

PROCESSO - A. I. N° 123433.0117/08-7
RECORRENTE - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0368-03/08
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 26/05/2009

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0108-11/09

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

RELATÓRIO

Trata o presente de analisar Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 3ª JJF pertinente ao Acórdão nº 0368-03/08 que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 07/08/2008 na fiscalização do trânsito de mercadorias, o qual exige o ICMS no valor de R\$382,44, acrescido da multa de 100%, referente ao transporte de mercadorias sem documentação fiscal, conforme Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 149372 lavrado em 05/08/2008 e acostado à fl. 03.

Manifesta-se em relatório a i. JJF, adentrando as preliminares suscitadas, afastando ao início primeiro argumento do autuado, de que não teriam sido observadas as determinações contidas no Protocolo ICM 23/88, pois resta visto no PAF, juntada à fl. 03, a primeira via do Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos, a qual foi assinada pelo representante legal do autuado, o que comprova a regularidade do procedimento fiscal.

Abordando a alegação que não pode ser apontado como sujeito passivo da relação tributária, porque goza da imunidade prevista no artigo 150, inciso VI, da Constituição da República, de 1988, aduzem os i. julgadores que sendo o autuado empresa pública, após a promulgação da Constituição da República, em 1988, está sujeito 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 (compreendido nesse conceito, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios).

E, quanto ao argumento de que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) é empresa pública da administração indireta federal, não podendo ser igualada às centenas de milhares de transportadores particulares existentes no país, por não ser o serviço postal simples transporte, e que em consequência o autuado não é transportador, foi também rechaçado, em virtude de que o serviço prestado pela ECT, de transporte de encomendas, se equipara aos serviços prestados pelas transportadoras rodoviárias, ferroviárias, aeroviárias e aquaviárias, distanciando em muito das atividades correlatas do serviço postal (telegrama, correspondências, etc.).

Neste quesito concluem que ao transportar mercadorias, a ECT assume a condição de sujeito passivo responsável solidário (art. 121, II, do CTN), competindo-lhe exigir do remetente o

documento fiscal para acobertar as mercadorias que transportar, e na ausência do mesmo, como no caso em comento, assume a responsabilidade pelo pagamento do ICMS.

Passam a análise do terceiro argumento, relativo à menção de gozar de imunidade tributária, citando os ilustre julgadores que de acordo com o estatuído no artigo 150, inciso VI, alínea “a”, da Constituição da República promulgada em 1988, a imunidade invocada pelo autuado se aplica às mercadorias e serviços exclusivamente vinculados às suas atividades essenciais, e não aos outros demais produtos e serviços que o autuado transporta mediante remuneração.

Destacam que a defesa impetrada pelo autuado, denota compreensão do que foi acusado, tendo sido permitido ao mesmo a determinação da natureza da infração, o sujeito passivo e o montante do débito, o que não acarreta a nulidade do lançamento, conforme disposto no artigo 18, §1º, do RPAF/BA e, realçam ainda, que este órgão julgador não tem competência para apreciar a inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, a teor dos artigos 125, inciso I, do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, e 167, inciso I, do RPAF/99.

No mérito, indicam que o Auto de Infração foi lavrado por terem sido encontradas, no estabelecimento do autuado (ECT), conforme descrito no Termo de Apreensão nº 149372 (fl. 03), volume contendo 30 pares de sapatos masculinos de couro legítimo, da marca Frandilon.

E desacompanhados de documentação fiscal, foram remetidos pelo Sedex nº EC 580912682 BR, por Joana Rodrigues, com endereço à Rua Santos Pereira, nº 1679 – (fundos), Nova Franca, São Paulo/SP, CEP 14.401-130, destinadas a Eduardo Quirino, com endereço à Travessa Jonatas Abbott, nº 56, ap. 205, Centro, em Salvador/BA, CEP 40.060-380, conforme também descrito no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos na citada fl. 03.

Em decorrência ao exposto, e em razão do disposto no artigo 39, inciso I, alínea “d”, do RICMS/97, o preposto fiscal entendeu que se tratava de mercadorias comerciáveis, e equiparando-se a transportador, o autuado respondia solidariamente pelo pagamento do ICMS incidente sobre a operação.

Transcrevem o RICMS/BA, nos casos de responsabilidade por solidariedade, nos termos do art. 39 e segs:

“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.

Caracterizada a legitimidade passiva por solidariedade pelo transporte de mercadoria sem a devida documentação fiscal, indicam os i. julgadores que conforme decisões trazidas aos autos pelo contribuinte, a Justiça Federal já se manifestou a respeito em várias oportunidades, 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 a aqui tratada, seja, o serviço de transporte de cargas.

Citam que decisões administrativas do Estado do Paraná, citadas pelo defendente, não criam jurisprudência em relação ao Colegiado Baiano, e classificam desnecessária a argumentação do autuado, fundamentada no fato de que não se pode exigir o ICMS sobre os serviços que presta, porque eles (os serviços postais) não se confundem com o serviço de transporte de cargas, e no presente Auto de Infração se está a exigir o imposto estadual sobre esses serviços de transporte de mercadorias comerciáveis. Ressaltam, outra vez mais, que no lançamento em testilha esta se cobrando o ICMS do autuado, por responsabilidade solidária, pelo fato de a encomenda, remetida via SEDEX, estar sendo transportada sem a necessária documentação fiscal.

Por oportuno citam que no momento da postagem da encomenda através de SEDEX, o autuado tem a obrigação de verificar o seu conteúdo, e adotar as medidas legais cabíveis, no caso, a exigência da correspondente nota fiscal.

O objeto da apreensão, pela Fiscalização, foram 30 pares de sapatos de couro legítimo masculinos, mercadoria da marca Frandilon, desacompanhados de documentação fiscal, destinados a este Estado, vindos do Estado de São Paulo, conforme Termo de Apreensão nº 149372 (fl. 03).

Sob a ótica da ordem econômica vigente, a Constituição da República, no § 2º do artigo 173, estabelece, como citado anteriormente, determina 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, pela criação de um ambiente desleal.

Na citação aos protocolos assinados pela ECT, ressalta a i. JF que, na data da autuação, já estava em vigor o Protocolo ICMS 32/01, o qual apenas estabeleceu normas de controle de fiscalização relacionada com o transporte de mercadorias efetuado pelo autuado, e em nenhum momento dispensando a ECT de ser responsabilizada pelo pagamento do tributo porventura devido em razão das ações fiscais ali desenvolvidas.

Aduzem que este Protocolo tornou-se necessário ao exercício da fiscalização tributaria estadual, em razão das atividades peculiares desenvolvidas pela ECT, em virtude da previsão, na Constituição da República, da vedação à quebra do sigilo da correspondência.

Em relação à base de cálculo do lançamento fiscal, embora não tenha sido contestada pelo defendente, consta no processo, à fl. 04, documento intitulado *“Levantamento de Preços Correntes no Mercado Consumidor”*, no qual está descrito o valor da mercadoria transportada, montante este utilizado para a determinação da base de cálculo do imposto devido, calculado à alíquota de 17%, nos termos do artigo 50, inciso I, do RICMS/BA, consoante demonstrado no campo *“Demonstração do Cálculo do Imposto”*, à mesma fl. 04.

Pelo exposto, julgam pela Procedência do Auto de Infração.

O Recurso Voluntário apresentado tempestivamente por prepostos do recorrente, novamente discorre acerca de iguais razões e citações vistas quando da apresentação da defesa inicial.

Expressam ter a ECT condição de empresa pública federal prestadora de serviços públicos, criada pelo Decreto-Lei nº 509/69 de 20/03/69 (fls. 40 a 46), 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. Requer que ao final o procedimento administrativo seja declarado insubsistente.

Manifesta-se inconformado com a acusação fiscal, por ter sido considerada como responsável solidária pelo recolhimento do ICMS, acrescido de multa, em virtude de *“ter recebido e transportado para entrega, mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal”*.

Entende que o procedimento padece de nulidade, pois que está amparada 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 proferidos pelo STF, nos quais são analisadas a constitucionalidade do art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69 e a imunidade recíproca extensiva à ECT.

Transcrevem 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. Alega 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, conseqüentemente, o Auto de Infração.

Assim, suscita como preliminar de nulidade do procedimento fiscal, a falta de observação das determinações contidas no Protocolo ICM 23/88, sob a argumentação que o autuante poderia ter comunicado ao destinatário da mercadoria apreendida a respeito do fato, que teria providenciado o pagamento do imposto devido, o que levaria ao arquivamento do procedimento fiscal contra a ECT, citando como exemplo a Informação Fiscal nº 121.404, de 20/12/2000. Assevera que a norma do referido protocolo está de acordo com o transcrito art. 11 da Lei nº 6.538/78, que estabelece que os objetos postais são de propriedade do remetente até a entrega a quem de direito, concluindo que os únicos sujeitos da relação são o remetente e o destinatário, cabendo a estes qualquer responsabilidade tributária.

Argumenta que o sigilo da correspondência e a inviolabilidade do objeto postal lhe impedem de usar meios mais severos na fiscalização dos objetos que lhe são confiados, de forma contrária ao que ocorre com a SEFAZ, pois esta tem como atividade a fiscalização dos objetos postais. Suscita a nulidade do Auto de Infração, para que seja autuado quem de direito, o remetente ou o destinatário, por serem partes legítimas da relação.

Alega que o fisco estadual se equivoca ao entender que o serviço postal é serviço de transporte, pois a ECT não pode ser considerada como uma transportadora em sentido estrito, como são aquelas particulares. Diz que o referido serviço é apenas um elo entre a expedição e a entrega do objeto remetido, enquanto que no caso das transportadoras trata-se de uma atividade-fim. Os artigos 7º e 9º da Lei nº 6.538/78 fazem referência ao recebimento, transporte e entrega de objetos postais, que se constituem em ações praticadas em cadeia. Cada uma dessas ações são fases encadeadas que resultam na execução do serviço postal, sendo realizados sempre nessa ordem.

Aduz que o 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. Nesta linha de raciocínio, argumenta que os seus serviços distinguem-se dos serviços prestados pelos particulares. Para a ECT existem regras rígidas, ditadas pela Constituição Federal (art. 21), pela legislação infraconstitucional e pelo Direito Administrativo, que delimitam seu campo de atuação, tendo a obrigação legal de oferecer e garantir o serviço postal a todos os cidadãos brasileiros, independentemente de distinção de credo, cor, raça ou ideologia política. O particular fixa seus preços de acordo com os custos e com a margem de lucro que pretenda auferir. Já a ECT depende da aprovação de tarifas por órgãos do governo federal. Portanto, não se pode confundir sua atividade com um serviço de transporte, pois é figura totalmente distinta.

Manifesta, então, o entendimento que não há previsão legal para a exigência tributária, devido ao fato de o serviço de transporte postal não ser um fato econômico de relevância jurídica, não se submetendo à hipótese de incidência do imposto.

Argumenta que a Fazenda Pública Estadual não tem o direito de cobrar o ICMS tendo em vista a imunidade tributária da ECT, amparada pelo art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69, alegando ainda a imunidade recíproca entre as esferas governamentais, estatuída no transcrito art. 150, VI, “a”, da CF/88, sendo incabível a cobrança de impostos por não poder a ECT figurar no pólo passivo da cobrança de ICMS. Transcreveu o pensamento de Guilherme Ulhoa Canto, a respeito da limitação à competência tributária que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios sofrem por força da Carta Magna.

Assevera que a ECT, por ser uma empresa pública da Administração Indireta Federal, enquadra-se na imunidade prevista no citado artigo, acrescentando que a empresa pública pode explorar atividade econômica e prestar serviço público.

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

Afirma que, nos termos do art. 22, V, da CF/88, compete privativamente à União legislar sobre serviços postais, transcrevendo, em seguida, o art. 7º, §§ 1º a 3º e os arts. 8º, 9º, 25, 26 e 27 da Lei nº 6.538/78, que enunciam o poder de legislar sobre os serviços postais que, em síntese, é o seguinte:

1. Constituem serviço postal o recebimento, a expedição, o transporte e a entrega de objetos de correspondência, valores e encomendas (caput do art. 7º).
2. São objetos de correspondência a carta, o cartão-postal, o impresso, o cecograma, a pequena encomenda (§ 1º do art. 7º).
3. Constitui serviço postal relativo a encomendas a remessa e entrega de objetos, com ou sem valor mercantil, por via postal (§ 3º do art. 7º).
4. Constitui serviço de telegrama o recebimento, transmissão e entrega de mensagens escritas, conforme definido em regulamento (caput do art. 25).

Os arts. 8º e 26 determinam quais as atividades correlatas ao serviço postal e ao telegrama, porém o art. 2º, § 1º, letra “d”, define que a exploradora daqueles serviços poderá exercer outras atividades afins.

Salienta que os serviços de recebimento, expedição, transporte e entrega de valores e encomendas, exercidos pela União, através da ECT, por força do estabelecido no art. 9º da referida Lei, não estão compreendidas no regime de monopólio, pelo que podem ser prestados por particulares.

Acrescenta que, entretanto, pela interpretação do art. 21, inciso X da CF/88, se depreende que cabe à ECT o recebimento, expedição, transporte e entrega de valores e encomendas postais, de acordo com o preceito do art. 7º da Lei nº 6.538/78. Alega, também, que somente pode recusar a prestação do serviço postal de encomenda nas hipóteses previstas no art. 13 da Lei nº 6.538/78.

Observa que o fato de não serem exclusivos 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, pois 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 atribuiu 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.

Comenta que não se pode argumentar que o Decreto-Lei nº 509/69 e a Lei nº 6.538/78 não foram recepcionados pela Constituição de 1988. Para corroborar tal argumento, baseia-se na doutrina de Celso Ribeiro de Bastos acerca do fenômeno da recepção, ao analisar os referidos dispositivos legais. Transcreveu o art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69, aduzindo que a ECT goza de isenção dos impostos de importação, de imunidade tributária, com base no art. 150, VI, “a”, da CF/88, da impenhorabilidade de seus bens, por pertencerem à União e foro, conforme art. 109, I da CF/88.

Reitera que como a ECT goza da imunidade prevista no art. 150, VI, “a”, da CF/88, não pode ter seu patrimônio diminuído por qualquer tipo de imposto, por ser patrimônio da União, e não pode ter seus serviços onerados tributariamente, por se tratar de serviços públicos de competência exclusiva da União. Para corroborar seus argumentos cita o art. 173 da CF/88, alterado pela Emenda Constitucional nº 19, que dispõe que lei ordinária disciplinará o estatuto jurídico da empresa de serviço público, não existindo, ainda, a referida lei disciplinadora, implicando na aplicabilidade do Decreto-Lei nº 509/69.

Protesta que o lançamento do crédito tributário deve ser feito atendendo à norma padrão de incidência do tributo pré-traçada na Constituição Federal. Transcrevendo, a propósito, trechos de obras de Roque Antonio Carrazza e Elizabeth Nazar Carrazza, assevera que o legislador, quando cria o tributo não pode fugir do arquétipo constitucional.

Em seguida, observa que o ICMS está genericamente previsto no transcrito art. 155, inciso II da CF/88, sendo que a sigla ICMS alberga cinco impostos diferentes: sobre operações mercantis, sobre serviços de transporte, sobre serviços de comunicação, relativo a lubrificantes, combustíveis e energia elétrica e sobre minerais.

Salienta que a regra matriz do ICMS é a operação relativa à circulação de mercadorias e não a mera circulação física, caso em que a circulação jurídica e não meramente física, pressupõe a transferência de uma pessoa para outra da posse ou da propriedade da mercadoria. Assim, sem mudança de titularidade da mercadoria não existe tributação pelo ICMS. Para que um ato se configure em operação mercantil, faz-se necessário que seja regido pelo Direito Comercial e tenha por finalidade o lucro.

Argui, então, que a ECT é uma empresa pública federal, cuja atividade é o serviço público de recebimento, transporte e entrega de correspondências e afins, serviço esse monopolizado ou não. Argumentou que, de acordo com a lição proferida por Amílcar Falcão, no caso inexistem os elementos relevantes para se caracterizar a ocorrência do fato gerador do imposto, quais sejam, previsão em lei, circunstância de constituir o fato gerador para o direito tributário e da ocorrência do pressuposto de fato para surgimento da obrigação legal de pagar o tributo.

Observa que pela sua essência, o serviço de transporte postal não está incluso no conceito de fato gerador do ICMS constante da Lei Estadual nº 6.284/97, não podendo ser tributado ante o princípio da legalidade dominante no sistema tributário pátrio.

Alega 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.

Insiste que a ECT, quando executa o serviço postal, não se equipara a uma empresa transportadora privada, pois não possui o mesmo objetivo, qual seja, a obtenção de lucro. Na maioria das vezes o transporte realizado onera a empresa, e não lhe garante um superavit em suas contas, posto que os preços arrecadados cobrem apenas o custo do transporte, sendo este mera atividade meio dos seus serviços, que é levar objetos de um para outro lugar, não se configurando serviço de transporte. Por isso, conclui que não pode a ECT ser considerada responsável tributária pelo ICMS relativamente aos objetos postais. Tomando por base a consideração de não ser a ECT contribuinte, não se pode exigir ICMS em razão do “transporte” de objetos postais, mesmo que seja de encomendas.

O recorrente se reportou em seguida, a decisões da Justiça Federal em dois Estados da Federação (Ceará e Rio Grande Sul) que se pronunciaram contrários à existência da relação jurídica que obrigue a ECT a efetuar o recolhimento do ICMS sobre os serviços postais e à jurisprudência administrativa. Para tanto, transcreveu as decisões referentes aos Processos 93.4753-1 (CE), e 91.0001190-8 e 91.0000112-0 (RS), que versam sobre o tema da lide. Apresenta, também, a Decisão

proferida pelo Setor Consultivo da Inspeção Geral de Tributação, da Coordenação da Receita Estadual da Secretaria da Fazenda do Estado do Paraná, que 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.

Destaca que a configuração da incidência tributária exige que haja exata adequação do fato à norma. Reproduz comentários de Eduardo Marcial Ferreira Jardim acerca do princípio da tipicidade. Acrescenta que inexistente fato gerador de tributação pelo fisco, já que os serviços de transporte executados pela ECT, não se constituem em hipótese de incidência tributária, de acordo com a legislação estadual pertinente.

Contesta os artigos 201, inciso I, e 39, inciso I, alínea “d” do RICMS/97, dispositivos legais que dão sustentação à ação fiscal, argumentando que o primeiro trata de contribuintes do ICMS e que, por gozar da imunidade tributária, não se enquadra nessa categoria; em relação ao segundo, alega que é uma prestadora de serviços públicos postais e não uma transportadora e, desse modo, não lhe cabe a responsabilidade solidária ali preconizada.

Requer que sejam acolhidas as nulidades arguidas, para que o Auto de Infração seja julgado insubsistente, ou, sendo aquelas ultrapassadas, no mérito ele seja julgado totalmente improcedente, ante a sua flagrante impossibilidade legal e, ainda, por ser o autuado ente integrante da administração pública e, conseqüentemente, 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. Argui ser inconstitucional a lei em que está baseada a autuação.

Transcrevem outra vez mais o art. 11 da Lei nº 6.538/78, (“os objetos postais pertencem ao remetente, até a sua entrega final a quem de direito”), reiterando que os sujeitos da relação tributária são o Estado da Bahia e o destinatário e/ou o remetente do sedex, o que afasta a condição da ECT de responsável tributária na presente demanda.

A PGE/PROFIS elabora Parecer da lavra da ilustre procuradora Dra. Maria José Ramos Coelho Sento-Sé entendendo não haver como se encarecer guarida à tese do recorrente, opinando pelo Não Provedimento do Recurso Voluntário apresentado, pois que a natureza jurídica de empresa pública, segundo o art. 173 da CF/88 é equiparada a de empresas privadas no que tange ao regime jurídico e aos privilégios fiscais. Conclui o ilustre procurador que da análise dos textos legais citados, as empresas públicas em razão de sua natureza equiparadas a 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.

Voltando-se à natureza subjetiva da imunidade tributária recíproca, (art. 150, VI, “a” da CF/88) aludida pelo recorrente, expõe que esta apenas cinge-se ao patrimônio, renda ou serviços dos entes políticos da Federação, e às autarquias e fundações, desde que instituídas e mantidas pelo Poder Público. Transcreve que “empresas públicas são pessoas jurídicas de direito privado, submissão esta imposta pela Constituição da República” e que “o regime tributário das primeiras é o mesmo que o das empresas privadas, consoante inciso II § 1º do art. 173 da Carta Constitucional, sejam federais, estaduais ou municipais”.

Afastada a aplicação da imunidade tributária, entende também não merecer reparo a Decisão recorrida, pois o art. 6º, III, “d” da Lei nº 7014/96 atribui responsabilidade tributária aos transportadores em relação às mercadorias que conduzirem sem documentação fiscal, ou com a mesma inidônea. No momento da ocorrência do fato, ora objeto de autuação, por força da Lei

Complementar (art. 5º da LC 87/96) é a transportadora é responsável pelo pagamento do tributo devido pelo contribuinte originário.

Cita ainda que a Lei do ICMS, inciso IV, art. 6º vai mais além, quando atribui a qualquer pessoa física ou jurídica, responsabilidade tributária pelas mercadorias que detiver sem a necessária cobertura fiscal adequada. Aduz que no Capítulo VI, acerca das rotinas de controle e fiscalização de mercadorias objeto de serviço postal, o art. 410 em seu § 4º prevê a necessidade de constar na embalagem das encomendas nacionais que contenham mercadorias, sendo o remetente contribuinte do ICMS, o número da nota fiscal respectiva.

E que esta responsabilidade solidária fica mais evidente em decorrência ao disposto no art. 10 da Lei nº 6538/78, *“Não constitui violação de sigilo de correspondência postal a abertura de carta... inciso II que apresente indícios de conter objeto sujeito a pagamento de tributos”*. Restando patente igualmente, que a tese da imunidade recíproca não se aplica ao caso em tela.

Logo, complementa, a ECT foi corretamente autuada nos moldes da legislação indicada, dado não ter atendido a mesma, pois enquanto prestadora do serviço de transporte de mercadorias promoveu a circulação das mesmas desacompanhadas ou com nota fiscal inidônea.

Cita e transcreve Acórdãos exarados em diversas unidades da Federação, cujos julgamentos foram pelo reconhecimento de que nos serviços de transportes patrocinados pela ECT, deverá incidir o ICMS, e que havendo onerosidade, há deslocamentos de bens ou valores inter-locais, havendo dessa forma contrato de transporte com incidência do imposto. E que empresas públicas como a ECT possuem natureza jurídica de empresas privadas, sendo em consequência regidas pelas mesmas disposições cabíveis a estas últimas, não podendo, assim, prevalecer-se de privilégios, não estando albergadas pela imunidade recíproca prevista na CF/88.

Conclui a ilustre procuradora;

- a) incidir o ICMS sobre as atividades econômicas exercidas pelo recorrente, notadamente as prestações de serviços de transportes de encomendas;
- b) o eventual caráter objetivo da imunidade recíproca aventada afastaria a incidência do ICMS apenas em relação à vertente pública da ECT, ou seja, na prestação de serviço postal em sentido estrito (serviço público exercido em regime de monopólio);
- c) a imunidade recíproca não alcançaria a vertente mercadológica da atuação da ECT, isto é, o serviço postal no sentido amplo, que assume a natureza de atividade econômica, exercida em regime de concorrência e portanto, sujeito ao regime tributário das empresas privadas (Art. 173, § 2º da CF/88).

Em face do acima expendido, opina a ilustre procuradora pelo Conhecimento do Recurso Voluntário e pelo seu Improvimento.

VOTO

Ao início afasto o pedido suscitado pelo sujeito passivo, considerando que o Termo de Apreensão o qual 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, conforme se depreende nos autos.

Não obstante, destaco ainda não se incluir na competência deste CONSEF a declaração de inconstitucionalidade, nos termos do art. 167, I do RPAF/99.

Constato no citado Termo de Apreensão nº 149372 a fl. 03 dos autos, as identificações do remetente e do destinatário das mercadorias objeto da autuação, vindas por SEDEX, as quais consistiram de 30 pares de calçados masculinos de couro legítimo, marca Frandilon, artigos do vestuário que pelo quantitativo evidenciam a destinação comercial, restando atribuída à ECT a

responsabilidade solidária pelo pagamento do imposto, por estarem essas mercadorias desacompanhadas de documento fiscal, com fundamento no art. 201, I, combinado com o art. 39, I, “d”, do RICMS/97, descabendo a arguição de nulidade por ter sido identificada a ECT como autuado e não o remetente e/ou o destinatário.

O recorrente argumentou gozar da imunidade prevista no artigo 150, VI da Constituição Federal de 1988 e que, desta forma, não poderia ter sido apontada 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 unicamente extensiva às suas autarquias e fundações.

Afasto assim, os pedidos de nulidade apresentados pelo recorrente, considerando, ademais, 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 entendimento e pleno conhecimento dos fatos arrolados na acusação fiscal que originou a lavratura do presente Auto de Infração.

Não passível de acolhimento o requerimento do recorrente, baseado no art. 42, § 7º, da Lei nº. 7.014/96 para cancelamento da multa aplicada.

Este dispositivo legal se aplica nos casos de atribuição de penalidade por descumprimento de obrigação acessória e que não impliquem em falta de pagamento do ICMS, que não é a hipótese que resta vista no caso em tela.

No mérito, constato que o autuado não trouxe nenhuma prova da aventada existência de qualquer equívoco no lançamento efetivado pela autuante, restando o mesmo caracterizado, de forma detalhada e procedente.

Observe 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, e em sua edição trata particularmente de diferenciar os serviços postais próprios e exclusivos de serem realizados em forma de monopólio pela ECT, (não sujeitos à incidência do ICMS), dos demais serviços que a mesma realiza referentes ao transporte de mercadorias via SEDEX, (sujeitos à incidência do ICMS) em plena concorrência com demais empresas privadas, com o objetivo de lucro.

Predomina o entendimento deste CONSEF de que, embora a prestação de serviços postais não possa ser confundida com o serviço de transporte de cargas, 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, estar sendo transportada desacompanhada da indispensável documentação fiscal.

Por oportuno, destaco a importância para deslinde da questão que ora se apresenta, as observações trazidas pelas informações fiscais às fls. 50 a 62, nas quais transcreveram artigo apresentado em curso de pós-graduação, onde é analisada a responsabilidade da ECT em relação às mercadorias por ela transportadas.

A pesquisa teve cunho jurídico e objetivou esclarecer quanto à responsabilidade solidária da ECT pelo pagamento do ICMS. O trabalho contém aspectos que demonstram similaridade no serviço

realizado pelo recorrente com aquele feito pelas empresas privadas de transporte, tais como: responsabilidade pela guarda da carga transportada; obediência a prazos de entrega dos produtos; adoção de preços para os serviços com base no peso, no volume e no valor dos produtos transportados e na localização do destinatário; possibilidade de aplicação de seguro por acidentes no transporte; utilização dos mesmos meios de transporte; e, por fim, os dois tipos de empresas são passíveis de fiscalização pelos órgãos públicos competentes, não havendo nenhum impedimento legal quanto à conferência dos produtos transportados.

Demonstram que com a adesão da Bahia ao Protocolo ICMS 32/01, o tratamento dispensado às transportadoras privadas passou a ser adotado também à ECT, a qual se tornou obrigada a fazer os transportes de cargas acompanhados dos respectivos manifestos de carga, dos conhecimentos de transporte e das notas fiscais, além de ter que apresentá-los nos postos fiscais pelos quais transitam seus veículos. A cláusula quarta desse protocolo, determina: *“A qualificação dos bens não impedirá a exigência do ICMS devido e a aplicação das penalidades cabíveis nos casos em que ficar constatado que os objetos destinam-se à venda ou revenda no destino, tributadas pelo referido imposto”*.

Esclarece que a ECT, tanto pelo fato de ser uma empresa pública, que explora atividades de natureza econômica concorrendo com empresas privadas, quanto por cobrar preços e tarifas pela utilização dos seus serviços, não tem respaldo legal de alegar para si uma indevida imunidade tributária a que se refere em sua defesa, podendo ser responsabilizada por solidariedade e intimada a pagar o ICMS correspondente às mercadorias que transporta desacompanhadas de documentação fiscal, não importando para tanto se foi qualificada como transportador ou apenas detentor das mercadorias, independentemente de classificar estas mercadorias como encomendas ou objetos postais.

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 123433.0117/08-7, lavrado contra a **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$382,44**, 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, 05 de maio de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS