

PROCESSO - A. I. Nº 123433.0061/07-3
RECORRENTE - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3º JF nº 0328-03/07
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 30/12/2008

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0397-12/08

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS RELATIVO A MERCADORIA ACEITA PARA ENTREGA SEM A CORRESPONDENTE NOTA FISCAL. EMPRESA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. Restou comprovado no processo que as mercadorias, objeto da autuação, se encontravam acompanhadas do competente documento fiscal. Infração descaracterizada. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou procedente o Auto de Infração em lide, lavrado em 20/06/2007 no trânsito de mercadorias, o qual exige o ICMS no valor de R\$6.775,38, acrescido da multa de 100%, referente ao transporte de mercadorias sem documentação fiscal, conforme Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos acostado à fl. 05.

Em sua defesa o autuado alega, inicialmente, ilegitimidade passiva, entendendo que a relação da operação em foco deu-se entre o remetente e o destinatário, excluindo-se a ECT, e cita situação anterior em que, segundo informa, o destinatário teria providenciado o pagamento do imposto pretendido e que, ademais, goza de imunidade tributária, transcrevendo trechos de Acórdãos do STF. A seguir reproduz alguns dos dispositivos do Protocolo ICM 23/88. Suscita, como preliminares de nulidade do lançamento, os seguintes fatos:

1. não foram observadas as determinações contidas no Protocolo ICM 23/88, isto é, não foi lavrado, em três vias, o Termo de Apreensão, com a seguinte destinação: a primeira, do remetente ou destinatário; a segunda, da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) e a terceira, do Fisco;
2. sendo a ECT empresa pública da administração indireta federal, não pode ser igualada às centenas de milhares de transportadores particulares existentes no país, pois o serviço postal não é transporte e, por conseguinte, o autuado não é transportador;
3. o autuado goza de imunidade tributária, de acordo com o estatuído no artigo 150, inciso VI, alínea “a”, da Constituição Federal de 1988. Cita o entendimento de diversos juristas a respeito do conceito de empresa pública.

Acrescenta outros argumentos para infirmar a ilegalidade da autuação, que vem sustentando sistematicamente em vários autos já tramitados por este Conselho de Fazenda.

A autuante, em sua informação fiscal às fls. 53 a 64, sustenta a autuação, chamando a atenção, ao final, para a jurisprudência atualmente predominante no CONSEF, e conclui que o autuado pode ser responsabilizado por solidariedade e intimado a pagar o ICMS correspondente às mercadorias que transporta na execução do serviço postal, desacompanhadas de documentação fiscal idônea.

O julgador de Primeira Instância, em seu voto, primeiramente rejeita as preliminares argüidas, fundamentado no Protocolo ICM 23/88, contestando também a imunidade argüida pela EBCT.

No mérito, diz o julgador que o Auto de Infração foi lavrado por terem sido encontradas, no estabelecimento do autuado (ECT), conforme descrito no Termo de Apreensão, as mercadorias que descreve.

Relata que as mercadorias, desacompanhadas de documentação fiscal, foram remetidas pelo Sedex por Margarete Del Rey, em Itabuna/BA, destinadas a Adilson Ribeiro Júnior, com endereço à Rua Raul Drumond, nº 324, apt. 601, Ed. Dona Amália, Barra, Salvador, Bahia, como também descrito no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos de fl. 05.

Em razão do disposto no artigo 39, inciso I, alínea “d”, do RICMS/97, o preposto fiscal entendeu que se trata de mercadorias, e o autuado se equipara a um transportador, respondendo solidariamente pelo pagamento do imposto.

O julgador argumenta que, mesmo que o autuado não seja considerado transportador, estaria igualmente obrigado ao pagamento do tributo em razão da responsabilidade solidária prevista no art. 39, V, do RICMS.

Em seu Recurso Voluntário suscita a nulidade do Auto de Infração, arguindo inicialmente, a imunidade tributária recíproca, reconhecida pelo STF, que no seu entender não deve ser desconsiderada por este Conselho de Fazenda.

Sustenta também a ilegitimidade passiva da ECT e que serviço postal não é transporte; contesta o poder do Estado legislar sobre esses serviços, respaldando-se na constituição, que adotou a técnica de prescrever de modo exaustivo as áreas em que as pessoas públicas podem exercer a tributação, um sistema rígido de distribuição de competências. Alonga-se sobre o tema, citando juristas e jurisprudência para sustentar a sua tese. Contesta também a existência da solidariedade, para finalmente pedir que sejam acolhidas as nulidades argüidas, ou, se ultrapassadas, seja o auto julgado improcedente, finalizando por transcrever o art. 11 da Lei nº 6.538/78, nos seguintes termos: “*Os objetos postais pertencem ao remetente até a sua entrega a quem de direito*”.

Às fls. 137/138 dos autos, consta uma petição assinada por Vânia Lucia Andrade Santos, sócia da MERCATTO ATACADISTA DE JÓIAS, BIJUTERIAS E ACESSÓRIOS LTDA, remetente das mercadorias, solicitando a impugnação do Auto de Infração.

Relata que a nota fiscal encontrava-se na embalagem do SEDEX, e no momento da apreensão o fiscal não visualizou a referida nota no fundo da embalagem. Após uma série de explicações sobre o fato, declara que pagou o imposto devido, conforme DAE de fl. 140.

À fl. 152, o supervisor da IFMT/METRO informa que, na condição de supervisor da equipe que realizou a fiscalização e procedeu à lavratura do Termo e Apreensão, foi procurado pela Sra. Vânia Lúcia Andrade Santos, que informou que a nota fiscal se encontrava dentro do volume que continham as mercadorias, imediatamente localizadas. Como na nota fiscal não havia destaque de ICMS, procedeu à cobrança em caráter espontâneo, pois já havia mais de trinta dias da ocorrência, e em seguida liberou as mercadorias.

A PGE/PROFIS, considerando a ausência de infração e a conseqüente ilegalidade do lançamento em exame, opina pela Improcedência do Auto de Infração.

Incluído na pauta de julgamento, a 2ª. CJF, em deliberação unânime, resolveu encaminhar o processo à Inspeção de Trânsito da Região Metropolitana de Salvador, solicitando que a autoridade fiscal determine a remessa dos autos ao servidor Rafael Lima Serrano, que se manifestou à fl. 152, com o objetivo de realizar diligência para que sejam esclarecidas dúvidas necessárias à Decisão do Recurso Voluntário interposto pelo autuado.

Após um breve histórico do processo, foram solicitados os esclarecimentos resumidos a seguir.

- I. O Auto de Infração foi lavrado para exigir ICMS no valor de R\$6.775,38, mais acréscimos legais, enquanto que no DAE apresentado consta o valor de R\$2.605,58.

- II. A nota fiscal apresentada para elidir a autuação refere-se a uma operação de saída de Salvador para Itabuna, a título de demonstração, ao passo que a apreensão trata de remessa de Itabuna para Salvador, destinada a pessoa distinta.
- III. As quantidades e especificações descritas na nota fiscal são distintas das apontadas no termo de apreensão.
- IV. As bases de cálculo também são distintas, visto que a autuante partiu das quantidades apresentadas e dos preços constantes dos catálogos de vendas anexados ao processo.

Em atendimento à diligência, o supervisor Rafael Lima Serrano presta os esclarecimentos que se seguem:

- a) a lavratura do Auto de Infração deu-se em consequência da lavratura do termo de apreensão, o qual revela que o preposto fiscal conferiu o volume transportado através do SEDEX, identificando as mercadorias transportadas desacompanhadas de documentação fiscal;
- b) a base de cálculo foi apurada com base nos preços contidos em etiquetas afixadas nos produtos, resultando o valor de R\$6.775,38, mais acréscimos legais;
- c) localizada a nota fiscal, destinada a Margaret Del REY, em Itabuna/Ba., cliente da loja, consideramos que a autuação estaria prejudicada, já que a infração estaria descaracterizada;
- d) segundo a Sra Vânia, a Sra Margareth, na condição de pessoa física, estaria devolvendo, parcialmente, as peças enviadas em demonstração, acompanhadas da mesma nota fiscal;
- e) como a devolução não foi total, confrontamos as peças relacionadas no TAO 142363 com as constantes da Nota Fiscal nº 0033, chegando-se ao quadro comparativo apresentado;
- f) considerando a normalidade de algumas divergências na nomenclatura das peças e a presença de poucas peças não indicadas na nota fiscal, e sabendo que o Sr. Adilson, destinatário do SEDEX, é filho da Sra. Vânia e que trabalha na Mercatto, podemos considerar que a Nota Fiscal nº 0033 estaria acobertando a operação indicada na apreensão fiscal, apesar de não ter sido localizada durante a contagem física;
- g) diante desse fato novo e relevante, que foi a localização da Nota Fiscal nº 0033, descaracterizando a infração imputada no presente Auto de Infração, tomamos a Decisão administrativa de exigir o pagamento do ICMS relativo à operação, tomando como base de cálculo o valor total indicado na Nota Fiscal nº 33, que corresponde ao valor das mercadorias parcialmente devolvidas somado ao valor das mercadorias que ficaram com a cliente sem a emissão da respectiva nota de venda. Cobramos espontaneamente por já ter se passado mais de um mês da lavratura do Termo de Apreensão e como base de cálculo o valor de R\$15.326,97 referente às mercadorias que efetivamente saíram do estabelecimento emitente, resultando no ICMS de R\$2.605,58, pagos em 10/10/07.

Às fls 169/170, o autuado manifesta-se sobre a diligência, arguindo que *“a genitora do destinatário peticionou à IFMT afirmando ‘que as mercadorias apreendidas estavam acobertadas’ pela Nota Fiscal nº 0033 e que ‘por equívoco da autuante não fora localizada à época da ação fiscal em virtude do documento se encontrar no interior da embalagem’* que as acondicionava. Acrescenta que tal fato foi confirmado por aquela Inspetoria Fazendária, fornecendo os fundamentos para imputação de prática de infração pelo autuado, o que, inclusive, já restou reconhecido pelo órgão autuador nos itens II e IV das fls. 163/2164.

À fl. 179, a Dra. Ângeli Feitosa, se manifesta nos seguintes termos *“Considerando as informações prestadas às fls. 163/164, reiteradas às fls 178, ratifico o Parecer já exarado às fls 155/156 dos autos, no sentido de dar Provimento ao Recurso Voluntário, para a declaração da Improcedência do Auto de Infração”*.

A ilustre procuradora Dra. Sylvia Amoêdo, em seu Parecer, opina pela ratificação do entendimento da procuradora que emitiu Parecer conclusivo, e *“por se tratar de Parecer que*

propõe a improcedência da infração, obteve a anuência do Procurador Assistente da Profis/PGE, conforme nomeação contida no Decreto do Senhor Governador do Estado, publicado no DOE em 1º de fevereiro de 2007, e art. 46, II, da Lei nº 8207/02”. O procurador assistente também assina o Parecer.

VOTO

O Recurso Voluntário interposto limita-se a repetir as alegações expendidas na defesa, devidamente enfrentadas pela JJF, que não as acolheu por ausência de elementos fáticos ou razões jurídicas para elidir a autuação.

No entanto, como a infração foi decorrente da ausência de documentação fiscal, restou comprovado no processo que a nota fiscal que acobertava a operação de venda foi encontrada no volume que acondicionava a mercadoria. Conforme confirmado pelo supervisor da INFAZ de origem em diligência determinada por esta Câmara de Julgamento Fiscal. No curso do processo, ingressou a Sra. Lúcia Andrade Santos, trazendo a prova de que as mercadorias se encontravam acobertadas pela Nota Fiscal nº 0033, revelando, assim, a improcedência do lançamento fiscal, fato corroborado pela intervenção do supervisor da INFAZ, da manifestação acostada às fls. 163/164.

Em face da comprovação pela proprietária das mercadorias, que interveio no processo, às fls. 137/138, fica afastada de responsabilidade solidária da ECT. Vale registrar que os pagamentos efetuados na INFAZ, se deram ao amparo de denúncia espontânea em relação às mercadorias que não retornaram da remessa originária.

Em face do exposto, DOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para julgar IMPROCEDENTE a ação fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 123433.0061/07-3, lavrado contra a **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT**.

Sala das Sessões CONSEF, 15 de dezembro de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS