



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

RESOLUÇÃO Nº 115/2010

2ª CÂMARA

SESSÃO DE 24/02/2010

PROCESSO DE RECURSO Nº 1/3978/2007 AI: 2/200707688

RECORRENTE: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

AUTUANTE: MAT. 103.584.1.8

CONSELHEIRA RELATORA: SANDRA MARIA TAVARES MENEZES DE CASTRO

EMENTA: ICMS - TRANSPORTE DE MERCADORIA
DESACOMPANHADA DE DOCUMENTO FISCAL -
RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO TRANSPORTADOR -
PROCEDÊNCIA - UNANIMIDADE.

1. Auto de infração lavrado com base no Parecer 34/99 da Procuradoria Geral do Estado;
2. A apresentação por ocasião do atual processo de nota fiscal que teria sido apresentada à fiscalização, não permite concluir que a mesma fora emitida tempestivamente e acompanhava as mercadorias em questão no ensejo da abordagem fiscal, tendo os agentes do Estado a desprezado.
3. Nessa perspectiva, devem prevalecer os fatos relatados pelo agente do Fisco no auto de infração, posto que gozam de presunção de Veracidade e de Legitimidade, atributos dos atos da Administração Pública.
4. Art. infringido: 140 do Dec. 24.569/97;
5. Penalidade: Art. 123, III, "a", da Lei 12.670/97, com nova redação conferida pela Lei 13.418/03;
6. Recurso Voluntário conhecido e não provido;
7. Rejeitadas as preliminares de Nulidade suscitadas;
8. Decisão de acordo com o parecer aprovado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de:

"Transportar mercadoria sem documento fiscal. O trans. conduzia a encomenda postal SE 642665042 BR referente a 199 chips pre pago 01/20 unid. E 400 cartões Oi Controle no valor total de 4.180,00 sem a devida documentação fiscal, motivo da lavratura do presente A.I. conforme Parecer 34/99 PGE e NE 07/99 da Sefaz."

Repousa à fl. 06 o Certificado de Guarda de Mercadorias nº 2593/07.

Foi indicado como dispositivo infringido o art. 140 do Decreto 24.569/97 e como penalidade foi aplicada a prevista no art. 123, III, "a", da Lei 12.670/96, alterado pela Lei 13.418/2003.

O imposto cobrado perfaz o valor de R\$ 710,60 e a multa o montante de R\$ 1.254,00.

A recorrente apresentou impugnação tempestiva onde argumentou, em linhas gerais, que goza de imunidade tributária nos termos do art. 12 do Dec-lei 509/69 e do art. 150, VI "a" da Constituição Federal. Transcreve decisão do Supremo Tribunal Federal tratando de sua imunidade tributária (fls. 15/21).

Presente também nos autos a empresa Redefone Comércio e Serviços Ltda. (CGF 06.178.314-5), na qualidade de terceiro interessado (remetente das mercadorias). Arguiu em peça interposta (fls. 25/29) a nulidade do feito fiscal sob o fundamento de que a situação era passível de reparação mediante a lavratura do Termo de Retenção de que trata o art. 831 - RICMS, o que não teria ocorrido.

Em mérito, asseverou que foram apresentadas as notas fiscais à fiscalização, assim como as notas de aquisição emitidas pela empresa Telemar.

Aduziu que as mercadorias são sujeitas ao regime de substituição tributária, o que se comprova mediante as

notas fiscais de emissão da Telemar (contribuinte substituto) e, nesse sentido, entende ser cabível, no máximo, a aplicação da multa disposta no § único do art. 881 - RICMS, posto que as notas fiscais estariam escrituradas nos livros fiscais.

Insurgiu-se quanto aos valores arbitrados pelo agente do Fisco. Acostou cópias das notas fiscais 36370 e 36422 emitidas pela empresa Telemar, bem como a nota fiscal de sua emissão nº 452 (fls. 30/35).

Mercadorias liberadas mediante Depósito Administrativo do Crédito Tributário efetuado pela empresa Redefone (fls. 37/49).

A julgadora singular citando o Parecer da PGE nº 34/99 decidiu pela procedência da autuação. Justificou ainda que a decisão do STF trazida aos autos pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (EBCT) possui efeito apenas entre as partes e não vincula as demais decisões do judiciário e da administração.

No tocante aos argumentos apresentados pelo terceiro interessado (Redefone), afastou-os fundamentadamente.

Inconformada com a decisão monocrática, a EBCT recorreu em 2ª instância alegando que atua na prestação de serviço público postal, o qual não se confunde com serviço de transporte, e que por isso não se encontra no campo de incidência do ICMS. Solicita a **nulidade** do feito fiscal ou sua **improcedência**.

Por seu turno, a empresa Redefone também recorreu da decisão repisando os mesmos argumentos já apresentados na instância originária.

Parecer da Consultoria Tributária pronuncia-se pela confirmação da decisão proferida em 1ª instância. O representante da Procuradoria Geral do Estado adotou o referido Parecer.

Em sessão realizada em 05/09/2008 esta Câmara resolveu converter o curso do julgamento do processo em realização de Diligência com o intuito de que o agente autuante esclarecesse o tratamento diferenciado concedido para as mercadorias constantes da encomenda SE 642665042 BR que gerou dois autos que apontam infrações distintas.

Solicitou-se também a juntada de cópia do processo referente ao segundo auto de infração lavrado. Despacho às fls. 104/105.

Providência atendida às fls. 106/112, reforçando a tese de mercadoria desacompanhada de documento fiscal.

Não houve manifestação das recorrentes.

É O RELATÓRIO.

VOTO

Cuida-se de Recurso Voluntário em face de decisão originária que pugnou pela procedência de autuação que exige ICMS e multa por **transporte de mercadoria desacompanhada de nota fiscal**.

Discute-se, no entanto, preliminarmente, se a agente autuante incorreu em vício insanável que conduziria a nulidade absoluta do feito fiscal quando deixou de lavrar o Termo de Retenção de que trata o art. 831 - RICMS. *In verbis*:

Art. 831. Estará sujeita à retenção a mercadoria acompanhada de documento fiscal cuja irregularidade seja passível de reparação.

§ 1º Configurada a hipótese prevista neste artigo o agente do Fisco emitirá Termo de Retenção de Mercadorias e Documentos Fiscais, Anexo LXII, notificando o contribuinte ou responsável para que, em 03 (três) dias sane a irregularidade, sob pena de, não o fazendo, submeter-se à ação fiscal e aos efeitos dela decorrentes.

§ 2º A ação fiscal a que se refere o parágrafo anterior poderá ser desenvolvida antes de esgotado o prazo nele previsto, desde que haja renúncia expressa do sujeito passivo."

§ 3º Entende-se por passível de reparação a irregularidade que apresente erro resultante de omissão ou indicação indevida de elementos formais que, por sua natureza, não implique falta de recolhimento do imposto.

(MEUS GRIFOS)

Já no *caput* do dispositivo se constata que o legislador limitou a lavratura de já mencionado Termo para a situação em que a mercadoria esteja acompanhada de documento fiscal.

No presente caso, apontou-se na inicial que os produtos estavam desacompanhados de notas fiscais, razão pela qual reputo a presente situação como não passível de ser sanada por força do que dispõe o artigo acima transcrito.

Portanto, compreendo que não caberia na circunstância a lavratura do Termo de Retenção e afastamento a nulidade arguida na peça interposta pela terceira interessada.

Por outro lado, a apresentação por ocasião do atual processo de nota fiscal que, de acordo com a empresa Redefone, teria sido apresentada à fiscalização, não permite concluir que a mesma fora emitida tempestivamente e acompanhava as mercadorias em questão no ensejo da abordagem fiscal, tendo os agentes do Estado a desprezado.

Nessa perspectiva, devem prevalecer os fatos relatados pelo agente do Fisco no auto de infração, posto que gozam de presunção de Veracidade e de Legitimidade, atributos dos atos da Administração Pública.

Nos ensinamentos de Maria Sylvia Zanella di Pietro¹:

A presunção de legitimidade diz respeito à conformidade do ato com a lei; em decorrência desse atributo, presumem-se, até prova em contrário, que os atos administrativos foram emitidos com observância da lei.

Ao passo que:

A presunção de veracidade diz respeito aos fatos; em decorrência desse atributo, presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração.

Vale ressaltar que é entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência a inversão do ônus da prova em desfavor do administrado por força dos atributos acima mencionados.

¹ **Direito Administrativo** – 17ª edição; São Paulo; Atlas; 2004; pag. 191/192

Desse modo, como já manifestado, tornam-se insuficientes as notas fiscais trazidas aos autos pela terceira interessada para descaracterizar a acusação apontada.

Sublinho que não se poderia sequer vincular as mercadorias em debate com aquelas descritas nas notas fiscais de emissão da empresa Telemar, motivo pelo qual também não se pode considerar que o tributo se encontra recolhido aos cofres públicos. Desse modo, afasto a aplicação alternativa do art. 126 da Lei 12.670/96, alterado pela Lei 13.418/03.

Por sua vez, a recorrente propriamente dita, EBCT, argui em toda a peça recursal sua condição de sujeito não contribuinte do ICMS tomando como fundamentos dispositivos estatuídos no Decreto-Lei nº 509/69, na Lei 6.538/78, bem como na CF/88.

Busca demonstrar que pelo fato de prestar serviço público postal, goza de imunidade nos termos do art. 12 do Dec-Lei acima citado, o que a revestiria em parte ilegítima para figurar como sujeito passivo da presente relação tributária.

Argumenta que o serviço postal, por não se confundir com serviço de transporte, não se encontra no campo de incidência do ICMS.

Declara que não é uma transportadora e que na verdade o transporte que realiza não seria serviço de transporte, mas, apenas "transporte" (destaque nosso) que por sinal, conforme compreende, não constitui fato econômico relevante.

À respeito de todas essas questões levantadas pela recorrente, já se manifestou de modo objetivo a Procuradoria Geral do Estado através do Parecer 34/99 esclarecendo que o serviço postal não é alcançado pela imunidade assegurada pela CF/88, à exceção do serviço postal *stricto sensu*, haja vista o serviço de transporte de objetos realizado por empresa pública se inserir na categoria do transporte em geral.

Esclarece ainda o representante da PGE:

"Vê-se então que qualquer prestador de serviço de transporte responde, em princípio, pela hipótese de incidência do imposto que realiza na

qualidade de contribuinte. Contudo, na qualidade de responsável, poderá vir a responder também pelo pagamento do imposto cuja hipótese de incidência seja promover a circulação de mercadoria desacompanhada de documento fiscal ou sendo este inidôneo. É o caso dos Correios. Caso se configure a situação descrita acima a essa Empresa Pública poderá ser atribuída à condição de responsável pelo pagamento do ICMS cujo dever jurídico era originalmente do contribuinte."

Tal também é meu entendimento, afinando-me por sinal, às manifestações consolidadas neste órgão de julgamento que vem decidindo em situações fáticas idênticas por acatar o referido parecer da PGE, aplicando o que dispõe a Lei 12.670/96, quanto à responsabilidade tributária:

Art. 16 – São responsáveis pelo pagamento do ICMS:

(...)

II – O transportador, em relação à mercadoria:

c) que aceitar para despacho ou transportar sem documento fiscal, ou sendo (...)

Desse modo, entendo configurada a infração, o que me conduz a **voto** no sentido de que se conheça do Recurso Voluntário, negar-lhe provimento para, em grau de preliminar, afastar as nulidades suscitadas, e no mérito decidir pela procedência da autuação de acordo com o Parecer aprovado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

É COMO VOTO

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

BASE DE CÁLCULO.....	4.180,00
ICMS.....	710,60
MULTA.....	1.254,00
TOTAL.....	1.964,60


DECISÃO

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é recorrente EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS e recorrido CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1º INSTÂNCIA,

A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, conhecer dos Recursos Voluntários. Com relação a preliminar de nulidade suscitada no recurso da empresa autuada, resolvem os membros da 2ª Câmara afastá-la, por unanimidade de votos. Quanto à preliminar de nulidade por ausência do Termo de Retenção, argüida pela empresa Redefone Comércio e Serviços Ltda, que impetrou recurso na condição de terceira interessada, resolvem afastá-la, por unanimidade de votos, posto que "mercadorias desacompanhadas de notas fiscais" não caracteriza caso de lavratura de Termo de Retenção. No mérito, também por unanimidade de votos, a 2ª Câmara resolve negar provimento aos recursos interpostos, para confirmar a decisão **condenatória** proferida em 1ª Instância, nos termos do voto da Conselheira Relatora e de acordo com o Parecer da Consultoria Tributária, referendado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado. O representante legal da empresa Redefone Comércio e Serviços Ltda, apesar de regularmente convocado, conforme solicitado nos autos, não compareceu a esta sessão para apresentação de sustentação oral do recurso.

SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 22 de março de 2010.


Sandra M. Tavares Menezes de Castro
CONSELHEIRA RELATORA


José Wilame Falcão de Souza
PRESIDENTE


Marcos Antonio Brasil
CONSELHEIRO


Francisca Marta de Sousa
CONSELHEIRA


José Moreira Sobrinho
CONSELHEIRO


Silvana Carvalho Lima Petelinkar
CONSELHEIRA


Sebastião Almeida Araújo
CONSELHEIRO


Ana Maria Martins Timó Holanda
CONSELHEIRA


Jeritza Gurgel Holanda Rosário Dias
CONSELHEIRA

PRESENTE:


Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO