

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.478/10/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 02.000214582-74
Impugnação: 40.010125341-96 (Coob.)
Impugnante: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (Coob.)
IE: 062014462.00-13
Autuado: Edna Aparecida de Oliveira Basílio
IE: 482130412.00-79
Proc. S. Passivo: Deophanes Araújo Soares Filho/Outro(s)(Coob.)
Origem: DFT/Belo Horizonte

EMENTA

MERCADORIA - TRANSPORTE DESACOBERTADO. 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, majorada pela reincidência prevista no art. 53, §§ 6º e 7º da citada lei. Razões de defesa incapazes de elidir o trabalho fiscal. Lançamento procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre o transporte de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, conforme Anexo ao Auto de Apreensão e Depósito – AAD nº 003218, fls. 11. Irregularidade apurada no estabelecimento da Coobrigada/Impugnante.

Exige-se ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada, capitulada no inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75, majorada em 50% (cinquenta por cento) pela reincidência prevista no art. 53, §§ 6º e 7º da citada lei.

Inconformada, a Coobrigada apresenta, tempestivamente, através de seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 20/39, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 44/55.

DECISÃO

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

A autuação versa sobre o transporte de mercadorias desacobertas de documentação fiscal.

A Impugnante alega estar alcançada pela imunidade recíproca esculpida na Constituição da República. Ora, a Fazenda Pública Estadual não se insurgiu contra a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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”.

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

O preclaro entendimento do STF se baseia na consciência de que a empresa pública prestando serviço público não estaria alcançada pelas limitações delineadas no art. 173 da Constituição da República. Naquelas decisões o STF deixa claro que as empresas públicas prestadoras de serviço público diferem das que exercem atividade econômica.

Tomando a evolução doutrinária como lastro, 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.

O sentido estrito, por próprio, vem sendo absorvido e se presta a esclarecer a questão central da discussão inserta neste PTA.

A Constituição se refere às duas acepções de serviço público. No art. 145, inciso II, a expressão “serviços públicos” afigura-se na conceituação em seu sentido amplo, ou seja, atuação estatal indelegável, remunerada por taxa, excluída aquela passível de exploração econômica. No art. 175 (Capítulo da Ordem Econômica) o termo está no sentido restrito, prevendo a prestação de serviços públicos passíveis de exploração econômica pelo Estado e também pela iniciativa privada. No parágrafo único deste artigo está definido inclusive que será a lei que determinará a política tarifária.

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** (grifo nosso).

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;

III - **política tarifária** (grifo nosso);

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

A ECT é uma empresa pública e está vinculada ao Ministério das Comunicações (art. 2º da Lei nº 6538/78, art. 2º do Decreto-lei nº 509/69 e art. 1º do Decreto nº 83726/79). Desta sorte, os serviços prestados pela empresa estão alcançados pela regulação estatal e, via de consequência, pelos princípios estatuídos no art. 37 da Constituição da República.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...).

Ressalte-se que a defesa do bem público “tributo”, independentemente de qualquer outra interpretação que possa dar o intérprete à norma tributária, é obrigação do Poder Público.

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 6538/78, a coleta, o transporte e a entrega de objetos.

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

O *modus operandi* da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos deixa claro que a empresa age nas duas instâncias, ora atendendo o disciplinado no art. 7º da Lei nº 6538/78, 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 monopólio postal, remetidos a pessoas jurídicas de direito público ou privado e/ou suas agências, filiais ou representantes.

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 (grifo nosso):

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 à decisão da 27ª Vara Federal apresentada e favorável à ECT, 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:

(...)

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, assecutorios 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 6538/78 (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 6538/78, 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;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

§ 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 6538/78, 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; restou ao Fisco, quando da lavratura do Auto de Infração, constatando que o transporte da encomenda SO 222372636 BR se fez desacompanhado de documentação fiscal, por imposição legal, exigir o crédito tributário ora em discussão.

A Impugnante, nominada no Auto de Infração de Coobrigada, tem a sua responsabilidade tributária expressa no inciso IX do art. 21 da Lei nº 6763/75, tergiversa ao afirmar que o Fisco estaria tributando o serviço postal por não se constituir em fato gerador do ICMS.

Na realidade, a exigência fiscal está consubstanciada no descumprimento da obrigação legal, que atinge tanto o Poder Público quanto o particular, de documentar regularmente a movimentação de bens ou mercadorias. O negócio jurídico havido entre o remetente e o destinatário, consubstanciado pela saída havida e informada na encomenda transportada pela ECT, foi realizado sem a emissão de documento fiscal exigido para a operação.

A ECT, transportadora, realizou o transporte do objeto da operação sem documentação fiscal.

Assim, o Fisco ao interceptar a operação irregular exige o crédito tributário decorrente da ilicitude de todos os sujeitos passivos solidários – contribuinte e responsável.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A responsabilidade tributária da ECT, como dito, está expressa na Lei 6763/75, nos seguintes termos:

Art. 21 - São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

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

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

Também não assiste razão à Impugnante na posição adotada em relação ao Protocolo ICMS nº 23/88 ao deduzir que tal instrumento a estaria excluindo da responsabilidade de respeitar a lei.

Importante ressaltar que o Estado de Minas Gerais não é mais signatário deste Protocolo desde outubro de 2001. Em vigor se encontra o Protocolo ICMS nº 15/95, onde Minas Gerais é um dos signatários, que desenha, sem descer a minúcias, as rotinas de controle e fiscalização de mercadorias junto à ECT. Ressalte-se que Minas Gerais vem cumprindo aquelas determinações.

A afirmação de violação de sigilo alegada pela Impugnante e a possibilidade de responsabilização dos servidores estaduais são equivocadas, haja vista a competência atribuída por lei aos agentes do Fisco nos termos dos arts. 194 e 195 do CTN, mormente quando é patente o descumprimento da legislação tributária como no caso da Impugnante.

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. (grifo nosso)

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 exibí-los.

A Lei nº 6763/75 preceitua:

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 exibí-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 de Fazenda, por intermédio dos seus funcionários fiscais e, supletivamente, em relação às taxas judiciárias, à autoridade judiciária expressamente nomeada em lei.

A Impugnante ao afirmar que o Fisco deveria exigir o tributo do remetente ou do destinatário e que ela não poderia estar na condição de Autuada demonstra a falta de conhecimento 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.

Neste diapasão a norma tributária elege como sujeitos passivos solidários da obrigação tributária tanto o contribuinte quanto o responsável, sem benefício de ordem. Os sujeitos passivos integram o polo passivo sem hierarquia, ou seja, são obrigados solidários.

Assim, no Auto de Infração sob análise foram eleitos dois sujeitos passivos denominados, atecnicamente, de Autuado e Coobrigado, respectivamente, Edna Aparecida de Oliveira Basílio e a ECT.

A Autuada é a contribuinte, pois realizou o fato gerador da obrigação tributária, qual seja, deu saída na mercadoria (sem nota fiscal). A ECT é a responsável solidária por força expressa de disposição de lei, art. 21, inciso IX da Lei nº 6763/75, acima citada, em obediência aos estritos termos do art. 121, § único, inciso II do CTN que prescreve:

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei. (g.n)

Equivocadamente, anulando todo o sistema jurídico nacional, a Impugnante afirma que na lei postal não existe a hipótese de se recusar a postagem de objeto desacompanhado de documento fiscal. A cartilha que busca se socorrer a Impugnante

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(Lei nº 6538/78) é lei ordinária federal e na sua interpretação deve a Impugnante obrigatoriamente respeitar o sistema legal como um todo. Não é premissa do Estado Democrático de Direito permitir a realização da função legislativa para atender este ou aquele desejo individual, pois, na concepção regulatória, a lei evoca uma realidade social, por isso mesmo, representativa de uma vontade senão geral ao menos coletiva.

Em outras palavras, é vedado conspirar contra a ordem estabelecida e contra o conjunto das leis só porque é possível uma interpretação restritiva em favor de um, quando a consciência mediana da legalidade e a razoabilidade do ordenamento demonstram quão é distorcida a aplicação casuística do texto legal, que pode, em vez de trazer segurança, estabelecer um caos insuperável.

Desta feita, no cumprimento de seu dever legal, o Fisco agiu e age corretamente ao buscar a regularidade das operações realizadas por intermédio da ECT. Caluniosa, portanto, a afirmação da Impugnante quanto à violação de objetos postais pelos servidores fazendários. O dispositivo constitucional veda a violação de correspondência, espécie de objeto postal, e, como visto, as encomendas não são consideradas correspondências.

As interrogações apresentadas pela Impugnante têm a resposta no ordenamento legal, conforme foram pormenorizadas na manifestação fiscal.

No que concerne ao parâmetro adotado para o arbitramento do valor das mercadorias, o Fisco informa que adotou os preços das mercadorias coletados nos Pedidos nºs 894 e 895, da própria Autuada, fls. 4/5 do Auto de Infração.

Depreende-se que o valor arbitrado apresenta-se perfeitamente coerente com o preço praticado no mercado.

Ademais, o Regulamento do ICMS prevê a possibilidade de contestação dos valores arbitrados, com apresentação de documentos que comprovem as alegações, o que não foi feito pelos Sujeitos Passivos:

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;

(...)

§ 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.

A Multa Isolada exigida está capitulada na Lei nº 6.763/75, no art. 55, inciso II c/c o § 1º e em consonância com a imputação fiscal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A citada penalidade isolada foi majorada tendo em vista a reincidência prevista no art. 53, §§ 6º e 7º da Lei nº 6.763/75, apurada para os 2 (dois) Sujeitos Passivos, conforme documentos de fls. 59/60.

Ressalta-se que não há cumulação de multas no caso presente vez que a multa de revalidação é devida em razão do descumprimento da obrigação principal e a multa isolada por descumprimento da obrigação acessória.

Sobre a questão dos juros, improcedente a tese de defesa porque a legislação mineira prevê a sua incidência conforme art. 226 da Lei nº 6763/75.

Em relação ao assunto supra, e como subsídio, reporta-se à lição de Sacha Calmon Navarro Coêlho que, em sua obra *Infrações Tributárias e suas Sanções* leciona:

Adicionalmente (os juros de mora) cumprem papel de assinalada importância como fator dissuasório de inadimplência fiscal, por isso que, em época de crise ou mesmo fora dela, no mercado de dinheiro busca-se o capital onde for mais barato. O custo da inadimplência fiscal deve, por isso, ser pesado, dissuasório, pela cumulação da multa, correção monetária e dos juros. (Editora Resenha Tributária, p. 77).

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 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, pelo voto de qualidade, em julgar procedente o lançamento. Vencidos os Conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão (Revisora) e Edécio José Cançado Ferreira, que o julgavam parcialmente procedente para excluir o Coobrigado (Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos) do polo passivo da obrigação tributária. Participou do julgamento, além do signatário e dos Conselheiros vencidos, o Conselheiro Ricardo Wagner Lucas Cardoso.

Sala das Sessões, 15 de janeiro de 2010.

Mauro Heleno Galvão
Presidente/Relator

MHG/EJ

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.478/10/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 02.000214582-74
Impugnação: 40.010125341-96 (Coob.)
Impugnante: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (Coob.)
IE: 062014462.00-13
Autuado: Edna Aparecida de Oliveira Basílio
IE: 482130412.00-79
Proc. S. Passivo: Deophanes Araújo Soares Filho/Outro(s)(Coob.)
Origem: DFT/Belo Horizonte

Voto proferido pelo Conselheiro 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.

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), conforme Auto de Apreensão e Depósito – AAD nº 003218 de fl. 11, 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.

Destaque-se que a penalidade isolada foi majorada nos termos do art. 53, §§ 6º e 7º da já citada Lei n.º 6.763/75, em virtude da constatação de reincidência.

Partimos pois para a análise do mérito nos atendo aos fatos e fundamentos que destoam da decisão majoritária.

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,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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:

.....
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”.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

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;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

III - impresso;

IV - cecograma;

V - pequena encomenda.

§ 2º - Constitui serviço postal relativo a valores:

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 filatéticas, 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.

.....

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Artigo 26 - São atividades correlatas ao de telegrama:

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

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.”*

Na realidade a empresa pública poderá desempenhar duas atividades distintas, ou seja, explorar uma atividade econômica, ou, então, prestar um serviço público, como é o caso da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

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 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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, 15 de janeiro de 2010.

**Luciana Mundim de Mattos Paixão
Conselheira**

CC/MG