

PROCESSO - A. I. Nº 301589.0121/07-3
RECORRENTE - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0162-04/08
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 21/08/2008

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0260-11/08

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CORREIOS E TELÉGRAFOS. TRANSPORTE DE MERCADORIAS DE TERCEIROS SEM A CORRESPONDENTE NOTA FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Constatado o transporte de mercadorias de terceiros, remetidas via SEDEX, desacompanhadas de documentação fiscal, é legal a exigência do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário. Rejeitadas as preliminares. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente Recurso Voluntário apresentado para enfrentar a Decisão da 4ª JJF pertinente ao Acórdão nº 0162-04/08 que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 18/10/2007 pela fiscalização do trânsito, o qual exige o ICMS mais multa totalizando o valor de R\$242,16.

Em sua defesa, fls. 13 a 35 dos autos, o autuado inicia por demonstrar entender que está amparado pela imunidade tributária recíproca, para o que cita extensa narrativa, da qual extraí-se pretender nulidade do auto por inobservância das regras do Protocolo ICM 23/88, ilegitimidade do lançamento com fulcro na Lei nº 6538/78, por conta da propriedade das mercadorias transitadas pela ECT, existência de imunidade recíproca nos termos do art. 173 da CF/88, e finalmente a inexistência de responsabilidade solidária, acusada de conformidade ao art. 6º, III, “d” da Lei nº 7014/96.

O agente fiscal em sua informação (fls. 46 e 47), refuta as alegações vindas na defesa inicial, acusando de as mesmas não conterem base legal para que sejam consideradas. Destacando a responsabilidade da ECT pelas mercadorias que transportar desacompanhadas de documentação fiscal/nota fiscal inidônea, e de acordo com o art. 39 do RICMS/BA, a mesma torna-se responsável solidária pelo pagamento dos impostos e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte, sendo ainda a ECT, consoante art. 173 da CF/88, equiparada às empresas privadas no que tange ao regime jurídico e aos privilégios fiscais.

Presentes aos autos, os ilustres julgadores nas preliminares observam não ser de sua competência a apreciação da citada inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, a teor do artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

Verificam que o Auto de Infração foi lavrado por ter sido encontrada, na agência do autuado (Empresa de Correios e Telégrafos--ECT), uma encomenda composta por diversos produtos cosméticos da marca Wella, dentre os quais 67 un. de Koleston Care, (12 Dourado, e 55 Pintura) e 15 un. de Xampu, desacompanhados de documentação fiscal, conforme citado no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos de nº 142090 apenso à fl. 05 e 06.

E que face ao disposto no artigo 39, inciso I, alínea “d”, do RICMS/97, a autuante entendeu que a encomenda tratava-se ou tinha finalidade comercial, e que o autuado se equiparava a um transportador e, portanto, solidariamente responsável pelo pagamento do ICMS incidente sobre a operação.

À argumentação inicial, alegando que não ser o sujeito passivo da relação tributária por conta de imunidade prevista no artigo 150, inciso VI, da Constituição Federal de 1988, os ilustres julgadores transcrevem os dispositivos constitucionais concernentes à questão:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

VI - instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

§ 2º A vedação do inciso VI, a, é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo poder público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.

§ 3º As vedações do inciso VI, a, e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exoneram o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de serviços, dispondo sobre:

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

§ 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

O Decreto-Lei nº 509/69 determinava o que se segue:

Art 1º O Departamento dos Correios e Telégrafos (DCT) fica transformado em empreesa pública, vinculada ao Ministério das Comunicações, com a denominação de Emprêsa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), nos termos do artigo 5º, item II, do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.

Art 12. A ECT gozará de isenção de direitos de importação de materiais e equipamentos destinados aos seus serviços, dos privilégios concedidos à Fazenda Pública, quer era relação à imunidade tributária, direta ou indireta, impenhorabilidade, de seus bens, rendas e serviços, quer no concernente a foro, prazos e custas processuais.

Por sua vez, a Lei nº 6.538/78, 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.”

Sequenciam sua análise, concluindo que:

1. O Decreto-Lei nº 509/69 transformou o antigo Departamento dos Correios e Telégrafos (DCT) em empresa pública, vinculada ao Ministério das Comunicações, com a denominação de Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), o que foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988;
2. Ao contrário do alegado, entendem os ilustres julgadores que a anterior imunidade tributária de que gozava a ECT, por força do Decreto-Lei nº 509/69, não foi recepcionada pela Carta Magna de 1988, haja vista que tal privilégio contrariava frontalmente o disposto no § 3º do artigo 150 e no § 2º do artigo 173 da CF/88;

Assim o autuado, empresa pública, após a Constituição Federal de 1988 subordinou-se às mesmas regras das empresas privadas, tanto em relação ao regime jurídico em que deve ser constituído, quanto relativamente aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, podendo, inclusive, ser objeto de fiscalização pelo Estado (compreendidos a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios). Portanto, aduzem, o contribuinte não está enquadrado nas hipóteses de imunidade previstas no artigo 150 da Constituição Federal de 1988.

Ressaltam que a citada Decisão do STF, dando ao autuado direito à “execução de seus débitos trabalhistas pelo regime de precatórios por se tratar de Entidade que presta serviço público”, não consigna imunidade tributária. Esta Decisão judicial apenas reafirmou o caráter público dos serviços prestados pelo contribuinte, indiscutíveis, mas que não lhe retira o dever de pagar os tributos porventura devidos.

Com referência as diversas Decisões trazidas aos autos pelo contribuinte, contra argumenta a i. JJF, apontando que a Justiça Federal em várias oportunidades, já se manifestou a respeito, entendendo que não há a relação jurídico-tributária que embase a exigência de ICMS sobre a prestação de serviços postais, pois tal atividade não pode ser confundida com o serviço de transporte de cargas. Da mesma sorte, seguem narrando, o Estado do Paraná também já se pronunciou sobre a matéria, através o Setor Consultivo e o Conselho de Contribuintes, ratificando Decisão que os serviços postais, prestados pela ECT, não se confundem com serviços de transporte de cargas, estando, portanto, fora do alcance e da incidência do ICMS.

Realçam os senhores julgadores que no presente Auto de Infração não se está a exigir o imposto estadual sobre tais serviços postais, mas sim cobra-se o ICMS do autuado, por responsabilidade solidária, pelo fato de transportar a encomenda, remetida via SEDEX, sem a necessária documentação fiscal.

E em subsídio à essa assertiva, citam do RICMS/97, os casos de responsabilidade por solidariedade;

“Art. 39. São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

I - os transportadores em relação às mercadorias:

d) que aceitarem para transporte ou que conduzirem sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou acompanhadas de documentação fiscal inidônea;

V - qualquer pessoa física ou jurídica, em relação às mercadorias que detiver para comercialização, industrialização ou simples entrega desacompanhadas da documentação fiscal exigível ou com documentação fiscal inidônea. (grifos não originais)

§ 3º A responsabilidade prevista neste artigo não exclui a do contribuinte, facultando-se ao fisco exigir o crédito tributário de qualquer um ou de ambos os sujeitos passivos.

§ 4º *O responsável por solidariedade sub-roga-se nos direitos e obrigações do contribuinte, estendendo-se a sua responsabilidade à punibilidade por infração tributária, ressalvado, quanto ao síndico e ao comissário, o disposto no parágrafo único do art. 134 do Código Tributário Nacional.*"

Concluem que ainda mesmo que o autuado não seja considerado transportador, estaria igualmente obrigado ao pagamento do imposto com os acréscimos devidos, em razão de responsabilidade solidária, porque enquadrado no inciso V do artigo 39 do RICMS/97, acima transscrito.

Ressaltam o direito que assiste ao autuado, no momento da postagem da encomenda através de SEDEX, de verificar o seu conteúdo e adotar as medidas legais cabíveis, no caso, a exigência da correspondente nota fiscal.

Continuando sua exposição, destacam conforme citado anteriormente, que foram apreendidos pela Fiscalização, diversos produtos, conforme descreve o citado Termo de Apreensão, e que, pela quantidade e características, tais produtos devem ser considerados mercadorias para comercialização.

Destacam ainda que mesmo que o Termo de Apreensão não tivesse sido elaborado em três vias, em descumprimento ao Protocolo ICM 23/88, tal fato não inquinaria de nulidade o lançamento porque o autuado recebeu uma das vias do documento.

Assim, os ilustres julgadores rejeitam as preliminares de nulidade suscitadas, citando que como o autuado não adentrou o mérito da autuação, entendem correto o valor exigido.

Alegam ser 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 de transporte em que atua, e a esse respeito a Constituição Federal, no § 2º do artigo 173, estabelece, como citado anteriormente, 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.

Com referência ao Protocolo ICM 23/88, firmado entre os Estados em 06 de dezembro de 1988 quando ainda estava em vigor o ICM, apenas estabeleceu normas de controle de fiscalização relacionada com o transporte de mercadorias efetuado pelo autuado, mas em nenhum momento dispensou a Empresa de Correios e Telégrafos pelo pagamento do tributo, porventura devido em razão das ações fiscais ali desenvolvidas. 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 Protocolo ICMS 15/95, foi 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"*, inclusive nas importações sob o regime de Tributação Simplificada; este citado Protocolo ICMS Nº 15/95 tornou-se necessário ao exercício da fiscalização do imposto estadual, em razão das atividades peculiares desenvolvidas pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, com a previsão, na Constituição Federal, da vedação à quebra do sigilo da correspondência.

Então, segue o ilustre julgador, depreende-se que o mesmo não foi adotado para dispensar o autuado do pagamento do imposto devido e previsto nas hipóteses legais. Ao contrário, determina, em sua Cláusula quinta que *"constatado que mercadorias ou bens contidos em remessas postais internacionais sem exigência do comprovante do ICMS, ou sendo o caso, da Declaração de Desoneração do ICMS na Entrada de Mercadoria Estrangeira, serão adotados contra a ECT os procedimentos fiscais previstos na legislação de cada unidade federada"*, não podendo ser diferente o tratamento dispensado ao autuado nas remessas internas de mercadorias.

Finaliza desta forma seu relatório, julgando pela Procedência do Auto de Infração.

Em sede de Recurso Voluntário, o recorrente às fls. 62 a 84, através de representantes legalmente constituídos, alegou a sua condição de empresa pública federal prestadora de serviços públicos, criada pelo Decreto-Lei nº 509/69, para exercer, em nome da União, o serviço público postal em todo o território nacional, nos termos do art. 21, inciso X, da Constituição Federal de 1988. Requereu que ao final o procedimento administrativo seja declarado insubsistente.

Não se conformando com a autuação, disse que o procedimento padece de nulidade, por está amparado pela imunidade recíproca, já fartamente explicitada pelo Supremo Tribunal Federal, que recepcionou o Decreto instituidor dos Correios. Transcreveu trechos do Acórdão RE – 235677/MG e do Acórdão de Notícia proferida pelo STF, nos quais são analisadas a constitucionalidade do art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69 e a imunidade recíproca extensiva à ECT. Disseram estar devidamente demonstrado ser inaplicável o disposto no art. 173 da CF/88, assim como a constitucionalidade do art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69.

Transcreveram as Cláusulas Primeira, Segunda, §§ 1º e 2º, além do § 1º da Cláusula Quinta, do Protocolo ICM 23/88, dizendo que o mencionado Protocolo é um ato vinculante para todos aqueles que o subscreveram, não sendo exceção o Estado da Bahia. Alegou que mesmo havendo a possibilidade do fisco identificar o remetente e o destinatário da mercadoria apreendida, lavrou o Auto de Infração em nome da ECT, em desconformidade com os ditames do citado protocolo, padecendo de nulidade o Termo de Apreensão e, consequentemente, o Auto de Infração.

Suscitada como preliminar prejudicial à ilegitimidade passiva dos correios e caso o autuante tivesse observado o Protocolo ICM 23/88, o destinatário, por certo, depois de comunicado da apreensão do objeto postal, teria providenciado o pagamento do imposto pretendido, acarretando o arquivamento do procedimento contra a ECT, a exemplo do que ocorreu anteriormente na Informação Fiscal nº 121404, lavrada em 20/12/2000. A norma do Protocolo nº 23/88 coaduna-se com o que dispõe o art. 11 da Lei nº 6.538/78: *“Art. 11 – Os objetos postais pertencem ao remetente até a sua entrega a quem de direito”*. Assim, os únicos sujeitos da relação são: o remetente e o destinatário.

Protestaram alegando que o sigilo da correspondência e a inviolabilidade do objeto postal lhe 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, a qual tem como mister a fiscalização, através de seus agentes, do ato do desembaraço dos objetos postais.

Argumentaram que a ECT não pode ser considerada uma transportadora em sentido estrito, como são as transportadoras particulares; já que, no serviço postal, o transporte é apenas um elo entre a expedição e a entrega do objeto remetido e, no caso das transportadoras particulares trata-se de uma atividade-fim.

Asseveraram que os arts. 7º e 9º, da Lei nº 6.538/78 fazem referência ao recebimento, o transporte e a entrega de objetos de correspondência, não podendo ser interpretado isoladamente, já que cada uma dessas ações são fases encadeadas que resultar na execução de serviços postais, além do que não só as encomendas são transportadas, também o são as cartas, cartões postais, vales postais, telegramas e demais objetos conceituados legalmente como objetos postais. Alegou, ainda, que o transporte, no serviço postal, não é fato econômico de relevância jurídica, escapando à hipótese de incidência legalmente estabelecida. E que a ECT goza da imunidade tributária, amparada pelo art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69, e ainda pelo preceito constitucional onde trata da imunidade recíproca entre as esferas governamentais, conforme estatuído no art. 150, VI, “a”, da CF/88, não podendo a ECT figurar no pólo passivo da cobrança do ICMS.

Citaram ensinamentos de Geraldo Ataliba, Celso Antônio Bandeira de Mello e Cirne Lima a respeito do assunto, concluindo que o serviço público é uma atividade constitucionalmente ordenada, própria do Estado, bem ao contrário da exploração econômica, própria do setor privado.

E que nos termos do art. 22, V, da CF/88, cabe a União Federal, de forma privativa, legislar, entre outras matérias, sobre o serviço postal. A Lei nº 6.538/78 define o serviço postal e de telegrama e,

além das atividades correlatas ao serviço postal, prevista na citada lei, a mesma define que a exploradora daqueles serviços poderá, ainda, nos termos do art. 2º, § 1º, "d", exercer outras atividades afins.

Entendem que a não exclusividade não lhe retira o caráter público, visto que o serviço médio por excelência, é um serviço público, mas que pode ser prestado por particulares com ampla liberdade. O Estado não pode relegar à iniciativa privada tão-somente a prestação de serviços que tenham natureza pública, nesses serviços, o Estado necessariamente deverá estar presente, podendo permitir que a iniciativa privada também esteja em maior ou menor grau de participação. Para a ECT, a quem a lei irrogou o encargo de executar o serviço público postal, não pode haver mercadoria, e sim singelos objetos postais, legalmente qualificados como correspondências, valores e encomendas. Para os interessados (remetentes e destinatários) serão objetos afetivos, financeiros, morais, negociais, intelectuais, culturais, administrativos ou "mercadorias". No entanto, para a ECT são todos iguais, uma só coisa: objeto postal, nos termos do art. 47 da Lei nº 6538/78.

Comentou que o Decreto-Lei nº 509/69 e a Lei nº 6.538/78 não foram recepcionados pela atual Constituição sobre tal recepcionalidade. Para corroborar tal argumento, baseando-se na doutrina de Celso Ribeiro de Bastos acerca do fenômeno da recepção, analisou a Lei nº 6.538/78 e o art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69.

Protestam contra o fato que o lançamento do crédito tributário deve ser feito atendendo à norma padrão de incidência do tributo pré-traçada na Constituição. Citando Roque Carrazza, Elizabeth Nazar Carrazza e Amílcar Falcão e conclui citando o tributarista Amílcar Falcão (Fato Gerador da Obrigaçāo Tributária, 2ª ed, RT, p.26/27) dizendo que a ECT, por ser uma empresa que acampa todo território nacional, e por estar prestando um serviço público à comunidade, faz o serviço de transporte, serviço esse por extensão público, já que não lhe é permitido a recusa de qualquer objeto, uma vez que dispõe do serviço em prol da comunidade. Assim, por ser um serviço público, não está sujeito à tributação, inclusive, não tem o objetivo de lucro, mas o de prestação de serviços à comunidade.

Ademais, se a ECT não é contribuinte do ICMS nem se lhe pode exigir esse imposto em razão do "transporte" que realiza, não há o que se falar na ausência de emissão de nota fiscal para serviço IMUNE e, por via de consequência, na exigência de multa por obrigação acessória que neste caso, segue a principal.

Aludiram às decisões da Justiça Federal em dois Estados da Federação (Ceará e Rio Grande Sul) que se pronunciou contrária à existência da relação jurídica que obrigue a ECT a promover o recolhimento do ICMS sobre os serviços postais e à jurisprudência administrativa. Como exemplos, citou as decisões da 7ª Vara Federal do Ceará, nos autos do Processo nº 93.4753-1 e a 2ª Vara Federal de Porto Alegre/RS, nos autos 91.0001190-8 e 91.0000112-0, onde foi declarado inexistir relação jurídica que obrigue a ECT a promover o recolhimento de ICMS sobre os serviços postais. Também, o Setor Consultivo da Inspetoria Geral de Tributação, da Coordenação da Receita Estadual da Secretaria da Fazenda do Estado do Paraná, respondendo à Consulta nº 195/92, concluiu que os serviços postais não são alcançados pela incidência do ICMS. Ainda no Estado do Paraná, o Pleno do Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, apreciando o Auto de Infração nº 01.3685761-4, lavrado contra a ECT, proferiu o Acórdão nº 283/94, afirmando que os serviços postais prestados pela referida empresa não se confundem com serviços de transporte de cargas, estando fora do campo de incidência do ICMS.

Dizendo que a configuração da incidência tributária exige que haja exata adequação do fato à norma, reproduziram comentários de Eduardo Marcial Ferreira Jardim acerca do princípio da tipicidade.

E que o fisco utilizou como fundamentos para a autuação o teor dos arts. 201, I c/c art. 39, I, "d", do RICMS/97. A ECT, por gozar da prerrogativa da imunidade tributária, não se enquadra no primeiro dispositivo citado. A norma do art. 39 trata de transportadoras em sentido estrito, o que

não é o caso dos Correios. Assim, não há o que se falar em responsabilidade solidária da ECT “por transportar mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal”.

Requerem que seja acolhida a preliminar argüida, para que seja declarado insubsistente o Auto de Infração, ou, caso ultrapassada a preliminar, que no mérito se julgue o Auto totalmente improcedente, ante a impossibilidade legal de sua lavratura e, ainda, por ser o impugnante ente integrante da Administração Pública e, consequentemente, imune ao lançamento do imposto, bem como por ser indevido o lançamento em virtude de o serviço de transporte de objetos postais e encomendas não ser passível de tributação. E, também que é inconstitucional a lei em que está fulcrada as autuações fiscais, sendo descabida e imprópria a exação.

A PGE/PROFIS, em Parecer elaborado pela ilustre procuradora do Estado Dra. Sylvia Amoêdo, é oferecido o opinativo pelo Não Provimento do Recurso Voluntário apresentado, denotando ser a matéria já de conhecimento da Procuradoria, trazendo em sua narrativa o enfoque às questões pertinentes.

Os Estados convenentes, dentre os quais a Bahia, pelo Protocolo nº 32/01 estabeleceram novas regras para a fiscalização das mercadorias transportadas pela ECT, com expressa denúncia do Protocolo anterior de nº 23/88, no qual se assenta a argumentação do autuado. E à luz do Protocolo vigente não houve desprezo a qualquer formalidade essencial, pelo que deve ser afastada a preliminar de nulidade aventada pelo sujeito passivo;

Quanto ao invocado art. 11 da Lei nº 6538/78, ressalta a ilustre procuradora não haver discussão em torno de quem seja o proprietário dos objetos transportados pela ECT, pois a responsabilidade tributária decorre da condição de transportadora, à qual se impõem determinados deveres e obrigações. Aduz que o Protocolo nº 32/01 que denunciou o Protocolo ICM 23/88, prevê as unidades federadas deverão exigir que a ECT faça o transporte de mercadorias e bens acompanhados de: I-nota fiscal modelo I ou I-A: II- manifesto de carga: III- conhecimento de transporte de cargas”. E que tais normas, conjugadas com aquelas constantes do CTN, da lei instituidora do ICMS em seu regulamento, cuidam especificamente da existência de responsabilidade solidária da ECT, constituindo assim inequivocadamente a base na qual assenta-se a legitimidade passiva do recorrente.

A natureza jurídica de empresa pública, segundo art. 173 da CF/88 é equiparada a de empresas privadas no que tange ao regime jurídico e aos privilégios fiscais. Conclui a ilustre procuradora que da análise dos textos legais citados, as empresas públicas em razão de sua natureza equiparada as das empresas privadas, não possuem privilégios de quaisquer espécies, portanto fora da imunidade tributária consagrada na Lei Maior. Destaca que o citado art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69, em virtude da sua incompatibilidade com os preceitos constitucionais vigentes, não foi recepcionado pela Constituição Federal em vigor.

Passando à responsabilidade solidária, salienta a ilustre procuradora não pretender equiparar a ECT as empresas transportadoras, por quanto conforme art. 7º da Lei nº 6538/78 (Lei Postal), específica a prestação de serviço postal o recebimento, expedição, transporte e entrega de objetos de correspondência, valores e encomendas. Não obstante, no transporte de mercadorias se sujeita às mesmas regras que disciplinam as atividades de transportadores, de forma que se referidas mercadorias seguirem desacompanhadas de nota fiscal, ou se com nota fiscal inidônea, a Lei Complementar nº 87/96 (art. 5º) responsabiliza pelo pagamento do tributo devido pelo contribuinte originário. Cita também o inciso IV do art. 6º da Lei do ICMS, no qual vai além e atribui responsabilidade tributária a qualquer pessoa, física ou jurídica, que detiver em seu poder mercadorias para entrega desacompanhadas de nota fiscal, ou com nota fiscal inidônea.

Cita ir mais além o inciso IV art. 6º, da Lei do ICMS ao atribuir a qualquer pessoa física ou jurídica, responsabilidade tributária em relação às mercadorias que detiver em transporte, desacompanhadas da documentação fiscal. Logo, ao não exigir a anexação da nota fiscal às mercadorias transportadas via postal, foi corretamente autuada, nos moldes da legislação, como responsável pelo pagamento do tributo ora exigido.

Ressalta ao final que pós-análise, ficam entendidas e refutadas as razões recursais, em que pese o fato do Recurso Voluntário devolver a matéria em sua totalidade à apreciação deste CONSEF, pois que as mesmas são inócuas, inaptas para proporcionar modificação no julgamento, pelo que emite a ilustre procuradora seu Parecer de que não seja provido o presente Recurso Voluntário.

VOTO

Preliminarmente afasto o pedido suscitado pelo sujeito passivo, tendo em vista que o Termo de Apreensão à fl. 05, lastreia a autuação, atende às formalidades requeridas pelo Protocolo ICM 23/88 (citado pelo autuado, porém já revogado pelo Protocolo ICMS 32/01), realçando que durante a ação fiscal das vias do referido termo, uma foi entregue à ECT, permitindo-lhe conhecimento formal da ocorrência. Não obstante, destaco, ainda, não se incluir na competência deste CONSEF a declaração de inconstitucionalidade, nos termos do art. 167, I do RPAF/99.

De forma oposta à afirmativa do autuado, consta do citado Termo de Apreensão a identificação do remetente e do destinatário das mercadorias objeto da autuação, entretanto é atribuída a responsabilidade solidária pelo pagamento do imposto à ECT, dado terem sido encontradas mercadorias em suas dependências desacompanhadas de documento fiscal, com fundamento no art. 201, I, combinado com o art. 39, I, “d”, do RICMS/97, descabendo a argüição de nulidade por ter sido identificada a ECT como autuada e não o remetente e/ou o destinatário.

O impugnante argumentou gozar da imunidade prevista no artigo 150, VI da Constituição Federal de 1988 e que, desta forma, não poderia ter sido apontado como sujeito passivo da relação tributária. Destaco que a alegada imunidade do sujeito passivo, diz respeito tão-somente à vedação da instituição de impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços dos entes políticos tributantes e somente é extensiva às suas autarquias e fundações.

Restam, assim, afastados os pedidos de nulidade apresentados pelo recorrente, considerando a demais que o procedimento fiscal não violou as regras contidas no artigo 18, IV, “a”, do RPAF/99, haja vista que a infração foi descrita de forma clara, estando fundamentada no Termo de Apreensão, que embasou a acusação fiscal, determinando com segurança a infração e o infrator. Destaque-se que o recorrente, no exercício do seu direito de ampla defesa e do contraditório, apresentou impugnação, demonstrando ter pleno conhecimento dos fatos arrolados na acusação fiscal que originou a lavratura do presente Auto de Infração.

Não possível de acolhimento o requerimento do autuado baseado no art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96, para cancelamento da multa aplicada, considerando que esse dispositivo legal se refere aos casos de atribuição de penalidade por descumprimento de obrigação acessória que não impliquem em falta de pagamento do ICMS, que não é o fulcro do caso em tela.

No mérito, constato que o autuado não trouxe nenhuma prova de existência de qualquer equívoco no lançamento efetivado pelo autuante, o qual caracteriza a infração de forma detalhada.

Observo que a ECT não é autarquia, nem fundação, e sim, uma empresa pública. E, assim sendo, após a Constituição Federal de 1988, está sujeita às mesmas regras das empresas privadas, tanto em relação ao regime jurídico em que deve ser constituída, quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, ao arrimo do art. 173, § 1º da Constituição Federal.

A Lei nº 7.014/96 cuida da responsabilidade solidária no art. 6º, tratando de normas endereçadas a todas as pessoas passíveis de atribuição de responsabilidade solidária.

O Estado da Bahia, juntamente com as demais unidades da Federação, firmou o Protocolo ICM 23/88 e os Protocolos ICMS 15/95 e 32/01, sendo que este último revogou os anteriores.

O entendimento deste CONSEF é de que, embora a prestação de serviços postais não possa ser confundida com o serviço de transporte de carga, no presente Auto de Infração não se está a exigir o ICMS sobre tais serviços postais. O lançamento tributário atribui à ECT a condição de

responsável por solidariedade, exigindo o pagamento do imposto, pelo fato de a encomenda, está sendo transportada desacompanhada da documentação fiscal correspondente.

O RICMS/97 trata das determinações contidas no art. 39, I, “d”, V, §3º e §4º, para os casos de responsabilidade por solidariedade. E o art. 410-A do Regulamento estabelece as rotinas a serem seguidas pela fiscalização estadual na verificação das remessas postais, inclusive pela ECT.

Concluo, portanto, mesmo que o autuado não pudesse ser considerado transportador, estaria obrigado ao pagamento do imposto, em razão de responsabilidade solidária, em face da regra insculpida no inciso V do artigo 39 do RICMS/97, acima transcrito.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 301589.0121/07-3, lavrado contra **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$242,16**, 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, 31 de julho de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS