

PROCESSO - A. I. Nº 108491.0017/09-0
RECORRENTE - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO Acórdão 5ª JJF nº 0192-05/10
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 27/12/2010

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0450-12/10

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 nulidades. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal, Acórdão JJF nº 0192-05/10, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 28/10/2009, para exigir o ICMS, no valor de R\$308,29, acrescido da multa de 100%, perfazendo total de R\$615,58, com fundamento no transporte de mercadorias sem documentação fiscal, com enquadramento legal no art. 201, I combinado com art. 39, I, d da lei 6.284/97 e multa com enquadramento no art.42, IV,a da Lei 7.041/96.

O Auto em comento tem como base o Termo de Apreensão de Mercadorias e documentos de nº 302346, fl. 03, datado de 26/10/2009.

Da apreciação dos argumentos defensivos apresentados pelo autuado, além das contra razões da fiscal autuante, a 5ª JJF, em Decisão unanime, decidiu pela procedência da autuação sob os seguintes fundamentos, *in verbis*:

“Inicialmente, em relação aos argumentos de nulidades suscitados, verifico que referente ao primeiro argumento de que não foram observadas as determinações contidas no Protocolo ICM 23/88, não pode ser acatada, tendo em vista que foi juntada à fl.3 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.

Relativamente ao segundo argumento de que a EBCT é empresa pública da administração indireta Federal e não pode ser igualada a transportadores particulares, por entender que o serviço postal não é transporte e, por conseguinte, o autuado não é transportador, também não pode ser acatada, em virtude de que o serviço prestado pela EBCT de transporte de encomendas, se equipara aos serviços prestados pelas transportadoras rodoviárias, ferroviárias, aeroviárias e aquaviárias, não podendo ser confundido com as atividades correlatas do serviço postal (telegrama, correspondências, etc.). Logo, ao transportar mercadorias, a ECT assume a condição de sujeito passivo responsável solidário (art. 121, II, do CTN), e nesta condição deve exigir do remetente o documento fiscal para acobertar as mercadorias que transportar, caso contrário, assume a responsabilidade pelo pagamento do ICMS.

Quanto ao terceiro argumento de que goza de imunidade tributária, de acordo com o estatuído no artigo 150, inciso VI, alínea “a”, da Constituição Federal de 1988, também não é invocada pelo autuado, se aplica às mercadorias e serviços essenciais e não às mercadorias e serviços que o autuado trans

Além do mais, verifico que o autuado compreendeu e se defendeu do que foi acusado, sendo possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito, o que não acarreta a nulidade do lançamento, conforme disposto no art. 18, § 1º do RPAF/BA, e este órgão julgador não tem competência para apreciar a inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, a teor do art. 167, I, do RPAF/99.

No mérito, verifico que o Auto de Infração foi lavrado por ter sido encontrada, no estabelecimento do autuado (EBCT), uma encomenda composta de 13 Cogumelos do Sol (Cogumelo Agaricus Sylvaticus em comprimido) frasco com 120 comprimidos e 01 com 15 comprimidos, remetidos através de SEDEX SK 141499022 BR, conforme Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos à fl. 3, juntado pelo autuante.

Em razão do disposto no artigo 39, inciso I, alínea “d”, do RICMS/97, o preposto fiscal entendeu que:

- 1. tratava-se mercadorias desacompanhadas de nota fiscal;*
- 2. o autuado se equiparava a um transportador e, portanto, respondia solidariamente pelo pagamento do ICMS incidente sobre a operação.*

O autuado desenvolveu sua argumentação inicialmente alegando que não pode ser apontado como sujeito passivo da relação tributária porque goza da imunidade prevista no artigo 150, VI, da CF/88.

Da análise dos dispositivos constitucionais concernentes à questão (art. 150 da CF/88), o Decreto-Lei nº 509/69 e a Lei nº 6.538/78, que disciplina a prestação de serviço postal, verifico que:

- 1. O DL nº 509/69 transformou o antigo Departamento dos Correios e Telégrafos (DCT) em empresa pública, vinculada ao Ministério das Comunicações, com a denominação de EBCT, o que foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988;*
- 2. no entanto, ao contrário do que alega o autuado, entendo que a imunidade tributária de que gozava a ECT, por força do Decreto-Lei nº 509/69, não foi recepcionada pela Carta Magna de 1988, pois tal consideração contrariava frontalmente o disposto dos artigos 150, § 3º e 173, § 2º de nossa Carta Maior.*

Dessa forma, sendo o autuado empresa pública, após a CF/88, está sujeito às mesmas regras das empresas privadas, tanto em relação ao regime jurídico em que deve ser constituído, quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, podendo, inclusive, ser objeto de fiscalização pelo Estado. Dessa forma, considero que o contribuinte não está enquadrado nas hipóteses de imunidade previstas no artigo 150 da CF/88.

Ressalte-se, por oportuno, que o fato de ter sido decidido, pelo STF, que o autuado tem direito à “execução de seus débitos trabalhistas pelo regime de precatórios por se tratar de Entidade que presta serviço público”, não significa que possui imunidade tributária. A Decisão judicial apenas reafirma o caráter público dos serviços prestados pelo contribuinte, fato amplamente reconhecido, mas que não lhe retira o dever de pagar os tributos porventura devidos.

Ultrapassada essa questão, deve-se indagar se a atividade exercida pelo autuado – serviço postal na modalidade encomenda - pode ser entendida como um serviço de transporte e, como tal, se constitui em fato gerador do ICMS. 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 o serviço de transporte de cargas.

O Estado do Paraná também já se pronunciou sobre a matéria, através de seu Setor Consultivo e do Conselho de Contribuintes, decidindo que os serviços postais, prestados pela EBCT, não se confundem com serviços de transporte de cargas, estando, portanto, fora da incidência do ICMS.

Todavia, embora toda a argumentação defensiva se fundamente no fato da não exigência do ICMS sobre os serviços que presta, no presente Auto de Infração não se está a exigir o imposto estadual sobre tais serviços postais e sim sobre o ICMS, por responsabilidade solidária, pelo fato de que a encomenda, remetida via SEDEX, estar sendo transportada sem a necessária documentação fiscal.

O RICMS/97, nos casos de responsabilidade por solidariedade, se expressa nos seguintes termos:

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, ou que não apresentarem a documentação fiscal procedência ou destino, ou acompanhadas de documentação fiscal*

...

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)

Assim, constata-se que, 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 artigo 39, V do RICMS/97, acima transcrito.

É oportuno lembrar que, no momento da postagem da encomenda, o autuado tem o direito legal de verificar o seu conteúdo e adotar as medidas legais cabíveis, caso não corresponda à nota fiscal.

Resta examinar, apenas, se o conteúdo da encomenda, como indicado no presente lançamento, pode ser considerado mercadoria. Como mencionado anteriormente, foram apreendidos pela Fiscalização, 51 peças em metal prateado/dourado como sendo anéis, pingentes, brincos, colar com pingente e conjuntos de corrente com brincos, tais produtos devem ser considerados mercadorias para comercialização.

O preço da mercadoria acha-se informado pelo remetente no documento de fl. 4 e a autuante apurou o imposto devido conforme memória de cálculo de fl. 05.

Como o autuado não adentrou o mérito da autuação, entendo que está correto o valor exigido, mesmo porque é 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.

O art. 173, § 2º CF 88, estabelece 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.

Quanto ao Protocolo ICM 23/88, firmado quando ainda vigia o ICM, apenas estabelece normas de controle de fiscalização relacionada com o transporte de mercadorias efetuado pelo autuado, em nenhum momento dispensando a EBCT de ser responsabilizada pelo pagamento do tributo, porventura devido em razão das ações fiscais ali desenvolvidas. Semelhantes procedimentos a serem adotados pela fiscalização foram repetidas 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.

O citado Protocolo tornou-se necessário, ao exercício da fiscalização do imposto estadual, em razão das atividades peculiares desenvolvidas pela EBCT, com a previsão, na CF 88, da vedação à quebra do sigilo da correspondência, não tendo dispensado 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 adotadas 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.

De tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Ciente da Decisão proferida pela 5ª JF, o autuado retorna, tempestivamente, aos autos (fls. 71 a 99) e inconformada, interpõe Recurso Voluntário, que repete os termos de defesa, contra Decisão de 1ª Instância deste CONSEF, afirmando ser a ação fiscal nula em razão de gozar a empresa de imunidade tributária recíproca, conforme Decisão recente do STF que recepcionou o art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69.

Reproduz as cláusulas 1ª, 2ª e 5ª do Protocolo ICM 23/88, ressaltando que este protocolo, por se tratar de ato negocial, celebrado entre as partes, deve ser seguido por todos aqueles que o subscreveram. No caso, o autuante não identificou o remetente e o destinatário das mercadorias apreendidas, seus proprietários e não lavrou o Termo de Apreensão de Mercadorias em três vias, conforme preconiza o referido Protocolo. Preferiu autuar a empresa, em flagrante desconformidade com o citado protocolo.

Alega ilegitimidade passiva do autuado, aduzindo que tal responsabilidade deveria recair sobre o destinatário ou sobre o remetente das mercadorias, alegando tam correspondência e da inviolabilidade do objeto postal, fica impe severas em relação aos objetos que transporta.

Segue argumentando que a EBCT não poderia ser tomada como transportadora em sentido estrito, já que o serviço postal não é transporte, e que, no caso em discussão, o transporte realizado pelo autuado “é apenas um elo entre a expedição e a entrega do objeto remetido” e não sua atividade-fim. Fazendo referência aos arts. 7º e 9º da Lei nº 6.538/78, disse que o serviço postal em qualquer das suas modalidades, implica em ações em cadeia, quais sejam “o recebimento, o transporte e a entrega de objetos postais”.

Diz que o serviço postal é muito mais complexo que um simples serviço de transporte, e que oferece segurança, inviolabilidade do objeto postal, regulamentação legal que exige continuidade, universalidade e confiabilidade garantidos pela União Federal. Lembra que a EBCT é empresa vinculada ao Ministério das Comunicações e que as garantias que cercam o serviço postal derivam do legislador pátrio, de regras rígidas ditadas pela Constituição Federal, pela legislação infraconstitucional e pelo Direito Administrativo.

Adentra ao mérito e, inicialmente, arguiu a imunidade tributária, com base no preceito constitucional que prevê a imunidade recíproca entre as esferas governamentais, vedando à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios gravarem com impostos a renda, os serviços e o patrimônio uns dos outros (art. 150, VI, “a” da CF/88), além do Decreto-Lei nº 509/69. Reproduzindo trecho da doutrina jurídica acerca de imunidade tributária, entendeu que, sendo uma empresa pública da administração indireta federal, enquadra-se perfeitamente neste conceito.

Especificou as funções que uma empresa pública pode desempenhar, quer explorando atividade econômica, quer prestando serviço público. Transcreveu ensinamentos de Geraldo Ataliba, Celso Antônio Bandeira de Mello e Cirne Lima a respeito do assunto, concluiu que o serviço público é uma atividade constitucionalmente ordenada, própria do Estado, contrária ao da exploração econômica, própria do setor privado.

Frisou a seguir que, nos termos do art. 22, V, da CF/88, compete privativamente à União legislar sobre serviços postais, transcrevendo os arts. 7º §§ 1º, 2º e 3º, 25º, 9º, 8º e 26º 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. 25º).

Argumentou que o art. 9º da referida lei fixou o monopólio de serviços postais e telegráficos. Mas, além das atividades correlatas ao serviço postal, a Lei nº 6.538/78 permite que a exploradora daqueles serviços exerça, ainda, outras atividades afins. Acentuou que essas atividades “afins” são semelhantes a atividades exercidas por particulares. Nesse caso, o fato de os serviços não serem exclusivos da EBCT não lhes tirava o caráter público.

Segundo a defesa, a execução do serviço postal (serviço de caráter público) não cuida de “mercadoria”, e sim de objetos postais, legalmente qualificados como correspondências, valores e encomendas. Para os interessados (remetentes e destinatários), os bens podem representar objetos afetivos, financeiros, morais, negociais, intelectuais, culturais, administrativos ou “mercadorias”. Mas, para a EBCT, tais objetos são todos iguais, co postal, nos termos do art. 47 da Lei nº 6.538/78, ou seja, é remessa sem valor mercantil, por via postal.

A empresa deu ênfase aos argumentos de que o serviço postal não é transporte e a EBCT não é empresa transportadora, apesar do entendimento contrário do Órgão Público responsável pelo lançamento e cobrança do ICMS.

Comentou, novamente, que o Decreto-Lei nº 509/69 e a Lei nº 6.538/78 foram recepcionados pela Constituição de 1988. Para corroborar o argumento expendido, baseou-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. Observou que a Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/98, dispôs que a lei ordinária irá disciplinar o estatuto jurídico das empresas que prestam serviço público. Como até a presente data não existe lei disciplinadora, entendeu em vigor o Decreto-Lei nº 509/69.

Protestou que a EBCT goza da imunidade prevista no art. 150, VI, “a”, da CF e não pode ter seu patrimônio diminuído por qualquer tipo de imposto, por ser patrimônio da União, não podendo ter seus serviços onerados tributariamente, por se tratar de serviços públicos de competência exclusiva da União.

Analisando a natureza do ICMS, o qual não pode o legislador, que seja federal, estadual, municipal ou distrital, fugir, sustentou que o lançamento do crédito tributário deve ser feito atendendo à norma padrão de incidência do tributo pré-traçada na Constituição. Citando Roque Antonio Carrazza e Elizabeth Nazar Carrazza, chamou a atenção para a forma rígida como é feita a distribuição de competências no sistema tributário brasileiro e indicou que, para a configuração do fato gerador do ICMS é mister que a operação que o caracteriza seja regida pelo Direito Comercial, tenha por finalidade o lucro e tenha por objeto uma mercadoria. Nesta circunstância, sendo o autuado uma empresa pública federal, cujo objeto de atividade é o serviço público de recebimento, expedição e entrega de correspondência e afins não poderia ser incluído no conceito do seu fato gerador, insculpido na Lei estadual nº 6.284/97, que, e inclusive, não faz qualquer referência ao Serviço de Transporte Postal.

Insistiu em que a EBCT, 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 superávit em suas contas, posto que os preços cobrados 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, não pode a EBCT ser considerada responsável tributária pelo ICMS relativamente aos objetos postais. Tomando por base a consideração de não ser a EBCT contribuinte, não se pode exigir ICMS em razão do “transporte” que realiza, nem há 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, no caso, segue a principal.

Transcreve decisões exaradas pela Justiça Federal dos Estados do Ceará e do Rio Grande Sul que, segundo transcrição, entenderam pela existência da relação jurídica que obrigue a EBCT a promover o recolhimento do ICMS sobre os serviços postais e à jurisprudência administrativa. Transcreve também trecho do entendimento do 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, concluindo que os serviços postais não são alcançados pela incidência do ICMS. Aduz que, 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 EBCT, 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.

Destacou que a configuração da incidência tributária exige que haja exata adequação do fato à norma. E que, assim não sendo, a lei tributária será sempre interpretada na maneira mais favorável ao contribuinte, toda vez que houver dúvidas quanto à ca

Afirmou, ainda, não se poder arguir a responsabilidade solidária, pois como provado, ao gozar de imunidade e não ser uma transportadora, não pode ser enquadrada nas disposições contidas no art. 201, I c/c com o art. 39, I, “d”, do RICMS/97.

Por fim, pede que sejam acolhidas as nulidades arguidas, para que seja declarado insubsistente o Auto de Infração em comento. No mérito, pede que seja julgado totalmente improcedente o auto em apreço, ante a impossibilidade legal de sua lavratura e, ainda, por ser o impugnante ente integrante da administração pública e, conseqüentemente, imune ao 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.

A PGE/PROFIS em Parecer da lavra da Dra. Maria Helena Cruz Bulcão, 104 a 113, assevera que a preliminar de nulidade do procedimento fiscal suscitada pelo recorrente é desprovida de fundamento legal ou técnico, pois escora-se na irregularidade na lavratura do Termo de Apreensão de mercadorias, o que em nada afeta os princípios do contraditório e da ampla defesa. No que concerne à preliminar de ilegitimidade passiva dos correios, assevera a ilustre procuradora, que o recorrente não encontra guarida na legislação, a teor do disposto nos arts. 121 e 128 do CTN – transcreve.

Após transcorrer acerca da chamada responsabilidade por transferência, na qual o responsável tributário assume esta condição, recebendo por transferência o dever de pagar o tributo antes atribuído ao contribuinte, cita e transcreve o art.12, I, “d”, do COTEB, para demonstrar que a legislação estadual é clara ao dispor sobre a responsabilidade do transportador e da possibilidade de figurar no polo passivo da demanda.

Transcreve Parecer do Ilustre Procurador José Augusto Martins exarado em oportunidade anterior, e que, em síntese, combate a tese de que a EBCT estaria abarcada pela imunidade recíproca prevista no art. 150,VI, da CF/88 e da não aplicabilidade do art.173, §1º da CF/88 à recorrente em razão de exercer serviço tipicamente público, laborado em regime de monopólio, concluindo que, partindo-se da premissa de que serviços postais não se confundem com serviços de transporte de coisas, a EBCT exerce, além dos serviços postais, o serviço de transporte de coisas. Logo, quando o recorrente realiza transporte de coisas, está atuando como se fora empresa privada no exercício de atividade econômica, que não pode ser confundida com serviço postal em sentido estrito, este sim, estabelecido sob regime de monopólio à União Federal.

Ressalta que, embora a EBCT tenha natureza jurídica de empresa pública, o art. 173 da Constituição Federal prevê a sua equiparação às empresas privadas no que tange ao regime jurídico e aos privilégios fiscais.

Por fim, esclarece o citado Procurador que a regra matriz do ICMS, preconizada na Lei complementar nº87/96 é ampla, abarcando não apenas o transporte de mercadorias, mas também o de quaisquer bens ou valores, o que, por si só, afasta a tese de que a EBCT não prestaria serviços de transporte, mas serviço público monopolizado.

Opina, por fim, a ilustre procuradora, pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 5ª JFJ deste CONSEF, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração.

Diante da autuação que lhe fora imposta, juntando-se este a várias recorrentes interpõe Recurso voluntário, de início, arguindo preliminares e cláusulas do Protocolo ICM 23/88, aduzindo o fato de que o agente c

o remetente e o destinatário das mercadorias apreendidas e não lavrou o Termo de Apreensão de Mercadorias em três vias, conforme preconiza o referido Protocolo, preferindo autuar a empresa recorrente. Ocorre que o referido Termo de Apreensão foi assinado pelo representante legal do autuado, o que comprova a regularidade do procedimento fiscal. Por conseguinte, afasto a nulidade suscitada.

A CF/88 em seu art. 150, VI garante à EBCT imunidade tributária recíproca, contudo, não na discussão em tela, muito menos na forma pretendida pelo recorrente. A imunidade alegada diz respeito à vedação da instituição de impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços dos entes tributantes. Esta imunidade 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 (§ 2º). Por outro lado, ela, a imunidade recíproca, não se aplica 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* (**grifo**) (§ 3º).

Entendo, portanto, que os aludidos dispositivos constitucionais, não são aplicáveis à atividade exercida pela EBCT que ora se discute. E, mesmo que fossem aplicáveis na situação em questão, há que se ressaltar que o serviço prestado é oneroso, sendo, portanto, vedada a imunidade pretendida.

Por outro lado, a EBCT é empresa pública que exerce, em parte, um serviço tipicamente público – serviço postal, que não pode ser confundido com transporte de encomendas ou mercadorias objeto de transação comercial. Pouco não fosse, a CF/88 indica que as empresas públicas estariam sujeitas 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, a rigor do art. 173, § 1º, além de não poder gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado (§ 2º), dispositivo que derroga as determinações do art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69. Entendo, pois, que a Constituição Federal cuidou, ela própria de estabelecer as diretrizes a serem obedecidas.

É atribuída à EBCT a responsabilidade solidária para pagamento do imposto em razão de terem sido encontradas mercadorias (13 Cogumelos do Sol (Cogumelo Agaricus Sylvaticus em comprimido - frasco com 120 comprimidos e 01 com 15 comprimidos, remetidos através de SEDEX SK 141499022 BR cogumelo do sol) em suas dependências, desacobertas de documento fiscal, infração fiscal com enquadramento no art. 201, I combinado com o art. 39, I, “d”, do RICMS/97. O fisco estadual entendeu que os produtos apreendidos tratava-se de mercadorias e que o autuado se equiparava a um transportador, respondendo solidariamente pelo pagamento do ICMS incidente sobre a operação.

Entende este CONSEF que, de fato, a prestação de serviços postais não pode ser confundida com o serviço de transporte de carga, contudo, no presente Auto de Infração não se pretende cobrar o ICMS sobre tais serviços postais. Em verdade, o lançamento exige o ICMS por responsabilidade solidária pelo fato da encomenda, remetida via SEDEX nº SK 141499022 BR, ter sido transportada desacompanhada do competente documento fiscal, encomenda esta caracterizada como mercadoria destinada à comercialização, conforme determinações do art. 36 e § 4º, do art. 1º, do RICMS/97.

Nesta circunstância, o RICMS/97, invocando as determinações contidas no art. 6º da Lei nº 7.014/96, que por sua vez segue as determinações estabelecidas no art. 5º da Lei Complementar nº 87/96, nos casos de responsabilidade por solidariedade, expressa:

*Art. 39. São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e do
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.

Portanto, à luz dos dispositivos legais acima citados, mesmo que o autuado não pudesse ser considerado transportador, ainda assim estaria obrigado ao pagamento do imposto, em razão de sua responsabilidade solidária, em face da regra insculpida no inciso V do artigo 39 do RICMS/97, acima transcrito.

Ante tudo o quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário mantendo a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 108491.0017/09-0, lavrado contra **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$308,29**, 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, 16 de dezembro de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS