Gustavo Vieira e Raphael Bertoni: ECT tem imunidade tributária recíproca

O Supremo Tribunal Federal, por meio do Recurso Extraordinário 601.392, com repercussão geral reconhecida, está em vias de alterar posicionamento até então pacificado naquela corte sobre a imunidade recíproca aplicável à Empresa de Correios e Telégrafos no que se refere ao Imposto Sobre Serviços (ISS) não sujeitos ao regime de exclusividade ("monopólio"). Mas sem dar a devida atenção a alguns pontos fundamentais pertinentes à finalidade dos Correios.

Deixou o STF de verificar a acepção da expressão "manutenção do serviço postal", contida no artigo 21, inciso X, da Constituição Federal, intimamente ligada aos seguintes pontos:

a) inexistência de "desigualdade de condições fiscais", já que não há concorrência na maior parte do território brasileiro, onde prestar serviços somente acarreta prejuízos financeiros à iniciativa privada (não há o mínimo interesse da iniciativa privada). Mesmo assim a ECT se faz presente (sendo que em grandes partes desses locais a agência dos Correios é o único meio de contato que a população tem para com o resto do país);

b) No RE 253.472-SP, o STF sopesou que a existência de uma pequena parcela de sócios privados não obsta a manutenção da imunidade de uma sociedade de economia mista. Assim, nada mais proporcional e razoável que a mesma Corte sopese que a existência de concorrência em poucas áreas desenvolvidas do país também não seja óbice para manter a imunidade de uma empresa pública, pois é fato que a iniciativa privada não sofre nenhum prejuízo com a presença da ECT nos grandes centros financeiramente interessantes, sendo que em muitos casos a concorrência acaba inclusive se beneficiando dessa situação ao aproveitar dos serviços da ECT em complementação aos seus (por exemplo, a DHL e a TNT mantêm contratos com a ECT para entregas de encomendas em locais desinteressantes financeiramente, evitando prejuízos ao seu corpo societário).

c) O subsídio cruzado: para manter o serviço postal há o reinvestimento, na própria ECT, dos "lucros" (resultado positivo) obtidos por meio dos serviços que não estão sujeitos ao regime de exclusividade;

d) obrigatoriedade da prestação dos serviços oferecidos pela ECT em todo o país;

e) o aspecto social dos serviços disponibilizados nas longínquas regiões do Brasil, caracterizando-os como serviço público, mesmo que parcela desses serviços não seja prestada sob o regime de exclusividade;

f) ausência de capacidade contributiva por parte da ECT em razão dos gastos realizados com o *munus* constitucional da manutenção do serviço postal;

g) por fim, a impossibilidade de a ECT ser uma empresa com plenas capacidades de competir de forma igualitária na parcela do mercado disputado pela iniciativa privada, pois está atrelada aos ditames da Lei 8.666/1993 e a realização de concurso público para contratar empregados.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Objeto específico do RE 601.392/PR

O objeto do RE 601.392/PR diz respeito tão somente aos serviços prestados pela ECT listados logo abaixo (e não propriamente às encomendas postais e ao Banco Postal, conforme quer transparecer o Supremo Tribunal Federal nos seus debates, violando a ampla defesa e o contraditório, por aumentar o objeto da lide em momento que não cabe mais dilação probatória), senão vejamos:

· Comercialização de revistas profissionalizantes e apostilas tem cunho social, ou seja, fomentar integração da população carente ao mercado de trabalho (CF, artigo 203, inciso III), bem como promover e incentivar a educação, com a colaboração direta da ECT (CF, artigo 205).

· Inscrição de concursos visa facilitar aqueles que não estão inseridos no mundo digital, ou seja, não possuem internet ou até mesmo computadores para realizarem inscrições nos concursos (CF, artigo 6º e artigo 215).

· Venda e resgate de títulos de capitalização – o lazer é uma garantia constitucional. A grande maioria da população brasileira não tem acesso, nos finais de semana, aos shoppings, cinemas, restaurantes, teatros. A palavra lazer, para elas, significa programas dominicais, onde indiretamente, ao conferirem os números, interagem com o programa, mesmo em regiões distantes dos grandes centros, com a expectativa de melhorar a sua vida por meio de um título de capitalização em igualdade de condições do restante da população (CF, artigo 6).

· Recebimento de mensalidade do baú da felicidade – a ECT é uma instituição pública confiável. A população carente que compra o carnê do baú se sente segura em pagar a mensalidade do seu carnê nas agências dos Correios.

Em síntese, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região ratificou o entendimento exarado em sentença pelo Juízo *a quo* ao afirmar que a ECT não goza de imunidade tributária recíproca (artigo 150, VI, "a", da CF) em relação aos serviços não sujeitos ao regime de exclusividade ("monopólio"). Destarte, foi reconhecida a incidência do ISS em relação aos serviços acima listados.

Da importância da aplicação da imunidade recíproca à ECT em relação aos serviços não "monopolizados"

Em primeiro lugar, os serviços acima listados não podem ser considerados como de exploração de atividade econômica *stricto sensu*, pois, na verdade, são tidos serviços públicos por estarem arrolados pela Lei nº. 6538/78 em seu artigo 7º.

Ora, serviço postal é serviço público, seja quando prestado com exclusividade pela ECT, conforme artigo 9º da Lei 6538/1978 (que traz a expressão "monopólio", mas que na verdade deve ser lida como "regime de exclusividade", conf. ADPF 46/STF), seja quando prestado sem exclusividade pela ECT, conforme demais casos previstos na referida Lei.

Aliás, o ministro Eros Grau, quando do julgamento da QO ACO 765-1, deixou claro que "é certo, portanto, no quanto ora importa considerar, não existir, em face do texto da Constituição do Brasil, a

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

menor dúvida no que tange ao fato de a prestação do serviço postal consubstanciar serviço público. Tamanha essa evidência que dispensa quaisquer outras considerações: entre nós, tais atividades consubstanciam-se serviço público por definição constitucional".

Por conseguinte, também segundo o ministro Eros Grau, quando do julgamento da QO ACO 765-1, após lembrar "que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos goza dos mesmos privilégios concedidos à Fazenda Pública" ensina que a ECT "é delegada da prestação de serviço público federal, a ela amoldando-se qual uma luva ainda outra lição de Aliomar Baleeiro: constituem serviço público 'quaisquer organizações de pessoal, material, sob a responsabilidade dos poderes da Pessoa de Direito Público interno, para desempenho de funções e atribuições de sua competência, enfim, todos os meios de operação dessas Pessoas de Direito Público, sob várias modalidades, para a realização dos fins que a Constituição, expressa ou implicitamente lhes comete".

Com essas premissas, temos que o serviço postal é serviço público por definição constitucional, que esse serviço é mantido pela ECT em nome da União sob a qualidade de pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, sendo certo, ainda, que todos os meios que a ECT utiliza para a manutenção do serviço postal constituem serviço público, nisso incluído o serviço postal não sujeito ao regime de exclusividade, o serviço postal relativos a valores e as atividades correlatas ao serviço postal, todos objetos do RE nº. 601392/PR.

Destarte, os municípios não têm competência/legitimidade para tributar serviços que eles dizem ser de natureza econômica *stricto sensu*, pois essa classificação é questionável, conforme acima exposto, até porque tais serviços, quando prestados pelos Correios, não visam o lucro.

Ademais, inexiste concorrência quanto aos serviços prestados pela ECT na grande maioria das regiões do país, notadamente naquelas mais carentes e distantes dos grandes centros, razão pela qual deve o STF analisar essa questão, pois no caso do RE 253.472-SP, foi aduzido que "não há indicação que a Codesp tenha concorrentes em sua área de atuação específica (porto de santos)", sem contar que no mesmo RE 253.472-SP, o STF sopesou que a existência de uma pequena parcela de sócios privados não obsta a manutenção da imunidade de uma sociedade de economia mista!

Assim, nada mais proporcional e razoável que a mesma Corte sopese que a existência de concorrência em poucas áreas desenvolvidas do país também não seja óbice para manter a imunidade de uma empresa pública, pela patente falta de lesão à iniciativa privada, conforme já exposto.

Noutro canto, a ECT tem como finalidade manter e prestar serviços públicos de quilate constitucional (CF, artigo 21, X), quais sejam: os serviços postais e telegráficos, atuando em substituição às atividades próprias do Estado.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Portanto, faz-se necessária interpretação sistemática da Constituição, a fim de não nos embasarmos apenas pelo aspecto literal insculpido em seu artigo 173, parágrafo 1º, inciso II. Mas sim por todo o encadeamento normativo relativo ao serviço postal, e principalmente relativo à sua manutenção, objeto principal da atividade da ECT, não olvidando os aspectos finalísticos e axiológicos que formam a estrutura dessa empresa pública *sui generis*, o que culmina na recepção do Decreto-Lei 509/69 pela Constituição Federal de 1988[1].

Ora, se a empresa pública for prestadora de serviço público obrigatório e exclusivo (caso da ECT), estará abrangida pela imunidade tributária recíproca contemplada no artigo 150, inciso VI, alínea "a" da CF, entendimento firmado no STF quando do julgamento do RE 407.099/RS, de relatoria do ministro Carlos Velloso, na 2ª Turma, dada a atuação da empresa como a *longa manus* da pessoa política que autorizou sua criação por lei.

Repita-se, o objetivo da norma constitucional é conceder o benefício da imunidade às pessoas jurídicas que explorem, primordialmente, serviços públicos sem finalidade lucrativa.

Deve imperar o critério da preponderância da atividade desempenhada (serviço público) cumulado com o reinvestimento do resultado financeiro positivo na própria empresa (subsídio cruzado). Essa preponderância também deve ser verificada diante da ausência de prejuízos à iniciativa privada.

Não é sobremodo acrescentar que a receita auferida pela ECT em decorrência dos serviços acima listados está vinculada à sua precípua finalidade: manter o serviço postal (CF, artigo 21, X). A ECT não só presta o serviço postal, como também o mantém. Isso leva à ausência de capacidade contributiva por parte da ECT em razão dos gastos realizados com o *munus* constitucional da manutenção do serviço postal

O fim primeiro da ECT é a prestação de serviço público essencial e de qualidade, sem contar a modicidade das tarifas. O resultado positivo das operações da ECT é destinado ao seu autofinanciamento. A título de exemplo, a carta social custa apenas um centavo (R$ 0,01) e é obrigatoriamente entregue em qualquer região do Brasil, isso sem que o Governo Federal tenha que injetar dinheiro na ECT. A ECT é uma empresa pública federal não dependente.

Uma pergunta torna-se imprescindível ao deslinde da causa: Será que as empresas que atuam no ramo de encomendas estão interessadas em realizar entregas nos sertões brasileiros, nas cidades ribeirinhas do Amazonas, nas localidades rurais distantes, nos pequenos distritos, etc. **OU** competir com a ECT apenas nas grandes cidades brasileiras?

Por fim, a ECT não faz aquilo que o ministro Joaquim Barbosa, nos autos do RE 253.472/SP, diz que contraria a imunidade tributária, no sentido de que "atividades de exploração econômica, destinadas primordialmente a aumentar o patrimônio do Estado ou de particulares, devem ser submetidas à tributação, por apresentarem-se como manifestações de riqueza e deixarem a salvo a autonomia política. A desoneração não deve ter como efeito colateral relevante a quebra dos princípios da livre-concorrência e do exercício de atividade profissional ou econômica lícita. Em princípio, o sucesso ou a desventura empresarial devem pautar-se por virtudes e vícios próprios do mercado e da administração, sem que a

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

intervenção do Estado seja fator preponderante".

Logo, no caso específico da ECT, a venda de títulos de capitalização, inscrição de concursos públicos, recebimento de mensalidades do carnê do baú, venda de revistas profissionalizantes, etc, **não** são destinadas primordialmente a aumentar o patrimônio da da ECT como simples manifestação de riqueza, tendo em vista que o "lucro" obtido é destinado a cobrir as despesas onde a "concorrência" não faz questão de prestar quaisquer serviços à população.

Será que realmente os princípios da livre iniciativa, da liberdade no exercício de qualquer trabalho, da livre concorrência e do livre exercício de qualquer atividade econômica podem se sobrepor, pura e simplesmente ao princípio da justiça social arraigada na nossa Constituição?

Parece-nos que não, pois nos ensinamentos de José Afonso da Silva "*no contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social não se pode ter como um puro valor o lucro pelo lucro*" (Comentário Contextual à Constituição, ed. 7, 2010, Malheiros: São Paulo, p. 41).

A incidência de ISS no que diz respeito aos serviços não "monopolizados" da ECT acarretará um grande dano à população carente brasileira, pois tais custos serão repassados diretamente a elas.

A ECT não pratica concorrência desleal, ou seja, não deve prevalecer o entendimento de que há "suposta" concorrência no mercado em desigualdade de condições fiscais, tendo em vista que as demais empresas privadas possuem privilégios que os Correios não possuem, como, por exemplo, se a ECT precisar adquirir caminhões/furgões no mínimo precisará de seis meses para efetivamente tê-los (Lei nº. 8.666/93) enquanto as outras empresas poderão obtê-los em apenas uma semana. Questiona-se: qual das empresas atuantes no mercado (ECT x particular) formalizará contrato de entrega com um determinado cliente para determinadas encomendas?

Na questão de preços, a ECT não tem liberdade para negociar valores com os seus potenciais clientes, pois está adstrita à tabela de preços aprovada pelo Ministério das Comunicações com aval do Ministério da Fazenda. Já as empresas privadas têm ampla liberdade para negociar valores a seu bel prazer. Questiona-se: a ECT realmente está competindo de forma desigual com as demais empresas privadas, pelo fato da aplicabilidade da imunidade recíproca em suas operações?

A ECT atende aos fins estabelecidos na nossa Carta Magna ao prestar a todo o povo brasileiro serviço público realmente eficiente e confiável (a ECT está presente em todo o país, facilitando o acesso a serviços que ninguém oferece), sendo desta forma imprescindível as benesses da imunidade recíproca aos seus serviços não "monopolizados", com a finalidade de manter a prestação adequada do serviço postal. Caso a imunidade tributária seja retirada da ECT, num futuro próximo, poder-se-á vivenciar a mesma situação dos Correios dos Estados Unidos da América.

Sem tirar que Estado, com o dinheiro advindo dos próprios tributos, acabará por ter que saldar o déficit a ser experimentado pela ECT, trazendo a tona o maior dos contra sensos jurídicos – Deverá a ECT ser tributada para depois receber dinheiro justamente advindo de tributos para equilibrar suas contas?

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

[1] Vide RE nº. 220.906/DF, Rel. Min. Maurício Correa, sessão plenária de 17.11.2000.

Date Created
25/02/2013

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.