

IMUNIDADE OU INCIDÊNCIA DE ICMS SOBRE SERVIÇOS DE TELEGRAMA, CARTA VIA INTERNET, SEDEX, ENCOMENDAS, LOGÍSTICA INTEGRADA E ARMAZÉNS - PARTE I.

DIRK COSTA DE MATTOS JUNIOR

Graduado em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Especialista em Direito Processual Lato Sensu pela Universidade da Amazônia (UNAMA), em parceria com o Instituto Educar. Advogado.

MONIQUE DE CASTRO RABELO

Graduada em Direito pela Universidade da Amazônia (UNAMA). Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela Universidade Anhanguera (UNIDERP). Advogada.

RESUMO

O presente estudo visa examinar o instituto da imunidade tributária recíproca e a incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadoria e Serviços (ICMS) sobre os serviços de telegrama, carta via internet, SEDEX, encomendas, logística integrada e armazéns, ambos prestados pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, analisando-se os aspectos relativos ao caráter público e essencial de tais serviços. Nesta primeira parte, analisaremos os requisitos constitucionais da imunidade tributária recíproca e como eles devem ser abordados no estudo da incidência do ICMS. Na segunda parte, trataremos de incidência deste tributo nos serviços específicos que figuram como objeto deste estudo.

Palavras-chave: imunidade tributária recíproca, essencialidade, serviço público.

ABSTRACT

This study aims to examine the institution of reciprocal tax immunity and the Tax on Circulation of Goods and Services (ICMS) on services of cable, internet letter, first class mail, parcels, integrated logistics and warehouses, both provided by the Brazilian Post and Telegraph - ECT, analyzing the aspects of public and essential character of such services. In this first part, we analyze the constitutional requirements of reciprocal tax immunity and how they should be addressed in the study of ICMS. The second part will deal with the impact of this tax on the specific services listed as study object.

Keywords: reciprocal tax immunity, essentiality, public service.

Sumário: 1. Introdução 2. A problematização do tema 3. O tema na jurisprudência do STF - o reconhecimento da imunidade tributária recíproca de ICMS sobre os serviços de transporte de encomendas - Recurso Extraordinário nº 627.051/PE 4. Breves considerações sobre a imunidade tributária recíproca extensível à ECT 5. A essencialidade dos serviços postais em seus aspectos econômicos, sociais e jurídicos 5.1. Aspectos econômicos e sociais 5.2. Aspectos jurídicos 6. A imunidade tributária recíproca e os direitos fundamentais 7. Considerações finais 8. Referências

1. Introdução

O tema proposto neste estudo abrange a incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) sobre os serviços de telegrama, carta via internet, SEDEX, encomendas, logística integrada e armazéns, ambos prestados pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, analisando-se os aspectos relativos ao caráter essencial de tais serviços.

A questão voltou a ser objeto de profícuas discussões doutrinárias e jurisprudenciais a partir da decisão proferida nos autos do RE 627.051, através da qual o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a existência de repercussão geral em recurso extraordinário interposto pela ECT contra acórdão oriundo do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que manteve decisão judicial reconhecendo a constitucionalidade da incidência de ICMS sobre o serviço de encomendas.

Nesta primeira parte, discorreremos sobre os aspectos principais relacionados à essencialidade de todos os serviços prestados pela ECT, abordando-os sob o prisma dos requisitos constitucionais elencados no art. 150, inciso VI, alínea "a", da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB). Na segunda parte, abordaremos a incidência do ICMS sobre os serviços específicos que figuram como objeto deste estudo.

2. A problematização do tema

Conforme prevê o art. 21, X da CRFB, compete à União manter o serviço postal e o correio aéreo nacional. Os serviços postais, por sua vez, foram regulamentados pela Lei nº 6.538/78 (lei postal), na qual foram definidas as regras gerais e estruturais de sua prestação.

Ainda no plano infraconstitucional (Dec. Lei nº 509/69), os serviços postais ficaram a cargo da ECT (art. 1º), empresa pública federal responsável

por prestá-los em regime de exclusividade em todo o território nacional (art. 2º, I). No bojo desta responsabilidade figuram não apenas o planejamento, instalação e exploração, como também a continuidade dos serviços postais, a ser exercida com qualidade, confiabilidade e eficiência.

Os serviços postais compreendem atividades exclusivas e não exclusivas. Atualmente, cogita-se se apenas os serviços postais exclusivos estariam abrangidos pela imunidade tributária recíproca, excluindo-se dessa regra aqueles tidos por parcela da doutrina como dotados de intuito meramente lucrativo. No âmbito judicial, esta matéria vem sendo abordada pelo Supremo Tribunal Federal fundamentalmente nos autos do Recurso Extraordinário nº 627.051/PE, no qual vem sendo discutida a extensão da regra imunizante ao serviço de transporte de encomendas.

3. O tema na jurisprudência do STF - o reconhecimento da imunidade tributária recíproca de ICMS sobre os serviços de transporte de encomendas - Recurso Extraordinário nº 627.051 – PE

Nos autos do Recurso Extraordinário 627.051/PE, sustentou a ECT que o serviço de transporte de encomendas estaria imune ao ICMS, eis que faria parte do ciclo que compõe a atividade postal. Na ocasião, suscitou que a fruição da imunidade tributária recíproca independeria de quais serviços específicos seriam prestados pela ECT, vez que todas as receitas obtidas seriam revertidas em favor da coletividade. Sob tal perspectiva, nenhum serviço prestado pela estatal teria intuito meramente econômico (afastando-se a incidência do artigo 173, inciso II, da CRFB).

Do ponto de vista econômico, foi ressaltada a iminência de considerável impacto financeiro no orçamento da ECT e, via de consequência, daquele pertencente à própria União. No aspecto social, ponderou-se que os recursos destinados ao pagamento de ICMS deveriam ser utilizados na melhoria e expansão dos serviços postais. Juridicamente, arguiu-se que a tributação estadual violaria frontalmente a norma do art. 150, inciso VI, alínea “a”, da CRFB.

O relator do caso, ministro Dias Toffoli, ressaltou que no RE 601.392/PR o Plenário Virtual do STF já havia reconhecido a existência da repercussão geral da discussão em torno da cobrança do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) nas atividades postais da ECT não abrangidas pelo privilégio postal, as quais prestadas em regime de concorrência com as demais empresas do setor.

Em seu voto, registrou que a questão transcenderia o interesse das partes, repercutindo na esfera de direitos de todos os Estados da Federação, dada a natureza da empresa pública e dos serviços por ela prestados. O

relator foi acompanhado pelos demais ministros da Corte, por unanimidade.

Em consulta ao sítio de informações do STF¹, verifica-se que em 12/11/2014 foi julgado o mérito desta demanda, tendo a Suprema Corte reconhecido, por maioria, a intributabilidade dos serviços de transporte de mercadorias pela ECT por ICMS. Segundo o Pretório Excelso, este serviço está abrangido pela imunidade tributária recíproca, prevista no artigo 150, inciso VI, alínea "a", da Constituição Federal, pois a ECT "se trata de empresa pública sujeita a obrigações que não se estendem às empresas privadas".

Restou consignado que a ECT *"tem o encargo de alcançar todos os lugares do Brasil, não importando o quão pequenos ou remotos sejam, e a empresa não pode se recusar a levar uma encomenda – algo que pode ser feito na iniciativa privada". E mais: "a ECT utiliza espaços ociosos nos veículos para transportar as mercadorias, logo não está criando uma estrutura para competir exclusivamente com empresas particulares"*.

Trata-se de precedente com repercussão geral através do qual o STF declaradamente assentou que o desempenho de atividade não abrangida pelo privilégio postal (o serviço de encomendas) não afasta, por si só, o seu viés essencialmente público. Sem dúvida ele se revelou como um passo decisivo rumo à extensão do reconhecimento da imunidade tributária recíproca irrestrita a todos os serviços prestados pela ECT.

Por ter sido proferida em sede de repercussão geral, esta decisão vincula os órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública Direta e Indireta, nas esferas federal, estadual distrital e municipal. Disto se conclui que não mais deverão ser lavrados Autos de Infração tencionados à cobrança de ICMS sobre os serviços de encomendas, sendo certo que os que já estiverem em curso provavelmente serão cancelados à míngua de amparo constitucional.

Por fim, registre-se que o STF já vinha discutindo a questão em outros precedentes (ACO 1.454/PB, e nº 958 e 865, o que denota que esta nova concepção veio sendo maturada no âmago da Corte Suprema e provavelmente será estendida a todos os serviços ecetistas.

4. Breves considerações sobre a imunidade tributária recíproca extensiva à ECT

Malgrado o posicionamento definitivo e vinculante do STF acerca da intributabilidade, por ICMS, do serviço de transporte de encomendas, subjaz o interesse jurídico na extensão desta concepção às demais

¹ <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3918527>. Consulta realizada em 01/12/2014.

atividades desenvolvidas pela ECT, notadamente os serviços de telegrama, carta via internet, SEDEX, logística integrada e armazéns. Para tanto, afigura-se necessário o estudo das premissas básicas em torno da imunidade tributária recíproca e de seus requisitos constitucionais.

A imunidade tributária recíproca (art. 150, inciso VI, alínea “a”, da CRFB) é, na concepção doutrinária moderna, norma excepcional protetiva do princípio federativo². Nessa perspectiva, ela estaria adstrita às atividades típicas dos entes políticos, exercidas em tal posição³. Esta limitação somente se aplica aos impostos, sendo extensiva às autarquias e às fundações públicas no que toca ao patrimônio, a renda e os serviços vinculados às suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes. Segundo o magistério de Ricardo Alexandre,

A diferença fundamental é que, nos precisos termos constitucionais, para gozar da imunidade, as autarquias e fundações precisam manter seu patrimônio, renda e serviços vinculados às suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes, restrição esta não aplicável aos entes políticos⁴.

Por força de expressa disposição constitucional (art. 150, par. 3º), tal limitação não se aplica às estatais que exploram atividades econômicas em sentido estrito, regidas por normas próprias de entidades privadas (art. 170, da CRFB), sob pena de mitigar a livre iniciativa que inibe o Estado de se introjetar na manifestação volitiva dos agentes econômicos, ressalvadas as hipóteses excepcionais de regulação e intervenção.

No âmbito das estatais, a regra imunizante vem sendo aplicada sem reservas somente às entidades prestadoras de serviços públicos exclusivos, restando profunda divergência em relação aos serviços não-exclusivos. À exceção do transporte de encomendas, subsiste, ainda, certa recalcitrância judicial e doutrinária de estender a regra imunizante aos demais serviços prestados pela ECT.

Porquanto a mencionada empresa pública ostente personalidade jurídica de direito privado, o fato de prestar serviços públicos exclusivos lhe garante as mesmas prerrogativas tributárias concedidas à Fazenda Pública,

² Constitui-se como cláusula pétreia destinada a proteger o pacto federativo (art. 60, § 4º, I, da CRFB), pois impede a sujeição de um ente federativo ao poder de exação de outro, conforme já decidiu o STF (ADI 939).

³ PAULSEN, Leandro. Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 11ª ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado. Ed. ESMAFE, 2009. p. 244.

⁴ ALEXANDRE, Ricardo. Direito tributário esquematizado – 5ª ed. Ed. Método. São Paulo. Método, 2011. p. 184.

não apenas por expressa disposição constitucional, mas também em razão do que previu o art. 12 do Dec. Lei nº 509/69⁵, in verbis:

Art. 12 - A ECT gozará de isenção de direitos de importação de materiais e equipamentos destinados aos seus serviços, dos privilégios concedidos à Fazenda Pública, quer em relação a imunidade tributária, direta ou indireta, impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, quer no concernente a foro, prazos e custas processuais.

Este artigo foi recepcionado pela Constituição Federal, conforme famoso precedente do STF⁶, tendo esta Corte reconhecido que a ECT também faz jus a imunidade tributária recíproca em relação aos impostos que seriam incidentes sobre a renda e os serviços vinculados as suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.

No centro da divergência doutrinária e jurisprudencial a respeito da incidência do ICMS sobre serviços não exclusivos, reluz a tese de que alguns serviços postais não poderiam ser enquadrados como típicos serviços públicos, pois recobertos de finalidade meramente lucrativa, razão pela qual sobre eles não se aplicaria a imunidade tributária recíproca.

Por força de norma constitucional (art. 155, II) e infraconstitucional (art. 2º, II da lei complementar nº 87/96⁷), o ICMS incidirá sobre a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, por qualquer via, de pessoas, bens, mercadorias ou valores. Há, em sua previsão genérica, o ínsito propósito econômico a justificar-lhe a incidência, viés este que não se coaduna com a natureza jurídica da ECT, tampouco com as atividades que lhe são essenciais.

Malgrado a existência de valorosas vozes em contrário, entendemos que os serviços prestados pela ECT são imunes em razão de suas receitas estarem integralmente vinculadas às suas atividades essenciais (artigos 7ª c/c art. 47 da lei nº 6.538/78), exatamente como ocorre em relação ao transporte de encomendas.

Conforme será demonstrado, a extensão da imunidade recíproca

⁵ Dispõe sobre a transformação do Departamento dos Correios e Telégrafos em empresa pública, e dá outras providências.

⁶ RE 225011 / MG - MINAS GERAIS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA. Julgamento: 16/11/2000. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação DJ 19-12-2002 PP-00073. EMENT VOL-02096-05 PP-00928.

⁷ Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências.

remanesce fulcrada em aspectos econômicos, sociais e jurídicos, os quais foram muito bem analisados nos autos do Recurso Extraordinário nº 627.051 – PE, cujo julgamento definitivo ocorreu em 12/11/2014.

5. A essencialidade dos serviços postais em seus aspectos econômicos, sociais e jurídicos

A essencialidade de todos os serviços prestados pela ECT não é um fenômeno a ser analisado apenas em seu aspecto econômico, alcançando também aspectos sociais e jurídicos, os quais, numa abordagem sistemática, revelam uma incompatibilidade com o viés mercadológico que autorizaria a incidência do ICMS.

5.1. Aspectos econômicos e sociais

A despeito de alguns serviços não terem sido incluídos no regime de privilégio postal⁸, suas receitas fazem parte do ciclo que compõe a atividade postal, estando vinculadas, pois, à continuidade de exercício do próprio objeto social da ECT.

Sob o aspecto econômico, nos últimos cinco anos a ECT vem mantendo índices positivos através da prestação conjugada de serviços exclusivos e não-exclusivos. De acordo com as informações constantes no Relatório de Administração de 2012, publicado no Diário Oficial da União de 24.04.2013⁹, a ECT obteve um lucro líquido de 1.044,061 bilhão de reais em 2012, valor este que superou em 18% os 882,747 milhões de reais contabilizados em 2011¹⁰.

Nesse contexto, as receitas conjugadas favoreceram a expansão dos

⁸ As encomendas e impressos não seriam privilégio postal, conforme decidiu o STF nos autos da ADPF nº 46 (Rel Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/08/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-01 PP-00020). Além deles, há fundada divergência em torno da incidência de ICMS sobre os serviços de telegrama, carta via internet, embalagens vendidas ao consumidor, logística integrada e armazéns, a qual será analisada na segunda parte deste estudo.

⁹ O referido relatório pode ser obtido em consulta ao seguinte endereço eletrônico: http://www.correios.com.br/sobreCorreios/empresa/publicacoes/processosContasAnuais/2012/Relat%C3%B3rio%20de%20Gest%C3%A3o%20de%202012_ECT_16.5.13.pdf

¹⁰ Tais informações poderão ser obtidas através da análise do DEMONSTRATIVO DOS FLUXOS DE CAIXA DOS EXERCÍCIOS FINDOS EM 31 DE DEZEMBRO, disponível no endereço eletrônico: <http://www.correios.com.br/sobreCorreios/empresa/publicacoes/processosContasAnuais/2012/Demonstra%C3%A7%C3%A3o%20do%20Fluxo%20de%20Caixa.pdf>

serviços prestados pela ECT em aproximadamente 50%, sendo que no ano de 2012 foi atingido o percentual de 5,8% sobre 2011 (passando de 13,7 bilhões para 14,5 bilhões de reais). Para o ano de 2013, projetou-se o aumento substancial desta receita, trazendo melhorias significativas nos serviços e condições de trabalho de seus empregados.

Assombram a concretização desses resultados positivos os inúmeros autos de infração lavrados por autoridades fazendárias estaduais tencionados à cobrança de ICMS por serviços tidos por não abrangidos pelo privilégio postal, alcançando valores milionários. O impacto orçamentário é iminente, vez que a principal fonte de receitas desta estatal advém do exercício de atividades infensas ao privilégio postal.

À evidência que o reconhecimento da imunidade tributária destes serviços não exclusivos tem forte conotação econômica e social, clamando por medidas impeditivas do escoamento de suas receitas (imprescindíveis à manutenção da atividade postal em geral). Pelo exposto, é inevitável reconhecer que a receita dos serviços alheios ao privilégio postal está vinculada às atividades essenciais da ECT, razão pela qual não possuem viés meramente lucrativo, sendo, portanto, imunes ao ICMS.

5.2. Aspectos jurídicos

Na expectativa de superar a tese de que deve haver a incidência de ICMS sobre serviços alheios ao privilégio postal, voltemos as nossas atenções para alguns aspectos jurídicos que revelam a inexistência de bases científicas que justifiquem tal exação. Reitere-se que o simples fato de certos serviços não terem sido legalmente abrangidos pelo privilégio postal não lhes retira o caráter público, nem os recobre de intuito meramente lucrativo, posto que vinculados às finalidades essenciais da ECT.

Porquanto não sejam de titularidade exclusiva desta estatal, os serviços não abrangidos pelo privilégio postal não deixam de ser serviços públicos e, como tais, estão jungidos às regras próprias deste regime. A eles se aplicam sem reservas os princípios da *Adequação, Obrigatoriedade, Adaptabilidade, Universalidade, Modicidade das tarifas, Cortesia, Transparência, Continuidade, Motivação, Controle interno e externo, Regularidade, Eficiência e Segurança*, sem olvidar a incidência de regras de proteção consumerista. E no bojo deste regime, também subjaz a sujeição às regras de responsabilidade objetiva e do dever de licitar a contratação de algumas das atividades que compõem o fluxo postal.

a) A responsabilidade civil objetiva irrestrita da ECT

Segundo a norma do art. 37, § 6º, da CRFB, as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. Tendo por base o magistério de Alexandre Mazza:

Importante notar que o Texto Constitucional, quanto às referidas pessoas jurídicas de direito público, não condiciona responsabilidade objetiva ao tipo de atividade exercida. Por isso, a responsabilidade objetiva decorre da personalidade pública e será objetiva independentemente da atividade desempenhada: prestação de serviço público, exercício do poder de polícia, intervenção no domínio econômico, atividade normativa ou qualquer outra manifestação da função administrativa¹¹.

No que se refere às empresas públicas e sociedades de economia mista, diz a regra constitucional que as mesmas somente responderão objetivamente quando prestarem serviços públicos. Quando exercerem atividades de natureza econômica (tipicamente privadas), responderão subjetivamente. Causa espécie o fato de, Independentemente da natureza jurídica da ECT, ela responder de forma objetiva¹², seja qual for o tipo de serviço prestado. E essa sujeição irrestrita à norma do art. 37, § 6º, da CRFB não faz distinção entre serviços exclusivos e não exclusivos, pois ambos são, repise-se, espécies de serviço público.

A sujeição às regras de responsabilidade civil objetiva é, portanto, reflexo da adoção irrestrita do regime jurídico de direito público. É mais um argumento que reforça a tese de que não há intuito meramente lucrativo nos serviços alheios ao privilégio postal, desautorizando, pois, a incidência de ICMS.

b) O dever de licitar a contratação de serviços correlatos ao serviço postal

Há, por fim, outro importante aspecto jurídico que fulmina a distinção

¹¹ MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 3ª ed. São Paulo. Saraiva. 2013. p. 325.

¹² TRF1ª Região - AGRAC 0015246-37.2006.4.01.3500 / GO, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.982 de 28/03/2014).

¹³ Conforme será demonstrado na segunda parte deste estudo, os serviços de logística integrada e armazéns, mercê de não terem sido previstos na lei postal como serviços postais, foram erigidos a esta condição pelo novo Estatuto da ECT (art. 4º), aprovado através do Decreto nº 8.016, de 17 de maio de 2013.

entre serviços exclusivos e não exclusivos para afastar a incidência de ICMS, notadamente em relação aos serviços correlatos à atividade postal (SEDEX, encomendas, logística integrada e armazéns¹³): trata-se da obrigatoriedade irrestrita de a ECT licitar as atividades-meio necessárias à prestação e manutenção de tais serviços.

Considerando a inexistência de frota própria para dar cabo ao transporte de objetos postais e encomendas, a ECT inevitavelmente precisa lançar mão das hipóteses de licitação previstas na lei nº 8.666/93, em cumprimento ao disposto no art. 37, XXI da CRFB¹⁴.

É cediço que esta peculiar obrigatoriedade não se aplica às estatais que exploram atividades tipicamente econômicas, as quais foram dispensadas do dever de licitar a contratação de serviços instrumentais e a compra de produtos necessários à prestação de suas atividades fins. Não fosse isso, restaria prejudicada a livre concorrência com outras empresas privadas.

Tal é a situação da Petrobrás, a qual, pela relativização da exclusividade da exploração de petróleo trazida pela EC nº 09/95, passou a exercer suas atividades em regime de livre concorrência com empresas do mesmo ramo, deixando de se submeter às regras rígidas previstas na lei nº 8.666/93.

Essa foi, aliás, a tese encampada pelo STF a quando do julgamento do pedido liminar formulado nos autos do MS 27837/DF, no qual se discutiu a possibilidade de a PETROBRÁS continuar se valendo de seu Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado (Decreto nº 2.745/98 e Lei nº 9.478/97), pois estava sendo financeiramente prejudicada em razão da dificuldade de concorrer com as demais prestadoras deste tipo de serviço (por ter de licitar previamente todas as contratações de serviços e produtos relacionados às atividades instrumentais).

Em voto bastante esclarecedor, o Min. Gilmar Mendes ressaltou a possibilidade de relativização das regras de licitação quanto às atividades privadas essenciais da referida estatal, afastando a incidência da norma do art. 173, § 1º, III. Vejamos:

A submissão legal da PETROBRÁS a um regime diferenciado de licitação parece estar justificada pelo fato de que, com a relativização do monopólio do petróleo trazida pela EC nº 9/95, a empresa passou a exercer a atividade econômica de exploração do petróleo em regime de livre competição com as empresas privadas concessionárias da atividade, as quais, frise-se, não estão

¹⁴ Em que pese a presciência do art. 173, §1º, III, da CRFB, o referido estatuto ainda não existe, do que decorre a sujeição da ECT às regras previstas na lei nº 8.666/93.

submetidas às regras rígidas de licitação e contratação da Lei nº 8.666/93.

Definitivamente, não é essa a realidade vivenciada pela ECT. Por ser prestadora de serviço público, sequer se cogita da possibilidade de contratar livremente os serviços instrumentais imprescindíveis às suas finalidades essenciais – todos devem ser licitados e contratados segundo os rígidos critérios da lei nº 8.666/93. Como no campo da responsabilidade civil, o dever de licitar também revela a indissociável natureza pública dos serviços alheios ao privilégio postal, afastando-os da livre concorrência e do viés meramente lucrativo que autorizariam a incidência de ICMS.

Comefeito, se a incidência do imposto estadual pressupõe a existência de intuito meramente lucrativo, o qual, por sua vez, decorre do princípio constitucional da livre concorrência (art. 170, IV, da CRFB), entende-se que os serviços alheios ao privilégio postal, em razão da necessidade de licitar as atividades que lhes são instrumentais, não se enquadram nestes postulados, vez que a licitação torna inviável a concorrência, em pé de igualdade, com as empresas privadas.

Não há como fugir à incidência dos citados preceitos constitucionais: ou o serviço não se submete ao regime de direito público (e sofre a incidência de ICMS), ou a ele está adstrito (gozando da imunidade tributária recíproca que limita a exação estadual). Os serviços alheios ao privilégio postal, em razão da submissão irrestrita da contratação de suas atividades-meio às regras licitatórias, são imunes, portanto, à incidência de ICMS.

6. A imunidade tributária recíproca e os direitos fundamentais

Perscrutando a jurisprudência desfavorável à tese defendida neste artigo, verifica-se que havia julgado oriundo do STF afastando a imunidade tributária recíproca quando o ente público assumir intuito lucrativo em suas atividades (AI 518325 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, j. 06/04/2010, DJe-076, div. 29/04/2010, pub 30/04/2010, ement. vol-02399-08 PP-01685 RTJ vol-00217- PP-00554 RT v. 99, n. 900, 2010, p. 172-175).

A tese esboçada no referido precedente era a de que a imunidade tributária recíproca não se aplicaria ao ente quando este fosse simples adquirente de produto, serviço ou operação onerosa realizada com intuito lucrativo (na condição de “contribuinte de fato”, transferindo a carga tributária a terceiros). Na ocasião, afastou-se a pretensão de exonerar as operações de compra de mercadorias e prestação de serviços do pagamento de ICMS realizadas em território nacional, por equipará-las à “importação

doméstica”. Assentou-se que os precedentes do STF favoráveis à imunidade tributária da ECT não se aplicariam quando o ente público figurasse apenas como contribuinte de fato.

Ousamos dissentir desse entendimento, eis que o mesmo não nos parece suficiente para justificar a incidência de ICMS sobre atividades alheias ao privilégio postal, cuja imunidade deve ser reconhecida como instrumento de salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais. Atualmente, parece ser este o entendimento majoritário do STF a respeito do tema.

Os Direitos fundamentais, segundo autorizada doutrina, são liberdades públicas em seu sentido mais amplo, caracterizando-se como

(...) o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social¹⁵.

Dotadas de relevante interesse coletivo, as atividades exercidas pela ECT agregam, em si mesmas, a noção de essencialidade, perfazendo as seguintes características fundamentais: a) materialidade; b) natureza ampliativa; c) prestação direta pelo Estado ou por seus delegados; d) adoção do regime de direito público; e) satisfação das necessidades essenciais ou secundárias da coletividade.

No que se refere a sua materialidade, tais atividades fazem parte de uma gama de serviços postos à disposição da coletividade a preços módicos e de forma permanente.

Quanto a sua natureza ampliativa, denotam a atuação direta na esfera de interesses dos particulares (ao contrário do poder de Polícia da Administração, essencialmente limitativo), através do oferecimento de vantagens fruíveis de modo universal. Essa forma de atuação decorre do dever de planejá-lo, implantá-lo e explorá-lo de acordo com os artigos 175 e 176 da CRFB, fundamentos constitucionais consagrados no próprio estatuto social da ECT (instituído através do Dec. nº 8.016/2013).

No que tange ao regime de prestação direta pelo Estado, pode-se afirmar que nele se aplicam as regras e princípios do Direito Público, sem olvidar a possibilidade de diálogo de fontes com outros ramos do Direito, tais como o Direito Constitucional, Direito do Consumidor, Direito Comercial, entre outros.

¹⁵ BULOS, Uadi Lammêgo Bulos. Curso de Direito Constitucional – 4ª ed. reformulada e atualizada de acordo com a EC n. 57/2008. São Paulo. Saraiva, 2009, p. 428.

Quanto à satisfação das necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, merece registro que o Tribunal Superior do Trabalho (TST) em mais de uma oportunidade já se pronunciou-se no sentido de que os serviços postais podem ser qualificados como essenciais (DC-8981-76.2012.5.00.0000, Data de Julgamento: 27/09/2012, Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 05/10/2012; DC-6535-37.2011.5.00.0000, Data de Julgamento: 11/10/2011, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 17/10/2011; AgR-DC - 6535-37.2011.5.00.0000, Data de Julgamento: 11/10/2011, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 16/03/2012; DC-1956566-24.2008.5.00.0000, Ministro Rider de Brito, Data de Publicação: DJ 08/07/2008). Do voto proferido pelo relator deste último precedente, é relevante destacar:

(...) “De fato, tal qual ressaltado na v. decisão agravada, os serviços prestados pela ECT caracterizam-se por essenciais à população. É certo, por um lado, que as atividades desenvolvidas pela Suscitante não se encontram arroladas como essenciais pela lei de Greve ---- Lei 7783/1989, artigo 10. Impossível, de outro lado, negar seu caráter indispensável para a população. As atividades postais ocupam relevantíssima posição no universo dos interesses sociais. Podemos pontuar a comunicação com cidadãos situados em longínquas plagas deste país continental; a distribuição de material didático; a viabilização do fornecimento de remédios indispensáveis; as notificações judiciais; o socorro aos que dele necessitem em locais remotos e isolados; o recebimento e o pagamento de contas e obrigações. Tudo a indicar a indispensabilidade dos serviços prestados pela Suscitante. O monopólio das tarefas postais agudiza este caráter essencial, na medida em que a suspensão das atividades impossibilita o cidadão usuário de buscar alternativas em outros prestadores de serviços(...).

Vê-se, pois, que o TST concebe o serviço postal em sentido amplo (exclusivos ou não) como atividade essencial aglutinadora de interesses sociais relevantes e inadiáveis da comunidade, serviço público este de natureza transcendental que não deve sofrer interferências econômicas que possam trazer riscos a sua manutenção.

Fixadas tais premissas, verifica-se que a incidência de ICMS sobre as atividades alheias ao privilégio postal representa um fator jurídico,

econômico e social capaz de trazer riscos a sua manutenção, impingindo à coletividade duas consequências inevitáveis, ambas relacionadas à incorporação do encargo tributário aos custos de operacionalização destes serviços. A primeira diz com o impacto financeiro desta exação, capaz de comprometer sua continuidade e expansão. A segunda se refere à transferência deste encargo aos usuários dos serviços, que passarão a ser contribuintes de fato daquele tributo.

A prevalecer tese de que a ECT deve se tornar mera contribuinte de direito do ICMS, os encargos deste tributo seriam inevitavelmente transferidos à coletividade, mitigando o dever de garantir a modicidade das tarifas postais enquanto princípio intuitivo de defesa dos consumidores, norma constitucional de natureza fundamental (art. 5º, XXXII, da CRFB) e geral (idem, art. 170, V).

É dessa garantia que se extrai a relação intrínseca entre a imunidade tributária recíproca das atividades correlatas ao serviço postal e a proteção aos direitos e garantias fundamentais dos consumidores: por um lado, a não-incidência de ICMS sobre tais serviços garante a sua prestação contínua, eficiente e acessível, resguardando também a sua extensão a todos os segmentos da sociedade (e não apenas aqueles mais rentáveis, visados pelas entidades privadas que exercem atividades puramente lucrativas); por outro, a transferência dos encargos tributários do ICMS aos usuários destes serviços encarecerá suas tarifas, mitigando o direito à fruição de serviços públicos através do pagamento de tarifas módicas.

Também por este motivo deve ser reconhecida a imunidade tributária da ECT em relação ao ICMS sobre os serviços não exclusivos, medida esta que se constitui como verdadeiro instrumento de salvaguarda dos direitos fundamentais de seus usuários (art. 5º, XXXII, da CRFB).

7. Considerações finais

À guisa de conclusão desta primeira parte, pode-se afirmar que todos os serviços prestados pela ECT são interdependentes e vinculados às suas finalidades essenciais, tese esta encampada pelo STF para afastar a incidência de ICMS sobre o serviço de transporte de encomendas (em precedente de 12/11/2014, repise-se). Por estarem indistintamente sujeitos ao regime de direito público, a eles se aplicam de forma irrestrita as regras de responsabilidade civil objetiva (art. 37, § 6º, da CRFB) e o dever de licitar as atividades- meio (idem, art. 37, XXI), além dos princípios que regem os serviços públicos em geral.

Em face dessas circunstâncias, são imunes ao ICMS, a eles se aplicando a norma prevista no art. 150, inciso VI, alínea "a, da CRFB.

8. Referências

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário esquematizado**. 5ª Ed. São Paulo: Método, 2011.

BULOS, Uadi Lammêgo Bulos. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Direito Econômico para concursos**. Salvador: JusPodivm, 2011.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord). **Curso de Direito Tributário**. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Parecer: consulta formulada pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos**. São Paulo, 19/08/2005.

PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 11ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.