

A. I. N° - 129442.00007/13-6
AUTUADO - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT
AUTUANTE - OSVALDO COSTA MENEZES
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 18/10/2013

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0168-05/13

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIAS NÃO SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multas de 10% e 1% do valor comercial das mercadorias ou bens não escriturados. Infrações não elididas. Afastadas as preliminares de nulidade e decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 13/06/2013, para exigir penalidade (multa fixa), no valor de R\$56.643,80 em razão das seguintes imputações:

INFRAÇÃO 1 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) sujeita(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Os cálculos atinentes às quantias de ICMS apuradas e devidas encontram-se detalhados nos demonstrativos ANEXOS 01 a 12 (fls. 05 a 16), em que se encontram discriminadas as notas fiscais relativas a aquisição de mercadorias tributadas, que não foram lançadas no livro de Registro de Entrada (cópia de suas folhas, dos meses de janeiro a dezembro de 2008, ora anexadas - ANEXOS 25 a 36 - fls. 54 a 216), conforme constam do SINTEGRA web, do exercício de 2008, obtido do Sistema da SEFAZ/BA - ANEXO 37 (fls. 217 a 297). Total da Infração R\$41.044,70. Multa prevista no art. 42, inc. IX, da Lei nº 7.014/96;

INFRAÇÃO 2 – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável(s) sem o devido registro na escrita fiscal. Os cálculos atinentes às quantias de ICMS apuradas e devidas encontram-se detalhados nos demonstrativos ANEXOS 13 a 24 (fls. 17 a 53), em que se encontram discriminadas as notas fiscais relativas a aquisição de mercadorias não-tributadas, que não foram lançadas no livro de Registro de Entrada (cópia de suas folhas, dos meses de janeiro a dezembro de 2008, ora anexadas - ANEXOS 25 a 36 - Is. 54 a 216), conforme constam do SINTEGRA web, do exercício de 2008, obtido do Sistema da SEFAZ/BA - ANEXO 37 (fls. 217 a 297). Total da Infração R\$15.599,10. Multa prevista no art. 42, inc. XI, da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte ingressou com defesa em 17/07/2013, após ter sido notificado do Auto de Infração em 18/06/13, mediante ciência nos autos. A peça defensiva foi subscrita por advogado com procuraçāo apensada a fl. 448, do PAF.

Sustentou inicialmente a preliminar de nulidade do lançamento por entender que a EBCT se encontra amparada pela imunidade tributária recíproca, fato este desconsiderado pelo Fisco Estadual em flagrante prejuízo à autuada.

Em relação à infração 1 argumenta que as notas fiscais em que o fiscal apontou como de aquisição são todas de simples remessa e que o recolhimento do ICMS foi efetuado por meio de outras notas fiscais, as quais o gestor do contrato atestou e encaminhou para pagamento.

Com exemplo citou a Nota Fiscal de Simples Remessa nº 4111 emitida no dia 02/01/2008, pelo valor de R\$912,28, a ECT recolheu o ICMS quando pagou a Nota Fiscal nº 4590, no valor total de R\$197.964,76, onde adquiriu 217 mesas para carteiro. (Contrato nº 344/2007, valor total R\$207.999,84, equivalente compra de 228 mesas ao custo unitário de R\$912,28).

Houve também pagamento da Nota Fiscal nº 4591, no valor total de R\$10.035,08, equivalente a aquisição de 11 cadeiras. Ambas as notas fiscais foram pagas e contabilizadas também o ICMS no mês de abril de 2008, recolhendo o ICMS no vencimento, ou seja, em 09/05/2008.

Sustenta que todos os registros de notas fiscais são referentes a notas de simples remessa, onde o remetente deveria registrar o CFOP de simples remessa de faturamento. Não foram lançados nos livros de entrada, porque nas notas de simples remessa emitida pelo fornecedor não há o reconhecimento como aquisição ou entrada no estabelecimento da ECT. O reconhecimento da aquisição ou entrada nos estabelecimentos da ECT, bem como a consequente apuração do ICMS se dá a partir do recebimento das Notas Fiscais de Venda no ERP, e podem ser observados nos lançamentos contábeis tipo "OV" apurado pelo razão contábil "08.21105.030001" - ICMS, e que, a partir desse registro no razão contábil, elabora-se a planilha DAICMS.

No mesmo sentido, argumenta que a Infração 2 não deve prosperar, pois as notas fiscais em que o fiscal apontou como de aquisição são todas de simples remessa; o recolhimento do ICMS já foram recolhidos através outras notas fiscais, as quais o gestor do contrato atestou e encaminhou para pagamento.

Citou como exemplo: as Notas Fiscais de Simples Remessa nºs 424, 425, 426, 427 e 428 emitidas todas no dia 07/01/2008, totalizando R\$97.500,00, a ECT recolheu o ICMS quando pagou a Nota Fiscal nº 423, no valor total de R\$97.500,00, onde adquiriu 78 mesas MÚLTIPLO USO. (Contrato nº 314/2007, valor total R\$152.500,00, equivalente compra de 122 mesas múltiplo uso, ao custo unitário de R\$1.250,00). Houve também pagamento da Nota Fiscal nº 420, no valor total de R\$55.000,00, equivalente à aquisição de 44 cadeiras. Ambas as Notas Fiscais nºs (423 e 420) foram pagas e contabilizadas também o ICMS no mês de fevereiro de 2008, recolhendo o ICMS no vencimento, ou seja, em 09/03/2008.

Em resumo: a autuada aponta que todos os registros de notas fiscais são referentes a notas de simples remessa, onde o remetente deveria registrar o CFOP de simples remessa de faturamento. Não foram lançados no Livro de Entrada, porque nas notas de simples remessa emitida pelo fornecedor não há o reconhecimento de aquisição ou entrada no estabelecimento por parte da ECT. O reconhecimento da aquisição ou entrada no estabelecimento da ECT, e a consequente apuração do ICMS se dá a partir do recebimento das Notas Fiscais de Venda no ERP, e podem ser observados nos lançamentos contábeis tipo "OV" apurado pelo razão contábil "08.21105.030001" - ICMS, e que, a partir desse registro no razão contábil, elabora-se a planilha DAICMS.

Mais à frente a defesa desenvolve, de forma mais detalhada, a tese de que a exigência de ICMS sobre os serviços postais desempenhados pela ECT é incabível, pois seria um despropósito jurídico pretendê-lo. Primeiramente, a ECT é pessoa administrativa (RUY CIRNE LIMA), delegada (por lei) de serviço público federal; e, nessa qualidade, imune a impostos estaduais e municipais (art. 150, inciso VI, da Constituição Federal de 1988), consoante decisão recentemente do Supremo Tribunal Federal, por meio de RE 601392, com publicação em 01.03.2013, com repercussão geral reconhecida pelo Guardião da Constituição.

Em segundo lugar, ainda que não fosse imune – o que se admite somente *ad argumentandum* – não pratica nenhum fato que tenha possibilidade jurídica de subsumir-se à hipótese de incidência do ICMS.

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.

Ressaltou que recentemente o STF, por meio de RE nº 601392, tendo como parte a ECT e o Município de Curitiba-PR, com publicação da decisão em 01.03.2013, reconheceu imunidade tributária recíproca sobre todos os serviços dos Correios. O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu nesta quinta-feira (28) o julgamento do Recurso Extraordinário (RE nº 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. Após reformulação do voto do ministro Ricardo Lewandowski somou-se seis votos favoráveis 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. O tema teve repercussão geral reconhecida.

Sustentou também a extinção dos créditos tributários referentes ao ano de 2008 até novembro do mesmo ano com base nas disposições do artigo 150 do Código Tributário Nacional prevê que:

"Art. 150. O Lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda se pronuncie, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito tributário, salvo se comprovado a ocorrência de dolo, fraude ou simulação".

Em síntese: os créditos de ICMS relativos ao ano de 2008 encontram-se extintos, tendo em vista que o Auto de Infração e Imposição de Multa data de 18/06/2013. Assim, referidos créditos já não são mais exigíveis.

Argumenta também que nos termos do artigo 173, do CTN, o direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Desta feita, resta a conclusão que os créditos tributários verificados no ano de 2008 foram atingidos pela decadência.

Diante do exposto, requer seja decretada a extinção dos créditos tributários apurados no ano de 2008, em razão da homologação tácita descrita no artigo 150, § 3º, do CTN, e ainda pela ocorrência de decadência; bem como a extinção dos créditos apurados em 2008, com base na decadência.

Em seguida volta a desenvolver a tese da imunidade tributária das atividades desenvolvidas pela EBTC: O Estado da Bahia, no caso, a Fazenda Pública, é carecedora do direito de Cobrança do ICMS em face da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, 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 CF/88, in verbis:

"Art. 150 - Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

VI -instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros; ... "

Destaca a defesa 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.

Ressaltou que a Constituição distingue as empresas estatais em (a) que prestam serviço público das (b) que exploram atividade econômica. Que o grupo (a) abrange as empresas que são delegadas da pessoa política (União, Estado e Municípios) titulares do dever-poder de prestar ditos serviços. Seu regime jurídico será sempre o da Administração Direta, regime jurídico-administrativo, com as derrogações que a lei específica de criação de cada entidade estabelecer,

atribuindo-lhes regras, mais ou menos extensas, típicas do Direito Privado, na medida da conveniência que o legislador que cria a entidade veja, discricionariamente, no caso. Levam consigo, pois, como instrumento de seu correto desempenho, todos os meios, prerrogativas e potestades inerentes ao serviço público. “Estas emanam da constituição e nem a lei pode afastar sua presença”²(originais sem grifos).

Citou lições doutrinárias a respeito dessa temática.

Frisou 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.

Abordou também questões relacionadas ao poder de legislar sobre serviços postais: nos termos do artigo 22, inciso V, da Constituição Federal de 1988, cabe a União Federal, de forma privativa, legislar, entre outras matérias, sobre o serviço postal. Por ser de estrita competência, a Lei nº 6.538/78, define o serviço postal e de telegrama:

Pela interpretação do artigo 21, inciso X da Constituição Federal de 1988 disse ser forçoso frisar que 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 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.

O fato de não serem exclusivos não lhe retira o caráter público, visto que, *mutatis mutatis*, o serviço médio por excelência, é um serviço público, mas que pode ser prestado por particulares com ampla liberdade. O fato é 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.

Abordou também a questão relativa à recepção pela CF/88, do Decreto-Lei nº 509/69 e Lei nº 6.538/78. Afirmou que não há o que se alegar em relação ao Decreto-Lei nº 509/69 e a Lei nº 6.538/78 não foram recepcionados pela atual Constituição, sobre tal recepcionalidade. Transcreveu lições de Celso Ribeiro de Bastos, nesse sentido:

“Uma Constituição nova instaura um novo ordenamento jurídico. Observa-se, porém, que a legislação ordinária comum continua a ser aplicada, como se nenhuma transformação houvesse, com exceção das leis contrárias á nova Constituição. Costuma-se dizer que as leis anteriores continuam válidas ou em vigor. Muitas vezes isto é previsto na Constituição nova, mas ainda que o texto seja omissivo, ninguém contesta o princípio. De fato, elas perdem o suporte de validade que lhes dava a Constituição anterior. Entretanto, ao mesmo tempo, elas recebem o novo suporte, novo apoio, expresso ou tácito, da Constituição nova. Este é o fenômeno da recepção. Trata-se de um processo abreviado de criação de normas jurídicas, pelo qual a nova Constituição adota as leis já existentes, com ela compatíveis, dando-lhes validade, assim evita o trabalho quase impossível de elaborar uma nova legislação de um dia para o outro.” (grifou-se).

Para a defesa presente está a tripla 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. Quanto ao Decreto-Lei nº 509/69, dúvidas existem se o art. 12 foi recepcionado em sua totalidade ou apenas em parte.

Conclusões da defesa:

- isenção de direitos de importação – Imposto de Importação – imposto federal de competência exclusiva da União. Pode a União isentar pessoas jurídicas/físicas do pagamento desse imposto;
- imunidade tributária – com base no art. 150, VI, “a” da CF/88 – imunidade recíproca;
- impenhorabilidade de seus bens, venda e serviços – todos os bens e poder da ECT são da União, portanto seus bens são inalienáveis e impenhoráveis;
- foro – art. 109, I da CF/88.

Pelo acima exposto, demonstrada a recepcionalidade do art. 12 do Decreto- Lei n.º 509/69, pela Constituição Federal. Assim, 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.

Por tudo o que já foi dito e provado, 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, extraído-se daí que o exercício indireto é da União e ECT tem o munus.

Para corroborar os argumentos acima expendidos quanto a receptividade do Decreto-lei 509/69, citamos a alteração feita ao art. 173 da nossa Carta Magna, através da Emenda Constitucional n. 19, de 04/06/98, quando dispõe que, “...lei ordinária irá disciplinar o estatuto jurídico da Empresa que presta serviço público”; No entanto, não existindo até a presente data, referida lei disciplinadora, subsiste in totum, a aplicabilidade do disposto no Decreto-Lei 509/69.

Ainda na linha da não tributação dos serviços postais a defesa desenvolve o argumento de que e 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.

Frisou em seguida que a Constituição brasileira 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.

Disse que a sigla ICMS alberga pelo menos cinco impostos diferentes, a saber: a) o imposto sobre operações mercantis (operações relativas à circulação de mercadorias) b) o imposto sobre serviços de transportes interestaduais e intermunicipais; c) o imposto sobre serviços de comunicação; d) o imposto sobre produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de lubrificantes e combustíveis gasosos e de energia elétrica; e, e) o imposto sobre a extração, circulação, distribuição ou consumo de minerais.

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 (e, não meramente física) pressupõe a transferência (de uma pessoa para outra) da posse ou da propriedade de mercadoria. Sem mudança da titularidade de mercadoria não há tributação por meio de ICMS.

Enfim, os termos circulação e mercadorias qualificam as operações tributadas por via de ICMS. Logo, para que um ato configure uma ”operação mercantil”, é mister que: a) seja regido pelo Direito Comercial; b) tenha por finalidade o lucro, e c) tenha por objeto uma mercadoria.

Nesse ponto a ECT - Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos discorre a impugnante, a EBCT 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.

Disse 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.

Nessa linha de entendimento trouxe à colação algumas decisões judiciais acerca do tema ora embatido.

Contestou mais à frente 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. Destaca que a taxa SELIC é de natureza remuneratória de títulos. Títulos e tributos, porém, são conceitos que não podem ser embaralhados, mesmo porque, em matéria de tributação, os critérios para correção monetária e dos juros devem ser definidos com clareza pela lei. Disse que a taxa SELIC cria a anômala figura de “tributo rentável”. Os títulos podem gerar renda; os tributos, de per se, não.

Que o emprego da taxa SELIC 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. Ainda que se admitisse a existência de leis ordinárias criando a taxa SELIC para fins tributários, ainda assim, a título de argumentação de reforço, a interpretação que melhor se aperfeiçoa ao art. 161, § 1º, do CTN - que possui natureza de lei complementar - é a de poder a lei ordinária fixar juros iguais ou inferiores a 1% ao mês, nunca juros superiores a esse percentual.

Destacou, ainda, que o Supremo Tribunal Federal tem acenado para a possibilidade de declarar a constitucionalidade da taxa SELIC como forma de remuneração dos tributos, conforme já posicionou o Ministro Octávio Gallotti na ADIN nº 493-0/DF, ao definir que a referida taxa possui natureza remuneratória e não indenizatória.

Do quanto foi exposto, requereu a exclusão da taxa SELIC, visto que foi criada a anômala figura de “tributo rentável”. Sobre esse assunto transcreveu nos autos lições doutrinárias de tributaristas pátrios.

Argumenta ainda que a multa moratória e os juros moratórios possuem natureza distinta, posto que a multa visa à indenização, *in casu*, do Estado da Bahia, por não ter tido o proveito de determinado valor em determinado momento, enquanto que, os juros têm, por mérito, a remuneração do capital que ficou com o administrado por tempo superior que era devido.

Portanto, seria um contra-senso afirmar que os juros moratórios que são pagos sobre o montante do imposto devido, obrigação principal, sirvam para reajustar o valor da multa, obrigação acessória, que possui natureza indenizatória, tendo em vista a mora no repasse do capital pertencente ao titular do tributo exigido.

Disse ser ilegal é a aplicação de juros sobre multas moratórias que possuem as mesmas características, transfigurando o *bis in idem* em termos de acréscimos decorrente da mora no pagamento de determinado tributo, posto que objetivam a indenização pelo uso extemporâneo do capital alheio, o qual não se traduz ou mesmo passe a ter a natureza de capital, devendo, esse D. Juízo, analisando a questão, determinar seja utilizado a UFIR como índice de atualização da multa de revalidação, excluindo a incidência da Taxa SELIC, como aplicado no processo em tela.

Outro tema a ser abordado, segundo a defesa, é o pagamento de juros de mora frente à suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Para a defesa para que se possa falar em mora, necessário se faz que determinada dívida esteja vencida, ocorra o atraso no pagamento e que esse atraso se dê por culpa do devedor, requisitos extraídos do conceito civil para a mora de uma obrigação. Define o CTN, em seu artigo 151, que as impugnações e reclamações administrativas suspendem a exigibilidade do crédito tributário, e, lembramos que, o Auto de Infração é apenas um dos procedimentos para o lançamento do crédito tributário.

Outro detalhe que foi levando é a determinação do prazo de 30 (trinta) dias para que o contribuinte faça o recolhimento do imposto, ou seja, o prazo para o vencimento da dívida. Apresentada a impugnação ou reclamação administrativa, cabe ao Poder Público impulsionar o processo administrativo para que este atinja o seu desfecho no prazo estabelecido no auto de infração, mas, caso contrário, a decisão definitiva administrativa se dê em prazo superior ao estabelecido no Auto de Infração, a culpa não poderá ser atribuída ao contribuinte, mas a Administração Pública que, tendo o dever de impulsionar o processo administrativo, utiliza-se de prazo superior ao determinado para vencimento da obrigação para concluir-lo.

Não havendo liquidez do crédito, tendo em vista a discussão em sede administrativa de sua validade, não há o vencimento da obrigação, posto que o mesmo só ocorrerá com o julgamento definitivo.

A ECT requer seja decotada a contagem de juros no período em que a exigibilidade do crédito encontrava-se suspensa pela existência de processo administrativo, como também no período anterior, em face de inércia do Poder Público em fiscalizar a ECT para iniciar o Termo de Verificação Fiscal para apuração de eventual existência de crédito tributário.

A finalizar formula os seguintes pedidos:

- a) ECT é imune a impostos estaduais e municipais, *ex-vi* do artigo 150, inciso VI, alínea “a” da Constituição Federal de 1988;
- b) na execução do serviço (público) postal – que compreende valores encomendas – a ECT não aufera “comissões” nem pode investir dinheiro público para obter “lucro”. O eventual superávit será sempre consequência ou fato paralelo, indispensável para incrementar suas rendas e ajudar a custear o próprio serviço postal e de telegrama;
- c) ECT tem o direito público subjetivo a não ver o seu patrimônio, serviços e renda reduzidos por força de nenhuma carga impositiva pelos estados e municípios;
- d) o serviço postal de encomendas é realizado em todo o território nacional, não sendo possível o recolhimento de ICMS somente no Estado da Bahia;
- e) o serviço postal compreende o recebimento, a expedição, o transporte e a entrega de objetos de correspondência, valores e encomendas. Pretender isolar qualquer dessas fases – para fazer incidir o ICMS - é confundir meios com fins.

Pede, por fim, que sejam acolhidas a preliminar arguida, para que seja declarado insubsistente o Auto de Infração. Caso aquelas sejam ultrapassadas, no mérito administrativo, requer seja acolhida a presente Defesa, julgando-se totalmente improcedente o Auto de Infração, ante a sua flagrante impossibilidade constitucional e legal, e ainda, por ser a ECT ente integrante da Administração Pública e consequentemente imune ao lançamento do imposto. Por ser a ECT pessoa administrativa prestadora de serviço público, logo, imune à cobrança do imposto estadual pretendido pelo fisco estadual.

Foi prestada informação fiscal às fls. 454 a 459.

Quanto à infração 1, o autuante enfatizou que não está se questionando, no presente caso, falta de recolhimento de ICMS, mas aplicação de multa formal de 10% por falta de registro de nota fiscal no livro de Registro de Entrada.

Que as informações da Autuada são completamente incongruentes com a situação fática. A Nota Fiscal nº 4111, que consta relacionada no demonstrativo ANEXO 01 (fls. 05 deste PAF), foi emitida

pelo fornecedor de CNPJ 65.725.129/0001-02 no dia **02/01/2008**, conforme consta no registro do SINTEGRA (fls. 269 deste PAF), no valor de R\$912,28, com destaque do ICMS de R\$109,47 (portanto tributada), cujo CFOP nº 6912 indicado na nota fiscal, refere-se a remessa de mercadoria ou bem para demonstração – e não simples remessa, portanto. A Nota Fiscal nº 4590, a que o autuado se refere como corresponder à de nº 4111, foi emitida em **10/04/2008**, no valor de R\$197.964,76, a qual foi lançada no seu livro de Registro de Entrada no dia 15/04/2008, conforme se pode observar nas fls. 99 deste PAF.

Que não há lógica alguma de uma nota fiscal corresponder a uma simples “remessa” de uma mercadoria que ainda não foi vendida, cuja nota fiscal principal seja emitida mais de três meses depois, como afirma a Autuada, a não ser que se trate de uma mercadoria ou bem remetido a título de demonstração, vendida posteriormente, o que não é o caso sob comento, dado que os valores dos referidos documentos fiscais são completamente diferentes.

Quanto à Infração 2, consignou que o autuado, com relação às notas fiscais não-tributadas, que deixaram de ser registradas também no livro de Registro de Entrada, tece o mesmo raciocínio, no sentido de que seriam igualmente notas fiscais de simples remessa. Trouxe a informação, a título de exemplo, de que as Notas Fiscais nºs 424, 425, 426, 427 e 428, que constam na planilha ANEXO 13 (fls. 17 deste PAF), referem-se à remessa de mercadoria correspondente à Nota Fiscal nº 420, contabilizada no mês de fevereiro de 2008.

Que no Auto de Infração não se faz questionamento se as notas fiscais relativas a mercadorias **não-tributadas** se refiram esta ou aquela operação. O que se questiona é que tais documentos deixaram de ser lançados no livro de Registro de Entradas, sujeitando-se, pois, a Autuada, por deixar de cumprir com uma obrigação tributária acessória, à multa de 1% sobre o valor de cada documento omitido do registro.

Enfatiza que nos casos em que não houve registro das notas fiscais na escrita fiscal, a autuada justificou a não escrituração em razão da empresa não reconhecer a aquisição ou entrada no seu estabelecimento dos bens ou mercadorias, por se tratarem tais documentos de simples remessa. Frisou que esta alegação não guarda relação com a imposição da multa, que decorreu da falta de registros de tais documentos.

Afora as impugnações especificamente pontuadas, a Autuada se manifesta sobre pontos constitucionais e legais, assegurando não caber exigência de ICMS sobre os serviços postais que realiza, por ser uma pessoa administrativa delegada por lei para prestar serviço público federal e, nessa qualidade, está imune a impostos estaduais e municipais, por estar albergada no art. 150, VI, da Constituição Federal/1988. Aqui, não cabe ao Autuante se manifestar.

Acerca do referido Recurso Extraordinário, interposto pela ECT em face do Município de Curitiba/PR, restringe-se a matéria completamente dissociada do ICMS, uma vez que a Corte Suprema reconheceu 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.

A respeito da alegação de que os créditos tributários encontram-se extintos, por força do art. 150, § 4º, do CTN, não há guarda à pretensão da Autuada. O art. 150 da Lei nº 5.172/66 regula que a autoridade administrativa, tomando conhecimento da atividade de lançamento efetuado pelo sujeito passivo, expressamente a homologa. Mas, para isso, é necessário que o contribuinte efetue o lançamento do tributo para que se possa dar conhecimento ao fisco dessa atividade. Em relação ao Auto de Infração em apreço, todos os lançamentos tributários foram realizados *ex officio*, ou seja, não foram regularmente efetuados pela Autuada, mas pelo próprio fisco. Nessa esteira, se não foram declarados pela Autuada, não cabe avocar a seu favor o mencionado dispositivo legal.

Que no caso vertente, aplica-se, sem dúvida, a regra estatuída no art. 173, I, do CTN, ou seja, o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extinguindo-se em cinco anos, contados

do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (no caso, em 01/01/2009).

Destacou ainda que no âmbito da legislação tributária do Estado da Bahia, o instituto do lançamento por homologação está regulado pelo art. 107-B, § 5º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), que estabelece o prazo de cinco anos para homologação do lançamento, não a contar do fato gerador, mas a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Ao finalizar a peça informativa o autuante pede pela **procedência total** do presente Auto de Infração.

VOTO

Quanto à preliminar de nulidade suscitadas na defesa, no tocante a impossibilidade de tributação dos serviços postais, observo que o regramento da empresa pública, como é o caso da ECT, está contido no art. 173 da Constituição Federal, §§ 1º e 2º, que a sujeita ao mesmo regime jurídico da empresa privada, inclusive quanto aos direitos e obrigações trabalhistas e tributárias, não podendo gozar de privilégios não extensivos às do setor privado. Desta forma, não há porque questionar se o serviço desenvolvido pelo autuado está ou não, enquadrado nas hipóteses de imunidades consignadas no art. 150 da Constituição Federal de 1988, considerando a definição dada pela lei, quanto aos seus direitos e obrigações tributárias.

Há que se observar ainda, que no caso em exame não se está tributando o serviço postal, com a imposição de exigência de ICMS. Aplicado no auto de infração penalidades, por descumprimento de obrigações acessórias, relativas a falta de registro de notas fiscais no livro fiscais próprios.

Só para argumentar, ainda que fosse possível o acolhimento da tese da imunidade recíproca, o contribuinte não estaria desobrigado de cumprir as obrigações acessórias previstas na legislação tributária.

Nesse sentido, os argumentos suscitados pela defesa em relação a legislação postal (Decreto-Lei nº 509/69 e Lei nº 6.538/78), também são incapazes de alterar as obrigações da EBCT em relação ao fisco estadual.

Quanto à decadência, aplica-se ao caso a regra do art. 107-A, do COTEB, que estabelece que o lançamento pode ser efetuado até 5 anos após o primeiro dia do exercício seguinte. No caso em exame, os fatos geradores verificados em 2008, poderiam ser lançados de ofício até 31/12/2013. No caso concreto o Auto de Infração foi lavrado em 13/06/2013, dentro, portanto, do prazo legal.

No tocante à taxa SELIC, no âmbito administrativo não há como se acolher a tese defensiva de afastabilidade da norma legal, visto que o art. 167, do RPAP/99, veda aos órgãos julgadores a análise de legalidade e de constitucionalidade da legislação posta no ordenamento.

Por sua vez, as decisões judiciais apresentadas como paradigmas das questões postas em discussão neste PAF não tem efeito vinculante para a Administração Pública, visto que proferidas em ações em que os efeitos da sentença ou acórdão estão adstritas às partes envolvidas no processo. Somente decisões emanadas em processo de controle concentrado de constitucionalidade e legalidade, com efeitos "*erga omnes*", a exemplo da ADI, ou em caso de súmula vinculante, há o efeito obrigatório para todos, inclusive a Administração Pública.

No mérito, também não há como se acolher às teses defensivas. Os argumentos da impugnante são completamente incongruentes com a situação fática. A Nota Fiscal nº 4111, que consta relacionada no demonstrativo ANEXO 01 (fls. 05 deste PAF), foi emitida pelo fornecedor de CNPJ 65.725.129/0001-02 no dia 02/01/2008, conforme consta no registro do SINTEGRA (fls. 269 deste PAF), no valor de R\$912,28, com destaque do ICMS de R\$109,47 (portanto tributada), cujo CFOP nº 6912 indicado na nota fiscal, refere-se a remessa de mercadoria ou bem para demonstração – e não simples remessa.

A Nota Fiscal nº 4590, a que a Autuada se refere como corresponder à de nº 4111, foi emitida em **10/04/2008**, no valor de R\$197.964,76, a qual foi lançada no seu livro de Registro de Entrada no dia 15/04/2008, conforme se pode observar nas fls. 99 deste PAF.

Conforme enfatizou o autuante, não há lógica alguma de uma nota fiscal corresponder a uma simples “remessa” de uma mercadoria que ainda não foi vendida, cuja nota fiscal principal seja emitida mais de três meses depois, como afirma a Autuada, a não ser que se trate de uma mercadoria ou bem remetido a título de demonstração, vendida posteriormente, o que não é o caso sob comento, dado que os valores dos referidos documentos fiscais são completamente diferentes.

Quanto à Infração 2, que se refere às notas fiscais não-tributadas, que deixaram de ser registradas também no livro de Registro de Entrada, a defesa tece o mesmo raciocínio, no sentido de que seriam igualmente notas fiscais de simples remessa. Trouxe a informação, a título de exemplo, de que as Notas Fiscais nºs 424, 425, 426, 427 e 428, que constam na planilha ANEXO 13 (fls. 17 deste PAF), referem-se à remessa de mercadoria correspondente à nota fiscal 420, contabilizada no mês de fevereiro de 2008.

Observo, todavia, em concordância com o autuante, que no Auto de Infração em lide não se fez questionamento se as notas fiscais relativas a mercadorias não-tributadas se refiram esta ou aquela operação. O que se questionou foi se documentos deixaram ou não de ser lançados no livro de Registro de Entradas, sujeitando-se, pois, a Autuada, por deixar de cumprir com uma obrigação tributária acessória, à multa de 1% sobre o valor de cada documento omitido do registro.

O argumento de que não houve registro das notas fiscais na sua escrita fiscal, em razão da empresa não reconhecer a aquisição ou entrada no seu estabelecimento, por se tratarem de documentos de simples remessa, não pode ser acolhido. Essa alegação não guarda relação com a imposição da multa, que decorreu da falta de registro dos documentos fiscais listados no demonstrativo apensado ao processo.

Observo, por fim, que os dados das notas fiscais com destaque e sem destaque do ICMS foram extraídos do arquivo SINTEGRA entregue pelo contribuinte ao SEFAZ-BA., conforme relação acostada às fls. 05 a 53 dos autos.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **129442.0007/13-6**, lavrado contra a **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento das multas por obrigação acessórias no valor de **R\$56.643,80**, previstas no art. 42, incisos IX e XI, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de outubro de 2013.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR

JOWAN DE OLIVEIRA ARAÚJO - JULGADOR