

PROCESSO - A. I. Nº 279468.0051/06-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
RECORRIDOS - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSO DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0137-03/07
ORIGEM
INTERNET - IFMT – DAT/METRO
- 26/02/2008

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0007-12/08

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. **a)** DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES LANÇADOS NO REGISTRO DE SAÍDAS E NA CONTABILIDADE. Imputação subsistente. **b)** VENDAS DE PRODUTOS DE FILATELIA, EMBALAGEM PRÓPRIA E PRODUTOS PRÉ-FABRICADOS. REGISTROS DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Restou comprovado que parte dos produtos comercializados pela ECT são mercadorias necessárias à consecução dos serviços postais, portanto não tributáveis. Infração parcialmente subsistente. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** ENERGIA ELÉTRICA. **b)** SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. É ilegítima a utilização de crédito fiscal relativo à energia elétrica consumida por estabelecimento prestador de serviço postal, assim como de serviço de comunicação. Infração comprovada. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício e Voluntário apresentado contra a Decisão da 3ª JJF nº 0137-03/07 que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 18/12/2006 para exigência de ICMS, no valor total de R\$572.269,99, com aplicação da multa de 60%, pelas seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1: Recolheu a menos o ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Consta na descrição dos fatos que o imposto foi exigido em razão da diferença apurada entre os valores escriturados no balancete e o declarado na escrita fiscal (DAICMS), nos meses de janeiro e dezembro de 2001. Total do débito: R\$522,14.

INFRAÇÃO 2: Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Consta na descrição dos fatos que a empresa deixou de recolher o ICMS proveniente de vendas escrituradas no balancete de produtos de filatelia, embalagem própria (selo de segurança), produtos pré- fabricados e diversos produtos. Total do débito: R\$566.347,36.

INFRAÇÃO 3: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de Serviço de Comunicação, utilizado na comercialização de mercadorias, bem como, na prestação de serviços postais. Total do débito: R\$4.333,33.

INFRAÇÃO 4: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica, na comercialização de mercadorias, bem como, nas prestações de serviços postais. Total do débito: R\$1.067,16.

Inconformado, o autuado apresenta peça impugnatória ao lançamento de ofício (fls. 65/ 80), inicialmente, discorrendo sobre as infrações imputadas. Argumenta que a apuração é feita mensalmente, e informada ao Estado da Bahia através de DAICMS (Demonstrativo de Apuração

do ICMS), encaminhado eletronicamente até o dia 07 de cada mês e que o recolhimento ocorre sempre no dia 09 de cada mês, devendo ser antecipado o recolhimento caso o dia 09 não seja dia útil. Aduz que em alguns casos, poderá ocorrer uma retificação (implicando em retransmissão do arquivo encaminhado eletronicamente) do DAICMS, e o consequente pagamento complementar de Apuração de ICMS do mesmo período, e o pagamento complementar, o que pode ocorrer após o dia 09 de cada mês, sempre é acrescido de despesas financeiras (juros e multas de pagamento em atraso). Entende que, em análise às irregularidades apontadas no Auto de Infração, (infração 02), fica caracterizado o interesse do Estado em tributar itens que compõem o mix dos Serviços Postais, produtos estritamente ligados à atividade postal (prestação dos serviços postais), finalidade precípua da ECT, ou seja, não-tributáveis pelo ICMS, a saber: selo comemorativo; selo promocional; selo especial; cartão máximo postal; envelope comemorativo; bloco comemorativo; cartela comemorativa; coleção anual de selos; carimbo comemorativo; outros produtos filatélicos; embalagem própria-selo de segurança; envelope pré-franqueado 1 porte; envelope sedex; produtos personalizados; grife postal-produtos próprios e outros. Alega que a ECT foi criada pelo Decreto-Lei nº 509/69, com o escopo de prestar os serviços postais a que alude o artigo 21, X, da Constituição Federal; age em nome da União e sua atividade constitui inequívoco serviço público federal, sendo públicos os seus bens e receitas. O defendant continua seu arrazoado, dizendo que é integrante da administração indireta; não explora atividade econômica, prestando, apenas e tão somente, na condição de delegatária da União, o serviço postal *“lato sensu”*, ou seja, na prestação dos serviços postais, não compete (e nem pode competir) com os particulares, que têm por objetivo o auferimento de lucro, finalidade contrária à prestação de serviço público. Discorre sobre o princípio da imunidade recíproca, prelecionado no artigo 150, VI, alínea a, e §2º, da Constituição Federal, e ensinamentos do professor Roque Carraza, Francisco Campos, Amílcar de Araújo Falcão, Gilberto de Ulhôa Canto e Eduardo Marcial Ferreira Jardim. Aduz que a ECT é pessoa administrativa - tanto quanto a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, as autarquias, as demais entidades estatais dedicadas ao serviço público e as fundações públicas - delegatária de serviço público federal, agindo em nome da União por determinação de lei e que o fato de a ECT prestar o serviço postal por delegação não a desqualifica. Entende que nem haveria de ser de outro modo, já que não é dado ao legislador ordinário alterar o regime jurídico que a Carta Suprema atribuiu a esta atividade; que a atribuição para explorar o serviço postal lhe foi conferida por lei (e não por um ato administrativo de concessão, precedido de procedimento licitatório) em nome e por conta da União Federal. Salienta que em outras palavras, a ECT cumpre suas funções porque a lei assim o determina e não porque remunerada por terceiros; que a outorga que recebeu da lei perdurará indefinidamente, até que uma eventual nova lei disponha em contrário. Declara que o serviço postal continua sendo serviço público federal (art. 21, X da C.F.), eis que o autuado não explora atividade econômica objetivando lucro e não compete com particulares, submetendo-se, no desempenho de suas atividades, ao art. 175 do Texto Supremo e que o impugnante não pode ser submetido ao regime tributário aplicável aos meros concessionários ou permissionários de serviços públicos e que inquestionavelmente, se aplica o princípio da imunidade recíproca. Destaca que, enquanto delegatário do serviço público federal de exploração do serviço postal, age em nome e por conta da pessoa política União, da qual é a extensão jurídica, sendo irrelevante, para fins tributários, a circunstância de revestir a natureza de pessoa jurídica de Direito Privado, e nem se diga que, por remunerar-se por tais serviços, a ECT perderia o direito à imunidade, ex vi, do art. 150, § 3º, da Constituição Federal, que aparta do benefício em tela os serviços em que haja pagamento de preços ou tarifas pelo usuário. Cita decisões do STF, através do RE 407.099-5, e conclui que, de fato, quando as empresas estatais prestam, na condição de delegatárias, serviços públicos, a elas não se aplica a vedação do art. 150, § 3º, da Constituição Federal, mas, sim, o princípio da imunidade recíproca (art. 150, VI, a, da CF), que lhes garante o direito de não recolher impostos, ainda que haja contra prestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário. Alega que nos termos do artigo 22, inciso V, da Constituição Federal de 1988, cabe à União Federal, de forma privativa, legislar, entre outras matérias, sobre o serviço postal, e por ser de estrita competência, a Lei nº 6.538/78, define o serviço postal e de telegrama,

reproduzindo os artigos 7º, 8º, 9º, 26º e 27º, da mencionada Lei. Argui que além das atividades correlatas ao serviço postal, prevista na Lei já citada, o mesmo diploma legal define que a exploradora daqueles serviços poderá, ainda, nos termos do artigo 2º, parágrafo 1º, letra "d", exercer outras atividades afins. Conceitua o vocábulo afinidade, e afirma que pela interpretação do artigo 21, X, da Constituição Federal, é forçoso frisar que cabe à ECT, o recebimento, expedição, transporte e entrega de objetos de correspondência, valores e encomendas, visto o preceituado no artigo 7º da Lei 6538/78. Destaca que, são objetos de correspondência: a) carta; b) cartão-postal; c) impresso; d) cecograma; e, e) pequena encomenda (parágrafo único - art. 7º). São atividades correlatas ao serviço postal: I - venda de selos, peças filatélicas, cupões-resposta internacionais, impressos e papeis para correspondência; II - venda de publicações divulgando regulamentos, tarifas, listas do Código de endereçamento e outros assuntos referentes ao serviço postal; e, III - exploração de publicidade comercial em objetos de correspondência (art. 8º da Lei 6538/78), e que desse modo, apesar de não ser o entendimento do Órgão Público responsável pelo lançamento e cobrança do ICMS, os objetos dispostos na Lei Postal tidos por correspondência, e as atividades correlatas ao serviço postal, não podem ser objeto de tributação pelo Fisco Estadual. Diz que como se pode observar, presente está a tripla condição para que se diga recepcionada a Lei n.º 6.538/78, pois, na ordem constitucional anterior, como na atual, é da competência privativa da União manter o serviço postal e telegráfico e sobre ele legislar. Quanto ao Decreto-Lei nº 509/69, dúvidas existem se o art. 12 foi recepcionado em sua totalidade ou apenas em parte e que primeiramente, necessita-se conhecê-lo, para se retirar as conclusões necessárias, transcrevendo: "*art. 12 - A ECT gozará de isenção de direitos de importação de materiais e equipamentos destinados aos seus serviços, dos privilégios concedidos a Fazenda Pública, quer em relação à imunidade tributária, direta ou indireta, impenhorabilidade de seus bens, venda e serviços, quer no concernente a prazos e custas processuais.*" Por conseguinte, entende que a ECT goza de isenção de direitos de importação - Imposto de Importação - imposto federal de competência exclusiva da União. Pode a União isentar pessoas jurídicas/físicas do pagamento desse imposto; imunidade tributária - com base no art. 150, VI, "a" da CF/88 - imunidade recíproca; impenhorabilidade de seus bens, venda e serviços - todos os bens e poder da ECT são da União, portanto seus bens são inalienáveis e impenhoráveis; foro - art. 109, I da CF/88. Quanto ao lançamento tributário, diz que em matéria tributária, o legislador constituinte pátrio adotou a técnica de prescrever, de modo exaustivo, as áreas dentro das quais as pessoas políticas podem exercer a tributação, forjou, portanto, um sistema rígido de distribuição de competências, deste modo, os entes políticos só podem atuar dentro dos estritos termos da competência tributária que lhes foi outorgada pela Constituição Federal, uma vez que dela recebem o poder tributário, mas, sim, uma parcela deste poder, bastante limitada pelas normas que disciplinam seu exercício. Cita ensinamentos do Professor Roque Carrazza, e Elizabeth Nazar Carrazza, e para dar fecho a este raciocínio afirma que a Constituição de 1988, ao discriminar as competências tributárias, estabeleceu, ainda, que de modo implícito e dando certa margem de liberdade para o legislador ordinário genérico de cada exação. Aduz que o legislador, ao exercitar a competência tributária de sua pessoa política, deverá ser fiel à norma padrão de incidência do tributo, pré-traçado na Constituição de 1988. O legislador (federal, estadual, municipal ou distrital), enquanto cria o tributo, por meio de lei (art. 150, I, da CF), não pode fugir do arquétipo constitucional, citando o artigo 155, II da Constituição Federal. Salienta que a sigla ICMS alberga, portanto, pelo menos cinco impostos diferentes, a saber:

- a) o imposto sobre operações mercantis (operações relativas à circulação de mercadorias);
- b) o imposto sobre serviços de transportes interestadual e intermunicipal;
- c) o imposto sobre serviços de comunicação;
- d) o imposto sobre produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de lubrificantes e combustíveis gasosos e de energia elétrica e;
- e) o imposto sobre a extração, circulação, distribuição ou consumo de minerais, e no caso em comento, a ECT não deixou de recolher o ICMS proveniente de operações de vendas de

produtos de filatelia, embalagem própria (selo de segurança), produtos pré-franqueados e diversos produtos, conforme descrito no Auto de Infração, vez que se tratam de produtos estritamente necessários à consecução dos serviços postais, portanto, não-tributáveis. Reproduz ensinamentos do Professor Amílcar Falcão sobre o fato gerador da obrigação tributária.

Reitera que a ECT é legalmente obrigada a prestar os serviços postais, ainda que isto, em dadas situações, lhe seja economicamente desvantajoso, e, também, ao contrário dos particulares que prestam serviço de entrega de encomendas (este de caráter privado), não lhe é dado discutir o preço da prestação, que lhe é determinado pelo Poder Público outorgante (a União). Aduz que a prestação do serviço público tem por mola propulsora a Lei, não o pagamento do preço ou da tarifa que eventualmente ensejar, consequentemente, o serviço há de ser prestado, ainda que tal pagamento se revele insuficiente para manter o equilíbrio econômico-financeiro da delegatária. Ressalta que mesmo nos casos de postagem da Carta Social, que tem o valor de R\$ 0,01 (um centavo de real), o autuado é obrigado a prosseguir em suas finalidades legalmente estabelecidas, porque o serviço público é indisponível, tratando-se de um ônus, não de uma faculdade, insuscetível de negociação, quer por parte da delegatária, quer do usuário, o qual, para a ele ter acesso, deve curvar-se às exigências legais pertinentes. Entende que o Fisco ao procurar exigir a exação dos produtos postais típicos à prestação do serviço público postal, é dar à ECT tratamento de uma empresa privada, o que não se pode admitir em qualquer hipótese, tendo em vista que o particular, nas suas aquisições, negocia livremente com fornecedores, escolhendo aquele que melhor lhe aprovou; a ECT, para efetuar contratações e compras, depende sempre de um procedimento licitatório rigoroso; que o particular fixa seus preços de acordo com seus custos e com a margem de lucro que pretende auferir; a ECT, por sua vez, depende da aprovação de tarifas que é efetuada pelo Ministério das Comunicações, Ministério da Fazenda etc; que o particular aufera rendimentos e aplica-os como bem entende, explorando o seu serviço com o fim precípua de lucrar; a ECT, por obrigação legal, aplica as rendas oriundas do serviço postal no próprio serviço postal, repassando ainda parte dessas rendas para a União Federal; que o contrato entre o particular e seu cliente é de direito civil; o da ECT e o usuário do serviço postal não tem as mesmas liberalidades, visto que aquela não tem disponibilidade sobre o preço de seus serviços, que conforme dito anteriormente são tarifados pelo Governo Central através dos órgãos citados; que o particular não presta contas da sua atividade a ninguém; a ECT tem anualmente seus controles financeiros e demais atos administrativos submetidos à apreciação e controle do Tribunal de Contas da União, do Departamento de Coordenação e Controle das Empresas Estatais - DEST, do Ministério das Comunicações etc; que a empresa privada tem liberdade sobre seu orçamento, regendo-o ao seu talante; a ECT obedece normas rígidas, previstas na legislação financeira; sendo o seu orçamento de investimento fixado por lei e o de custeio por decreto do Presidente da República; que a ECT, para ampliação do quadro de pessoal, depende de autorização prévia do DEST e da realização de concurso público, enquanto que a empresa particular a nada disso está submetida; e que a empresa particular dispõe de seus bens livremente; a ECT somente após procedimento de leilão. Cita ensinamentos do Professor Bernardo Ribeiro de Moraes sobre o tema, como também, o artigo 33, § 1º, alíneas a e b da Lei nº 6.538/78. Conclui, requerendo tornar sem efeito o Auto de Infração, em lide.

As autuantes prestam informação fiscal (fls. 113/123), discorrendo inicialmente sobre as alegações defensivas. Argumentam que o Auto de Infração foi lavrado junto a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos pela falta de recolhimento do ICMS e em razão da diferença apurada entre os valores escriturados no balancete e o declarado na escrita fiscal, relativos à comercialização de produtos de sua própria grife, de terceiros e de filatelia, bem como, pela utilização indevida de crédito fiscal do ICMS, na aquisição de serviços de comunicação e energia, e que os valores extraídos dos balancetes mensais da ECT, demonstrados nos anexos 01 e 02 do presente Auto de Infração, relacionam produtos inseridos no conceito de mercadoria, dissociados da prestação de serviços postais, que foram objetos de comercialização, configurando a ocorrência de fato gerador, não podendo a ECT, na prática do comércio, alegar que sobre a venda destes produtos

não incide o ICMS. Afirmam que os produtos estão elencados na contabilidade no grupo receita 311.07.00.0000 intitulado Conveniência, no sub-grupos 311.07.01.0000- Filatelia; 311.07.03.0000- Embalagem Própria; 311.07.05.0000 - Produtos Pré-Franqueado e 311.07.06.0000- Diversos produtos. Destacam que no site do Ministério das Comunicações se encontram as definições para Correios Conveniência, como sendo especialmente desenhada para o cliente do segmento de varejo dos principais centros urbanos e comerciais do Brasil - público composto por pessoas físicas e pequenas e médias empresas, e que consiste em um Posto de Venda de Produtos - PVP compacto e funcional, ocupando pequenos espaços, da loja que o empresário já possui, seja em um shopping center, uma estação de metrô, um pequeno centro comercial, uma livraria ou mesmo num posto de combustível. Aduzem que o PVP está sendo instalados em todo o Brasil, ampliando o acesso dos cidadãos aos serviços postais, gerando novos empregos e novas oportunidades para pequenos e médios empresários, e que os produtos e serviços prestados são: produtos de conveniência - envelopes, selos, produtos filatélicos e da grife Via Postal, caixas de encomendas; Serviços Postais Convencionais - cartas, aerogramas, sedex; Financeiros Postais - cheque correios, recebimento de contas; Comodidade ao cidadão - CPF, Passaporte, pagamento de aposentadorias, pagamento de bolsa renda, entrega de livros didáticos, solicitação para correção do FGTS (estes serviços são de elevada importância social). Afirmam que no Auto de Infração em questão, estão arrolados apenas os produtos de conveniência - embalagem, grife Via Postal e produtos filatélicos, que são assim definidos no site dos Correios: Embalagens - Os Correios oferecem uma linha de embalagens, composta por caixas de encomenda e envelopes padronizados, que facilitam o acondicionamento e a postagem da sua encomenda; Griffe Via Postal - reúne sob sua logomarca uma série de produtos como agendas, cadernos, camisetas, pins e outros itens que se destacam por sua qualidade e praticidade, se tornando uma boa opção para presentear amigos e clientes; que os produtos da Griffe Via Postal costumam se diferenciar dos similares do mercado por estarem ilustrados com motivos filatélicos cuidadosamente elaborados; Produtos Filatélicos - são produtos associados à atividade postal e inspirados nos motivos dos selos, para atender o público em geral e despertar o interesse do colecionador. Salientam que a ECT recolhe ICMS sobre embalagem própria escriturada na conta contábil 311.07.03.0000 e sobre as vendas de produtos em consignação e que em relação a estas receitas foi cobrada no presente lançamento a diferença no recolhimento, como não houve alegação por parte do autuado, entendem que a mesma foi reconhecida devendo o imposto ser recolhido. Quanto às infrações 4 e 5 do Auto de Infração relativas a utilização indevida de crédito fiscal do ICMS, na aquisição de serviços de comunicação e energia, alegam que não foram questionadas pelo impugnante devendo o imposto ser recolhido aos cofres públicos. Com relação à argüição da imunidade e monopólio a que diz o autuado está submetida, dizem que não cabe esta discussão aos autuantes, contudo, afirmam que todo o trabalho desta fiscalização está respaldado pela legislação e entendimento da SEFAZ, conforme Parecer de Dra. Sandra Andrade da DITRI - Diretoria de Tributação e Parecer Jurídico do Procurador do Estado Dr. José Augusto Martins Junior, relativo ao Auto de Infração nº 1234330196/04-1, tendo como autuada a ECT, transcrevendo os referidos entendimentos. Declararam que estão acostando aos autos, os referidos Pareceres, que entendem de forma diversa ao argüido pelo defensor. Finalizam, mantendo integralmente a autuação fiscal.

A Coordenação de cobrança da DAT-METRO, intimou o contribuinte para tomar ciência da informação fiscal prestada pelos autuantes, concedendo-lhe um prazo de 10 dias para manifestação (fl. 134).

O autuado manifestou-se às folhas 136/155, dizendo que, apesar de devidamente informado na defesa da ECT, os autuantes, quando do exame dos argumentos do defensor, entenderam que, "*no auto em questão estão arrolados apenas os produtos de conveniência embalagem, grife Via postal e produtos filatélicos ...*", induzindo esse Conselho de Fazenda, que os conceitos de "Correios Conveniência", "Posto de Venda de Produtos - PVP", e de "Produtos Filatélicos", são diferentes do que realmente se apresentam. Aduz que Correios Conveniência - são unidades de atendimento de vendas de produtos da ECT, que através dos PVP'S, postos à disposição da

coletividade para facilitar a vida do consumidor, estão regulamentados por intermédio da Instrução Normativa nº 01, de 25 de julho de 2001, nos termos da Lei nº 6.538, de 22 de junho de 1978, que dispõe sobre os serviços postais, da Lei nº 8.666/93, do Decreto nº 3.354, de 28 de janeiro de 2000, que aprova a Estrutura Regimental do Ministério das Comunicações, e da Instrução Normativa nº 1, de 22 de dezembro de 1998, da Secretaria de Serviços Postais do Ministério das Comunicações, que aprova a configuração da Rede de Unidades de Atendimento da ECT, citando as definições contidas no citados diplomas legais:

“3. Definição:

3.1. Posto de Venda de Produtos - PVP: unidade de atendimento destinada à venda de produtos comercializados pela ECT, instalada em cidades, vilas e povoados, conforme definição do IBGE sobre localidade, já contemplada com agência de correios.

3.1.1. O Posto de Venda de Produtos - PVP será terceirizado e compartilhado com a exploração de negócios compatíveis e não concorrentes com os da ECT.

4. Processo de Seleção

4.1. O Posto de Venda de Produtos - PVP será operado por entidade pública ou privada, mediante a celebração de convênio, acordo, ajuste ou outro instrumento congênero, com fundamento no art. 116 da Lei n.º 8.666/93 e § 3.º do art. 2.º da Lei n.º 6.538/78.

4.2. A ECT realizará credenciamento dos interessados, cujos requisitos, cláusulas e condições devem ser preestabelecidos e uniformes.

4.3. As regras devem obedecer aos princípios constitucionais da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade e constarem de norma elaborada pela ECT.

5.1. O Posto de Venda de Produtos - PVP deverá adquirir produtos comercializados pela ECT, conforme previsto no instrumento de contratação ou de credenciamento.

5.2. O Posto de Venda de Produtos - PVP deve praticar as tarifas e os preços dos produtos, estritamente de acordo com as orientações da ECT.

5.2.1. Cabe à ECT definir remuneração a ser concedida quando da aquisição dos produtos pelo Posto de Venda de Produtos - PVP, dando conhecimento à Secretaria de Serviços Postais - SSP do Ministério das Comunicações.

6. Aspectos Operacionais

6.1. Sempre que as condições físicas e de segurança permitirem, deve ser instalada Caixa Coletora de Correspondências nas proximidades do Posto de Venda de Produtos - PVP, objetivando facilitar a postagem de objetos de correspondência pela população.

6.2. A ECT definirá os elementos de comunicação visual, que identificarão o Posto de Venda de Produtos - PVP, a fim de dar conhecimento à população de que o estabelecimento está devidamente credenciado a vender selos e demais produtos, garantindo a sua padronização em todo o território nacional.

7. Disposições Finais

7.1. A ECT estabelecerá as normas complementares e adotará as ações necessárias à aplicação desta Instrução Normativa, dando conhecimento à Secretaria de Serviços Postais do Ministério das Comunicações.

7.2. A ECT deverá adotar sistemática de avaliação de desempenho de Posto de Venda de Produtos - PVP, com o objetivo de subsidiar o processo de gestão de sua Rede de Unidades de Atendimento.”

Declara que o Posto de Venda de Produtos - PVP se trata de unidade terceirizada e compartilhada com a exploração de negócios compatíveis e não concorrentes com os da ECT, operado por entidade pública ou privada, mediante a celebração de convênio, acordo, ajuste ou outro

instrumento congêneres, com fundamento no art. 116 da Lei nº 8.666/93 e § 3.º do art. 2.º da Lei nº 6.538/78, ou seja, estritamente ligado ao serviço postal. No que concerne aos ditos "Produtos Filatélicos", esclarece que a filatelia se trata de atividade do setor postal, que constitui um instrumento de difusão cultural internacionalmente reconhecido, a exemplo do disposto na Portaria nº 819, de 28 de dezembro de 2000, os produtos filatélicos são estritamente ligados às atividades postais, o que nos remete a impossibilidade de tributação sobre a sua comercialização citando o teor da mencionada Lei. Argui que o defendantee foi criado pelo Decreto-Lei nº 509/69, com o escopo de prestar os serviços postais a que alude o artigo 21, X, da Constituição Federal. Age em nome da União e sua atividade constitui inequívoco serviço público federal, sendo públicos os seus bens e receitas, e, sendo, também, integrante da administração indireta, o demandante não explora atividade econômica, prestando, apenas e tão somente, na condição de delegatária da União, o serviço postal "*lato sensu*". No restante da réplica, reproduz ipis literis as alegações da exordial, não aduzindo questões de fato e de direito supervenientes.

O julgador de Primeira Instância emitiu o seguinte voto:

"O Auto de Infração, em lide, reclama ICMS relativo ao descumprimento de quatro obrigações tributárias principais.

Da análise das peças processuais, verifico que o autuado não contestou as infrações 01, 03 e 04, portanto, considero procedentes as infrações não impugnadas, por inexistência de controvérsias.

Quanto à infração 02, o defendantee pede a sua improcedência, auguindo que as irregularidades apontadas no Auto de Infração, caracterizam-se pelo interesse do Estado em tributar produtos estritamente ligados às atividades postais, não tributáveis pelo ICMS. Diz que foi criada pelo Decreto - Lei n. 509/69, para prestar serviços postais, serviço público federal, não explorando atividade econômica, sendo irrelevante, para fins tributários, a circunstância de revestir a natureza de pessoa jurídica de Direito Privado e que embora seja uma empresa estatal, na condição de delegatária, a ela não se aplica a vedação do art. 150, parágrafo 3º da CF, mas a imunidade à tributação nos moldes do art. 150, VI, "a" da CF, não podendo ser submetida ao regime tributário aplicável aos meros concessionários ou permissionários de serviços públicos. Entende que os objetos dispostos na Lei Postal tidos por correspondência e as atividades correlatas do serviço postal, não podem ser objeto de tributação pelo Fisco Estadual. Com relação ao lançamento do ICMS, alega que a ECT não deixou de recolher o ICMS proveniente de operações de vendas de produtos de filatelia, embalagem própria, produtos pré-franqueados e diversos produtos, vez que se tratam de produtos estritamente necessários à consecução dos serviços postais, portanto, não tributáveis. Argui que o Fisco procura ao exigir a exação dos produtos postais típicos à prestação do serviço público postal, é dar a ECT tratamento de uma empresa privada, o que não se pode admitir em qualquer hipótese, e que insistir na afirmação da equiparação significa olvidar do princípio constitucional da igualdade, pelo qual para os desiguais há de ser dado tratamento desigual. Por fim relaciona diferenças entre uma empresa privada e a ECT.

Os autuantes entendem que o lançamento de ofício é procedente, tendo em vista que os valores extraídos dos balancetes mensais inseridos no conceito de mercadorias, dissociados da prestação de serviços postais, que foram objetos de comercialização, configurando a ocorrência de fato gerador, não podendo a ECT, na prática do comércio, alegar que sobre a venda destes produtos não incide o ICMS.

A questão cinge-se aos fatos de que os produtos elencados pelos autuantes contabilizados pelo defendantee no grupo "RECEITA", como: selo comemorativo; selo promocional; selo especial; cartão máximo postal; envelope comemorativo; bloco comemorativo; cartela comemorativa; coleção anual de selos; carimbo comemorativo; outros produtos filatélicos; embalagem própria-selo de segurança; envelope pré-franqueado 1 porte; envelope sedex; produtos personalizados; grife postal-produtos próprios e outros são ou não tributados pelo

imposto estadual; se deve ser aplicada a imunidade recíproca à ECT; e se as mercadorias elencadas pelos autuantes se tratam de produtos estritamente necessários à consecução dos serviços postais, portanto, não tributáveis.

Inicialmente, é de bom alvitre salientar que o Estado Empresário, que se reveste das formas sociedade de economia mista e empresa pública, tem seu âmbito de atuação muito restrito, na forma indicada no texto constitucional, cuja submissão será ao regime jurídico de direito privado, só admitindo exceções previstas na norma constitucional.

Ao comentar o artigo 173 da Constituição da República, Diogo de Figueiredo Moreira Neto indica:

“A rigorosa aplicação desse dispositivo obriga a União, os Estados, o Distrito Federal, e os Municípios a reverem, um por um, o fundamento jurídico de suas respectivas empresas estatais e, por certo, encontrarão muitas delas concorrendo inconstitucionalmente em atividades econômicas reservadas ao setor privado, como na construção civil, na mineração, no turismo, na fabricação de produtos não monopolizados, no transporte de cargas e tantas outras”. Portanto, não é o Estado Regulador que deve se contentar com a situação pretérita mal desempenhada e desviada da essência estatal. O Estado Empresário deve redimensionar a sua estrutura, nos termos da nova ordem econômica, sob pena de estar maculado de vício de inconstitucionalidade”.

Entendo que a ECT atua concorrendo com empresas da iniciativa privada quando vende mercadorias, que não estão vinculadas à atividade essencialmente postal o que está abrangido pela hipótese de incidência do ICMS, conforme art. 2º, inciso II da Lei Complementar nº 87/96, recepcionado, em idêntica redação, pela Lei Ordinária Estadual. Ademais, a ECT explora atividade econômica se beneficiando de redução de custos, por não recolher o ICMS, pode até prejudicar a livre concorrência. Além disso, como está explorando diretamente atividade econômica em concorrência com a iniciativa privada haverá aplicação do disposto no art. 173 da CF, já que o Estado não deve ter privilégios em relação aos particulares.

Neste sentido, o Princípio da Imunidade Recíproca, invocado pelo impugnante, não se enquadra ao caso vertente, haja vista que a empresa autuado - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS -ECT; encontra-se classificada, societariamente, como Empresa Pública, detentora de personalidade jurídica de Direito Privado, não se sujeitando, assim, à vedação constitucional estampada no art. 150, inciso VI da Carta Magna do País. Na verdade, a imunidade recíproca, somente, contemplará os entes jurídicos de direito público, com efeito extensivo às autarquias e às fundações públicas instituídas pelo Poder Público competente, na forma prevista pelo § 2º do retro disposto constitucional. Verifico que suas atividades possuem claro cunho econômico, onde o serviço prestado pressupõe, em contrapartida, um pagamento de preço pelo usuário, desembocando em obrigações sob a ótica do Direito Privado, fato consubstanciado na inteligência emergente do § 1º do inciso II e § 2º do art.173 do Diploma Maior. Entendo que existe, somente, monopólio nas modalidades que a nova Constituição Federal albergou, fato não ocorrido com a venda de produtos pela ECT, levando, por conseguinte, a ilação de que não há monopólio constitucional nas atividades comerciais desenvolvidas pela empresa e sim competência da União na manutenção do serviço postal e do correio aéreo nacional, na forma estatuída no art. 21, inciso X, da Constituição Federal de 1988.

Nesse diapasão, corroboro com o entendimento da Auditora Fiscal Sandra Urânia, que assim se manifestou:

“A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 150, VI, alínea “a”, veda à União, aos Estados e aos municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, renda e serviços uns dos outros. É a chamada imunidade recíproca, extensível às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, pela regra do seu §2º. Por outro lado, o texto

constitucional veda esta imunidade às atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados ou ao caso em que haja contraprestação ou pagamentos de preços ou tarifa ao usuário do serviço, caso da ECT. Esta é a determinação do §3º do referido dispositivo constitucional.”

Frise-se que a ECT é uma empresa pública, assim constituída pelo Decreto Lei nº 509, editado em 20 de março de 1969, excetuando-se, assim, da regra de imunidade citada, que apenas é estendida, como dito acima, às autarquias e fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público.

Neste eito, a alegação da ECT de que a ela se aplica a imunidade constitucional em tela, com base na determinação do art. 12 do Decreto Lei citado, é desprovida de fundamento constitucional.

Nesse sentido, também se pronunciou o Dr. José Augusto Martins Junior, Procurador do Estado da Bahia:

“Assim, em face do expedito, tendo como premissa irretorquível à subjetividade da imunidade recíproca, não se pode entender como sujeita à imunidade “ontológica” a EBCT, pois a norma imunizante, prevista na CF/88 alcançou tão somente à União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e, por força de norma extensiva, às autarquias e fundações.”

O Art. 7º da Lei nº 6538/78: define o conceito de serviço postal como: "Constitui serviço postal o recebimento, expedição, transporte e entrega de objetos de correspondência, valores e encomendas, conforme definido em regulamento.

Constatado, por fim, que parte dos produtos comercializados pela ECT indicados no Anexo 02, do presente PAF, pelos autuantes (fl. 11), se tratam de mercadorias necessárias à consecução dos serviços postais, portanto não tributáveis, a exemplo de envelopes pré-franqueados e envelopes Sedex, que devem ser excluídos da exação perpetrada pelos autuantes. Por conseguinte, este item do Auto de Infração deve ser reduzido para R\$448.694,77, conforme demonstrativo abaixo:

Data da ocorr.	Vencido	Icms devido
31.01.2001	09/02/2001	29.533,95
28/02/2001	09/03/2001	26.909,65
31/03/2001	09/04/2001	31.194,19
30/04/2001	09/05/2001	23.306,03
31/05/2001	09/06/2001	27.518,38
30/06/2001	09/07/2001	31.074,91
31/07/2001	09/08/2001	35.198,77
31/08/2001	09/09/2001	54.991,72
30/09/2001	09/10/2001	34.487,81
31/10/2001	09/11/2001	40.684,58
30/11/2001	09/12/2002	55.627,81
31/12/2001	09/01/2002	58.166,97
TOTAL		448.694,77

Dianete do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL da autuação.”

A JJF recorre de ofício da Decisão, nos termos do art. 169, I, “a”, item 1 do RPAF/99.

Em seu Recurso Voluntário o recorrente contestando a Decisão recorrida, utiliza-se de argumentos e fatos estranhos ao presente processo, baseando-se em questões ventiladas em outros autos lavrados contra a mesma EBCT, insistindo na sustentação de que a empresa goza de imunidade tributária recíproca consagrada na CF, não sendo, portanto, responsável tributária por mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, situação fática ausente neste Auto de Infração.

A PGE/PROFIS, em seu Parecer, opina pelo Improvimento do Recuso Voluntário, argumentando:

1. voltando-se para as infrações apontadas, a JJF analisou-as, tendo concluído, em síntese, pela procedência da acusação fiscal concernente à divergência constatada entre os valores lançados no registro de saídas e na contabilidade, exigência essa não contestada pelo autuado, bem como pela procedência da autuação no que concerne à utilização de crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de serviço de comunicação e de energia elétrica;
2. em relação à venda de produtos de filatelia, embalagem própria e produtos pré-fabricados, concluiu a JJF que uma parte dos produtos elencados pelo autuante são mercadorias necessárias à consecução dos serviços postais, não estando, portanto, sujeitos a tributação;
3. o autuado interpôs Recurso Voluntário voltando-se contra a Decisão *a quo* utilizando argumentos e fatos totalmente estranhos ao presente processo, engendrando sua súplica recursal com base em questões ventiladas em outros autos de infração lavrados contra a mesma empresa, cuja discussão reside na argumentação no sentido de que a EBCT goza de imunidade tributária recíproca consagrada na CF e que não pode ser responsável tributária por mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, situação que não corresponde à realidade fática deste Auto de Infração;
4. as argumentações expendidas no Recurso Voluntário não servem para atacar a Decisão recorrida, que manteve com acerto as infrações descritas, apenas revisando o lançamento no tocante a alguns produtos considerados como sendo não tributáveis (infração 2).

VOTO

A ilustre representante da PGE/PROFIS contestou com competência as alegações do recorrente, destacando que a Decisão recorrida está corretamente fundamentada, e que os argumentos expendidos no Recurso Voluntário não servem para atacar o julgamento da JJF, que manteve, acertadamente, as infrações contidas no Auto de Infração, com a adequada revisão do lançamento referente à infração 2, excluindo produtos considerados como não tributáveis.

Quanto ao Recurso de Ofício, agiu corretamente a JJF ao julgar procedente em parte a infração 2, com a exclusão de produtos considerados como não tributáveis.

Adoto, portanto, como razão de decidir as argumentações expendidas no voto do ilustre relator de Primeira Instância, complementadas pelas alegações constantes no Parecer da ilustre procuradora fiscal, para NEGAR PROVIMENTO a ambos os Recursos, de Ofício e Voluntário, e manter a Decisão recorrida em todos os seus termos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279468.0051/06-0, lavrado contra a **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$454.617,40, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de fevereiro de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

FAUZE MIDDLEJ - RELATOR

JOÃO SAMPAIO REGO NETO - REPR. DA PGE/PROFIS