

PROCESSO - A. I. Nº 129442.0004/14-5
RECORRENTE - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
RECORRIDOS - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – ACÓRDÃO JJF Nº 0101-05/14
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 18/03/2016

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0033-12/16

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 insubsistente, 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 um Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 3ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal proferida em 29/08/2014 que julgou, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 13/05/2014, com o objetivo de exigir da oro recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$ 10.869.346,27 (dez milhões oitocentos e sessenta e nove mil trezentos e quarenta e seis reais e vinte e sete centavos), em decorrência do cometimento de 01 (uma) infração.

***Infração 01. RV** – Refere-se à exigência de R\$10.869.346,27 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência da falta de recolhimento do imposto relativo à prestação de serviço de transporte tributada como não tributada, regularmente escriturada, nos meses de janeiro a dezembro de 2012.*

O autuado apresentou defesa administrativa face o Auto de Infração em epígrafe (fls. 24/47), arguindo preliminares de nulidade, bem como atacando o mérito da infração.

O autuante apresentou informação fiscal face à defesa apresentada pelo contribuinte (fls. 55/63), mantendo o Auto de Infração em seu inteiro teor.

A instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação pela 3ª JJF que entendeu por bem, julgar, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração nos seguintes termos:

VOTO

Inicialmente, o defendente suscitou nulidade do presente lançamento, alegando encontrar-se amparado pela imunidade tributária recíproca. Diz 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.

O defendente afirma 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 Constituição Federal de 1988). Em segundo lugar, ainda que não fosse imune, não pratica nenhum fato 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.

Portanto, a 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. Quanto 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”.

Vale salientar que não há questionamento em relação às atividades desenvolvidas pela ECT, na condição de transportadora das encomendas postais, 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 pelo referido imposto.

Rejeito a preliminar de nulidade argüida pelo autuado, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais; 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/99, para determinar a nulidade do presente Auto de Infração.

No mérito, o lançamento se refere 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 2012, 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.

Conforme estabelece o § 2º, do art. 410-A, do RICMS/97 e § 2º do art. 336 do RICMS-BA/2012, o transporte de mercadorias e bens feito pela ECT, além do cumprimento das demais obrigações tributárias previstas na legislação do ICMS para os transportadores de cargas, deverá ser acompanhado de Nota Fiscal, Manifesto de Cargas e Conhecimento de Transporte de Cargas.

A partir da Constituição Federal de 1988, o autuado está sujeito 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. Dessa forma, o autuado não está enquadrado nas hipóteses de imunidade previstas no artigo 150 da CF/88, estando sujeito às mesmas regras das empresas privadas, consoante o disposto no art. 173, § 1º da Constituição Federal. Neste caso, ao prestar serviços de transporte de mercadorias, subordina-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, não fazendo jus ao gozo de benefícios fiscais.

Quanto à atividade exercida pelo autuado, 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. Entendo que tais atividades não podem ser confundidas com o serviço de transporte de cargas. São serviços relativos às entregas de cartas, cartões postais, vales postais, telegramas, e demais objetos conceituados legalmente como objetos postais.

Observo que embora os argumentos trazidos nas alegações defensivas sejam 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.

Quanto ao RE 610392, citado pelo defendente, concordo com a informação do autuante de 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.

Em relação à base de cálculo do imposto exigido no presente Auto de Infração, o defendente alega que o Fisco lançou como base de cálculo todos os serviços de sedex, incluindo os municipais e os demais Estados da Federação.

Embora o defendente tenha apresentado alegações quanto à base de cálculo do imposto exigido, 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/99, e não cabe a este órgão julgador buscar outras provas, cuja obrigação de apresentação é do sujeito passivo.

Na informação fiscal, o autuante esclareceu que o autuado não escritura livros fiscais. Como não foi possível ao autuante efetuar os levantamentos dos serviços de transporte por meio da escrita fiscal, o caminho que lhe restou foi o contábil. Por isso, todos os levantamentos fiscais foram pautados no Razão Contábil apresentado pelo autuado.

O autuante também esclareceu que o livro Razão não permite identificar 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, relativamente aos documentos emitidos pelas operações internas e interestaduais de transporte de encomendas.

Entendo que está caracterizada a 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 sujeitos 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 o levantamento fiscal.

Em relação ao argumento do autuado de que a multa aplicada é exorbitante, saliento que a penalidade aplicada no presente Auto de Infração é legalmente prevista para a irregularidade apurada (art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei 7.014/96), e não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

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

Como se pode inferir da leitura do voto acima reproduzido, a 3ª JJF assim se posicionou em relação aos argumentos aduzidos pela então impugnante, ora recorrente:

- a) Atestou que o Auto de Infração preencheria todas as formalidades legais, respeitando o devido processo legal e a ampla defesa. Destacou que o imposto e sua base de cálculo teriam sido apurados, consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos; não se encontrando presentes nenhum dos motivos elencados pela legislação, para que se determine a nulidade do presente lançamento;
- b) Relativamente ao argumento de que o impugnante seria ilegítima para figurar no polo passivo, não acatou, sob o argumento de que a imunidade recíproca alegada pelo sujeito passivo somente se aplicaria aos serviços postais; e não ao serviço de transporte de encomendas (não incluso no rol de monopólio), o qual é equiparado ao serviço prestado pelas transportadoras, e que por isso deve incidir sobre o mesmo, a cobrança do imposto;
- c) Quanto à arguição e que o impugnante seria empresa pública, observou que, conforme o art. 173, §2º, “as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado”, e que por isso, não haveria de se falar na imunidade recíproca nos serviços de transporte de encomendas;
- d) Em relação ao mérito, entendeu que, conforme o estabelecido no §2º, do art. 410-A, do RICMS/97 e no §2º do art. 336 do RICMS-BA/2012, o transporte de mercadorias e bens feito pelo impugnante, além das demais obrigações tributárias previstas na legislação do ICMS para os transportadores de carga, também deve ser acompanhada de nota fiscal, manifesto de cargas e conhecimento de transporte de cargas;
- e) Arguiu que as decisões judiciais trazidas pelo impugnante versariam apenas sobre a imunidade incidente sobre os serviços postais; não podendo ser confundidos com o serviço de transporte de cargas;

- f) No que tange à alegação de que o Fisco teria lançado na base de cálculo todos os serviços de Sedex, inclusive os municipais e os interestaduais, entendeu que o contribuinte não teria apresentado quaisquer documentos para comprovar suas alegações, bem como, afirmou que os fatos do presente AIIM seriam pautados na Razão Contábil apresentada pelo autuado, pois o mesmo não escrituraria livros fiscais;
- g) Por fim, em reação ao argumento de que a multa aplicada seria exorbitante, considerou a Junta que penalidade aplicada no presente AIIM estaria legalmente prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, bem como afirmou não ser de sua competência a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual; nos termos do art. 167, I, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Intimado acerca do resultado do julgamento, o sujeito passivo interpôs **Recurso Voluntário (fls. 84/107)**.

- i. Preliminarmente, alegou que o recorrente não poderia ser considerado uma transportadora em sentido estrito, isso porque o transporte seria apenas um elo entre a expedição e a entrega do objeto remetido; diferentemente, as transportadoras particularidades teriam o transporte como atividade-fim;
- ii. Arguiu que o serviço postal tem por base três ações em cadeias, quais sejam, o recebimento, o transporte, e a entrega. Afirmou que essas ações não poderiam ser analisadas isoladamente, pois seriam interdependentes para a execução do serviço estabelecido no art. 21 da CF/88;
- iii. Deu prosseguimento afirmando que, o serviço prestado pelo recorrente também diferiria do praticado por particulares, com o argumento de que esse teria a faculdade de aceitar ou não a realização do serviço de transporte, bem como teria a liberdade para fixar seus preços; enquanto que o recorrente teria a obrigação legal de oferecer e garantir os serviços postais a todos os cidadãos brasileiros, sendo o preço dos seus serviços dependente da aprovação de tarifas realizado por Órgãos do Governo Federal;
- iv. Em relação ao mérito, argumentou que a Fazenda Pública do Estado da Bahia não poderia cobrar o ICMS em face do recorrente, pois esse goza da imunidade tributária, amparada pelo art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69 e no art. 150, VI, “a”, da CF/88. Isso porque o mesmo seria uma Empresa Pública da Administração Indireta Federal prestadora de serviço público, já que constitucionalmente ordenada;
- v. Arguiu que, apesar de os serviços de recebimento, expedição, transporte e entrega de valores e encomendas, exercidos pela União, não estarem compreendidos no regime de monopólio, por força do art. 9º da Lei nº 6538/78; deveriam ser consideradas como pertencentes ao serviço público, devido à interpretação do conteúdo do art. 21, X, da CF/88, quando diz que cabe à ECT, o recebimento, o transporte, e a entrega de valores e encomendas postais, visto o que estaria preceituado no art. 7º da Lei nº 6538/78;
- vi. Seguiu afirmando que o fato de que tais serviços não serem exclusivos, não lhes retiraria o caráter público, pois o serviço médio por excelência seria um serviço público, mas que poderia ser prestado por particulares com ampla liberdade. Acresceu que para o recorrente, não é feita distinção entre as mercadorias transportadas, sendo todas consideradas como objetos postais; e não mercadorias, nos termos do art. 47 da Lei nº 6538/78;
- vii. Argumentou que a simples leitura do texto da Lei Estadual indicaria a inexistência de qualquer referência ao serviço de transporte postal como fato gerador do ICMS, e que não caberia ao Fisco pretender uma interpretação expansiva da legislação;
- viii. Afirmou estar restrita a aplicabilidade dos artigos 201 e 39 do RICMS/97 às transportadoras comerciais, que seriam as contribuintes do ICMS, e que por isso, não haveria de esse falara em responsabilidade solidária do recorrente, por transportar mercadorias desacompanhadas

de documentação fiscal;

- ix. Alegou o cerceamento do seu direito de defesa, com o argumento de que a base de cálculo utilizada pela Fazenda Pública estaria incorreta, na medida em que utilizou valores contidos no faturamento, referentes ao serviço prestado em outros Estados além do da Bahia.

Em Parecer, a PGE/PROFIS (fls.117/142) opinou pelo Conhecimento e Improvimento do Recurso voluntário, alegando que:

- i. Considerando subjetividade da imunidade recíproca, prevista na Constituição Federal de 1988, seria preciso observar que o legislador constitucional estabeleceu a concessão de tal benefício, de forma que alcançaria somente a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, além das Autarquias e Fundações; sem pontuar as Empresas Públicas e as Sociedades de Economia Mista;
- ii. Em seguida pontuou a possibilidade de o recorrente praticar atos abarcados pelo ICMS, e afirmou que, a despeito da imunidade não abarcar as Empresas Públicas; se as alcançasse, não seria aplicada nos casos em que houvesse contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelos usuários;
- iii. Arguiu que o serviço postal não poderia ser confundido com o serviço de transportes de encomendas ou de coisas, bem como que seria extremamente infeliz a ilação de que o transporte de cargas somente pudesse ser exercido pela União Federal. Dessa forma, concluiu pela possibilidade de incidência da exação sobre os serviços de transporte de coisas realizados pelo recorrente; excluindo-se do seu alcance apenas os serviços postais em sentido estrito;
- iv. Afirmou que o legislador teria estabelecido que aqueles que derem causa ao não recolhimento do tributo, ficariam sujeitos à incidência da norma tributária impositiva, por conta da extensão da responsabilidade tributária. Sendo assim, entendeu que aqueles que transportarem mercadoria desacompanhada de nota fiscal como seriam o caso, estariam sujeitos à incidência tributária;
- v. Por fim, arguiu que o art. 7º da Lei nº 6538/78 não fora recepcionado pela Constituição Federal, porquanto delimitadora do campo de incidência do ICMS.

Após, os autos foram remetidos para o CONSEF para apreciação do Recurso.

Em assentada de julgamento ocorrida em 20 de maio de 2015, esta CJF optou por converter o processo em diligência para que a PGE/PROFIS se manifestasse através de Parecer uniforme, sobre a matéria posta à apreciação.

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 procedimental 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 sistêmico, 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 sistêmico 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 cancelado pelo Procurador Chefe da PROFIS, Dr. Nilton Almeida Filho, consoante o despacho de fl. 159 do PAF.

VOTO

Inicialmente destaco que o presente lançamento trata da falta de recolhimento do ICMS, devido à prestação de serviço de transporte tributado como não tributado, resultando no transporte de mercadorias sem acompanhamento de documentação fiscal.

Neste momento, ultrapasso as preliminares aduzidas por entender que o julgamento do mérito aproveita ao contribuinte.

Destaco que as alegações do recorrente estão concentradas no entendimento de que o mesmo estaria beneficiado pela imunidade recíproca, prevista no art. 150, VI, “a”, da CF/88, e que por isso, não poderia ser responsabilizada pelo recolhimento da exação ora discutida.

A referida imunidade, por força de expressa disposição normativa, abarca a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, além disso, o constituinte se preocupou, no §2º do art. 150, em estender o benefício para as Autarquias e Fundações.

Devido ao silêncio constitucional em relação às Empresas Públicas (caso do recorrente) e às Sociedades de Economia Mista, o Supremo Tribunal Federal se viu às voltas com o assunto, entendendo por bem abarcar essas referidas entidades no rol de imunes. Tal posicionamento é visível nos seguintes julgados:

“Recurso extraordinário com repercussão geral. 2. Imunidade recíproca. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. 3. Distinção, para fins de tratamento normativo, entre empresas públicas prestadoras de serviço público e empresas públicas exploradoras de atividade. Precedentes. 4. Exercício simultâneo de atividades em regime de exclusividade e em concorrência com a iniciativa privada. Irrelevância. Existência de peculiaridades no serviço postal. Incidência da imunidade prevista no art. 150, VI, “a”, da Constituição Federal. 5. Recurso extraordinário conhecido e provido. (g.n.).

(STF - RE: 601392 PR, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 28/02/2013, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO)”

“Decisão: 1. Trata-se de Recurso extraordinário interposto com base no art. 102, III, da Constituição Federal em que a parte recorrente sustenta, preliminarmente, a existência de repercussão geral da matéria e aponta ofensa, pelo juízo recorrido, a dispositivos constitucionais. 2. O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que é ônus do recorrente a demonstração formal e fundamentada de repercussão geral da matéria constitucional discutida no Recurso extraordinário, com indicação específica das circunstâncias reais que evidenciem, no caso concreto, a relevância econômica, política, social ou jurídica. Não bastam, portanto, para que seja atendido o requisito previsto nos artigos 102, § 3º, da CF/88 e 543-A, § 2º, do CPC, alegações genéricas a respeito do instituto, como a mera afirmação de que (a) a matéria controvertida tem repercussão geral; (b) o tema goza de importância econômica, política, social ou jurídica; (c) a questão ultrapassa os interesses subjetivos da parte ou tem manifesto potencial de repetitividade; (d) a repercussão geral é consequência inevitável de suposta violação a dispositivo constitucional; ou, ainda, (e) há jurisprudência pacífica desta Corte quanto ao tema discutido. Nesse sentido: ARE 691.595-AgR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 25/2/2013; ARE 696.347-AgR-segundo, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe de 14/2/2013; ARE 696.263-AgR/MG, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 19/2/2013; AI 717.821-AgR, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, DJe de 13/8/2012. Ora, no caso, a alegação de repercussão geral não está acompanhada de fundamentação demonstrativa nos moldes exigidos pela jurisprudência do STF. 3. Mesmo que fosse possível superar esse grave óbice, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ACO 879 (Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. p/ Acórdão Min. ROBERTO BARROSO, DJe de 10/2/2015), reafirmou o entendimento em relação à matéria discutida no presente processo, em processo envolvendo a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT. Esse acórdão ficou assim ementado: Ementa: TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE RECÍPROCA DA EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. IPVA. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal orienta-se no sentido de que a imunidade recíproca deve ser reconhecida em favor da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, ainda que o patrimônio, renda ou serviço desempenhado pela Entidade não esteja necessariamente relacionado ao privilégio postal. 2. Especificamente com relação ao IPVA, cumpre reafirmar o quanto assentado na ACO nº 789/PI, Redator para o acórdão o Ministro Dias Toffoli, ocasião na qual foi confirmada a outorga da imunidade recíproca para o fim de afastar a incidência sobre os veículos de propriedade da requerente. 3. Ação Cível Originária julgada procedente. A aplicação da imunidade tributária recíproca à Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – INFRAERO, aliás, já foi reconhecida por esta Corte no julgamento do Tema 412 da Repercussão Geral, conforme ementa a seguir: Ementa: RECURSO. Extraordinário. Imunidade tributária recíproca. Extensão. Empresas públicas prestadoras de serviços públicos. Repercussão geral reconhecida. Precedentes. Reafirmação da jurisprudência. Recurso improvido. É compatível com a Constituição a extensão de imunidade tributária recíproca à Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – INFRAERO, na qualidade de empresa pública prestadora de serviço público. (ARE 638315 RG/BA, Rel. Min. MINISTRO PRESIDENTE CEZAR PELUSO, DJe de 31/8/2011) Assim, por estar em consonância com o entendimento jurisprudencial acima demonstrado, o acórdão recorrido não merece reparos. 4. Diante do exposto, nego seguimento ao Recurso. Publique-se. Intime-se. Brasília, 23 de março de 2015. Ministro Teori Zavascki Relator Documento assinado digitalmente. (g.n.). (STF - RE: 871237 RS - RIO GRANDE DO SUL 5000731-02.2014.4.04.7200, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 23/03/2015, Data de Publicação: DJe-059 26/03/2015)”

Como se pode ver, o guardião da Carta Magna já se posicionou diversas vezes no sentido de abarcar as Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista como beneficiadas da imunidade recíproca. É de se notar, que para fazer jus ao benefício, a Suprema Corte considerou irrelevante o fato de a atividade ser realizada em regime de concorrência com a iniciativa privada, como é o caso do transporte de encomendas.

Isso porque o serviço postal, o qual é essencial para a coletividade, para ser efetivamente prestado (independentemente de sua modalidade), conforme se depreende dos artigos 7º e 9º da Lei nº 6.538/78, deve passar por três etapas, as quais estão indissociadas umas das outras. São elas o recebimento, o transporte e a entrega. Por óbvio, quando o recorrente recebe um objeto postal, ele o faz com o intuito de entregá-lo ao destinatário, e para isso deve fazê-lo através do transporte desse objeto.

Isso põe o serviço de transporte como uma atividade meio do recorrente; diversamente do que acontece com uma transportadora privada, que tem tal serviço como objetivo final. Outra diferença entre ambos está no fato de que o recorrente tem o dever legal de oferecer o serviço postal para todas as regiões do país, não importando o local de destino, e por um valor previamente aprovado por órgãos do Governo Federal; enquanto que a transportadora privada tem a faculdade de aceitar ou não o serviço, além de cobrar o valor que achar adequado.

Sendo assim, não merece prosperar o posicionamento da Decisão de base, quando diz que não se

poderia confundir o serviço postal com o transporte de encomendas, pois o próprio STF em sede de repercussão geral, em recente Decisão, se manifesta de forma contrária, conforme o julgado infratranscrito:

DECISÃO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE RECÍPROCA. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉFAGOS – ECT. NÃO INCIDÊNCIA DE IMPOSTO SOBRE A CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – ICMS SOBRE TRANSPORTE DE ENCOMENDAS: DEFINIÇÃO DE SERVIÇOS POSTAIS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. ACÓRDÃO RECORRIDO CONSOANTE A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. Relatório 1. Recurso extraordinário interposto com base no art. 102, inc. III, al. a, da Constituição da República contra o seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da Quarta Região: EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. REMESSA OFICIAL. INTERPOSIÇÃO DE OFÍCIO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT. IMUNIDADE. ICMS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MANUTENÇÃO. 1. A ECT, empresa pública que realiza serviços postais, os quais são de competência exclusiva da União, está abrangida pela imunidade tributária prevista no artigo 150, inciso VI, letra a, da CF. Precedentes do TRF da 4ª Região e do STF. 2. Os serviços de transporte prestados pela ECT integram o conceito de serviço postal e, por isso, estão fora do campo de incidência do ICMS. 3. Honorários advocatícios mantidos, porquanto fixados de acordo com o entendimento da Turma” (fl. 170, e-STJ). Os embargos de declaração opostos foram rejeitados. 2. O Recorrente alega contrariedade ao art. 150, inc. VI, al. a, da Constituição da República. Assevera ser “o serviço prestado pela ECT, relativamente ao transporte de pacotes contendo objetos ou mercadorias, via encomenda SEDEX, () fato gerador” do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS (fl. 208). Examinados os elementos havidos nos autos, DECIDO. 3. Razão jurídica não assiste ao Recorrente. 4. No julgamento do Recurso Extraordinário n. 627.051, Relator o Ministro Dias Toffoli, com repercussão geral, este Supremo Tribunal Federal reconheceu a imunidade recíproca à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT sobre o “transporte de encomendas”, por ser este “indissociável do serviço postal”, que não integra o campo de incidência do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços– ICMS: Recurso extraordinário com repercussão geral. Imunidade recíproca. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Peculiaridades do Serviço Postal. Exercício de atividades em regime de exclusividade e em concorrência com particulares. Irrelevância. ICMS. Transporte de encomendas. Indissociabilidade do serviço postal. Incidência da Imunidade do art. 150, VI, a, da Constituição. Condição de sujeito passivo de obrigação acessória. Legalidade. 1. Distinção, para fins de tratamento normativo, entre empresas públicas prestadoras de serviço público e empresas públicas exploradoras de atividade econômica. 2. As conclusões da ADPF 46 foram no sentido de se reconhecer a natureza pública dos serviços postais, destacando-se que tais serviços são exercidos em regime de exclusividade pela ECT. 3. Nos autos do RE nº 601.392/PR, Relator para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes, 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. 4. 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 quão pequenos ou subdesenvolvidos. 5. Não há 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. 6. A imunidade tributária não autoriza a exoneração de cumprimento das obrigações acessórias. A condição de sujeito passivo de obrigação acessória dependerá única e exclusivamente de previsão na legislação tributária. 7. Recurso extraordinário do qual se conhece e ao qual se dá provimento, reconhecendo a imunidade da ECT relativamente ao ICMS que seria devido no transporte de encomendas” (DJe 11.2.2015, grifos nossos). O acórdão recorrido harmoniza-se com essa orientação jurisprudencial. Nada há, pois, a prover quanto às alegações do Recorrente. 5. Pelo exposto, nego seguimento ao Recurso extraordinário (art. 557, caput, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Publique-se. Brasília, 12 de março de 2015. Ministra CÁRMEN LÚCIA Relatora. (g.n.). (STF - RE: 868853 RS - RIO GRANDE DO SUL 5009142-57.2011.4.04.7000, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 12/03/2015, Data de Publicação: DJe-052 18/03/2015)

Por sua vez, tal fato foi reconhecido pela própria PGE/PROFIS no opinativo de fls. 148 a 158, e a presente matéria já foi objeto de julgamento por esta CJF, que em recente Decisão unânime, deu provimento ao Recurso do contribuinte (ACÓRDÃO CJF Nº 0001-12/16), em brilhante voto conduzido pela Relatora Conselheira Denise Barbosa.

Diante de todo o exposto, entendo pelo acolhimento da alegação do recorrente de que o mesmo estaria beneficiado pela imunidade recíproca do art. 150, IV, “a”, da CF/88, bem como pela arguição de impossibilidade legal do lançamento, razão pela qual voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

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 **129442.0004/14-5**, lavrado contra **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT**.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de fevereiro de 2016.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

DANIEL RIBEIRO SILVA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS