

PROCESSO	- A. I. Nº 09328130/04
RECORRENTE	- EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0372-04/04
ORIGEM	- IFMT - DAT/METRO
INTERNET	- 14/12/2004

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0355-12/04

EMENTA. ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. FALTA DE APRECIAÇÃO DE PRELIMINARES SUSCITADAS. NOVA DECISÃO. É nula a Decisão de primeira instância, por não ter sido observado o devido processo legal. Devolvam-se os autos à Junta de Julgamento Fiscal para proferir nova Decisão. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente julgamento de Recurso Voluntário em face da Decisão pela Procedência do Auto de Infração em lide, lavrado em 16/06/2004, no trânsito de mercadorias, para exigir ICMS no valor de R\$612,00, acrescido da multa de 100%, referente ao transporte de mercadorias sem documentação fiscal, conforme Termo de Apreensão acostado à fl. 3.

Em seu Recurso Voluntário ora em exame, o recorrente, inconformado com a Decisão recorrida, alega Nulidade da autuação porque seria ela imune ao ICMS além das nulidades anteriormente suscitadas na defesa, ou seja, que não foram observadas as determinações contidas no Protocolo nº 23/88, quanto “*as vias do Termo de Apreensão, que deveriam ter a destinação que indica*”.

Como segunda preliminar, dissera a defendante não poder figurar no pólo passivo da cobrança do ICMS, pelo fato de gozar da imunidade tributária, entendendo que se enquadrar na imunidade recíproca entre as esferas governamentais.

Argumentara, ainda, que cabe exclusivamente à União legislar sobre o serviço postal e que os serviços de recebimento, expedição, transporte e entrega de valores e encomendas, exercidos pela União através dela, por força do estabelecido no artigo 9º da Lei nº 6.538/78, não estariam compreendidos no regime de monopólio, podendo ser prestados também por particulares. Todavia, entende que o fato de não serem exclusivos, não lhes retira o caráter de serviço público, tendo em vista o disposto no artigo 7º da citada Lei nº 6.538/78 e seu § 3º. Aduzira, ainda, que as correspondências, valores e encomendas são objetos postais e não mercadorias.

Ao finalizar sua peça defensiva, alegara a defendante que as normas constitucionais e infraconstitucionais exigem que haja exata adequação do fato à norma, sem o que não se configura a hipótese de incidência do imposto e a insistência na cobrança desse tributo configura flagrante inconstitucionalidade. Por último, afirmara que o artigo 11 da Lei nº 6.538/78 determina que “*os objetos postais pertencem ao remetente até sua entrega a quem de direito, sendo inegável que os sujeitos da relação tributária, no caso, são o Estado da Bahia e o destinatário e/ou o remetente do SEDEX*”.

O recorrente alega ser imune e traz Decisão do STF relativa ao Decreto nº 509/69 ante a legislação trabalhista, mas que teria reconhecido a recepção do referido decreto lei pela Constituição Federal vigente.

Segundo o recorrente há preliminares prejudiciais do mérito da ação fiscal e repete a alegação referente ‘a destinação das vias do termo de apreensão. Insiste que o serviço postal não é serviço de transporte, que os bens pertencem ao remetente ate sua entrega e, por isso, apenas remetente e destinatário são parte na relação tributária.

Alega o recorrente que esta adstrita ao sigilo da correspondência e por isso não pode utilizar meios mais severos na fiscalização dos objetos que lhe são confiados.

O recorrente insiste na existência de imunidade tributária para os serviços que presta, que seriam apenas serviço postal sobre o qual apenas a União poderia legislar e que não se confundiriam com serviço de transporte. Por isso, entende o recorrente, não pode ser considerada como responsável tributária.

O recorrente reverbera contra a capacidade impositiva dos Estados sobre suas atividades, cita doutrina e jurisprudência, inclusive de outros estados, e discorre sobre o lançamento do ICMS pretendendo descharacterizar a ocorrência do fato gerador da obrigação.

A Dra. Maria Jose Sento Sé, representando a PGE/PROFIS, esclarece que as empresas públicas são pessoas jurídicas de Direito privado, por força da Constituição Federal, submetendo-se ao mesmo regime tributário às empresas privadas, nos termos do art. 173 do texto constitucional, estando derogado o art. 12 do Decreto Lei nº 509, de 1969 e afastada assim a suposta imunidade tributária da empresa quando transporta mercadorias.

Além disso, a D. procuradora observa, a ECT pode ser responsabilizada pelo tributo estadual em relação às mercadorias que transporte sem documentação fiscal.

A D. procuradora afirma que a ECT está obrigada a exigir a documentação fiscal das mercadorias que transporta conforme prevê o parágrafo 4º do art. 410 do RICMS, se enquadrando no disposto no art. 6º, do mesmo regulamento, ou seja, assume responsabilidade tributária pelas mercadorias sem documentação fiscal.

VOTO

Analizando as preliminares de nulidade suscitadas pelo recorrente, constato que, efetivamente, não consta do voto que deu suporte à Decisão recorrida o afastamento ou o acolhimento da alegação defensiva referente à rasura no número do Auto de Infração - quadro 1. Também não foi apreciada na citada Decisão, a preliminar pertinente à destinação das vias do Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos.

Tais omissões existentes no voto caracterizam cerceamento do direito de defesa o que torna Nula a Decisão da 4ª JJF. Assim, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para declarar NULA a Decisão recorrida, devendo os autos retornar à Primeira Instância para que sejam apreciadas as preliminares de nulidade suscitadas e decididas as matérias a elas pertinente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e declarar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº 09328130/04, lavrado contra **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TÉLEGRAMAS**, devendo o processo retornar à 4ª Junta de Julgamento para novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de novembro de 2004.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

CÉSAR AUGUSTO DA SILVA FONSECA- RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS