

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.003/10/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 02.000214978-73
Impugnação: 40.010127035-59 (Coob.)
Impugnante: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (Coob.)
IE: 062014462.00-13
Autuado: Banco Santander Brasil S/A
CNPJ: 61.472676/0001-72
Proc. S. Passivo: Deophanes Araújo Soares Filho/Outro(s) (Coob.)
Origem: DFT/Belo Horizonte

EMENTA

MERCADORIA – TRANSPORTE DESACOBERTADO DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL. Constatado o transporte de mercadorias desacobertas de documentação fiscal e sem comprovação de pagamento do imposto devido. Irregularidade apurada conforme contagem física de mercadorias efetuada no local da autuação. Legítimas as exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75. Razões de defesa incapazes de elidir o trabalho fiscal. Lançamento procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

Da autuação

A presente autuação versa sobre a constatação de transporte de mercadorias (mais especificamente, quinze aparelhos celulares “Nokia 3120 Classic”) desacobertas de documentação fiscal, razão pela qual exige-se ICMS, Multa de Revalidação, capitulada no art. 56, inciso II, § 2º da Lei nº. 6.763/75 e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II da mesma lei.

O processo encontra-se devidamente instruído, dele constando, dentre outros:

- Auto de Infração e respectivo Demonstrativo de Correção Monetária e Multas – DCMM (fls. 02/04);
- Intimação dirigida ao Autuado e ao Coobrigado, referente ao Termo de Retenção nº 09/0648 (fls. 05/08);
- comprovante da pesquisa de preços da mercadoria objeto da autuação, efetuada na *internet* (fls. 09/10);
- Auto de Apreensão e Depósito – AAD nº 003265 (fls. 17).

Da Impugnação

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inconformado, o Coobrigado apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, a Impugnação de fls. 24/45, em cujo âmbito aduz, em síntese, o que se segue.

Preliminarmente, argui a nulidade do lançamento tendo em vista que, a seu ver, a Fiscalização não informou o método utilizado para fins de arbitramento da base de cálculo, fato este que violaria os princípios da ampla defesa e do contraditório. Cita, a propósito, decisões deste E. Conselho de Contribuintes.

Em seguida, passa a discorrer acerca da imunidade a que se refere o art. 150, inciso VI, alínea “a” da Constituição da República. Neste sentido, com supedâneo em excertos doutrinários e manifestações jurisprudenciais, notadamente do E. Supremo Tribunal Federal, assevera estar alcançado por tal hipótese de não incidência tributária, haja vista o seu mister institucional concernente na prestação de serviço postal. Em reforço ao seu argumento, traz à colação disposições da Constituição da República e da Lei Federal nº. 6.538/78, que dispõem acerca do mencionado serviço.

Propugna ainda pela inaplicabilidade do disposto no § 3º do art. 150 da CR/88, ao entendimento de que é entidade prestadora de serviço público, não se dedicando, portanto, à exploração de atividade econômica.

Em seguida, passa a extremar os conceitos de serviço de transporte e de serviço postal, acentuando as distinções que existem entre ambos, notadamente no que concerne à obrigatoriedade da prestação do serviço postal, fato este que diferencia sua atividade em relação ao serviço de transporte executado por particulares.

Realça que é impossível saber o que está sendo postado, haja vista a necessária observância do sigilo que protege as correspondências e encomendas, sob pena de restar caracterizado ilícito passível de responsabilização. Destarte, entende que o Fisco estadual teria descumprido o estabelecido no Convênio ICMS nº. 23/88 e praticado atos de violação postal, na medida em que os Agentes tiveram acesso aos objetos postais sem a presença do remetente ou do destinatário.

Isto posto, sustenta entendimento no sentido do descabimento de figurar como Coobrigado no feito fiscal e, além disso, insurge-se contra as penalidades aplicadas e contra a apreensão de mercadorias, levada a efeito pelo Fisco.

Ao final, pede que seja desconstituído o lançamento realizado.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco, em bem fundamentada manifestação de fls. 51/63, refuta os argumentos da defesa, aduzindo em síntese o que se segue.

De plano, salienta que é descabida a alegação de que a valoração da base de cálculo se deu de forma aleatória, já que a mercadoria em questão (identificada mediante descrição da sua marca e tipo) teve seu preço apurado por meio de pesquisa ao item específico, não havendo, portanto, qualquer vício no procedimento.

Quanto ao mérito, esclarece que não se está a questionar a imunidade recíproca proclamada pelo STF, mas tão somente a sua extensão no que tange a atividades não qualificadas como serviço postal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Neste diapasão, passa a discorrer acerca do conceito de “serviço público” e suas acepções constitucionais, para, ao final, concluir que as atividades desenvolvidas pela Impugnante não se resumem apenas à prestação de serviço postal, eis que também presta, onerosamente, serviço de transporte de bens e mercadorias, atividade esta idêntica à executada pela iniciativa privada.

Ante tal situação, sustenta que se faz aplicável, portanto, a disposição contida no § 3º do art. 150 da CR/88, uma vez que, quanto aos serviços realizados fora do âmbito do monopólio estatal previsto em Lei, a tributação há de ser a mesma incidente quanto aos empreendimentos particulares.

Refuta, ademais, a alegada violação de sigilo por parte dos servidores estaduais, haja vista a competência funcional atribuída aos agentes do Fisco, nos termos dos arts. 194 e 195 do CTN.

Reitera a correção do procedimento concernente na inclusão da Impugnante no polo passivo da obrigação tributária, fundamentando-se, principalmente, no art. 124 do CTN e art. 21, inciso II, alínea “c” e inciso IX, alínea “a”, ambos da Lei nº. 6.763/75.

Do mesmo modo, contradiz os questionamentos referentes às penalidades aplicadas e, ao final, afirma que o trabalho fiscal não merece reparo à luz da legislação tributária vigente.

DECISÃO

Da Preliminar

No que concerne à preliminar de nulidade arguida pela Impugnante, tem-se que não restou configurada a alegada violação aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, haja vista que o Fisco adotou o preço da mercadoria efetivamente praticado no mercado, tendo ainda demonstrado a forma mediante a qual se apurou o referido valor, conforme está a demonstrar o documento de fls. 09/10 dos autos.

Ademais, o Regulamento do ICMS prevê a possibilidade de contestação dos valores arbitrados com apresentação de documentos que comprovem as alegações, prerrogativa esta não exercida pela Impugnante. Para fins de esclarecimento, transcreve-se abaixo o dispositivo em questão:

Art. 54 - Para o efeito de arbitramento de que trata o artigo anterior, o Fisco adotará os seguintes parâmetros:

(...)

II - o preço corrente da mercadoria, ou de sua similar, ou da prestação, na praça do contribuinte fiscalizado ou no local da autuação;

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 2º - O valor arbitrado pelo Fisco poderá ser contestado pelo contribuinte, mediante exibição de documentos que comprovem suas alegações.

Correto, portanto, o arbitramento procedido pelo Fisco.

Do Mérito

A presente motivação adotou os fundamentos da Manifestação Fiscal com adequações, conforme se segue.

Como visto, a atuação versa sobre o transporte de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal.

Abordando, de início, a discussão acerca do alcance da imunidade recíproca, temos que a Fazenda Pública Estadual, como bem assinalado pelos servidores fiscais atuantes, não se insurgiu contra a decisão do STF que confirmou tal condição. Com efeito, não se questiona que o serviço postal obrigatório e exclusivo, determinado constitucionalmente, amolda-se ao conceito de serviço público.

Ocorre, todavia, que a aludida imunidade restringe-se à prestação de serviço público propriamente dito, no caso em apreço, ao serviço postal. Neste sentido, não obstante a literalidade da disposição contida no art. 150, § 2º da Constituição da República, o fato é que o E. Supremo Tribunal Federal houve por bem estender a norma imunitória também às entidades públicas que, a despeito de possuírem personalidade jurídica de direito privado (tal como a ECT, constituída sob a forma de “empresa pública”), estejam efetivamente desempenhando atividades tipicamente estatais (serviço público).

Nesta perspectiva, foi corretamente destacado em sede de manifestação fiscal que, segundo o STF, a imunidade recíproca beneficia a Impugnante no tocante aos impostos que incidam exclusivamente sobre a prestação de serviço postal. A propósito do tema, a Fiscalização cuidou de esclarecer que a Constituição se refere às duas acepções de serviço público.

No art. 145, inciso II, a expressão “serviços públicos” foi tomada em seu sentido amplo, ou seja, atuação estatal indelegável, remunerada por taxa, excluída aquela passível de exploração econômica. No art. 175, por seu turno, o termo encontra-se referido no sentido restrito, prevendo a prestação de serviços públicos passíveis de exploração econômica pelo Estado e também pela iniciativa privada:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a **prestação de serviços públicos** (grifou-se).

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

III - política tarifária (grifou-se);

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Como bem assinalado pela Fiscalização, a ECT “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. Tanto é assim que, conforme informado no *site* do Ministério das Comunicações, a grade informativa sobre o monopólio estatal assim se afigura:

Qual a abrangência do monopólio postal brasileiro?

Veja no quadro a seguir a abrangência do monopólio postal brasileiro

Lei n.º 6538, de 22 de junho de 1978

Serviços que integram o monopólio

Carta (1), cartão postal (2), correspondência agrupada (3) e telegrama

Serviços que não integram o monopólio

Encomendas de qualquer tipo e os impressos (jornais, revistas, livros, mala direta, etc.)

(1) objeto de correspondência, com ou sem envoltório, sob a forma de comunicação escrita, de natureza administrativa, social, comercial, ou qualquer outra, que contenha informação de interesse específico do destinatário.

(2) objeto de correspondência, de material consistente, sem envoltório, contendo mensagem e endereço.

(3) reunião, em volume, de objetos da mesma ou de diversas naturezas, quando, pelo menos um deles, for sujeito ao

(Fonte: <http://mc.gov.br/serviços-postais/perguntas-frequentes>)

Portanto, 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 Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos que estejam inseridas como sendo de sua exclusiva competência.

De outro modo, nos demais casos, a ECT se submete aos ditames normativos como qualquer outro contribuinte. O art. 173 da Constituição da República determina:

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.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre (grifou-se):

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e **tributários** (grifo nosso); (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

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

§ 3º - A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

Aplicável, portanto, a exclusão determinada pelo § 3º do art. 150, quando a atividade for comum à da iniciativa privada.

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 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.

No que tange às decisões da E. Justiça Federal apresentada, favoráveis à ECT, é de se registrar que existem inúmeras outras onde o posicionamento do juízo federal é diverso e contrário como, por exemplo: processos nºs 2008.38000204823, 2007.38000115926, 2007380001138820. Em outras decisões o juízo federal lançou mão e com propriedade da disposição inserta no § 1º do art. 9º do CTN, *in verbis*:

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

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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, e não as dispensa da prática de atos, previstos em lei, assecuratórios do cumprimento de obrigações tributárias por terceiros.

Ante ao exposto, sensível aos informes 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.

A afirmação da Impugnante de que serviço postal não é serviço de transporte de relevância econômica teria uma adequada construção se assim fosse feita: o serviço postal, considerado como o serviço explorado com exclusividade nos termos do art. 7º da Lei nº 6.538/78 (monopólio), é excluído da tributação por força da imunidade recíproca.

Por outro lado, quanto aos serviços realizados fora do âmbito do monopólio a tributação é comum à aplicada aos empreendimentos particulares. Tanto é assim que o art. 9º da Lei nº 6.538/78, diversamente do afirmado pela Impugnante, delinea expressamente o monopólio como sendo a coleta, transporte e entrega de carta, de cartão-resposta e de correspondência-agrupada.

Art. 9º - São exploradas pela União, em regime de monopólio, as seguintes atividades postais:

I - recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de carta e cartão-postal;

II - recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de correspondência agrupada;

III - fabricação, emissão de selos e de outras fórmulas de franqueamento postal.

§ 1º - Dependem de prévia e expressa autorização de empresa exploradora de serviço postal:

a) - venda de selos e de outras fórmulas de franqueamento postal;

b) - fabricação, importação e utilização de máquinas de franquear correspondência, bem como de matrizes para estampagem de selo ou carimbo postal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 2º - Não se incluem no regime de monopólio:

- a) - transporte de carta ou cartão-postal, efetuado entre dependências da mesma pessoa jurídica, em negócios de sua economia, por meios próprios, sem intermediação comercial;
- b) - transporte e entrega de carta a cartão-postal, executados eventualmente e sem fins lucrativos, na forma definida em regulamento.

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”.

Cumprido registrar, em reforço à argumentação aduzida em sede de manifestação fiscal, que o Egrégio Supremo Tribunal Federal, em sua composição plenária, decidiu por conferir interpretação conforme ao art. 42 da Lei Federal nº. 6.538/78 para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no art. 9º do referido diploma legal.

Neste sentido, nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº. 46, entendeu-se que a prestação exclusiva pela União da atividade postal limita-se ao conceito de carta, cartão-postal e correspondência agrupada, nos termos do art. 9º da mencionada Lei Federal, **não abarcando a distribuição de boletos, jornais, livros, periódicos ou outros tipos de encomendas ou impressos.**

Assim sendo, uma vez superado este ponto, urge enfrentar a discussão concernente à inclusão da Impugnante do polo passivo da relação obrigacional tributária.

Nesta perspectiva, assim dispõe a Lei nº 6.763/75:

Art. 21 - São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

II - os transportadores:

(...)

c) em relação à mercadoria transportada sem documento fiscal, ou com nota fiscal com prazo de validade vencido;

(...)

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;

Resulta evidenciado, destarte, a correção do procedimento fiscal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Do mesmo modo, não procedem as alegações da Impugnante no tocante ao Protocolo ICMS nº 23/88, eis que, como bem salientado pelos servidores autuantes, o Estado de Minas Gerais dele se excluiu desde o dia 4 de outubro de 2001, nos termos do Protocolo ICMS nº 33/01.

Com relação à suposta violação de sigilo, consoante afirmado pela Impugnante, também não merece guarida a tese. A atuação fiscal encontra-se suficientemente respaldada no ordenamento jurídico, notadamente no dispositivos adiante transcritos:

Código Tributário Nacional:

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 nº 6.763/75:

Art. 49 - A fiscalização do imposto compete à Secretaria de Estado de 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 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

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

A Multa Isolada exigida, capitulada no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75, amolda-se perfeitamente ao caso em apreço. Destarte, resulta caracterizada a infração imputada pelo Fisco e, portanto, legítimas as exigências constantes do Auto de Infração.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento. Vencida a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão, que o julgava parcialmente procedente para excluir o Coobrigado. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Carlos Alberto Moreira Alves (Revisor) e René de Oliveira e Sousa Júnior.

Sala das Sessões, 17 de novembro de 2010.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente

Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior
Relator

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	19.003/10/2ª	Rito: Sumário
PTA/AI:	02.000214978-73	
Impugnação:	40.010127035-59 (Coob.)	
Impugnante:	Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (Coob.)	
	IE: 062014462.00-13	
Autuado:	Banco Santander Brasil S/A	
	CNPJ: 61.472676/0001-72	
Proc. S. Passivo:	Deophanes Araújo Soares Filho/Outro(s)(Coob.)	
Origem:	DFT/Belo Horizonte	

Voto proferido pela Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos e centra-se na questão relativa à oposição da Coobrigada no polo passivo da obrigação.

Versa a presente autuação acerca da imputação fiscal de transporte de mercadorias desacompanhadas de documento fiscal, tendo em vista que estas foram encontradas na Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (Coobrigada/Impugnante), desacompanhadas de nota fiscal.

Exigências de ICMS, Multas de Revalidação e Isolada capituladas na Lei n.º 6.763/75, respectivamente, nos arts. 56, inciso II e 55, inciso II.

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

No que tange a questão da imunidade ressaltada pela Impugnante/Coobrigada assisti-lhe razão. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, é pessoa jurídica que faz jus a imunidade tributária, amparada pelo preceito constitucional que trata da imunidade recíproca entre as esferas governamentais, ou seja, veda à União Federal, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios gravarem impostos sobre a renda, serviços e patrimônio uns dos outros, portanto, incabível a cobrança por não poder a Impugnante figurar no pólo passivo da cobrança do ICMS, conforme estatuído no art. 150, inciso VI, alínea "a" da Constituição da República de 1988, *in verbis*:

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

.....

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

VI - instituir impostos sobre:

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

A imunidade configura-se como impossibilidade de incidência, decorrente do próprio texto constitucional. Assim ela atinge o próprio ente público tributante dotado de poder impositivo. Desta forma, ainda que o queira o poder tributante está afastado da possibilidade de tributar. Afigura-se a imunidade como uma limitação ao direito de tributar.

Um vez que a Impugnante é uma Empresa Pública da Administração Indireta Federal, enquadra-se na imunidade prevista no artigo retrotranscrito.

Importante citar a lição do Mestre Geraldo Ataliba, a saber:

“A Constituição distingue as empresas estatais em (b) que prestam serviço público das (a) que exploram atividade econômica. Ficou claro que as do grupo (b) são delegadas da pessoa política (União, Estado e Municípios) titulares do dever-poder de prestar ditos serviços. Seu regime jurídico será sempre o da Administração Direta, regime jurídico-administrativo, com as derrogações que a lei específica de criação de cada entidade estabelecer, atribuindo-lhes regras, mais ou menos extensas, típicas do Direito Privado, na medida da conveniência que o legislador que cria a entidade veja, discricionariamente, no caso. Levam consigo, pois, como instrumento de seu correto desempenho, todos os meios, prerrogativas e potestades inerentes ao serviço público. Estas emanam da constituição e nem a lei pode afastar sua presença”

.....
“No caso das entidades do tipo exploradoras de atividade econômica, aplica-se o art. 173, com suas exigências: criação só em caráter excepcional; igualdades, relativamente às empresas privadas (§1º); proibição de privilégio e favorecimento (§2º). Igualdade quase absoluta com as entidades criadas pelos particulares, para a “exploração de atividade econômica”. É que, nesse caso, exploração de atividade econômica, o princípio informador da postura constitucional é a livre concorrência (art. 170, IV), decorrente da livre iniciativa, que supõe a prevalência da lei de mercado”.

Também se destacam os ensinamentos do doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello, sobre o real enquadramento da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos como prestadora de serviço público:

“Assim, ao mencionar “exploração de atividade econômica”, o legislador do Executivo Federal não pode ter tido em mira o contraditório entre “serviço público”

e “exploração de atividade econômica” que é dissertação estritamente jurídica e, portanto, demasiado sutil para a percepção dos tecnoburocratas que dantes engendravam os decretos-leis e hoje fabricam “medidas provisórias”. Aliás, se tivessem tal esclarecimento, as expressões sub examine deporiam ainda muito mais gravemente contra eles, visto que, então como hoje, existiam e existem inúmeras e importantíssimas empresas públicas (como a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, por exemplo, que coordena todo este setor no País), as quais são prestadoras de serviços públicos, como resulta diretamente da Constituição”

Assim conclui-se que o serviço público é a atividade constitucionalmente ordenada, própria do Estado, bem ao contrário da exploração econômica, própria do setor privado.

Nesta linha, importante explicitar os termos contidos na Constituição Federal de 1988, dentro do Título III (Da Organização do Estado), Capítulo II (Da União), *in verbis*:

“Artigo 21 - Compete a União:

.....
X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional;

.....
XI - explorar, diretamente ou mediante concessão a empresa sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos, de transmissão de comunicações, assegurada a prestação de serviços de informações a entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União.”

Cumprindo o mandamento constitucional temos a Lei n.º 6.538/78, que dispõe sobre o serviço postal, estabelecendo:

“Artigo 2º - O serviço postal e o serviço de telegrama são explorados pela União, através de empresa pública vinculada ao Ministério das Comunicações.

.....
Artigo 4º - É reconhecido a todos o direito de haver a prestação do serviço postal e do serviço de telegrama. Observado as disposições legais e regulamentares.”

Pelos dispositivos retro transcritos configura-se, pois que a União é a responsável, através de empresa pública, pela exploração dos serviços postal e de telegrama.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Cabe ressaltar que, por ser da iniciativa privada o desenvolvimento de atividades econômicas, o Estado somente poderá atuar nessa área quando houver relevante interesse público ou por imperativos de segurança nacional de conformidade com as disposições constantes do art. 173 da Constituição Federal de 1988.

O que designa serviço público é a atividade, que, pela ordenação constitucional, é própria do Estado, diversamente da exploração de atividade econômica, que é própria do setor privado.

Mais uma vez toma-se os dizeres do Mestre Geraldo Ataliba, que assim leciona:

“A esse respeito, acresça-se que, desde a Constituição de 1891 que se atribui à União o poder-dever ou o dever-poder de manter o serviço postal e o correio aéreo nacional, porque interessa a toda a coletividade. O fundamento e a razão de ser da instituição do serviço (público) postal é, pois, a necessidade de preservar direitos e garantias fundamentais assegurados na própria Constituição, como bem ressalta RUI CIRNE LIMA.” (Princípios de Direito Administrativo, RT. 5ª ed., p. 82)

A própria Constituição (desde a de 1891) qualificou o serviço postal, como serviço público, dado que essa atividade é, na correta interpretação constitucional, um dever do Estado em face de toda a população brasileira.

Lembre-se que o legislador constitucional assim o fez, visando assegurar o direito de todos à utilização do serviço de postagem e o segredo, inserido no capítulo dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, inciso XII da Constituição Federal de 1988).

Ainda buscando as normas constitucionais, encontra-se o art. 22, inciso V da Constituição Federal de 1988, que estabelece caber à União Federal, de forma privativa, legislar, entre outras matérias, sobre o serviço postal.

Por ser de estrita competência, a Lei n.º 6.538/78, define o serviço postal e de telegrama:

“Artigo 7º - Constitui serviço postal o recebimento, expedição, transporte e entrega de objetos de correspondência, valores e encomendas definido em regulamento.

§ 1º - São objetos de correspondência.

I- carta;

II - cartão-postal;

III - impresso;

IV - cecograma;

V - pequena encomenda.

§ 2º - Constitui serviço postal relativo a valores:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I - remessa de dinheiro através de carta com valor postal;

II - remessa de ordem de pagamento por meio de vale postal;

III - recebimento de tributos, prestações, contribuições e obrigações pagáveis à vista, por via postal.

§ 3º - Constitui serviço postal relativo a encomendas a remessa e entrega de objetos, com ou sem valor mercantil, por via postal.

.....
Artigo 25 - Constitui serviço de telegrama o recebimento, transmissão e entrega de mensagens escritas, conforme definido em regulamento."

Citada Lei fixa o monopólio de serviços postais e telegráficos, como:

"Artigo 9º - São explorados pela União, em regime de monopólio, as seguintes atividades postais:

I - recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior de carta e cartão-postal;

II - recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de correspondência agrupada;

III - fabricação, emissão de selos e de outras fórmulas de franqueamento postal.

.....
Artigo 27 - O serviço público de telegrama é explorado pela União em regime de monopólio."

Os arts. 8º e 26 da Lei n.º 6.538/78, definem, inclusive, o que vem a ser atividades correlatas ao serviço postal, *in verbis*:

"Artigo 8º - São atividades correlatas ao serviço postal:

I - venda de selos, peças filatélicas, cupons-resposta internacionais, impressos e papéis para correspondência;

II - venda de publicações divulgando regulamentos, tarifas, listas do Código de endereçamento e outros assuntos referentes ao serviço postal;

III - exploração de publicidade comercial em objetos de correspondência.

.....
Artigo 26 - São atividades correlatas ao de telegrama:

I - venda de publicações divulgando regulamento, normas e tarifas, e outros referentes ao serviço de telegrama;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II - exploração de publicidade comercial em formulários de telegrama.”

Os serviços de recebimento, expedição, transporte e entrega de valores e encomendas, exercidos pela União, através da Impugnante, por força do estabelecido no art. 9º da Lei n.º 6.538/78, não estão compreendidas no regime de monopólio, pelo que podem ser prestados por particulares.

Mas, pela interpretação do art. 21, inciso X da Constituição Federal de 1988 é forçoso frisar que cabe à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos o recebimento, expedição, transporte e entrega de valores e encomendas postais, visto o preceituado no art. 7º da Lei n.º 6.538/78.

Pelo exposto, os serviços de encomendas e valores são serviços públicos.

Com a edição do Decreto-Lei n.º 200/67, a Administração Federal implantou em seu bojo um processo seletivo de descentralização, tendo como objetivo uma maior celeridade no desempenho das funções de seus órgãos.

Para cumprir o proposto pelo Decreto-Lei n.º 200/67, principalmente no previsto em seu art. 4º, inciso II, foram criadas autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista.

Neste diapasão, a natureza jurídica da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é de empresa pública.

Empresa pública, segundo o Decreto-Lei n.º 200/67, alterado posteriormente pelo Decreto/Lei n.º 509/69, é *“a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para a exploração de atividade econômica administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas de direito.”*

Nos termos do preceituado no Decreto-Lei n.º 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 n.º 509/69, tendo como objetivo a exploração dos serviços de postagem, em nome da União Federal e em regime de monopólio.

Como consequência, nos termos do art. 6º, §§ 1º, 3º e 4º do Decreto-Lei n.º 509/69, o capital da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é constituído pela União Federal, inclusive bens móveis, imóveis, valores, direitos, podendo, ainda, este capital ser aumentado pelo Poder Executivo, através de recursos com origem orçamentária.

Por todo o exposto, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é imune ao ICMS, conforme art. 150 da Constituição Federal de 1988, por ser prestadora de serviços públicos, por delegação da União Federal.

Desta forma, e dada a vinculação dos serviços destacada na peça de defesa uma vez que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos não pode se negar a atender a demanda, não se aplica a equiparação indiscriminada da Impugnante àquelas entidades que desenvolvem atividade econômica, pois esta presta serviço público.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Frisamos neste momento a decisão, prolatada em 02 de setembro de 1998, quando o Tribunal Regional Federal da 1ª Região reconheceu a validade e aplicabilidade do Decreto Lei n.º 509/69, e confirma sua recepção pela atual Carta Magna, sendo oportuna a transcrição da ementa conforme se segue:

“EMENTA – PROCESSUAL TRABALHISTA EMPRESA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS, IMPENHORABILIDADE DOS BENS. DECRETO-LEI 509/69. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

1. O DECRETO-LEI 509/69 (SIC) FOI RECEPCIONADO PELA ATUAL CONSTITUIÇÃO POIS ESTA ESTABELECEU QUE O SERVIÇO POSTAL É MONOPÓLIO DA UNIÃO (INCISO X DO ART. 21). ASSIM, É PLENAMENTE APLICÁVEL A REGRA DA ART. 12 DO MENCIONADO DECRETO-LEI.

2. AGRAVO PROVIDO.”

TEM RAZÃO O AGRAVANTE. O ART. 10 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, EM SEU INCISO X, DETERMINA COMPETIR À UNIÃO A MANUTENÇÃO DO SERVIÇO POSTAL E DO CORREIO AÉREO NACIONAL. O SERVIÇO REALIZADO PELA EMPRESA AGRAVANTE CONSTITUI, ASSIM, MONOPÓLIO DA UNIÃO FEDERAL, DE SORTE QUE TORNA-SE INAPLICÁVEL À EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS A REGRA ESTABELECIDA NO § 1º DO ART. 173 DA CARTA MAGNA.”

É importante lembrar ainda que a atividade desenvolvida pela Impugnante/Coobrigada não pode ser confundida com serviço de transporte executado por particulares, pois para estes existe a livre concorrência enquanto que para ela há obrigação legal de oferecer e garantir o serviço postal a todos os cidadãos brasileiros ao preço definido por órgãos do Governo Federal.

Ademais inexistente legislação estadual de regência do ICMS qualquer referência ao Serviço Postal como fato gerador de ICMS, e, por conseguinte, a obrigação acessória que gerou a penalidade seria de todo indevida, já que não estaria obrigada a exigir nota fiscal.

Por derradeiro, destaque-se que o Supremo Tribunal Federal já apreciou a tese de imunidade da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. É bem certo que tal decisão dizia respeito ao IPVA e não ao ICMS. Entretanto, a tese da imunidade é a mesma e demonstra uma orientação jurisprudencial sobre o tema. Trata-se da decisão na Ação Cível Originária – ACO 765.

Diante disso, julgo parcialmente procedente o lançamento para excluir a Coobrigada (Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos) do polo passivo da obrigação.

Sala das Sessões, 17 de novembro de 2010.

**Luciana Mundim de Mattos Paixão
Conselheira**