

A. I. N° - 129442.0005/13-3
AUTUADO - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
AUTUANTE - OSVALDO COSTA MENEZES
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 11/04/2014

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0042-05/14

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. a) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO. O impugnante trouxe argumentos defensivos, sem a devida comprovação das suas alegações e não apontou qualquer inconsistência documental ou nos cálculos efetuados, que trata do ICMS devido por aquisição interestadual para o ativo fixo. **b)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. O impugnante tratou apenas de alegar argumentos defensivos, sem a devida comprovação das suas alegações não apontou qualquer inconsistência documental ou nos cálculos efetuados, que trata do ICMS devido por aquisição interestadual para o ativo fixo. **2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRATAÇÃO DE TRANSPORTADOR NÃO INSCRITO NO ICMS DA BAHIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DEVIDO POR SUBSTITUIÇÃO.** A lei atribui ao contratante de serviço de transporte prestado por contribuinte não inscrito a condição de sujeito passivo por substituição. O impugnante reconheceu parcialmente a infração mas não logrou trazer qualquer documento fiscal comprobatório da sua ilegitimidade passiva para o lançamento do imposto referente aos serviços prestados pela Wisa Transportes Logística e Automotiva Ltda. Infração Procedente. Preliminares de decadência e imunidade não reconhecidas. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão não unânime.

RELATÓRIO

No Auto de Infração lavrado em 11/06/2013, foi efetuado lançamento de ICMS no valor total de R\$237.357,07 decorrente das seguintes infrações:

1. Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e a interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do estabelecimento, sendo lançado o valor de R\$214.132,11 acrescido da multa de 60%.
2. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de mercadorias adquiridas em outras unidades da federação e destinadas ao consumo do estabelecimento, sendo lançado o valor de R\$20.047,95, acrescido da multa de 60%.
3. Reteve e recolheu a menos o ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviços de transportes interestaduais e intermunicipais efetuadas por

transportador não inscrita neste Estado, sendo lançado o valor total de R\$3.177,01, acrescido da multa de 60%.

A impugnante apresenta defesa às fls. 225/245 onde aduz não merece prosperar tais argumentos, já que, além de o procedimento fiscal sob comento padecer de nulidade, a Autuada encontra-se amparada pela imunidade tributária recíproca, fato este desconsiderado pelo Fisco Estadual em flagrante prejuízo à ECT.

Ressalta que na apuração do ICMS decorrente do diferencial de alíquotas, a ECT não leva em conta o Livro Registro de Entradas, mas sim os lançamentos tipo "OV" contabilizados no razão contábil "08.21105.030001" - ICMS, e que são transcritas para a planilha DAICMS- "Demonstrativo de Apuração do ICMS". Inclusive, há de observar que a data de ocorrência 31/01/2008, cuja Base de Cálculo é de R\$26.379,90, os valores de ICMS foram totalmente recolhidos da seguinte forma:

- a) Base de cálculo R\$11.099,92 referente a Nota Fiscal nº 610742, foi contabilizado em 04/02/2009 e recolhido na competência fevereiro/2009, planilha DAICMS;
- b) Base de cálculo R\$15.280,00 referentes às Notas Fiscais nºs 3834, 3835, 3836, 3837 e 3838, foram contabilizado em 11/03/2008, planilha DAICMS.

Que não cabe exigência de ICMS sobre os serviços postais desempenhados pela ECT e é um despropósito jurídico pretendê-lo. Afirma que a ECT é pessoa administrativa, 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.

Que 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. 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.

Ressalta que recentemente 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 e 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. O tema teve repercussão Geral reconhecida.

Afirma que os créditos tributários referentes ao ano de 2008 encontram-se extintos, nos termos do artigo 150 do Código Tributário Nacional, tendo em vista que o Auto de Infração e Imposição de Multa data de 18/06/2013, e 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.

Alega que sendo a ECT uma Empresa Pública da Administração Indireta Federal, enquadra-se perfeitamente na imunidade constitucional. Traz citações doutrinárias de diversos constitucionalistas e administrativistas, como a do mestre Cirne de Lima, em sua obra "Princípios de Direito Administrativo", que retrata, com categoria e clareza, o conteúdo de serviço público. Aduz que os serviços de recebimento, expedição, transporte e entrega de valores e encomendas, exercidos pela União, por meio da Impugnante, por força do estabelecido no artigo 9º da Lei nº 6538/78, não estão compreendidas no regime de monopólio, pelo que podem ser prestados por particulares. Mas, pela interpretação do artigo 21, inciso X da Constituição Federal de 1988 é 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.

Faz análise dos dispositivos do Decreto-Lei nº 509/69 e da Lei nº 6.538/78. Que está 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. Conclui então pelas seguintes proposições: 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.

Que para corroborar os argumentos acima expendidos quanto à receptividade do Decreto-lei 509/69, cita 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 nº 509/69.

Que 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.

Pede que na absurda hipótese de entender-se juridicamente válida a cobrança do ICMS sobre o serviço (público) postal de encomendas, deve ser expurgada do montante do crédito, a taxa SELIC, indevidamente aplicada na cobrança de juros, concomitantemente com índice de correção monetária. Com efeito, 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.

Que o Supremo Tribunal Federal tem acenado para a possibilidade de declarar a inconstitucionalidade 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, requer a ECT a exclusão da taxa SELIC pois, como se extrai da Certidão da Dívida Ativa – CDA, foi a mesma utilizada concomitantemente com índice de correção monetária, criando a anômala figura de “tributo rentável”.

Diz que o pagamento de juros de mora é o fato da suspensão da exigibilidade do crédito tributário. 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.

Que com efeito, a ECT, por cautela, 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, face a inércia do Poder Público em fiscalizar a ECT para iniciar o Termo de Verificação Fiscal para apuração de eventual existência de crédito tributário.

Ante o exposto, a EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS pede que, quando da análise do feito, sejam acolhidas a preliminar argüida, 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.

O impugnante acrescentou um complemento de defesa às fls. 253/275 onde repete os mesmos

argumentos jurídicos e acrescenta alegações de ordem material não incluídas na peça defensiva inicial.

Que na infração 2, referente a data de ocorrência 31/01/2008, cuja Base de Cálculo devido, apontado pelo fiscal, com valor histórico e R\$2.157,46, esclarece que os valores apontados são indevidos haja visto que as Notas Fiscais n^{os} 17999, 18001 e 18208, valores contábeis respectivamente R\$6.760,60, R\$1.830,60 e R\$2.768,00 são referentes a aquisição de PNEUS que conforme Convênio CONFAZ n^o 85/93, ratificado pelo ATO COTEPE -ICMS 05/93 tem o ICMS Diferido(*sic*), e que portanto não ha diferencial de alíquota a ser apurada pela ECT.

Que quanto às Notas Fiscais n^{os} 225688 e 230770, valores contábeis respectivamente R\$15.820,00 e R\$450,50, não foram reconhecidas como operação de aquisição pela ECT, pois foram emitidas com erro de valor. Que os valores corretos a serem reconhecidos na aquisição seriam respectivamente R\$15.819,00 e R\$451,50. Que as notas fiscais corretas para o reconhecimento, da aquisição são as notas fiscais de n^{os} 233524 e 233523, cujo diferencial de alíquota foi recolhido na competência janeiro/2008, em 01/02/2008, registrado na planilha DAICMS.

Que na infração 3, do valor devido apontado pelo fiscal totalizando R\$3.177,01, reconhece como devido pela ECT, apenas R\$600,00, haja vista que no meses de outubro e novembro de 2009, houve retenção de ICMS de prestador de serviço de transporte autônomo utilizando alíquota de retenção nas prestações internas de transporte, alíquota de 12%, quando, conforme artigo 50, inciso 1, alínea a do Decreto n^o 6284 de 14/03/1997, a alíquota correta é de 17%, havendo portanto o reconhecimento de retenção e recolhimento a menor pelo valor original de R\$600,00.

Os valores de R\$1.216,58 e R\$1.360,43, apontados pelo fiscal nos meses de janeiro e fevereiro de 2008, calculados com alíquotas de retenção de 17% são indevidos, pois tratam-se operações e prestações interestaduais de transportes, com prestação de serviços de transporte a contribuinte do imposto, e no caso aplica-se o artigo 50, Inciso II do RICMS/97, que prevê aplicação de retenção de ICMS pela alíquota de 12%, não havendo portanto diferença a recolher para esses dois valores de janeiro e fevereiro, a conclusão da ECT reconhece, na Infração 03 o valor devido de R\$600,00, conforme exposto.

Requer novamente, que 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.

Às fls. 283/291, o autuante diz que a Autuada, inconformada com o lançamento tributário de ofício, objeto do AI em tela, impugnou-o por meio de duas peças: a primeira, das fls. 225 a 245; a segunda, das fls. 253 a 275 – esta como complementação da defesa. Ambas, porém possuem conteúdo idêntico.

Que apesar da impugnante vir recolhendo ICMS decorrente do diferencial entre as alíquotas internas e interestaduais (DIFAL), na aquisição de mercadorias ou bens oriundos de outras unidades da Federação destinados ao ativo permanente ou para uso ou consumo, deixou, porém, de efetuar o recolhimento sobre algumas notas fiscais lançadas ou não no seu livro de Registro de Entrada, conforme indicados nos demonstrativos ANEXOS 01 a 12 (fls. 06 a 27).

Alega que quando da retenção do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, sobre prestações de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais, efetuados por autônomos ou por empresas transportadoras não inscritas no Cadastro do ICMS neste Estado, a Autuada o fez a menor, haja vista que, ao invés de aplicar a alíquota interna (17%), adotou, erroneamente, a interestadual (12%).

Constata que o cerne da matéria ora guerreada é de ordem constitucional, quando a Autuada assegura, para rebater a cobrança do ICMS sobre os seus serviços, que goza da imunidade tributária recíproca preconizada pelo art. 150, VI, “a”, da CF/88. Acerca do RE 601392, a que refere

a impugnante, 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.

Que quanto à infração 1, a impugnante questiona sobre a cobrança da DIFAL em relação às Notas Fiscais n^{os} 610742, 3834, 3835, 3836, 3837 e 3838, as quais, segundo afirma, foram contabilizadas, respectivamente, no dia 04/02/2009 e 11/03/2008, através da planilha DAICMS. Que as informações relativas a estas notas fiscais foram extraídas do livro de Registro de Entradas do mês de janeiro de 2008 (v. fls. 34), conforme se pode verificar através de cópia do referido livro, anexada ao presente PAF (fls. 28 a 36), tendo o imposto sido apurado através do demonstrativo ANEXO 01 (fls. 06). Que todo o imposto foi apurado em cada mês, de acordo com o referido livro fiscal, e deduziu-se a quantia do imposto pago no mesmo mês do levantamento.

Alega quanto à infração 2 da impugnação, que segundo a impugnante, a cobrança da DIFAL sobre as Notas Fiscais n^{os} 17999, 18001 e 18208 é indevida, por se tratar de aquisição de pneus. Conforme consta no Termo de Intimação – 2, de 14/02/2012 (fls. 211), foi intimada para, dentre outros elementos, apresentar as notas fiscais de entrada de mercadorias, bens para consumo e ativo permanente. Entretanto, apenas uma pequena parte de tais documentos foi apresentada, apesar de insistentes solicitações para que fossem apresentadas todas as notas fiscais. Para isso, reportava-se sempre à pessoa do Sr. Ivan Santana de Jesus, da Gerência Financeira (GEFIN/BA).

Que em face das solicitações, o referido funcionário sempre argumentava dificuldades diversas para a apresentação de todos os documentos, sob múltiplas alegações. Que é importante registrar que a maior parte dos trabalhos de auditoria fiscal foi executada nas dependências do estabelecimento da Autuada, na Av. Paulo VI, Pituba (prédio da ECT), em Salvador. Ante a tais dificuldades de acesso a todos os documentos, os levantamentos fiscais foram realizados diretamente através do livro de Registro de Entradas – aliás, o único livro fiscal que é escriturado pela Autuada.

Que com efeito, não se pôde ter acesso às Notas Fiscais n^{os} 17999, 18001 e 18208, de sorte que se pudesse verificar se houve ou não a substituição tributária. Dentre os documentos de aquisição de bens para uso ou ativo imobilizado apresentados pela Autuada à fiscalização, alguns deles se referiam a mercadorias adquiridas que foram objeto de substituição tributária, caso em que - como não poderia deixar de ser - não se procedeu a qualquer lançamento de ICMS. À guisa de exemplo, uma dessas notas fiscais foi a de n^o 8557 (fls. 16), lançada no livro de Registro de Entradas e consignada no demonstrativo ANEXO 07 (fls. 15 do PAF), referente a compra de pneus com substituição tributária. Como se vê do referido demonstrativo não houve cobrança de DIFAL.

Que quando questiona ser indevido o lançamento da DIFAL sobre tais documentos, não os trouxe no bojo de sua defesa, de sorte que não há como verificar se os mesmos se referem realmente a aquisição de pneus. É preciso, neste diapasão, que se observem fisicamente os documentos, a despeito de terem sido lançados no livro de Registro de Entradas (fls. 28 e 34 do PAF). Para afastar a cobrança do imposto sobre tais documentos, deveria, portanto, tê-los trazido com a sua impugnação.

Ainda com relação à infração 2, a Autuada resiste quanto ao lançamento da DIFAL sobre as Notas Fiscais n^{os} 225688 e 230770, igualmente consignadas no demonstrativo ANEXO 01 (fls. 06) e com cópias anexadas ao presente PAF (fls. 07 e 08). Estes documentos não foram registrados no livro de Registro de Entradas, conforme está observado no rodapé do referido demonstrativo.

A Autuada diz que tais notas fiscais “*não foram reconhecidas como operação de aquisição pela ECT, pois foram emitidas com erro de valor*”. Aduz que as “*notas fiscais corretas para o reconhecimento da aquisição são as Notas Fiscais de n^{os} 233524 e 233523...*”

Quanto a este ponto da impugnação, o Autuante tem a dizer o seguinte: a) que os documentos foram apresentados pela Autuada sem qualquer informação que estavam com valores incorretos;

b) Para espancar, de uma vez por todas, a infundada alegação da impugnante, há que se observar, no verso de cada um dos documentos, um carimbo com os seguintes dizeres:

“Atesto o Recebimento do Material e o valor cobrado neste documento”. O funcionário que prestou o “ATESTO”, no dia 16/01/2008, foi o Supervisor Sr. Roque Costa Oliveira, referendado pelo Engº Civil Marcelo Pereira de Miranda e pela Gerente de Engenharia, a Engª Monica Lyra.

Que se os documentos estavam incorretos, ainda que com os “atestados” de recebimento do material e sua regularidade por três funcionários graduados da Autuada, por que os teria apresentado à fiscalização sem nenhuma informação nesse sentido?

Sustenta que afora os pontos impugnados vinculados à Infração 2, devidamente refutados, a Autuada manteve-se silente quanto aos demais demonstrativos de lançamento da DIFAL – do mês de fevereiro a dezembro de 2008 (ANEXOS 02 a 12 – fls. 09, 11, 12, 13, 14, 15, 17, 18, 19, 21 e 24.), Se em nada se manifestou, implica sua completa anuência com os levantamentos realizados e com os fatos consignados nos referidos demonstrativos.

Quanto à infração 03, sobre a exigência dos R\$3.177,01 (ANEXO 37 – fls. 203 do PAF), referente ao ICMS que deixou de ser recolhido por substituição tributária nas prestações de serviço de transporte realizadas por autônomo ou por empresa não inscrita neste Estado e reconheceu apenas ser devedora do ICMS na quantia de R\$600,00, pertinente ao serviço prestado pelo transportador autônomo, Fernando Antonio Alves. A diferença, R\$2.577,01, resultante do transporte efetuado pela empresa Wisa Transportes Logística e Automotiva Ltda., diz ser indevida por se tratar de operações e prestações interestaduais de transportes.

Assegura o Autuante, que os valores do ICMS apurados e devidos nos meses de janeiro, fevereiro, outubro e novembro de 2008, conforme discriminados no demonstrativo ANEXO 37 (fls. 203 do PAF), totalizando R\$ 3.177,01, estão corretos. Não é somente os R\$ 600,00 que a Autuada reconhece devedora, pois todos os outros são devidos.

Que a empresa Wisa Transportes Logística e Automotiva Ltda., não possui inscrição no Cadastro do ICMS no Estado da Bahia, logo, por exigência legal, há que se fazer o recolhimento do ICMS por substituição tributária sobre a prestação do serviço de transporte, adotando-se a alíquota interna (17%), pouco importando se o serviço prestado é de natureza intermunicipal ou interestadual. Neste caso, não se aplica o disposto no art. 50, II, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, como quer a Autuada, mas o art. 380, I, do mesmo Regulamento.

Quanto à extinção do crédito tributário, em razão da homologação tácita e da justificação de decadência, não há guarida à pretensão da Autuada. Que 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 de sorte que possa dar conhecimento ao fisco dessa atividade.

Que 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.

Assim, ante a todo exposto, com devida informação fiscal prestada, e não tendo a Autuada elidido do montante lançado de ofício qualquer valor pertinente aos levantamentos fiscais, resta pedir aos ímplies julgadores a procedência total do presente Auto de Infração, porque é ato de justiça.

VOTO

O impugnante alega em seu favor o instituto da decadência do direito da Fazenda Pública lançar os créditos tributários em prazos superiores a cinco anos da exata ocorrência dos fatos geradores. Este Conselho de Fazenda, tem reafirmado em inúmeras decisões de segunda instância, a

prevalência do prazo decadencial, conforme o art. 173, I do CTN, a exemplo do trecho de julgamento abaixo:

*2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0387-12/10*

A legislação do Estado da Bahia fixa prazo para homologação do lançamento e, por isso, não é acatada a alegação referente à determinação do art. 150, § 4º, do CTN, que prevê: “se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador”.

O disposto no art. 107-A, I do COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, que em sua essência transcreve o art. 173, I do CTN, estabelece como prazo de decadência 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

A falta de pagamento integral de tributo cujo lançamento se dê por homologação no prazo regulamentar faz surgir para a Fazenda Pública o direito subjetivo de constituir o crédito tributário por meio do lançamento de ofício. Esse direito do Estado, sob pena de extinção, deve ser exercido em determinado lapso de tempo. O tempo deve ser contado, como já visto, segundo o que dispõe o artigo 173, I do CTN, ou seja, em cinco anos a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado. Em sendo assim, tendo o lançamento sido realizado no prazo quinquenal, determinado no art. 173 do Código Tributário Nacional, não há que se falar em decadência do lançamento tributário.

Como o auto foi lavrado em junho de 2013, a decadência do exercício de 2008, só ocorrerá a partir de 01/01/2014.

Além disso, mesmo tomando-se por base os argumentos da impugnante em razão da homologação tácita descrita no artigo 150, § 3º, do CTN, o art. 150 pressupõe que autoridade administrativa homologa o lançamento efetuado pelo sujeito passivo. No entanto, como frisou o autuante, é necessário que o contribuinte efetue o lançamento do tributo de sorte que possa ocorrer a homologação. Logo, se o impugnante não lançou os impostos, homologação não poderia haver, muito menos as considerações do art. 150 alegado na impugnação. Decadência não reconhecida.

Em seguida, alega imunidade da ECT, trazendo decisão do ST, com publicação em 01.03.2013, com repercussão geral reconhecida, acerca da imunidade tributária da ECT. De fato, conforme divulgado no sítio do STF (<http://www.stf.jus.br/portal>), consulta em 15/03/2014, podemos ler o seguinte trecho abaixo transcrito:

Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu nesta quinta-feira (28) 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. Após reformulação do voto do ministro Ricardo Lewandowski, somaram-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. (grifo nosso)

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.

Conforme argumento dos Correios, a decisão do TRF-4 contrariou o artigo 21, inciso X, da Constituição Federal, segundo o qual compete à União manter o serviço postal e o correio aéreo nacional. Sustentou ainda que o STF deveria reconhecer a “imunidade completa” de suas atividades, pois todos os seus rendimentos estão condicionados à prestação de serviço público.

De acordo com a informação no próprio sítio do STF, “a Repercussão Geral é um instrumento processual inserido na Constituição Federal de 1988, por meio da Emenda Constitucional 45, conhecida como a “Reforma do Judiciário”. O objetivo desta ferramenta é possibilitar que o Supremo Tribunal Federal selecione os Recursos Extraordinários que irá analisar, de acordo com critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica. O uso desse filtro recursal resulta numa diminuição do número de processos encaminhados à Suprema Corte. Uma vez

constatada a existência de repercussão geral, o STF analisa o mérito da questão e a decisão proveniente dessa análise será aplicada posteriormente pelas instâncias inferiores, em casos idênticos”.

No entanto, o Julgamento do STF não tem efeito vinculante sobre as decisões administrativas e este Conselho de Fazenda tem sobremaneira, afastado a imunidade dos correios no que diz respeito a atividades que extrapolam as atividades fins do correio, conforme exemplo de decisão da 1ª CJF, abaixo transcrito:

*1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0095-11/11*

Sobre tal matéria, dúvidas inexistem de que a ECT não está amparada na imunidade tributária prevista no art. 150, VI, "a", da Carta Magna, uma vez que, por força do disposto no art. 173, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, ao prestar o serviço de transporte de mercadorias mediante remuneração, está sujeita ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações trabalhistas e tributárias, não podendo, nesse passo, gozar de privilégios não extensivos ao setor privado.

A Procuradoria Estadual, ao opinar sobre a questão, ressaltou, com bastante clareza, que a empresa pública, de acordo com a Lex Legum, se equipara às privadas nos regime jurídico e privilégios fiscais (art. 173), não havendo, conseqüentemente, amparo legal para a imunidade tributária nem para a alegação de ilegitimidade passiva, ambas invocadas pelo recorrente.

Quanto à alegada imunidade, necessário se faz enfatizar que o serviço prestado pela ECT, relativamente ao transporte de mercadorias, em nada se assemelha ao serviço público denominado “serviço postal”.

Ocorre que a controvérsia surge em razão da indeterminação do conceito previsto na Lei, entretanto, não se sustenta por muito tempo, uma vez que o “serviço postal”, sobre o qual deve ser reconhecida a imunidade tributária, tem de resumir-se àqueles por meio dos quais se realizam as entregas de materiais que não se constituam em mercadorias destinadas ao comércio ou que sejam objeto de uma relação mercantil.

A representante da PGE/PROFIS, ao se pronunciar nos autos, ressaltou, de plano, que a preliminar de nulidade do procedimento fiscal suscitada era absolutamente desprovida de qualquer fundamento legal ou técnico, por estar fundamentada em irregularidade inexistente na lavratura do Termo de Apreensão, enquanto aquela pertinente à ilegitimidade passiva dos Correios também não encontrava respaldo legal, a teor do quanto disposto nos artigos 121 e 128 do Código Tributário Nacional.

À vista dos pontos enunciados, opinou que, conforme documentos dos autos, a ECT tem natureza jurídica de empresa pública, citando o art.173 da Constituição Federal, o qual prevê a equiparação da empresa pública à privada no que tange ao regime jurídico e aos privilégios fiscais.

Asseverou que a ECT, embora seja uma empresa pública federal, é pessoa jurídica de direito privado, sujeitando-se às mesmas obrigações tributárias que as empresas privadas, “logo o transporte de mercadorias que realiza sofre a incidência do ICMS, por não estar protegida pela imunidade constitucional.”

Aduziu que, atendendo ao comando da CF/88 (art. 155, inc. II, § 2º, inc. XII, alínea “a”), a Lei Complementar nº 87/96 definiu, perfeitamente, no seu artigo 4º, os contribuintes, ao atribuir a qualquer pessoa física ou jurídica, responsabilidade tributária quando realizar, com habitualidade, operações de circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal.

Concluiu, assegurando não se aplicar à situação em tela a imunidade recíproca alegada pela ECT, a qual, além de serviço postal, presta também o de transporte, incluído no campo de incidência do ICMS.

Oportuno transcrever aqui, trecho de julgamento, desta vez da 2ª CJF, que também aponta no mesmo sentido da jurisprudência até então adotada neste Conselho de Fazenda;

*2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0007-12/08*

Nesse diapasão, corroboro com o entendimento da Auditora Fiscal Sandra Urânia, que assim se manifestou: “A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 150, VI, alínea “a”, veda à União, aos Estados e aos municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, renda e serviços uns dos outros. É a chamada imunidade recíproca, extensível às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, pela regra do seu §2º. Por outro lado, o texto constitucional veda esta imunidade às atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados ou ao caso em que haja contraprestação ou pagamentos de preços ou tarifa ao usuário do serviço, caso da ECT.

Esta é a determinação do §3º do referido dispositivo constitucional.” Frise-se que a ECT é uma empresa

pública, assim constituída pelo Decreto Lei nº 509, editado em 20 de março de 1969, excetuando-se, assim, da regra de imunidade citada, que apenas é estendida, como dito acima, às autarquias e fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público.

Neste eito, a alegação da ECT de que a ela se aplica a imunidade constitucional em tela, com base na determinação do art. 12 do Decreto Lei citado, é desprovida de fundamento constitucional. Nesse sentido, também se pronunciou o Dr. José Augusto Martins Junior, Procurador do Estado da Bahia: “Assim, em face do expendido, tendo como premissa irretorquível à subjetividade da imunidade recíproca, não se pode entender como sujeita à imunidade “ontológica” a EBCT, pois a norma imunizante, prevista na CF/88 alcançou tão somente à União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e, por força de norma extensiva, às autarquias e fundações.

Por fim, constato que após o último julgamento do STF(RE 601392), em 01/03/2013, não houve julgamentos em segunda instância deste Conselho de Fazenda, que apreciasse os termos do julgamento, nem há pronunciamento da PGE acerca do tema julgado, mas todas as decisões da primeira instância após a justificativa apresentada pela ECT com o referido recurso extraordinário, entenderam como sendo a decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal, adstrita ao imposto sobre serviços .

*3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO JJF Nº 0280-03/13*

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)

*5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO JJF Nº 0168-05/13*

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.

*3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO JJF Nº 0026-03/14*

Em relação ao RE 610392, mencionado pela defesa, entendo que assiste razão ao autuante ao informar 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)

É certo que o julgamento do STF decorreu de lançamento de Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, nas atividades que não tenham características postais. A extensão da interpretação de tal decisão para o campo do ICMS, necessariamente deverá passar por cuidadosa análise da Procuradoria do Estado e da segunda instância deste Conselho de Fazenda. Como até então a Procuradoria não foi provocada acerca do citado recurso, devo considerar que as decisões judiciais não vinculam os julgamentos administrativos, e em sendo assim, acompanho a jurisprudência deste Conselho. Pelo exposto, rejeito a alegação de imunidade da ECT, e passo à análise dos erros materiais apontados.

Como as duas primeiras infrações se reportam ao não pagamento de diferencial de alíquotas, passo à análise conjunta destas duas infrações. Diz o impugnante, que faz a apuração do ICMS utilizando-se o livro razão contábil e não o de entradas e cita a base de cálculo R\$ 11.099,92 referente a Nota Fiscal nº 610742, que foi contabilizado em 04/02/2009 e recolhido na competência fevereiro/2009 e que a base de cálculo de R\$15.280,00 referentes às Notas Fiscais nºs 3834, 3835, 3836, 3837 e 3838, foram contabilizado em 11/03/2008, e que portanto, seria a diferença apurada, apenas uma questão de alteração do mês de competência do lançamento, mas não trouxe qualquer documento ou planilha demonstrativa das notas fiscais e seus respectivos pagamento,

que comprove que a alteração das datas de entradas registradas não tenha causado impacto no recolhimento global.

O autuante expôs em demonstrativos todos os elementos que apontam para o lançamento do imposto, devendo o impugnante para elidir o lançamento, não apenas refutá-los com retórica, mas trazer todas as provas que as justifique, como por exemplo, de que as notas fiscais com lançamento de DIFAL são de pneus. O impugnante tratou apenas de alegar argumentos defensivos, sem a devida comprovação das suas alegações não apontou qualquer inconsistência documental ou nos cálculos efetuados, que trata do ICMS devido por aquisição interestadual para o ativo fixo. Nos termos do art. 140 do RPAF, o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas. Assim, rejeito todos os argumentos de ordem material por falta de comprovação. Infração 1 procedente

Na infração 2, diz que os valores apontados são indevidos *haja visto que as notas fiscais nos 17999, 18001 e 18208, valores contábeis respectivamente R\$ 6.760,60, R\$ 1.830,60 e R\$ 2.768,00 são referentes a aquisição de PNEUS que conforme Convênio Confaz nº 85/93, ratificado pelo ATO COTEPE -ICMS 05/93 tem o ICMS Diferido, portanto não ha diferencial de alíquota a ser apurada pela ECT.* Assim, quanto à alegada compra de pneus, também não logrou trazer qualquer documento que comprove que as mercadorias são pneumáticos, razão pela qual se dispensaria a diferença de alíquotas. O autuante inclusive cita o fato de não ter tido acesso às notas fiscais, fazendo o lançamento com base na classificação fiscal que foi dada pelo próprio impugnante quanto ao destino das mercadorias (uso e consumo do estabelecimento).

Quanto às notas fiscais nºs 225688 e 230770, diz o impugnante que não foram reconhecidas como operação de aquisição pela ECT, pois foram emitidas com erro de valor. Aduz que s valores corretos a serem reconhecidos na aquisição seria respectivamente R\$ 15.819,00 e R\$451,50 e que *as notas fiscais corretas para o reconhecimento, da aquisição são as Notas Fiscais de nºs 233524 e 233523, cujo diferencial de alíquota foi recolhido na competência janeiro/2008, em 01/02/2008, registrado decorrente da diferença de alíquotas quanto ao preenchimento de valores ditos “errados”,* mas também não trouxe qualquer documento comprobatório, nem os documentos fiscais ditos com emissão de valores errados, nem a correspondente comprovação de correção dos valores nos termos ditados pelo art. 201, parágrafo 2º do RICMS que dita a forma de se proceder a correções de documentos fiscais emitidos erroneamente.

Art. 201. Os documentos fiscais especificados no art. 192 serão emitidos pelos contribuintes do ICMS (Conv. SINIEF, de 15/12/70, Conv. SINIEF 06/89 e Ajustes SINIEF 01/85, 01/86 e 01/89):

IV - na regularização em virtude de diferença de preço em operação ou prestação, ou na quantidade, volume ou peso de mercadoria, quando efetuada no período de apuração do imposto .

Pelo exposto considero voto pela Infração 2 procedente.

No que diz respeito à infração 3 e ao ICMS devido como sujeito passivo por substituição relativo às prestações de serviços de transportes, reconheceu parcialmente a infração mas não logrou trazer qualquer documento fiscal comprobatório da sua ilegitimidade passiva para o lançamento do imposto referente aos serviços prestados pela Wisa Transportes Logística e Automotiva Ltda, que segundo o autuante, não possui inscrição no Cadastro do ICMS no Estado da Bahia. Infração 3 procedente.

Quanto à taxa SELIC, ao contrário do quanto alega o impugnante, já existe entendimento firmado na jurisprudência dos Tribunais Superiores que essa pode ser utilizada como índice para o cálculodos juros dos débitos tributários apontados a partir de 1º de janeiro de 1996, a exemplo da Decisão do STF no AgRgno Resp. nº 722595/PR, além do que a norma do artigo 161, § 1º, do Código Tributário Nacional -CTN, tem natureza supletiva, aplicando-se apenas quando não haja lei dispondo de modo diverso, não sendo esta a hipótese dos autos, já que a legislação estadual prevê a aplicação da taxa SELIC no cálculo dos acréscimos moratórios, como citado acima, e sobre tal ato normativo não há qualquer pecha de inconstitucionalidade declarada pelo Poder

Judiciário. Oportuno a citação da ementa abaixo, em decisão do STJ:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CDA. EXAME DE REGULARIDADE. IMPOSSIBILIDADE. ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA DO STJ. REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO. JUROS DE MORA. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC. POSSIBILIDADE. CONTRIBUIÇÃO PARA O INCRA E FUNRURAL. REGULARIDADE.

1. A investigação acerca do preenchimento dos requisitos formais da CDA, demanda, necessariamente, a revisão do substrato fático-probatório contido nos autos. Aplicação do enunciado sumular n. 7 desta Corte.

2. É legítimo o emprego da taxa Selic na atualização monetária dos débitos fiscais tributários.

3. São devidas as contribuições destinadas ao INCRA e ao FUNRURAL por empresa urbana, em virtude do seu caráter de contribuição especial de intervenção no domínio econômico para financiar os programas e projetos vinculados à reforma agrária e suas atividades complementares.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag 1131083/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/03/2010, DJe 30/03/2010)

Quanto à cobrança de juros e a sua suspensão enquanto não transitar em julgado o processo administrativo, o fato é que não existe previsão legal para tal pedido. Nos termos do CTN, há suspensão da exigibilidade do crédito tributário, sem contudo, se estender aos juros decorrentes do não pagamento:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I - moratória;

II - o depósito do seu montante integral;

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

O próprio CTN também já prevê juros incidentes, sem prejuízo das penalidades adicionais, conforme texto legal abaixo transcrito:

Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica na pendência de consulta formulada pelo devedor dentro do prazo legal para pagamento do crédito.

Conforme textualmente dispõe o CTN, os juros não são dispensados nem mesmo em casos de consignação do pagamento:

Art. 164. A importância de crédito tributário pode ser consignada judicialmente pelo sujeito passivo, nos casos:

§ 2º Julgada procedente a consignação, o pagamento se reputa efetuado e a importância consignada é convertida em renda; julgada improcedente a consignação no todo ou em parte, cobra-se o crédito acrescido de juros de mora, sem prejuízo das penalidades cabíveis.

Pelo exposto, voto pela PROCEDENCIA do auto de infração.

VOTO DIVERGENTE

Peço vênha para divergir do relator tão somente quanto a cobrança do diferencial de alíquota (DIFAL), que compõe a infração 1, fato gerador verificado em fevereiro de 2008. A divergência cinge-se à Nota Fiscal nº 1484, juntada pelo autuante à fl. 10 do presente PAF. Trata-se de operação de simples faturamento que não enseja a cobrança de DIFAL visto que não representa a efetiva entrada da mercadoria ou bem no estabelecimento autuado, mas tão somente a operação de faturamento para entrega posterior. Não há fato gerador de ICMS no simples faturamento. Logo, indevida a cobrança de DIFAL quanto à Nota Fiscal nº 1484 (valor de R\$2.515,26). Com isso

o valor do débito da infração 1, fato gerador de 29/02/2008 fica reduzido para R\$8.107,79, assim, a infração, consequentemente, totaliza no valor de R\$211.616,85.

Observo ainda que o autuante declarou na informação fiscal que não teve acesso às notas fiscais objeto das exigências que compõem os itens 1 e 2 da autuação. A autuação foi pautada nos códigos fiscais de operação (CFOP), escriturados livros do ICMS da empresa. Todavia foram juntadas ao PAF as notas apensadas às fls. 7, 8, 10, 16, 20, 23, 22, 26 e 27. No tocante às notas fiscais de produtos com substituição tributária citadas pela defesa remanesceu, para mim, uma dúvida quanto à cobrança do DIFAL. Como o contribuinte não juntou na peça de defesa a cópia das Notas Fiscais nºs 17999, 18001 e 18208, fatos geradores de janeiro/2008 (planilha fl. 06), acompanho o entendimento do relator, pela manutenção da exigência fiscal neste mês.

Quanto aos demais itens da exigência fiscal acompanho o voto do sr. relator, pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **129442.0005/13-3**, lavrado contra **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento de imposto no valor de **R\$237.357,07**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “e” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de março de 2014.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO – JULGADOR/VOTO DIVERGENTE