

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.431/12/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 02.000215996-84
Impugnação: 40.010130940-17 (Coob.)
Impugnante: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (Coob.)
IE: 062014462.00-13
Autuado: Jandir Pereira dos Santos CPF: 161.442.523-04
Coobrigado: João Francisco Pelantir CPF: 726.343.089-49
Proc. S. Passivo: Raquel Martins Oliveira Zandona Guimarães/Outro(s) (Coob.)
Origem: DFT/Belo Horizonte

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SUJEITO PASSIVO – CORRETA A ELEIÇÃO. Legítima a inclusão dos Coobrigados no polo passivo da obrigação tributária nos termos do art. 21, inciso IX, alínea “a” e § 2º da Lei nº 6.763/75.

MERCADORIA – TRANSPORTE DESACOBERTADO DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL. Constatado, nas dependências da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, o transporte de mercadoria desacobertada de documento fiscal, em face de a mercadoria constante no volume SEDEX SK 366409791BR encontrar-se acompanhada de nota fiscal considerada falsa por inexistência do estabelecimento emitente e da AIDF informada no rodapé do documento. Infração caracterizada nos termos do § 1º, art. 39 da Lei nº 6.763/75 e art. 149, inciso I, Parte Geral do RICMS/02. Corretas as exigências de ICMS, multa de revalidação (cinquenta por cento) do valor do imposto e Multa Isolada de 500 (quinhentas) UFEMG prevista no art. 55, inciso II c/c § 1º do mesmo artigo, todos da Lei nº 6.763/75. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Da Autuação

Trata a autuação fiscal de transporte de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, constatado nas dependências do estabelecimento da coobrigada Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT (Centro de Tratamento de Encomendas – Belo Horizonte/MG), em face de a mercadoria constante no volume SEDEX SK 366409791BR encontrar-se acompanhada de nota fiscal considerada falsa por inexistência do estabelecimento emitente e da AIDF informada no rodapé do documento.

As mercadorias encontram-se relacionadas no Auto de Preensão e Depósito nº 004636, às fls. 12 e vinculadas à encomenda SK 366409791BR, transportada pela Coobrigada. O valor dos produtos foi obtido na Nota Fiscal nº 000898, constante às fls. 06.

Exige-se ICMS, multa de revalidação de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto e Multa Isolada de 500 (quinhentas) UFEMG prevista no art. 55, inciso II c/c § 1º do mesmo artigo da Lei nº 6.763/75.

Da Impugnação

Inconformada, a Impugnante apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 24/49, onde alega, resumidamente, o que se segue:

- alega que a desconsideração do documento fiscal pelo Agente Fiscal não autoriza atribuir a Impugnante a responsabilidade solidária pelo tributo e multas decorrente da infração, na medida em que a ECT realizou mero serviço postal e não contribuiu para o preenchimento do documento, devendo, portanto, ser desconstituído o lançamento fiscal consubstanciado no ato administrativo. Para confirmar sua tese cita decisões do TJRS e do TJMG;

- afirma que o Estado é carecedor da cobrança de ICMS em face de gozar de imunidade tributária nos termos do art. 150, inciso VI, alínea "a" da Constituição da República, em face de ser uma empresa pública beneficiada pela equiparação à Fazenda Pública nos termos do art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69;

- discorre sobre empresa pública ao tratar das disposições do Decreto-Lei nº 200/69 e apresenta posição doutrinária e decisões dos tribunais superiores acerca das empresas prestadoras de serviço público, para consubstanciar sua afirmação do reconhecimento da imunidade tributária;

- traz considerações acerca do serviço telegráfico e postal na Constituição da República e na Lei Federal nº 6.538/78 e faz breve exposição sobre atividade econômica e sobre a inserção do Estado nesta seara no intuito de distinguir serviço público de atividade privada e introduzir seu conceito de serviço postal;

- entende que a ECT não se insere na exceção à imunidade disposta no § 3º do art. 150 da Constituição da República ao entendimento de que é prestadora de serviços públicos e não explora atividade econômica;

- discorre sobre a tese de que serviço postal não é serviço de transporte, afirmando que o serviço postal em qualquer de suas modalidades, monopolísticas ou não, tem por base três ações praticadas em cadeia: recebimento, transporte e a entrega dos objetos postais. Ainda diz que não é ela quem cria o conceito dos objetos postais ou sua abrangência e que tal conceituação deriva da vontade do legislador;

- afirma que a atividade da ECT não pode ser confundida com o serviço de transporte executado por particulares, pois, diferentemente destes, existem regras rígidas ditadas pela Constituição, pela legislação infraconstitucional e pelo Direito Administrativo que delimitam o seu campo de atuação. Fala da obrigatoriedade da prestação de serviço postal pela ECT e da taxação de seus serviços;

- argumenta que serviço postal não é fato gerador do ICMS, pois não há previsão legal para tal, não é fato econômico de relevância jurídica e que a ECT não é transportadora;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- aduz que o “Convênio” ICM 23/88, diante da inviolabilidade do objeto postal, determina que o Fisco solicite ao destinatário do objeto, a abertura do volume para a verificação da regularidade fiscal. Ressalta que estaria desobrigada de qualquer pagamento, caso o objeto postal, estivesse acompanhado de documentos fiscais desconsiderados;

- assevera que o Fisco está descumprindo o Convênio retrocitado e praticando atos de violação postal, fatos que poderiam levar à responsabilização dos servidores da Administração Pública Estadual;

- entende que o Fisco deveria exigir o tributo do remetente ou do destinatário, vez que a lei postal desenhou as hipóteses em que a ECT pode recusar a postagem de objetos e que a falta de documento fiscal junto ao objeto não está nela elencada;

- prossegue, argumentando que é compelida a dar movimento a quaisquer objetos por força da determinação legal, o que afasta a possibilidade de ser responsabilizada pelo pagamento do tributo, por não lhe ser possível verificar a existência ou não de documentos fiscais junto às encomendas;

- reclama das multas de revalidação e isolada aplicadas e diz que o valor delas representa verdadeiro confisco sobre o patrimônio particular.

Ao final requer a procedência de sua impugnação e o consequente cancelamento do auto de infração.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco, em bem fundamentada manifestação de fls. 52/67, que, em parte, foi utilizada para a decisão, refuta as alegações da defesa e pede pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Conforme relatado, cuida o presente lançamento da constatação, mediante contagem física de mercadorias em trânsito, nas dependências do estabelecimento da Coobrigada Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT (Centro de Tratamento de Encomendas – Belo Horizonte/MG), de transporte desacobertado de documentação fiscal das mercadorias relacionadas no Auto de Preensão e Depósito nº 004636 (fls. 12) e vinculadas à encomenda SK 366409791 BR, transportada pela Coobrigada. Foi atribuído como base de cálculo o valor dos produtos lançados na Nota Fiscal nº 000898, constante às fls. 06/07.

Exige-se ICMS, multa de revalidação de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto e Multa Isolada de 500 (quinhentas) UFEMG prevista no art. 55, inciso II c/c § 1º do mesmo artigo da Lei nº 6.763/75.

O argumento central da Impugnante é no sentido de que, na condição de empresa pública integrante da Administração indireta federal, prestadora monopolista dos serviços públicos postais em todo o território nacional, e por isso equiparada à própria Fazenda Pública por força do art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69, goza da

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

imunidade recíproca entre os entes governamentais prevista no art. 150, inciso VI, alínea “a” da Constituição da República, não podendo assim prosperar o presente lançamento em relação a si, porque, dada a sua condição retromencionada, além de não poder figurar no polo passivo da obrigação, seria o Estado de Minas Gerais carecedor de competência para cobrar-lhe o ICMS e penalidades ora exigidos.

Discorre longamente sobre a natureza jurídica do serviço público postal que exerce, sustentando que, embora o mesmo não possa ser prestado sem o transporte do objeto postal, não se confunde com uma simples prestação de serviço de transporte executado por particulares, pelo que não constitui fato gerador do ICMS, citando doutrina e vários diplomas legais em socorro de sua tese.

Acrescenta que, como serviço monopolizado, sua atividade não pode ser exercida por qualquer outra empresa, pública ou privada, de modo que não há de se falar em concorrência desleal, o que afasta a aplicabilidade do art. 150, inciso VI, § 3º da CF/88, já que não exerce atividade econômica impeditiva do gozo da imunidade.

Assim, conclui que não pode ser responsabilizada por quaisquer das obrigações tributárias constantes do Auto de Infração sob análise, seja em razão da mencionada imunidade de que goza, seja porque, em face do sigilo das correspondências e encomendas, não lhe é possível verificar a existência de documentos fiscais no interior das mesmas, seja ainda, pelo fato de que o próprio Convênio ICM 23/88 afasta sua responsabilidade solidária pelo pagamento do imposto.

Aduz que a multa isolada encontra-se lançada em valor que deixa de se apresentar como penalidade, passando a ser verdadeiro confisco sobre o patrimônio particular e que isso é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio.

No entanto, há de se esclarecer que no presente caso as exigências dizem respeito ao ICMS incidente sobre a operação relativa à circulação da mercadoria, cujo transporte foi flagrado irregularmente, posto que desacoberto de documentação fiscal, acarretando assim a cobrança do imposto e das multas correspondentes, sendo certo que a obrigatoriedade de que o transporte de mercadorias se dê devidamente acobertado por nota fiscal própria está prevista no § 1º do art. 39 da Lei nº 6.763/75 c/c o art. 149, inciso I da Parte Geral do RICMS/02, *verbis*:

Lei nº 6.763/75

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, bem como prestação de serviços de transporte e comunicação serão obrigatoriamente acobertadas por documento fiscal, na forma definida em regulamento.

RICMS/02 - Parte Geral

Art. 149 - Considera-se desacobertada, para todos os efeitos, a prestação de serviço ou a movimentação de mercadoria:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I - com documento fiscal falso ou ideologicamente falso.

Ora, segundo o disposto no art. 33 dessa mesma lei (§1º, item 1, alínea “d”), o imposto e seus acréscimos serão recolhidos no local da operação, considerando-se como tal, para os efeitos de pagamento do imposto, o local onde se encontre a mercadoria ou bem em situação irregular pela falta de documentação fiscal.

E nem se diga que a responsabilidade pela obrigação tributária seria ou do remetente ou do destinatário da encomenda, tal como defende a Impugnante, uma vez que, tratando-se de responsabilidade solidária, tal como no caso concreto, a mesma não comporta benefício de ordem, a teor do disposto no parágrafo único do art. 124 do CTN.

Logo, sendo incontroverso que no presente caso a operação ocorreu acobertada com documentação fiscal falso, que tem por consequência lógica a falta de pagamento do imposto incidente, e tendo em vista que a mercadoria foi encontrada nas dependências do estabelecimento da Impugnante, resta evidente sua responsabilidade solidária nos precisos termos do art. 21, inciso IX, alínea “a” da Lei nº 6.763/75. Confira-se:

Art. 21 - São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

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.

Acrescenta-se que subsidiando a responsabilização da EBCT, quando do transporte desacompanhado de documentação fiscal, existem decisões judiciais na órbita federal (por exemplo, os processos nºs 2008.38000204283, 2007.38000115926, 2007.380001138820) que tomam como lastro a disposição inserta no parágrafo 1º do art. 9º do CTN, *in verbis*:

Art. 9º - É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

IV - cobrar imposto sobre:

(...)

§ 1º - O disposto no inciso IV não exclui a atribuição, por lei, às entidades nele referidas, da condição de responsáveis pelos tributos que lhes caiba reter na fonte, previstos em lei, assecuratórios do cumprimento de obrigações tributárias por terceiros.

Por outro, ao discorrer sobre o ICMS, fls. 45/46, a Impugnante equivocou-se em alguns pontos. Primeiramente, é certo que a circulação de mercadorias alcançada pelo tributo é a que provoca a mudança de titularidade, mas, também, o transporte dessa mercadoria é hipótese de incidência do imposto. Assim, como o transporte das mercadorias, encontradas com documento fiscal falso, foi realizado pela Impugnante, fica claro que como transportadora, regida pelas normas de Direito Comercial, obtém

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

lucro com o transporte de mercadorias, cuja titularidade já fora modificada quando do ato da compra e venda efetuada pela destinatária/remetente.

Outro equívoco presente na posição adotada pela Impugnante se refere ao Protocolo 23/88. Além de intitulá-lo erroneamente de convênio, a Impugnante deduz que tal instrumento o estaria excluindo da responsabilidade de respeitar a lei. Não obstante, o Estado de Minas Gerais não é mais signatário deste Protocolo desde outubro de 2001. Em vigor se encontra o Protocolo ICMS nº 32/01, onde Minas Gerais é um dos signatários, que desenha, sem descer a minúcias, as rotinas de controle e fiscalização de mercadorias junto à ECT. Os Protocolos nºs 15/95 e 23/88 foram denunciados pelos demais Estados signatários. Ressalte-se que Minas Gerais já cumpria as determinações que não entravam em conflito com a legislação estadual.

A afirmação de violação de sigilo alegada pela Impugnante e a possibilidade de responsabilização dos servidores estaduais são risíveis, haja vista a competência legal atribuída aos Agentes do Fisco nos termos dos arts. 194 e 195 do CTN c/c arts. 49 e 201 da Lei nº 6.763/75, mormente quando é patente o descumprimento da legislação tributária como no caso da Impugnante.

CTN

Art. 194 - a legislação tributária, observado o disposto nesta Lei, regulará, em caráter geral, ou especificamente em função da natureza do tributo de que se tratar, a competência e os poderes das autoridades administrativas em matéria de fiscalização da sua aplicação.

Parágrafo único - A legislação a que se refere este artigo aplica-se às pessoas naturais ou jurídicas, contribuintes ou não, **inclusive às que gozem de imunidade tributária** ou de isenção de caráter pessoal. (grifou-se)

Art. 195 - Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los.

Lei 6763/75

Art. 49 - A fiscalização do imposto compete à Secretaria de Estado da Fazenda, observado o disposto no art. 201 desta Lei.

(...)

§ 3º - Para os efeitos da legislação tributária, à exceção do disposto no art. 4º, inciso VI, da Lei nº 13.515, de 7 de abril de 2000, não tem aplicação qualquer disposição legal excludente ou limitativa:

I - do direito de examinar mercadoria, livro, arquivo, documento, papel, meio eletrônico, com

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

efeitos comerciais ou fiscais, dos contribuintes do imposto, ou da obrigação destes de exibi-los;

II - do acesso do funcionário fiscal a local onde deva ser exercida a fiscalização do imposto, condicionada à apresentação de identidade funcional, sem qualquer outra formalidade.

(...)

Art. 201 - A fiscalização tributária compete à Secretaria de Estado da Fazenda, por intermédio dos seus funcionários fiscais e, supletivamente, em relação às taxas judiciárias, à autoridade judiciária expressamente nomeada em lei.

Não obstante, quanto à alegada imunidade recíproca, ainda que se deva admitir que o serviço postal de fato é exercido sob o regime de monopólio estatal pela EBCT, tal circunstância é irrelevante para o deslinde da questão sob análise, uma vez que, como já se viu acima, o transporte de mercadorias não pode ser considerado como serviço postal, e muito menos é exercido sob o regime de monopólio estatal, até porque, como sobejamente sabido, tal atividade é também exercida por empresas particulares, que obviamente não gozam do mesmo tratamento.

Trata-se, portanto, de atividade econômica exercida pela EBCT, não abrangida pela imunidade recíproca, a teor do disposto no § 3º do art. 150, c/c o § 2º do art. 173, todos da Constituição Federal, *verbis*:

Art. 150. (...)

(...)

§ 3º - 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 imóvel..

Art. 173.

(...)

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

Assim, com a devida vênia, mesmo que prestado pela EBCT por meio de seu sistema de encomendas, o transporte de mercadorias constitui fato gerador do ICMS, não se enquadrando na hipótese de imunidade recíproca, entendimento este respaldado, diga-se de passagem, pelo disposto no Capítulo XXXIV da Parte 1 do Anexo IX do RICMS/02 (que trata das prestações de serviços e das operações de circulação de mercadorias promovidas pela empresa brasileira de correios e telégrafos – arts. 297 a 299), bem como pelo próprio Protocolo ICMS nº 32/01, que estabelece procedimentos a serem adotados na Fiscalização relativa ao serviço de transporte e às mercadorias e bens transportados pela ECT.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Quanto à arguição de que as multas aplicadas são confiscatória e desproporcional, deve-se destacar que tais penalidades têm amparo na legislação estadual e tal alegação não encontra aqui o foro adequado para sua discussão, em face do disposto no art. 110 do RPTA/MG. Sobremais, a Constituição Federal vigente (art. 150, inciso IV) proíbe a cobrança de tributo com características de confisco e a discordância diz respeito aos valores das multas.

Dessa forma, estando presentes no Auto de Infração todos os requisitos e pressupostos necessários e como a Impugnante não trouxe nenhum argumento ou fato que acarretasse sua modificação, conclui-se pela correção da exigência fiscal.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Sauro Henrique de Almeida (Revisor), Ivana Maria de Almeida e Vander Francisco Costa.

Sala das Sessões, 04 de abril de 2012.

**José Luiz Drumond
Presidente / Relator**