

A. I. N° - 129442.0011/13-3
AUTUADO - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT
AUTUANTE - OSVALDO COSTA MENEZES
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 09/04/2014

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0020-06/14

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO.

a) BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO **b)** MATERIAIS PARA CONSUMO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando as mercadorias são destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente do estabelecimento. Infrações caracterizadas. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. **a)** FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE SAÍDAS. Os documentos não escriturados correspondem a operações de circulação de mercadorias efetuadas regularmente, sujeitas ao imposto. É devido o imposto. **b)** FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias ou bens não escriturados. Infração não elidida. Afastadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração

PROCEDENTE. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 25/11/13, para exigir crédito tributário no valor de R\$378.746,13, imputando ao sujeito passivo as seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, no período de março a novembro de 2010, conforme os Anexos 1 a 7 (fls. 08/10, 12/14, 16, 17 e 31 a 34). ICMS no valor de R\$70.768,38, mais multa de 60%.

INFRAÇÃO 2 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do próprio estabelecimento, no período de janeiro a dezembro de 2010, conforme os Anexos 8 a 15 (fls. 36, 37, 39/41 e 45 a 50). ICMS no valor de R\$7.316,76, mais multa de 60%.

INFRAÇÃO 3 - Omissão de operações de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrentes do não lançamento de documentos fiscais nos livros fiscais próprios, no período de maio a dezembro de 2010. Trata-se de saídas de mercadorias tributadas (cartões máximos postais, envelopes sem selo, cartões de Natal, envelopes para Sedex, caixas de encomenda e envelopes para correspondências) sem o recolhimento do ICMS, conforme o Anexo 28 (fl. 63). ICMS no valor de R\$78.848,19, mais multa de 100%.

INFRAÇÃO 4 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) sujeita(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, no período de janeiro a dezembro de 2010, conforme os Anexos 30 a 41 (fls. 115 a 130). Foi aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória de R\$21.812,80, equivalente a 10% do valor das mercadorias não registradas.

O autuado apresenta defesa (fls. 142 a 165) e, após descrever as infrações que lhe foram imputadas, afirma que descabe a exigência de ICMS sobre os serviços postais desempenhados

pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, pois: primeiro, é imune a impostos estaduais e municipais (art. 150, VI, da Constituição Federal), consoante decisão recentemente do Supremo Tribunal Federal, por meio de RE nº 601392, com publicação em 01/03/13, com repercussão geral reconhecida; segundo, ainda que não fosse imune – o que se admite só para argumentação – não pratica nenhum fato que se subsuma à hipótese de incidência do ICMS. 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.

Menciona que o Supremo Tribunal Federal (STF), por meio de RE nº 601392, tendo como parte a ECT e o Município de Curitiba-PR, com publicação da decisão em 01/03/13, reconheceu imunidade tributária recíproca sobre todos os serviços da ECT. Diz que o Plenário do STF concluiu o julgamento desse citado Recurso Extraordinário, que discutia a imunidade da ECT em relação ao recolhimento do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) nas atividades exercidas pela empresa que não tenham características de serviços postais. Discorre sobre essa decisão do STF, citando a participação e voto de Ministros daquela Corte. Aduz que, após reformulação do voto do ministro Ricardo Lewandowski somou-se seis votos favoráveis para reconhecer que a imunidade tributária recíproca prevista no art. 150, VI, “a”, da Constituição Federal alcança todas as atividades exercidas pelos Correios. Frisa que o tema teve a repercussão geral reconhecida.

Prosseguindo, passa a abordar a tese da imunidade tributária das atividades desenvolvidas pela ECT, conforme jurisprudência que transcreve. Sustenta que o Estado da Bahia carece do direito de cobrança do ICMS em face da ECT, por esta pessoa jurídica federal gozar da imunidade tributária, amparada pelo art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69, e ainda pelo preceito constitucional onde trata da imunidade recíproca entre as esferas governamentais, ou seja, veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios gravarem impostos sobre a renda, serviços e patrimônio uns dos outros, portanto, incabível a cobrança por não poder a ECT figurar no pólo passivo da cobrança de ICMS, conforme estatuído no art. 150, VI, “a”, da Constituição Federal. Destaca que, sendo uma Empresa Pública da Administração Indireta Federal, enquadra-se na imunidade prevista no referido artigo.

Diz que, apesar da afirmação contida na definição de Empresa Pública, na realidade elas podem desempenhar duas funções completamente distintas: a) explorar atividade econômica; b) prestar serviço público. Transcreve farta doutrina e, com base nela, afirma que o Decreto-Lei nº 200/67, na definição proposta pelo legislador daquela época sobre Empresa Pública, não foi feliz, pois somente a condicionou como exploradora de atividade econômica, esquecendo-se, do principal, que é ser prestadora de serviço público.

Ressalta que, nos termos do artigo 22, inciso V, da Constituição Federal de 1988, cabe à União Federal, de forma privativa, legislar, entre outras matérias, sobre o serviço postal. Aduz que, por ser de estrita competência, a Lei nº 6.538/78, nos seus artigos 7º e 25, define o que constitui o serviço postal e o serviço de telegrama. Transcreveu esses dispositivos legais.

Assevera que, pela interpretação do artigo 21, inciso X, da Constituição Federal de 1988, cabe à ECT o recebimento, expedição, transporte e entrega de valores e encomendas postais, visto o preceituado no artigo 7º da Lei nº 6.538/78. Portanto, os serviços de encomendas e valores estariam albergados no conceito de serviços públicos, visto que:

- o artigo 7º da Lei nº 6538/78 estabelece que o serviço postal compreende o recebimento, a expedição, o transporte e a entrega de objetos de correspondência, valores e encomendas;
- o parágrafo 3º do mesmo artigo 7º preconiza que “constitui serviço postal relativo a encomendas a remessa e a entrega de objetos, com ou sem valor mercantil”;
- a Impugnante é obrigada a executar o serviço postal – que compreende encomendas por disposição legal – tem todo do território nacional, constituindo, portanto, o serviço postal de encomendas a sua finalidade legal;
- a ECT somente pode recusar a prestação do serviço postal de encomenda (em qualquer modalidade), nas hipóteses previstas no art. 13 da Lei nº 6538/78.

Afirma que o Decreto-Lei nº 509/69 e a Lei nº 6.538/78 foram recepcionados pela atual Constituição Federal, conforme doutrina que transcreveu. Diz que está presente a condição para que se diga recepcionada a Lei nº 6.538/78, pois, na ordem constitucional anterior, como na atual, é da competência privativa da União manter o serviço postal e telegráfico e sobre ele legislar.

Explica que, em matéria tributária, o legislador constituinte pátrio adotou a técnica de prescrever, de modo exaustivo, as áreas dentro das quais as pessoas políticas podem exercer a tributação forjou, portanto, um sistema rígido de distribuição de competências. Deste modo, os entes políticos só podem atuar dentro dos estritos termos da competência tributária que lhes foi outorgada pela Constituição Federal, uma vez que dela recebem o poder tributário, mas, sim, uma parcela deste poder, bastante limitada pelas normas que disciplinam seu exercício.

Frisa que a Constituição contém, portanto, grande número de preceitos que talham, de modo rígido e exaustivo, o exercício da tributação. Em razão disto, o legislador ordinário, ao descrever os vários aspectos da norma jurídica instituidora (ou majoradora) de cada tributo, deve observar os parâmetros constitucionais que disciplinam o exercício de sua competência tributária.

Tece considerações acerca do ICMS e, em seguida, diz que a regra-matriz do ICMS sobre operações relativas à circulação de mercadorias é a operação e, não, a mera circulação física de mercadorias, e o transporte interestadual e intermunicipal o praticado com o intuito de lucro. A circulação jurídica pressupõe a transferência da posse ou da propriedade de mercadoria. Sem mudança da titularidade de mercadoria não há tributação por meio de ICMS. Explica que, como os termos “circulação” e “mercadorias” qualificam as operações tributadas pelo ICMS, para que um ato configure uma “operação mercantil”, é necessário que: seja regido pelo Direito Comercial; tenha por finalidade o lucro; e tenha por objeto uma mercadoria.

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

Diz ainda que o Serviço de Transporte Postal não está incluso no conceito de fato gerador de ICMS esculpido na Lei Estadual nº 6284/97 não podendo ser tributado ante ao princípio da legalidade dominante no sistema tributário pátrio (artigo 150, I, CF/88 e artigo 114, CTN).

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

Corroborando seus argumentos, reproduz fartas doutrina e jurisprudência.

Contesta a aplicação da taxa SELIC, afirmando que a mesma deve ser expurgada do montante do crédito, por ser indevidamente aplicada na cobrança de juros, concomitantemente com índice de correção monetária. Diz que o emprego dessa referida taxa provoca enorme discrepância com o que se obteria se, ao invés dessa taxa, fossem aplicados, no caso concreto, os índices oficiais de correção monetária, além dos juros legais de 12% (doze por cento) ao ano. Destaca que o Supremo Tribunal Federal tem acenado para a possibilidade de declarar a inconstitucionalidade da taxa SELIC como forma de remuneração dos tributos. Requer a exclusão da taxa SELIC, pois cria a figura de “tributo rentável”. Sobre esse assunto, transcreveu doutrina e jurisprudência.

Sustenta que a multa punitiva em caráter confiscatório, que a Fazenda Pública Estadual, ao aplicar multa em patamar estratosférico, macula a exação, já que afronta o preceito destacado no art. 150, IV, da Constituição Federal, que vedava a utilização de tributo com efeito de confisco. Cita doutrina e jurisprudência. Diz que caso, mantida a autuação, as multas sejam revistas, a fim de serem reduzidos os seus valores em atenção ao princípio da razoabilidade.

Ao finalizar, pede que sejam acolhidas as preliminares arguidas, para que seja declarado insubsistente o Auto de Infração. Caso aquelas sejam ultrapassadas, no mérito administrativo, requer que seja julgado improcedente o Auto de Infração.

Na informação fiscal, fls. 173 a 179, o autuante afirma que não cabe à Administração Tributária, por meio de seus órgãos e agentes, se pronunciar acerca de matéria de cunho constitucional.

Quanto ao Recurso Extraordinário interposto pela ECT em face do Município de Curitiba/PR, diz que se refere a matéria dissociada do ICMS, uma vez que a Corte Suprema reconheceu imunidade recíproca quanto ao recolhimento do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) nas atividades exercidas pela ECT que não tenham características de serviços postais.

Destaca que o autuado não combate os levantamentos fiscais consignados no Auto de Infração, de forma que sob esse aspecto não há uma defesa propriamente dita. Aduz que a defesa está recheada de fatos estranhos ao Auto de Infração em apreço. Menciona que o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas nada tem a ver com serviços postais. Diz que a falta de recolhimento de ICMS sobre mercadorias vendidas, a exemplo de envelopes sem selo, cartões de Natal, envelopes sedex, caixas para acondicionamento de encomendas e envelopes para correspondências, também não têm nada a ver com prestação de serviço postal.

Ressalta que o autuado vinha tributando todas as mercadorias vendidas até o mês de abril de 2010 e, por razões desconhecidas, a partir de maio do mesmo ano passou a omitir tais vendas. Registra que em relação ao ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas o autuado efetuou recolhimentos, conforme se pode constar nos demonstrativos dos Anexos 1 a 15 deste processo.

Ao finalizar seu arrazoado, o autuante sugere que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

Inicialmente, o defendant suscitou nulidade do presente lançamento tributário de ofício, alegando que se encontra 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 defendant 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, inc. VI, da Constituição Federal). Em segundo lugar, ainda que não fosse imune, não pratica fato que se subsuma na hipótese de incidência do ICMS.

Afasto a alegação defensiva de que a ECT é ilegítima para figurar no polo passivo do presente Auto de Infração, pois o regramento da empresa pública, como é o caso da ECT, está contido no art. 173, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, que a sujeita ao mesmo regime jurídico das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações trabalhistas e tributárias, não podendo a ECT gozar de privilégios não extensivos às demais empresas do setor privado. A alegada imunidade prevista no art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69 não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, pois tal privilégio contraria frontalmente o disposto dos artigos 150, § 3º, e 173, § 2º, da citada Constituição. Além disso, não se pode olvidar que os fatos tratados no presente Auto de Infração (falta de pagamento de diferença de alíquota, operações de saídas de mercadorias tributáveis e falta de escrituração de entradas de mercadorias) não se confundem com tributação de atividades relacionadas ao serviço postal - telegrama, correspondências, etc.

No que tange ao Recurso Extraordinário RE nº 610392, citado pelo defendant, 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. Esse referido Recurso tem como partes a ECT e o Município de Curitiba-PR e, além disso, discute a imunidade da ECT em relação ao recolhimento do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS).

No mérito, observa-se que o autuado não aponta equívoco na apuração dos valores devidos, não contrapondo números aos levantamentos efetuados pelo autuante.

Quanto às infrações 1 e 2, os demonstrativos apresentados pelo autuante comprovam a falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições destinadas ao ativo imobilizado e ao consumo do próprio estabelecimento.

Nos termos do art. 2º, IV, da Lei nº 7.014/96, é devido o ICMS relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando as mercadorias forem destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento. Considerando que o autuado não comprovou o pagamento do imposto lançado ou que os valores exigidos não eram devidos, as infrações 1 e 2 subsistem integralmente.

No que tange à infração 3, está demonstrado nos autos a omissão de operações de saídas de mercadorias tributáveis, em decorrência da não escrituração de documentos fiscais nos livros fiscais próprios. Em sua defesa, o autuado não logra demonstrar a improcedência da autuação e, em consequência, a infração em tela é procedente.

Relativamente à infração 4, o autuado não se desincumbiu de comprovar a escrituração das notas fiscais relacionadas na autuação, restando caracterizado o descumprimento de obrigação tributária acessória de escriturar a entrada no seu estabelecimento de mercadorias tributáveis. Dessa forma, a infração está caracterizada e, em consequência, é cabível a multa equivalente a 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração procedente.

Relativamente à taxa SELIC, não obstante as alegações defensivas, a mencionada taxa é prevista no inciso II, do § 2º, do art. 102, da Lei nº 3.965/81 (COTEB), não cabendo a este órgão julgador administrativo a declaração de sua ilegalidade ou constitucionalidade, nos termos do art. 125, I, da Lei nº 3.965/81 (Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB).

Quanto ao argumento defensivo de que a multa aplicada é exorbitante, saliento que as penalidades aplicadas no presente Auto de Infração são legalmente previstas para as irregularidades apuradas (art. 42, II, "f", III e IX, da Lei nº 7.014/96), e como já mencionado anteriormente, não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de constitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 125, I, do COTEB.

O pedido de revisão ou redução das multas não pode ser aplicado em relação às infrações 1 a 3, uma vez que são multas por descumprimento de obrigações principais e, portanto, foram da competência das Juntas de Julgamento Fiscal. Quanto à multa referente à infração 4, decorrente de descumprimento de obrigação acessória, o pleito defensivo não merece acolhimento, pois não há como se ter certeza de que a inobservância da obrigação acessória importou em falta de pagamentos do imposto, haja vista que a infração 3 se refere a omissão de operações de saídas de mercadorias tributáveis ocorridas no mesmo período.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 129442.0011/13-3, lavrado contra a **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$356.933,33**, acrescido da multa de 60% sobre R\$78.085,14 e 100% sobre R\$278.848,19, previstas no art. 42, incisos II, "f" e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessórias no valor de **R\$21.812,80**, previstas no IX, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de março de 2014.

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR