

PROCESSO - A.I. Nº 09018476/01
RECORRENTE - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 2181-02/01
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 05/11/02

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0397-11/02

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. MERCADORIA ACEITA PARA ENTREGA SEM A CORRESPONDENTE NOTA FISCAL. EMPRESA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. É legal a exigência do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário, por ter aceito para entrega, via serviço postal, mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Infração caracterizada. Acertada a Decisão Recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário, previsto no art. 169, inciso I, “b”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, e alterações posteriores, impetrado pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº 2181-02/01, que julgou o Auto de Infração epigrafado PROCEDENTE.

O Auto de Infração foi lavrado pela fiscalização do trânsito de mercadorias imputando ao recorrente – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – o transporte de mercadorias desacompanhadas de notas fiscais, exigindo-se o imposto por responsabilidade solidária.

A Decisão Recorrida – fls. 61 a 64 - foi no sentido de julgar o Auto de Infração Procedente, utilizando as seguintes fundamentações, que ora transcrevemos, “*in verbis*”:

“Na análise das peças que compõem o processo, verifica-se que o Auto de Infração foi lavrado para exigência de imposto, em razão de terem sido encontradas pela fiscalização de mercadorias em trânsito, mercadorias em poder do autuado, em um volume contendo 57 conjuntos de soutien e 42 calcinhas, conforme Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 097335, de 06/02/2001, mercadorias essas, completamente desacompanhadas dos respectivos documentos fiscais, tudo de conformidade com os documentos às fls. 04 a 08.

Na impugnação apresentada pelo sujeito passivo, nota-se que o mesmo não adentrou no mérito da autuação, limitando-se tão somente na argüição de preliminares de nulidade, a pretexto de constitucionalidade da legislação estadual; de que serviço postal não é transporte; que a ECT não é uma empresa transportadora; e, como empresa pública goza de imunidade tributária.

Sobre as questões de constitucionalidade da legislação tributária estadual levantadas na defesa, deixo de apreciá-las, em virtude de não ser da competência deste órgão julgador, a teor do artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

Quanto as preliminares de nulidades suscitadas na defesa, observo que o fato da ECT tratar-se de uma empresa pública, está previsto no art. 173 da Constituição Federal, §§ 1º e 2º, que a empresa pública sujeita-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações trabalhistas e tributárias, não podendo gozar de privilégios não extensivos às do setor privado. Desta forma, não há porque questionar se o serviço desenvolvido pelo autuado está ou não, enquadrado nas hipóteses de imunidade consignadas no art. 150 da Constituição Federal de 1988, considerando a definição dada pela lei, quanto aos seus direitos e obrigações tributárias.

Por isso, devem ser rejeitadas as preliminares de nulidade argüidas pela defesa, haja vista 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.

No mérito, da leitura do Termo de Apreensão à fl. 04, sobressai que a ação fiscal está embasada nos artigos 201, I, combinado com o artigo 39, I, “d”, do RICMS/97, vigente na data da ocorrência, por entender a fiscalização que dada a quantidade de produtos destinada, via SEDEX nº 33144728-1, estas tratavam-se de mercadorias para fins comerciais, e nessa condição, o autuado se equiparava a um transportador, respondendo solidariamente pelo pagamento do ICMS incidente sobre tais operações.

O contribuinte autuado, em momento algum do seu Recurso defensivo, se insurgiu quanto a acusação de que encontravam-se em seu poder as mercadorias apreendidas que foram transportadas pelo Sedex. No entanto, argumenta que não pode ser considerado como responsável pelo pagamento do ICMS sobre o serviço de transporte de objetos pessoais, bem assim, não pode ser considerado como sujeito passivo da obrigação tributária, neste caso, por tratar-se de empresa integrante da Administração Pública, e por entender que o serviço de transporte de objetos postais e encomendas não é passível de tributação.

Conforme estabelecido no art. 8º, inciso IV, do RICMS/97, não há incidência do ICMS relativamente ao transporte de valores, correspondências e encomendas ou serviços postais da ECT. Entretanto, tal dispositivo regulamentar se refere à não incidência de imposto sobre as atividades desenvolvidas pelo autuado, na condição de transportador das encomendas, sendo que o imposto exigido no 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 nº 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..

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, haja vista que no momento da postagem do volume o autuado tem o amparo legal para verificar o seu conteúdo, e exigir a respectiva nota fiscal das mercadorias transportadas (art. 10, II, da Lei nº 6538/78).

No caso presente, dada a quantidade da mercadoria apreendida, inclusive a mesma se fazia acompanhar do Pedido nº 0751 da firma Ramaj Roupa Íntima (doc. fl. 5), verifica-se que não se trata de serviço postal de encomenda para uso pessoal, mas sim, de transporte de mercadorias, via Sedex, completamente desacompanhadas de documentação fiscal, destinadas para fins comerciais. Assim sendo, concluo que restou comprovada a irregularidade apontada no Auto de Infração, respondendo solidariamente o autuado pelo pagamento do imposto. Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Inconformado, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário – fls. 94 a 116 - onde traz as seguintes argumentações:

I – Que a ECT está amparada por imunidade tributária com sede no art. 150, inciso VI, alínea “a”, da Carta Magna e por força do art. 12 do Decreto Lei nº 0509/69, descabendo, assim, a seu ver, a figuração da mesma no polo passivo de exigência do ICMS. Transcreve o dispositivo constitucional e cita jurisprudência e doutrina que entende corroborarem sua tese. Alega, ainda, que a legislação pertinente anterior à CF de 1988 foi por esta recepcionada;

II – Que não transporta mercadoria, e sim objeto postal, conforme preceitua o art. 7º, da Lei nº 6.539/78, no desempenho do seu encargo de executar serviço público postal, e que tal serviço não é transporte, posto que o mesmo é constituído do recebimento, expedição, transporte e entrega de objetos de correspondência, valores e encomendas, e que tal transporte a que se reporta a referida lei é meramente um elo integrante do serviço postal não podendo ser visto em separado, autônomo, não podendo confundir-se a atividade de simples transporte realizada pelos empresas privadas com o serviço postal;

III – Que o serviço postal não está incluso no conceito de fato gerador do ICMS, portanto não podendo ser tributado pelos Estados. Cita jurisprudência e doutrina;

IV – Que o RICMS/97 traz como hipótese de não incidência a ocorrência de transporte de valores, encomendas e objetos postais pela ECT, a teor do quanto previsto no art. 8º, inciso I e,

V – Que não foram observadas as determinações contidas no Protocolo ICM nº 23/88, o que resultaria na nulidade da ação fiscal,

Conclui requerendo o julgamento pela nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

A PROFAZ – fl. 126 - manifesta-se pelo conhecimento e Improvimento do Recurso, consignando que a ECT discute matérias que não descharacterizam a legitimidade e correção da autuação, estando correta a Decisão Recorrida. Consigna, ainda, que a pessoa física ou jurídica que detém a mercadorias sem documento fiscal é responsável solidária pelo imposto devido na operação, citando o art. 39, inciso V, do RICMS/97.

VOTO

Inicialmente devemos de logo rechaçar as preliminares de nulidades suscitadas pelo recorrente, que também foram apresentadas na peça defensiva e afastadas no julgamento de Primeira Instância, posto que o Auto de Infração foi lavrado em perfeita consonância com as normas legais e regulamentares pertinentes à matéria.

Quanto às alegações de mérito, primeiramente não há que se falar em imunidade tributária da ECT. O dispositivo citado pelo recorrente – art. 150, inciso VI, alínea “a”, trata da chamada imunidade recíproca dos entes políticos (União, Estados e Municípios). Por outro lado, olvidou o recorrente o quanto estabelece o §2º, do citado dispositivo constitucional, que estende esta imunidade tão-somente às autarquias e fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, caso que não se aplica ao recorrente, no que se refere ao patrimônio, rendas ou serviços, e ainda assim quando vinculados às suas finalidade essenciais ou delas decorrentes. Olvidou ainda o recorrente o que determina o §3º, do multicitado dispositivo, que é expresso ao colocar que não se aplica esta imunidade em relação àquelas atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, hipótese em que se enquadra a ECT, empresa pública, que, a teor do §2º, do art. 173, da Carta Magna de 1988, não goza de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

Frise-se que a regra inserta no art. 12 do Decreto Lei nº 0509/69 citado e transcrita pelo recorrente em sua peça recursal, não mais se aplica, posto que derogado pelo novo sistema constitucional implantado pela Constituição Federal de 1988, em razão da sua incompatibilidade com as normas vigentes, como bem ressaltou a Procuradora subscritora do Parecer PROFAZ nos autos.

Ressalte-se, ainda, que apesar da clareza dos dispositivos aqui citados, a doutrina e nem a jurisprudência são pacíficas no sentido de aplicar-se ou não esta imunidade, como quer fazer crer o recorrente.

Por outro lado, a Lei nº 6.538/78, que define a atividade postal e conceitua o serviço postal, de fato ao estabelecer que se constitui como tal o recebimento, expedição e *transporte* descharacterizou o monopólio que caracterizaria a atividade da ECT, posto que a atividade de transporte de fato não é atividade primária do Estado e nem mesmo pode ser considerado como serviço postal *stricto sensu*, como já chamava a atenção a Diretoria de Tributação desta SEFAZ em estudo sobre a matéria, e que se encontra acostado aos autos. Daí porque não merece guarida a alegação do recorrente de que a atividade de transporte não poderia ser vista de forma autônoma.

Ressalte-se, no entanto, que a exigência fiscal em tela não se refere a imposto sobre a prestação de serviço de transporte, mas o que está a se exigir é o imposto sobre a operação de circulação de mercadorias ou bem desacompanhados de documentação fiscal, atribuindo-se ao transportador desta mercadoria ou bem a responsabilidade solidária pelo pagamento deste imposto. Responsabilidade solidária esta com previsão na Lei do ICMS deste Estado – Lei nº 7014/96. Esta responsabilidade, por sua vez, encontra arrimo no art. 5º, da Lei Complementar do ICMS nº 87/96, que estabelece a responsabilidade a terceiros pelo pagamento do imposto e acréscimos devidos pelo contribuinte, quando os atos ou omissões daqueles concorrem para o não recolhimento do tributo.

A responsabilidade solidária, inclusive, abrange não só aqueles que transportam mercadorias sem documentação fiscal ou com documentação inidônea, nos termos do art. 6º, III, “d”, da Lei acima citada, mas ainda qualquer pessoa física ou jurídica que detenha para simples entrega mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, como prevê o inciso VI do mesmo dispositivo.

Registre-se, ainda, que o RICMS/97, no seu art. 8º, inciso IV, de fato estabelece a não incidência do ICMS na ocorrência de transporte de valores, encomendas, correspondências, cartas, cartões postais, impressos, cecogramas e outros objetos de correspondência ou inerentes aos serviços postais da ECT,

desde que o transporte seja efetuado em veículo próprio ou por ela locado. Analisando-se esta regra, vê-se que primeiramente o afastamento da incidência se dá tão somente sobre o serviço de transporte, e não está, repetimos, a se exigir no presente PAF imposto sobre o transporte, e segundo, esta regra tem como base o fato de que ninguém presta serviço a si mesmo, por isso que somente não haverá incidência sobre este transporte se o veículo for da própria ECT, ou por ela locado ou arrendado, situação em que não há prestação de serviço de transporte - esta sim se constituindo em fato gerador do ICMS - mas tão somente serviço de transporte, que não se constitui em fato gerador do ICMS. O fato gerador do ICMS é a prestação do serviço de transporte, e não o serviço de transporte. Portanto, coerente esta regra, e não socorre em nada o recorrente, como quer equivocadamente dar a entender.

Do exposto, somos pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado, mantendo a Decisão Recorrida pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração em epígrafe.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a 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 09018476/01, lavrado contra **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$186,86**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “b”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de outubro de 2002.

NELSON TEIEIRA BRANDÃO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE - RELATORA

ADRIANA LOPES VIANNA DIAS DE ANDRADE - REPR. DA PROFAZ