

A. I. Nº - 225414.0351/14-3
AUTUADO - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS
AUTUANTE - ANTONINA XAVIER GOMES DA SILVA
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 27.04.2016

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0062-05/16

EMENTA: ICMS. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CORREIOS E TELÉGRAFOS. MERCADORIAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos está sujeita à norma da responsabilidade solidária quando efetua transporte de bens ou mercadorias, não sujeitos à legislação postal, sem o pagamento do imposto. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração (AI) em lide, lavrado em 12/12/2014, formaliza a exigência do ICMS no valor de R\$ 7.039,98 (sete mil, trinta e nove reais e noventa e oito centavos) acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “a” da Lei nº 7.014/96, em decorrência da infração de código nº 51.01.01 imputada ao autuado, relativa ao transporte ou operação de mercadorias sem documentação fiscal.

Às fls. 29 a 55, por intermédio de advogados legalmente constituídos, a autuada ingressa com defesa administrativa, registrando, em preliminar, seu inconformismo perante a notificação fiscal lavrada contra si que a considera como se responsável solidária fosse, ao recolhimento do ICMS, acrescido de multa, em virtude da suposta conduta de proceder o transporte de mercadoria sem documentação fiscal. Manifesta o entendimento de que o argumento não merece prosperar, uma vez que a empresa se encontra “amparada pela imunidade tributária recíproca”, nos termos do art. 150, VI, “a” da Constituição Federal, conforme recente decisão do Supremo Tribunal Federal conforme Decisão recente do STF que recepcionou o art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69.

Na peça defensiva, a autuada reproduz cláusulas do Protocolo ICM 23/88, ressaltando que este protocolo, por se tratar de ato vinculante celebrado entre as partes, deve ser seguido por todos aqueles que o subscreveram. Registra que a autuante não observou as formalidades essenciais referentes à fiscalização de mercadorias transportadas pela EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS (ECT), não efetuou a identificação do remetente e do destinatário das mercadorias apreendidas, lavrando o AI exclusivamente contra a ECT, em flagrante desconformidade com o Protocolo regulador das normas fiscalizatórias de aplicação específica aos Correios.

Suscita a nulidade do procedimento fiscal adotado e que seja determinada a lavratura do AI contra quem de direito, remetente ou destinatário, que são as partes legítimas para figurar na presente relação.

Aduz que serviço postal não é transporte e, assim sendo, a ECT não poderia ser igualada a uma transportadora em sentido estrito, como são as transportadoras particulares. Argumenta que no serviço postal, o transporte é apenas elo entre a expedição e a entrega do objeto remetido, ao passo em que, no caso das transportadoras particulares trata-se de uma atividade-fim. Esclarece, com base nos arts. 7º e 9º da Lei Postal (Lei nº 6.538/78), que o serviço postal em qualquer de suas modalidades, monopolísticas ou não, tem por base três ações praticadas em cadeia, quais sejam o recebimento, o transporte e a entrega de objetos postais.

Afirma que o serviço postal é muito mais complexo que um simples serviço de transporte. Ressalta que o serviço postal oferece segurança, inviolabilidade do objeto postal, regulamentação legal que exige a continuidade, universalidade e confiabilidade garantidas pela

Federação, por meio da defendente. O serviço que presta é específico e consagrado pela Constituição Federal como tipicamente público (art. 21), não podendo, assim, ser confundido com uma atividade genérica e abrangente.

Registra decisões da Justiça Federal dos Estados do Ceará e do Rio Grande Sul que se manifestaram no sentido de que o serviço postal, executado pela defendente, não configura hipótese de incidência de fato gerador do tributo ICMS. Reafirma que inexistente fato gerador de tributação pelo fisco, posto que os serviços de transportes executados pela ECT, não constituem hipótese de incidência tributária capaz de dar ensejo a existência de fato gerador de ICMS, consoante a legislação estadual que regula o assunto.

Entende que resta demonstrada a inexistência de fato gerador de ICMS na presente demanda fiscal, já que a capitulação utilizada pela fiscalização para tributação da prestação de serviço de transporte de encomendas, como sendo mero transporte ou equivalente, não se adequa ao caso concreto, onde o que existe realmente é a prestação de serviço público, nos termos da Lei 6.538/78.

Sobre a responsabilidade solidária, acredita ser incabível já que não se constitui como transportadora, mas sim como uma prestadora de serviço público postal.

Ao final da apresentação de seus argumentos, a autuada solicita que sejam acolhidas as nulidades arguidas. Entretanto, sendo ultrapassada a preliminar de nulidade, que no mérito se julgue o Auto de Infração totalmente improcedente, ante a sua flagrante impossibilidade legal e, ainda, por ser a impugnante ente integrante da administração pública e, conseqüentemente, imune ao lançamento do imposto.

Na informação fiscal às fls. 63 a 65, a autuante esclarece que em 11/12/2014 pela manhã, nas dependências da empresa de transporte ECT, foi lavrado o Termo de Apreensão nº 224.414.0348/14, relativo a mercadorias sem documentação fiscal, fundamentado no art. 201, I, c/c o Art. 39, I, “d” do RICMS/97. Afirma que *“a autuada comete o engano de pretender desfrutar de imunidade tributária, sem nenhuma base legal, isso provavelmente por ser Empresa Pública Federal, prestadora também de serviço de transporte de mercadorias, sendo que essa pretensa imunidade tributária, até por uma questão de justiça, se estenderia a outras empresas públicas que também produzem bens e serviços e, nem por isso, deixam de atender com suas obrigações fiscais, sejam principais ou acessórias com o fisco, seria até, poderíamos assim dizer, uma concorrência desigual com outras empresas congêneres da iniciativa privada se essa imunidade tributária fosse realidade”*.

Aduz que a defesa se reportou ao Protocolo ICMS 23/88, mas hoje está em vigor o Protocolo ICMS 32/01, que foi totalmente respeitado pela fiscalização, mas não pela ECT, principalmente no que diz respeito à cláusula terceira que estabelece que, além do cumprimento das demais obrigações tributárias previstas na legislação do ICMS para os transportadores de cargas, as unidades federadas deverão exigir que a ECT faça o transporte de mercadorias e bens acompanhados de documentação fiscal. Salienta que a ECT tem inscrição estadual, portanto, é uma empresa cadastrada na SEFAZ, além do que no Regulamento do ICMS estão previstas regras específicas para ECT. Reafirma que a autuação foi em função da mercadoria estar desacompanhada de documentação fiscal e ressalta não estar em sua competência discutir a constitucionalidade da norma tributária.

Por fim, a autuante registra que quanto à reclamação da defesa acerca do destino das vias de Termo de Apreensão foi observada a legislação e se procedeu de acordo com o previsto nos Protocolos 23/88 e 32/01.

Conclui a informação fiscal solicitando que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

Inicialmente, observo que foram cumpridos os requisitos que compõem o Auto de Infração,

previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, tendo sido lavrado no trânsito de mercadorias.

Da leitura dos fatos descritos no processo, verifico que a autuada fundamentou a sua defesa no fato de que goza de “imunidade tributária recíproca” e que o auto padece de nulidade pela não observância do estabelecido no Protocolo ICM 23/88.

Sobre a imunidade recíproca nos termos do artigo 150, inciso VI, alínea “a”, da Constituição Federal de 1988, esta deve alcançar as mercadorias e serviços exclusivamente vinculadas às suas atividades essenciais e não as mercadorias cuja quantidade ou volume caracterizam intuito comercial por parte do encomendante.

Acerca da nulidade em decorrência da inobservância do Protocolo ICM 23/88, deve ser esclarecido que a defendente comete um equívoco ao invocar esse acordo interestadual, posto que foi denunciado pela Bahia mediante assinatura do Protocolo ICMS 32/01 que atualmente rege a matéria.

O Protocolo ICMS nº 32, celebrado em 28 de setembro de 2001, estabelece em sua cláusula sexta que no ato da verificação fiscal de mercadorias e bens em situação irregular transportados pela ECT deverão as mercadorias e os bens ser apreendidos ou retidos pelo Fisco, mediante lavratura de termo próprio, conforme a legislação de cada unidade federada, para comprovação da infração.

Considerando que o Protocolo ICMS 32/01 foi inserido no RICMS/12, no Capítulo XX, art. 336 e que o §10 desse artigo determina que as mercadorias e os bens serão apreendidos ou retidos pelo fisco, mediante lavratura do termo de apreensão para comprovação da infração, devendo constar no aludido termo o endereço da unidade da ECT onde ocorreu a retenção ou apreensão, constato que a autuante cumpriu regamente a legislação vigente, não havendo motivo para acolher a nulidade suscitada.

Na análise do mérito, verifico, em preliminar, conforme a descrição dos fatos, que as mercadorias – 22 pingentes de ouro e 03 pares de brincos - foram apreendidas em poder da transportadora ECT, oriundas de outra unidade da Federação, sendo transportadas sem documentação fiscal, destinadas a Marco Antônio Barbosa de Oliveira, situado à Av. Antônio Carlos Magalhães, nº 1034 – Loja 24-A – Itagira. Foi lavrado o Termo de Apreensão na forma regulamentar, ficando o autuado responsável solidário pelo pagamento do ICMS incidente sobre a operação.

Ressalto que o débito está demonstrado à fl. 02 e os preços que formaram a base de cálculo foram obtidos através de pesquisa na internet, mediante acesso ao site www.mercadolivre.com.br; não sendo contestados pela autuada.

A ação fiscal foi realizada conforme estabelecido na legislação em vigor, sendo a condição de responsável solidário atribuída ao autuado lastreada no mandamento insculpido no art. 6º, inciso III, alínea “d” e inciso IV, da Lei nº 7.014/96, transcrito a seguir:

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 exigível ou com documentação fiscal inidônea;

A norma invocada estabelece expressamente a responsabilidade solidária em duas hipóteses que alcançam a ECT. A primeira na condição de transportador que conduz mercadorias

desacompanhadas de documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino. Não podendo atribuir a ECT a condição de transportador, uma vez que ela alega atuar como prestadora de serviço público postal, ainda assim, a responsabilidade solidária fica caracterizada observando-se a hipótese prevista no inciso IV do art. 6º, tendo em vista estar sob a guarda da ECT mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal.

Observe-se, ainda, que a exigência de que a ECT faça o transporte de mercadorias e bens acompanhados de nota fiscal é norma estabelecida no inciso I da cláusula terceira do Protocolo ICMS 32/01, bem como no inciso I do § 2º do art. 336 do RICMS/12, e que o não cumprimento de tal regramento pela ECT a enquadra na condição de responsável solidário, nos termos do já citado art. 6º da Lei nº 7.014/96.

Sobre a alegação de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, registro que o artigo 167, I, do RPAF/99, afasta da competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade.

Assim, resta comprovada a irregularidade fiscal apontada no presente AI, devendo o autuado responder solidariamente pelo pagamento do imposto acrescido da multa tipificada no art. 42, IV, “a” da Lei nº 7.014/96.

Observe que em situações análogas à descrita, esse Conselho de Fazenda tem se posicionado pela manutenção da autuação, conforme Acórdãos JJF nºs 0035-01/15, 0175-02/15 e CJF nº 0394-12/15.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **225414.0351/14-3** lavrado contra a **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 7.039,98**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inciso IV, "a" da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 5 de abril de 2016.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

EDNA MAURA PRATA DE ARAÚJO – RELATORA

TOLSTOI SEARA NOLASCO – JULGADOR