

Acórdão: 16.621/05/2ª Rito: Sumário
Impugnação: 40.010115591-10
Impugnante: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos
Proc. S. Passivo: Deophanes Araújo Soares Filho/Outro(s)
PTA/AI: 02.000209455-38
Inscr. Estadual: 062.014462.0013
Origem: DF/BH-5

EMENTA

MERCADORIA – TRANSPORTE DESACOBERTADO – DOCUMENTO FISCAL FALSO/INIDÔNEO. Constatado que o Autuado recebeu e transportou mercadorias acobertadas com documento fiscal não autorizado por Repartição Fazendária, não representando ainda a real operação interceptada. Legítimas as exigências de ICMS, MR e da MI prevista no art. 55, inc. II da Lei 6763/75, uma vez que em tais situações, considera-se desacobertado o transporte realizado, a teor do disposto na legislação específica. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Constatou-se em 10/11/2004, mediante diligência realizada no estabelecimento da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, em Belo Horizonte, que a mesma recebeu e transportou mercadoria, com documento fiscal falso/inidôneo, vez que o CNPJ contido na nota fiscal que acompanhou a mercadoria, pertence a outra empresa, situada em Estado e Município diversos daqueles informados no documento fiscal.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação e a Multa Isolada do art. 55, inciso II, majorada em 100%.

Irresignada a Autuada de forma tempestiva, através de procurador regularmente constituído apresenta sua Impugnação, em resumo argumentando:

Preliminarmente considera impróprio o Auto de Infração, e portanto insubsistente a autuação, por falta de fundamentos para a desconsideração da nota fiscal.

Neste sentido aponta que a empresa que remeteu a mercadoria e a empresa pesquisada pelo Fisco são duas empresas distintas, como distintos são os CNPJ, pois os dígitos identificadores, apesar de parecidos são diferentes. Enquanto o dígito verificador da remetente do objeto postal é 88, o da empresa pesquisada é 38.

Destaca ainda que não foi ela que emitiu a nota fiscal, e, não poderia conferir quaisquer dados da mesma, vez que a obrigação de emitir o documento de forma regular não é dela Impugnante.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Destaca ainda como óbice a que exija o documento fiscal, o fato do conteúdo do objeto postal estar resguardado pelo sigilo.

Prossegue destacando decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, onde nos autos do Recurso Extraordinário que menciona (nº 357291/PR), em que são partes a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos e o Estado do Paraná, reconheceu-se que a Empresa de Correios, está abrangida pela imunidade tributária referente ao tributo de ICMS.

Considera que o Estado de Minas Gerais é carecedor da cobrança de ICMS, por entender estar amparada pela Imunidade recíproca prevista na Constituição Federal (art. 150, inciso VI, alínea "a" da CF/88). Apresenta jurisprudência e discorre sobre o conceito de imunidade.

Distingue do conceito de empresa Pública, aquelas que exploram atividade econômica, daquelas que prestam serviço público, sendo que estas últimas seriam sempre delegadas da pessoa política, observando o regime jurídico próprio da Administração Direta.

Critica definição de Empresa Pública contida no Decreto Lei 200/67, que vincula empresa pública à exploração de atividade econômica. Neste aspecto, considera que empresa pública além de explorar uma atividade econômica, poderá também prestar um serviço público, como é o seu caso.

Apresenta a conceituação de serviço público, destacando ser o mesmo um serviço relativo à existência da sociedade, que tem que ser prestado aos seus componentes, direta ou indiretamente, pelo Estado ou outra pessoa administrativa.

Transcreve dispositivos Constitucionais e da Lei Postal 6538/78, que dispõe sobre serviço postal, para destacar a competência exclusiva da União para legislar e prestar os serviços postais e de telegrama, os quais se enquadrariam na condição de serviços públicos. Transcreve jurisprudência e doutrina sobre o tema.

Discorre à luz da Lei 6538/78, sobre a definição de serviço postal, atividades correlatas e afins, destacando aquelas atividades que são exploradas em regime de monopólio.

Considera que todas as atividades que envolvam o recebimento, expedição, transporte e entrega de objetos, valores e encomendas, não obstante não se encontrarem compreendidos no regime de monopólio, pelo que podem ser prestados por particulares, devem ser caracterizados como serviço postal.

Entende que no exercício de sua atividade não há que se falar em mercadoria, idéia que só seria aplicável em relação aos remetentes e destinatários.

Destaca que não obstante não ser o entendimento do Órgão Público responsável pelo lançamento, a remessa e entrega de objetos, com ou sem valor mercantil, por via postal, deve ser considerado como objeto postal.

Lembra a extinção do Departamento de Correios e Telégrafos através do Decreto Lei nº 200/67 e a criação da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

através do Decreto Lei nº 509/69, com o objetivo de exploração dos serviços de postagem, em nome da União Federal, e em regime de monopólio.

Pontua que o seu capital é constituído pela União Federal, podendo este capital ser aumentado pelo Poder Executivo, através de recursos com origem orçamentária.

Assevera que o seu objetivo é a prestação de serviços públicos referentes aos serviços postais, sendo que o superávit é simples ocorrência de um trabalho competente e eficiente.

Distingue concessão de delegação, para afirmar que sob o manto desta última, é por ela exercido um serviço público.

Discorre sobre os conceitos de imunidade e isenção, para reafirmar a sua imunidade recíproca e a impossibilidade de sua equiparação àquelas entidades que desenvolvem atividade econômica, nos termos do art. 173 da CF/88.

Apresenta jurisprudência, inclusive em processo trabalhista, relativas à recepção pela CF/88 do Decreto Lei 509/69, onde lhe é reconhecido o gozo dos privilégios extensivos à Fazenda Pública.

Chama a atenção, para o fato de que caso persista a errônea condenação, a execução em face da Impugnante deve seguir o disposto nos artigos 730 e seguintes do CPC, face ao entendimento de que a mesma goza dos privilégios extensivos à Fazenda Pública. Apresenta jurisprudência.

Entende ser-lhe inaplicável as vedações do art. 150, parágrafo 3º da CF/88, uma vez que não explora atividade econômica, e que a remuneração de seus serviços se dá através de taxas, sob o invólucro distorcido de tarifas.

Apóia-se em doutrina, para afirmar que o Decreto Lei nº 509/69 e a Lei 6538/78 (lei Postal), foram sem dúvida recepcionados pela Constituição Federal de 1988.

Entende que o serviço postal de transporte não é fato econômico de relevância jurídica, que escapa à hipótese de incidência legalmente estabelecida.

Considera equivocado o entendimento do Fisco Estadual, de que o serviço postal é serviço de transporte.

Neste aspecto ressalta que o serviço postal envolve inclusive o serviço de transporte por ela prestado, uma vez que o serviço postal é constituído pelo recebimento, expedição, transporte e entrega de objetos de correspondência, valores e encomendas.

Argumenta que o serviço postal, tributado pelo Fisco mineiro, não se constitui como fato gerador do ICMS, não podendo ser-lhe atribuída responsabilidade nem mesmo como coobrigada, tendo em vista que: 1) não há previsão legal; 2) não é fato econômico de relevância jurídica 3) não é serviço de transporte e nem a ECT é transportadora.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assegura que a sua atividade nunca poderá ser confundida com o serviço de transporte executado por particulares, para os quais existe a livre concorrência e as regras do mercado capitalista. Já para ela, Impugnante, existem regras rígidas ditadas pela Constituição Federal, pela legislação infraconstitucional e pelo Direito Administrativo, que delimitam o seu campo de atuação.

Discorre sobre noções de competência tributária, para dizer que o serviço de transporte postal não está incluso no conceito de fato gerador do ICMS nos termos da Legislação Estadual, não podendo se tributado face ao princípio da legalidade, este serviço e tampouco os objetos postais por ela transportados.

Alega que os referidos objetos postais estariam abrigados pela legislação contra a violação, não tendo assim, ela Impugnante, conhecimento do que lhe é repassado, impossibilitando-a de cumprir a exigência de que o objeto esteja acompanhado de documento fiscal.

Aduz que a relação entre ela Impugnante e os usuários de seus serviços, rege-se pelo Direito Administrativo.

Considera que também obsta que seja ela considerada responsável tributária, o fato de não ter feito qualquer venda de bem.

Argumenta que o Fisco procedeu à apreensão dos objetos postais, violando o conteúdo dos mesmos, em afronta à Constituição Federal e a Lei Postal.

Entende que a própria apreensão das mercadorias já se mostra arbitrária, pois ela Impugnante era garantidora dos objetos postais até a entrega, responsabilidade que considera foi repassada à Fazenda Pública, com a apreensão realizada.

Tem por confiscatórias as Multas Isolada e de Revalidação exigidas.

Finda pedindo seja provida a sua Impugnação.

O Fisco, às fls. 97/103, manifestando-se acerca da Impugnação apresentada, assim se posiciona:

Tem por improcedente o argumento de falta de fundamento para a desclassificação da nota fiscal, vez que o documento referido é falso.

Neste aspecto, explica que o CNPJ constante do documento é inválido, portanto não pode pertencer à empresa emitente da nota fiscal, para a qual não há CNPJ.

Esclarece o Fisco, que o único CNPJ com núcleo 06.084.148 existente é o de nº 06.084.148/0001-38, pertencente à empresa MECANICA DOIS AMIGOS TRATORES EM GERAIS LTDA – ME, como faz prova os documentos anexados aos autos.

Pontua ainda a fiscalização, que a mercadoria saiu do estabelecimento de José Pedro da Silva, na AV, JK nº 1506 em Foz do Iguaçu, Estado do Paraná e a nota fiscal que a acompanhava, informava que pertencia a empresa estabelecida na Rua Doutor Sandino Erasmo de Amorim, S/Nº, em Cascavel/PR, revelando-se, assim, como documento imprestável para acobertar a mercadoria.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No mérito, considera equivocada a Impugnante, quando discorre sobre a imunidade recíproca e afirma que o serviço que presta não é serviço de transporte tributado pelo ICMS.

Argumenta que não se pretende neste PTA tributar o serviço de transporte efetuado pela Impugnante, nem mesmo se pretende imputar-lhe a prática de qualquer ato ou fato que constitua fato gerador do ICMS.

Assevera que o crédito tributário constituído relaciona-se à operação de circulação de mercadorias, sendo certo que quem a praticou foi o remetente.

Pelo fato da saída da mercadoria ter ocorrido desacompanhada de documento fiscal hábil e não ter sido pago o tributo na forma e prazos legais, constituiu-se o crédito tributário, sendo que a Impugnante foi eleita para figurar no pólo passivo, porque transportava a mercadoria sem documento fiscal hábil, nos termos do art. 21, inciso IX, alínea "b" da Lei 6763/75.

Ressalta que o responsável solidário responde pela integralidade do débito, sem o chamado benefício de ordem, qual seja, o credor pode escolher de quem vai cobrar o crédito, se de um, de outro ou de ambos.

Quanto a alegação da Impugnante de que lhe é impossível verificar se há documento fiscal, em razão do sigilo na remessa postal, assevera que o referido sigilo somente se aplica à correspondência ou remessa postal, não se aplicando ao transporte de mercadorias, que se rege pelas normas aplicáveis à espécie.

Pondera que a Impugnante deve exigir o documento fiscal no momento que lhe for entregue o volume a ser transportado.

Lembra que o próprio Protocolo ICMS nº 32/01, que dispõe sobre os procedimentos a serem utilizados pelos Estados signatários para fiscalização das mercadorias transportadas pela ECT, prevê a possibilidade de abertura dos volumes transportados, exigindo apenas que a abertura se faça na presença de funcionário da ECT, bem como impõe a esta o cumprimento das demais obrigações tributárias previstas na legislação para os demais transportadores, inclusive a de exigir o documento fiscal das mercadorias transportadas.

Considera, assim, o Fisco, totalmente improcedente o argumento de violação e abuso de poder por parte dos agentes da fiscalização.

Discorda o Fisco, também, do argumento de que as multas aplicadas teriam caráter confiscatório, vez que as mesmas foram aplicadas em conformidade com a legislação, destacando ainda, que a Constituição Federal proíbe é cobrar tributo com características de confisco e não penalidades.

Finda pedindo a procedência do lançamento.

O Fisco procede à juntada dos documentos de fls. 105/107, abrindo vista à Autuada, que volta a se manifestar às fls. 112/113, ratificando seus argumentos anteriores. Também o Fisco se manifesta às fls. 135/136, reiterando seus motivos já apresentados.

DECISÃO

Verifica-se que as questões preliminares suscitadas pela Impugnante, são alegações meramente protelatórias, visto que os fatos citados não têm o condão de causar qualquer efeito jurídico-processual, qualquer prejuízo para as partes, muito menos acarretar a nulidade do Auto de Infração.

Alguns argumentos preliminares, a bem da verdade, se confundem com o próprio mérito do feito, e como tal serão devidamente tratados. Contudo, cabe aqui de plano ressaltar, que é fato demonstrado nos autos, que o CNPJ que constava da nota fiscal que acompanhava a mercadoria, era inválido. Assim, o mesmo não pertencia à empresa consignada como emitente do documento fiscal.

Esta constatação induz à conclusão de ser falso o documento em questão, uma vez que constando do mesmo dados inverídicos, não foi o mesmo, na forma em que se apresenta, autorizado por repartição fazendária (art. 39, § 4º, inciso I, “a”).

Alie-se a isto, a informação prestada pelo Fisco, de que o verdadeiro remetente da mercadoria, não foi aquele consignado no documento fiscal, mas sim Jose Pedro da Silva, estabelecido na Av. JK, nº 1506, em Foz do Iguaçu/PR. Neste sentido, vide inclusive correspondência dirigida ao mesmo pelo Fisco (fls. 03).

Improcedentes, portanto, se revelam, os argumentos da Impugnante, de insubsistência da Autuação, por falta de fundamento para a desconsideração da nota fiscal.

No mérito, trata-se, in casu, de autuação relativa ao recebimento e transporte de mercadorias, realizados pela Autuada, acobertado por documento fiscal falso/inidôneo, vez que o CNPJ contido na nota fiscal 1136 (fls. 08), que acompanhou a mercadoria era inválido, tendo ainda o Fisco apontado, que se considerado o CNPJ indicado, exceto o dígito verificador, constata-se que o mesmo pertence a outra empresa, situada em Estado e Município diversos daqueles informados no documento fiscal.

Estes fatos, como já mencionado, levam à conclusão de ser falso o documento, a teor do disposto no art. 39, § 4º, inciso I, alínea “a” da Lei 6763/75 e art. 133, I do RICMS/02.

Uma vez constatada a falsidade/inidoneidade de um documento fiscal, considera-se desacobertada, para todos os efeitos, a prestação de serviço ou a movimentação da mercadoria, a teor do disposto no art. 149, inciso I, Parte Geral do RICMS/02.

Se não bastassem os elementos apontados, temos ainda a demonstrar, a imprestabilidade do documento fiscal citado para acobertar a operação, a informação que se extrai dos documentos de fls. 03, e confirmada pelo Fisco em sua fala, de que o verdadeiro remetente da mercadoria, não foi aquele consignado no documento fiscal, mas sim José Pedro da Silva, estabelecido na Av. JK, nº 1506, em Foz do Iguaçu/PR.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A responsabilidade da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos pelo crédito tributário, quando a mercadoria for transportada com nota fiscal falsa ou inidônea, está prevista no art. 21, inciso IX, alínea "b" da Lei Estadual 6763/75.

Merece ainda destaque o fato de que não obstante o Fisco inicialmente, quando da lavratura do Auto de Infração, ter vislumbrado que poderia ter sido consignado na nota fiscal CNPJ de outra empresa, considerando que havia apenas divergência em um dígito, ante os argumentos da Impugnante e provas dos autos, esta hipótese ficou afastada.

Assim, o que remanesce, é que o CNPJ da nota fiscal interceptada, não se referia à empresa consignada no documento, ou a qualquer outra, fato que ficou evidenciado em especial a partir da juntada dos documentos de fls. 105/107 e dos quais foi dado vista à Impugnante. Dessa forma, pode-se inclusive afirmar, que o documento apresentado, não correspondia à real operação.

Pela infração apurada, exige-se ICMS, Multa de Revalidação e a Multa Isolada prevista no art. 55, II da Lei 6763/75.

A constatação se deu nas dependências da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos .

Além das normas legais já citadas que amparam o feito fiscal, cabe aqui ainda destacar o disposto no parágrafo 1º do art. 39 da Lei 6763/75:

Lei 6763/75

Art. 39 - Os livros e documentos fiscais relativos ao imposto serão definidos em regulamento, que também disporá sobre todas as exigências formais e operacionais a eles relacionadas.

§ 1º - A movimentação de bens ou mercadorias e a prestação de serviços de transporte e comunicação serão obrigatoriamente acobertadas por documento fiscal, na forma definida em regulamento.

É fato incontroverso, no processo, a apresentação de documento fiscal relativo à operação, que se revestia das características de falso/inidôneo, nos termos da legislação.

A Impugnante questiona sua sujeição passiva, na condição de responsável pelo pagamento do ICMS. Entende que sua atividade está amparada pela imunidade constitucional da alínea "a", do inciso VI, do artigo 150, da Constituição da República.

Realmente a regra do artigo 150, inciso VI, alínea "a" da CF/88 "é a chamada imunidade recíproca e decorre naturalmente, seja do princípio federativo, seja do princípio da isonomia (igualdade formal) das pessoas políticas", conforme trata Roque Antônio Carrazza no seu Livro Curso de Direito Constitucional Tributário, 11ª edição, Malheiros Editores.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No entanto, conforme salienta o autor, é imprescindível destacar o § 3º do mesmo artigo, que dispõe que "as vedações do inciso VI, a, e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem móvel".

Ele acrescenta que, "com a só leitura deste parágrafo já percebemos que, sempre que uma pessoa política explorar atividades econômicas, sujeita-se aos impostos pertinentes (IPI, ICMS, Imposto de Importação, etc.). O princípio da imunidade recíproca já não vale para ela."

O autor cita observação de Aliomar Baleeiro que ao tratar sobre o tema observa que "não há, pois, razão nem cabimento para invocar-se imunidade recíproca nas operações de entidades públicas, cuja tributação deverá ser suportada por particulares. Se o órgão oficial vende, p. ex., alimentos de sua produção ou adquiridos de terceiros, para melhoria das condições de vida de servidores públicos ou do povo em geral, nada justifica o benefício adicional da isenção do imposto pago por todos os habitantes".

"Igualmente, a imunidade recíproca não aproveita às pessoas políticas quando prestam serviços públicos em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas", como nos ensina Roque Antônio Carrazza.

Aprofundando sobre o assunto, Roque Antônio Carrazza diz que "as empresas públicas e as sociedades de economia mista delegatárias de serviços públicos (isto é, quando não exploram atividade econômica) não se sujeitam a tributação por meio de impostos, justamente porque são a longa manus da pessoa política que, por meio de lei, as criam".

No entanto, no caso de empresa pública exercer atividade econômica, ela não será alcançada pela imunidade constitucional.

Outrossim, o § 2º, do artigo 173, da Constituição da República, a seguir transcrito, deixa claro que a imunidade constitucional não se aplica à empresa pública que realiza atividades econômicas.

Art. 173 - Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

.....

§ 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais extensivos às do setor privado.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Vale ressaltar, ainda, que apesar da Emenda Constitucional n.º 19, ter alterado o § 1º, a nova redação não contempla mudanças que impliquem em interpretação divergente para o presente caso.

Então, em se tratando de Empresa Pública, conforme definido no artigo 2º da Lei n.º 6.538/78, a EBCT, ao realizar atividade econômica, não pode receber tratamento tributário especial, em detrimento de outras empresas, ficando sujeita ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações tributárias, consoante o § 1º do art. 173 acima transcrito.

O serviço de entrega de encomendas não se trata de serviço público como alega a Impugnante, a entrega de encomendas reveste-se de todas as características de serviço de transporte. Nesse ponto, a EBCT iguala-se a um grande número de empresas concorrentes que prestam este mesmo tipo de serviço.

Aliás, no Manual de Comercialização e Atendimento da EBCT, mod. 6, cap. 8, o serviço postal de encomenda é definido como sendo "o serviço que consiste na remessa via postal, em âmbito nacional, de objetos acondicionados em embalagens apropriadas, que contenham materiais com ou sem valor mercantil."

Efetivamente, o serviço de entrega de encomendas, dentre outros serviços arrolados no artigo 7º da Lei n.º 6.538/78, trata-se de serviço postal.

No entanto, observa-se que tal serviço, conforme estabelece o artigo 9º da Lei n.º 6.538/78, não é explorado pela União em regime de monopólio, como os demais serviços ali descritos.

Improcede a afirmativa da Impugnante que a remuneração do serviço de entrega de encomenda é por meio de taxa, haja vista o estatuído no artigo 32 da Lei n.º 6.538/78, que diz que "o serviço postal e o serviço de telegrama são remunerados através de tarifas, de preços, além de prêmios "ad valorem" com relação ao primeiro, aprovado pelo Ministério das Comunicações".

Além disso, a taxa refere-se a serviços inerentes ao Estado, denominados essenciais e sua criação depende de lei, nos termos do artigo 114 do CTN, não se tratando, pois, da remuneração do serviço de transporte prestado pela EBCT.

Portanto, a EBCT não está amparada pela imunidade recíproca prevista no artigo 150, inciso VI, alínea "a" da CF/88, por desenvolver uma atividade econômica, cujos serviços são remunerados por meio de preço/tarifa.

A responsabilidade tributária da EBCT na situação em apreço, está bem definida na Lei 6763/75:

Art. 21 - São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

.....

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

IX - a empresa exploradora de serviço postal, em relação à mercadoria:

a - transportada sem documento fiscal ou com nota fiscal com prazo de validade vencido;

b - transportada com documentação fiscal falsa ou inidônea;

...

Cabe ainda ressaltar, que as multas aplicadas, observaram os estritos limites impostos pela legislação, não cabendo a esta Casa, nos termos impostos pelo artigo 88, inciso I da CLTA, declarar a inconstitucionalidade, ou negar a aplicação de lei, decreto ou ato normativo.

As demais alegações apresentadas pela Impugnante, inclusive a argüição de Inconstitucionalidade da Lei Estadual 6763/75, transcendem também a órbita do julgamento na esfera administrativa, por força do já citado artigo 88 da CLTA/MG.

Dessa forma, verifica-se que restaram plenamente caracterizadas as infringências à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas as exigências constantes do Auto de Infração em comento.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais argüidas. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Windson Luiz da Silva (Revisor) e Cláudia Campos Lopes Lara.

Sala das Sessões, 16/11/05.

Antônio César Ribeiro
Presidente

Mauro Rogério Martins
Relator