

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.388/10/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 04.002134316-13
Impugnação: 40.010125342-77 (Coob.)
Impugnante: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (Coob.)
IE: 062014462.00-13
Autuado: José Ferreira Sousa
CPF: 564.951.296-53
Proc. S. Passivo: Deophanes Araújo Soares Filho/Outro(s) (Coob.)
Origem: DFT/Belo Horizonte

EMENTA

MERCADORIA – TRANSPORTE DESACOBERTADO. Constatou-se, nas dependências da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, o transporte de mercadorias desacobertadas de documento fiscal e sem comprovação de pagamento do ICMS devido. Infração caracterizada nos termos dos arts. 1º, inc. I e 89, inc. I da Parte Geral do RICMS/02. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inc. II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inc. II, ambos da Lei nº 6.763/75. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Da Autuação

A autuação versa sobre o transporte desacobertado de documentação fiscal das mercadorias relacionadas no Auto de Apreensão e Depósito - AAD nº 003.215 e constantes da encomenda SO 227609802 BR, encontradas nas dependências da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT (Centro de Tratamento de Encomendas – Anel Rodoviário km 21,5 – Bairro Universitário – Belo Horizonte/MG). O valor base de cálculo do imposto foi obtido através do formulário de pedido que acompanhava a encomenda.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação prevista na Lei nº 6.763/75, art. 56, inc. II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inc. II da mesma lei, mas cobrada de acordo com o §1º do mesmo dispositivo (500 UFEMG).

O Fisco instruiu o processo com o Auto de Infração – AI (fls. 02/03); Demonstrativo de Correção Monetária e Multas – DCMM (fls. 04); Termo de Intimação (fls. 05); Folha de Pedido (fls. 06); Anexo ao Termo de Retenção nº 08/1929 (fls. 07) e Auto de Apreensão e Depósito - AAD nº 003.215 (fls. 08/09).

Da Impugnação

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inconformado, o Coobrigado Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT - apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 14/33 onde alega, resumidamente, o abaixo.

Afirma que o Estado de Minas Gerais não pode dela cobrar ICMS, por ser pessoa jurídica federal e gozar da imunidade tributária, amparada pelo preceito constitucional onde trata da imunidade recíproca entre as esferas governamentais.

Diz que sendo uma Empresa Pública da Administração Indireta Federal, equiparada à Fazenda Pública por força do art. 12 do Decreto Lei nº 509/69, enquadra-se na imunidade prevista no art. 150, inc. VI, “a” da Constituição Federal.

Declara que na realidade, apesar da afirmação contida na definição de Empresa Pública, ela pode desempenhar duas funções, quais sejam: explorar atividade econômica, e prestar serviço público.

Apresenta acórdãos do STF para consubstanciar sua afirmação do reconhecimento da imunidade tributária.

Alega que pela Constituição Federal (art. 21, inc. X e XI) e pela Lei nº 6.538/78 (arts. 2º e 4º), contata-se que a União Federal detém a competência exclusiva, em todo o território nacional, para prestar os serviços postais.

Afirma ao final que pela competência emanada da CF/88 o serviço postal é atividade de caráter público qualificado como necessário.

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.

Afirma ao final que pela competência emanada da CF/88 o serviço postal é atividade de caráter público qualificado como necessário.

Argui que a CF/88 concedeu imunidade sobre o patrimônio, renda e serviços, o que afasta a substituição do obrigado principal.

Reforça que nos termos do preceituado no Decreto-Lei nº 200/67, foi extinto o Departamento de Correios e Telégrafos e como consequência, foi criada a empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, através do Decreto-Lei nº 509/69, tendo como objetivo a exploração do serviço de postagem, em nome da União Federal e em regime de monopólio.

Declara que o serviço postal não pode ser prestado por qualquer outra empresa, quer pública quer privada, ou seja, não existe alternativa válida para os usuários dos serviços postais, o que afasta a aplicabilidade do art. 150, inc. VI, §§ 2º e 3º da CF/88.

Afirma 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.

Diz que o Decreto-Lei nº 509/69 e a Lei nº 6.538/78 foram recepcionados pela Constituição da República e, portanto, a ECT é imune a qualquer tipo de imposto.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Alega 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.

Salienta que a regra-matriz do ICMS sobre operações relativas à circulação de mercadorias é a operação e, não, a mera circulação de mercadorias.

Declara que pelo convênio ICM 23/88, pelo fato de não ser possível abrir objetos postais, firmou-se que a Fiscalização exerceria suas funções na Agência dos Correios de destino, momento em que, quando o recebimento da encomenda, o Fiscal solicitaria ao destinatário do objeto a abertura do mesmo, a fim de verificar-se se haveria o transporte de encomendas acompanhadas de nota fiscal.

Cita que no caso o objeto postal estivesse desacompanhado do respectivo documento fiscal, o agente da Secretaria Estadual de Fazenda passaria a exigir o tributo devido, quer do destinatário quer do remetente, ficando a ECT desobrigada de qualquer pagamento.

Diz que não há como exigir qualquer obrigação da ECT, primeiro pelo fato de ser imune, segundo pelo fato de que não lhe é possível verificar a existência de documentos fiscais no interior das encomendas, terceiro, pelo fato de que o convênio ICM 23/88 afasta o Impugnante do pagamento de qualquer obrigação tributária advinda da prestação de serviço postal.

Ressalta que sem o transporte não existe o serviço postal.

Argumenta que o transporte se dá nas dependências da própria ETC, não havendo qualquer cunho econômico no mesmo, posto que a existência do transporte se dá apenas para possibilitar a existência do serviço postal com maior eficiência e com menor custo, o que, por consequência, torna a taxa paga pelo usuário menor.

Apresenta a sua interpretação aos arts. 128 do CTN e 21, inc. II da Lei nº 6.763/75 e afirma que são inaplicáveis à ECT.

Menciona o Manual de Comercialização e Atendimento da ECT para afirmar que a responsabilidade por infração tributária cabe àquele que postar objetos postais sem documento fiscal.

Volta a afirmar que é impossível a ECT exigir a apresentação de nota fiscal posto que é prestadora de serviço público que tem por garantia a inviolabilidade dos objetos que transporta.

Pergunta como poderia a ECT exigir a individualização do objeto postal se o bem não foi declarado quando da postagem.

Afirma que os bens, objeto da apreensão, não foram individualizados o que impede a sua avaliação mercadológica.

Declara que as descrições constantes do AAD não especificam a mercadoria e que descrições em momentos diversos não permitem consignar os objetos como sendo os mesmos, fato criador de incerteza quanto ao valor exigido pela fiscalização.

Sustenta 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.

Afirma que o Fisco apreendeu e violou o conteúdo de objetos postais, afrontando a Constituição e a Lei Postal.

Diz que a ação do Fisco foi ilegal, pois seus agentes não têm poderes para violar correspondências e objetos postais transportados pela ECT. Alega que a Lei nº 6.538/78 é norma especial em relação a qualquer outra e que define os casos em que os objetos postais podem ser violados.

Atesta que a atitude do Fisco caracterizou-se como abuso de poder diante das limitações impostas pelo sigilo postal. Disse que a apreensão foi arbitrária, pois a ECT era a garantidora dos objetos postais até a entrega ao destinatário. Ainda disse que a partir do momento em que o Fisco retirou do domínio da ECT os objetos postais, retirou também da ECT a responsabilidade pela guarda, garantia de integralidade e entrega dos bens apreendidos.

Pede que seja reconhecida a impropriedade da exação, desconstituindo-se o lançamento realizado pelo Fisco.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco se manifesta às fls. 36/47 e alega o abaixo.

Afirma que a Fazenda Pública Estadual não se insurgiu contra a decisão do STF que confirmou tal condição. Não há discordância de que o serviço postal obrigatório e exclusivo determinado constitucionalmente seja serviço público. Tampouco há divergência de que a não tributação sobre este serviço seja efeito da imunidade recíproca. Todavia, a imunidade recíproca proclamada pelo STF nos acórdãos colados à peça impugnatória restringe-se à prestação de serviço público obrigatório e exclusivo prestado pelo ente público. “*In casu*”, o monopólio estatal se limita ao que vulgarmente denominamos de correspondências.

Diz que o STF, conforme se pode vislumbrar pelos acórdãos trazidos pelo Impugnante, declara que a imunidade recíproca que atinge a empresa pública ECT se limita aos tributos (impostos) que possam atingir aquela atividade.

Alega que existem duas formas conceituais de serviço público. Em sentido amplo, entende-se por serviço público toda a prestação estatal incluindo desde as atividades econômicas, a jurisdição, a segurança pública, o poder de polícia e a regulação estatal. Em sentido estrito, serviço público é concebido como a atividade dotada de sentido econômico, revestida de relevância social, cuja exploração a Constituição ou a lei cometem a uma das esferas da Federação como forma de assegurar o seu acesso às pessoas.

Declara que o Código Civil Brasileiro, em seu art. 730, define como contrato de transporte o ato de transportar, mediante remuneração, pessoas ou bens, de um lugar para outro. A ECT promove, como indicado em sua manifestação, nos termos do art. 9º da Lei nº 6.538/78, a coleta, o transporte e a entrega de objetos. Noutros

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

termos, executa serviço de transporte oneroso que poderá estar agasalhado ou não pela exclusividade de exploração.

Argumenta que o *modus operandi* da ECT deixa claro que a empresa age nas duas instâncias, ora atendendo o disciplinado no art. 7º da Lei nº 6.538/78, ora se permitindo alastrar em áreas comuns à da atividade privada.

Diz que fica caracterizado o momento e a situação em que se solidifica a imunidade recíproca, ou seja, não haverá ocorrência de exigibilidade de impostos nas atividades da ECT que estejam inseridas como sendo de sua exclusiva competência. Nos demais casos a ECT se submete aos ditames normativos como qualquer outro contribuinte.

Transcreve o art. 173 da CF/88 e diz que é aplicável, portanto, a exclusão determinada pelo § 3º do art. 150, quando a atividade for comum à da iniciativa privada.

Alega que quanto à competência da manutenção do serviço postal e do correio aéreo nacional, bem como atento à competência legislativa plena da União sobre a matéria, fica esclarecido e resolvido que a ECT, quando agindo dentro do monopólio estatal, está acobertada pela imunidade recíproca.

Salienta que o art. 9º da Lei nº 6.538/78, diversamente do afirmado pelo Impugnante, delinea expressamente o monopólio como sendo a coleta, transporte e entrega de carta, de cartão-resposta e de correspondência-agrupada.

Argui que nos termos do art. 47 da Lei nº 6.538/78, os objetos com ou sem valor mercantil, para encaminhamento por via postal, são definidos como encomendas. Logo, se no universo dos objetos listados como atingidos pelo monopólio não se incluem as encomendas; se o princípio da legalidade é um preceito que a ECT é obrigada a respeitar em escala muito superior do que o particular; se a norma que regula o ICMS em qualquer Unidade da Federação determina a obrigatoriedade de acompanhamento de bens ou mercadorias por documento fiscal.

Diz que é descabida a alegação do Impugnante sobre a inoportunidade do fato gerador do imposto ao afirmar que houve apenas circulação física do bem e que a ECT realizou mero serviço postal, haja vista que o transporte de bens ou mercadorias obrigatoriamente deveria estar acompanhado do documento fiscal próprio para a operação.

Ressalta que é equivocada a posição adotada pelo Impugnante ao que se refere ao Protocolo ICMS 23/88, que além de intitulá-lo erroneamente de convênio, 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 15/95, onde Minas Gerais é um dos signatários, que desenha as rotinas de controle e fiscalização de mercadorias junto à ECT.

Argumenta que a afirmação de violação de sigilo alegado pelo Impugnante e a possibilidade de responsabilização dos servidores estaduais não procedem, haja vista a competência legal atribuída aos Agentes do Fisco nos termos dos artigos 194 e 195 do

CTN, mormente quando é patente o descumprimento da legislação tributária como no caso do Impugnante.

Cita que o Impugnante ao afirmar que o Fisco deveria exigir o tributo do remetente ou do destinatário e que ela não poderia ser autuada demonstra a falta de desconhecimento da norma básica afeita ao exercício de seu negócio. A norma tributária impõe uma extensão da subjetividade passiva em razão da proteção do tributo devido. Todos aqueles envolvidos no fato que deu origem à obrigação tributária (remetente, transportador e em alguns casos o destinatário) têm responsabilidade em relação ao crédito tributário exigível. Nas situações onde ocorre a falta de documento fiscal para a mercadoria transportada, o elemento subjetivo do polo passivo da obrigação nasce plúrimo.

Diz que quanto ao alegado vício formal atingindo a multa isolada, carece de razão o Impugnante haja vista que a penalidade aplicada decorre do preceituado na Lei nº 6.763/75, ou seja, onde para valores de base de cálculo inferiores a 500 UFEMG a multa mínima será de 500 UFEMG, resta descabida a alegação de confisco, mormente pela adequação doutrinária do quantum da multa aplicada.

Pede que seja julgado procedente o lançamento.

DECISÃO

Cuida o presente contencioso sobre o transporte desacobertado de documentação fiscal das mercadorias encontrada nas dependências da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT (Centro de Tratamento de Encomendas – Anel Rodoviário km 21,5 – Bairro Universitário – Belo Horizonte/MG). O valor base de cálculo do imposto foi obtido através do formulário de pedido que acompanhava a encomenda.

Segundo o art. 1º, inc. I da Parte Geral do RICMS/02:

Art. 1º - O Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) incide sobre:

I - a operação relativa à circulação de mercadoria, inclusive o fornecimento de alimentação ou de bebida em bar, restaurante ou estabelecimento similar;

A obrigatoriedade de que o transporte de mercadorias se dê acobertado por documento fiscal está prevista na legislação abaixo transcrita:

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 e a prestação de serviços de transporte e comunicação

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

serão obrigatoriamente acobertadas por documento fiscal, na forma definida em regulamento.

RICMS/02 - Parte Geral

Art. 130 - Para acobertar as operações ou as prestações que realizar, o contribuinte do imposto utilizará, conforme o caso, os seguintes documentos fiscais:

I - Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A;

(...)

Art. 148 - O transportador não poderá aceitar despacho ou efetuar o transporte sem que, com relação à operação de circulação de mercadoria e à prestação do serviço, tenham sido emitidos os documentos fiscais próprios.

RICMS/02 - ANEXO V

Art. 12 - A nota fiscal será emitida:

I - antes de iniciada a saída da mercadoria;

A ECT alega que o Estado de Minas Gerais não pode dela exigir ICMS, por gozar de imunidade tributária, amparada pelo preceito constitucional que trata da imunidade recíproca entre as esferas governamentais, conforme estatuído na CF/88, art. 150, inc.VI, alínea "a".

Contudo, quanto aos argumentos de que o Fisco estaria descumprindo princípios constitucionais, cumpre informar que não são discutidos neste órgão administrativo, em razão das disposições contidas na Lei nº 6.763/75, art. 182 e no RPTA/MG (Dec. nº 44.747/08), art. 110, inc. I, de igual teor, que estabelecem que não se incluem na competência do órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo.

Ainda assim, cumpre esclarecer que, quanto à regra do art. 150, inc. VI, da CF/88, evocado pelo Impugnante, a chamada imunidade recíproca não se aplica à Empresa Pública que realiza atividade econômica, conforme está claro no disposto no § 3º do mesmo artigo:

CF/88

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

VI - instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

(...)

§ 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Igualmente, o § 2º, do art. 173 da Constituição da República, a seguir transcrito, também 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.

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

Porém, o que se pretende neste Processo Tributário Administrativo não é tributar o serviço de transporte efetuado pelo Impugnante. O crédito tributário objeto deste PTA relaciona-se à operação de circulação de mercadorias promovida pelo Autuado, desacompanhada de documento fiscal e sem pagamento do tributo devido na forma e prazo previstos na legislação.

Sendo incontroverso que a operação ocorreu desacompanhada de documentação fiscal, e que o imposto devido não foi pago dentro do prazo estabelecido pelo art. 89, inc. I da Parte Geral do RICMS/02, evidencia-se a responsabilidade do Coobrigado, nos termos do art. 21, inc. IX, alínea "a" da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

RICMS/02 - PARTE GERAL

Art. 89 - Considera-se esgotado o prazo para recolhimento do imposto, inclusive o devido a título de substituição tributária, relativamente à operação com mercadoria cuja saída, entrega, transporte ou manutenção em estoque ocorra:

I - sem documento fiscal, ou quando este não for exibido no momento da ação fiscalizadora, exceto se o sujeito passivo, ou terceiro interessado, provar inequivocamente que existia documento hábil antes da ação fiscal;

Lei nº 6.763/75

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;

Legítimas, portanto, as exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada na Lei nº 6.763/75, art. 55, inc. II, nos termos do § 1º do mesmo dispositivo, *in verbis*:

Art. 55 - As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

II - por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, recebê-la, tê-la em estoque ou depósito desacompanhada de documento fiscal, salvo na hipótese do art. 40 desta Lei - 40% (quarenta por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 20% (vinte por cento) nos seguintes casos:

(...)

§ 1º - A prática de qualquer das infrações previstas neste artigo ensejará aplicação das penalidades nele estabelecidas em valor nunca inferior a 500 (quinhentas) UFEMGs.

Nesse mesmo sentido já decidiu este Conselho de Contribuintes quando apreciou matéria semelhante, como pode ser visto nos Acórdãos nºs 18.524/07/1ª, 18.939/08/1ª, 18.220/09/2ª, 18.364/09/2ª e 18.543/09/2ª.

Dessa forma, estando presentes no Auto de Infração todos os requisitos e pressupostos necessários a produzir os efeitos que lhes são próprios e como o Impugnante não trouxe nenhum argumento ou fato que acarretasse sua modificação ou anulação, conclui-se pela correção das exigências fiscais.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Sauro Henrique de Almeida (Revisor) e Luiz Fernando Castro Trópia.

Sala das Sessões, 21 de janeiro de 2010.

Roberto Nogueira Lima
Presidente

René de Oliveira e Sousa Júnior
Relator