

PROCESSO - A. I. Nº 129442.0008/13-2
RECORRENTE - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0026-03/14
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 07/03/2016

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0007-12/16

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Trata-se de exigência de imposto sobre a prestação de serviço de transporte de bens por meio de Sedex. Tendo em vista a possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito passivo, nos termos do parágrafo único do artigo 155 do RPAF/99, foram ultrapassadas as preliminares de nulidade e examinado o mérito do lançamento de ofício. Infração insubstancial, tendo em vista as diversas decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal, inclusive, em sede de repercussão geral, reconhecendo a imunidade recíproca à ECT mesmo quando relacionada às atividades em que a empresa não age em regime de monopólio (art. 9º da Lei 6.538/78), ou seja, alcança as atividades de que trata o art. 7º da lei citada, dentre elas as encomendas. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração epigrafado, lavrado para imputar ao sujeito passivo a seguinte infração:

Infração 1 – Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$8.632.487,21, acrescido da multa de 60%, em razão de prestações de serviços de transporte efetuadas sem tributação, regularmente escrituradas, 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.

A Junta de Julgamento Fiscal decidiu a lide com a seguinte fundamentação, “*verbis*”:

“*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 (telegrafo, 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 defendant, 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 arguida 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 defendant, 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

mençãoada 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 exposto, resta indubiosa 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.

Inconformado, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário, sustentando, preliminarmente, a nulidade do procedimento fiscal por não ter sido lavrado Termo de Apreensão contra o transportador e o próprio contribuinte (destinatário das mercadorias), em desacordo, portanto, com o Protocolo ICM 23/88.

Suscita a ilegitimidade dos Correios para figurar no polo passivo da relação tributária, sob o argumento de que o serviço postal não é transporte, mas 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".

Alega que é um prestador de serviço público, isto é, exerce uma atividade constitucionalmente ordenada, própria do Estado, bem ao contrário da exploração econômica, própria do setor privado, razão pela qual se encontra amparado pela imunidade recíproca prevista no artigo 12 do Decreto-Lei nº 509/69 e no artigo 150, inciso VI, alínea "a", da Carta Magna.

Reitera que o serviço de postagem não é transporte e, por conseguinte, não é uma transportadora. Reproduziu diversos dispositivos da Lei nº 6.538/78, a qual define o serviço postal e o autoriza a exercer outras atividades, concluindo que é obrigado a executar o serviço postal e somente pode recusar a prestação nas hipóteses insitas no artigo 13 da referida lei.

Argumenta que o fato de os serviços que presta não serem exclusivos não lhes retira o caráter público e, ademais, os objetos postais não podem ser considerados como mercadorias, mas como correspondências, valores e encomendas.

Discorre sobre o instituto da recepção das leis e, em seguida, reproduz o artigo 12 do Decreto-Lei nº 509/69, afirmando que o dispositivo foi recepcionado pela Carta de 1988, o que o torna imune a qualquer tipo de imposto.

Para corroborar a sua tese, enfatiza que a Emenda Constitucional nº 19/98 dispôs que a lei ordinária disciplinaria o estatuto jurídico da empresa que presta serviço público, todavia, como ainda não foi editada tal lei, o disposto no Decreto-Lei nº 509/69 é aplicável em sua totalidade.

Compara o serviço desenvolvido pela ECT e o prestado pelo transportador particular e salienta que não se pode confundir a atividade de simples transporte com o serviço postal, entendendo que não pode ser considerado responsável tributário pelo recolhimento do ICMS sobre serviço de transporte de objetos postais, mesmo que seja de encomenda.

Acrescenta que o artigo 39 do RICMS/97 trata de transportadoras em sentido estrito, ou seja, das empresas, contribuintes do ICMS que executam serviços de transporte como atividade-fim, o que não é seu caso, e, diante disso, entende que não pode o Fisco ampliar o alcance do mencionado dispositivo, pois está fora do âmbito de sua aplicação.

Cita a jurisprudência dos Tribunais Federais e conclui dizendo que “*fica demonstrada a inexistência de fato gerador de ICMS na presente demanda, já que a capitulação utilizada pelo Fisco Estadual para tributação do 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 6538/78*”.

Finalmente, requer a nulidade ou a improcedência do presente lançamento de ofício.

A PGE/PROFIS, por meio do Dr. José Augusto Martins Junior, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, salientando, inicialmente, que a matéria de fundo reside em avaliar o entendimento do autuado de que estaria reciprocamente imune, frente ao artigo 150, inciso VI, alínea “a”, da Constituição Federal de 1988, não sendo assim atingido por qualquer tipo de imposto.

Discorre sobre a natureza subjetiva da imunidade recíproca, citando os mestres Geraldo Ataliba e Ives Gandra Martins, e concluindo que, tendo-se como premissa indispensável a subjetividade da imunidade recíproca, não se pode entender a EBCT como sujeita à imunidade ontológica, pois a norma imunizante prevista na Constituição Federal de 1988 alcançou tão somente a União, Estados, Distrito Federal e os municípios e, por norma extensiva, as autarquias e fundações.

Transcreve dispositivos da Lei Complementar nº 87/96 e entende que “*dentro dos elementos que compõem a definição de contribuinte de ICMS, a atividade exercida pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, preenche, em todos os seus termos a hipótese incidência contida na lei maior do ICMS*”. (sic)

Distingue a atividade do Estado como governante daquela exercida como proprietário e observa que a imunidade recíproca não contempla as empresas públicas prestadoras de serviços em que haja a contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, pois a Constituição Federal equipara tais serviços públicos a privados, pelo menos para fins de tributação, posicionamento pacífico na jurisprudência que transcreveu.

Conceitua a expressão “serviço postal”, entendendo “*como encomendas postais as que se equiparam às cartas*” e salienta que “*quando a EBCT realiza o transporte de coisas (encomendas e pequenas encomendas), a mesma atua como atuariam as empresas privadas, exercendo atividade tipicamente econômica, que não pode sob nenhum aspecto ser confundida com o serviço postal no sentido estrito (remessa de cartas e cartões postais)*” este sim, e somente este, estabelecido sob regime de monopólio à União Federal”.

Resume seu pensamento concluindo pela possibilidade de incidência do ICMS sobre os serviços de transporte de coisas realizado pelo autuado, sob pena de quebra da isonomia, e esclarece que a regra matriz do ICMS, preconizada na Lei Complementar nº 87/96, é bastante ampla, abarcando

não somente o transporte de mercadorias, mas também o de quaisquer bens ou valores, o que afasta a tese recursal de que o sujeito passivo não prestaria serviço de transporte, mas serviço público monopolizado.

Observa que o presente lançamento resultou da constatação, pelo fisco estadual, de transporte de mercadorias sem documentação fiscal e, portanto, o autuado encontra-se sujeito ao recolhimento do tributo estadual, por solidariedade, “*por conta da norma de extensão da responsabilidade tributária*”, ao teor do artigo 10 da Lei nº 6.538/78 que transcreveu.

Por fim, salienta que, com a Constituição de 1988, o ICMS “*abraçou impostos pertencentes a outros entes federativos, dentre eles o Imposto sobre Transportes pertencente à União e Município*” e, em sendo assim, “*não poderia a Lei nº 6.538/78, promulgada antes da CF/88, restringir o campo eficacial do ICMS, especificamente ao conceituar como serviço postal o serviço de transportes de pequenas encomendas*”.

O Parecer jurídico foi chancelado pela então Procuradora Assistente, Dra. Paula Gonçalves Morris Matos, conforme o despacho de fl. 210 dos autos.

Considerando as alegações do recorrente e as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, inclusive em sede de repercussão geral, reconhecendo a imunidade tributária recíproca sobre todos os serviços dos Correios devido à sua natureza de serviço público, esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal decidiu pela conversão do presente PAF em diligência à PGE/PROFIS para que o Procurador Chefe emitisse **Parecer jurídico sistêmico** esclarecendo qual o entendimento daquele órgão especializado a respeito do presente lançamento de ofício.

A PGE/PROFIS, por meio de sua Procuradora Assistente, a Dra. Rosana Maciel Bittencourt Passos, emitiu Parecer discorrendo, inicialmente, sobre a natureza do “Parecer jurídico” “*como um dos instrumentos conduto dos quais a Procuradoria Geral do Estado consolida seus entendimentos, com o propósito de preservar a uniformidade de orientação jurídica no âmbito da Administração Pública Estadual*”.

Acrescenta que, “*para que de Parecer sistêmico se trate, é mister que o entendimento seja assim qualificado pelo Procurador Geral do Estado, devendo envolver questões de ampla repercussão ou potencial efeito multiplicador (art. 4º, inc. III, do Decreto nº 11.737/2009)*”, daí “*se afigurar como inviável, com a devida vênia, a solicitação feita pelo douto julgador administrativo, no sentido de que o Procurador Chefe desta Especializada emita Parecer sistêmico*”.

Especula que “*talvez pretendesse o nobre julgador convocar o dirigente desta Especializada à emissão de Parecer uniforme, assim compreendido como o entendimento pacificado no âmbito de uma Procuradoria, com aprovação do Procurador Chefe, sobre questão de significativo interesse sistêmico ou suscetível de acarretar prejuízos ao erário, de observância obrigatória na esfera de competência da respectiva Procuradoria, tudo conforme o disposto no art. 4º, inc. IV, da já indicada norma regulamentar*”, o que também seria inviável, no presente caso, haja vista que “*o Parecer uniforme não pode resultar da análise individualizada de determinada concreto, como aqui se pretendeu, devendo, ao revés, resultar de um processo específico, prévia e regularmente instaurado, denominado Procedimento de Uniformização Administrativa, e cuja tramitação observará, rigorosamente, o iter estabelecido no Decreto nº 11.737/2009*”.

Esclarece, em seguida, o rito procedural do Parecer uniforme e pontua “*que a instauração de Procedimento de Uniformização Administrativa demanda a existência de um dos seguintes pressupostos: a) divergência entre Procuradores ou órgãos da Procuradoria Geral; b) potencialidade de repercussão ou produção de efeito multiplicador; c) significativo interesse sistêmico ou risco de danos ao erário; d) entendimento pacificado no âmbito da Procuradoria Geral do Estado revelado pela repetição de Pareceres idênticos*”.

Chama atenção para o fato de que “*a própria complexidade do procedimento previsto na norma regulamentar já é bastante para evidenciar que a repetição de uma mesma questão jurídica em diversos processos não lhe confere, só por isso, a qualidade de significativo interesse sistêmico*,

para o efeito de legitimar a instauração de incidente de uniformização jurídica, com a consequente emissão de Parecer uniforme”, pois o Parecer uniforme “deve cuidar de questões de extraordinária repercussão, devidamente evidenciada, e não de matérias meramente reincidentes – até porque a repetição de matéria é circunstância comum na atuação ordinária desta Procuradoria Geral do Estado”.

Prossegue dizendo que “é possível que, ao convocar a emissão de Parecer sistemico, não estivesse o douto julgador fazendo remissão a qualquer dos específicos instrumentos de consolidação de entendimento jurídico previstos no Decreto nº 11.737/2009, mas apenas pretendendo obter desta Procuradoria um pronunciamento que reflita a orientação institucional acerca das matérias postas, e não o entendimento isolado do procurador vinculado ao processo” e “é exatamente para o alcance deste desiderato que a Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado estabeleceu um sistema de censura hierárquica dos pronunciamentos emitidos pelos Procuradores dos Estados, determinando aos Procuradores Assistentes que se manifestem, em caráter conclusivo, sobre Pareceres emitidos no âmbito de seu Núcleo de Procuradoria, bem assim que submetam a discussão ao Procurador Chefe da Especializada, quando apresentem interesse sistemico ou possam resultar em prejuízo ao erário (art. 41, inc. II, da Lei Complementar nº 34, de 06/02/2009)”.

Conclui, assim, que considera “ausentes os pressupostos previstos no art. 5º, do Decreto nº 11.737/2009, e, por conseguinte, entendemos não seja caso de instauração de Procedimento de Uniformização Administrativa, com vistas à obtenção de Parecer uniforme, tal como solicitado pelo julgador administrativo”.

A partir daí, passa a enfrentar o mérito do presente processo administrativo fiscal observando que “a atribuição de caráter de representativo de controvérsia a determinado Recurso conduz a que, uma vez decidida a questão pelo Supremo Tribunal Federal, todos os demais processos que tratem da mesma matéria provavelmente terão desfecho compatível com a orientação firmada naquela Corte”, como se “deflui do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil, mais particularmente do disposto em seu § 7º”.

Afirma que, “conquanto tais decisões do STF não vinculem a atuação dos órgãos e agentes administrativos, certo é que, diante da força persuasiva especial que ostentam, deve-se lhes atribuir o efeito de determinarem, ao menos, a reavaliação do posicionamento adotado pela Administração Pública, com o propósito de, olhos postos no interesse público, evitar efeitos pecuniários negativos decorrentes de sucumbências judiciais”.

Nessa esteira, diz que, “por conduto da Ordem de Serviço PROFIS nº 05/2015, foi instituído Grupo de Trabalho ao qual se atribuiu a tarefa de promover o levantamento de matérias objeto de reiteradas decisões desfavoráveis à Fazenda Pública, no âmbito dos Tribunais Superiores, oportunidade em que se reanalisou a questão relativa à incidência de ICMS sobre serviços de transporte de encomendas prestados pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, à vista da Decisão proferida pelo STF no RE 627.051-PE, sob a sistemática do art. 543-C do CPC”.

Descreve a atuação do Grupo de Trabalho constituído na PGE/PROFIS e afirma que ele cuidou, inicialmente, “de apreciar amiúde os fundamentos da Decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal”, consoante trecho do Parecer que transcreveu.

Ressalta, entretanto, que o referido Grupo de Trabalho observou “que a imunidade tributária garantida à ECT não se estende ao ICMS exigido da empresa na condição de substituta tributária ou responsável solidária, assim como também não a exime do cumprimento de obrigações acessórias determinadas em lei”.

Informa, ainda, que, “em atenção ao princípio da eficiência, o Grupo de Trabalho propôs aos Exmos. Srs. Procurador Geral do Estado e Secretário da Fazenda a edição de ato declaratório com o propósito de obstar, nos termos da minuta então apresentada, a continuidade da cobrança de ICMS sobre as prestações de serviço de transporte de encomendas realizadas pela

ECT, tudo com fundamento no art. 119-C do Código Tributário do Estado da Bahia, aprovado pela Lei nº 3.956/81”.

Por fim, aduz que “as conclusões do Grupo de Trabalho foram aprovadas pelo Procurador Chefe desta Procuradoria Fiscal, e, por assim ser, refletem o novel entendimento desta Especializada acerca da questão”.

Opina, ao final, “no sentido de que seja dado provimento ao Recurso voluntário, julgando-se improcedente o presente Auto de Infração”.

O Parecer jurídico foi chancelado pelo Procurador Chefe da PROFIS, Dr. Nilton Almeida Filho, consoante o despacho de fl. 227 do PAF.

VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS sobre a prestação de serviços de transporte de mercadorias e bens, em operações interestaduais, realizados por meio do denominado SEDEX, em suas diversas modalidades, atividades não compreendidas, segundo o autuante, no rol de serviços postais explorados pela União em regime de monopólio, no período de janeiro a dezembro de 2009.

Saliento que os levantamentos juntados aos autos pelo agente fiscal foram baseados nos lançamentos feitos no livro Razão Contábil da empresa, conforme as cópias acostadas, os quais retratam as prestações de serviços de transportes (Sedex), objeto da autuação.

O contribuinte suscitou, em sua peça recursal, a nulidade do lançamento de ofício, por ilegitimidade passiva, sob o entendimento de que goza da imunidade recíproca prevista na Constituição Federal.

Tendo em vista a possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito passivo, nos termos do parágrafo único do artigo 155 do RPAF/99, deixo de apreciar as preliminares de nulidade e passo ao exame do mérito deste lançamento de ofício.

Considerando as alegações do recorrente e as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, inclusive em sede de repercussão geral, reconhecendo a imunidade tributária recíproca sobre todos os serviços dos Correios devido à sua natureza de serviço público, o PAF foi remetido à PGE/PROFIS para emissão de “Parecer jurídico” ou, como bem salientou a Procuradora Assistente, para emissão de pronunciamento que refletisse a orientação institucional acerca do presente lançamento de ofício.

Em bem elaborado Parecer, a Dra. Rosana Passos, trouxe a lume o estudo realizado por um Grupo de Trabalho constituído no âmbito da PGE/PROFIS para estudar as matérias objeto de reiteradas decisões desfavoráveis à Fazenda Pública, no âmbito dos Tribunais Superiores.

A conclusão do Grupo de Trabalho não deixa dúvidas quanto à improcedência deste Auto de Infração, ao esclarecer os fundamentos da Decisão do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 627051-PE, da seguinte forma:

“2. FUNDAMENTO DA DECISÃO DO STF – RE nº 627051-PE

Pela leitura do Acórdão acima referido, cuja integralidade encontra-se anexo a este relatório, observa-se que o cerne da questão gravita em torno do reconhecimento da imunidade tributária da ECT, especificamente no caso em estudo, sobre a incidência do ICMS que seria devido no transporte de encomendas.

Neste julgado, dentre outras considerações, observou-se que a natureza pública dos serviços postais fora reconhecida em sede de ADPF 46, destacando-se que tais serviços são exercidos em regime de exclusividade pela ECT.

Lembrou-se ainda, que nos autos do RE nº 601.392/PR, ficou assentado que a imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, a, CF, deve ser reconhecida à ECT, mesmo quando relacionada às atividades em que a empresa não age em regime de monopólio.

Assim, restou sedimentado que o transporte de encomendas está inserido no rol das atividades desempenhadas

pela ECT, que deve cumprir o encargo de alcançar todos os lugares do Brasil, não importa o quanto pequenos ou subdesenvolvidos, não havendo comprometimento do status de empresa pública prestadora de serviços essenciais por conta do exercício da atividade de transporte de encomendas, de modo que essa atividade constitui conditio sine qua non para a viabilidade de um serviço postal contínuo, universal e de preços módicos.

Para facilitar a compreensão do tema e a amplitude da Decisão exarada pelo STF, torna-se imperioso fazer breve digressão a respeito das normas constitucionais e infraconstitucionais que disciplinam a matéria.

O art. 150, VI, da Constituição Federal consagra a imunidade tributária recíproca dos entes federativos:

'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:

1. Patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros.'

Partindo-se de uma interpretação literal tão somente os entes federativos mencionados no dispositivo Constitucional acima seriam contemplados com a imunidade, inobstante, o STF estendeu o benefício às empresas públicas e às sociedades de economia mista prestadoras de serviço público.

Por força do art. 173 da Constituição Federal, a empresa estatal que desempenha atividade em regime de concorrência com empresas privadas estaria impedida de exercer prerrogativas públicas.

A jurisprudência da Corte Constitucional, no que tange ao reconhecimento da imunidade recíproca, tem-se amparado na dicotomia existente entre explorar atividade econômica e prestar serviço público. Nesse particular, o Pretório Excelso sempre concebeu a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos como uma empresa prestadora de serviços públicos.

Em Decisão recente, RE nº 601.392/PR, ficou assentado que a imunidade conferida à ECT seria reconhecida mesmo quando relacionada às atividades em que a empresa não age em regime de monopólio (art. 9º da Lei 6.538/78), ou seja, alcança as atividades de que trata o art. 7º da lei citada, dentre elas as encomendas:

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

§ 1º - São objetos de correspondência:

- a) carta;
- b) cartão-postal;
- c) impresso;
- d) cecograma;
- e) pequena - encomenda.'

A despeito de exaustiva discussão ventilada por esta Procuradoria Fiscal no âmbito de defesas e Recursos manejados nas ações propostas pela ECT, aduzindo não ser aplicável à ECT a imunidade tributária recíproca consagrada no artigo 150 da CF, sendo cabível a exigência do ICMS no transporte de encomendas, o STF fixou o entendimento no sentido de afastar a incidência do imposto estadual, acolhendo a tese da imunidade tributária recíproca extensiva à ECT.

Feitos esses rápidos esclarecimentos, observa-se que, diante dos efeitos determinados pelo Código de Processo Civil quanto ao Acórdão proferido em julgamento de Recurso extraordinário com repercussão geral (art. 543-A), não nos cabe nesta oportunidade apreciar a coerência do entendimento fixado pelo STF ou trazer argumentos jurídicos e fáticos destinados a demonstrar a irresignação a este julgado.

De fato. O que nos parece prudente é apreciar objetivamente a Decisão, a fim de sopesarmos as medidas que deverão ser adotadas pela Administração estadual quanto à não incidência do ICMS nos serviços de transporte realizados pela ECT.

De acordo com este julgado, restou, portanto, afastada a incidência do ICMS sobre transporte de mercadorias, valendo trazer à balia alguns trechos dos fundamentos que embasaram o voto pelo provimento do Recurso extraordinário emanado do relator Ministro Dias Toffoli:

'O caso, portanto, envolve o transporte de encomendas, o qual também está inserido no rol das atividades desempenhadas pela ECT, que, como dito, deve cumprir o encargo de alcançar todos os lugares do Brasil, não importa o quanto pequenos ou subdesenvolvidos, como já assentado no RE nº 601.392/PR.'

Nesse contexto, não pode a ECT ser equiparada a uma transportadora privada cuja atividade fim (objeto) seja o transporte de mercadorias. O recebimento, o transporte e a entrega de correspondências e encomendas são fases indissociáveis do serviço postal.

Destaco, ainda, manifestação do Ministro Celso de Mello proferida no RE nº 601.392/PR, quando assinalou Sua Excelência que as atividades exercidas sob regime concorrencial existiriam para custear aquela exercida sob o regime constitucional de monopólio e que, se assim não fosse, frustrar-se-ia o objetivo do legislador de viabilizar a integração nacional e de dar exequibilidade à fruição do direito básico do indivíduo de se comunicar com outras pessoas ou instituições e de exercer direitos outros, com esse relacionados, fundados na própria Constituição.

Trata-se, portanto, daquilo que o Ministro Gilmar Mendes denominou de ‘subsídio cruzado’, um procedimento em que se compensam os déficits dos segmentos antieconômicos (a maioria, aliás) auferindo ganhos mediante contratos de transporte de objetos ‘não postais’.

Na subvenção cruzada, a exploração de atividade econômica serve-se da estrutura e da logística existentes para a prestação do serviço postal, surgindo daí a virtuosa relação simbiótica de compensação de superávits e déficits. É o que ora ocorre com o transporte de encomendas e o serviço postal como um todo.

Entre os outros argumentos por mim suscitados no referido RE nº 601.392/PR, destaco o reduzido potencial concorrencial dos Correios. A obrigatoriedade de prestar serviços em todo o território nacional, mormente onde a atividade se afigura manifestamente deficitária, impede o acúmulo de capital. Resta, a toda evidência, frustrada a tese de que a desoneração dá ensejo à uma concorrência desleal.’

Ao final, conclui o eminent Relator:

‘Diante do exposto, firme no entendimento de que a Corte reconhece a imunidade recíproca em favor da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), seja pela impossibilidade de se separarem topicamente as atividades concorrentiais, seja por entender que o desempenho delas não descharacteriza o viés essencialmente público de suas finalidades institucionais, dou provimento ao Recurso extraordinário, reconhecendo a imunidade da ECT relativamente ao ICMS que seria devido no transporte de encomendas.’

Neste sentido, votaram por maioria os eminentes Ministros do STF pelo provimento do Recurso extraordinário, vencidos os Ministros Luis Roberto Barroso e Marco Aurélio.’

Por tudo quanto foi exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário para julgar IMPROCEDENTE o presente Auto de Infração, acompanhando o Parecer da douta PGE/PROFIS.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, PROVER o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 129442.0008/13-2, lavrado contra **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT**.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de fevereiro de 2016.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS