

A. I. N° - 129442.0008/13-2
AUTUADO - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS
AUTUANTE - OSVALDO COSTA MENEZES
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 13/02/2014

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0026-03/14

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Ficou comprovada nos autos a existência de serviço de transporte que enseja a incidência do ICMS. Trata-se de exigência de imposto sobre a prestação de serviço de transporte de bens, realizado nas mesmas condições e sujeitos às mesmas normas da iniciativa privada. Infração subsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 18/09/2013, refere-se à exigência de R\$8.632.487,21 de ICMS, acrescido da multa de 60%, pela falta de recolhimento do imposto em razão de Prestação de Serviço de Transporte tributada como não tributada, regularmente escriturada, nos meses de janeiro a dezembro de 2009.

Consta, na descrição dos fatos, que “A ECT deixou de recolher o ICMS sobre a prestação de serviços de transporte de mercadorias e bens, em operações interestaduais, realizadas por meio do chamado SEDEX, em suas diversas modalidades, atividades estas não compreendidas no rol de serviços postais explorados pela União em regime de monopólio, na forma preconizada pelo art. 9º da Lei nº 6.538/78. Desse modo, tais serviços não alcançados pela imunidade tributária a que alude o art. 150, VI, “a”, da Constituição Federal de 1988, equiparam-se aos prestados pelas empresas privadas, que atuam neste mesmo segmento de mercado”

Também consta a informação de que os cálculos relativos à apuração das quantias de ICMS devidas pela execução dos aludidos serviços de transportes encontram-se detalhados no demonstrativo à fl. 04, cujas informações foram colhidas diretamente dos registros contábeis da ECT, conforme constam do Razão Contábil do período de 01/01/2009 a 31/12/2009.

O autuado, por meio de advogado com procuração à fl. 126, apresenta impugnação às fls. 102 a 125, transcrevendo inicialmente o teor da acusação fiscal, o enquadramento legal e a multa aplicada.

Aduz que o procedimento fiscal é nulo, pois, encontra-se amparado pela imunidade tributária recíproca, fato este desconsiderado pelo Fisco Estadual. Observa que a imunidade já foi explicitada pelo Supremo Tribunal Federal, que recepcionou o Decreto instituidor dos Correios, e não poderia ter sido ignorada pelo autuante.

Afirma que descabe exigência de ICMS sobre os serviços postais prestados. Primeiramente, porque a ECT é imune a impostos estaduais e municipais (art.150, inciso VI, da Constituição Federal de 1988), consoante decisão recente do Supremo Tribunal Federal, por meio de RE 601392, com publicação em 01/03/2013, com repercussão geral reconhecida pelo Guardião da Constituição. Em segundo lugar, ainda que não fosse imune - o que admite somente *ad*

argumentandum – não pratica fato algum que tenha possibilidade jurídica de subsumir-se à hipótese de incidência do ICMS.

Informa que o STF, por meio de RE 601392, tendo como parte a ECT e o Município de Curitiba-PR, com publicação da decisão em 01/03/2013, reconheceu imunidade tributária recíproca sobre todos os serviços dos Correios. Diz que o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu o julgamento desse Recurso Extraordinário que discutia a imunidade da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) em relação ao recolhimento do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) nas atividades exercidas que não tenham características de serviços postais. No recurso, era questionado a decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4) que reconheceu o direito de a Prefeitura de Curitiba (PR) tributar os Correios com o ISS nos serviços elencados no item 95 da Lista anexa do Decreto-Lei 56/1987. Esclarece que esses serviços abrangem cobranças e recebimentos por conta de terceiros, inclusive direitos autorais, protestos de títulos, sustação de protestos, devolução de títulos pagos, manutenção de títulos vencidos, fornecimento de posição de cobrança ou recebimento e outros serviços correlatos da cobrança ou recebimento. Ao tecer comentários sobre o aludido julgamento, afirma que, ante a recepção do artigo 12 do Decreto-Lei 509/69, resta manifesta a inaplicabilidade do teor do art. 173, CF/88 ao caso em tela.

Diz entender que o serviço postal não é transporte. Sustenta que não pode ser considerado uma transportadora em sentido estrito, como o são as transportadoras particulares, haja vista que 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.

Para demonstrar que o serviço postal em qualquer de suas modalidades, monopolísticas ou não, tem por base três ações praticadas em cadeia, quais sejam o recebimento, o transporte e a entrega de objetos postais, menciona os artigos 7º e 9º da Lei Postal - Lei 6.538/78, como o intuito de destacar que fazem referências ao recebimento, transporte e entrega de objetos de correspondências. Frisa que cada uma dessas ações são fases encadeadas e resultam na execução do serviço postal. Assim como se efetuou a coleta, realiza-se também a entrega do objeto postal ao destinatário, o que se concretiza com o seu encaminhamento.

Destaca a complexidade do serviço postal enfatizando não se tratar de um simples serviço de transporte, eis que oferece segurança, inviolabilidade do objeto postal e regulamentação legal que exige a continuidade, universalidade e confiabilidade, todos garantidos pela União Federal, através de seu vínculo ao Ministério das Comunicações. Esclarece que o transporte, seja ele humano, animal ou de bens, é efetuado por empresas transportadoras. Acrescenta que o transporte está incluso como uma parte do conceito do serviço postal, não podendo 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.

Frisa a exclusividade do serviço postal que presta, sendo específico e consagrado pela Constituição Federal como tipicamente público, não podendo ser confundido com uma atividade genérica e abrangente. Revela que o particular aceita o transporte do seu cliente se quiser, já no seu caso, essa discricionariedade é vedada por Lei, pois tem 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. Prossegue destacando que o particular fixa seus preços de acordo com seus custos e com a margem de lucro que pretende auferir, mas a ECT depende da aprovação de tarifas, realizada por Órgãos do Governo Federal.

Conclui a preliminar suscitada asseverando que não há previsão legal para a exação em tela, porquanto o transporte, no serviço postal, não é fato econômico de relevância jurídica, escapando à hipótese de incidência legalmente estabelecida.

Quanto ao mérito, o impugnante alega que é indevida a cobrança do ICMS em face de 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, ou seja, veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios gravarem impostos sobre a renda, serviços e patrimônio uns dos outros. Diz que é incabível a exigência fiscal, por não poder figurar no pólo passivo da cobrança de ICMS, conforme estatuído no art. 150, VI, “a” da CF/88, que transcreveu.

Ao comentar sobre imunidade tributária, reproduz ensinamentos de Geraldo Ataliba, iniciando pela prestação de serviço público pelas Empresas Públicas e sobre a exploração da atividade econômica. Diz que o Decreto-Lei n.º 200/67, na definição proposta pelo legislador daquela época sobre Empresa Pública, não foi feliz, pois somente a condicionou como exploradora de atividade econômica, esquecendo-se, do principal, que é ser prestadora de serviço público. Reproduz o posicionamento de outros juristas e afirma: “o que designa o serviço público é a atividade constitucionalmente ordenada, própria do Estado, bem ao contrário da exploração econômica, própria do setor privado”.

Salienta que nos termos do art. 22, inciso V, da Constituição Federal de 1988, cabe à União Federal, de forma privativa, legislar, entre outras matérias, sobre o serviço postal. Por ser de estrita competência, a Lei n.º 6.538/78, define o serviço postal e de telegrama. Reproduz os artigos 7º, 8º, 9º, 25, 26, 27, e afirma que além das atividades correlatas ao serviço postal, previstas na Lei já citada, o mesmo diploma legal define que a exploradora daqueles serviços poderá, ainda, nos termos do art. 2º, parágrafo 1º, letra “d”, exercer outras atividades afins.

Esclarece, ainda, que os serviços de recebimento, expedição, transporte e entrega de valores e encomendas, exercidos pela União, por força do estabelecido no artigo 9º da referida Lei 6538/78, não estão compreendidas no regime de monopólio, pelo que podem ser prestados por particulares. Assinala que o fato de não serem exclusivos não lhe retira o caráter público, visto que, *mutatis mutandis*, o serviço médico por excelência, é um serviço público, mas que pode ser prestado por particulares com ampla liberdade. Afirma que não pode o Estado relegar à iniciativa privada tão somente a prestação de serviços que tenham natureza de serviço público, destaca que nesses serviços, o Estado necessariamente deverá estar presente, podendo permitir que a iniciativa privada também esteja, em maior ou menor grau de participação.

Acrescenta, assinalando, com base nos ensinamentos do jurista, Celso Ribeiro de Bastos, que nem mesmo há de se alegar que o Decreto-Lei n.º 509/69 e a Lei n.º 6.538/78 não foram recepcionados pela atual Constituição, eis que presente está a tripla condição para que se diga recepcionada a Lei n.º 6.538/78, pois, na ordem constitucional anterior, como na atual, é da competência privativa da União manter o serviço postal e telegráfico e sobre ele legislar.

Prosseguindo, comenta sobre a competência tributária das pessoas políticas que lhes foi outorgada pela Constituição Federal. Diz que o legislador, ao exercer a competência tributária de sua pessoa política, deverá ser fiel à norma padrão de incidência do tributo, pré-traçado na Constituição de 1988. Prossegue ponderando que o legislador (federal, estadual, municipal ou distrital), enquanto cria o tributo, por meio de lei (art. 150, I, da CF), não pode fugir do arquétipo constitucional. Salienta que o ICMS previsto no art. 155, II, da Constituição Federal e que a regramatriz do ICMS sobre operações relativas à circulação de mercadorias é a operação e, não, a mera circulação física de mercadorias, e o transporte interestadual e intermunicipal praticado com o intuito de lucro. Aduz que a circulação jurídica (e, não meramente física) pressupõe a transferência (de uma pessoa para outra) da posse ou da propriedade de mercadoria. Sustenta que, sem mudança da titularidade de mercadoria não há tributação por meio de ICMS.

Enfatiza repisando ser uma empresa pública federal, cujo objeto de atividade é o serviço público de recebimento, expedição, transporte e entrega de correspondências e afins, serviço esse monopolizado ou não, como no caso dos serviços de valores e encomendas, o que faz necessário demonstrar a diferença entre serviço público, produtos e remuneração do serviço público.

Frisa que por ser uma empresa que acampa todo o território nacional, e por estar prestando um serviço público à comunidade, faz o serviço de transporte, serviço esse por extensão público, enquanto operadoras particulares podem e recusam encomendas quando a entrega de objetos lhes pareçam extremamente oneroso. Menciona que, por prestar um serviço público, não lhe é permitido a recusa de qualquer objeto, já que dispõe do serviço em prol da comunidade. Assinala que o serviço postal, por ser público, não está sujeito à tributação. Diz entender que o serviço de transporte por ele executado segue o mesmo trilho, ou seja, não pode ser objeto de tributação por parte do Estado, como almeja fazê-lo o da Bahia, cobrando de forma indevida o ICMS.

Esclarece que o transporte que realiza 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 cobrem apenas o custo do transporte, o que impede a cobrança do imposto, pois, o serviço de transporte, por mais esse motivo, deve ser considerado como serviço público. Revela que tem como atividade meio o serviço de transporte, posto que, seu objetivo principal é a entrega de objetos postais, o que demonstra também ser a atividade de transporte realizado um serviço público e não um serviço particular de transporte de mercadorias, posto que, os bens que transporta são considerados objetos postais, e não mercadoria, como faz crer o Fisco, 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 por violação de correspondência.

Ressalta que se presta serviço de transporte, esse serviço está a disposição de qualquer cidadão, não podendo recusar qualquer objeto, por mais longe, distante e ermo que possa se encontrar o destinatário, o que torna o serviço público. Menciona que, desta forma, o transporte realizado não tem o objetivo de lucro, mas de prestação de serviços à comunidade, serviço público por excelência, posto o objetivo da empresa quando de sua criação. Frisa que sendo o serviço de transporte um serviço público, os objetos transportados são objetos postais, protegidos pela legislação, só podendo haver a violação do conteúdo nos casos permitidos pela Lei n.º 6.538/78, no artigo 10.

Assegura que não faz contrato de transporte com os usuários do serviço postal, e que somente presta o serviço postal a quem os solicite, obedecendo as limitações impostas pela lei. Observa que sua relação jurídica com o usuário - inclusive o serviço postal de encomendas - é regida pelo direito administrativo e não pelo direito privado. Afirma que não realiza - quando executa o serviço postal - o transporte e que não se equipara a uma empresa transportadora privada. Destaca que a atividade (não serviço) que desempenha, levando objetos de um para outro lugar, não configura serviço de transporte, por ser mera atividade meio, simples segmento intermediário, sem o qual seria impossível cumprir a sua finalidade legal - prestar serviço postal a toda a coletividade.

Menciona que a coincidência está numa só fase do serviço postal executado, pois tudo o mais é diferente, a começar do regime jurídico de cada atividade, e a terminar pela necessária consideração conjunta do complexo de atividades cujo encadeamento organizado e sistemático configura o que, juridicamente, se designou serviço postal.

Registra que pelos motivos elencados, não pode ser considerada como responsável tributária pelo recolhimento do ICMS sobre serviço de transporte de objetos postais, mesmo que seja de encomendas.

Arremata assinalando que se 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 via de consequência, na exigência de multa por obrigação acessória que, neste caso, segue a principal.

Ao tratar da jurisprudência acerca da matéria objeto da acusação, informa que a Justiça Federal em dois Estados da Federação já se manifestou no sentido de que o serviço postal executado pelo

defendente não configura hipótese de incidência de fato gerador do ICMS. A 7ª Vara Federal do Ceará, nos autos do processo 93.4753-1, declarou inexistir relação jurídica que obrigue a ECT a promover o recolhimento de ICMS sobre os serviços postais. Diz que a 2ª Vara Federal de Porto Alegre/RS, nos autos 91.0001190-8 e 91.0000112-0, manifestou-se da seguinte forma: “O serviço postal, pelo montante de recursos que envolve, é um fato econômico e jurídico relevante. Inobstante, a tributação pelo ICMS sobre o mesmo somente poderá ser levada a efeito quando houver previsão legal como fato gerador do tributo em questão”. Traz a colação, além das mencionadas decisões judiciais trecho do entendimento esposado pelo Setor Consultivo, da Inspeção Geral de Tributação, da Coordenação da Receita Estadual, da Secretaria da Fazenda do Paraná, na Consulta nº 195/92, formulada pelo Fundo de Participação dos municípios sobre a ECT.

Ressalta que as normas constitucionais (art. 150, I) e infraconstitucionais (CTN, 114) exigem que haja exata adequação do fato à norma, sem o que não se configura a hipótese de incidência. Assinala que a cobrança do tributo, ora em lide, fere essas normas citadas e outras garantias constitucionais.

Cita que a legislação tributária exige que o fato esteja plenamente ajustado a norma, ou seja, não admite dúvida. Diz que, em havendo dúvidas, inexistente fato impositivo. Assevera que, nestes termos, a lei tributária será sempre interpretada pela maneira mais favorável ao contribuinte, toda vez que houver dúvidas quanto a capitulação legal do fato.

Ressalta que no caso presente inexistente fato gerador de tributação pelo fisco, posto que os serviços de transportes executados, não constituem hipótese de incidência tributária capaz de dar ensejo a existência de fato gerador de ICMS, consoante a legislação estadual de regência.

Arremata citando que resta demonstrada a inexistência de fato gerador de ICMS na presente demanda fiscal, já que a capitulação utilizada pelo Fisco Estadual para tributação de Serviço de Transporte de encomendas, como sendo mero transporte ou equivalente, não se adequa ao caso concreto, onde, o que existe realmente é a prestação de serviço público, nos termos da Lei 6.538/78.

Pondera que foi utilizado como fundamentos para a lavratura do Auto de Infração o teor do artigo 201, inciso I c/c artigo 39, inciso I, alínea “d” do RICMS/97, os quais, transcreve.

Revela que, por gozar da prerrogativa da imunidade tributária, não se enquadra na exigência destinada a “contribuintes do ICMS”. Diz ser incabível a sua responsabilização solidária, já que não se constitui como uma transportadora, mas sim como uma prestadora de serviço público postal.

Assegura que a norma do art. 39 do RICMS-BA/97 trata de transportadoras em sentido estrito, ou seja, das empresas que executam serviços de transporte como atividade - fim, o que não é, como já demonstrado, o caso dos Correios. Assinala que não pode o Fisco estadual ampliar o alcance do mencionado dispositivo, já que está fora do âmbito de sua aplicação. Sustenta que é restrita a aplicabilidade dos artigos 201 e 39 do RICMS-BA/97 às transportadoras comerciais, contribuintes de ICMS, não há que se falar em responsabilidade solidária “por transportar mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal”.

Assinala que em atenção ao princípio da eventualidade, na possibilidade de vir a ser condenado ao pagamento dos tributos objeto do presente auto de infração, impugna os valores apresentados pela Fazenda Pública Municipal, por excesso de execução.

Informa que as bases de cálculo utilizadas pelo Fisco estão incorretas, tendo em vista que utilizou os valores dos faturamentos de todos os Estados da Federação, pois os valores estão contidos os faturamentos não apenas no âmbito do Estado da Bahia, mais também, valores de SEDEX e “suas modalidades de outros Estado da Bahia, sem nunca de postados, transportados ou entregues no âmbito do Estado da Bahia.”(sic). Afirmando que assim há incidência de ICMS.

Menciona que o Fisco apresentou bases de cálculo incorretas, tampouco o índice utilizado para atualização.

Diz constatar-se cerceamento do direito de defesa acerca do valor cobrado pelo fisco, motivo pelo que requer a nulidade do referido auto de infração.

Por fim, reitera seu pedido de acolhimento da preliminar argüida e declarado insubsistente o Auto de Infração. Requer também, caso seja ultrapassada a preliminar, a improcedência do feito.

Ao prestar informação fiscal às fls. 133 a 139, o autuante afirma que o impugnante não vem recolhendo o ICMS decorrente da prestação de serviços de transporte de mercadorias e bens, em operações interestaduais, realizadas por meio do chamado sedex.

Afirma ter constatado que o impugnante, não vem recolhendo o ICMS decorrente da prestação de serviços de transporte de mercadorias e bens, em operações interestaduais, realizadas por meio do chamado sedex, fazendo os lançamentos contábeis de tais operações como não tributadas pelo imposto.

Frisa que durante o exercício de 2009, que foi o fiscalizado, lançou-se o ICMS no valor total de R\$ 8.632.487,21, apurando diretamente dos seus registros contábeis, uma vez que a Impugnante não escritura o obrigatório livro de Registro de Saída.

Explica que o lançamento do imposto está lastreado nos artigos 3º, inciso I, 50 e 124, inciso I, do RICMS-BA/97 e, quanto à multa aplicada, art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei n. 7.014/96, em face de não se aplicar, *in casu*, as disposições relativas aos serviços postais explorados pela União, contidas no art. 9º da Lei nº 6.538/78, por conseguinte, não beneficiados pelo instituto da imunidade tributária, *ex vi* do art. 150, inciso VI, alínea “a”, da CF/88.

Observa que nessa esteira, aplica-se o regramento previsto no art. 173, §2º, da mesma CF/88, já que utiliza uma atividade de prestação de serviços vinculada ao ICMS, que é o transporte de mercadorias e outros bens, equiparando-se aos prestados pelas empresas privadas, que atuam neste mesmo segmento de mercado, com as mesmas condições concorrenciais.

Depois de resumir as razões de defesas, esclarece que a matéria em questão é de ordem constitucional, quando o impugnante assegura, para rebater a cobrança do ICMS sobre os serviços operacionais denominados SEDEX, goza da imunidade tributária recíproca, nos moldes do art. 150, inciso VI, alínea “a”, da CF/88.

Destaca que não compete à Administração Tributária, por meio dos seus órgãos e agentes, a manifestação em qualquer matéria de cunho constitucional. Afirma que a discussão que se trava em torno do assunto prende-se ao controle difuso de constitucionalidade, da alçada, portanto, do Poder Judiciário.

Assevera que as atividades relativas ao transporte por SEDEX, em suas diversas modalidades, não se incluem no rol de serviços postais explorados pela União em regime de monopólio, a que alude o art. 9º da Lei n. 6.538/78, uma vez que aqueles serviços são equiparados aos prestados pelas empresas privadas, que atuam neste mesmo segmento de mercado, portanto com as mesmas condições concorrenciais, e que recolhem o ICMS pela referida prestação dos serviços de transporte.

Sustenta que os serviços de transporte de bens, mercadorias, através do chamado SEDEX, não constituem um mero serviço de transporte postal, como quer o autuado, uma vez que são transportadas, como é de notório conhecimento, mercadorias e encomendas de até expressivos volumes, e não apenas de pequenas encomendas.

Esclarece que o art. 7º da Lei nº 6.538/78 (recepcionada pela atual Carta Magna) define com clareza solar o que é serviço postal: carta, cartão-postal, impresso, cecograma e pequena encomenda. Afirma ser inconcebível que o transporte de mercadorias, via SEDEX - que a todo

instante podem, inclusive, ser compradas via Internet, por telefone ou por outros meios -, seja considerado como transporte de pequena encomenda.

Cita que não é somente o impugnante que efetua esse tipo de transporte, uma vez que, há várias empresas transportadoras no mercado que o fazem, portanto, não sendo um serviço monopolizado, e que por isso, ao contrário, se configura um serviço concorrencial. Registra que em sendo assim o impugnante não poderá gozar de privilégios fiscais não extensivos às empresas do setor privado, sujeitando-se, neste diapasão, ao regramento veiculado no art. 173, §2º, da CF/88, por realizar uma atividade vinculada ao ICMS, tal como realizam as empresas concorrentes.

Revela que, sob nenhum aspecto no levantamento fiscal, que resultou na lavratura do auto de infração, buscou-se a cobrança de ICMS sobre serviços postais, mesmo porque são serviços públicos, imunes à tributação, *ex vi* do art. 150, inciso VI, alínea “a”, da CF/88. Afirma não haver que se falar em fato gerador do ICMS sobre tais serviços.

Quanto ao RE 601392, a que refere a defesa, interposto pelo impugnante em face do Município de Curitiba/PR, restringe-se a matéria completamente dissociada do ICMS, uma vez que a Corte Suprema reconheceu imunidade recíproca em relação ao recolhimento do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) nas atividades exercidas pela empresa que não tenham características de serviços postais, não se tratando, pois, em ICMS.

Em relação à inexistência de solidariedade, alegada de que o Fisco estadual utilizou como fundamento para a “*lavratura da Notificação Fiscal (sic)*” o teor do artigo 201, inciso I, c/c art. 39, inciso I, alínea “d”, do RICMS-BA/97, afirma que o impugnante comete um equívoco, já que em nenhum momento, no auto de infração, cuidou de responsabilidade por solidariedade com transportadores em relação a mercadorias transportadas desacompanhadas de documentação fiscal, ou faz qualquer alusão a falta de emissão de documentos fiscais, muito menos figurando no feito fiscal os aludidos artigos do RICMS-BA/97.

Diz causar estranheza o trecho na impugnação que trata do “excesso de execução”, quando o impugnante pontua que se for “*condenada ao pagamento dos tributos objeto do presente auto de infração, impugna os valores apresentados pela Fazenda Pública Municipal, por excesso de execução*”. Sustenta que não cabe falar em “execução”, quando o embate processual está na esfera administrativa, pois, sequer o crédito fiscal, objeto do Auto de Infração foi definitivamente constituído.

Sopesa que o impugnante ao afirmar que as bases de cálculo, para a exigência do imposto, estão incorretas, uma vez que teriam sido utilizados faturamentos de SEDEX de outros Estados da Federação, passa a ideia de que este questionamento não se prende à impugnação propriamente dita ao Auto de Infração em apreço, pois o faz dentro do tópico “DO EXCESSO DE EXECUÇÃO”. Diz ser possível que o autuado esteja se referindo a um embargo apresentado ante a um determinado processo de execução fiscal. Registra que, em se considerando de que a sua manifestação nesse sentido se prende ao auto de infração ora discutido, é de se afirmar que não procede, de forma alguma, esse seu enfoque.

Esclarece que como o autuado não escriturou livros fiscais, a despeito de obrigar-se a tal, apenas o fazendo quanto ao livro de Registro de Entradas, ainda assim de maneira precária (não lança todos os documentos relativos à aquisição de mercadorias e serviços e não obedece as formalidades preconizadas na legislação tributária para a escrituração), todos os levantamentos foram efetuados diretamente na sua escrita contábil.

Observa que para apuração do ICMS devido, as bases de cálculo foram extraídas do Razão Contábil, elaborado e apresentado à fiscalização, relativamente ao período de 01/01/2009 a 31/12/2009, fls. 05 a 84. Sustenta que todos os registros contábeis contidos em tal livro Razão, com as suas diversas rubricas, referem-se, exclusiva e indubitavelmente, às operações realizadas no Estado da Bahia. Relata que se pode verificar no cabeçalho do livro Razão Contábil os seguintes dizeres: “Razão Contábil - Período de 01/01/2009 a 31/12/2009”. Prossegue esclarecendo que do

lado esquerdo desse cabeçalho, observa-se a indicação: “Cia 00008 DR - BAHIA”, denominação que se dá à unidade da ECT neste Estado. A sigla “DR - BAHIA” significa precisamente Delegacia Regional da Bahia, tal como figura no preâmbulo da presente impugnação.

Quanto à alegação de cerceamento de defesa articulada pelo impugnante ao questionar suposto índice utilizado para atualização, registra que não foi adotado qualquer índice de atualização, eis que, os valores consignados no levantamento fiscal são sempre valores históricos.

Pontua que inexistiu qualquer cerceamento ao direito de defesa, tanto assim que o autuado, exaustivamente, apresentou suas teses defensivas.

Conclui requerendo a procedência do Auto de Infração, tendo em vista que o impugnante não elidiu, do montante lançado de ofício, qualquer valor pertinente aos levantamentos fiscais.

VOTO

De início deve ser enfrentada a preliminar de nulidade suscitada pelo defendente do presente lançamento, alegando encontrar-se amparado pela imunidade tributária recíproca. Sustentou que a mencionada imunidade já foi fartamente explicitada pelo Supremo Tribunal Federal, que recepcionou o Decreto instituidor dos Correios, razão pela qual não poderia ter sido ignorada pela Administração Tributária Estadual.

Aduziu também o impugnante que não cabe exigência de ICMS sobre os serviços postais desempenhados pela ECT. Primeiramente, porque a ECT é imune a impostos estaduais e municipais (art.150, inciso VI, da CF/88). Em segundo lugar, ainda que não fosse imune, não pratica fato algum que tenha possibilidade jurídica de subsumir-se à hipótese de incidência do ICMS.

Relativamente ao argumento de que a ECT é ilegítima para figurar no pólo passivo do presente Auto de Infração, não acato a alegação defensiva, considerando que a atividade exercida pelo autuado, no caso em exame, possui natureza jurídica de serviço de transporte de encomendas, equiparando-se aos serviços prestados pelas transportadoras, o que não se confunde com as atividades relacionadas ao serviço postal (telegrama, correspondências, etc.), ou seja, a imunidade alegada pelo defendente se aplica exclusivamente às suas atividades, e não às mercadorias que o autuado transporta mediante pagamento pelo serviço prestado.

No que tange à imunidade recíproca alegada pelo defendente, se refere apenas à sua atividade na prestação de serviço postal, e como tal, tem natureza de serviço público, atividade que é exercida pela ECT em regime de monopólio. Em relação ao serviço de transporte de encomendas, constitui uma atividade econômica, estando o autuado concorrendo com as demais transportadoras de encomendas, empresas privadas, que estão sujeitas ao pagamento do ICMS.

Em relação ao argumento de que a ECT é uma empresa pública, observo que, consoante o art. 173, e seu § 2º, da Constituição Federal, “as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado”.

Ressalto que não há questionamento em relação às atividades desenvolvidas pela ECT, na condição de transportadora das encomendas, haja vista que o imposto exigido no presente Auto de Infração se refere à responsabilidade atribuída ao autuado, em relação às mercadorias que transportou sem pagamento do ICMS, em razão de Prestação de Serviço de Transporte considerada tributada pela legislação do referido imposto.

Depois de constatar que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, rejeito a preliminar de nulidade argüida pelo autuado, uma vez; não foi constatada qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para determinar a nulidade do presente Auto de Infração.

No mérito, o presente lançamento refere-se à falta de recolhimento do ICMS em razão de Prestação de Serviço de Transporte tributada como não tributada, regularmente escriturada, nos meses de janeiro a dezembro de 2009, constando na descrição dos fatos, que a ECT deixou de recolher o ICMS sobre a prestação de serviços de transporte de mercadorias e bens, em operações interestaduais, realizados por meio do chamado SEDEX, em suas diversas modalidades, atividades estas não compreendidas no rol de serviços postais explorados pela União em regime de monopólio.

É patente que o autuado, depois da vigência da CF/88, está submetido às mesmas regras das empresas privadas, tanto em relação ao regime jurídico constituído, quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, podendo, inclusive, ser objeto de fiscalização pelo Estado. Logo, não está enquadrado nas hipóteses de imunidade previstas no art. 150 da CF/88, estando sujeito às mesmas regras das empresas privadas, consoante o disposto no art. 173, §1º da Constituição Federal. Nestes termos, prestando serviços de transporte de mercadorias, subordina-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, não fazendo jus ao gozo de benefícios fiscais.

No que diz respeito à atividade exercida pelo impugnante, relativamente ao serviço postal, conforme decisões judiciais trazidas aos autos pelo próprio defendente, o Poder Judiciário já se manifestou a respeito, em várias oportunidades, entendendo que não há incidência de ICMS sobre a prestação de serviços postais. Entretanto tais atividades não podem ser confundidas com o serviço de transporte de cargas. Eis que são serviços relativos às entregas de cartas, cartões postais, vales postais, telegramas, e demais objetos conceituados legalmente como objetos postais.

Observo que apesar dos argumentos defensivos serem no sentido de que é indevida a exigência do ICMS sobre os serviços postais, no presente Auto de Infração não se está a exigir o imposto estadual sobre tais serviços, mas sim sobre a prestação de serviço de transporte de bens, realizado nas mesmas condições e sujeitos às mesmas normas da iniciativa privada.

Este fato não foi elidido, não obstante a alegação apresentada pelo autuado de que não pode figurar como sujeito passivo, entendendo que não pode ser considerado responsável pelo pagamento do ICMS sobre serviço de transporte de bens, mesmo que seja de encomendas, entendendo que o serviço de transporte de encomendas não é passível de tributação.

Em relação ao RE 610392, mencionado pela defesa, entendo que assiste razão ao autuante ao informar que a mencionada decisão se restringe a matéria dissociada do ICMS, tendo em vista que foi reconhecida a imunidade recíproca em relação ao recolhimento do ISS nas atividades exercidas pela empresa que não tenha característica de serviços postais. Ou seja, o processo tem como partes a ECT e o Município de Curitiba-PR; discute a imunidade da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) em relação ao recolhimento do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS)

Em relação à base de cálculo do imposto exigido no presente Auto de Infração, o defendente aduziu que o Fisco lançou como base de cálculo todos os serviços de sedex, incluindo os municipais e os demais Estados da Federação. No entanto não trouxe aos autos qualquer documento para comprovar essas alegações. Trata-se de fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal e documentos que estão na posse do autuado, cuja prova poderia ter sido acostada aos autos, ou seja, o autuado deveria apresentar as provas das alegações defensivas nos termos do art. 123 do RPAF-BA/99, e não cabe a este órgão julgador buscar outras provas, cuja obrigação de apresentação é do sujeito passivo.

Conforme declaração do próprio autuado, mediante apresentação do Ofício nº 00089/2013 - STRI/SUCOC/GEINF/BA à Secretaria da Fazenda, fl. 88, não escritura livros fiscais, exceto quanto ao livro Registro de Entrada. Logo, diante da impossibilidade de se efetuar os levantamentos dos

serviços de transporte por meio da escrita fiscal, foi utilizado para o levantamento fiscal os registros contábeis constantes do Razão Contábil apresentado pelo autuado, fls. 05 a 84.

Constato também que, ante a impossibilidade de identificar pelo livro Razão as operações internas e interestaduais relativas à prestação dos serviços de transporte nas chamadas rubricas de sedex e, por inexistência absoluta do livro Registro de Saídas, o autuante acertadamente expediu uma terceira intimação, no dia 29/07/2013, fl. 86, solicitando que o autuado apresentasse tais informações, para que fossem excluídas as operações internas. Entretanto, o autuado deixou consignado no referido Ofício nº 00273/2013 - STRI/SUCOC/GEFIN/BA, fls. 87 a 88, quanto à impossibilidade de apresentar tais informações, porque não dispunha de relatórios ou demonstrativos específicos sobre o assunto, ou seja, a identificação das operações internas e interestaduais.

Em relação ao questionamento acerca exigência da multa aplicada, saliento que a penalidade tipificada no presente Auto de Infração afigura-se legalmente prevista para a irregularidade apurada consoante teor da alínea “a” do inciso II, do art. 42, da Lei 7.014/96.

Por tudo quanto acima expendido, resta indubitosa a caracterização da irregularidade apontada no presente Auto de Infração. Trata-se de exigência de imposto sobre a prestação de serviço de transporte de bens, realizado nas mesmas condições e sujeito às mesmas normas da iniciativa privada, sendo devido o imposto, haja vista que ficou comprovada nos autos a existência de serviço de transporte que enseja a incidência do ICMS, conforme apurado pelo autuante, consoante “Demonstrativo de Cálculo Analítico Relativo à Prestação de Serviços de Transporte - SEDEX, em suas diversas modalidades”, entregue ao autuado, fl. 04.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **129442.0008/13-2**, lavrado contra **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$8.632.487,21**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de fevereiro de 2014.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR