

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

A **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT**, Empresa Pública Federal, criada nos moldes do Decreto-Lei nº 509/69, inscrita no CNPJ sob o nº 34.028.316/0001-03, com sede no Setor Bancário Norte, Quadra 01, Conjunto 03, Bloco A, Edifício Sede dos Correios, 16º Andar, em Brasília/DF, por seus advogados infra-assinados, vem, mui respeitosamente, perante Vossa Excelência, ajuizar **AÇÃO CIVIL ORIGINÁRIA** ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL E DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA, COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA *INAUDITA ALTERA PARS*, com fundamento nos art. 103, I, “f”, da Constituição Federal, em desfavor do **DISTRITO FEDERAL**, pessoa jurídica de Direito Público, localizado na Praça do Buruti, Eixo Monumental, Brasília/DF, CEP 70075-900, a ser notificado na pessoa de quem o represente, com base nos fatos e fundamentos a seguir:

**I. PRELIMINARMENTE**

**I.1 Do cabimento da Ação Civil Originária**

Nos termos do artigo 21, X, da Constituição Federal, compete à União “**manter o serviço postal e o correio aéreo nacional**”. Na lição de José Afonso da Silva, trata-se de “*competência na área de prestação de serviço*”, conferida pela Constituição Federal à União, para explorar determinados serviços públicos, sob o regime de exclusividade, dentre eles, o serviço postal e o correio aéreo nacional (SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à constituição. 6. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2010. p. 65).

Aliás, o Excelentíssimo Ministro EROS GRAU deixou claro que ***“é certo, portanto, no quanto ora importa considerar, não existir, em face do texto da Constituição do Brasil, a 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”*** (ACO 765 QO/RJ. Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU Tribunal Pleno. Publicação: DJe-211).

Acontece que a União não mantém o serviço postal de forma direta, pois atualmente essa atividade é desempenhada pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, como verdadeira instrumentalidade administrativa. Em verdade, é a ECT que, sozinha (leia-se: sem subsídio da União) auto-financia (leia-se: mantém) o serviço postal.

Com essas premissas tem-se que o serviço postal é serviço público por definição constitucional, que esse serviço é mantido e executado pela ECT por delegação 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 finalidades públicas, porquanto estritamente ligadas ao desempenho de funções e atribuições de sua competência por força de lei (Decreto-Lei n° 509/69 e Lei n° 6.538/78).

Pois bem. Conforme será demonstrado, o DISTRITO FEDERAL autuou a ECT em razão do não recolhimento do **ICMS-transporte** sobre o **serviço postal de encomendas**, autuação essa que hodiernamente corresponde à estratosférica quantia de R\$ 242.370.960,57 (duzentos e quarenta e dois milhões, trezentos e setenta mil, novecentos e sessenta reais e cinquenta e sete centavos), atualizada até 09/02/2015, conforme se verifica na Intimação n° 26/2015.

**Ocorre que é pacífico o entendimento de que o serviço postal de encomendas não se confunde com o serviço de transporte para fins de incidência tributária, sendo certo que, além do mais, a ECT faz jus à imunidade tributária recíproca quanto aos impostos sobre serviços (nisso incluído o ICMS-Transporte), tudo conforme julgamento da Repercussão Geral no RE 627.051 por esse Egrégio Supremo Tribunal Federal.** (RE 627051, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 12/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-028 DIVULG 10-02-2015 PUBLIC 11-02-2015)

Assim, referida exação tributária e seus respectivos consectários rompem com a imunidade tributária recíproca à qual a ECT faz jus em razão de manter e executar o serviço postal, de forma obrigatória em todo o território nacional, ocorrendo, portanto, **lesão ao princípio do pacto federativo** (CF, art. 1º).

A par disso tudo, está claro o cabimento da presente Ação Civil Originária, com fulcro no art. 102, I, “f”, até porque esse Egrégio Supremo Tribunal Federal conheceu e julgou procedente demandas aforadas pela ECT com esse mesmo fim.

Para tanto, vejam-se os seguintes precedentes quanto ao cabimento de Ação Civil Originária perante esse Egrégio Supremo Tribunal Federal, inclusive caso concreto quanto à notificação da ECT para recolhimento de ICMS, todos concluindo pela imunidade tributária recíproca, *in verbis*:

“AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. **ESTADO QUE NOTIFICOU A ECT PARA RECOLHIMENTO DE ICMS**. INCIDÊNCIA DA IMUNIDADE RECÍPROCA ÀS EMPRESAS PÚBLICAS PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. JURISPRUDÊNCIA. AGRAVO DESPROVIDO. 1. **A ECT, atuando como empresa pública prestadora de serviço público, está albergada pela imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, ‘a’ do texto constitucional. Precedentes. 2. No julgamento da ADPF 46, o Supremo Tribunal Federal afirmou o entendimento de que o serviço postal, prestado pela ECT em regime de exclusividade, não consubstancia atividade econômica estrita, constituindo modalidade de serviço público. 3. Agravo regimental a que se nega provimento**”. (ACO 1331 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 18/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-244 DIVULG 11-12-2014 PUBLIC 12-12-2014)

“AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA – EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS (ECT) – TRIBUTO INSTITUÍDO POR LEI ESTADUAL (IPVA) – PRETENDIDO RECONHECIMENTO DA PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA – CONFLITO DE INTERESSES ENTRE A EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS E O ESTADO DE SÃO PAULO – **LITÍGIO QUE SE SUBMETE, POR EFEITO DE POTENCIAL LESÃO AO PRINCÍPIO FEDERATIVO, À ESFERA DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL** – HARMONIA E EQUILÍBRIO NAS RELAÇÕES

INSTITUCIONAIS ENTRE OS ESTADOS-MEMBROS E A UNIÃO FEDERAL, INCLUSIVE ENTRE AQUELES E EMPRESAS GOVERNAMENTAIS, COMO A ECT, INCUMBIDAS DE EXECUTAR SERVIÇOS QUE A PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DEFERIU, SOB RESERVA DE MONOPÓLIO, À UNIÃO FEDERAL – O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO TRIBUNAL DA FEDERAÇÃO – CONSEQUENTE EXTENSÃO, A ESSA EMPRESA PÚBLICA, EM MATÉRIA DE IMPOSTOS, DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL FUNDADA NA GARANTIA DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA (CF, ART. 150, VI, “a”) – O ALTO SIGNIFICADO POLÍTICO-JURÍDICO DESSA GARANTIA CONSTITUCIONAL, QUE TRADUZ UMA DAS PROJEÇÕES CONCRETIZADORAS DO POSTULADO DA FEDERAÇÃO – IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DA ECT, EM FACE DO IPVA, QUANTO AOS VEÍCULOS DE SUA PROPRIEDADE NECESSÁRIOS ÀS ATIVIDADES EXECUTADAS NO DESEMPENHO DO ENCARGO QUE, A ELA OUTORGADO, FOI DEFERIDO, CONSTITUCIONALMENTE, À UNIÃO FEDERAL – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA JULGADA PROCEDENTE – OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA EQUIDADE – CONDENAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA – VERBA HONORÁRIA – ESTIPULAÇÃO EM DEZ POR CENTO SOBRE O VALOR ATUALIZADO DA CAUSA (CPC, ART. 20, § 4º) – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. – A Constituição da República confere ao Supremo Tribunal Federal a posição eminente de Tribunal da Federação (CF, art. 102, I, “f”), atribuindo-lhe, em tal condição institucional, o poder de dirimir controvérsias, que, ao irromperem no seio do Estado Federal, culminam, perigosamente, por antagonizar as unidades que compõem a Federação. Essa magna função jurídico-institucional da Suprema Corte impõe-lhe o gravíssimo dever de velar pela intangibilidade do vínculo federativo e de zelar pelo equilíbrio harmonioso das relações políticas entre as pessoas estatais que integram a Federação brasileira. A aplicabilidade da norma inscrita no art. 102, I, “f”, da Constituição estende-se aos litígios cuja potencialidade ofensiva revela-se apta a vulnerar os valores que informam o princípio fundamental que rege, em nosso ordenamento jurídico, o pacto da Federação. Doutrina. Precedentes. – A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), que é empresa pública, executa, como atividade-fim, em regime de monopólio, serviço postal constitucionalmente outorgado à União Federal, qualificando-se, em razão de sua específica destinação institucional, como entidade delegatária dos serviços públicos a que se refere o art. 21, inciso X, da Lei Fundamental, o que exclui essa empresa governamental, em matéria de impostos (inclusive o IPVA, de competência dos Estados-membros e do Distrito Federal), por

efeito do princípio da imunidade tributária recíproca (CF, art. 150, VI, “a”), do poder de tributar deferido aos entes políticos em geral. Precedentes. – **Consequente inexistência, por parte do Estado-membro tributante (o Estado de São Paulo, no caso) do IPVA referente aos veículos de propriedade da ECT necessários às atividades por ela executadas na prestação dos serviços públicos: serviço postal, na espécie.** (ACO 803 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 26/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-029 DIVULG 11-02-2015 PUBLIC 12-02-2015)

TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE RECÍPROCA DA EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. IPVA. 1. **A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal orienta-se no sentido de que a imunidade recíproca deve ser reconhecida em favor da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, ainda que o patrimônio, renda ou serviço desempenhado pela Entidade não esteja necessariamente relacionado ao privilégio postal.** 2. **Especificamente com relação ao IPVA, cumpre reafirmar o quanto assentado na ACO nº 789/PI, Redator para o acórdão o Ministro Dias Toffoli, ocasião na qual foi confirmada a outorga da imunidade recíproca para o fim de afastar a incidência sobre os veículos de propriedade da requerente.** 3. **Ação Cível Originária julgada procedente.** (ACO 879, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 26/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-027 DIVULG 09-02-2015 PUBLIC 10-02-2015)

Assim resta demonstrado o cabimento da presente Ação Civil Originária.

## **I.2. Da desnecessidade do depósito da exação fiscal questionada como condição de admissibilidade da ação judicial na qual se discute a exigibilidade do crédito tributário**

Nos termos da **Súmula Vinculante nº 28** do Supremo Tribunal Federal, “*é inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário*”.

Portanto, se faz desnecessária a efetivação do depósito preparatório do valor do débito, nos termos do art. 38, caput da Lei nº 6830/80.

## II. DOS FATOS

A ECT, em 17 de novembro de 2008, foi autuada pelo DISTRITO FEDERAL por ter “deixado de recolher” o Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, referente à prestação de “**serviços de transportes interestadual por qualquer via, de bens, mercadorias ou valores**”, no período de janeiro de 2002 a abril de 2008, totalizando um crédito tributário de R\$ 40.863.528,40 (quarenta milhões, oitocentos e sessenta e três mil, quinhentos e vinte e oito reais e quarenta centavos).

Foi-lhe aplicada multa sobre a obrigação principal (face ao não recolhimento do tributo), no importe de R\$ 98.267.168,04 (noventa e oito milhões, duzentos e sessenta e sete mil, cento e sessenta e oito reais e quatro centavos).

Na mesma autuação, foi-lhe aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória (não emissão de documentos fiscal em prestação de serviços de transporte interestadual) no valor de R\$1.052,13 (um mil e cinquenta e dois reais e treze centavos).

Referida autuação teve como fundamento a Lei nº 1.254/96, arts. 2º, II; 4º, §1º, I; 6º, VI; 19, IV; 22; 46; 47, IV; 65, II, c, e 66, II e no Decreto nº 18.955/97, arts. 2º, II; 7º, 12; 34, VI; 47, IV; 74, II, d, 2; 77, IV; 362, §1º; e 368, I.

Após a correção monetária, juros de mora e penalidades cabíveis (artigo 362, parágrafo §1º, do Decreto nº18.955/97 – multa de 200%), o crédito tributário somou R\$ 167.557.350,40 (Cento e sessenta e sete milhões, quinhentos e cinquenta e sete mil, trezentos e cinquenta reais e quarenta centavos).

Hodiernamente os valores discutidos correspondem à estratosférica quantia de **R\$ 242.370.960,57** (duzentos e quarenta e dois milhões, trezentos e setenta mil, novecentos e sessenta reais e cinquenta e sete centavos), atualizada até 09/02/2015, conforme se verifica na Intimação nº 26/2015.

Inconformada com a autuação supramencionada, em 04 de dezembro de 2008, a ECT apresentou Impugnação (fls. 496/519 do auto de infração nº 12.126/2008), suscitando, preliminarmente, a decisão proferida por esse Egrégio Supremo Tribunal Federal na Ação Cível Originária nº 958, que suspendeu a

cobrança do Imposto sobre o Serviço de Qualquer Natureza, bem como a decadência do crédito tributário, nos termos do art. 149, do CTN; no mérito, destacou-se, em síntese, que goza dos privilégios e garantias da Fazenda Pública, dentre elas a imunidade tributária.

Após relatório e parecer da Gerência de Julgamento e Processo Administrativo-Fiscal (fls. 533/538), em 15 de abril de 2010, decidiu-se pela parcial procedência da infração, excluindo-se os débitos relativos ao exercício de 2002, alcançados pela decadência, mantendo-se os demais termos da autuação (fls. 539).

Em face de tal decisão, a ECT interpôs Recurso Voluntário (fls. 543/559), o qual foi devidamente recebido (fls. 568).

No julgamento do Recurso Voluntário da ECT, o Conselheiro Relator Kleber Nascimento entendeu pelo seu provimento com base nos entendimentos proferidos por esse Supremo Tribunal Federal acerca da imunidade tributária da ECT (fls. 577/579).

Contudo, a Primeira Câmara do Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais, por maioria, entendeu por negar provimento ao Recurso Voluntário sob o fundamento de que *“o instituto da imunidade para os serviços de transporte prestados pela ECT estão restritos à lei de criação, que basicamente são os serviços postais de recebimento, expedição, transporte e entrega de objeto de correspondência, valores e encomendas. Para os demais serviços que necessita a sociedade e que se encontram em concorrência direta com as empresas privadas, deverão sofrer a tributação em regime jurídico próprio das empresas privadas”* (fls. 581).

Por se tratar de decisão não unânime e em razão da sucumbência no reconhecimento da decadência, houve Recurso de Ofício ao Pleno, sendo que às fls. 593/619 verifica-se Recurso Extraordinário interposto pela ECT, ambos a serem apreciados pelo Pleno do Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais.

Ao apreciar os recursos, o Conselheiro Relator Giovani Leal da Silva expôs o seguinte:

“revendo posição anteriormente assumida no julgamento cameral, além de considerar, também, o voto do Conselheiro Kleber Nascimento naquela mesma ocasião (LER), conheço do Recurso Extraordinário para dar-lhe provimento, no sentido de declarar improcedente o lançamento, pois na busca da verdade material, concluí que os serviços

de SEDEX enquadram-se como serviços postais e não serviços de transporte interestadual [...].”

Tal entendimento, favorável à ECT, foi acompanhado pelo Conselheiro James Alberto Vitorino de Sousa.

Todavia, o Pleno, por maioria, entendeu por negar provimento ao Reexame Necessário e ao Recurso Extraordinário, sob o argumento de que o *“Sedex interestadual é sujeito ao ICMS conforme inciso II do art. 2 da Lei Complementar Federal 87 de 1996. Inexiste imunidade para exploração de atividades econômicas da empresa pública ECT, conforme §3º do art. 150 e §2º e inciso II do art. 173, ambos da Constituição Federal”*.

Assim, em 20 de fevereiro de 2015, a ECT recebeu a Intimação nº 26/2015, para recolher aos cofres da Fazenda do DISTRITO FEDERAL o valor de R\$ 242.370.960,57 (Duzentos e quarenta e dois milhões, trezentos e setenta mil, novecentos e sessenta reais e cinquenta e sete centavos), atualizados até 09/02/2015.

Diante disso, não resta alternativa à ECT senão socorrer-se do Poder Judiciário para ver declarada sua imunidade tributária quanto ao ICMS-transporte, a teor do disposto no artigo 150, VI, a, da Constituição Federal, conforme será demonstrado.

### III. DO MERITO

Conforme visto acima, a matéria versada neste processo refere-se ao **serviço postal de encomendas**, em relação ao qual o DISTRITO FEDERAL entendeu incidir ICMS-Transporte e consectários, classificando-o como “serviços de transportes interestadual por qualquer via, de bens, mercadorias ou valores”.

Todavia, convém destacar que esse Supremo Tribunal Federal julgou o **Recurso Extraordinário nº 627.051** sob a sistemática da repercussão geral da matéria constitucional, oportunidade em que consagrou a **não incidência de ICMS sobre o serviço de postal de encomendas** (por não se confundir com serviço de transporte), **bem como consagrou a imunidade tributária da ECT quanto ao tributo em questão**. Veja-se:



“Recurso extraordinário com repercussão geral. Imunidade recíproca. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Peculiaridades do Serviço Postal. Exercício de atividades em regime de exclusividade e em concorrência com particulares. Irrelevância. ICMS. **Transporte de encomendas. Indissociabilidade do serviço postal. Incidência da imunidade do art. 150, VI, a da Constituição.** Condição de sujeito passivo de obrigação acessória. Legalidade.

1. Distinção, para fins de tratamento normativo, entre empresas públicas prestadoras de serviço público e empresas públicas exploradoras de atividade econômica.

2. As conclusões da ADPF 46 foram no sentido de se reconhecer a natureza pública dos serviços postais, destacando-se que tais serviços são exercidos em regime de exclusividade pela ECT.

3. Nos autos do RE nº 601.392/PR, Relator para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes, ficou assentado que a imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, a, CF, deve ser reconhecida à ECT, mesmo quando relacionada às atividades em que a empresa não age em regime de monopólio.

4. **O transporte de encomendas está inserido no rol das atividades desempenhadas pela ECT, que deve cumprir o encargo de alcançar todos os lugares do Brasil, não importa o quão pequenos ou subdesenvolvidos.**

5. Não há comprometimento do status de empresa pública prestadora de serviços essenciais por conta do exercício da atividade de transporte de encomendas, de modo que essa atividade constitui conditio sine qua non para a viabilidade de um serviço postal contínuo, universal e de preços módicos.

6. A imunidade tributária não autoriza a exoneração de cumprimento das obrigações acessórias. A condição de sujeito passivo de obrigação acessória dependerá única e exclusivamente de previsão na legislação tributária.

7. **Recurso extraordinário do qual se conhece e ao qual se dá provimento, reconhecendo a imunidade da ECT relativamente ao ICMS que seria devido no transporte de encomendas.**(RE 627051, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 12/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-028 DIVULG 10-02-2015 PUBLIC 11-02-2015)

Para corroborar a assertiva, nos autos do **RE nº 868.853**, publicado em 18/03/2015, esse Supremo Tribunal Federal reafirmou os termos do **RE nº 627.051, com repercussão geral, in verbis:**

“RECURSO EXTRAORDINARIO. CONSTITUCIONAL E TRIBUTARIO. **IMUNIDADE RECÍPROCA. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEFAGOS – ECT. NAO INCIDENCIA DE IMPOSTO SOBRE A CIRCULACAO DE MERCADORIAS E SERVICOS – ICMS SOBRE TRANSPORTE DE ENCOMENDAS: DEFINICAO DE SERVICOS POSTAIS. REPERCUSSAO GERAL RECONHECIDA.** ACORDAO RECORRIDO CONSOANTE A JURISPRUDENCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINARIO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.

Relatório

1. Recurso extraordinário interposto com base no art. 102, inc. III, al. a, da Constituição da República contra o seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da Quarta Região: “EMBARGOS A EXECUCAO FISCAL. REMESSA OFICIAL.INTERPOSICAO DE OFICIO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS - ECT. IMUNIDADE. ICMS. HONORARIOS ADVOCATICIOS.MANUTENCAO.

1. A ECT, empresa pública que realiza serviços postais, os quais são de competência exclusiva da União, esta abrangida pela imunidade tributária prevista no artigo 150, inciso VI, letra a, da CF. Precedentes do TRF da 4ª Região e do STF.

2. Os serviços de transporte prestados pela ECT integram o conceito de serviço postal e, por isso, estão fora do campo de incidência do ICMS.

3. Honorários advocatícios mantidos, porquanto fixados de acordo com o entendimento da Turma” (fl. 170, e-STJ).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados.

2. O Recorrente alega contrariedade ao art. 150, inc. VI, al. a, da Constituição da República.

Assevera ser “o serviço prestado pela ECT, relativamente ao transporte de pacotes contendo objetos ou mercadorias, via encomenda SEDEX, (...) fato gerador” do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS (fl. 208).

Examinados os elementos havidos nos autos, DECIDO.

3. Razão jurídica não assiste ao Recorrente.

**4. No julgamento do Recurso Extraordinário n. 627.051, Relator o Ministro Dias Toffoli, com repercussão geral, este Supremo Tribunal Federal reconheceu a imunidade recíproca à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT sobre o “transporte de encomendas”, por ser este “indissociável do serviço postal”, que não integra o campo de incidência do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS:**

*“Recurso extraordinário com repercussão geral. Imunidade recíproca. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Peculiaridades do Serviço Postal. Exercício de atividades em regime de exclusividade e em concorrência com particulares. Irrelevância. ICMS. Transporte de encomendas. Indissociabilidade do serviço postal. Incidência da Imunidade do art. 150, VI, “a”, da Constituição. Condição de sujeito passivo de obrigação acessória. Legalidade. 1. Distinção, para fins de tratamento normativo, entre empresas públicas prestadoras de serviço público e empresas públicas exploradoras de atividade econômica. **2. As conclusões da ADPF 46 foram no sentido de se reconhecer a natureza pública dos serviços postais, destacando-se que tais serviços são exercidos em regime de exclusividade pela ECT.** 3. Nos autos do RE no 601.392/PR, Relator para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes, ficou assentado que a imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, a, CF, deve ser reconhecida a ECT, mesmo quando relacionada as atividades em que a empresa não age em regime de monopólio. 4. O transporte de encomendas está inserido no rol das atividades desempenhadas pela ECT, que deve cumprir o encargo de alcançar todos os lugares do Brasil, não importa o quão pequenos ou subdesenvolvidos. 5. Não há comprometimento do status de empresa pública prestadora de serviços essenciais por conta do exercício da atividade de transporte de encomendas, de modo que essa atividade constitui conditio sine qua non para a viabilidade de um serviço postal contínuo, universal e de preços módicos. 6. A imunidade tributária não autoriza a exoneração de cumprimento das obrigações acessórias. A condição de sujeito passivo de obrigação acessória dependerá única e exclusivamente de previsão na legislação tributária. 7. Recurso extraordinário do qual se conhece e ao qual se dá provimento, reconhecendo a imunidade da ECT relativamente ao ICMS que seria devido no transporte de encomendas” (DJe 11.2.2015, grifos nossos).*

**O acórdão recorrido harmoniza-se com essa orientação jurisprudencial.** Nada há, pois, a prover quanto às alegações do Recorrente.

5. Pelo exposto, nego seguimento ao recurso extraordinário (art. 557, caput, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Publique-se.

Brasília, 12 de março de 2015.

Ministra CÁRMEN LÚCIA

Relatora

(RE 868853, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 12/03/2015, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-052 DIVULG 17/03/2015 PUBLIC 18/03/2015)

Portanto, conforme será demonstrado abaixo, o auto de infração em questão deve ser anulado, bem como deve ser declarada a imunidade tributária da ECT quanto ao ICMS-transporte, arrastando consigo todos os consectários.

### **III.1. Da patente não incidência do ICMS-Transporte sobre serviço postal de encomendas (não há fato jurígeno imponible) – Diferenças entre o serviço postal e o serviço de transporte**

É cediço que a ECT mantém e executa o serviço postal em todo o território nacional, sendo que nos termos da Lei nº 6.538/78, em seu artigo 7º, **constitui serviço postal: o recebimento, expedição, transporte e entrega de objetos de correspondência, valores e encomendas, conforme definido em regulamento, in verbis:**

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

Assim, de início, vale frisar que por expressa definição legal **as encomendas se inserem no conceito de serviço postal.**

Além do mais, nos termos do art. 9º incisos I *usque* III, da Lei nº 6.538/78, combinado com o entendimento desse Egrégio Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 46, são **serviços postais exclusivos da ECT o recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de carta, cartão-postal e correspondência agrupada, bem como a fabricação, emissão de selos e de outras fórmulas de franqueamento postal.**

Noutro canto, **não estão sujeitos ao regime de exclusividade**, por estarem fora do campo de incidência do art. 9º da Lei nº 6.538/78, o recebimento, expedição, transporte e entrega de valores e **encomendas**, bem como o recebimento, expedição, transporte e entrega de objetos de correspondência definidos como impressos, cecograma e a pequena-encomenda, **não obstante serem típicos serviços postais, consoante art. 7º da Lei nº 6.538/78.**

Assim, o serviço postal (definido do art. 7º da Lei nº 6.538/78 – que engloba expressamente as encomendas) tem uma acepção mais ampla do que os serviços postais sujeitos ao regime de exclusividade (definidos no art. 9º da Lei nº 6.538/78), **mas nos dois casos se está defronte ao serviço postal**, porquanto a Constituição Federal não fez reservas quanto a essa distinção em seu art. 21, inciso X.

Então, a partir da interpretação sistemática dos artigos 7º e 9º da Lei nº 6.538/78, as encomendas se inserem no conceito de serviço postal, porém se inserem na parcela do serviço postal prestado sem exclusividade pela ECT.

Ainda no que diz respeito às encomendas, vale ressaltar que a ECT realiza **serviço público não privativo do Estado**, porquanto a noção de serviço público não está ligada ao regime de exclusividade na sua prestação.

Tanto o é, que EROS GRAU enfatiza que serviço público “*é todo tipo de atividade econômica cujo desenvolvimento compete preferencialmente ao setor público. Não exclusivamente, visto que **o setor privado presta serviço público** em regime de concessão ou permissão*” (GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 11. ed. São Paulo, Malheiros, 2006 p. 103).

Como base nessas premissas, **o serviço postal de encomendas pode ser inserido na classificação de serviço público não privativo** (aqueles que os particulares podem prestar independentemente de autorização estatal). Para tanto, vide lição de IRENE PATRÍCIA NOHARA ao citar EROS GRAU, *in verbis*:

“Também enfatiza Eros Grau que, entre os serviços públicos, existem os privativos que, se prestados pelo setor privado, só podem ser executados após concessão ou permissão de serviços públicos, e **serviços públicos não privativos**, que são para o autor, educação e saúde, uma vez que os arts. 209 e 199 da Constituição **os consideram ‘livres à livre iniciativa’**”. (NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 4. ed. São Paulo, Atlas, 2014. p. 451)

Todavia, *AD ARGUMENTANDUM*, mesmo que se entenda que o serviço postal de encomendas não se enquadra no conceito de serviço público propriamente dito, é notório que **quando a ECT executa o serviço postal de encomendas, realiza atividade de notório interesse público**.

Isso porque, ao contrário das empresas privadas que prestam serviços de encomendas no Brasil, **a ECT está obrigada a realizar suas entregas em todo o território nacional**, mesmo que tal tarefa lhe traga prejuízo econômico-financeiro, dada a anti-economicidade do encaminhamento de objetos postais aos mais longínquos pontos equidistantes do Brasil, país de proporções continentais com locais de difícil acesso (fatos notórios).

Para tanto, destaca-se o Voto do Excelentíssimo Ministro DIAS TOFFOLI no julgamento da Repercussão Geral no RE 627.051, no sentido de que **“o caso, portanto, envolve o transporte de encomendas, o qual também está inserido no rol das atividades desempenhadas pela ECT, que, como dito, deve cumprir o encargo de alcançar todos os lugares do Brasil, não importa o quão pequenos ou subdesenvolvidos, como já assentado no RE nº 601.392/PR”**.

De fato, o Excelentíssimo Ministro GILMAR MENDES e a Excelentíssima Ministra CÁMEN LÚCIA, expuseram as seguintes **peculiaridades do serviço de encomendas** quando do julgamento da Repercussão Geral no RE nº 601.392, *in verbis*:

**“O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Certamente, não é empresa calcada nos padrões de lucratividade de mercado. Todos querem disputar esses grandes mercados, os grandes conglomerados urbanos, mas vai entregar alguma coisa em Cabrobó! Isso acaba sendo monopólio. Aí, os Correios tem o ônus.**

E vamos então pensar em matéria de política tributária. Nesse caso, vamos reconhecer, diante da heterogeneidade, as assimetrias existentes neste país imenso. **Mesmo o chamado “serviço privado” dos Correios é serviço público**, ainda que pareça que nós estejamos aqui procedendo a uma contradição. Entregar uma encomenda em local longínquo, lá em Espinosa, ministra Cámen, lá em Diamantino

A SENHORA MINISTRA CÁMEN LÚCIA - Só tem o Correio mesmo; é fato”. (grifamos)  
(RE-RG 601392/PR DJe-105 PUBLIC 05-06-2013).

Assim, fica demonstrado que a ECT, ao realizar o serviço postal de encomendas, executa atividade de notório interesse público, inclusive de forma deficitária (doc. anexo), por se tratar de um múnus constitucional que esta Empresa Pública Federal está obrigada a cumprir em todo o país.

Noutro canto, a ECT não pode ser equiparada a uma transportadora, inclusive porque, por critérios operacionais do serviço postal, **a aquilo que é definido como encomenda, limita-se a objetos de menor porte, dada a circunstância de serem transportados conjuntamente com as cartas**. Trata-se da globalidade da noção do serviço postal, da definição dos objetos postáveis no sistema dos Correios.

Ora, vale rememorar que a Lei nº 6.538/78, em seu artigo 7º, dispõe que constitui serviço postal: o recebimento, expedição, transporte e entrega de objetos de correspondência, valores e encomendas, **conforme definido em regulamento**. Ademais, vide o que dispõem os artigos 12º e 13º da Lei nº 6.538/78, quanto aos critérios de aceitabilidade, *in verbis*:

**“Art. 12º - O regulamento disporá sobre as condições de aceitação, encaminhamento e entrega dos objetos postais, compreendendo, entre outras, código de endereçamento, formato, limites de peso, valor e dimensões, acondicionamento, franqueamento e registro.**

**“Art. 13º - Não é aceito nem entregue:**

**I - objeto com peso, dimensões, volume, formato, endereçamento, franqueamento ou acondicionamento em desacordo com as normas regulamentares ou com as previstas em convenções e acordos internacionais aprovados pelo Brasil”;**

Tanto o é, que a limitação normativa inerente ao serviço postal de encomendas é **padronizada mundialmente**, de acordo com diretrizes da **UNIÃO POSTAL UNIVERSAL – UPU** (entidade internacional), mediante o normativo denominado Protocolo Final do Regulamento das Encomendas Postais, que dentre outras especificidades prevê o seguinte:

#### **“Artigo RC 115**

Limites de dimensões

- 1. As encomendas não devem ultrapassar 2 metros para qualquer uma das dimensões, nem 3 metros para a soma do comprimento com o maior perímetro, medido num sentido que não seja o do comprimento.**
- 2. Os operadores designados que não estão em condições de admitir, para todas as encomendas ou apenas para as encomendas-avião, as dimensões previstas no parágrafo 1, podem adotar, em vez dessas, uma das dimensões seguintes:**

**2.1** 1,50 m para qualquer uma das dimensões ou 3 m para a soma do comprimento com o maior perímetro, medido num sentido que não seja o do comprimento;

**2.2** 1,05 m para qualquer uma das dimensões ou 2 m para a soma do comprimento com o maior perímetro, medido num sentido que não seja o do comprimento.

**3. As encomendas não devem ter dimensões inferiores às dimensões mínimas previstas para as cartas**”.

(pode ser acessado em:

[http://www.correios.com.br/Produtosaz/complementos/pdf/Reg\\_Encomendas\\_2009\\_Definitivo.pdf](http://www.correios.com.br/Produtosaz/complementos/pdf/Reg_Encomendas_2009_Definitivo.pdf) - acessado dia 08/04/2014) (grifamos).

Logo, o serviço que a ECT presta, o serviço postal (nisto compreendido o serviço postal de encomendas), é totalmente distinto do serviço de transporte, por ter características próprias, inclusive quanto à aceitabilidade dos objetos, pois **segue as regras de dimensões ligadas às cartas**, tal como indicado no item 3 do Artigo RC 115 do Protocolo Final do Regulamento das Encomendas Postais da UNIÃO POSTAL UNIVERSAL – UPU, acima destacado.

Conforme dito alhures, a **padronização dos critérios de aceitabilidade das encomendas, *pari passu* com as cartas, tem função operacional, porquanto o carregamento postal é unitário** (sem distinção de objetos - Cartas, Encomendas, Impressos, etc), pois todos são objetos postais, por expressa definição legal da Lei nº 6.538/78, *in verbis*:

“**Art. 47º** - Para os efeitos desta Lei, são adotadas as seguintes definições:

(...)

**OBJETO POSTAL** - qualquer objeto de correspondência, valor ou encomenda encaminhado por via postal”.

O termo técnico **unitizar** significa unir vários volumes pequenos em um único volume maior, devidamente lacrado, com o intuito de facilitar a movimentação, a armazenagem e o encaminhamento até o seu destino final, concentrando-se vários objetos em apenas um volume, de forma segura. Além do mais, dentro de cada unitizador vai contido todo tipo de carga postal (Cartas, Encomendas, etc).

A par disso, verifica-se que a ECT, ao prestar o serviço postal, está diante de circunstâncias fáticas nitidamente diferentes daquelas inerentes ao contrato de transporte, pois seu espaço de atuação está



ligado a **OBJETOS POSTÁVEIS**, inclusive porque sua estrutura física é destinada a tratar tão somente esses tipos de objetos.

Ademais, muitos dos objetos postais conduzidos pela ECT, dentre eles muitas encomendas, NÃO são objeto de atividade mercantil, não se sujeitam a obrigações tributárias principais ou acessórias, v.g., **produtos usados** remetidos a pessoas físicas sem finalidade mercantil ou **produtos novos** remetidos entre pessoas físicas sem finalidade mercantil (presentes ou simples remessa), em síntese tudo aquilo que é possível ser postado nos CORREIOS, mas que não consistem em atos mercantis procedidos com habitualidade.

Acerca das peculiaridades desses objetos, destacam-se as definições da Lei nº 6.538/78, *in verbis*:

“**Art. 47º** - Para os efeitos desta Lei, são adotadas as seguintes definições:

(...)

**CARTA** - 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.

**CARTÃO-POSTAL** - objeto de correspondência, de material consistente, sem envoltório, contendo mensagem e endereço.

**CORRESPONDÊNCIA** - toda comunicação de pessoa a pessoa, por meio de carta, através da via postal, ou por telegrama.

**ENCOMENDA** - objeto com ou sem valor mercantil, para encaminhamento por via postal.

**IMPRESSO** - reprodução obtida sobre material de uso corrente na imprensa, editado em vários exemplares idênticos.

**PEQUENA ENCOMENDA** - objeto de correspondência, com ou sem valor mercantil, com peso limitado, remetido sem fins comerciais”.

Destarte, verifica-se que a Lei nº 6.538/78, em seu art. 47º, classifica a **ENCOMENDA** como típico **OBJETO POSTAL**, bem como deixa claro que as encomendas e as pequenas encomendas podem ser objetos postais **SEM NENHUM VALOR MERCANTIL**.

Disso tudo se extrai que **TODA CARGA CONDUZIDA ENTRE AS UNIDADES DA ECT É CONSISTENTE DE OBJETOS POSTAIS**, dado o fato estarem classificados como tais na Lei Postal, bem como dado o fato de terem características inerentes ao serviço postal.

**A ECT executa tão somente o serviço postal**, seja com ou sem exclusividade no que diz respeito às peculiaridades de cada objeto postal (ex. cartas e encomendas), **não se confundindo com uma empresa transportadora**.

Vale ressaltar que prévias ao encaminhamento, existe a **fase de recebimento nas Agências dos Correios**, e a **fase de triagem/expedição** (atividade de alta complexidade mediante uso de centros físicos, maquinário de triagem específico e pessoal especializado, pois é preciso dar destinação a tudo aquilo que foi postado nas Agências para qualquer localidade do Brasil).

Ora, uma correspondência ou encomenda postada em uma das agências dos CORREIOS, percorre o seguinte fluxo:

**PRIMEIRA ETAPA:** CAPTAÇÃO, QUANDO OS OBJETOS SÃO RECEBIDOS OU COLETADOS.

**SEGUNDA ETAPA:** TRIAGEM QUANDO, OS OBJETOS SÃO IDENTIFICADOS, TRIADOS E EXPEDIDOS.

**TERCEIRA ETAPA:** DISTRIBUIÇÃO, QUANDO SÃO ENTREGUES AOS SEUS DESTINATÁRIOS.

Por exemplo, uma carta ou uma encomenda postada em São Paulo com destino ao Estado do Amazonas é captada em uma agência da ECT e triada em um centro de tratamento ainda em São Paulo.

O transporte das correspondências das agências aos Centros de Tratamento é realizado por veículos da ECT. Em seguida as correspondências são embarcadas em aeronaves ou caminhões. No destino, a carga postal é triada para entrega pessoal dos objetos postais aos destinatários pelos carteiros.

Nota-se, portanto, que todo esse fluxo não tem nenhuma semelhança com contrato de serviço de transporte. A ECT presta serviço postal, que é regulado por **lei especial**, qual seja: a Lei nº 6.538/1978.

Em linhas gerais, a absorção do transporte pelo serviço postal (aliado ao recebimento expedição e entrega de objetos), dá origem a um **novo fato jurídico**: o SERVIÇO POSTAL, com peculiaridades que lhes são próprias e exclusivas.

O contrato de serviço de transporte, por outro lado, é definido por lei geral (Código Civil), que no artigo 743 estabelece o seguinte: “*Pelo contrato de transporte alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas*”. Não há como confundir contrato de prestação de serviços postais com simples contrato de transporte. Em primeiro lugar porque, enquanto aquele é regulado por lei específica, o outro é regulamentado pelo Código Civil, considerado lei geral dos contratos.

Em síntese, **o serviço postal é contrato típico decorrente da prestação de um serviço público** (nele incluído o serviço postal relativo a encomendas – objeto do RE nº 627.051), **distinto do contrato de transporte**, e regulamentado pela Leiº 6538/78, não sujeito à das obrigações peculiares dos transportadores.

Aliás, o **serviço postal** está definido como **fato jurídico próprio e específico** nos termos do art. 21, X, e 22, V, da Constituição Federal, senão vejamos:

“**Art. 21.** Compete à União:

**X** – manter o **serviço postal** e o correio aéreo nacional”;

“**Art. 22.** Compete privativamente à União legislar sobre:

**V – serviço postal**”;

Veja-se, logo abaixo, nos mesmos artigos 21 e 22, que quando a Constituição Federal quer tratar do **transporte propriamente dito**, ela o trata de forma clara e direta e **distinta do serviço postal**, senão vejamos:

“**Art. 21.** Compete à União:

**XII** - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

(...)

**d)** os **serviços de transporte** ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;

**e)** os **serviços de transporte** rodoviário interestadual e internacional de passageiros”;

“**Art. 22.** Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

**IX** - diretrizes da política nacional de transportes;

(...)

**XI** - trânsito e **transporte**”;

O que se quer dizer, é que a Constituição Federal, ao prever expressamente o serviço postal como fato jurígeno, classifica-o como um todo, como uma única só ocorrência, inclusive no âmbito da competência legislativa material, **DISTINGUINDO-O DE FORMA EXPRESSA E CATEGÓRICA DO SERVIÇO DE TRANSPORTE.**

Logo, não há competência tributária para fazer incidir ICMS sobre serviço postal, porquanto a própria Constituição Federal destaca os fatos jurígenos que dão azo à incidência do ICMS, sendo que em nenhum deles se encontra o serviço postal, senão vejamos:

“**Art. 155. Compete aos Estados** e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:  
(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

**II** - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de **transporte interestadual e intermunicipal** e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

Incide, *in casu*, de forma categórica, as seguintes normas do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

“**Art. 108.** (...)

(...)

**§1º** O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei”.

**“Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias”.**

Vale dizer, o DISTRITO FEDERAL, *in casu*, nada mais fez do que **alterar a definição do serviço postal** para definir sua competência tributária (ou mesmo emprestar interpretação prejudicial mediante analogia), **em manifesta lesão aos arts. 108, §1º e 110 do CTN**, acima transcritos. Nesse sentido destaca-se a jurisprudência:

**“Tributário. Imposto de Renda. Isenção. Microempresa. Corretagem e Representação Comercial. Leis nº 7.256/84 e 7.713/88. Ato Declaratório CST nº 24/89. Súmula 184/STJ.**

**1. Representação comercial não se "assemelha" às atividades da corretagem, não sendo de feliz inspiração a interpretação da autoridade fiscal, sob a réstia do art. 51, Lei 7.713/88, com elastério, sob o argumento da similitude, equiparar atividades de características profissionais diferentes. Ilegalidade na restrição das microempresas beneficiárias da isenção do Imposto de Renda (Lei 7.256/84, art. 11, I). Aplicação da Súmula 184/STJ.**

**2. Recurso sem provimento”. (REsp 118973 / RS RECURSO ESPECIAL 1997/0009609-2 Relator(a) Ministro MILTON LUIZ PEREIRA (1097) Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento 02/12/1999 Data da Publicação/Fonte ,DJ 28/02/2000 p. 41)**

Deveras categórica e elucidativa a lição do Excelentíssimo Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que **NÃO é feliz a inspiração da autoridade fiscal, sob argumento da similitude, equiparar atividades de características diferentes.**

**MUTATIS MUTANDIS, a ECT, ao prestar o serviço postal (que tem características próprias), não pode se sujeitar, por extensão, analogia ou similitude, à tributação pelo ICMS relativo ao serviço de transporte.**

**O serviço postal é um conjunto indissociável de etapas**, que não está contemplado no artigo 155, II da Constituição Federal como tributável pelo ICMS. Portanto, **trata-se de não incidência pura ou simples**, isto é, o DISTRITO FEDERAL não dispõe de competência tributária para tributar o serviço postal.

Ora, *exceptiones sunt strictissimae interpretationis* (interpretam-se as exceções estritamente), visto que as normas que regulamentam o transporte não se aplicam ao Serviço Postal e vice-versa, inclusive aquelas destinadas à competência tributária relativa ao ICMS.

Aliás, esse entendimento foi consagrado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Repercussão Geral no RE 627.051, sendo que o Excelentíssimo Ministro DIAS TOFFOLI destacou claramente que **“Nesse contexto, não pode a ECT ser equiparada a uma transportadora privada cuja atividade fim (objeto) seja o transporte de mercadorias. O recebimento, o transporte e a entrega de correspondências e encomendas são fases indissociáveis do serviço postal”**.

Sem contar que de acordo com os princípios gerais da hermenêutica, no caso de dúvidas jurídicas envolvendo disposições de lei geral e de lei especial, deve prevalecer esta no lugar daquela.

Isso tudo demonstra que a forma de execução do serviço postal é nitidamente diferente do serviço de transporte comum; **são eles fatos jurígenos nitidamente distintos**, o que revela a não incidência do ICMS sobre o serviço postal.

### **III.2. Da imunidade tributária da ECT quanto ao ICMS-Transporte**

Neste tópico, por primeiro, cumpre ressaltar que esse Egrégio Supremo Tribunal Federal, em recente julgamento, definiu que **a imunidade tributária da ECT abrange todas as suas atividades** (RE nº 601.392 com Repercussão Geral), *in verbis*:

“Recurso extraordinário com repercussão geral. 2. Imunidade recíproca. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. 3. Distinção, para fins de tratamento normativo, entre empresas públicas prestadoras de serviço público e empresas públicas

exploradoras de atividade. Precedentes. 4. Exercício simultâneo de atividades em regime de exclusividade e em concorrência com a iniciativa privada. Irrelevância. Existência de peculiaridades no serviço postal. Incidência da imunidade prevista no art. 150, VI, “a”, da Constituição Federal. 5. Recurso extraordinário conhecido e provido”.

(RE 601392 / PR - PARANÁ RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES Julgamento: 28/02/2013 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-105 DIVULG 04-06-2013 PUBLIC 05-06-2013)

**Com efeito, vale destacar o resultado do *leading case* RE nº 601.392 no sentido de que a imunidade tributária da ECT deve abarcar tanto os serviços tipicamente postais mencionados no art. 9º da Lei 6.538/78, quanto os demais serviços prestados pela ECT para fins de subsídios cruzados.**

De toda forma, vale relembrar que constitui serviço postal o recebimento, expedição, transporte e entrega de objetos de correspondência, valores e encomendas, consoante dispõe o art. 7º da Lei nº 6.538/78.

Portanto, **o encaminhamento de encomendas está dentro do âmbito de atividades principais da ECT, pois faz parte do conceito de serviço postal** (art. 7º da Lei nº 6.538/78), não obstante se tratar de um serviço postal não exclusivo por estar fora do rol do art. 9º da Lei nº 6.538/76.

Nessa ordem de ideias tem fundamento jurídico abrangido pelo entendimento dessa Corte ao julgar o *leading case* RE nº 601.392, **pois se as atividades correlatas e afins praticadas pela ECT gozam de imunidade tributária, com muito mais razão, as atividades tipicamente postais (tais como o encaminhamento de encomendas etc.), também devem gozar desse benefício tributário.**

Assim, os fundamentos de direito contidos no *decisium* do *leading case* RE nº 601.392, por si só, estão aptos e suficientes incidirem sobre os fatos aqui discutidos, **fazendo com que esta demanda seja de plano julgada favorável à ECT.**

Outrossim, **destaca-se há tempos foi construída sólida jurisprudência por esse Egrégio Supremo Tribunal Federal quanto à imunidade tributária da ECT:** (RE 407099 / RS DJ 06-08-2004 PP-00062) (RE 398630 / SP - DJ 17-09-2004) (RE 354897 / RS - DJ 03-09-2004) (ACO 765 QO / RJ - DJe-211) (RE 357291 AgR / PR – DJ 02-06-2006) (ACO 811 AgR / DF DJe-162 ) (ACO 959 / RN DJe-088) (ACO-AgRg 765-1/RJ, Informativo STF nº 443) (ACO 1095 MC-AgR / GO DJe-078) (ACO 803 TAR-QO / SP DJe-185) (AI 690242 AgR / SP DJe-071) (ACO 765 / RJ DJe-167) (AI 748076 AgR / MG DJe-223) (RE 552736 AgR / RS - DJe-218) (ACO 789 / PI – DJe-194).

**De todo modo, conforme já antecipado ao início do tópico do mérito, esse Egrégio Supremo Tribunal Federal julgou a Repercussão Geral no RE 627.051, a fim de sacramentar a imunidade da ECT quanto ao ICMS sobre “transporte” de encomendas.** Veja-se:

“Recurso extraordinário com repercussão geral. Imunidade recíproca. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Peculiaridades do Serviço Postal. Exercício de atividades em regime de exclusividade e em concorrência com particulares. Irrelevância. ICMS. **Transporte de encomendas. Indissociabilidade do serviço postal. Incidência da Imunidade do art. 150, VI, a da Constituição.** Condição de sujeito passivo de obrigação acessória. Legalidade.

1. Distinção, para fins de tratamento normativo, entre empresas públicas prestadoras de serviço público e empresas públicas exploradoras de atividade econômica.
2. As conclusões da ADPF 46 foram no sentido de se reconhecer a natureza pública dos serviços postais, destacando-se que tais serviços são exercidos em regime de exclusividade pela ECT.
3. Nos autos do RE nº 601.392/PR, Relator para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes , ficou assentado que a imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, a, CF, deve ser reconhecida à ECT, mesmo quando relacionada às atividades em que a empresa não age em regime de monopólio.
- 4 . **O transporte de encomendas está inserido no rol das atividades desempenhadas pela ECT, que deve cumprir o encargo de alcançar todos os lugares do Brasil, não importa o quão pequenos ou subdesenvolvidos.**
5. Não há comprometimento do status de empresa pública prestadora de serviços essenciais por conta do exercício da atividade de transporte de encomendas, de modo que essa atividade constitui conditio sine qua non para a viabilidade de um serviço postal contínuo, universal e de preços módicos.



6. A imunidade tributária não autoriza a exoneração de cumprimento das obrigações acessórias. A condição de sujeito passivo de obrigação acessória dependerá única e exclusivamente de previsão na legislação tributária.

**7. Recurso extraordinário do qual se conhece e ao qual se dá provimento, reconhecendo a imunidade da ECT relativamente ao ICMS que seria devido no transporte de encomendas.**(RE 627051, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 12/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-028 DIVULG 10-02-2015 PUBLIC 11-02-2015)

Conforme dito alhures, para corroborar a questão, nos autos do **RE nº 868.853**, publicado em 18/03/2015, o Supremo Tribunal Federal reafirmou os termos do **RE nº 627.051, com repercussão geral**, *in verbis*:

“RECURSO EXTRAORDINARIO. CONSTITUCIONAL E TRIBUTARIO. **IMUNIDADE RECÍPROCA. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEFONEGRAMAS – ECT. NÃO INCIDÊNCIA DE IMPOSTO SOBRE A CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – ICMS SOBRE TRANSPORTE DE ENCOMENDAS: DEFINIÇÃO DE SERVIÇOS POSTAIS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.** ACÓRDÃO RECORRIDO CONSOANTE A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINARIO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.  
Relatório

1. Recurso extraordinário interposto com base no art. 102, inc. III, al. a, da Constituição da República contra o seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da Quarta Região: “EMBARGOS A EXECUÇÃO FISCAL. REMESSA OFICIAL. INTERPOSIÇÃO DE OFÍCIO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAMAS - ECT. IMUNIDADE. ICMS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MANUTENÇÃO.

1. A ECT, empresa pública que realiza serviços postais, os quais são de competência exclusiva da União, esta abrangida pela imunidade tributária prevista no artigo 150, inciso VI, letra a, da CF. Precedentes do TRF da 4ª Região e do STF.

2. Os serviços de transporte prestados pela ECT integram o conceito de serviço postal e, por isso, estão fora do campo de incidência do ICMS.

3. Honorários advocatícios mantidos, porquanto fixados de acordo com o entendimento da Turma” (fl. 170, e-STJ).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados.

2. O Recorrente alega contrariedade ao art. 150, inc. VI, al. a, da Constituição da República.

Assevera ser “o serviço prestado pela ECT, relativamente ao transporte de pacotes contendo objetos ou mercadorias, via encomenda SEDEX, (...) fato gerador” do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS (fl. 208).

Examinados os elementos havidos nos autos, DECIDO.

3. Razão jurídica não assiste ao Recorrente.

**4. No julgamento do Recurso Extraordinário n. 627.051, Relator o Ministro Dias Toffoli, com repercussão geral, este Supremo Tribunal Federal reconheceu a imunidade recíproca à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT sobre o “transporte de encomendas”, por ser este “indissociável do serviço postal”, que não integra o campo de incidência do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS:**

*“Recurso extraordinário com repercussão geral. Imunidade recíproca. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Peculiaridades do Serviço Postal. Exercício de atividades em regime de exclusividade e em concorrência com particulares. Irrelevância. ICMS. Transporte de encomendas. Indissociabilidade do serviço postal. Incidência da Imunidade do art. 150, VI, “a”, da Constituição. Condição de sujeito passivo de obrigação acessória. Legalidade. 1. Distinção, para fins de tratamento normativo, entre empresas públicas prestadoras de serviço público e empresas públicas exploradoras de atividade econômica. **2. As conclusões da ADPF 46 foram no sentido de se reconhecer a natureza pública dos serviços postais, destacando-se que tais serviços são exercidos em regime de exclusividade pela ECT.** 3. Nos autos do RE no 601.392/PR, Relator para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes, ficou assentado que a imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, a, CF, deve ser reconhecida a ECT, mesmo quando relacionada as atividades em que a empresa não age em regime de monopólio. 4. O transporte de encomendas está inserido no rol das atividades desempenhadas pela ECT, que deve cumprir o encargo de alcançar todos os lugares do Brasil, não importa o quão pequenos ou subdesenvolvidos. 5. Não há comprometimento do status de empresa pública prestadora de serviços essenciais por conta do exercício da atividade de transporte de encomendas, de modo que essa atividade constitui conditio sine qua non para a viabilidade de um serviço postal contínuo, universal e de preços módicos. 6. A imunidade tributária não autoriza a exoneração de cumprimento das obrigações acessórias. A condição de sujeito passivo de obrigação acessória dependerá única e exclusivamente de previsão na legislação tributária. 7. Recurso extraordinário do qual se conhece e ao qual se dá provimento,*

*reconhecendo a imunidade da ECT relativamente ao ICMS que seria devido no transporte de encomendas” (DJe 11.2.2015, grifos nossos).*

**O acórdão recorrido harmoniza-se com essa orientação jurisprudencial.** Nada há, pois, a prover quanto às alegações do Recorrente.

5. Pelo exposto, nego seguimento ao recurso extraordinário (art. 557, caput, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

Publique-se. Brasília, 12 de março de 2015. Ministra CÁRMEN LÚCIA Relatora

(RE 868.853, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 12/03/2015, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-052 DIVULG 17/03/2015 PUBLIC 18/03/2015)

Alie-se a isso, que em recente julgado, publicado aos dias 26/03/2014 no DJe nº 59/2014, o Excelentíssimo Ministro TEORI ZAVASKI proferiu **decisão favorável à ECT** nos autos da Ação Civil Originária nº 1.454, **que também trata da imunidade da ECT quanto ao ICMS.**

Decisão: 1. **Trata-se de ação cível originária proposta pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos contra o Estado da Paraíba, com pedido declaratório de inexistência do dever jurídico de recolhimento do ICMS, com fundamento na imunidade tributária recíproca prevista no art. 150, VI, 'a', da Constituição.** A medida liminar foi deferida pelo Ministro Ayres Britto (fls. 51/52). O réu apresentou contestação (fls. 102/121), na qual alega que a imunidade pretendida é norma de exceção e não beneficia a autora, que desempenha atividade econômica. Em seguida, as partes dispensaram a produção de provas (fls. 135 e 144). Dispensa-se a remessa dos autos à Procuradoria-Geral da República, por se tratar de processo com matéria similar à discutida em processos anteriores (RISTF, art. 52, parágrafo único). 2. O art. 150, VI, 'a', da Constituição, estabelece a imunidade tributária recíproca para os entes da Administração Pública direta: “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 jurisprudência desta Corte reconhece a extensão desse dispositivo à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, por ser uma empresa pública prestadora de serviço público. Nesse sentido: “Tributário. Imunidade recíproca. Art. 150, VI, "a", da Constituição Federal. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT). Empresa pública prestadora de serviço público. Precedentes. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, desde o julgamento do RE nº 407.099/RS, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 6/8/04, firmou-se no sentido de que a Empresa Brasileira de Correios e

Telégrafos, empresa pública prestadora de serviço público, é beneficiária da imunidade tributária recíproca prevista no art. 150, VI, "a", da Constituição da República. Esse entendimento foi confirmado pelo Plenário desta Corte na ACO nº 765/RJ, Redator para o acórdão o Ministro Menezes Direito. 2. Ação cível originária julgada procedente" (ACO 789/PI, Pleno, Rel. p/ acórdão Min. Dias Toffoli, j. 01/09/2010, DJe de 15/10/2010). "Tributário. Imunidade recíproca. Art. 150, VI, "a", da Constituição Federal. Extensão. Empresa pública prestadora de serviço público. Precedentes da Suprema Corte. 1. Já assentou a Suprema Corte que a norma do art. 150, VI, "a", da Constituição Federal alcança as empresas públicas prestadoras de serviço público, como é o caso da autora, que não se confunde com as empresas públicas que exercem atividade econômica em sentido estrito. Com isso, impõe-se o reconhecimento da imunidade recíproca prevista na norma supracitada. 2. Ação cível originária julgada procedente" (ACO 765/RJ, Pleno, Rel. p/ acórdão Min. Menezes Direito, j. 13/05/2009, DJe de 04/09/2009). "RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. IMPENHORABILIDADE DE SEUS BENS, RENDAS E SERVIÇOS. RECEPÇÃO DO ARTIGO 12 DO DECRETO-LEI Nº 509/69. EXECUÇÃO.OBSERVÂNCIA DO REGIME DE PRECATÓRIO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. À empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, é aplicável o privilégio da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços. Recepção do artigo 12 do Decreto-lei nº 509/69 e não-incidência da restrição contida no artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, que submete a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. 2. Empresa pública que não exerce atividade econômica e presta serviço público da competência da União Federal e por ela mantido. Execução. Observância ao regime de precatório, sob pena de vulneração do disposto no artigo 100 da Constituição Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido" (RE 220906/DF, Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 16/11/2010, DJ de 14/11/2002, p. 15). "CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS: IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA: C.F., art. 150, VI, a. EMPRESA PÚBLICA QUE EXERCE ATIVIDADE ECONÔMICA E EMPRESA PÚBLICA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO: DISTINÇÃO. I. - As empresas públicas prestadoras de serviço público distinguem-se das que exercem atividade econômica. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é prestadora de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado, motivo por que está abrangida

pela imunidade tributária recíproca: C.F., art. 150, VI, <sup>a</sup> II. - R.E. conhecido em parte e, nessa parte, provido” (RE 407099/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 22/06/2004, DJ de 06/08/2004, p. 62). O principal fundamento das citadas decisões está no art. 12 do Decreto-Lei 509/69, que concede à ECT determinados privilégios da Fazenda Pública, incluída a imunidade tributária: “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”. A jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que esse dispositivo foi recepcionado pela Constituição de 1988. Por fim, no julgamento da ACO 765, o Plenário resolveu questão de ordem suscitada pelo Ministro Menezes Direito, no sentido de autorizar os Ministros da Corte a decidir a matéria por meio de decisões monocráticas. 3. **Ante o exposto, ratifico a medida liminar deferida e julgo procedente o pedido inicial, para (a) declarar a inexistência do dever jurídico de recolhimento, pela autora, do ICMS no Estado da Paraíba, diante da imunidade tributária recíproca prevista no art. 150, VI, ‘a’, da Constituição; e (b) desconstituir os débitos contidos nos autos de infração indicados na petição inicial.** Sem custas processuais. Condene o réu ao pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em R\$ 500,00 (quinhentos reais), nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. Publique-se. Intimem-se. Brasília, 19 de março de 2014. Ministro Teori Zavascki Relator Documento assinado digitalmente (ACO 1454, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 19/03/2014, publicado em DJe-059 DIVULG 25/03/2014 PUBLIC 26/03/2014)

Pois bem.

Rememore-se que a Constituição Federal, em seu art. 21, X, inseriu a palavra “**manter**” antes da expressão “serviço postal”, trazendo a noção de que manter é uma tarefa mais ampla do que simplesmente prestar.

Deve ser levado em conta que o serviço postal, por se tratar de um serviço público, deve ter **tarifas módicas**, sendo acessível a toda população brasileira, principalmente às pessoas com baixa renda

residentes nos mais longínquos rincões do Brasil, onde não há telefone, internet ou qualquer outro meio de comunicação, tanto o é que a carta social é entregue em qualquer lugar do país a um custo de **R\$ 0,01 (um centavo)**. (Fonte disponível em: <http://www.correios.com.br/precosPrazos/precosPrazosNacionais/Carta.cfm>).

Além do mais, a **Portaria nº 566/2011**, do Ministério das Comunicações, ao passo que estabelece as metas para a **universalização** e de **qualidade** dos serviços postais básicos a serem cumpridas pela ECT, **determina que as tarifas tenham preços acessíveis**, *in verbis*:

“**Art. 1º.** Estabelecer as **metas para a universalização** e de **qualidade** dos serviços postais básicos a serem cumpridas pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT.

**§1º.** Entende-se por universalização dos serviços postais básicos o acesso de toda pessoa física ou jurídica, independentemente de sua localização ou condição socioeconômica, aos serviços discriminados no § 2º deste artigo.

**§2º. Consideram-se serviços postais básicos** o recebimento e entrega de:

I - **carta** e **cartão postal**, simples ou registrados, sem valor declarado;

II - **impresso** simples ou registrado, sem valor declarado; e

III - **encomenda** não urgente, sem valor declarado.

**§3º.** Para efeito desta Portaria, considera-se ainda serviço postal básico a ser prestado pela ECT o serviço de telegrama, onde houver infraestrutura de telecomunicações requerida à sua execução”.

**§4º.** As metas de universalização visam assegurar a existência e disponibilidade de oferta dos serviços postais básicos em todo o território nacional, de forma permanente, em condições de qualidade adequada e a preços acessíveis”.

“**Art. 2º.** A ECT deverá **ampliar o serviço de atendimento postal**, por meio de sua rede de unidades ou por outras formas de prestação desse serviço, conforme as metas para a universalização do atendimento previstas no Anexo I desta Portaria”.

“**Art. 3º.** A ECT deverá ampliar o serviço de distribuição postal externa, por meio de entrega domiciliária, Caixa Postal Comunitária - CPC ou por outras formas de prestação desse serviço, conforme as metas para a universalização da distribuição previstas no Anexo I desta Portaria.

**Parágrafo único.** A ampliação de que trata este artigo ocorrerá de forma gradativa, a partir da frequência de uma vez por semana na distribuição externa dos serviços postais básicos, buscando atingir os padrões de qualidade previstos no Anexo II desta Portaria”.

**“Art. 4º. A ECT deverá aprimorar a prestação dos serviços postais básicos,** conforme as metas de qualidade previstas no Anexo II desta Portaria, assegurando atualidade e modernidade a esses serviços”.

**“Art. 5º.** No caso de eventual interrupção de operação da unidade de atendimento ou de distribuição externa em alguma localidade já atendida, a ECT deverá adotar imediatas providências para assegurar alternativa de prestação dos serviços postais básicos à população, na sede do respectivo município ou distrito, até o restabelecimento dos níveis de serviço anteriormente existentes, além de manter a população local devidamente orientada”. (Portaria nº 566/2011. Disponível em: [http://www.mc.gov.br/index.php?option=com\\_mtree&task=att\\_download&link\\_id=104&cf\\_id=24](http://www.mc.gov.br/index.php?option=com_mtree&task=att_download&link_id=104&cf_id=24))

Ainda, conforme informação do Ministério das Comunicações, **a ECT busca atender todos os distritos brasileiros com mais de 500 habitantes.** Veja-se:

“Os serviços postais enfrentam o desafio de corresponder às recentes transformações demográficas e urbanas brasileiras, de forma a atender aos distritos com mais de 500 habitantes, referência para o estabelecimento das metas de universalização.

Nesse sentido, até outubro de 2011, os Correios deram continuidade à expansão de sua rede de atendimento, estando presente em mais de 8 mil localidades, correspondendo a 83% das localidades brasileiras. No período, foram distribuídos mais de 7,3 bilhões de objetos nos 67,5 milhões de domicílios do Brasil.

Em 2012, a ECT planeja implantar o atendimento em 46 municípios ainda não atendidos, de forma que, ao término do ano, estima-se alcançar 100% dos municípios brasileiros”.

Trata-se, portanto, de prova categórica no sentido de que a ECT, ao realizar o serviço postal de encomendas, executa atividade de notório interesse público, pois o faz de forma universal e obrigatória em todo o território nacional, inclusive deficitária, sem quaisquer prejuízos aos seus concorrentes nesse setor.



Reside aí a peculiaridade relativa ao complexo de atividades desempenhadas pela ECT, pois não obstante o dever de manutenção do serviço postal universalizado, com qualidade e obrigatório, os preços devem ser acessíveis, o que **desequilibra** sua balança econômico-financeira.

Nesse ponto, vale trazer à colação a seguinte lição de EROS GRAU quanto aos custos do serviço público:

“Às empresas estatais prestadoras de serviço público não assiste contudo direito à percepção de remuneração pela prestação do serviço, em condições de equilíbrio daquele tipo. Pode inclusive o Estado (o poder concedente) sujeitá-las a regime de atuação deficitária – o que ocorre com frequência – fixando as remunerações que lhes devem ser pagas pelos usuários dos seus serviços em níveis inferiores aos que seriam necessários à reposição dos custos da prestação dos serviços. Neste caso – que, repita-se, ocorre com frequência e dá ensejo à realimentação do velho discurso, segundo o qual as empresas estatais são ineficientes – essas remunerações resultam subsidiadas, responsabilizando-se o Estado pela cobertura dos seus déficits”. **(GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.p. 138-140).**

Entendimento corroborado pela seguinte explanação de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *in verbis*:

“A gratuidade é, pois, a regra que prevalece em inúmeros serviços (ensino, assistência social, saúde); e, mesmos nos casos em que é exigida a contribuição do usuário, ela pode ser inferior ao custo”. **(DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p 116).**

Mas a ECT, por ser uma empresa pública federal não dependente, não recebe subvenção da União para a manutenção do serviço postal. Isso se dá pelo fato de que a lei autoriza a extração de recursos financeiros de outras fontes para custear suas despesas e para financiar seus investimentos, originando-se, aí, o legítimo e legal exercício do **subsídio cruzado ou subvenção cruzada**, que pode assim ser definida:

**“A subvenção cruzada pode ser definida como o aproveitamento da estrutura física e corporativa criada para a prestação de um serviço público, para o exercício de atividades econômicas stricto sensu, que, a suas vezes, geram**



receitas destinadas à manutenção do serviço público, isso tudo em um verdadeiro círculo virtuoso.

Há um cruzamento entre a estrutura aportada para a prestação do serviço público, com as subvenções geradas pelas receitas auferidas com o exercício das atividades econômicas stricto sensu. Uma depende da outra para sobreviver, criando-se uma perfeita simbiose em termos econômico-financeiros.”

(BERTONI. Raphael Ribeiro. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT: a subvenção cruzada e a imunidade tributária. IDP, Brasília-DF, 2013 – Disponível em: [http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1296/Monografia\\_Raphael%20Ribeiro%20Bertoni.pdf?sequence=1](http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1296/Monografia_Raphael%20Ribeiro%20Bertoni.pdf?sequence=1))

Nesse mesmo sentido, o Excelentíssimo Ministro DIAS TOFFOLI, quando do julgamento da Repercussão Geral no RE 627.051, igualmente, destacou que “***Na subvenção cruzada, a exploração de atividade econômica serve-se da estrutura e da logística existentes para a prestação do serviço postal, surgindo daí a virtuosa relação simbiótica de compensação de superávits e défits. É o que ora ocorre com o transporte de encomendas e o serviço postal como um todo***”

Assim, o subsídio cruzado desempenha importante papel para equilibrar o elevado índice de custeio e investimentos necessários à prestação do serviço postal com **eficiência** em todo o território nacional, conforme preconiza o artigo 37, *caput*, da Constituição Federal.

Quanto à **ausência de capacidade contributiva da ECT aliada ao subsídio cruzado**, o Excelentíssimo Ministro GILMAR MENDES apresentou a seguinte questão de fato em seu voto no RE 601.392, *in verbis*:

“Depois dos memoriais apresentados, indico que a Empresa - esse é um dado importante, por isso que, à época, eu tinha falado de processo de inconstitucionalização do modelo de uma lei ainda constitucional – é superavitária em apenas quatro unidades da Federação, Presidente: São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais e Distrito Federal, **sendo deficitária em todas as demais**. Quer dizer, aqui o subsídio cruzado também diz respeito a esse balanço federativo”. (RE 601392/PR. Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 28/02/2013. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL. MÉRITO. DJe-105. 05-06-2013).

Para tanto, conforme comprova o documentos anexos, a ECT de fato atua de forma deficitária na maioria dos Estados da Federação, o que comprova, de forma categórica, a sua nítida ausência de capacidade contributiva. Veja-se:

1. Em atendimento ao memorando da referência, informamos abaixo os resultados das Diretorias Regionais deficitárias nos anos de 2011, 2012 e 2013.

| Cia            | 2011              | 2012              | 2013              |
|----------------|-------------------|-------------------|-------------------|
| 01 - AC        | -2.192.794.118,96 | -2.553.057.853,77 | -2.341.865.378,63 |
| 03 - ACR       | -10.233.610,77    | -11.533.804,08    | -9.157.201,88     |
| 04 - AL        | -26.939.273,28    | -23.068.447,80    | -43.851.432,05    |
| 05 - AP        | -6.007.162,80     | -4.388.470,50     | -4.518.416,59     |
| 06 - AM        | -14.205.285,74    | -10.705.924,34    | -31.568.665,01    |
| 08 - BA        | -65.496.347,69    | -32.499.082,68    | -105.493.909,24   |
| 12 - CE        | -19.177.067,76    | 9.448.728,78      | -32.362.203,77    |
| 16 - GO        | -6.960.866,69     | -786.670,00       | -9.830.369,85     |
| 18 - MA        | -42.363.671,53    | -24.829.855,90    | -41.823.978,43    |
| 22 - MS        | -4.987.506,03     | 8.319.046,03      | -4.443.738,18     |
| 24 - MT        | -29.035.160,92    | 3.797.514,11      | -25.772.801,28    |
| 26 - RO        | -16.646.635,17    | -15.763.051,75    | -25.024.018,08    |
| 28 - PA        | -51.340.088,24    | -40.191.604,21    | -75.891.705,63    |
| 30 - PB        | -41.892.008,39    | -23.402.633,99    | -31.470.311,67    |
| 32 - PE        | -27.947.042,30    | 6.833.405,24      | -62.843.693,62    |
| 34 - PI        | -55.948.234,48    | -79.421.195,25    | -41.538.133,41    |
| 50 - RJ        | -2.886.438,53     | 52.948.952,68     | -59.053.872,25    |
| 60 - RN        | -19.367.445,76    | -18.131.994,86    | -35.249.246,62    |
| 64 - RS        | 17.293.671,18     | 90.306.897,79     | -35.776.094,47    |
| 65 - RR        | -4.365.743,36     | -3.209.780,82     | -2.380.786,77     |
| 70 - SE        | -23.110.012,95    | -16.213.908,46    | -25.030.191,89    |
| 75 - TO        | -5.365.865,06     | 615.561,31        | -2.582.015,39     |
| Valores em R\$ |                   |                   |                   |

Com efeito, consoante lição de FRITZ NEUMARK, no que diz respeito à tributação, tem-se o seguinte pressuposto: ***“Ao menos nos países considerados adiantados (...) a parte principal da imposição se limita àquelas pessoas a que se possa imputar alguma capacidade contributiva”***. (NEUMARK, Fritz. Principios de la imposición. Trad. Espanhola. Instituto de Estudios Fiscales, 1974. p. 165), sendo certo que a ECT não possui capacidade contributiva para arcar com a tributação ora discutida.

Não há que se falar em capacidade contributiva positiva da ECT, pois o elevado mínus econômico-financeiro relativo à manutenção do serviço postal, a seu encargo – mesmo com o uso da subvenção cruzada por ela mesma produzida –, não se exterioriza em manifestação de riqueza ou suntuosidade, uma vez que o percentual que representa o resultado positivo de suas contas, quando existentes, garante apenas e tão somente uma pequena margem de conforto como empresa pública não dependente da União.

Vale dizer: o resultado positivo é esperado, o que não se espera é o lucro como pura manifestação de riqueza e aumento de capital. A ECT não tem por finalidade institucional a obtenção de lucro, mas sim a universalização do serviço postal com tarifas acessíveis, conforme foi objetivamente demonstrado a partir das normas acima transcritas.

Logo, a ECT deve gozar de imunidade tributária recíproca por extensão no que diz respeito aos seus serviços, **porquanto seria ilógico que Estado, ao prestar serviço de interesse público que lhe é próprio, o serviço postal de encomendas, sofresse tributação dos Entes Federados, quebrando um modelo de eficiência administrativa**, devendo incidir ao caso a norma prevista no artigo 155, VI, “a”, §2º, da Constituição Federal, *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: (Vide Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

**a)** patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

(...).

**§ 2º** - A vedação do inciso VI, “a”, é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes”.

A valer, a imunidade tributária recíproca por extensão deve ser aplicada também às empresas estatais prestadoras de serviço público, pois muito embora o artigo 155, VI, a, §2º, da Constituição Federal não tenha previsto essa hipótese de forma expressa, tem-se que o fundamento constitucional do princípio federativo, do qual emana a imunidade tributária, deve ser combinado com o exercício da **instrumentalidade administrativa** pelo Estado, consoante seguinte lição de HUMBERTO ÁVILA:

“O fundamento constitucional da imunidade recíproca é o princípio federativo, que funciona, por sua vez, como fundamento jurídico-político do ordenamento constitucional. Nesse sentido, o princípio federativo exige autonomia das pessoas políticas. Pressuposto necessário dessa autonomia é a autonomia financeira.

Isso implica dizer que a proibição de as pessoas políticas instituírem impostos sobre patrimônio, renda ou serviços umas das outras decorre implicitamente do princípio

federativo. A continuidade da autonomia política das pessoas políticas é causa da imunidade recíproca.

A imunidade recíproca abrange também as instrumentalidades administrativas das pessoas políticas. A finalidade da imunidade recíproca é evitar que instituições públicas que prestam serviço público tenham suas atividades restringidas pela tributação, pois isso representaria uma violação indireta da própria estrutura federativa. O princípio federativo implica paridade financeira.

Algumas atividades e alguns serviços são qualificados como públicos em razão da sua importância. A Constituição Brasileira atribuiu caráter público a alguns desses serviços, exigindo que eles sejam prestados pelo Poder Público. Em função de razões operacionais, a realização desses serviços é transferida para determinadas entidades. Essas entidades são apenas instrumentos do Poder Público. É o Estado que presta o serviço por meio de uma instrumentalidade sua. Com razão, afirma BANDEIRA DE MELLO que empresas públicas e sociedades de economia mista são, acima de tudo, instrumento do Estado para atingir uma finalidade pública. Se, em razão do que foi dito, fica claro que as entidades públicas são apenas instrumentos do Estado, não resta dúvida de que a imunidade tributária recíproca também abrange essas entidades que prestam serviços em nome do Estado. Caso contrário, o Estado seria prejudicado, já que ele mesmo é quem presta, ainda que indiretamente, o serviço. Apesar de a Constituição ter utilizado a expressão “*é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público*”, essa locução não pode ser literalmente examinada. Em razão disso, a imunidade deve abranger as empresas públicas e as sociedades de economia mista”. (ÁVILA. Humberto. Sistema constitucional tributário. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 279).

Tanto o é, que **analisando a natureza do serviço postal prestado pela ECT** em parecer sobre a matéria, o tributarista ROQUE ANTÔNIO CARRAZZA deu a seguinte resposta:

“2º) A ECT é detentora da imunidade tributária prevista no art. 150, VI, a, da Constituição Federal?

Resposta: Sim. Como empresa pública que presta o serviço postal (serviço público), na condição de delegatária da União, a ECT é detentora da imunidade tributária prevista no art. 150, VI, a, da Constituição Federal”

(CARRAZZA. Roque Antonio. A imunidade tributária da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT). Parecer jurídico. São Paulo, 2004. p. 133).

Deve ser destacado, igualmente, que eventuais atividades tidas como “privadas” prestadas pela ECT não desnaturam o serviço postal, pois são, **POR FORÇA DE LEI**, destinadas à manutenção do serviço postal (subsídio cruzado ou subvenção cruzada), **sendo que no caso das encomendas, elas se inserem no conceito de serviço postal, como atividade principal da ECT.**

Aliás, o aspecto da tributação da ECT no que diz respeito a esse tipo de questão já se encontra dirimida no âmbito deste Egrégio Supremo Tribunal Federal, que nos autos da **ACO nº 819**, recentemente julgada aos dias 17/11/2011, decidiu que ***“restou assentada a presença da regra de imunidade recíproca a afastar a incidência do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) sobre os veículos de propriedade da agravada [ECT], independentemente da natureza da atividade desempenhada, se serviço público ou atividade de cunho privado”***.

Vale repetir que nos autos do Recurso Extraordinário nº 601.392, com repercussão geral, decidiu o seguinte: ***“Exercício simultâneo de atividades em regime de exclusividade e em concorrência com a iniciativa privada. Irrelevância. Existência de peculiaridades no serviço postal. Incidência da imunidade prevista no art. 150, VI, “a”, da Constituição Federal”*** (RE-RG 601392/PR DJe-105 PUBLIC 05-06-2013).

Isso porque, a “atividade privada” da ECT nos rincões brasileiros é de notório interesse público, pois ao invés de lesar a ordem econômica, promove-a. Diga-se o mesmo quando se entrega uma encomenda nesses locais, muitas vezes remédios e demais bens de primeira necessidade.

Vale dizer: **a desoneração fiscal da ECT não tem como efeito colateral a quebra dos princípios da livre concorrência.**

Muito pelo contrário! **O que se tem como situação de fato é que as concorrentes da ECT, valendo-se da obrigatoriedade do serviço postal de encomendas em todo o território nacional, contratam os Correios para “cobrir” as localidades desinteressantes sob o ponto de vista econômico-financeiro (vide docs. anexos).**

A ECT é uma empresa de rincões, com nítido caráter de dar efetividade ao pacto federativo, atuando sozinha em localidades onde não há concorrência com a iniciativa privada, que ali não chega por falta de

interesse econômico de mercado. Não é à toa que muitas cidades brasileiras são desprovidas de fornecimento de produtos e serviços básicos.

A valer, o Excelentíssimo Ministro RICARDO LEWANDOWSKI asseverou a seguinte peculiaridade quanto ao serviço postal relativo a encomendas, *in verbis*:

Nós todos sabemos - e ficou demonstrado aqui, ao longo dos debates, a meu ver, mas isso é algo tão notório - que **os Correios prestam serviços onde a iniciativa privada não presta ou não quer prestar ou entende que é deficitária. A iniciativa privada não vai para os mais longínquos rincões do País**, para o interior da Amazônia, mas os Correios estão presentes lá, mesmo sofrendo prejuízo estão prestando serviços. (RE 601.392/PR).

O caso da ECT adequa-se, portanto, ao pressuposto estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que a desoneração fiscal não deve ter como efeito colateral relevante a quebra dos princípios da livre concorrência e do exercício de atividade profissional ou econômica lícita (RE 253472/SP. Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA. Julgamento: 25/08/2010. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-020).

Portanto, deve ser anulado o auto de infração em questão, bem como declarada imunidade tributária da ECT, levando consigo todos os consectários (multas).

### **III.3 Da falta de base fática legal para a aplicação da multa sobre a obrigação principal**

A **multa sobre a obrigação principal** imposta à ECT à com fulcro no artigo 65, II, “c” da Lei nº 1.254/1996 e artigo 362, §1º do Decreto nº 18.955/1997, que soma a **estrondosa quantia** de **R\$ 118.287.975,88 (cento e dezoito milhões, duzentos e oitenta e sete mil, novecentos e setenta e cinco reais e oitenta e oito centavos)**, não merece prosperar, pois além da imunidade tributária fulminar a sua base de incidência, tem-se que não há base fática e legal para sua aplicabilidade.

Isso porque, em primeiro lugar, **não existe** a alínea “c” do inciso II do art. art. 65 da Lei Distrital nº 1.254/1996, senão vejamos:

**“Art. 65.** Sobre o valor do imposto não recolhido, no todo ou em parte, aplica-se, após o prazo-limite para pagamento, multa nos seguintes percentuais:

**I – 10% nas seguintes hipóteses:**

- a) antes de iniciado procedimento fiscal relacionado com a infração;
- b) imposto declarado em guias de informação e apuração ou por escrituração fiscal eletrônica, inclusive quando se tratar de imposto retido pelo substituto tributário;

**II – 15% para o contribuinte submetido a medidas de fiscalização ou a atos administrativos decorrentes do monitoramento, exclusivamente antes da lavratura do auto de infração;**

**III – 50% nas seguintes hipóteses:**

- a) imposto escriturado nos livros fiscais exigidos antes da obrigatoriedade da escrituração fiscal eletrônica;
- b) ocorrência do fato gerador previsto no art. 5º, III, IV, XI, a e d, XII, XIV e XVIII;

**IV – 100% nas seguintes hipóteses:**

- a) não escrituração de documento fiscal relativo às operações de saída de mercadoria ou à prestação de serviços;
- b) escrituração ou apuração de débito do imposto ou de imposto a recolher em valor inferior ao constante dos documentos fiscais;
- c) escrituração de crédito fiscal:
  - 1) superior àquele previsto na legislação para a respectiva operação ou prestação;
  - 2) efetuada em momento anterior ao previsto na legislação do imposto;
  - 3) referente a operação ou a prestação isenta ou não tributada ou nos casos em que não haja previsão legal para o aproveitamento do crédito;
  - 4) referente a produtos sujeitos a substituição tributária, pelo contribuinte substituído;
  - 5) mais de uma vez referente ao mesmo documento fiscal;
- d) aproveitamento de crédito do imposto que deveria ter sido estornado, nos termos da legislação;
- e) emissão de documento fiscal com indicação indevida de não incidência, de benefício ou de incentivo fiscal;
- f) emissão de documento fiscal com indicação de alíquota inferior à aplicável, implicando destaque a menor do imposto;
- g) emissão de documento fiscal sem destaque do imposto devido;

**V – 200% nas seguintes hipóteses:**

- a) ocorrência de qualquer das situações previstas no art. 5º-A;
- b) não emissão de documento fiscal relativo à operação ou à prestação;



- c) emissão de documento fiscal com prazo de validade vencido ou sem autorização para impressão;
  - d) remessa, transporte, entrega, recebimento, estocagem ou manutenção em depósito de mercadoria desacompanhada de documentação fiscal idônea;
  - e) imposto não declarado e não recolhido à Fazenda Pública do Distrito Federal, relativo às obrigações decorrentes da condição de substituto tributário;
  - f) falta de fornecimento ao Fisco, quando submetido a procedimento administrativo ou a medida de fiscalização, de documento fiscal comprobatório da operação ou da prestação;
  - g) escrituração de crédito fiscal:
    - 1) referente a documento fiscal que não corresponda à entrada de mercadoria ou à aquisição de serviço, ou que tenha sido emitido por estabelecimento inexistente ou com atividade paralisada ou com inscrição cadastral cancelada;
    - 2) referente a documento inexistente ou impresso sem autorização do Fisco;
  - h) entrada no Distrito Federal de mercadoria destinada a contribuinte inexistente, com a inscrição desativada ou cancelada ou que não mais exerça suas atividades;
- VI – 100% nas demais hipóteses.

Além do mais, o artigo 362, §1º do Decreto nº 18.955/1997, que diz respeito à aplicação de multa de 200% sobre a obrigação principal nas “*hipóteses de ocorrência de sonegação, fraude ou conluio, apurados em ação fiscal*”.

**Ocorre que em nenhum momento a ECT incorreu em sonegação, fraude ou conluio, pois têm direito público subjetivo à imunidade tributária, conforme já demonstrado, o que afasta a sua incidência.**

De toda forma artigo 362, §1º do Decreto nº 18.955/1997, **foi revogado**, motivo pelo qual incide ao caso o art. 106, II, “a”, do CTN que dispõe que a nova norma aplica-se ao fato pretérito quando deixe de defini-lo como infração. Veja-se:

“**Art. 106.** Aplica-se a ato ou fato pretérito:

- I – em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;
- II – tratando-se de ato não definitivamente julgado:



- a) quando deixe de defini-lo como infração;
- b) quando deixe de trata-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;
- c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática”.

Em que pese a nova norma (art. 362, V, “a” do Decreto nº 18.955/1997) fazer remissão ao art. 355 do Decreto nº 18.955/1997, tem-se que houve **mudança dos “elementos do tipo”**, motivo pelo qual não há como fazê-lo incidir sobre fatos pretéritos, além de incidir ao caso a regra do art. 112, do CNT, *in verbis*:

“**Art. 112.** A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

I - à capitulação legal do fato;

II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

III - à autoria, imputabilidade, ou punibilidade;

IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.

Nessa ordem de ideias, vem a calhar a lição de VALDIR DE OLIVEIRA ROCHA no sentido de que “***está a revelar, em sua plenitude, função típica de norma geral em matéria de legislação tributária, enquanto explicitadora, para o direito tributário, daquilo que a Constituição põe para toda lei penal: ‘a lei penal retroagirá, salvo para beneficiar o réu’ (art. 5º, XL)***” (Comentários ao Código Tributário Nacional / Ives Gandra da Silva Martins, coordenador – 3. ed. – São Paulo : Saraiva, 2002. Pág. 64)

Alie-se a isso tudo que é nula a multa por não ter indicado qual é o dispositivo de lei visto que **o Decreto nº 18.955/1997 é ato normativo secundário**. Para tanto, vide lição de IRENE PATRÍCIA NOHARA, *in verbis*:

“Enquanto a lei é considerada ato normativo primário, pois aufere sua força normativa diretamente da Constituição e pode, portanto, inovar a ordem jurídica, ‘criando direitos, obrigações, proibições e medidas punitivas’, à medida que ‘ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’, situando-se em degrau acima do regulamento e na estrutura escalonada do ordenamento; o regulamento é ato

normativo secundário, situando-se abaixo das leis, ou seja, ele é inferior e complementar, visando a execução das leis” (NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 4. ed. São Paulo, Atlas, 2014. p. 130/131).

Logo, houve patente violação ao artigo 5º, II, da Constituição Federal, agravado pelo fato da administração tributária estar ligada ao **princípio da legalidade estrita** – ***positive bindung*** – nos termos do art. 37, *caput*, da Constituição Federal c/c art. 97 do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

**“Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:**

**I - a instituição de tributos, ou a sua extinção;**

**II - a majoração de tributos, ou sua redução, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;**

**III - a definição do fato gerador da obrigação tributária principal, ressalvado o disposto no inciso I do § 3º do artigo 52, e do seu sujeito passivo;**

**IV - a fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;**

**V - a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas;**

**VI - as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades”.**

Portanto, falta base fática e legal para a aplicação da multa sobre a obrigação principal, seja em razão da imunidade tributária da ECT, seja em razão da ausência base legal, sangrando de morte o **princípio da legalidade estrita** (CF, art. 37, *caput*).

### **III.3 Da natureza confiscatória da multa sobre a obrigação principal**

De toda forma, *ad argumentandum*, mesmo que se considere legal a multa aplicada (hipótese que não se acredita que ocorra, mas por prudência vale cogitar), o valor da penalidade importa em evidente **CONFISCO**.

Observa-se da intimação nº 26/2015 que o valor total da multa em questão perfaz **200% (duzentos por cento)** do valor principal cobrado pela incidência do ICMS-transporte, alcançando a quantia de **R\$**

118.287.975,88 (cento e dezoito milhões, duzentos e oitenta e sete e mil, novecentos e setenta e cinco reais e oitenta e oito centavos).

Pois bem. A Constituição Federal estabelece em seu artigo 150, IV, o ***princípio do não confisco***, o que se aplica às multas, conforme os seguintes precedentes desse Egrégio Supremo Tribunal Federal (RTJ 200/647-648, Rel. Min. CELSO DE MELLO – AI 539.833/MG, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – AI 767.482/PE, Rel. Min. GILMAR MENDES – AI 824.924/RS, Rel. Min. GILMAR MENDES – RE 455.017/RR, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – RE 472.012-AgR/MG, Rel. Min. CEZAR PELUSO – RE 657.372-AgR/RS, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI).

Com efeito, a noção de “não confisco” é um conceito jurídico indeterminado, tal como ensina LUIZ FELIPE SILVEIRA DIFINI *in* proibição de tributos com efeito de confisco (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p 266).

Acontece que **os conceitos jurídicos indeterminados têm zonas de certeza negativa e positiva**, tal como leciona IRENE PATRÍCIA NOHARA *in* Direito administrativo (4. ed. São Paulo, Atlas, 2014. p. 208).

Nessa ordem de ideias, o controle judicial se mostra perfeitamente hábil a incidir neste caso concreto, porquanto é evidente que o valor da multa extrapolou em muito os limites da indeterminação do conceito, uma vez que concretizou, de forma positiva e certa, a ocorrência do confisco da renda da ECT.

A jurisprudência, inclusive desse Egrégio Supremo Tribunal Federal, é assente em afastar a incidência de multas tributárias com caráter confiscatório, **mormente quando o *quantum* da multa ultrapassa o valor do débito principal**. Veja-se:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO – ALEGADA VIOLAÇÃO AO PRECEITO INSCRITO NO ART. 150, INCISO IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – CARÁTER SUPOSTAMENTE CONFISCATÓRIO DA MULTA TRIBUTÁRIA COMINADA EM LEI – CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL DE CONFISCATORIEDADE DO TRIBUTO – CLÁUSULA VEDATÓRIA QUE TRADUZ LIMITAÇÃO MATERIAL AO EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA E QUE TAMBÉM SE ESTENDE ÀS MULTAS DE NATUREZA FISCAL – PRECEDENTES – INDETERMINAÇÃO CONCEITUAL DA NOÇÃO DE EFEITO CONFISCATÓRIO –

DOCTRINA – PERCENTUAL DE 25% SOBRE O VALOR DA OPERAÇÃO – **“QUANTUM” DA MULTA TRIBUTÁRIA QUE ULTRAPASSA, NO CASO, O VALOR DO DÉBITO PRINCIPAL – EFEITO CONFISCATÓRIO CONFIGURADO** – OFENSA ÀS CLÁUSULAS CONSTITUCIONAIS QUE IMPÕEM AO PODER PÚBLICO O DEVER DE PROTEÇÃO À PROPRIEDADE PRIVADA, DE RESPEITO À LIBERDADE ECONÔMICA E PROFISSIONAL E DE OBSERVÂNCIA DO CRITÉRIO DA RAZOABILIDADE – AGRAVO IMPROVIDO.

(RE 754554 AgR / GO – GOIÁS AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO  
Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 22/10/2013 Órgão Julgador:  
Segunda Turma Publicação ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-234 DIVULG 27-11-  
2013 PUBLIC 28-11-2013)

O Excelentíssimo Ministro CELSO DE MELLO, no julgado acima transcrito, deixou claro em seu VOTO que **“Com efeito,** tal como ressaltado na decisão ora agravada, a multa aplicada à empresa ora recorrida em percentual de 25% **sobre o valor da mercadoria** não se mostra razoável, configurando, na espécie **o caráter confiscatório** da penalidade pecuniária”, e continua: **“Sob tal perspectiva, cabe registrar** que os entes estatais **não podem utilizar** a extraordinária prerrogativa político-jurídica **de que dispõem** em matéria tributária, **para,** em razão dela, **exigirem** prestações pecuniárias **de valor excessivo** que comprometam, **ou,** até mesmo, **aniquilem** o patrimônio dos contribuintes”.

A multa tratada neste processo é confiscatória em patamares nitidamente excessivos e aniquilantes! Chegando, aproximadamente, **a monta de CENTO E VINTE MILHÕES DE REAIS,** ou seja: **200% o valor do tributo!**

Além do mais, referida multa tem o condão de **suprimir a já inexistente capacidade contributiva da ECT,** que é pessoa jurídica imune justamente por faltar-lhe capacidade contributiva, dada natureza deficitária do serviço postal, tal como reconhecido do RE-RG 601.392.

Portanto, caso se entenda pela legalidade da retro citada multa, deve ser reconhecida a natureza confiscatória da multa, declarando a sua nulidade.

#### **III.4 Da não incidência da obrigação acessória ensejadora da multa de R\$ 1.574,06**

É sabido que a imunidade tributária não afasta o dever de cumprir as obrigações acessórias.

Todavia, *in casu*, a multa decorrente do suposto não cumprimento da obrigação acessória foi aplicada pela não emissão do documentos fiscais relativos ao transporte comum de cargas (artigos 47, IV da Lei nº 1.254/1996 e 77, IV, do Decreto nº 18.955/1997, e por consequência não pode ser penalizada nas multas previstas nos artigos 66, II, da Lei nº 1.254/1996 e 368, I do Decreto nº 18.955/1997).

**Acontece que o serviço de transporte comum de cargas que têm natureza distinta do serviço postal, conforme exaustivamente demonstrado nesta inicial.**

Aliás, esse entendimento foi consagrado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Repercussão Geral no RE 627.051, sendo que o Excelentíssimo Ministro DIAS TOFFOLI destacou claramente que ***“Nesse contexto, não pode a ECT ser equiparada a uma transportadora privada cuja atividade fim (objeto) seja o transporte de mercadorias. O recebimento, o transporte e a entrega de correspondências e encomendas são fases indissociáveis do serviço postal”***.

De fato, a ECT, ao prestar o **serviço postal de encomendas**, está sujeita à legislação própria e específica (Lei nº 6.538/78), não podendo se sujeitar, por extensão, às normas que são dirigidas às transportadoras em geral quanto às obrigações tributárias acessórias.

Isso porque está expressamente prevista na Lei nº 6.538/78 toda a forma de se prestar o serviço postal. Essa Lei tem efetiva validade e eficácia perante a ECT e perante terceiros, nos exatos termos dos seus artigos 1º e 2º, in verbis:

**Art. 1º - Esta Lei regula os direitos e obrigações concernentes ao serviço postal e ao serviço de telegrama em todo o território do País, incluídos as águas territoriais e o espaço aéreo, assim como nos lugares em que princípios e convenções internacionais lhes reconheçam extraterritorialidade.**

**Parágrafo único -** O serviço postal e o serviço de telegrama internacionais são regidos também pelas convenções e acordos internacionais ratificados ou aprovados pelo Brasil.

Tanto o é que a Lei nº 6.538/78 definiu que as **condições de envio e de REGISTRO** dos objetos postais serão dispostas mediante regulamento. Veja-se:

**“Art. 12º - O regulamento disporá sobre as condições de aceitação, encaminhamento e entrega dos objetos postais, compreendendo, entre outras, código de endereçamento, formato, limites de peso, valor e dimensões, acondicionamento, franqueamento e registro.**

**§ 1º -** Todo objeto postal deve conter, em caracteres latinos e algarismos arábicos e no sentido de sua maior dimensão, o nome do destinatário e seu endereço completo.

**§ 2º -** Sem prejuízo do disposto neste artigo, podem ser usados caracteres e algarismos do idioma do país de destino”.

Sabidamente, esse regulamento é ato editado privativamente pelo Chefe Poder Executivo, nos termos do artigo 84, IV da Constituição Federal, *ipsis litteris*:

**Art. 84.** Compete privativamente ao presidente da República.

**IV –** sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, **bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução.**

Tal competência privativa do Presidente da República, por óbvio, também vem prevista no artigo 48 da Lei nº 6.538/78, *in verbis*:

**Art. 48º -** O Poder Executivo baixará os decretos regulamentares decorrentes desta Lei em prazo não superior a 1 (um) ano, a contar da data de sua publicação, permanecendo em vigor as disposições constantes dos atuais e que não tenham sido, explícita ou implicitamente, revogados ou derogados.

Se assim o é, o que temos é que a Lei nº 6.538/78 não foi omissa quanto a matéria, bem como está claro que cabe tão somente ao PRESIDENTE DA REPÚBLICA regulamentar como a carga postal será conduzida.

Adite-se que ao se definir a forma de se proceder ao envio e registro das encomendas, não foi prevista na apontada legislação a obrigação de a ECT em proceder tal como pretende o DISTRITO FEDERAL.

Pelo contrário, o artigo 12, §1º da Lei nº 6.538/78 previu apenas duas obrigações, a saber: o nome do destinatário e seu endereço completo.

**“Art. 12º (...).**

**§ 1º -** Todo objeto postal deve conter, em caracteres latinos e algarismos arábicos e no sentido de sua maior dimensão, **o nome do destinatário e seu endereço completo**”.

Ainda, destaca-se o que contido no artigo 14 da Lei nº 6.538/78, abaixo descrito:

**“Art. 14º -** O objeto postal, além de outras distinções que venham a ser estabelecidas em regulamento, se classifica:

(...)

**b) qualificado - quando sujeito a condição especial de tratamento**, quer por solicitação do remetente, **quer por exigência de dispositivo regulamentar**”.

Nessa ordem de ideias, destaca-se que a Lei nº 6.538/78 não foi omissa, não havendo que se falar em cumprimento de obrigações acessórias díspares daquelas previstas para o serviço postal de encomendas. O que não pode é transformar a ECT em uma transportadora comum, defronte às peculiaridades dos objetos postais.

Além disso, apenas mediante lei complementar específica os Estados podem legislar sobre matérias de competência privativa da União, dentre as quais a relacionada ao serviço postal, nos termos do art. 22, parágrafo único, da Constituição Federal, motivo pelo qual não há base legal para a aplicação da legislação imposta à ECT de forma inconstitucional.

Sobre o tema, o Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em situações análogas, já manifestou no seguinte sentido, *ipsis litteris*:

“TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ECT. SERVIÇOS POSTAIS. NATUREZA DE SERVIÇO PÚBLICO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. **TRANSPORTE E ENTREGA DE MERCADORIAS. DOCUMENTAÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE DAS EMPRESAS DE ORIGEM E DE DESTINO DAS ENCOMENDAS.** 1. O serviço postal é mantido pela União e subordinado à sua

competência legislativa privativa, sujeitando-se à responsabilidade exclusiva do referente ente público, conforme consignado nos arts. 21, X, e 22, V, da Carta Magna.

2. A ECT - Empresa Pública que não exerce atividade econômica e presta serviço público da competência da União e por ela mantido - equipara-se à Fazenda Pública, não incidindo, em relação a ela, a restrição contida no artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, que submete a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica ao regime próprio das empresas privadas. Goza, portanto, de imunidade tributária (CF, art. 150, VI, a), de impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, e os pagamentos de seus débitos reconhecidos por sentença judicial devem ser realizados por meio de precatório, na forma prevista no art. 100 da Constituição (STF, RE 364202/RS). 3. **A Lei nº 6.538/78, recepcionada pela atual Carta Magna, estabelece, em seu art. 9º, inciso I, que "as atividades de recebimento, transporte e entrega, no território nacional e a expedição para o exterior, de carta e cartão postal são exploradas pela União, em regime de monopólio". Portanto, as atividades de transporte e entrega de encomendas, que se configuram como serviço postal, encontram-se sob o manto da imunidade.** 4. **Assim, não há que se falar em pagamento de débito tributário decorrente de "transporte de mercadoria desacobertada de documento fiscal", uma vez que a ECT goza de imunidade tributária.** A fiscalização de mercadorias transportadas pela ECT deve ser exercida pelos Estados e pelo Distrito Federal, para fins de verificação da regularidade do recolhimento do ICMS, nas unidades da empresa de origem ou de destino das mercadorias (encomendas), nos termos do Protocolo ICM 23/88. 5. Apelação provida”.

(AC 0024811-32.2005.4.01.3800 / MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL REYNALDO FONSECA, SÉTIMA TURMA, e-DJF1 p.228 de 19/03/2010) (grifamos)

“TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ECT. SERVIÇOS POSTAIS. NATUREZA DE SERVIÇO PÚBLICO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. TRANSPORTE E ENTREGA DE MERCADORIAS. DOCUMENTAÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE DAS EMPRESAS DE ORIGEM E DE DESTINO DAS ENCOMENDAS. 1. O serviço postal é mantido pela União e subordinado à sua competência legislativa privativa, sujeitando-se à responsabilidade exclusiva do referente ente público, conforme consignado nos arts. 21, X, e 22, V, da Carta Magna. 2. A ECT - Empresa Pública que não exerce atividade econômica e presta serviço público da competência da União e por ela mantido - equipara-se à Fazenda Pública,



não incidindo, em relação a ela, a restrição contida no artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, que submete a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica ao regime próprio das empresas privadas. Goza, portanto, de imunidade tributária (CF, art. 150, VI, a), de impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, e os pagamentos de seus débitos reconhecidos por sentença judicial devem ser realizados por meio de precatório, na forma prevista no art. 100 da Constituição (STF, RE 364202/RS). 3. **A Lei nº 6.538/78, recepcionada pela atual Carta Magna, estabelece, em seu art. 9º, inciso I, que "as atividades de recebimento, transporte e entrega, no território nacional e a expedição para o exterior, de carta e cartão postal são exploradas pela União, em regime de monopólio". Portanto, as atividades de transporte e entrega de encomendas, que se configuram como serviço postal, encontram-se sob o manto da imunidade.** 4. **Assim, não há que se falar em aplicação de multa à mencionada empresa pública, por transportar mercadorias pertencentes a terceiros, desacompanhadas de documentação fiscal, uma vez que a ECT goza de imunidade tributária.** A fiscalização de mercadorias transportadas pela ECT deve ser exercida pelos Estados e pelo Distrito Federal, para fins de verificação da regularidade do recolhimento do ICMS, nas unidades da empresa de origem ou de destino das mercadorias (encomendas), nos termos do Protocolo ICM 23/88. 5. *Apelação provida*". (AC 0015340-37.2005.4.01.3300 / BA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL REYNALDO FONSECA, Rel.Conv. JUÍZA FEDERAL GILDA SIGMARINGA SEIXAS (CONV.), SÉTIMA TURMA, e-DJF1 p.382 de 19/02/2010) (grifamos)

Assim, deve ser prontamente afastada a obrigação acessória imputada à ECT pela pelo DISTRITO FEDERAL, pois ela não diz respeito ao serviço postal de encomendas.

### **III.5. Da não incidência dos juros de mora**

Em não havendo débito tributário a ser atribuído à ECT, fenecem também seus acessórios, quais sejam os juros e a correção monetária, não sendo, pois, devidos. Assim, pondera-se também por sua anulação.

A despeito disso, acaso assim não entenda esse Egrégio Supremo Tribunal Federal, não se pode olvidar que a fixação de juros de mora como estampa a Intimação nº 26/2015 é indevida em razão da suspensão da exigibilidade do crédito tributário enquanto em curso o processo administrativo tributário.

Ora, para se falar em mora, necessário se faz que determinada dívida esteja vencida, ocorra o atraso no pagamento e que esse atraso se dê por culpa do devedor, requisitos extraídos do conceito civil para a mora de uma obrigação.

Por sua vez, define o artigo 151 do CTN, que as impugnações e reclamações administrativas suspendem a exigibilidade do crédito tributário, e, lembramos que o auto de infração é apenas um dos procedimentos para o lançamento do crédito tributário.

Fato importante, e que deve ser destacado, é o de ter o procedimento administrativo tributário, garantido pela Constituição Federal de 1988, o objetivo de controlar a validade do procedimento administrativo o qual apura o eventual crédito tributário, o qual poderá ser revisto pelo Conselho de Contribuintes, para, apurando incorreções oriundas do trabalho da fiscalização, ajusta o lançamento para cumprir as determinações legais.

Logo, o crédito, para ser exigível, deverá ser líquido e certo. Se o procedimento administrativo tem o objetivo de controlar a legalidade e a correta aplicação das normas tributárias, por certo que não poderá ser ventilada a mora de um valor que ainda não é exigível, ou seja, que não possui liquidez.

Outro aspecto que deve ser considerado é que de o auto de infração determina o prazo de 30 (trinta) dias para que o contribuinte faça o recolhimento, ou seja, é o prazo para o vencimento da dívida.

Apresentada a impugnação ou reclamação administrativa, cabe ao Poder Público impulsionar o processo administrativo para que esse atinja o seu desfecho no prazo estabelecido no auto de infração, e, caso contrário, a decisão definitiva administrativa se dê em prazo superior ao estabelecido no auto de infração, a culpa não poderá ser atribuída ao contribuinte, mas à Administração Pública que, tendo o dever de impulsionar o processo administrativo, utiliza-se de prazo superior para concluí-lo.

Dessa forma, não havendo liquidez do crédito, tendo em vista a discussão em sede administrativa de sua validade, e não havendo vencimento, posto que o mesmo só ocorre com o julgamento definitivo, somada à ausência de culpa do devedor na utilização por parte do Poder Público de prazo superior ao estabelecido

no auto de infração para o julgamento do pedido apresentado pelo contribuinte, **por certo que a fruição de juros moratórios somente poderá se dar após o trânsito em julgado da decisão administrativa.**

Nessa esteira de raciocínio, se por hipótese remota restar julgado que em face do Auto de Infração nº 12.126/2008 existirem débitos fiscais a serem quitados pela ECT, desde já se pondera pela revisão dos juros de mora apurados pelo Distrito Federal, para que o termo inicial de sua incidência observe a data do trânsito em julgado da decisão administrativa.

#### **IV. DO PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA**

Em que pese ser desnecessária a realização do depósito da exação fiscal para fins de ajuizamento da ação anulatória de débito fiscal, é certo que a Fazenda Pública, ora representada pelo DISTRITO FEDERAL, não está impedida de promover sua inscrição em Dívida Ativa, bem como proceder à sua exigibilidade mediante executivo fiscal (TRF-5, Des. HUGO DE BRITO MACHADO, AC nº 520317-7/SE, DJ 10/6/94).

Além do mais, referido débito irá impactar na regularidade fiscal da ECT, que segundo dispõe o Código Tributário Nacional, é comprovada pela Certidão Negativa de Débitos (art. 205), ou pela Certidão Positiva com Efeito de Negativa (art. 206).

Todavia, conforme já reconheceu Egrégio Supremo Tribunal Federal, o art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69 foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, ante a equiparação da ECT à Fazenda Pública, inclusive no que diz respeito ao pagamento via **precatórios** nos termos do art. 100 da Constituição Federal.

Nessa ordem de ideias, é possível assegurar de forma categórica que a inscrição de quaisquer débitos fiscais em dívida ativa não colocará o Fisco em risco, pois a ECT irá quitá-los mediante pagamento via precatórios.

*Mutatis mutandis*, quanto ao débito fiscal objeto desta demanda, tem-se que não há como a ECT efetivar depósito para que ocorra a suspensão de sua exigibilidade. Com isso, o sistema de precatórios substitui a garantia do Juízo fins de imediata incidência do art. 206, *in fine*, do CTN.

Vale dizer: além de estar impedida de quitar os débitos judicialmente senão por meio de precatórios, sob pena de lesão à ordem cronológica de pagamento, fica claro que esse Juízo está previamente garantido por força de norma constitucional (CF, art. 100), havendo presunção de solvabilidade da ECT.

Nessa linha de raciocínio, o sistema de pagamento pela via de precatórios se perfaz em direito líquido e certo da ECT, na forma do art. 5º, XXXVI, da CF/88, em respeito ao princípio da legalidade e do devido processo legal, (CF, art. 5º, LIV e LV).

Para tanto, destaca-se o seguinte precedente:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ENTIDADE PÚBLICA. CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA SEM GARANTIA DO JUÍZO. IMPENHORABILIDADE DE BENS PÚBLICOS. PRECEDENTES.

1.“O direito líquido e certo, pressuposto constitucional de admissibilidade do mandado de segurança, é requisito de ordem processual - atinente à existência de prova inequívoca dos fatos em que se baseou a pretensão do impetrante e não à procedência desta, matéria de mérito. (RE nº 117.936, Rel. Min. Sepúlveda Pertence).” (RE 195186/RS, Relator Min. ILMAR GALVÃO, Julgamento: 04/05/1999, Primeira Turma, DJ 13-08-1999 P. 17).” (AMS 2001.34.00.016069-6/DF, Rel. Desembargador Federal Reynaldo Fonseca, 7ª Turma do TRF1, e-DJF1 21.01.2011)

**2. Com efeito, “Em se tratando, porém, de entidade pública (Município), à qual a lei permite, quando executada, embargar à execução sem prévia garantia do Juízo, tem entendido a jurisprudência que faz ela jus à Certidão Positiva de Débito com Efeito de Negativa - CPD-EN, na pendência dos embargos à execução ou de ações outras em que o débito esteja sendo questionado, mesmo que já tenha havido sentença de improcedência da ação em primeira instância, ainda não transitada em julgado.” (MC 2002.01.00.024402-1/MG, Relator Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva, DJ de 28/03/2008, p. 451).**

**3. Nesse diapasão, a colenda Sétima Turma deste Tribunal já decidiu que “cogitando-se (...) de ente público, o fato é que a CND não lhe pode ser negada nem a exclusão do seu nome no CADIN, seja porque o requerente não é obrigado a oferecer bens em garantia, em caso de parcelamento (art. 47, § 8º, da lei nº 8.212/91) seja porque, na espécie, o INSS já faz uso do bloqueio que lhe pode**

**fazer as vezes" (AGA 0003081-69.2012.4.01.0000 / AM, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL REYNALDO FONSECA, SÉTIMA TURMA, e-DJF1 p.416 de 25/05/2012)**

4. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, desprovidas. Sentença confirmada.  
(Numeração Única: 0017346-45.2000.4.01.3800 AMS 2000.38.00.017458-3 / MG; APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Relator JUIZ FEDERAL ALEXANDRE BUCK MEDRADO SAMPAIO Órgão 1ª TURMA SUPLEMENTAR Publicação 26/04/2013 e-DJF1 P. 1399 Data Decisão 09/04/2013)

“TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CRÉDITO CONSTITUÍDO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL. AÇÃO ANULATÓRIA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. RITO DO ART. 730 DO CPC. CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITO DE NEGATIVA. EXPEDIÇÃO. ADMISSIBILIDADE. MATÉRIA EXAMINADA SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO STJ N.º 08/2008.

1. A execução dirigida contra a Fazenda Pública sujeita-se ao rito previsto no artigo 730 do CPC, o qual não compreende a penhora de bens, considerando o princípio da impenhorabilidade dos bens públicos.

**2. A Fazenda Pública pode propor ação anulatória sem o prévio depósito do valor do débito discutido** e, no caso de ser executada, interpor embargos sem a necessidade de garantia do juízo. Ajuizados os embargos ou a anulatória, está o crédito tributário com a sua exigibilidade suspensa.

3. Suspensa a exigibilidade do crédito tributário, assiste ao Município o direito de obter a certidão positiva com efeito de negativa de que trata o artigo 206 do CTN.

**4. "A Fazenda Pública, quer em ação anulatória, quer em execução embargada, faz jus à expedição da certidão positiva de débito com efeitos negativos, independentemente de penhora, posto inexpropriáveis os seus bens".** (REsp 1.123.306/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe de 01.02.2010, submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n.º 08/2008)

5. Recurso especial não provido”.

(REsp 1180697/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/08/2010, DJe 26/08/2010)

Vale acrescentar, igualmente, que mesmo antes da inscrição do débito na CDA, em razão da ECT estar impedida de opor embargos à execução (pois sequer há execução), não há que se falar em impossibilidade de expedição de Certidão Positiva com Efeito de Negativa, pois segundo o TRF-1, “**por**

***ainda não haverem sido objeto de execução fiscal, não permitem que o Município Autor ofereça embargos, o que lhe autorizaria obter a já mencionada certidão***” (Numeração Única: 0008427-77.2007.4.01.3200 AC 2007.32.00.008567-0 / AM; APELAÇÃO CIVEL Relator DESEMBARGADOR FEDERAL REYNALDO FONSECA Órgão SÉTIMA TURMA Publicação 16/03/2012 e-DJF1 P. 684 Data Decisão 06/03/2012).

Noutro giro, há que se ponderar também que o montante pretendido pelo DISTRITO FEDERAL alcança a estratosférica cifra de **R\$ 242.370.960,57 (duzentos e quarenta e dois milhões, trezentos e setenta mil, novecentos e sessenta reais e cinquenta e sete centavos)**, atualizada até 09/02/2015, conforme se verifica na Intimação nº 26/2015 (doc. anexo), o que oneraria de forma demasiada a prestação do serviço público realizado pela ECT, acabando por comprometer, assim, a prestação do serviço postal à sociedade brasileira.

Não se pode perder de vista que demandas dessa natureza podem tramitar por anos até que sejam julgadas pelo Poder Judiciário, ficando o valor depositado em Juízo, quando poderia ser revertido na prestação do serviço postal.

Em face da relevância da fundamentação, da verossimilhança da alegação e, especialmente, do dano efetivo que a ECT está sofrendo, haja vista a iminência de inscrição em dívida ativa, **requer-se**, na forma do artigo 273 do Código de Processo Civil brasileiro, seja-lhe deferida a antecipação da tutela, a fim de que o DISTRITO FEDERAL:

- **suspenda a exigibilidade de crédito tributário em questão e seus consectários, independentemente de depósito;**
- **abstenha-se de tomar, com base na Lei nº 1.254/96 e no Decreto nº 18.955/97, quaisquer providências sancionatórias pelo não recolhimento do tributo em questão;**
- **abstenha-se de inscrever a ECT na Dívida Ativa, CADIN, e demais consectários;**

**- que a exação tributária em questão não comprometa a regularidade fiscal da ECT, expedindo-se a competente Certidão Positiva com Efeitos de Negativa quando necessário;**

De bom alvitre consignar que o pedido fundamenta-se na presença dos pressupostos autorizadores da tutela antecipada, quais sejam, a verossimilhança das alegações e o receio de dano de difícil reparação (artigo 273 do Código de Processo Civil). Aliás, *in casu*, verifica-se **DIREITO EVIDENTE DA ECT**.

**Com efeito, é fato notório que a ECT goza de imunidade tributária, inclusive havendo decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de Repercussão Geral no RE 627.051, destacando a imunidade tributária quanto ao ICMS. Trata-se, portanto, de verdadeiro direito evidente desta Empresa Pública.**

**O receio de dano irreparável está mais do que caracterizado, considerando-se que a ECT está sujeita a autuações administrativas pelo não recolhimento do ICMS, quando da prestação dos serviços de transporte interestadual, por quaisquer vias, de bens, mercadorias ou valores. Além do mais, o valor envolvido coloca em risco a saúde econômico-financeira do serviço postal.**

Assim, se o Supremo Tribunal Federal sacramentou a imunidade tributária da ECT, inclusive quanto ao ICMS, não há como esta Empresa Pública proceder ao pagamento de despesas nitidamente inconstitucionais!

Não é da boa gestão da coisa pública deixar de aplicar os recursos disponíveis na melhoria da execução do serviço público, para liquidar uma despesa inconstitucional. Lembramos que não estamos falando de ilegalidade na despesa, mas sim de inconstitucionalidade.

Nessa toada, cumpre que não há *periculum in mora reverso*, pois **a ECT quita anualmente todos os seus precatórios**, por se tratar de empresa pública eficiente que busca receitas para cobrir seu custo operacional, o que demonstra que nenhum débito fiscal ficará descoberto, dando ampla margem à segurança jurídica que envolverá a concessão da liminar.

Por outro lado, a inconstitucional exigência do ICMS pelo Distrito Federal poderá acarretar a atuação dos órgãos responsáveis, como a lavratura de autos de infração, não expedição de certidão de regularidade fiscal e inscrição em dívida ativa, no CADIN ou semelhantes, dentre outros.

Portanto, patente a ilegalidade/inconstitucionalidade da cobrança e o perigo na demora da prestação jurisdicional, pelo que parece inafastável a concessão da medida antecipatória para afastar a aplicação de quaisquer sanções por parte do ente federado ora em litígio, mormente a inscrição em dívida ativa, ou, alternativamente, caso já tenha inscrito o débito em dívida ativa que seja compelida a emitir certidão positiva com efeitos de negativa ou certidão negativa de débitos em favor da ECT, até o deslinde dessa demanda, quando, ao final, espera-se sejam declaradas nulas as cobrança levadas a cabo pelo Órgão Tributante.

## **V. DAS PRERROGATIVAS DA ECT – EQUIPARAÇÃO À FAZENDA PÚBLICA**

A EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT foi instituída nos moldes do Decreto-Lei nº 509/69, para 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 - seus bens, receitas e serviços são públicos.

Desta forma, *ab initio*, requer-se a concessão do benefício de isenção de custas processuais, foro e prazos privilegiados, pois foi **equiparada à Fazenda Pública** para esses fins, conforme dispõe o art. 12 do Decreto-Lei nº 509/1969, *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 à imunidade tributária, direta ou indireta, impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, quer no concernente a foro, prazos e custas processuais”.

Vale destacar que o Supremo Tribunal Federal declarou que **o art. 12 do Decreto-Lei nº 509/1969 foi recepcionado pela Constituição Federal**, conforme precedente de lavra do Ministro MAURÍCIO CORRÊA, *in verbis*:



“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. IMPENHORABILIDADE DE SEUS BENS, RENDAS E SERVIÇOS. RECEPÇÃO DO ARTIGO 12 DO DECRETO-LEI Nº 509/69. EXECUÇÃO. OBSERVÂNCIA DO REGIME DE PRECATÓRIO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. À empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, é aplicável o privilégio da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços. **Recepção do artigo 12 do Decreto-lei nº 509/69** e não-incidência da restrição contida no artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, que submete a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. 2. Empresa pública que não exerce atividade econômica e presta serviço público da competência da União Federal e por ela mantido. Execução. Observância ao regime de precatório, sob pena de vulneração do disposto no artigo 100 da Constituição Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido”.

(RE 220906/DF - DISTRITO FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA. Julgamento: 16/11/2000. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação. DJ 14-11-2002. PP-00015. EMENT. VOL-02091-03. PP-00430).

Posteriormente, diversas outras decisões foram proferidas pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, afirmando a constitucionalidade do art. 12, do Decreto-Lei nº 509/1969 (RE 409414; RE 336685; AI 313854 AgR; RE 229444; RE 220907; RE 230161; RE 229961; RE 220699; RE 225011; RE 229696; dentre outros).

Em razão disso, é pacífico o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a ECT é isenta do pagamento das custas processuais. Veja-se:

“RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO ADMINISTRATIVO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. ISENÇÃO DE CUSTAS PROCESSUAIS. RECURSO PROVIDO. 1. O Decreto-Lei 509/69 dispõe sobre a transformação dos Correios e Telégrafos em empresa pública, estabelecendo, em seu art. 12, que "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". 2. Analisando a referida norma, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, **no julgamento do RE 220.906/DF (Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 14.11.2002), consagrou entendimento no sentido de que a Constituição Federal de 1988 recepcionou o disposto no art. 12 do Decreto-Lei 509/69, o qual estendeu à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT - os privilégios conferidos à Fazenda Pública, entre eles os concernentes a foro, prazos e custas processuais.** 3. A Lei 9.289/96, em seu art. 4º, I, dispõe que "são isentos de pagamento de custas: a União, os Estados, os Município, os Territórios Federais, o Distrito Federal e as respectivas autarquias e fundações". Nota-se, pois, que a lei não estendeu às empresas públicas a prerrogativa de isenção de custas processuais. No entanto, trata-se de norma geral a respeito da isenção de custas processuais no âmbito da Justiça Federal. **Por sua vez, o Decreto-Lei 509/69 é norma especial, aplicável especificamente à ECT, estendendo-lhe os mesmos privilégios da Fazenda Pública, relativos à imunidade tributária, à impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, bem como a foro, prazos e custas processuais.** E não há ainda, no ordenamento jurídico pátrio, nenhuma norma especial que discipline em contrário a matéria. **Destarte, considerando que norma especial não pode ser revogada por norma geral, prevalece incólume o disposto no art. 12 do Decreto-Lei 509/69, isentando a ECT do recolhimento de custas processuais.** 4. Outrossim, como bem delineou o Ministério Público Federal, "o entendimento do Supremo Tribunal Federal, sobre a isenção da ECT no pagamento de custas processuais, é posterior à publicação da Lei 9.289/1996, o que afasta, segundo o posicionamento da Suprema Corte, a alegação de que o Decreto-Lei 509/1969 teria sido revogado pela Lei 9.289/1996" (fl. 147). 5. Recurso especial provido".

**(RESP 200801984547, DENISE ARRUDA, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:01/12/2009 . DTPB:.)**

Por todo o exposto, requer desde já a Autora a observância das prerrogativas inerentes à Fazenda Pública, devendo ser as mesmas reconhecidas por esse d. Juízo para que surtam seus efeitos, notadamente quanto à isenção de custas, foro e prazos privilegiados.

## **VI. DOS PEDIDOS**

Ante o exposto, requer-se:

**a)** o recebimento e processamento da presente ação sem que haja necessidade de efetuar o depósito judicial para a garantia do juízo, conforme preleciona a Súmula Vinculante nº 28/STF;

**b)** a citação do DISTRITO FEDERAL, na pessoa de seu representante legal para, querendo, contestar os termos desta ação;

**c)** a concessão da antecipação dos efeitos da tutela para suspender a exigibilidade do crédito tributário e seus consectários até o trânsito em julgado, bem como determinar ao DISTRITO FEDERAL que: abstenha-se de tomar, com base na Lei nº 1.254/96 e no Decreto nº 18.955/97, quaisquer providências sancionatórias pelo não recolhimento do tributo em questão; abstenha de inscrever a ECT na Dívida Ativa, CADIN, e demais consectários; que a exação tributária em questão não comprometa a regularidade fiscal da ECT, expedindo-se a competente Certidão Positiva com Efeitos de Negativa;

**d)** quanto ao mérito, seja a presente demanda conhecida e julgado totalmente procedente o pedido para declarar a imunidade tributária da ECT quanto ao ICMS-transporte, decretando-se a inexistência de relação jurídico-tributária entre a ECT e o DISTRITO FEDERAL quanto ao tributo em questão e, via de consequência, anular o Auto de Infração nº 12.126/2008 quanto à obrigação principal bem como quanto à multa decorrente do não cumprimento da obrigação principal, além da anulação da multa quanto ao não cumprimento da obrigação acessória e os juros de mora, conforme exposto;

**e)** subsidiariamente, seja decretada a nulidade da multa sobre a obrigação principal aplicadas, por ausência de base fática e legal, bem como por serem nitidamente confiscatórias, conforme exposição supra;

**f)** a produção de todos os meios de provas legais, tais como, testemunhal, pericial e documental, bem como contraprovas àquelas que forem requeridas pela Ré;

**g)** a isenção das custas processuais e os prazos previstos no art. 188 do CPC, tendo nos termos do art. 12 do Decreto-lei nº 509/69, recepcionado pela CF/88 conforme entendimento do Plenário do Supremo Tribunal Federal (RE nº. 220.906-9);

Dá-se a causa o valor de R\$ 242.370.960,57 (Duzentos e quarenta e dois milhões, trezentos e setenta mil, novecentos e sessenta reais e cinquenta e sete centavos).

Nestes termos, pede deferimento.

Brasília, 31 de março de 2015.

**RAPHAEL RIBEIRO BERTONI**  
**OAB/SP 259.898**

**MARCOS ANTONIO TAVARES MARTINS**  
**OAB/DF 18.508**

**CLEUCIO SANTOS NUNES**  
**Vice-Presidente Jurídico da ECT**  
**OAB/DF 32.086**