

PROCESSO	- A. I. Nº 09335145/04
RECORRENTE	- EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0345-01/04
ORIGEM	- IFMT - DAT/METRO
INTERNET	- 14/12/2004

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0357-12/04

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 processo de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal (1ª JJF) que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 01/04/04 pela fiscalização do trânsito de mercadorias, para exigir ICMS, no valor de R\$ 685,10, em decorrência de transporte de mercadorias sem documentação fiscal.

O autuado apresentou defesa e, preliminarmente, suscitou a nulidade do lançamento, alegando que o número do Auto de Infração foi rasurado (“quadro 1”), o que torna o documento inválido para exigir a sua quitação. Diz que não foram observadas as determinações contidas no Protocolo ICM Nº 23/88, uma vez que o Termo de Apreensão não foi lavrado em três vias, e destinadas as respectivas vias para o remetente ou destinatário (1ª via); para a ECT (2ª via); e a terceira via para o Fisco. Afirma que a ECT não pode ser igualada às transportadoras particulares, pois serviço postal não é transporte e, por conseguinte, o autuado não é uma transportadora. Diz que goza da imunidade tributária prevista no art. 150, VI, “a”, da Constituição Federal. Para embasar suas alegações, cita farta doutrina.

Prosseguindo em sua defesa, o autuado afirma que cabe exclusivamente à União legislar sobre o serviço postal, cuja definição foi dada pela art. 7º, da Lei nº 6.538/78, como sendo “o recebimento, expedição, transporte e entrega de objetos de correspondência, valores e encomendas”. Alega que os serviços de recebimento, expedição, transporte e entrega de valores e encomendas, exercidos pela União através da ECT, por força do estabelecido no artigo 9º da Lei nº 6.538/78, não estão compreendidos no regime de monopólio, podendo ser prestados por particulares, todavia, o fato de não serem exclusivos, não lhes retira o caráter de serviço público.

Afirma que o Decreto-Lei nº 509/69 e a Lei nº 6.538/78 foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, o que é corroborado pela alteração feita em seu artigo 173 pela Emenda Constitucional nº 19/88. Assevera que goza de imunidade tributária, que não pode ter seu patrimônio diminuído por qualquer tipo de imposto e que não pode ter seus serviços tributados.

Diz que a atividade por ele desenvolvida não se confunde com o serviço de transporte executado por particulares. Explica que o serviço postal oferece segurança, inviolabilidade do objeto postal, universalidade e confiabilidade garantidas pela União. Frisa que não pode ser considerado como responsável tributário pelo recolhimento do ICMS sobre serviço de transporte de objetos postais, mesmo que seja de encomenda. Aduz que o serviço de transporte postal não está incluso no conceito de fato gerador de ICMS da Lei Estadual. Para embasar suas alegações, cita jurisprudência de Tribunais Federais e decisões da Secretaria da Fazenda do Estado do Paraná.

Ao encerrar a sua defesa, o autuado alega que as normas constitucionais (art. 150, I) e infraconstitucionais (art. 114 do CTN) exigem que haja exata adequação do fato à norma, sem o que não se configura a hipótese de incidência e a cobrança desse tributo passa a ser inconstitucional. Por fim, requer a insubsistência do Auto de Infração.

A autuante, às fls. 43 a 54, transcreve trabalho acadêmico efetuado por auditores fiscais, onde é realizado um estudo sobre a responsabilidade da EBCT em relação às mercadorias por ela transportadas. Esclarece que a ECT tanto pelo fato de ser uma empresa pública que explora atividades de natureza econômica concorrendo com empresas privadas quanto por cobrar preços e tarifas pela utilização dos seus serviços, não tem respaldo legal de alegar para si uma indevida imunidade tributária a que se refere em sua defesa, podendo ser responsabilizada por solidariedade e intimada a pagar o ICMS correspondente às mercadorias transportadas desacompanhadas de documentação fiscal, não importando se foi qualificada como transportador ou apenas detentor das mercadorias, independentemente dela classificar estas mercadorias como encomendas ou objetos postais. Ao finalizar, opina pela manutenção da autuação.

Por meio do Acórdão JJF Nº 0345-01/04, o Auto de Infração foi julgado procedente. Transcrevo a seguir o voto proferido pela ilustre relatora:

Atribuiu-se a responsabilidade solidária para pagamento do imposto à ECT pelo fato de terem sido encontrados 110 biquínes e 10 cangas, em suas dependências desacobertados de documento fiscal, conforme Termo de Apreensão nº 118286, com fundamento no art. 201, I combinado com o art. 39, I, "d", do RICMS/97.

O impugnante argumentou gozar da imunidade prevista no artigo 150, inciso VI, da Constituição Federal de 1988 e, desta forma, não poderia ter sido apontado como sujeito passivo da relação tributária. No entanto, a imunidade alegada pelo sujeito passivo diz respeito a vedação da instituição de impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços dos entes políticos tributantes e somente é extensiva às suas autarquias e fundações, portanto, não comungo com o entendimento da ECT.

Observo que a ECT não é autarquia, nem fundação, e sim, uma empresa pública. E, assim sendo, após a Constituição Federal de 1988, está sujeita às mesmas regras das empresas privadas, tanto em relação ao regime jurídico em que deve ser constituída, quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, ao arrimo do art. 173, § 1º da Constituição Federal.

A Lei nº 7.014/96 cuida da responsabilidade solidária no art. 6º, tratando de normas endereçadas a todas as pessoas passíveis de atribuição de responsabilidade solidária.

O Estado da Bahia, juntamente com as demais unidades da Federação, firmou com a ECT o Protocolo ICM 23/88 e os Protocolos ICMS 15/95 e 32/01 (este último revogou os anteriores).

O entendimento deste CONSEF é de que, embora a prestação de serviços postais não possa ser confundida com o serviço de transporte de carga, no presente Auto de Infração não se está a exigir o ICMS sobre tais serviços postais. O lançamento tributário cobra o ICMS, na condição de responsável por solidariedade, pelo fato de a encomenda, remetida via SEDEX nº SQ 822683878 BR, estar sendo transportada desacobertada da documentação fiscal correspondente.

Nesta situação, o RICMS/97, invocando as determinações contidas no art. 39, I, "d", V, §3º e §4º, nos casos de responsabilidade por solidariedade, expressa:

[...]

Dentre outras considerações, o art. 410-A do RICMS/97 estabelece as rotinas a serem seguidas pela fiscalização estadual na verificação das remessas postais, inclusive pela ECT.

Portanto, mesmo que o autuado não pudesse ser considerado transportador, estaria obrigado ao pagamento do imposto, em razão de responsabilidade solidária, em face da regra insculpida no inciso V do artigo 39 do RICMS/97, acima transrito.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão proferida pela 1ª JJF, o recorrente apresenta Recurso Voluntário e, inicialmente, alega que as questões preliminares não foram apreciadas pela Junta de Julgamento e que goza de imunidade tributária, a qual não poderia ter sido ignorada na Decisão recorrida. Transcreve decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça para demonstrar que tem direito à execução de seus débitos trabalhistas pelo regime de precatórios e que são impenhoráveis os seus bens, rendas e serviços. Diz que, portanto, está demonstrada a inaplicabilidade do disposto no artigo 173, da Constituição Federal, bem como a constitucionalidade do art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69.

Afirma que não há como prevalecer o procedimento fiscal, pois não foram observadas as determinações contidas no Protocolo nº ICM 23/88, o qual previa a lavratura do Termo de Apreensão em três vias, com a seguinte destinação: a primeira, do remetente ou do destinatário; a segunda, da ECT; e, a terceira, do fisco. Frisa que o serviço postal não é transporte e, por conseguinte, o recorrente não é uma transportadora. Transcreve o art. 11 da Lei nº 6.538/78, o qual prevê que os objetos postais pertencem ao remetente até a sua entrega ao destinatário e, portanto, os únicos sujeitos da relação são o remetente e o destinatário, cabendo a estes qualquer responsabilidade tributária. Alega que o sigilo da correspondência e a inviolabilidade do objeto postal lhe impedem a utilização de meios mais severos na fiscalização dos objetos que lhe são confiados, cabendo à Secretaria da Fazenda Estadual fiscalizar o desembaraço dos objetos postais. Requer a nulidade do Auto de Infração.

Prosseguindo em sua peça recursal, o recorrente diz que está amparado na imunidade tributária prevista no art. 150, VI, “a”, da Constituição Federal, pois é uma empresa pública da Administração Indireta Federal. Também alega que está respaldada no art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69. Frisa que o Decreto-Lei nº 200/67 definiu empresa pública de forma equivocada, uma vez que só a considerou como exploradora de atividade econômica, esquecendo-se do principal, que é ser prestadora de serviço público. Transcreve farta doutrina para embasar suas alegações.

Cita dispositivos legais que definem serviço postal e de telegrama, a competência da União para legislar sobre tais serviços e o monopólio da União em relação aos serviços postais. Diz que o art. 9º, da Lei nº 6.538/78, exclui do regime de monopólio o transporte e entrega de valores e encomendas, porém o art. 21, X da Constituição Federal prevê que cabe à ECT o recebimento, expedição, transporte e entrega de valores e encomendas postais. Salienta que o fato de tais serviços não serem exclusivos não lhe retira o caráter de público. Aduz que, para a ECT, nos termos do art. 47 da Lei nº 6538/78, não pode haver mercadorias e sim objetos postais.

Discorre sobre o instituto da recepção e, em seguida, transcreve o art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69. Assevera que esse artigo foi recepcionado pela Constituição Federal e o torna imune a qualquer tipo de imposto. Para corroborar sua tese, diz que a Emenda Constitucional nº 19/98 dispôs que a lei ordinária disciplinará o estatuto jurídico da empresa que presta serviço público, todavia, como ainda não foi editada tal lei, o disposto no Decreto-Lei nº 509/69 é aplicável em sua totalidade. Salienta que o serviço postal não é transporte e, em seguida, descreve as etapas e as responsabilidades envolvidas na prestação. Compara o serviço desenvolvido pela ECT e o prestado pelo transportador particular e, assevera que não se pode confundir a atividade de simples transporte com o serviço postal, os quais são figuras totalmente distintas.

Após discorrer sobre o ICMS e citar doutrina, diz que não pode ser considerado como responsável tributário pelo recolhimento do ICMS sobre serviço de transporte de objetos postais, mesmo que seja de encomenda, nem há que se falar em ausência de emissão de nota fiscal para serviço imu-

ne. Cita a jurisprudência dos Tribunais Federais e o entendimento esposado pela Secretaria da Fazenda do Paraná para demonstrar que não há incidência do ICMS sobre o serviço postal, uma vez que ele não se confunde com serviço de transporte de cargas.

Frisa que a insistência na cobrança desse tributo configura flagrante inconstitucionalidade. Reitera 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. Solicita a Nulidade do Auto de Infração e o provimento do Recurso Voluntário.

A representante da PGE/PROFIS, na sua manifestação, diz que as alegações recursais são as mesmas já aduzidas, não havendo matéria fática a considerar.

Afirma que a ECT “*em nada difere do transportador particular, pois nenhum tratamento privilegiado é dado a uma empresa pública que exerce atividade que se equipara não a um serviço tipicamente público, mas que possa ser exercido pela iniciativa privada. A consequente responsabilidade tributária do autuado tem suporte na legislação que normatiza essas operações, mormente Protocolo ICM nº 33/88*”.

Ao finalizar, a ilustre procuradora diz que as razões oferecidas pelo recorrente são inócuas, inaptas para proporcionar a modificação do julgamento. Opina pela Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Analizando as preliminares de nulidade suscitadas pelo recorrente, constato que efetivamente a ilustre relatora da Decisão recorrida não abordou a preliminar referente à correção [rasura] do número do Auto de Infração (“quadro 01”). Também observo que, na citada Decisão, não foi apreciada a preliminar pertinente à destinação das vias do Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos. Essas omissões existentes no voto proferido pela ilustre relatora cercearam o direito de defesa do contribuinte e violaram o princípio do devido processo legal, o que nulifica a Decisão recorrida. Essas omissões não podem ser supridas pelas Câmaras de Julgamento, pois implicaria supressão de instância.

Deve, portanto, o processo retornar à Primeira Instância para que tais preliminares de nulidade sejam devidamente apreciadas.

Pelo acima exposto, 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.

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 pertinente ao Auto de Infração nº 09335145/04, lavrado contra **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS**, devendo os autos ser remetidos à Primeira Instância para novo julgamento.

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

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

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