

A. I. N° - 299166.0360/08-1
AUTUADO - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS
AUTUANTE - WALTER LÚCIO CARDOSO DE FREITAS
ORIGEM - IFMT METRO
INTERNET - 20/03/2009

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0029-03/09

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CORREIOS E TELÉGRAFOS. MERCADORIAS DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. É legal a exigência do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário, por ter realizado serviço postal com mercadoria de terceiro, desacompanhada de documentação fiscal. Infração não elidida. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/07/2008, refere-se à exigência de R\$348,50 de ICMS, acrescido da multa de 100%, tendo em vista que foi constatado transporte de mercadorias, efetuado sem documentação fiscal, conforme Termo de Apreensão de Mercadorias de nº 149362, à fl. 03 dos autos.

O autuado, por meio de advogado com procuraçāo à fl. 40, em sua impugnação às fls. 09 a 31 dos autos, suscita preliminar de nulidade, alegando que não foram observadas as regras contidas no Protocolo 23/88, transcrevendo as cláusulas primeira, segunda e quinta do mencionado protocolo, apresentando o entendimento de que há ilegitimidade passiva dos correios, dizendo que os únicos sujeitos da relação são o remetente e o destinatário, cabendo a estes qualquer responsabilidade tributária, por isso, suscita nulidade para que seja lavrado o Auto de Infração contra quem de direito, remetente ou destinatário da mercadoria. Disse que outro ponto a ser observado por esta JJF diz respeito ao sigilo da correspondência e a inviolabilidade do objeto postal, e que o serviço postal não é transporte, e a ECT não pode ser considerada uma transportadora, salientando que o serviço postal é mais complexo que um simples serviço de transporte, sendo observada a segurança e inviolabilidade do objeto postal. No mérito, comenta sobre imunidade tributária, e quanto a essa questão, cita o art. 150 da Constituição Federal de 1988, e transcreve entendimentos de juristas. Esclarece que serviço postal consiste no recebimento, expedição, transporte e entrega de objetos postais; transcreve artigos da Lei 6.538/78 e da Constituição Federal para fundamentar a sua alegação. Fala da inviolabilidade do objeto postal e diz que a ECT tem a obrigação legal de oferecer e garantir o serviço posto a todos os cidadãos. Transcreve dispositivos da legislação pertinente aos serviços postais, cita a doutrina em relação ao lançamento do ICMS; argumenta que a legislação do ICMS trata de operações de circulação de mercadorias, e não se pode confundir a atividade relativa ao transporte de mercadorias com o serviço postal. Disse que na circulação jurídica e não, meramente física, há transferência da posse ou da propriedade de uma pessoa para outra. Entretanto, sem a mudança da titularidade não há incidência do ICMS. Ressaltou que a ECT tem como objeto, atividade de serviço público, entendendo que não pode ser considerado responsável pelo pagamento do ICMS sobre serviço de transporte de objetos postais, mesmo que seja de encomendas. O defendente cita a jurisprudência dos tribunais acerca da não incidência do ICMS sobre o serviço postal executado pela ECT, argumentando, também, que não cabe a responsabilização solidária, porque não se considera uma transportadora, mas sim uma prestadora de serviço público postal. Por fim, o autuado solicita que o Auto de Infração seja julgado improcedente, ratificando o seu argumento

de que os sujeitos da relação tributária em questão são o Estado da Bahia, o remetente e o destinatário das mercadorias.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 47 a 61 dos autos, comentando inicialmente sobre a responsabilidade solidária da ECT em relação às mercadorias transportadas pela mencionada empresa, sem documentação fiscal.

Na informação fiscal, foram apresentados, em síntese, os seguintes comentários:

- 1) O Estado da Bahia é signatário do Protocolo ICMS 32/01 e não cabem as alegações defensivas, tendo em vista que as formalidades constantes do protocolo antigo foram seguidas pela fiscalização, tendo sido lavrado Termo de Apreensão em três vias e entregue uma via à ECT, e outra via acompanhou as mercadorias até o depósito da IFMT – Metro
- 2) a ECT é uma empresa pública, e não faz jus à imunidade tributária alegada na impugnação, tendo em vista que tal imunidade não é extensiva às empresas públicas que concorrem em atividades econômicas idênticas com empresas privadas, como acontece com a ECT;
- 3) a ECT está obrigada a fazer acompanhar às mercadorias que transporta da respectiva documentação fiscal idônea, conforme determina o § 2º do art. 410-A do RICMS/97 e Cláusula 3ª do Protocolo ICMS 32/01;
- 4) a exigência do ICMS no presente lançamento não é sobre a prestação de serviços de transporte efetuados pela ECT e sim pela responsabilidade solidária pelo transporte e detenção de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal inidônea.

Como complemento da informação fiscal, o autuante transcreve artigo elaborado sobre o tema, relativamente à responsabilidade solidária da ECT. Assim, o autuante contestou todos os argumentos defensivos, citando o posicionamento do CONSEF em julgamentos anteriores e, por fim, pede a procedência do Auto de Infração em lide, por entender que não importa se a ECT foi considerada pela fiscalização como transportadora, ou apenas como detentora das mercadorias em situação irregular, e independente de classificar as mercadorias como encomendas ou objetos postais, deve ser responsabilizada por solidariedade.

VOTO

Apreciando as preliminares de nulidade suscitadas pela defesa, observo que não é da competência desta JJF opinar quanto à constitucionalidade da legislação tributária, conforme art. 167, inciso I, do RPAF/99.

Em relação ao argumento de que a ECT é uma empresa pública, observo que, consoante o art. 173, e seu § 2º, da Constituição Federal, “as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado”.

Quanto ao argumento defensivo de que a ECT goza de imunidade tributária, não pode ser acatado, tendo em vista que a imunidade alegada pelo defensor se aplica exclusivamente às suas atividades, e não às mercadorias que o autuado transporta mediante pagamento pelo serviço prestado.

Portanto, a imunidade recíproca alegada pelo defensor se refere apenas à sua atividade na prestação de serviço postal, e como tal, tem natureza de serviço público, atividade que é exercida pela ECT em regime de monopólio. Quanto ao serviço de transporte de encomendas, constitui uma atividade econômica, estando o autuado concorrendo com as demais transportadoras de encomendas, empresas privadas, que estão sujeitas ao pagamento do ICMS.

O autuado também suscita nulidade para que seja lavrado o Auto de Infração contra quem de direito, remetente ou destinatário. Entretanto, a autuação foi efetuada com base no art. 39, inciso I, que prevê a responsabilidade dos transportadores pelo pagamento do imposto e demais

acréscimos legais em relação às mercadorias que aceitarem para transportar ou que conduzirem sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino.

Assim, ficam rejeitadas as preliminares de nulidade suscitadas pela defesa, considerando que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV, do art. 18, do RPAF/99.

Quanto ao mérito, verifico que o presente lançamento é decorrente da responsabilidade solidária atribuída à ECT, tendo em vista que foram encontradas 1.200 terços 1 mistério e 500 medalhas N. S. das Graças, mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, encomenda enviada pelo SEDEX de nº EC 576148504 BR, tendo como destinatária Cenira Maria dos Reis, Avenida Frederico Simões, nº 98, Sala 1.204, Pituba, Salvador – Bahia, CEP 41.820-774, e como remetente, Dermeval Francisco dos Reis, Avenida Rio de Janeiro nº 200 – Jardim Aluora, Potim, São Paulo – CEP 12.525-000.

Observo que este fato não foi elidido, não obstante a alegação apresentada pelo autuado de que não pode figurar como sujeito passivo, entendendo que não pode ser considerado responsável pelo pagamento do ICMS sobre serviço de transporte de objetos postais, mesmo que seja de encomendas; que é integrante da Administração Pública, e que o serviço de transporte de objetos postais e encomendas não é passível de tributação.

No caso em exame, não há questionamento em relação às atividades desenvolvidas pela ECT, na condição de transportador das encomendas, haja vista que o imposto exigido no presente Auto de Infração se refere à responsabilidade solidária atribuída por lei ao próprio autuado, em relação às mercadorias que estava conduzindo sem a respectiva documentação fiscal.

De acordo com o art. 6º, inciso III, alínea “d”, da Lei 7.014/96, são solidariamente responsáveis pelo pagamento do ICMS e demais acréscimos legais, os transportadores que conduzirem mercadorias sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou mesmo, acompanhadas de documentação inidônea.

Observo que o § 2º, do art. 410-A, do RICMS/97, estabelece que o transporte de mercadorias e bens feito pela ECT, além do cumprimento das demais obrigações tributárias previstas na legislação do ICMS para os transportadores de cargas, deverá ser acompanhado de nota fiscal, modelo 1 ou 1-A, manifesto de cargas e conhecimento de transporte de cargas.

Dessa forma, verifica-se que a legislação atribui a responsabilidade solidária à ECT por ter recebido e transportado para entrega, mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal exigível.

Quanto à base de cálculo do imposto exigido, não contestada pelo deficiente, a legislação estabelece que na ausência de documento fiscal, para fixar a base de cálculo poderá ser adotado o preço de pauta fiscal no atacado, se houver, ou o preço corrente das mercadorias ou sua similar no mercado atacadista do local de ocorrência dos fatos, conforme art. 938, inciso V, alínea “b” do RICMS/97, e no caso em exame, foi efetuado o levantamento de preço corrente no mercado à fl. 05 dos autos.

Assim, entendo que está caracterizada a irregularidade apontada no presente Auto de Infração, sendo devido o imposto, conforme apurado pelo autuante às fls. 02 e 05 do PAF.

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

VOTO EM SEPARADO

Atribui-se nestes autos a responsabilidade solidária à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos pelo fato de uma encomenda se encontrar sem documentação fiscal.

A “defesa”, baseada num modelo ou padrão que não guarda nenhuma correspondência com a realidade, apresentada apenas “pro forma”, repetindo uma fórmula pronta para todos os casos, fala de coisas alheias ao cerne do lançamento, pois nela a ECT preocupa-se basicamente em

precaver-se, a si própria, contra a tributação de seus serviços – fato que nada tem a ver com o objeto da presente autuação. Em toda a extensa defesa, apenas algumas linhas atentam para a matéria objeto deste Auto de Infração.

A rigor, não houve defesa. Os dois principais interessados – o remetente e o destinatário da encomenda apreendida, *não foram intimados* da apreensão dos bens, *como prevêem, expressamente, o Protocolo ICMS 32/01 e o inciso I do § 10 do art. 410-A do RICMS*. Como não foram intimados, não tiveram oportunidade de se defender. Quem apresentou a “defesa” foi a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), já que o Auto de Infração foi – indevidamente – lavrado em seu nome.

Pus a palavra defesa entre aspas porque a peça apresentada é, *data venia*, inteiramente inócuia. A impugnação apresentada pela ECT tomou por fundamento um protocolo há muito tempo revogado: o Protocolo ICM 23/88 encontra-se revogado desde 2001!

A Lei nº 7.014/96 cuida da *responsabilidade solidária* no art. 6º. Trata-se de preceitos endereçados a todas as pessoas passíveis de atribuição de responsabilidade solidária. São, portanto, *regras gerais*. Cumpre analisar se essas regras se aplicam também à ECT.

A Bahia, juntamente com as demais unidades da Federação, firmou com a ECT o Protocolo ICM 23/88 e o Protocolo ICMS 15/95. Posteriormente, foi editado o Protocolo ICMS 32/01, que *revogou* os anteriores.

Concentro-me então na análise deste último, o Protocolo ICMS 32/01.

Há um princípio de hermenêutica denominado *princípio da especialidade*, segundo o qual *a regra especial prevalece em relação à regra geral*. Por esse princípio, tem-se que as regras pactuadas nos aludidos protocolos são *regras especiais*, e, nessa condição, elas *derrogam* as regras gerais.

A fiscalização estadual age de acordo com roteiros escritos ou praxes costumeiras. Existe um Manual de Fiscalização e algumas rotinas avulsas dando instruções acerca do modo de proceder em determinadas situações. Porém, não tenho a mais mínima dúvida de que os roteiros “normais” de fiscalização *não se aplicam* na íntegra no caso de fiscalização de mercadorias em poder da ECT, haja vista que a Bahia, sendo signatária do Protocolo ICMS 32/01, obriga-se a seguir à risca aquilo que foi *pactuado* no aludido acordo. Nem todos os Estados aderiram ao protocolo. Mas a Bahia está vinculada ao protocolo, não podendo os funcionários do fisco baiano desrespeitar aquilo que foi pactuado pelas autoridades superiores da Administração Tributária.

Poder-se-ia indagar por qual razão os Estados firmaram aquele protocolo, dando tratamento diferenciado à ECT. Sem emitir juízo de valor quanto à conveniência ou oportunidade de tal ato, denota-se que os Estados assim celebraram o referido protocolo decerto por reconhecerem a *distinção* existente entre a ECT, na condição de empresa pública, e as demais empresas particulares envolvidas com a coleta, expedição e entrega de bens.

Como o protocolo existe – e isto é um fato –, resta ao intérprete buscar compreendê-lo, na condição de *norma especial*, no contexto das *normas gerais* que disciplinam situações análogas envolvendo outras empresas.

Empresas transportadoras como a Dom Vital, a Comercial Ramos, a Itapemirim, etc., sujeitam-se ao *regime jurídico comum*, sem nenhuma exceção. Porém, quando se tratar da ECT, aí o tratamento é diferente. No caso da ECT, aplica-se o protocolo, que estabelece *regime jurídico especial*.

Demonstrarei que o protocolo firmado entre os fiscais estaduais *afasta* a possibilidade de a ECT ser autuada em situação como a presente.

O Protocolo ICMS 32/01 inicia-se assim:

“PROTOCOLO ICMS 32/01

Estabelece procedimentos a serem adotados na fiscalização relativa ao serviço de transporte e às mercadorias e bens transportados pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT).

O Distrito Federal e os Estados signatários, neste ato representados pelos seus respectivos Secretários de Fazenda, Finanças ou Tributação, Receita e Controle, e Gerentes de Receitas, tendo em vista o interesse na uniformização dos procedimentos a serem adotados na fiscalização relativa ao serviço de transporte e às mercadorias e bens transportados pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), resolvem celebrar o seguinte

PROTOCOLO

Cláusula primeira. A fiscalização de mercadorias e bens transportados pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) e do serviço de transportes correspondentes será exercida pelos Estados e pelo Distrito Federal, nos termos deste Protocolo.

.....

Observe-se que, segundo a ementa, esse protocolo “*Estabelece procedimentos a serem adotados na fiscalização relativa ao serviço de transporte e às mercadorias e bens transportados pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT)*”. Consta no preâmbulo do protocolo que ele tem em vista o interesse na “*uniformização dos procedimentos a serem adotados na fiscalização relativa ao serviço de transporte e às mercadorias e bens transportados pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT)*”. E a cláusula primeira determina que a fiscalização “*será exercida pelos Estados*” (...) “*nos termos deste Protocolo*” (os grifos são meus).

Ao firmar o protocolo em apreço, a Bahia incorporou à sua legislação as normas nele fixadas. Desse modo, a *interpretação* da legislação terá de levar em conta o que foi pactuado com relação à ECT. Caso o protocolo não atenda aos interesses da Bahia, a solução é simples: denuncie-se o acordo.

O art. 410-A do Regulamento, fiel ao que consta no Protocolo, integra um *capítulo específico* do Regulamento. As normas especiais *derrogam* as gerais. Este é o *critério da especialidade*, um dos critérios orientadores da interpretação jurídica.

São três os critérios de solução do conflito entre normas: o critério *hierárquico* (prevalência da norma hierarquicamente superior), o critério *cronológico* (a lei posterior revoga ou derroga a anterior) e o critério da *especialidade* (a lei especial prevalece em relação à lei geral).

Se estou certo nestas considerações, não se aplicam à ECT as regras do art. 39 do Regulamento do ICMS (responsabilidade solidária). A *responsabilidade da ECT*, no caso em discussão, limita-se ao que consta no art. 410-A do mesmo Regulamento, que é cópia do que consta no protocolo.

O art. 410-A do Regulamento, redigido em consonância com o protocolo, ao regular as rotinas a serem seguidas pela fiscalização estadual na verificação das remessas postais (observe-se bem, “remessas postais”), *em nenhum momento* se refere à possibilidade de autuação da ECT. E isto não se deve a “esquecimento” de quem redigiu o texto daquele dispositivo. *Os protocolos foram firmados justamente para evitar transtornos como o registrado nestes autos.*

O § 10 do art. 410-A do Regulamento prevê que, constatada qualquer irregularidade, as mercadorias ou bens serão *apreendidos ou retidos*. É evidente que as medidas a serem adotadas devem ser em função das pessoas do *remetente* ou do *destinatário*. Se a autuação devesse recair sobre a ECT, sem dúvida o protocolo diria isso, pois ele foi firmado exatamente para evitar conflitos entre os Estados e a ECT, uma empresa federal. A celebração do protocolo foi precedida

de incontáveis reuniões e debates na COTEPE entre diretores da ECT, Procuradores da Fazenda Nacional e representantes dos Estados.

Autuações como esta põem por terra todo o esforço dos Estados para obtenção daquele acordo, retornando-se à estaca zero. Isso ocorre porque, por razões perfeitamente compreensíveis, a fiscalização não tem a percepção dos propósitos que levaram as autoridades da Administração Tributária a celebrar o protocolo em apreço. Não tenho dúvida de que o nobre auditor, ao lavrar o presente Auto de Infração, estava certo de que estaria cumprindo o seu dever, quando, na verdade, em virtude de um erro de interpretação, está indo de encontro a uma política de procedimentos adrede definida em níveis superiores.

Ou seja, na cúpula, a Administração decide uma coisa, porém, na base, em virtude de uma falta de visão do que realmente importa, a fiscalização desfaz o que foi acordado pelos superiores.

Na defesa, o sujeito passivo chama a atenção para a destinação das vias do Termo de Apreensão, para demonstrar que o fisco não procedeu como prevê o protocolo.

De fato, está claro que *a fiscalização não seguiu à risca o Protocolo ICMS 32/01*. Como também *não seguiu a orientação do RICMS*. O § 10 do art. 410-A do RICMS, na parte final de seu inciso I, ao tratar do Termo de Apreensão, prevê:

“I – no aludido termo deverá constar, se for o caso, o endereço da unidade da ECT onde ocorreu a retenção ou apreensão e a **intimação para comparecimento do interessado, especificando o local, o horário e o prazo;**” (grifei)

Isso não foi feito. A fiscalização não intimou o interessado, que obviamente é o dono da encomenda.

Observe-se que o dispositivo regulamentar apenas prevê que seja indicado no termo o endereço da unidade da ECT. Ora, uma coisa é *fazer constar no Termo de Apreensão o endereço da ECT*, e outra coisa bem diversa é *lavrar o Termo de Apreensão em nome da ECT*.

Friso bem isto: entre *indicar no Termo de Apreensão o endereço da ECT* (que é o que está previsto no § 10, I, do art. 410-A do RICMS) e *lavrar o Termo em nome da ECT* (que foi o que ocorreu neste caso) há uma diferença que só não percebe quem não quer.

Está, portanto, demonstrado que o RICMS não prevê que a autuação seja feita em nome da ECT.

Uma vez demonstrado que não há respaldo legal para a autuação em nome da ECT, passo ao exame de outro aspecto, contido na parte final do inciso I acima transcrito, segundo o qual no Termo de Apreensão deve constar “***a intimação para comparecimento do interessado, especificando o local, o horário e o prazo***” (grifei).

Já que o dispositivo se refere à “intimação” do interessado, é evidente que a fiscalização teria de ter efetuado tal intimação. As intimações são feitas nos termos do art. 108 do RPAF. Foi feita tal intimação?

Não foi feita. De acordo com o instrumento à fl. 6, foi intimada apenas a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

Por conseguinte, na lavratura do Auto de Infração, *o fisco estadual infringiu a regra do inciso I do § 10 do art. 410-A do RICMS*.

Qual a repercussão do descumprimento da regra estabelecida na parte final do aludido inciso I? Nenhuma? Existem normas inócuas?

Mais precisamente: apesar de o Regulamento, no art. 410-A, § 10, I, prever que se proceda à intimação do interessado, o que é que acontece se o fiscal ignora o comando do Regulamento e não intima o interessado, como ocorreu neste caso? Fica por isso mesmo?

Por não terem sido intimados os reais interessados – o remetente e o destinatário dos bens apreendidos –, houve cerceamento de defesa; não foi observado o devido processo legal; não se estabeleceu o contraditório.

Fui relator de uma decisão num caso semelhante a este. Naquela oportunidade, através do Acórdão JJF 0020/01, a Junta decidiu, por unanimidade, ser nulo o Auto de Infração, por ilegitimidade passiva. Foi destacado, naquele julgamento, dentre outras considerações, que o art. 410-A do RICMS, ao regular as rotinas a serem seguidas pela fiscalização estadual na verificação das remessas postais, em nenhum momento se refere à possibilidade de autuação da ECT.

Entretanto, ao apreciar o recurso, a 1^a Câmara, mediante o Acórdão CJF 0465/01, deu provimento ao apelo, e devolveu os autos para apreciação das razões de mérito.

Ocorre que, naquele como neste caso, não há razões de “mérito” a serem apreciadas. Aqui não se discute o fato. Discute-se apenas o direito. Se uma instância superior declara superada a análise jurídica, não há mais o que decidir.

Acompanho o voto do nobre Relator. Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299166.0360/08-1**, lavrado contra **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$348,50**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inciso IV, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de março de 2009

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR/ VOTO EM SEPARADO