

A. I. Nº - 129442.0009/13-9
AUTUADO - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS
AUTUANTE - OSVALDO COSTA MENEZES
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 03/04/2014

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0058-03/14

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. MULTA. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias tributáveis não escrituradas. Não ficou comprovado o registro das notas fiscais no livro fiscal do estabelecimento autuado. Mantida a exigência fiscal. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 18/09/2013, refere-se à entrada de mercadoria tributável no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a maio, agosto a dezembro de 2009. Não efetuou escrituração de notas fiscais relativas às aquisições de mercadorias, sendo exigida multa de 10% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$18.996,94.

O autuado, por meio de advogado com procuração à fl. 251, apresentou impugnação às fls. 233 a 250, alegando que foi intimado, conforme Termo de intimação (fl. 216), para apresentar as notas fiscais contidas no relatório do Sintegra, e informou, através de *e-mail* emitido pela BA-GEFIN – TRIBUTOS – Caixa Postal, datado de 11/09/2013 (fl. 219), que, dentre a relação que lhe foi apresentada com a intimação, 47 Notas fiscais não foram localizadas em nenhum momento no sistema de pagamentos da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Dentre tais notas, depois de efetuadas todas as depurações, constatou que, de fato, se tratam de documentos fiscais de aquisição de mercadorias tributadas, cujos números dos documentos estão hachurados na relação anexa (fls. 220 a 224).

Alega que não merece prosperar a exigência da multa, porque, além de o procedimento fiscal sob comento padecer de nulidade, o autuado encontra-se amparado pela imunidade tributária recíproca, fato este desconsiderado pelo Fisco Estadual em flagrante prejuízo à ECT. Diz que o Fisco Estadual deverá observar que o STF, por meio de RE 601392, tendo como parte a ECT e o Município de Curitiba-PR, com publicação da decisão em 01.03.2013, reconheceu imunidade tributária recíproca sobre todos os serviços dos Correios. O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu o julgamento do Recurso Extraordinário (RE 601392) que discutia a imunidade da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) em relação ao recolhimento do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) nas atividades exercidas pela empresa que não tenham características de serviços postais. Para reconhecer que a imunidade tributária recíproca - nos termos do artigo 150, VI, “a”, da Constituição Federal (que veda a cobrança de impostos sobre patrimônio, renda ou serviços entre os entes federados) - alcança todas as atividades exercidas pelos Correios, e o tema teve repercussão geral reconhecida.

Informa que no recurso, a empresa pública questionava decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4) que reconheceu o direito de a Prefeitura de Curitiba (PR) tributar os Correios com o ISS nos serviços elencados no item 95 da Lista anexa do Decreto-lei 56/1987. Esses serviços abrangem cobranças e recebimentos por conta de terceiros, inclusive direitos autorais, protestos de títulos, sustação de protestos, devolução de títulos pagos, manutenção de títulos vencidos,

fornecimento de posição de cobrança ou recebimento e outros serviços correlatos da cobrança ou recebimento. Comenta sobre a decisão do TRF-4 e diz que a imunidade tributária já foi fartamente explicitada pelo Supremo Tribunal Federal, que recepcionou o Decreto instituidor dos Correios, razão pela qual não poderia esta imunidade ter sido ignorada pela Administração Tributária Estadual. Que em Acórdão proferido recentemente, o STF, analisando a constitucionalidade do art. 12 do Decreto-Lei 509/69, chegou à seguinte conclusão, conforme análise do Excelentíssimo Ministro Moreira Alves, Relator no julgamento do RE – 235677/MG: “...foi recebido pela atual Constituição o Decreto-Lei nº 509/69, que estendeu à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos os privilégios conferidos à Fazenda Pública, dentre os quais o da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, devendo a execução contra ela fazer-se mediante precatório, sob pena de ofensa ao disposto no art. 100 da Carta Magna.”. Reproduz a Notícia do STF sobre a ECT e a Imunidade Tributária Recíproca e conclui que ante a comentada recepção do artigo 12 do Decreto-lei 509/69, revela-se indubitável a inaplicabilidade do teor do art. 173, CF/88 ao caso em tela.

O defendente afirma que o Estado da Bahia, no caso, a Fazenda Pública, é carecedora do direito de Cobrança do ICMS em face de a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos gozar da imunidade tributária, amparada pelo art. 12 do Decreto-Lei 509/69, e ainda pelo preceito constitucional onde trata da imunidade recíproca entre as esferas governamentais, ou seja, veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios gravarem impostos sobre a renda, serviços e patrimônio uns dos outros, 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 CF/88, que transcreveu. Comenta sobre a imunidade tributária e afirma que, sendo a ECT uma Empresa Pública da Administração Indireta Federal, enquadra-se perfeitamente na imunidade prevista no referido artigo. 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.

Sobre esta matéria, transcreve ensinamentos de Geraldo Ataliba, iniciando pela prestação de serviço público pelas Empresas Públicas. Frisa que se designa serviço público é a atividade constitucionalmente ordenada, própria do Estado, bem ao contrário da exploração econômica, própria do setor privado. Entende que para melhor elucidar a questão e demonstrar que a ECT, por imperativo constitucional, é imune a qualquer tipo de imposto, por estar amparada pela imunidade recíproca, faz-se necessário apresentar os fundamentos que transcreveu sobre o poder de legislar sobre serviços postais. Afirma que o fato de não serem exclusivos não lhe retira o caráter público, visto que, *mutatis mutandis*, o serviço médico por excelência, é um serviço público, mas que pode ser prestado por particulares com ampla liberdade. Entende que não pode o Estado relegar à iniciativa privada tão somente a prestação de serviços que tenham natureza pública, nesses serviços, o Estado necessariamente deverá estar presente, podendo permitir que a iniciativa privada também esteja em maior ou menor grau de participação. Acrescenta que, para a ECT, a quem a lei atribuiu o encargo de executar o serviço (público) postal, não pode haver mercadoria. Deve haver singelos objetos postais, legalmente qualificados como correspondências, valores e encomendas. Para os interessados (remetentes e destinatários) serão objetos afetivos, financeiros, morais, negociais, intelectuais, culturais, administrativos ou “mercadorias”. Para a ECT, todavia, são todos iguais, uma só coisa: objeto postal, nos termos do artigo 47 da Lei 6538/78.

Diz que apesar de não ser o entendimento do Órgão Público responsável pelo lançamento e cobrança do ICMS, deve ser considerada como objeto postal a remessa e entrega de objetos, com ou sem valor mercantil, por via postal. Todas as atividades que envolvam o recebimento, expedição, transporte e entrega de objetos, valores e encomendas podem, e devem ser caracterizados como serviço postal. Comenta sobre a recepção pela Constituição Federal do Decreto-Lei nº 509/69 e a Lei nº 6.538/78, citando explicações de Celso Ribeiro de Bastos.

Salienta que está demonstrada a recepção do art. 12 do Decreto- Lei n.º 509/69, pela Constituição Federal. Que a ECT: a) goza de imunidade prevista no art. 150, VI, alínea “a”, da CF/88; b) não pode ter seu patrimônio diminuído por qualquer tipo de imposto, por ser patrimônio da União; c) não pode ter seus serviços onerados tributariamente, por serem seus serviços públicos, de competência exclusiva da União; Que a ECT é imune a qualquer tipo de imposto, conforme artigo 150 da CF/88, por ser prestadora de serviços públicos, por delegação da União.

Para corroborar os argumentos acima expendidos, o defendente ressalta 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. A esse propósito, reproduz ensinamentos de Roque Antonio Carrazza. Diz que no caso em tela, o serviço de cobrança foi apontado pelo termo de fiscalização como fato gerador para a cobrança do tributo. Mas a ECT não é uma empresa de cobranças, mas sim de “longa manus” da União na prestação do serviço público postal.

Frisa que a legislação tributária exige que o fato esteja plenamente ajustado a norma, o que vale dizer que não admite dúvida. Dúvidas havendo, não há fato impositivo. Essa é a regra, simples e segura. Se assim é, pode-se asseverar que a lei tributária será sempre interpretada pela maneira mais favorável ao contribuinte, toda vez que houver dúvidas quanto à capitulação legal do fato. Entende que dessa forma, fica demonstrada a inexistência de fato gerador de ICMS na presente demanda fiscal, já que a capitulação utilizada pelo Fisco não se adequa ao caso concreto. Volta a citar a decisão do Supremo Tribunal Federal, reproduzindo o Acórdão, e conclui que a ECT conseguiu elidir a presunção de certeza e liquidez que milita em favor do título executivo, nos moldes do art. 3º, parágrafo único, da Lei n. 6.830/80 do art. 204, parágrafo único do CTN.

Pede que seja declarado insubsistente o presente Auto de Infração, reafirmando a alegação de inconstitucionalidade e ilegalidade, por ser a ECT ente integrante da Administração Pública e conseqüentemente imune ao lançamento do imposto, em todas as atividades exercidas pela ECT, consoante decisões do STF citadas.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 258 a 262 dos autos, dizendo que os números das notas fiscais foram colhidos diretamente dos registros do SINTEGRA e de Notas Fiscais Eletrônicas (NF-e), do exercício de 2009. Informa que o lançamento da multa foi efetuado com base no art. 322, incisos e parágrafos do RICMS/97. Quanto à multa aplicada, art. 42, IX da Lei 7.014/96, em face de não se aplicar, *in caso*, as disposições relativas aos serviços postais explorados pela União, contidas no art. 9º da Lei 6.538/78, afirma que não se aplica o instituto da imunidade tributária, aplicando-se o regramento constante no art. 173, § 2º da Constituição Federal.

Quanto à impugnação apresentada pelo autuado, diz que o cerne da matéria em discussão é de ordem constitucional, quando o defendente assegura que goza de imunidade tributária recíproca preconizada pelo art. 150, VI, “a” da Constituição Federal. Faz uma síntese das alegações defensivas e diz que a decisão do STF em demanda originária da Prefeitura Municipal de Curitiba/PR, se restringe a matéria dissociada do ICMS, tendo em vista que a Corte Suprema reconheceu a imunidade recíproca em relação ao recolhimento do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS), nas atividades exercidas pela ECT que não tenham características de serviços postais.

Prossegue reproduzindo pontos das razões de defesa e diz que a aplicação da multa de 10% sobre o valor dos documentos fiscais não registrados na escrita fiscal do autuado está em consonância com as normas legais que regem o assunto e tratam sobre as aquisições de mercadorias

tributáveis. Diz que o defendente não se manifestou sobre a origem das notas fiscais e não contestou os cálculos realizados.

Conclui dizendo que o defendente não consegue elidir a multa exigida, restando pedir a procedência total do presente Auto de Infração.

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, 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.

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, 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 presente Auto de Infração trata da entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo exigida a multa de 10% sobre o valor das mercadorias, conforme demonstrativos e notas fiscais às fls. 04 a 30 do PAF.

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 citadas 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, penalidade pela entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo exigida a multa de 10% sobre o valor das mercadorias, conforme demonstrativos e notas fiscais às fls. 04 a 30 do PAF.

A legislação prevê a aplicação de multa, calculada sobre o valor comercial da mercadoria que tenha entrado no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, sendo 10% para mercadorias sujeitas a tributação (art. 42, inciso IX, da Lei 7.014/96).

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. 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 ao cálculo da multa exigida, o defendente não apresentou qualquer questionamento não trouxe aos autos qualquer documento para comprovar essas alegações, inclusive, não juntou a planilha demonstrativa que mencionou. 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. Entendo que está caracterizada a irregularidade apontada no presente Auto de Infração.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 129442.0009/13-9, lavrado contra **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$18.996,94**, prevista no art. 42, inciso IX, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de março de 2014

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA