

A. I. N° - 225414.0229/12-7
AUTUADO - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS
AUTUANTE - ANTONINA XAVIER GOMES DA SILVA
ORIGEM - IFMT/METRO
INTERNET - 10/07/2013

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO JJF N° 0157-03/13

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

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 30/11/2012, pela fiscalização do trânsito de mercadorias, para exigir, por responsabilidade solidária, o ICMS no valor de R\$16.303,17, acrescido da multa de 100%, em decorrência de “Operação de mercadorias sem documentação fiscal”.

Constam dos autos: Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos n° 225414024571/12, fl. 07, “Levantamento de Preços Correntes no Mercado Consumidor”, fl. 08, e Memória de Cálculo, fl. 12.

O sujeito passivo impugna o lançamento tributário, fls. 16 a 42, por meio de advogada legalmente habilitada com procura à fl. 46, suscita preliminares prejudiciais do mérito da ação fiscal, pois estaria amparada pela imunidade tributária. Aduz a inobservância das normas estabelecidas no Protocolo ICM 23/88. Destaca que o fisco, apesar de ter identificado perfeitamente o destinatário da mercadoria apreendida, lavrou o Auto de Infração em nome da ECT. Sustenta que de acordo com o aludido protocolo, regulador das normas de fiscalização envolvendo a ECT, tal procedimento está equivocado, pois, nele apenas é previsto, nesta situação, 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. Prossegue alegando ilegitimidade passiva dos correios.

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

Discorre sobre imunidade tributária, abordando e enfatizando o preceito constitucional que 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).

Detalha as funções que uma empresa pública pode desempenhar, quer explorando atividade econômica, quer prestando serviço público. Reproduz ensinamentos de doutrinadores 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.

Menciona que, nos termos do art. 22, V, da CF/88, compete privativamente à União legislar sobre serviços postais, reproduz o teor dos arts. 7º, 25, 9º, 8º e 26 da Lei nº 6.538/78, que disciplinam o poder de legislar sobre os serviços postais.

Sustenta que a execução do serviço postal não cuida de “mercadoria”, e sim de objetos postais, legalmente qualificados como correspondências, valores e encomendas. Prossegue aduzindo que para os interessados (remetentes e destinatários), os bens podem representar objetos afetivos, financeiros, morais, negociais, intelectuais, culturais, administrativos ou “mercadorias”, no entanto, para ele, 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.

Assevera que a ECT goza da imunidade prevista no art. 150, VI, “a”, da CF, não pode ter seu patrimônio diminuído por qualquer tipo de imposto, por ser patrimônio da União, e 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. Sustenta que essas ações 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. Prossegue aduzindo que os seus serviços distinguem-se dos serviços prestados pelos particulares, uma vez que lhe cabe cumprir regras rígidas, ditadas pela Constituição, pela legislação infraconstitucional e pelo Direito Administrativo, que delimitam seu campo de ação, obrigando lhe a oferecer e garantir o serviço postal a todos os cidadãos brasileiros, independentemente de distinção de credo, cor, raça ou ideologia política. Destaca que o particular atua de acordo com a livre concorrência de mercado e ele aceita prestar serviços a seus clientes se quiser, discricionariedade que lhe é vedada. Frisa ainda que o particular fixa os seus preços de acordo com os custos e com a margem de lucro que pretenda auferir, e no seu caso, enfatiza que depende da aprovação de tarifas por órgãos do governo federal. Arremata asseverando que não se pode confundir sua atividade com um serviço de transporte, pois figuras totalmente distintas.

Sustenta que o lançamento do crédito tributário deve ser feito atendendo à norma padrão de incidência do tributo pré-traçada na Constituição, consoante ensinamentos dos tributaristas Roque Carrazza e Elizabeth Nazar Carrazza que reproduz. Destaca a forma rígida como é feita a distribuição de competências no sistema tributário brasileiro.

Em relação ao ICMS, diz entender que este, conforme definido na CF/88, abarca 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.

Sustenta que em face da 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. Afirma que 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 jurisprudências dos Tribunais Superiores 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.

Frisa que a configuração da incidência tributária exige que haja exata adequação do fato à norma.

Aduz ser incabível a imputação da responsabilidade solidária que lhe fora atribuída, já que não se constitui como uma transportadora, mas como uma prestadora de serviço público postal.

Ao final, requer pela nulidade do Auto de Infração, caso ultrapassada seja declarada insubsistência da autuação.

Na informação fiscal, fls. 49 a 51, a autuante alinha as seguintes ponderações.

Observa que se está diante de um fato onde o agente fiscal descreve um ilícito tributário com a lavratura do termo de ocorrência e a acolhida da assinatura do transportador como fiel depositário dos produtos da mercadoria sem ressalva alguma, confirmando que o transporte estava sendo efetuado sem documento fiscal.

Afirma que a simples alegação do sujeito passivo da inocorrência da situação factual descrita, não elide e nem desqualificar a ocorrência descrita no procedimento fiscal.

Destaca que não há um elemento de convencimento maior, há prova contrária, e desta forma, não apresenta um elemento de argumentação que tenha escopo para desconstituir o lançamento do crédito tributário. Observa que alegações sem provas concretas não podem se sobrepor à versão de um documento público, cujos efeitos gozam da presunção de legitimidade.

Ressalta que a peça defensiva produzida pela Empresa Brasileira de Correios, visa apenas cumprir o papel que cabe ao procurador jurídico da entidade que é o de defender a instituição nas contendas administrativas ou judiciais que ela for parte.

Pondera que a autuada alega, em sua peça de defesa, que é detentora de uma suposta imunidade - e que não cabe aos órgãos de julgamento, na instância administrativa, apreciar (enfim, nas diversas defesas encaminhadas pelo autuado, nas hipóteses em que o Fisco estadual a elege como responsável pelo pagamento do imposto e demais cominações legais em decorrência da constatação de infração à legislação tributária, ela sempre apresenta a mesma argumentação para se eximir do pagamento e, como não poderia deixar de ser, os julgadores não acolheram a sua tese em julgamentos anteriores).

Reproduz o teor da alínea “d” do inciso I do art. 39 do RICMS-BA/97 para destacar que a realidade dos fatos e que o regulamento do ICMS é bem claro ao definir a solidariedade que alcança o autuado.

Frisa ser difícil crer que o condutor e transportador de mercadoria não tenha conhecimento da sua responsabilidade que está nas condições de responsável tributário. Colaciona as ementas dos Acórdãos JJF N°1145/98 e JJF N° 2011-01/01 de julgados do CONSEF, para asseverar que este é o posicionamento que esse órgão julgador tem adotado em diversos julgamentos, assim decidiu em relação ao transporte de Mercadorias pela EBCT.

Arremata ressaltando que, à luz de todos os elementos probatórios trazidos aos autos, não há como sustentar os argumentos do impugnante quanto a sua ilegitimidade como responsável pelo tributo devido, ora exigido.

Conclui mantendo a autuação.

VOTO

No tocante às 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-BA/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”.

No que diz respeito ao argumento defensivo de que a ECT goza de imunidade tributária, não pode ser acatado, tendo em vista que a imunidade alegada pelo defendant 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 defendant, 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.

Logo, 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 na legislação, inclusive os incisos I a IV, do art. 18, do RPAF-BA/99.

Quanto ao mérito, verifico que o presente lançamento é decorrente da responsabilidade solidária atribuída à ECT, tendo em vista que foram encontrados 3.496 Brincos diversos, mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, encomenda enviada pelo SEDEX de nº SA 06573839-59 BR, tendo como destinatária a Sra. Ineilau Norma Silva Cardoso, Rua do Sallette, nº 53, Apto. 01 - Centro – Salvador - Bahia, CEP 40.070-200 e como remetente Jony P. Georgetti, Rua Dorival Prodelo nº 50, Bloco 18 - Apto. 21, Olga Veino, Limeira - São Paulo – CEP 13.487-173, fl. 07.

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 transportadora 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-BA/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.

Quanto à base de cálculo do imposto exigido, não contestada pelo defendant, foi efetuado levantamento de preços no mercado consumidor, fls. 09 a 11 e consta da Memória de Cálculo, fl. 12.

Assim, entendo que está caracterizada a irregularidade apontada no presente Auto de Infração, sendo devido o imposto, conforme apurado pela autuante às fls. 04 e 12.

Diante do exposto, voto é pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **225414.0229/12-7**, lavrado contra a **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$16.313,17**, 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, 28 de junho de 2013.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – RELATOR