

PROCESSO - A. I. N° 129442.0002/14-2
RECORRENTE - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 6^a JJF n° 0076-06/14
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 20/07/2016

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0131-11/16

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Prestação de serviço de transporte de bens (SEDEX). Decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em sede de repercussão geral, reconhece a imunidade recíproca à EBCT com relação às atividades não albergadas pelo regime de monopólio, alcançando o transporte de encomendas, previsto no art. 7º da Lei nº 6.538/78. Prejudicada a análise das preliminares de nulidade suscitadas. Inexistência de correlação do fato ao objeto dos pedidos. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 6^a Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 18/03/14, para exigir do sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$10.661.527,92, 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 2011.

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 CRFB/88, equiparam-se 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 de serviço de transporte*”.

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 Razão Contábil de receita SEDEX, no período de 01/01/2011 a 31/12/2011.

A 6^a Junta de Julgamento Fiscal, na decisão proferida fundamentou que:

Conforme já relatado, trata o Auto de Infração em análise de falta de recolhimento de ICMS incidente sobre prestações de serviço de transporte de mercadorias e bens, em operações interestaduais, realizadas por meio de SEDEX.

Incialmente, há que se ressaltar que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, com a vigência da Constituição Federal de 1988, está submetida às mesmas regras das empresas privadas, tanto em relação ao regime jurídico constituído, quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários. Não está o autuado enquadrado nas hipóteses de imunidade previstas no art. 150 da Constituição Federal, sujeitando-se, portanto, às mesmas regras das empresas privadas, conforme o disposto no art. 173, §2º, da

Constituição Federal. Dessa forma, ao prestar serviço de transporte de mercadoria, subordina-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, não fazendo jus ao gozo de benefícios fiscais.

No presente lançamento tributário de ofício, não se está exigindo ICMS sobre serviço postal, mas sim sobre a prestação de serviço de transporte de carga, efetuado mediante SEDEX. Essa prestação realizada pelo autuado, apesar dos respeitáveis argumentos trazidos na defesa, não se diferencia do serviço de transporte de carga realizado pelas demais empresas transportadoras que atuam nesse segmento de mercado, sob as mesmas condições concorrentes, e que recolhem o ICMS referente aos serviços prestados.

Conforme foi bem ressaltado pelo autuante na informação fiscal, o “art. 7º da Lei nº 6.538/78 (recepçãoada pela atual Carta Magna) define com clareza solar o que serviço postal: carta, cartão-postal, impresso, cecograma e pequena encomenda. Não se pode conceber o transporte de mercadorias via SEDEX como transporte de pequena encomenda.”

Apesar de os 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.

A imunidade recíproca alegada pelo defendant se refere apenas à sua atividade na prestação de serviço postal, atividade que é exercida pela ECT em regime de monopólio. Por seu turno, o serviço de transporte de encomendas constitui uma atividade econômica efetuada por diversas empresas do setor, 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”.

Os argumentos defensivos atinentes à reversão das receitas obtidas em favor da manutenção e melhoria dos serviços prestados e à alegada ausência de intuito lucrativo, não são capazes de elidir a infração que foi imputada ao autuado.

As decisões citadas na defesa são no sentido de que não há incidência de ICMS sobre a prestação de serviços postais. Todavia, o serviço de transporte de cargas é distinto do serviço relativo às entregas de cartas, cartões postais, vales postais, telegramas, e demais objetos conceituados legalmente como objetos postais, alvos das referidas decisões.

Saliento que o autuado em sua defesa não questiona os valores constantes nos demonstrativos elaborados pelo autuante. Desse modo, considero que, tacitamente, foram os cálculos e valores apurados pelo autuante considerados como corretos, tendo o autuado se insurgido apenas quanto à incidência do ICMS sobre as prestações de serviço de transporte.

Em face ao acima exposto, a infração imputada ao autuado resta caracterizada e, portanto, é devido o ICMS sobre as prestações de serviço de transporte de carga, efetuadas mediante SEDEX, conforme apurado pelo autuante no “Demonstrativo de Cálculo Analítico Relativo à Prestação de Serviços de Transporte - SEDEX, em suas diversas modalidades”, entregue ao autuado, fl. 4.

Voto, portanto, pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

No Recurso Voluntário interposto (fls. 63 a 84), o recorrente ressalta que a Decisão manteve a infração que acusa a empresa “como se responsável solidária fosse” do recolhimento do ICMS em virtude de “ter recebido e transportado para entrega, mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal”, mas que além do procedimento fiscal padecer de nulidade, a autuada encontra-se amparada pela imunidade tributária recíproca, o que foi desconsiderado, sem levar em consideração as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), a exemplo do julgamento do RE 235677/MG, cujo Acórdão foi transscrito parcialmente (fls. 64/65).

Suscita a nulidade do procedimento fiscal, em razão de não ter sido lavrado Termo de Apreensão contra o transportador e destinatário, em conformidade com o disposto no Protocolo ICM 23/88.

Suscita a nulidade por ilegitimidade passiva, tendo em vista que o citado Protocolo ICM 23/88 prevê que o autuado deveria comunicar ao destinatário a apreensão das mercadorias e providenciado o pagamento do imposto pretendido.

Alega que o Fisco estadual entende que o serviço postal é serviço de transporte, mas na realidade exerce atividade de serviço postal, que é um serviço público, sendo o transporte um elo entre a

expedição e entrega do objeto remetido, conforme artigos 7º e 9º da Lei nº 6.538/78.

Discorre sobre o serviço postal, inviolabilidade, garantia da União, regido pelo Direito Administrativo, exclusividade, discricionariedade, fixação de preços de acordo com seus custos, o que difere das atividades concorrentes dos prestadores de serviço de transporte.

No mérito, afirma que a Fazenda Pública Estadual é carecedora de cobrança de ICMS da EBCT, por que encontra-se amparado pela imunidade recíproca prevista no art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69 e no art. 150, VI, "a", da CF/88. Discorre sobre a imunidade tributária, (art. 170, IV da CF), definição contida no Decreto-Lei nº 200/67 sobre a empresa pública, cita texto de doutrinadores acerca de exploração de atividade econômica, serviços públicos e conclui que o que designa o serviço público é a atividade constitucional ordenada pelo próprio Estado e o fato de os serviços que presta não serem exclusivos, não lhes retira o caráter público.

Discorre sobre a legislação dos serviços postais previstos na CF/88 (art. 22, V) e Decreto-Lei nº 6.538/78 (artigos 7º, 8º, 9º, 25, 27) que tratam da definição do serviço postal, atividades correlatas, serviços de recebimento, expedição, transporte e entrega de valores e encomendas, exercidos pela União, exercida pelo estabelecimento autuado, em regime de monopólio.

Ressalta que a CF 88 recepcionou o DL 509/69 e Lei nº 6.538/78, assegurando a imunidade prevista no art. 150, VI, "a" da CF/88, o que foi corroborado pelo art. 173 através da EC 19/98.

Com relação ao lançamento, afirma que os entes políticos só podem atuar dentro dos estritos termos de competência e neste sentido transcreve texto de doutrinadores (fls. 76/77), ressaltando a competência dos estados para instituir o ICMS (art. 155, II da CF 88).

Discorre sobre as hipóteses de incidência do ICMS e afirma que a atividade de prestação de serviço de transporte com serviço postal não caracteriza atividade mercantil, porque não almeja lucro e configura uma atividade de serviço público de interesse coletivo.

Cita jurisprudência de Tribunais Federais que concluíram que o serviço postal não configura hipótese de incidência de fato gerador do ICMS, a exemplo do Processo 93.4753-1 da 7ª Vara Federal do Ceará e 91.0001190-8 e 910000112-0 da 2ª Vara Federal de Porto Alegre.RS. Também obteve resposta no mesmo sentido da Consulta nº 195/92 a Secretaria da Fazenda do Estado do Paraná, além do Pleno do Conselho de Contribuintes ter proferido o Acórdão 01.3685761-4 manifestando o mesmo entendimento.

Ressalta que o art. 150, I da CF88 e art. 114 do CTN exigem adequação do fato a norma, que na situação presente não encontra-se preenchida, inexistindo motivação para cobrança do tributo.

Argumenta que a autuação se enquadra nos “artigos 201, I c/c artigo 39 do RICMS/97” que trata de solidariedade dos transportadores na execução dos serviços de transporte, que entende não se aplicar a ECT, por ser uma prestadora de serviço postal.

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

A PGE/PROFIS, no parecer de fls. 89 a 107, inicialmente aprecia que a matéria gravita em torno do entendimento se a EBCT estaria abarcada pela imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, "a", da CF/88, laborada em regime de monopólio (art. 173, §1º).

Discorre sobre a natureza subjetiva da imunidade recíproca, cita doutrinadores, transcreve os artigos correlatos e destaca que na Decisão proferida no RE nº 90478-PB conclui se que a imunidade constitucional, com relação à EBCT sujeita-se tão somente a União, Estados, Distrito Federal e os municípios e, por norma extensiva, as autarquias e fundações.

Transcreve dispositivos da LC 87/96 e com relação à atividade de prestação de serviço de transporte a atividade exercida pela EBCT, preenche em todos os seus termos a hipótese de incidência (art. 4º), na medida em que promove o transporte de valores, encomendas e outros objetos de correspondência ou inerentes aos serviços postais, em veículo próprio ou locados.

Transcreve diversas decisões proferidas por Tribunais Federais (AC 381558/2000/RS; AC 170488/2003/RS) nas quais foi fundamentado que “as empresas públicas possuem natureza jurídica de empresas privadas, segundo o disposto no art. 173, §1º da CF/88 e que a execução dos serviços de transportes realizados pela EBCT “... *no qual há onerosidade, há deslocamento de bens e valores de um local para outro, havendo desta forma, contrato de transporte. Havendo incidência do ICMS*”.

Ressalta que não se pode confundir a prestação de “serviços postais”, albergado pela imunidade constitucional (art. 7º da Lei nº 6.538/78) com a prestação de serviços de transporte de coisas definido como atividade realizado mediante contrato previsto no art. 730 do Código Civil, da mesma forma que a exercida pelas empresas transportadoras de cargas, não se caracterizando com a atividade postal que é 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 a CF/88 estabeleceu competência para os Estados e DF instituírem o ICMS, cujo campo de incidência engloba a prestação de serviços de transportes e a Lei nº 6.538/78 restringe a incidência do imposto relativo ao serviço postal, que envolve pequenas encomendas, mas não há como afastar a incidência do imposto com ralação a atividade de transportes.

Na pauta suplementar de 17/08/15 a 2ª CJF considerando as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), inclusive em sede de repercussão geral, reconhecendo a imunidade tributária recíproca sobre todos os serviços dos Correios devido à sua natureza de serviço público, decidiu converter o 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, no parecer PGE 2014.517830-0 (Sipro nº 051173/2014-3), inicialmente discorre sobre o parecer sistêmico que tem o propósito de preservar a uniformidade de orientação jurídica no âmbito da Administração Pública Estadual (art. 4º, III, do Dec. 11.737/2009) tendo como pressupostos (i) divergência entre Procuradores; (ii) potencialidade de repercussão; (iii) significativo interesse sistêmico ou risco de danos ao erário; (iv) entendimento pacificado no âmbito da PGE revelado pela repetição de pareceres idênticos.

Ressalta que o **Parecer uniforme**, uma vez aprovado pelo Procurador Chefe, é submetido a pauta do Núcleo da Procuradorias, que uma vez aprovado por maioria absoluta, passa a ser entendido como de caráter uniforme sobre a matéria apreciada.

Atenta 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”.

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”.

No mérito, ressalta que o presente PAF requer uma reavaliação do posicionamento adotado pela Administração Pública, com o propósito de a vista do interesse público evitar efeitos pecuniários

negativos decorrentes de sucumbências judiciais em razão das decisões proferidas pelo STF, com relação à incidência do ICMS relativo a transporte de encomendas, mesmo que tais decisões não vinculem a atuação dos órgãos e agentes administrativos.

Esclarece que mediante Ordem de Serviço PROFIS nº 05/2015, foi instituído um Grupo de Trabalho com atribuição de promover o levantamento de matérias objeto de reiteradas decisões desfavoráveis à Fazenda Pública, no âmbito dos Tribunais Superiores, que entre elas reanalisou a questão relativa à incidência de ICMS sobre serviços de transporte de encomendas prestados pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (EBCT), à vista da Decisão proferida pelo STF no RE 627.051-PE, sob a sistemática do art. 543-C do CPC.

Transcreve parte do conteúdo da Decisão do STF – RE 627051-PE e de modo geral conclui que:

- A) Assim, restou sedimentado, que o transporte de encomendas está inserido no rol das atividades desempenhadas pela ECT ... alcança as atividades de que trata o art. 7º da lei citada [Lei 6.538/78], dentre elas as encomendas (RE 601.392/PR). *E que a despeito da PGE ter firmado o entendimento de “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 a ECT”.*
- B) 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*” (art. 124 do CTN; artigos 6º, III, “d”, 28 e 47 da Lei 7.014/96), tendo como respaldo as Decisões do STF relativo a EBCT na Ação Cível Originária nº 2055/DF e RE 250.844/12;
- C) *Propôs aos 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, diante das *conclusões do Grupo de Trabalho, devidamente aprovadas pelo Procurador Chefe desta Procuradoria Fiscal*, 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. 126.

VOTO

Inicialmente cabe apreciar às nulidades suscitadas sob o argumento de que (i) não foi lavrado Termo de Apreensão contra o transportador e destinatário, conforme previsto no Protocolo ICM 23/88 e (ii) por ilegitimidade passiva em razão de que o citado Protocolo prevê que deveria preceder comunicação ao destinatário da apreensão das mercadorias e providenciado o pagamento do imposto pretendido.

Na situação presente o lançamento refere-se a prestação de serviços de transporte de mercadorias (SEDEX), cujas operações foram devidamente registradas na contabilidade do estabelecimento autuado. Como as nulidades invocadas referem-se a ausência de termo de apreensão de mercadorias e comunicação da apreensão ao destinatário, não há correlação entre o fato ocorrido que motivou a autuação e a fundamentação das nulidades suscitadas. Portanto, fica prejudicado a sua apreciação, motivo pelo qual deixo de analisar o objeto dos pedidos.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS sobre a prestação de serviços de transporte de mercadorias e bens, em operações interestaduais, realizados por meio do denominado SEDEX.

Conforme apreciado na Decisão proferida pela 6^a JJF, a EBCT, na condição de empresa pública, com relação as operações de prestação de serviços de transporte de encomendas submete-se às mesmas regras das empresas privadas, não se enquadrando as operações nas hipóteses de imunidade previstas no art. 150 da CF/88 e sim a disposta no art. 173, §2º, da Constituição Federal.

Este entendimento tem sido prevalente nas decisões proferidas por este Conselho de Fazenda Estadual, com base nos pareceres opinativos exarados da Procuradoria Geral do Estado.

Entretanto, levando em consideração as alegações do recorrente e as recentes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, inclusive em sede de repercussão geral, reconhecendo a imunidade tributária recíproca sobre os serviços prestados pelos Correios, caracterizando-se como serviço de natureza pública, o PAF foi remetido à PGE/PROFIS para emissão de parecer.

No parecer exarado às fls. 115 a 125, o Grupo de Trabalho constituído para reavaliar o posicionamento adotado pela Administração Pública, concluiu que embora as decisões proferidas pelo STF não vinculem a atuação dos órgãos e agentes administrativos do Estado, diante das decisões desfavoráveis à Fazenda Pública, no âmbito dos Tribunais Superiores, com relação à questão relativa à incidência de ICMS sobre serviços de transporte de encomendas prestados pela EBCT, opinou pelo provimento ao Recurso Voluntário, julgando-se improcedente o Auto de Infração.

Assim sendo, embora haja previsão expressa de incidência do ICMS nas operações de prestação de serviço de transporte (art. 155, II, §2º da CF/88; art. 2º, II da LC 87/96; art. 2º, VI da Lei nº 7.014/96), a Decisão proferida pelo STF no RE 627.051-PE, sob a sistemática do art. 543-C do CPC, deliberou ser aplicável à EBCT a imunidade tributária recíproca consagrada no artigo 150 da CF, e incabível a exigência do ICMS relativa a operações de transporte de encomendas.

Portanto, deve ser reconhecida a imunidade tributária às operações de prestação de serviço de transporte realizada pela EBCT, exceto no que se refere à condição de substituta tributária ou responsabilidade solidária, bem como o cumprimento de obrigações acessórias.

Ressalto que este novo posicionamento já foi manifestado nas decisões contidas nos Acórdãos CJF Nº 0001-12/16 e CJF Nº 0007-12/16 proferidos pela 2^a CJF deste Conselho de Fazenda Estadual.

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 1^a 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 **129442.0002/14-2**, lavrado contra **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS**.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de junho de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS