

PROCESSO - A. I. Nº 118865.0007/09-9
RECORRENTE - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0175-04/11
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 06.05.2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F Nº 0157-13/13

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

Cuidam os autos de apreciar o Recurso Voluntário interposto em face da Decisão da 4ª JJF, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 17/11/2009 o qual exige ICMS no valor de R\$ 1.149,88, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “a” da Lei nº 7.014/96, referente ao transporte de mercadorias sem documentos fiscais, de acordo com o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos / Termo de Apreensão e Ocorrências, nº 302.008 (fls. 04, 05 e 06). O quadro demonstrativo de apuração do valor lançado encontra-se à fl. 10.

A i.JJF decidiu a lide com fundamento no voto abaixo reproduzido:

”Inicialmente, em relação aos argumentos de nulidades suscitados, verifico que, relativamente ao primeiro argumento, de que não foram observadas as determinações contidas no Protocolo ICMS 23/88, não há condição de acatamento, tendo em vista que foi juntada 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 ECT é empresa pública da Administração Indireta Federal e não pode ser igualada aos transportadores particulares existentes no País, pois o serviço postal não é transporte e, por conseguinte, o autuado não é transportador, também não pode ser acatado, 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, 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 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 pode ser acatado, haja vista que a imunidade invocada pelo autuado se aplica aos serviços exclusivamente vinculados a suas atividades essenciais e não às mercadorias que o autuado transporta, mediante pagamento pelo usuário.

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/99, acrescentando que este órgão julgador não tem competência para apreciar inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, a teor do art. 167, I, do RPAF-BA/99.

No tocante ao mérito, verifico que o Auto de Infração foi lavrado por terem sido encontradas mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, conforme Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos juntado pela autuante.

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

1. Trata-se de mercadorias.
2. O autuado se equipara a transportador e, portanto, responde solidariamente pelo pagamento do ICMS incidente sobre a operação.

Concluo que, 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. Por isso, considero que o contribuinte não está albergado pelas hipóteses de imunidade previstas no artigo 150 da CF/88.

Emerge ainda o questionamento sobre 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. De acordo com 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.

Contudo, apesar de toda a argumentação do autuado se fundamentar no fato de que não se pode exigir o ICMS sobre os serviços que presta, porque eles não se confundem com o serviço de transporte de cargas, no presente Auto de Infração não se está a exigir o imposto estadual sobre tais serviços postais. Vejo que, de fato, este lançamento cobra o ICMS do autuado, por responsabilidade solidária, pelo fato de a encomenda, remetida via SEDEX, ter sido transportada sem a competente documentação fiscal.

O RICMS-BA/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 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)

Assim, constata-se que, mesmo que o impugnante não seja considerado transportador, está igualmente obrigado ao pagamento do imposto com os acréscimos devidos, em razão de responsabilidade solidária, porque enquadrado no inciso V do artigo 39, do RICMS-BA/97, acima transcrito.

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

Remanesce apenas a necessidade de se examinar a natureza do conteúdo da encomenda, ou seja, a imprescindível constatação sobre se a encomenda pode, ou não, ser considerada mercadoria. Como mencionado anteriormente, foram apreendidos pela Fiscalização os produtos elencados às fls. 04 a 06 (peças de vestuário). Entendo que, pelas características, tais produtos devem ser considerados mercadorias.

No que tange aos protocolos assinados pela ECT, ressalto que, na data da autuação, estava em vigor o Protocolo ICMS 32/2001, que apenas estabeleceu normas de controle de fiscalização relacionada ao transporte de mercadorias efetuado pelo autuado, em nenhum momento dispensando a ECT de ser responsabilizada pelo pagamento do tributo porventura devido em razão das ações fiscais ali desenvolvidas.

Com base no aludido Protocolo, tornou-se necessário ao exercício da fiscalização do imposto estadual, excetuar a vedação à quebra do sigilo de correspondência.

Quanto à base de cálculo do lançamento fiscal, embora não contestada pelo defendente, verifico que se encontra evidenciada no documento de fl. 10.

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.”

Julga pela Procedência do Auto de Infração.

O Recurso Voluntário apresentado, ao início cita que o autuado encontra-se amparada pela imunidade tributária recíproca, citando Acórdão do STF, e que o Protocolo ICM 23/88 estabelece, em sua cláusula segunda, §1º, que a lavratura de termo de apreensão tem que ser feita tanto em nome da transportadora em sentido amplo como do contribuinte.

Indica o recorrente que no presente caso, a autuante poderia ter efetuado a identificação do remetente e do destinatário das mercadorias apreendidas. Contudo, lavrou o Auto de Infração exclusivamente contra a ECT, em desconformidade com o Protocolo regulador das normas fiscalizatórias de aplicação específica aos Correios.

Diz padecer de nulidade o Termo de Apreensão de Mercadorias e, por consequência, a Notificação Fiscal correspondente.

Comenta acerca da ilegitimidade passiva da ECT, pois por certo, após comunicado da apreensão do objeto postal, o remetente teria providenciado o pagamento do imposto pretendido, acarretando consequentemente o arquivamento da ação fiscal. Cita o artigo 11 da Lei nº 6.538 de 22 de junho de 1978:

“Art. 11 – Os objetos postais pertencem ao remetente até a sua entrega a quem de direito.”

Conclui que os únicos sujeitos da relação são o REMETENTE e o DESTINATÁRIO, cabendo tão somente a estes qualquer responsabilidade tributária.

Indica o recorrente que o sigilo e a inviolabilidade da correspondência e objeto postal impedem o autuado de utilizar meios mais severos na fiscalização dos objetos que lhes são confiados, diferente da SEFAZ. A ECT suscita a nulidade do procedimento fiscal adotado, e que seja determinada a lavratura da NOTIFICAÇÃO FISCAL contra remetente ou destinatário, partes legítimas para figurar na presente relação.

Aduz equívoco da Sefaz, por entender que o serviço postal é serviço de transporte. Isto porque, no serviço postal, o transporte é apenas um elo entre a expedição e a entrega do objeto remetido, ao passo em que, no caso das transportadoras particulares trata-se de uma atividade-fim.

Cita os artigos 7º e 9º da Lei Postal (Lei nº 6.538/78), dizendo que o serviço postal é muito mais complexo que um simples serviço de transporte. No serviço postal, este não pode ser avaliado como item autônomo, mesmo porque não só as encomendas são transportadas, também o são as cartas, cartões postais, vales postais, telegramas, e demais objetos conceituados legalmente como objetos postais.

Comenta que dessa forma, não há previsão legal para a exação em tela, porquanto o transporte, no serviço postal, não é fato econômico de relevância jurídica.

Adentra ao mérito, dizendo que a Fazenda Pública Estadual não detém o direito de Cobrança do ICMS em face da ECT gozar da imunidade tributária, amparada pelo art. 12 do Decreto-lei 509/69, e ainda pelo preceito constitucional onde trata da imunidade recíproca entre as esferas governamentais, sendo vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios gravarem impostos sobre a renda, serviços e patrimônio uns dos outros. Transcreve o art. 150, VI, “a” da CF/88, in verbis:

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

VI - instituir impostos sobre:

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

Sendo a ECT uma Empresa Pública da Administração Indireta Federal, enquadra-se perfeitamente na imunidade prevista no referido artigo.

Indica o recorrente que apesar da afirmação contida na definição de Empresa Pública, na realidade ela pode desempenhar as funções de:

- a) explorar atividade econômica,
- b) prestar serviço público.

Cita a esse respeito, texto do Mestre Geraldo Ataliba.

Cita, ainda o mestre, sobre a exploração da atividade econômica, e o Mestre Celso Antônio Bandeira de Mello, sobre o real enquadramento da ECT como prestadora de serviço público. Completa transcrevendo o pensamento de Bandeira de Mello, e de Cirne Lima asseverando que as estatais prestadoras do serviço público não têm regime igual às exploradoras de atividade econômica, por exigência clara da Constituição.

Assevera que o que designa o serviço público é a atividade constitucionalmente ordenada, própria do Estado, bem ao contrário da exploração econômica, própria do setor privado.

Com objetivo de demonstrar que a ECT, é imune a qualquer tipo de imposto, por estar amparada pela imunidade recíproca, arrola diversos fundamentos, acerca do poder de legislar sobre serviços postais, transcrevendo textos legais relacionados.

Entende que para a ECT, são todos iguais, uma só coisa: OBJETO POSTAL, nos termos do artigo 47 da Lei nº 6538/78, apesar de não ser o entendimento do Órgão Público responsável pelo lançamento e cobrança do ICMS.

Alude que, deve ser considerado como objeto postal, a remessa e entrega de objetos, com ou sem valor mercantil, por via postal; assim, todas as atividades que envolvam o recebimento, expedição, transporte e entrega de objetos, valores e encomendas podem, e devem, ser caracterizados como serviço postal.

Discorre acerca da recepção pela CF/88, do Decreto-Lei nº 509/69 e a Lei nº 6538/78, consoante explicação do Mestre Celso Ribeiro de Bastos.

Conclui que a ECT, a) goza de imunidade prevista no art. 150, VI, alínea “a” da CF/88; b) não pode ter seu patrimônio diminuído por qualquer tipo de imposto, por ser patrimônio da União; c) não pode ter seus serviços onerados tributariamente, por serem seus serviços públicos, de competência exclusiva da União.

Destaca quanto à receptividade do Decreto-lei nº 509/69, a alteração feita ao art. 173 da nossa Carta Magna, através da Emenda Constitucional n. 19, de 04/06/98, quando dispõe que, “...*lei ordinária irá disciplinar o estatuto jurídico da Empresa que presta serviço público*”; No entanto, não existindo até a presente data, referida lei disciplinadora, subsiste in totum, a aplicabilidade do disposto no Decreto-Lei nº 509/69.

Comenta acerca do exercício da tributação e lançamento do ICMS a exposição de ROQUE ANTONIO CARRAZZA, em “ICMS”, na qual adverte:

“... O legislador de cada pessoa política (União, Estados, Municípios ou Distrito Federal), ao tributar, isto é, criar “in abstrato” tributos, vê-se a braços com o seguinte dilema: ou praticamente reproduz o que consta na Constituição – e, ao fazê-lo, apenas recria, num grau de concreção maior, o que nele já se encontra previsto – ou, na ânsia de ser original, acaba ultrapassando as barreiras que ela lhe levantou e resvala para o campo da inconstitucionalidade.”

No mesmo sentido, cita ELIZABETH NAZAR CARRAZA.

Diz denotar que a simples leitura do texto da Lei Estadual indica a inexistência de qualquer referência ao Serviço de Transporte Postal como fato gerador do ICMS, não cabendo ao Fisco Estadual pretender uma interpretação de forma expansiva de uma legislação que, para a segurança do contribuinte tem uma interpretação restritiva.

Cita que o serviço postal da ECT, por ser público, não está sujeito à tributação, resta óbvio que o serviço de transporte por ela executado não pode ser objeto de tributação por parte do Estado. Realizado pela ECT não tem o mesmo objeto das empresas privadas, qual seja, a obtenção de lucro, pois, na maioria das vezes o transporte realizado onera a empresa, e não lhe garante um

superavit em suas contas, posto que os preços cobrados pela Impugnante cobrem apenas o custo do transporte. E os bens transportados pela ECT são considerados objetos postais, e não mercadoria, estando, portanto, protegidos pela legislação contra a violação, sob pena de ensejar a abertura de inquérito policial e até mesmo o início de ação penal.

Assevera que ao executar o serviço postal, não realiza o transporte. A atividade (não serviço) que desempenha, levando objetos de um para outro lugar, não configura serviço de transporte. É mera atividade meio, simples segmento intermediário.

E que a partir desses motivos, a ECT não pode ser considerada como responsável tributária pelo recolhimento do ICMS sobre serviço de transporte de objetos postais, mesmo que seja de encomendas.

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

Em seguida o recorrente transcreve e cita farta jurisprudência sobre o tema.

Passa ao comentário da inexistência da aludida Solidariedade, indicando que o Fisco estadual fundamentou para a lavratura da Notificação Fiscal ora discutida o teor dos artigos 201, I c/c artigo 39, I, alínea “d” do RICMS/97, os quais transcreve.

Comenta que o primeiro dispositivo supra transcrito obriga os “contribuintes do ICMS” e, conforme visto em tópico anterior, a ECT, por imunidade tributária, não se enquadra em tal categoria. Além de ser incabível sua responsabilização solidária, já que não se constitui como uma transportadora, mas sim como uma prestadora de serviço público postal.

Alude não restar que se falar em responsabilidade solidária da ECT “*por transportar mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal*”.

Em seu Pedido, o recorrente aponta para que sejam acolhidas as nulidades argüidas, e declarada insubsistente a Notificação Fiscal. Requer seja acolhido o presente Recurso, julgando-se totalmente improcedente a Notificação Fiscal, ante a sua flagrante impossibilidade legal, e por ser o recorrente ente integrante da Administração Pública e conseqüentemente imune ao lançamento do imposto.

Aduz que o Recurso Voluntário deve ser conhecido e provido por ser indevido o lançamento, e pelo fato de objetos postais não serem passíveis de tributação.

Destaca a inconstitucionalidade da lei em que está fulcrada a autuação fiscal, sendo descabida e imprópria a exação.

O opinativo da i.Procuradora Dra. Maria José Ramos Coelho Sento-Sé, da PGE/PROFIS alude que a preliminar manejada pelo recorrente é desprovida de qualquer fundamento legal ou técnico, pois face à clareza do lançamento em nada são prejudicados o direito à ampla defesa e ao contraditório.

Cita que a questão de fundo reside no entendimento de que o autuado estaria reciprocamente imune, frente ao art. 150, VI, alínea “a” da CF/88, não sendo assim atingida por qualquer tipo de imposto, e que o art. 173, § 1º da CF/88 é inaplicável no caso, pois que exerce serviço tipicamente público em regime de monopólio. E procede a i. Procuradora a análise das matérias em torno da questão, para facilitar a compreensão dos membros do CONSEF e ao final confirmar a legalidade da autuação em comento.

Discorre sobre a natureza subjetiva da imunidade Recíproca, citando textos legais, Mestres Geraldo Ataliba, Yves Gandra Martins, Ricardo Lobo Torres, Decisões STF, concluindo a i.Procuradora que tendo-se como premissa indispensável a subjetividade da imunidade recíproca, não se pode entender como imune antologicamente a ECT, pois a norma conferida na CF/88

alcançou tão somente a União, Estados, Distrito Federal e os municípios, e por norma extensiva, a autarquia e fundações.

Cita não haver como aceder à tese do recorrente, e se admitida a correção dessa tese esposada pelo recorrente, melhor sorte não teria, conforme tema que passa a desenvolver acerca da Imunidade Recíproca e da Prestação de Serviços.

Traz à tona a matiz constitucional do ICMS, firmando que dentre os elementos citados e que compõem a definição de contribuinte deste imposto, a atividade desenvolvida pela ECT preenche a hipótese de incidência contida na lei maior do ICMS.

Indica que a imunidade invocada não aproveita às empresas públicas na prestação de serviços públicos em que haja a contraprestação ou pagamento de tarifas pelo usuário, pois para fins de tributação a CF/88 equipara estes serviços a privados. Transcreve negativa de provimento ao apelo da EBCT, Processo 200070000004962, Tribunal Quarta Região-PR, quanto à imunidade do ICMS, demais Atos, Ementas, Acórdãos, todos em diversos Estados, e julgados no mesmo sentido.

Aporta a i. Procuradora trechos de julgamentos, com destaques dos textos e despachos mais diretamente pertencentes ao entendimento das questões colocadas. É assim para o RE 90.470-PB, Plenário do STF, Relator Min. Neri da Silveira, Min. Rafael Mayer, com citações de que a imunidade aventada alcança tão somente os entes citados no CTN, art. 150.

Voto diverso pela 2ª Turma do STF, Min. Carlos Veloso, RE 407.099-RS reconhecendo a natureza objetiva, afirmou a imunidade recíproca aplicada às empresas públicas desde que prestando serviços públicos, distinguindo então prestação de serviço público do exercício de atividade econômica.

Em sequência a i. Procuradora examina a respeito o raciocínio de Pontes de Miranda, o qual separa encomendas postais, (que não tem o mesmo tratamento do que as cartas), pois o transporte de cartas configura o verdadeiro serviço postal, enquanto o transporte de encomendas, embora equiparável ao serviço postal, teria tratamento diverso até porque não alcançado pelo monopólio da União.

Alude ao art. 7º da Lei nº 6538, comentando, e a distinção “*lato e stricto sensu*” do serviço postal, e ao regime de monopólio (art. 9º, o qual transcreve).

Firma que a entrega de encomendas enquadra-se na definição de serviços de transportes, não sendo serviço postal em sentido estrito. Essa atividade da ECT não é realizada porque se trate de atividade monopolizada (art. 21, X, CF/88), mas atividade correlata ou afim (Lei nº 6538/1978), a qual assume caráter nitidamente econômico, não se caracterizando como serviço público.

Alude a Roque Antonio Carrazza, na negação da incidência do ICMS - Transporte, tão somente para a atividade-meio, que seria o transporte de correspondência, no serviço postal.

Ressalta i. Procuradora que as atividades que não se submetem ao monopólio federal, devem ser consideradas atividades econômicas, cujo regime fiscal deverá ser o mesmo empregado às empresas privadas que também exerçam o serviço de transportes.

Examina elucidativos trechos do Relatório Empresarial On-Line 2003, obtido no web-site da ECT, destacando que seu planejamento mercadológico de atuação em regime de concorrência, não condiz com a afirmação de que a empresa atuaria apenas como agente do monopólio federal.

A par de enfrentar a concorrência, conta a ECT com diferenciais competitivos, sejam, TI e Logística. Oferece serviços prestados pelos carteiros, de coletor de dados de consumo de energia elétrica e de água das residências, imprimindo a conta e entregando ao consumidor.

Nesse diapasão, o Relatório dá conta da contratação de empresa de telefonia celular, tornando-se responsáveis pelo recebimento de aparelhos do fabricante, estoque e entrega desses aparelhos de telefonia móvel aos consumidores. Como eficiente competidor no mercado de envio de encomendas internacionais, sua receita nesse segmento aumentou 28,7% em 2003.

Passa ao comento do conceito de serviços postais e transporte de encomendas, com objetivo de demonstrar diferenças entre ambos.

Reproduz o art. 730 do CPC, e o art. 9º da Lei nº 6538/78, e comenta que neste estágio já se poderia encerrar a discussão acerca da legalidade da cobrança, mas há de se acrescentar que a imputação trata de responsabilidade tributária por sucessão, ou seja, aquele sem ter ligação direta com o fato gerador, torna-se o responsável tributário, obrigado pelo recolhimento, como no presente caso, em virtude de ter transportado mercadoria desacompanhada de documentação Fiscal.

Decorrente à responsabilidade solidária, transcreve o art. 10 da Lei nº 6538, grifando o inciso II, o qual reza não violação de sigilo, a abertura de carta que apresente indícios de conter objeto sujeito a pagamento de tributo.

Aponta a i. Procuradora para a submissão da ECT ao regime tributário das empresas privadas, relativamente ao exercício de atividades, com fins econômicos, paralelas ou concomitantes à prestação de serviços públicos monopolizados. Desta forma é descabida a tese da imunidade recíproca alegada.

Quanto a não recepção do art. 7º da Lei nº 6538/78 pela CF/88, a i. Procuradora menciona que na reforma constitucional de 1988, o ICMS, abraçou impostos pertencentes a outros entes federativos, entre ao quais o sobre transportes pertencente à União e ao Município. Dentro dessa premissa, não se vê sentido de que a Lei, anterior a CF/88, restrinja o campo da eficiência do ICMS, ao conceituar como serviço postal o transporte de pequenas encomendas, arrimadas sob o auspício da imunidade recíproca, diverjindo o legislador constituinte que assim não quis.

Apresenta as seguintes conclusões:

- a) Incide o ICMS nas atividades econômicas exercidas pela ECT, notadamente o transporte de mercadorias;
- b) A prestação de serviço postal em sentido estrito, assumindo a natureza de serviço público exercido sob o caráter de monopólio, por estar eventualmente beneficiada pela imunidade recíproca, afastaria a incidência do ICMS;
- c) Todavia, a imunidade recíproca não alcançaria a vertente mercadológica da atuação da ECT, seja, o serviço postal em sentido amplo, pois que detém a natureza de atividade econômica. Estes são exercidos em regime de concorrência e em consequência sujeitos ao mesmo regime tributário das empresas privada, conforme art. 173, § 2º da CF/88.

Opina em seu Parecer pelo Improvimento do Recurso apresentado.

VOTO

O Recurso Voluntário relaciona-se ao Auto de Infração lavrado em 17/11/2009 o qual exige ICMS no valor de R\$ 1.149,88, acrescido da multa de 100%, em virtude do transporte de mercadorias sem documentos fiscais. Referidas mercadorias revelam destinação comercial, e compõe-se de 40 peças de vestuário (Bermudas), de acordo com o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos / Termo de Apreensão e Ocorrências, nº 302.008 (fls. 04, 05 e 06). O quadro demonstrativo de apuração do valor lançado encontra-se à fl. 10, e os valores unitários foram obtidos diretamente das etiquetas apostas nas unidades apreendidas.

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

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

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

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

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

No mérito, constato que o autuado não trouxe nenhuma prova de existência de qualquer equívoco no lançamento efetivado pela autuante, o qual caracteriza a infração de forma detalhada. Em suas dependências, foram detectadas mercadorias com destinação comercial, no total de 40 bermudas, não acompanhadas da documentação fiscal obrigatória.

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

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

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

O entendimento deste CONSEF é de que, embora a prestação de serviços postais não possa ser confundida com o serviço de transporte de carga, no presente Auto de Infração não se está a exigir o ICMS sobre tais serviços postais. O lançamento tributário atribui à ECT a condição de responsável por solidariedade, exigindo o pagamento do imposto, pelo fato de a encomenda por ela recepcionada estar sendo transportada desacompanhada da documentação fiscal correspondente.

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

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

Retifico, de ofício, engano observado na Planilha de fl. 10. Consoante Termo de Apreensão e Ocorrências afeto a este PAF foram 40 itens apreendidos, e na valoração dos mesmos para fins de

cálculo do ICMS, considerou-se uma peça a mais, no valor de R\$156,00, de sorte que para regularizar o fato, reduzo esta infração para R\$1.123,36.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado, e de ofício, alterar o valor da Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **118865.0007/09-9**, 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\$1.123,36**, acrescido da multa de 100%, prevista na alínea “a”, do inciso IV, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de abril de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR – RELATOR

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA – REPR DA PGE/PROFIS