

PROCESSO	- A. I. N° 232874.0014/09-9
RECORRENTE	- EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 0191/03-09
ORIGEM	- IFMT - DAT/METRO
INTERNET	- 28/10/2009

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0287-11/09

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. Não acatada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Refere-se o presente à apreciação de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 3ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração acima indicado e lavrado em 26/01/2009, através do qual foi efetuado o lançamento do ICMS no valor de R\$714,00, acrescido da multa de 100%, em decorrência do transporte de mercadorias sem documentação fiscal.

A JJF informa ao início que o Auto de Infração em lide trata do trânsito de mercadorias tributáveis sem a documentação fiscal pertinente, situações nas quais é atribuída ao transportador a responsabilidade por solidariedade.

Originou-se o presente Auto de Infração, por terem sido encontradas, no estabelecimento do autuado (ECT), conforme descrito no Termo de Apreensão nº 304416 (fl. 03), volume contendo 10 aparelhos celulares marca Motorola, modelo V3, e 04 aparelhos celulares marca Sony-Ericsson modelo W2001 Rhythm Black.

Os produtos, desacompanhados de documentação fiscal, foram remetidos pelo Sedex nº SX 61616637-5 BR, por Cards Service, com endereço na Rua General Jardim, 8º andar, São Paulo-SP, destinadas a Ricardo Torres, com endereço à Rua Edísio Pondé, nº 353, Centro Empresarial Tancredo Neves, 3º andar, salas 305/306, em Salvador/BA, CEP 41.770-395, conforme também descrito no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos de fl. 03.

Tendo em vista que as mercadorias estavam de posse da ECT, o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 304416 apenso às fls. 03 e 04 dos autos que dá base à autuação, atendeu às formalidades requeridas pelo Protocolo ICM 23/88 (citado pelo autuado, porém já revogado pelo Protocolo ICMS 32/01). Foi emitido em nome do autuado, estando assim removido o pedido de nulidade suscitado. No exercício da ação fiscal as vias do referido termo tiveram a destinação prevista naquele protocolo: uma foi entregue à ECT, outra acompanhou as mercadorias apreendidas até o depósito da IFMT/Metro para ser entregue ao destinatário ou ao remetente e a última foi anexada ao processo.

Comenta a ilustre JJF com referência a aludida Lei nº 6.538/78, que esta estabelece em seu artigo 10, inciso II, não se constituir violação do sigilo da correspondência postal, a abertura de volume que apresente indícios de conter objeto sujeito a pagamento de tributos, não procedendo,

descabendo desta forma a alegação defensiva sobre a quebra de sigilo ou inviolabilidade de correspondência.

Julgam afastados os pedidos de nulidade apresentados pelo autuado, visto que o procedimento fiscal atende às determinações previstas no art. 39 do RPAF/99. 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. No exercício de seu direito de ampla defesa e do contraditório, a impugnação elaborada pelo autuado demonstrou o pleno conhecimento dos fatos arrolados na acusação fiscal que originou a lavratura do presente Auto de Infração.

Abordando o pedido de declaração de inconstitucionalidade, ressaltam que tal atribuição não se inclui na competência deste CONSEF, nos termos do art. 167, inciso I do RPAF/99, restando, portanto, não apreciar os questionamentos do autuado nesse sentido. Da ação fiscal, ressaltam a mesma estar revestida das formalidades legais contidas nas disposições e normas infraconstitucionais deste Estado.

Com enfoque na citada imunidade prevista no artigo 150, VI da Constituição Federal de 1988 e que, por esse motivo, não poderia ter sido apontado como sujeito passivo da relação tributária, verificam os srs. Julgadores que a mesma diz respeito 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. E, como a ECT não é autarquia, nem fundação, e sim, uma empresa pública, não comungam com essa alegação. Pela CF/88, a ECT 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 CF/88.

E que, ademais, de acordo com o citado § 3º do mesmo art. 150 da Constituição, as vedações contidas no referido inciso VI, não se aplicam aos casos de exploração de atividades regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados ou nos quais haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário. E que, no presente caso, o que se está exigindo é o ICMS relativo à operação de circulação de mercadorias transportadas pelo autuado de forma irregular.

Adentrando ao mérito da autuação, constata-se que o autuado não trouxe nenhuma prova de existência de qualquer equívoco no lançamento efetivado pelo autuante.

A arguição de falta de previsão na Lei, quanto à existência do fato gerador que lhe é imputado, os srs. Julgadores não acatam esse argumento, haja vista restar a infração devidamente prevista no RICMS/97, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, que por sua vez regulamenta a Lei nº 7.014/96 que trata deste imposto no Estado da Bahia.

Referida Lei nº 7014/96 cuida da responsabilidade solidária no art. 6º, tratando de normas endereçadas a todas as pessoas passíveis de atribuição de responsabilidade solidária.

E a atribuição de responsabilidade solidária à ECT para pagamento do imposto, originou-se do fato de terem sido encontradas mercadorias em suas dependências desacobertas de documento fiscal, conforme o Termo de Apreensão citado, com fundamento no art. 201, inciso I, combinado com o art. 39, inciso I, alínea “d” do RICMS/97, descabendo a arguição de nulidade.

Aduzem ser entendimento deste CONSEF que no presente Auto de Infração não se está a exigir o ICMS sobre tais serviços postais, mas sim sobre o transporte de mercadorias tributáveis sem a cobertura fiscal necessária. Pelo lançamento tributário se cobra o ICMS do sujeito passivo, na condição de responsável por solidariedade, pelo fato de a encomenda, remetida via SEDEX sob número EC 700051885BR, estar sendo transportada desacompanhada da documentação fiscal correspondente. Descabe, portanto, se falar em quebra de sigilo ou inviolabilidade de correspondência.

Reproduzem o RICMS/97, cujas determinações contidas no art. 39, incisos I, alínea “d” e V, §§ 3º e 4º, nos casos de responsabilidade por solidariedade, expressam:

“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.

§ 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.”.

Esclarecem, ademais, que o art. 410-A do RICMS/97 estabelece as rotinas a serem seguidas pela fiscalização estadual na verificação das remessas postais, inclusive pela ECT.

Desta forma, complementam, mesmo que o autuado não pudesse ser considerado transportador, estaria obrigado ao pagamento do imposto, em razão de responsabilidade solidária, em face da regra esculpida no inciso V do art. 39 do RICMS/97, acima transcrito.

Concluem restar claro que não há que se negar a existência de solidariedade, com base na pretensa imunidade tributária do autuado, haja vista estar definitivamente provada nos autos a sua condição de responsável pelas mercadorias que transportava desacompanhadas de documentação fiscal.

Emitem seu julgamento pela Procedência do Auto de Infração.

Em manifestação o ilustre Julgador José Bezerra Irmão vota em separado por discordar quanto ao não cumprimento completo do previsto no Protocolo ICMS 32/01.

Comenta que referido Protocolo foi incorporado ao RICMS/BA, cujo art. 410-A, § 10, inciso I, prevê que, constatada qualquer irregularidade, as mercadorias ou bens serão apreendidos ou retidos mediante lavratura de Termo de Apreensão, devendo no termo constar “a intimação para comparecimento do interessado, especificando o local, o horário e o prazo”.

“Art. 410-A. Serão adotados os procedimentos de fiscalização previstos neste artigo, relativos aos serviços de transportes e às mercadorias e bens transportados pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), nas seguintes remessas (Protoc. 32/01):

...

§ 10. No ato da verificação fiscal de prestação do transporte irregular ou das mercadorias e bens em situação irregular deverão as mercadorias e os bens ser apreendidos ou retidos pelo Fisco, mediante lavratura do termo de apreensão de mercadorias ou bens, previsto no art. 940 deste regulamento, para comprovação da infração, observando que:

I - no aludido termo deverá constar, se for o caso, o endereço da unidade da ECT onde ocorreu a retenção ou apreensão e a intimação para comparecimento do interessado, especificando o local, o horário e o prazo;

Visto que no inciso I se refere à “intimação” do interessado (o remetente ou o destinatário), é evidente que a fiscalização teria de ter efetuado tal intimação, segundo os critérios do art. 108 do RPAF. Como isso não ocorreu, fica patente que a autuação não observou ao mandamento contido no art. 410-A, § 10, inciso I, do RICMS/BA, levando em consequência à nulidade do procedimento, por inobservância do devido procedimento legal, com repercussão no direito de defesa do interessado.

A princípio o ilustre Julgador é pela nulidade do procedimento, com fundamento no art. 18, II, do RPAF/99, entretanto adentra no mérito, por força da regra do parágrafo único do art. 154 do RPAF, passando ao exame do conteúdo da autuação.

Vê que a mesma está caracterizada, haja vista que a defesa apresentada pela ECT não guarda nenhuma correspondência com o fato concreto, cuidando de coisas alheias ao cerne do lançamento, preocupando-se basicamente em precaver-se contra a tributação de seus serviços – fato que nada tem a ver com o objeto da presente autuação.

Expressa seu julgamento pela Nulidade do procedimento, e, no mérito, pela Procedência do Auto de Infração.

O Recurso Voluntário apresentado tempestivamente por prepostos do recorrente, fls. 61 a 83, discorre sobre mesmas alusões vistas na inicial, expondo novamente de forma abrangente acerca das mesmas razões e citações trazidas na apresentação de defesa.

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

Inconformada 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 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, consequentemente, 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 polo 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.

Cita ensinamentos dos mestres Celso Antonio Bandeira de Mello, de Roque Antonio Carrazza, Elizabeth Nazar Carrazza, Amílcar Falcão, reproduzindo Pareceres ou interpretações a respeito do tema em discussão, e conclui que o serviço público é uma atividade constitucionalmente ordenada, própria do Estado, bem ao contrário da exploração econômica, própria do setor privado. Cita ainda jurisprudência, a qual corresponde aos Estados do Ceará e do Rio Grande do Sul, ambas reprisando que não há incidência do ICMS sobre serviços postais.

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 do Decreto 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.

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, 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.

A PGE/PROFIS emite Parecer da lavra da ilustre procuradora Dra. Maria Helena Cruz Bulcão, no qual conclui por entender não haver como se encarecer guarida à tese do recorrente, opinando

pelo Não Provimento do Recurso Voluntário apresentado, pois que a natureza jurídica de empresa pública, segundo o art. 173 da CF/88 é equiparada à 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 à 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) 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, seno 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 interlocais, 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.

Explanando o Conceito de serviços postais e o transporte de encomendas, aponta que a expressão “serviço postal”, devidamente preconizado no art. 21, X, da CF/88, possui um núcleo semântico indelével, qual seja, o termo postal. A partir de acesso ao Dicionário Aurélio, vê-se que o termo postal está adstrito ao verbo “postar” que significa *“pôr (carta, postal, impresso, etc.) na caixa do correio”*.

Cita que o próprio legislador positivou esta diferença na Lei nº 6538/78, quando separou na norma relativa aos serviços postais às expressões “carta” e “pequenas encomendas”, a seguir:

“Art. 7º - Constitui serviço postal o recebimento, expedição, transporte e entrega de objetos de correspondência, valores e encomendas, conforme definido em regulamento.

§ 1º - São objetos de correspondência:

*a) carta; b) cartão postal; c) impresso; d) cecograma e e) **pequena encomenda**”.*

Julga de extrema infelicidade a ilação de que o transporte de cargas (“encomendas e pequenas encomendas”) somente pudesse ser exercido pela União federal, em regime de monopólio. Com efeito, o novo Código Civil elidiu completamente o raciocínio no sentido do monopólio dos serviços de transporte de cargas (“encomendas e pequenas encomendas”), firmando e disciplinando o “contrato de transporte” no seu artigo 730, seguinte :

*“Art. 730. Pelo contrato de transporte alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou **coisas**”.*

Desta forma, a ECT a realizar o transporte de coisas (“encomendas e pequenas encomendas”), a mesma atua como atuariam as empresas privadas, exercendo atividade tipicamente econômica, que não pode sob nenhum aspecto ser confundida com o serviço postal em sentido estrito (remessa de cartas e cartões postais), este sim, e somente este, estabelecido sob regime de monopólio à União Federal.

Conclui, em face do expendido, pela possibilidade de incidência do ICMS sobre os serviços de transporte de coisas realizada pela ECT, excluídos os serviços postais em sentido estrito, em vista do disposto no art. 173, § 1º, II, da CF/88, sob pena de se fazer tábula rasa do princípio constitucional pétreo da isonomia.

Adicionalmente, esclarece que a regra matriz do ICMS, preconizada na Lei Complementar nº 87/96, é bastante ampla, abarcando não só o transporte de mercadorias, mas também o de quaisquer bens ou valores, o que, por si só, afasta a tese de que a ECT não prestaria serviço de transporte, mas serviço público monopolizado.

Em finalizando seu arrazoado, conclui a ilustre procuradora não se aplicar à situação em tela a alegada imunidade recíproca da ECT, pois que além do serviço postal também presta serviços de transportes, incluídos no campo de incidência do ICMS como já restou suficientemente esclarecido ao longo deste opinativo. Deriva desse fato, a responsabilidade tributária da ECT enquanto transportadora de mercadorias, conforme visto no presente PAF, por promotora da circulação das mesmas sem cobertura fiscal ou com a mesma inidônea.

Em face do acima expendido e apoiado na melhor jurisprudência sobre a matéria, seu opinativo é pelo conhecimento do Recurso Voluntário e pelo seu Improvimento.

VOTO

É afastado o pedido de nulidade suscitado pelo sujeito passivo, tendo em vista que o Termo de Apreensão lastreia a autuação, atendeu 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.

Constato do citado Termo de Apreensão nº 304416, fl. 03 dos autos, a identificação do remetente e do destinatário das mercadorias objeto da autuação, vindas por SEDEX, nº SX 61616637-5 BR, por Cards Service, com endereço na Rua General Jardim, 8º andar, São Paulo-SP, destinadas a Ricardo Torres, com endereço à Rua Edísio Pondé, nº 353, Centro Empresarial Tancredo Neves, 3º andar, salas 305/306, em Salvador/BA, CEP 41.770-395, conforme também descrito no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos de fl. 03, cujo quantitativo evidencia 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.

Ficam desta forma afastadas as preliminares de nulidade apresentadas 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, exercendo seu direito à ampla defesa e ao contraditório, apresentou impugnação, restando demonstrado 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, pois que 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.

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.

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.

É oportuno destacar a importante contribuição para deslinde da questão que ora se apresenta, o artigo apresentado em curso de pós-graduação, onde através extensa pesquisa foi analisada a responsabilidade da ECT em relação às mercadorias por ela transportadas,

Referida 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.

Demonstra 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 transportam 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.

Este CONSEF através das Juntas e das Câmaras de Julgamento Fiscal, já firmou o entendimento que a ECT é solidariamente responsável pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, assim como ocorre com qualquer pessoa física ou jurídica, em relação às mercadorias que detiver para comercialização ou mesmo simples entrega, desde que desacompanhadas da documentação exigível ou com a mesma inidônea.

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 232874.0014/09-9, 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\$714,00**, 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, 08 de outubro de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR -RELATOR

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