço de transporte, pois o Auto de Infração teve por objetivo exigir o ICMS por responsabilidade solidária, do autuado que transportava ou detinha mercadoria sem nota fiscal.

Ocorre que, no presente Auto de Infração, está-se lançando o imposto estadual, por responsabilidade solidária, em razão da apreensão de 98 unidades de confecções diversas (vestidos, calças, camisetas, camisas, conjuntos, saias, shorts, macacões etc) que estavam sendo transportadas pelo recorrente sem a competente documentação fiscal. Sendo assim, resta claro que a Junta de Julgamento Fiscal não se debruçou sobre as provas dos autos antes de proferir a sua Decisão, o que configura, claramente, um vício de fundamentação.

Ante o exposto, considero PREJUDICADA a análise do Recurso Voluntário e, de ofício, voto pela NULIDADE da Decisão recorrida, devendo os autos retornar à Primeira Instância para que seja proferida nova Decisão.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a análise do Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, julgar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **108491.0241/14-3**, lavrado contra a **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT**, devendo os autos retornar à Primeira Instância para novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de março de 2016.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE. – REPR. DA PGE/PROFIS