

28/02/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 601.392 PARANÁ

RELATOR : **MIN. JOAQUIM BARBOSA**
REDATOR DO ACÓRDÃO : **MIN. GILMAR MENDES**
RECTE.(S) : ECT - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS
ADV.(A/S) : GUSTAVO ESPERANÇA VIEIRA E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S) : MUNICÍPIO DE CURITIBA
ADV.(A/S) : ROBERTO DE SOUZA MOSCOSO
INTDO.(A/S) : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS SECRETARIAS DE FIANÇAS DAS CAPITAIS BRASILEIRAS - ABRASF
ADV.(A/S) : RICARDO ALMEIDA RIBEIRO DA SILVA
INTDO.(A/S) : MUNICIPIO DE SAO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a presidência do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, dar provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do redator do acórdão.

RE 601392 / PR

Brasília, 28 de fevereiro de 2013.

Ministro GILMAR MENDES

Redator do acórdão

Documento assinado digitalmente

25/05/2011

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 601.392 PARANÁ

RELATOR : **MIN. JOAQUIM BARBOSA**
RECTE.(S) : ECT - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS
ADV.(A/S) : SACHA CALMON NAVARRO COELHO E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S) : MUNICÍPIO DE CURITIBA
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR GERAL DO MUNICÍPIO DE CURITIBA
INTDO.(A/S) : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS SECRETARIAS DE FIANÇAS
DAS CAPITAIS BRASILEIRAS - ABRASF
ADV.(A/S) : RICARDO ALMEIDA RIBEIRO DA SILVA
INTDO.(A/S) : MUNICIPIO DE SAO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - (Relator):

Trata-se de recurso extraordinário (art. 102, III, *a* da Constituição) interposto de acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região assim ementado:

“TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE RECÍPROCA. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. SERVIÇOS TÍPICAMENTE POSTAIS ABARCADOS PELO MONOPÓLIO.

1. A ECT, empresa pública que presta serviços postais, os quais são de competência da União, está abrangida pela imunidade tributária prevista no artigo 150, inciso VI, letra ‘a’ da Constituição Federal.

2. A imunidade aqui delineada, entretanto, restringe-se aos serviços tipicamente postais mencionados no art. 9º da Lei nº 6.538/78, sendo lícito ao município na cobrança de ISS, relativamente aos serviços não abarcados pelo monopólio concedido pela União.” (Fls. 462).

RE 601.392 / PR

A empresa-recorrente sustenta, em síntese, que a imunidade tributária recíproca tem extensão maior do que a definida pelo acórdão recorrido. Segundo argumenta, todas as suas atividades deveriam ser tidas por imunes aos impostos (Fls. 473).

As razões de recurso são antecedidas por preliminar de repercussão geral (Fls. 470).

O município-recorrido não apresentou contra-razões ao recurso extraordinário (Fls. 478).

Esta Corte reconheceu a existência de repercussão geral da matéria constitucional debatida (Fls. 487-494).

O Ministério Público Federal, em parecer elaborado pelo suprocurador-geral da República, Dr. Francisco Adalberto da Nóbrega, opina pelo provimento do recurso (Fls. 503-510).

É o relatório.

25/05/2011

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 601.392 PARANÁ

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR): Senhor Presidente, meu voto não propõe alteração da jurisprudência da Corte acerca da imunidade tributária da ECT. O intuito é apenas o de calibrar essa imunidade à luz de balizas já conhecidas pela Corte, para impedir que a orientação não seja desvirtuada das funções que a imunidade tributária recíproca exerce no sistema constitucional.

Dispõem o art. 150, VI, *a*, e os §§ 2º e 3º da Constituição, textualmente:

“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;

§ 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.

§ 3º - As vedações do inciso VI, "a", e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel”.

Em diversos precedentes, alguns de minha relatoria, esta Corte vem reiterando três funções da imunidade tributária recíproca que condicionam o alcance do benefício:

1) A imunidade recíproca opera como salvaguarda do

RE 601.392 / PR

pacto federativo, para evitar que a tributação funcione como instrumento de coerção ou indução de entes federados;

2) A imunidade recíproca deve proteger atividade desprovida de capacidade contributiva, isto é, atividades públicas em sentido estrito, executadas sem intuito lucrativo;

3) A imunidade tributária recíproca não deve beneficiar a expressão econômica de interesses particulares, sejam eles públicos ou privados, nem afetar intensamente a livre iniciativa e a livre concorrência (excetuadas as permissões constitucionais).

A Corte bem conhece os fundamentos de cada um dos vetores interpretativos, mas considero importante recuperar algumas peculiaridades inerente à impossibilidade de utilização da imunidade tributária como instrumento de benefício de interesse econômico particular, sem contrapartida pública.

A Constituição conferiu a cada ente federado competência para instituir e arrecadar tributos próprios, de modo a preservar-lhes meios para prover efetiva autonomia e liberdade política, nos respectivos limites. Sem prejuízo da importância de todas as imunidades tributárias, a proibição constitucional para tributação de algumas grandezas está em constante tensão com o direito constitucional ao exercício local do poder legislativo. De fato, o benefício sempre implica perda parcial do direito de tributar de um ou mais entes federados e, assim, de obter meios para alcançar seus objetivos políticos. A tensão se resolve pela relevância conferida pela própria Constituição ao valor que se quer proteger, isto é, manter a autonomia dos entes federados pressupõe alguma limitação da competência de cada um para cobrar reciprocamente impostos.

Assim, a imunidade recíproca não se presta a assegurar ao ente federado vantagens contratuais ou de mercado, para, pura e simplesmente, permitir-lhe contratar e remunerar em condições mais vantajosas. Se o Poder Público age com intuito preponderantemente lucrativo, em favor próprio ou de terceiro, a imunidade recíproca não se lhe aplicará. Afinal, a atividade lucrativa em si mesma constitui signo de

RE 601.392 / PR

capacidade contributiva, ao mesmo tempo em que afasta o risco de pressão econômica.

Por outro lado, a imunidade recíproca também não deve ter como função auxiliar particulares em seus empreendimentos econômicos.

Lembro, a propósito, que estamos a discutir em outro recurso o alcance da imunidade conferida à Infraero. Inúmeras entidades privadas aproveitam-se dos abundantes e bem localizados terrenos cedidos àquela empresa pública para desenvolver suas atividades empresariais. Trata-se de academias de ginástica, concessionárias de veículos, hospitais particulares caríssimos, hotéis, residências particulares, entre outros. E não me refiro ao espaço interno das instalações aeroportuárias, nos quais há prestação de serviços lucrativos, como as lojas francas, os restaurantes, as lanchonetes, as casas de câmbio e as lojas. Refiro-me a empreendimentos de porte e separados dos prédios aeroportuários. Para termos a proporção das vantagens, basta observar os terrenos no entorno e imediações do aeroporto de Jacarepaguá, no Rio de Janeiro.

Já a questão que se discute aqui é se a exoneração integral e incondicionada à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos desvia-se dos objetivos justificadores da proteção constitucional.

E a resposta a essa questão, sem dúvida, é positiva.

E isto porque a ECT desempenha algumas atividades de intenso e primário interesse privado-particular, ou seja, não-público.

Por exemplo, é notório que os Correios cedem sua estrutura e serviços para a “venda” de títulos de capitalização. As operações com tais títulos têm como objetivo o lucro das entidades públicas ou privadas que os disponibilizam, sem qualquer vinculação com a função institucional da ECT. Nesta perspectiva, a exoneração tributária teria como consequência a diminuição do preço a ser cobrado do interessado em distribuir os títulos, dado ser possível calcular a carga tributária e repassá-la àquele que terá o maior benefício com a exploração da atividade.

Sabe-se também que as agências dos Correios são utilizadas para operações do chamado “Banco Postal”. Atualmente, uma grande instituição financeira privada é responsável pelo Banco Postal, e é lícito

RE 601.392 / PR

supor que uma parceria desta natureza não tenha motivação filantrópica^[1]. Não causa qualquer perplexidade a tributação de instituições financeiras quando estas atuarem com base em agências próprias. Dada a capacidade contributiva da atividade e a inexistência de risco de desequilíbrio entre empresa da União e outros entes federados, não há razão para aplicar a imunidade tributária ao produto obtido com este tipo de parceria.

Por fim, trago um terceiro exemplo. Recentemente, empresa privada firmou acordo com os Correios para produção e venda de lingotes banhados a ouro, no formato de selos históricos. Sem prejuízo da importância cultural da iniciativa filatélica, a venda de cada conjunto de lingotes por R\$ 9.875,00 visa evidentemente à obtenção de acréscimo patrimonial das partes envolvidas. Está, pois, presente a capacidade contributiva e não há como fazer aproximação entre a atividade inerente ao serviço postal e a produção e venda de obras de arte ou jóias.

Em sentido semelhante, também entendo que sempre que os Correios prestarem serviços também franqueados à iniciativa privada a imunidade não deverá ser aplicada, para evitar vantagens competitivas artificiais em detrimento do princípio da concorrência. Em especial, o acórdão recorrido menciona o item 95 da lista anexa à LC 56/1987, assim redigido:

“ [O ISS incide sobre]: 95. Cobranças e recebimentos por conta de terceiros, inclusive direitos autorais, protestos de títulos, sustação de protestos, devolução de títulos não pagos, manutenção de títulos vencidos, fornecimentos de posição de cobrança ou recebimento e outros serviços correlatos da cobrança ou recebimento (este item abrange também os serviços prestados por instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central);”

Atualmente, a matéria é regida pelo item 15.10, que tem a seguinte redação:

“[O ISS incide sobre:] 15.10 – Serviços relacionados a

RE 601.392 / PR

cobranças, recebimentos ou pagamentos em geral, de títulos quaisquer, de contas ou carnês, de câmbio, de tributos e por conta de terceiros, inclusive os efetuados por meio eletrônico, automático ou por máquinas de atendimento; fornecimento de posição de cobrança, recebimento ou pagamento; emissão de carnês, fichas de compensação, impressos e documentos em geral”.

Esta Corte, ao julgar a ADPF 46, deu ao art. 42 da Lei 6.538/1978 interpretação conforme a Constituição, de modo a restringir sua aplicação aos serviços previstos no art. 9º da mesma lei. Ao transpor os fundamentos para a seara tributária, o Tribunal de origem chegou à mesma conclusão: limitou a imunidade aos serviços postais previstos no art. 9º e permitiu a incidência do ISS sobre os “*serviços não abarcados pelo monopólio concedido pela União*” (Fls. 462). O entendimento se aplica se os serviços forem prestados pela própria ECT.

A extensão irrefletida e desmesurada da imunidade tributária proposta pela recorrente irá garantir aos particulares que contratam com os Correios redução expressiva da carga tributária. Estas empresas particulares aproveitam-se da grande abrangência territorial das agências postais para distribuir produtos e serviços sem que despesas ordinárias, como aluguel, contratação de funcionários, encargos trabalhistas e tributários (como o IPTU) onerem sua margem de lucro. Neste sentido, lembro que nada impede que os Correios repassem eventual carga tributária à contraprestação exigida de seus clientes de serviços alheios à atividade postal.

Por fim, abordo o tópico levantado pela recorrente, em que ela afirma ser a imunidade tributária aplicável sem restrições, em razão do fato de as receitas obtidas pela ECT serem integralmente aplicadas em seus objetivos institucionais.

A importância da atividade protegida pela imunidade não pode justificar a colocação dos princípios da livre-iniciativa e da concorrência em segundo plano, em toda e qualquer hipótese.

Entendo que a ênfase na aplicação dos recursos como motivo

RE 601.392 / PR

suficiente em si para garantir o benefício **abre margem ao abuso e à desconsideração do equilíbrio concorrencial**.

Por exemplo, não há como aplicar pura e simplesmente a uma grande rede de panificação o mesmo precedente firmado para as singelas e limitadas operações de venda de pães examinada no precedente “Lar de Maria”^[2], por mais que tais operações se intitulem assistenciais ou filantrópicas.

Daí decorre que a circunstância de a ECT aplicar os recursos, aferidos em atividades de primordial interesse econômico de terceiros, em suas atividades essenciais é insuficiente, tão-somente por si, para reconhecer-lhe imunidade ampla e irrestrita.

Ante o exposto, conheço do recurso extraordinário, mas a ele nego provimento.

É como voto.

^[1]

^[2] [RE 210.251-EDv, rel. min. Ellen Gracie, red. p/ acórdão min. Gilmar Mendes, Pleno, DJ de 28.11.2003.](#)^[2]

25/05/2011

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 601.392 PARANÁ

RELATOR : **MIN. JOAQUIM BARBOSA**
REDATOR DO ACÓRDÃO : **MIN. GILMAR MENDES**
RECTE.(S) : ECT - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS
ADV.(A/S) : GUSTAVO ESPERANÇA VIEIRA E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S) : MUNICÍPIO DE CURITIBA
ADV.(A/S) : ROBERTO DE SOUZA MOSCOSO
INTDO.(A/S) : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS SECRETARIAS DE FIANÇAS DAS CAPITAIS BRASILEIRAS - ABRASF
ADV.(A/S) : RICARDO ALMEIDA RIBEIRO DA SILVA
INTDO.(A/S) : MUNICIPIO DE SAO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

VISTA

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, em um primeiro momento, imaginei que efetivamente essa questão ficasse eclipsada a essa distinção que foi feita na ADPF sobre o exercício de atividade inerente ao serviço público, estritamente, e o exercício de atividade privada por essa empresa pública que foi dotada de um regime especial, até por força de decisão do próprio Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, foram trazidos argumentos no sentido de que algumas atividades extrapolantes, elas são servis ao financiamento da atividade fim e que, por isso, haveria um arrastamento dessa imunidade.

Fiz aqui uma consulta a diversos textos e verifiquei, basicamente, o seguinte: é verdade que a concessão imoderada de imunidade gera uma violação ao princípio da isonomia tributária. Mas não menos verdade

RE 601392 / PR

também é o fato de não conceder imunidade quando ela é cabível.

O parecer do Ministério Público está em contraposição ao voto do Ministro Joaquim Barbosa - um voto excepcional -, o que efetivamente me faz pedir vista, para que eu possa reavaliar a questão.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 601.392

PROCED. : PARANÁ

RELATOR : MIN. JOAQUIM BARBOSA

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. GILMAR MENDES

RECTE.(S) : ECT - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS

ADV.(A/S) : GUSTAVO ESPERANÇA VIEIRA E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S) : MUNICÍPIO DE CURITIBA

ADV.(A/S) : ROBERTO DE SOUZA MOSCOSO

INTDO.(A/S) : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS SECRETARIAS DE FIANÇAS DAS
CAPITAIS BRASILEIRAS - ABRASF

ADV.(A/S) : RICARDO ALMEIDA RIBEIRO DA SILVA

INTDO.(A/S) : MUNICIPIO DE SAO PAULO

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Joaquim Barbosa (Relator), negando provimento ao recurso, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Luiz Fux. Ausente, neste julgamento, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Falaram, pela recorrente, a Dra. Misabel de Abreu Machado Derzi, pelos *amici curiae* Município de São Paulo e Associação Brasileira das Secretarias de Finanças das Capitais Brasileiras, respectivamente, a Dra. Simone Andréa Barcelos Coutinho e o Dr. Ricardo Almeida Ribeiro da Silva. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 25.05.2011.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Luiz Fux.

Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

p/Luiz Tomimatsu
Secretário

16/11/2011

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 601.392 PARANÁ

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: A existência de contraste entre o parecer ministerial e o voto do eminente Relator ensejou o pedido de vista. No entanto, há que se concluir pela total adesão aos termos do voto proferido pelo Ministro JOAQUIM BARBOSA, que, com precisão, trouxe a lume, para além da mera questão tributária, perspectiva mais ampla do caso, que também aborda a repercussão da imunidade recíproca da Recorrida sobre a livre concorrência. Cumpre apenas, sem prejuízo dos argumentos já muito bem expostos pelo eminente Relator, aduzir as considerações a seguir.

Uma consideração, de pronto, não foi objeto de maiores questionamentos: **a venda de títulos de capitalização, o recebimento de mensalidades de associações e sindicatos e de inscrições em vestibulares e concursos não se caracterizam como serviço público.** Permita-se aqui adotar o entendimento de ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO (*Direito dos Serviços Públicos*. 2. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 157), que cunhou a seguinte conceituação, *verbis*:

[...] serviços públicos são as atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocadas pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade."

Trata-se, portanto – e de modo aqui incontroverso – que são **atividades econômicas em sentido estrito**, desempenhadas por outros entes privados, tais como as instituições bancárias. Nessa ordem de ideias, é clara a dicção do art. 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal a respeito da sujeição das empresas públicas ao regime jurídico-tributário

RE 601392 / PR

próprio das empresas privadas.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos presta serviço público – o serviço postal –, com o que se revestiria das prerrogativas da Fazenda Pública e, no que interessa ao julgamento deste feito, mereceria a extensão da imunidade recíproca. Nesse sentido, os seguintes julgados, *verbis*:

“EMENTA: 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, a. II. - R.E. conhecido em parte e, nessa parte, provido.” (Segunda Turma, RE 407099, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, j. 22.06.2004).

“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.” (STF, Pleno, ACO 765, Rel. Min. MENEZES DIREITO, ac. por maioria, j.

RE 601392 / PR

13.05.2009)

“EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. EMPRESA PÚBLICA DE CORREIOS E TELEGRÁFOS. PRIVILÉGIO DE ENTREGA DE CORRESPONDÊNCIAS. SERVIÇO POSTAL. CONTROVÉRSIA REFERENTE À LEI FEDERAL 6.538, DE 22 DE JUNHO DE 1978. ATO NORMATIVO QUE REGULA DIREITOS E OBRIGAÇÕES CONCERNENTES AO SERVIÇO POSTAL. PREVISÃO DE SANÇÕES NAS HIPÓTESES DE VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL. COMPATIBILIDADE COM O SISTEMA CONSTITUCIONAL VIGENTE. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 1º, INCISO IV; 5º, INCISO XIII, 170, CAPUT, INCISO IV E PARÁGRAFO ÚNICO, E 173 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LIVRE CONCORRÊNCIA E LIVRE INICIATIVA. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. ARGÜIÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO CONFERIDA AO ARTIGO 42 DA LEI N. 6.538, QUE ESTABELECE SANÇÃO, SE CONFIGURADA A VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL DA UNIÃO. APLICAÇÃO ÀS ATIVIDADES POSTAIS DESCRITAS NO ARTIGO 9º, DA LEI. 1. O serviço postal --- conjunto de atividades que torna possível o envio de correspondência, ou objeto postal, de um remetente para endereço final e determinado --- não consubstancia atividade econômica em sentido estrito. Serviço postal é serviço público. 2. A atividade econômica em sentido amplo é gênero que compreende duas espécies, o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito. Monopólio é de atividade econômica em sentido estrito, empreendida por agentes econômicos privados. A exclusividade da prestação dos serviços públicos é expressão de uma situação de privilégio. Monopólio e privilégio são distintos entre si; não se os deve confundir no âmbito da linguagem jurídica, qual ocorre no vocabulário vulgar. 3. A Constituição do Brasil confere à União, em caráter exclusivo, a exploração do

RE 601392 / PR

serviço postal e o correio aéreo nacional [artigo 20, inciso X]. 4. O serviço postal é prestado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, empresa pública, entidade da Administração Indireta da União, criada pelo decreto-lei n. 509, de 10 de março de 1.969. 5. É imprescindível distinguirmos o regime de privilégio, que diz com a prestação dos serviços públicos, do regime de monopólio sob o qual, algumas vezes, a exploração de atividade econômica em sentido estrito é empreendida pelo Estado. 6. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos deve atuar em regime de exclusividade na prestação dos serviços que lhe incumbem em situação de privilégio, o privilégio postal. 7. Os regimes jurídicos sob os quais em regra são prestados os serviços públicos importam em que essa atividade seja desenvolvida sob privilégio, inclusive, em regra, o da exclusividade. 8. Argüição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente por maioria. O Tribunal deu interpretação conforme à Constituição ao artigo 42 da Lei n. 6.538 para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º desse ato normativo." (Pleno, ADPF 46, Rel. para o acórdão Min. EROS GRAU, j. 05.08.2009)

É possível extrair-se da jurisprudência da Corte que o regime jurídico da EBCT foi assemelhado ao regime autárquico, uma vez que integrante da Administração Pública Indireta. Estende-se-lhe, pois, a imunidade recíproca quanto aos impostos de que tratam o art. 150, inciso VI, alínea "a" e os §§ 2º e 3º, da Constituição da República, *verbis*:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...]

VI - instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros; [...]

§ 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.

RE 601392 / PR

§ 3º - As vedações do inciso VI, "a", e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.

Ocorre que, consoante o disposto na parte final do § 2º do art. 150 da Constituição Federal, a imunidade das entidades da Administração Pública Indireta é afastada naquilo que não se vincula às suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes. Sobre o tema, é perfeita a síntese de RICARDO LODI RIBEIRO (*Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 192), *verbis*:

[...] Se a entidade imune abandona os seus objetivos institucionais para desempenhar a atividade econômica em regime de concorrência com as entidades de direito privado, deve ser tributada como se particular fosse (art. 173, § 1º, II, CF).
[...]

Ora, se é o caso de aproximação do regime jurídico da EBCT ao autárquico, como concluiu a Corte nas oportunidades acima mencionadas, são de se lhe aplicar também as restrições à imunidade recíproca constitucionalmente estabelecidas para as autarquias, de modo que os serviços desvinculados das suas finalidades essenciais – como são, evidentemente, aqueles de que ora se cuida – não seriam alcançados pela imunidade recíproca.

Ademais, bem observou o eminente Relator que, no caso vertente, a Recorrente se expõe à concorrência de mercado no desempenho de atividade econômica. Dessa forma, a imunidade tributária relativamente aos serviços prestados em regime de livre concorrência representará vantagem competitiva para a Recorrente relativamente aos demais agentes do mercado, afrontando claramente o disposto no art. 173, § 2º,

RE 601392 / PR

da Carta Política de 1988 (“As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado”).

É bem de ver que, pela sua própria condição de empresa pública, a EBCT já usufrui posição privilegiada no mercado. Nas palavras de GASPAR ARIÑO ORTIZ (*Principios de Derecho Público Económico*. Granada: Ed. Comares e Fundación de Estudios de Regulación, 1999, p. 221. *Apud* ARAGÃO, ob. cit., p. 142, nota n.º 48), *verbis*:

“A empresa pública sempre terá privilégios em sua atuação, nem que seja no seu financiamento com capital público, cujo acionista é menos exigente em relação a dividendos. Por isso, a concorrência leal entre a empresa pública e a privada é quase impossível, o que torna necessário o princípio da subsidiariedade da empresa pública, a fim de que a liberdade de empresa em uma economia de mercado seja efetiva.”

Paradoxalmente, noticiou o Jornal *O Globo*, em 14 de julho de 2011, que a EBCT atingiu, no primeiro semestre de 2011, lucro da ordem de 500 milhões de reais, incríveis 48% acima do resultado registrado no mesmo período de 2010. A mesma notícia informa o interesse da empresa na participação em outros empreendimentos, como o propalado “trem-bala” que ligaria as cidades do Rio de Janeiro, de São Paulo e de Campinas.

Ora, revela-se o privilégio duplo da Recorrente, que desfruta de clara vantagem concorrencial, ao arripio do já mencionado art. 173, § 2º e ao princípio geral da ordem econômica da livre concorrência, insculpido no art. 170, IV, da Constituição.

Assinale-se que, como é cediço, não podem ser as normas constitucionais interpretadas isoladamente, impondo-se a sua interpretação sistemática. Dessa forma, afigura-se inadmissível que, sob

RE 601392 / PR

o argumento da fruição da imunidade tributária recíproca, venha uma empresa pública federal a atingir exagerada vantagem concorrencial.

Não convence o argumento do subsídio cruzado, por duas razões. Primeiramente, a circunstância de que a venda de títulos de capitalização, o recebimento de mensalidades de associações e sindicatos e de inscrições em vestibulares e concursos financiam os serviços efetivamente postais não conduz à conclusão de que deveriam ser abarcados pela imunidade, mesmo porque a incidência da tributação certamente repercutirá no preço final dos serviços e produtos comercializados pela Recorrente. **Esses serviços e produtos, cumpre lembrar, não se confundem com serviços públicos em sentido estrito**, pelo que não se orientam pelos princípios da universalidade, da continuidade e da modicidade tarifária, mas pela dinâmica própria do mercado de formação de preços.

Em segundo lugar, percebe-se que a extensão da imunidade tributária, de modo a bloquear a incidência do ISSQN sobre as operações em apreço, iria de encontro à própria *ratio essendi* da imunidade recíproca. Como é cediço, a imunidade recíproca se justifica pela manutenção do **equilíbrio federativo**, que decerto seria violado. Explica-se.

De acordo com o art. 21, X, da Constituição Federal, compete à União manter o serviço postal e o correio aéreo nacional. Portanto, o eventual subsídio cruzado, consistente na desoneração tributária de atividades que custeariam o serviço postal – tido como deficitário –, sujeitaria os Estados e, especialmente neste caso, o Município Recorrente a suportar, em alguma medida, os custos de um serviço que, por dicção constitucional expressa, deve ser **mantido** pela União.

Vale dizer, mesmo que se considere que deva existir, na espécie, o subsídio cruzado, deve o mesmo restringir-se aos tributos de competência da União, sob pena de impor aos demais entes federados o custeio de

RE 601392 / PR

serviço público que não está entre suas competências.

Frise-se que são conclusões que não infirmam os precedentes da Corte relativamente à imunidade recíproca da Recorrida **na prestação do serviço postal**. A jurisprudência é consolidada no reconhecimento dessa imunidade para o desempenho do serviço postal, que se dá em caráter exclusivo e não num ambiente concorrencial, como no caso em apreço.

Em virtude do exposto, **acompanho o eminente Relator** e voto pelo **DESPROVIMENTO** do recurso extraordinário em exame.

16/11/2011

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 601.392 PARANÁ

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 601.392

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA -
Presidente, considerando que essa atividade não está incluída no núcleo
central das atividades contempladas como serviço público de privilégios,
também acompanho o Relator para negar provimento ao recurso.

16/11/2011

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 601.392 PARANÁ

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, também acompanho o eminente Relator e, agora, esclarecido ainda mais pelos proficientes votos proferidos na sequência, eu apenas gostaria de observar que a antiga jurisprudência do Supremo Tribunal Federal deve ser revista, inclusive à luz da recente Medida Provisória 532, de 28/4/2011, que altera substancialmente a própria natureza da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

Na exposição de motivos dessa medida provisória, destaco dois itens. O item 16, por exemplo, diz o seguinte:

"16. Está sendo proposta, ainda, a alteração do Decreto-lei nº 509, de 1969, de modo a autorizar a ECT a adquirir participações societárias, quer sejam majoritárias ou minoritárias, além de constituir subsidiárias, para a execução de atividades compreendidas em seu objeto social".

O inciso 19 diz o seguinte:

"19. Por fim, prever-se-á a aplicação subsidiária da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, de modo a aplicar à ECT, guardadas as suas particularidades institucionais, a mesma disciplina jurídica incidente sobre as sociedades anônimas. Com essa modificação pretende-se aproximar a ECT das melhores práticas organizacionais e de governança corporativa usadas em sociedades de economia mista como o Banco do Brasil e a Petrobras, constituídas na forma de sociedades por ações".

Recentemente a imprensa divulgou, inclusive, que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos deverá atuar no sentido de ter um

RE 601392 / PR

banco próprio, ingressar em serviços de telefonia móveis, além de novas possibilidades de atuação no mercado digital. Ademais disso, houve um anúncio por parte de autoridades ligadas à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos no sentido de que ela participaria do projeto do trem de alta velocidade. Portanto, são atividades absolutamente incompatíveis com o monopólio que foi atribuído pelos constituintes de 1988.

No caso sob apreço, entendo que os serviços elencados na Lista 95 anexa à Lei Complementar 56/87 são, sim, sujeitos à incidência do ISS; portanto, acompanho integralmente o douto voto do eminente Relator negando provimento ao apelo.

16/11/2011

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 601.392 PARANÁ**VOTO**

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Senhor Presidente, sempre que essa questão vem ao Plenário - a imunidade tributária extensível às atividades da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, atividades por completo ou limitadamente à correspondência, ao que nós chamamos de serviço postal -, vejo-me a braços com extrema dificuldade de equacionamento. Tem sido para mim uma questão tormentosa essa da imunidade tributária recíproca no plano da sua extensão aos Correios e Telégrafos. Confesso que já antecipei em votos anteriores essa minha dificuldade, sobretudo naquela discussão mantida com o Ministro Gilmar Mendes.

Para refletir sobre o conteúdo significativo, a extensão eficaz dessa expressão constitucional "manter" o correio aéreo nacional e os serviços postais e telegráficos - manter. Quando a Constituição usa esse verbo "manter", o faz num contexto de grande importância institucional. Por exemplo: manter a polícia civil aqui no Distrito Federal; manter o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública; manter as atividades de diplomacia.

Manter o serviço entregue à cura da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos cada vez mais me parece que é manter a qualquer custo, a qualquer preço, de qualquer maneira, ainda que sob retumbante, acachapante prejuízo. É uma atividade que não pode deixar de ser prestada, que não pode sofrer solução de continuidade; é obrigação do Poder Público manter esse tipo de atividade. Por isso que o lucro eventualmente obtido pela Empresa não se revela, com muito mais razão, como um fim em si mesmo; é um meio para a continuidade, a ininterrupção dos serviços a ela afetados.

De outra parte, sabemos que os Correios - o Ministro Nelson Jobim lembrava isso - são destinados a um atendimento de modo a alcançar todos os municípios brasileiros, distritos, as subdivisões geográficas-

RE 601.392 / PR

territoriais desses municípios, em busca desse valor mais alto da integração nacional - que Vossa Excelência, Ministro César Peluso, chamou de "coesão nacional" em uma das nossas discussões. Isso tudo obriga os Correios e Telégrafos a adotar uma política tarifária de subsídios cruzados, ou seja, buscar obter lucro aqui para cobrir prejuízo certo ali. E como os Correios realizam também direitos fundamentais da pessoa humana, como a comunicação telegráfica e telefônica e o sigilo dessas comunicações, praticando uma política de modicidade tarifária, eles alcançam a maior parte da população carente, da população economicamente débil.

Assim, nesta oportunidade, com um pouco mais de clareza ou menos dubiedade, parece-me que os Correios são como uma **longa manus**, uma mão alongada das atividades da União, um apêndice da União absolutamente necessário.

Estender aos Correios o regime de imunidade tributária de que fala a Constituição está me parecendo uma coisa natural, necessária, que não pode deixar de ser, independentemente se a atividade é exclusiva ou não. No caso, parece-me que os fins a que se destinam essas atividades são mais importantes do que a própria compostura jurídica ou a estrutura jurídico-formal da empresa. O conteúdo de suas atividades é que me parece relevar sobretudo, à luz da Constituição.

Então, reconhecendo a minha dificuldade de equacionar a causa sempre que vem à baila, vou pedir vênias ao eminente Relator para prover o recurso extraordinário.

É como voto.

16/11/2011

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 601.392 PARANÁ

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, eu também, como o ministro Britto, já tinha manifestado no meu voto da ADPF n. 46 um certo desconforto em relação a este caso - matéria que já foi objeto, agora, até de leitura do ministro Dias Toffoli.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Se encaminhássemos para superar a ADPF nº 46, aí, meu posicionamento poderia ser outro. Eu fiz um voto baseado na jurisprudência fixada na ADPF nº 46.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É. Eu tinha me manifestado exatamente em relação a isso. À época, nós discutimos amplamente essa questão, tendo em vista a lei pré-constitucional que organizava o chamado "monopólio postal" e também ficou muito clara a mudança que ocorre aqui em razão de toda essa evolução.

A despeito de todas as medidas de constrangimento tomadas em relação a companhias que exercem essa atividade econômica de transporte, de encomendas e até de comunicação, entrega de conta bancária e boletos de cobrança e tudo mais, sabemos que a evolução tecnológica agora está tornando esse debate ultrapassado. Com a *Internet*, quem fala hoje de telegrama ou carta? É interessante que o que estamos dizendo é que a base do monopólio dos Correios e Telégrafos está sofrendo um esvaziamento, uma elisão, por conta da evolução tecnológica - aquela relação que Müller, e talvez seja ele o teórico que mais tenha logrado fazer essa aproximação, fez entre "programa normativo" e "âmbito normativo"; quer dizer, o elemento de realidade recortado na regra.

Aqui, houve realmente essa mudança significativa, a ponto de

RE 601392 / PR

começarmos a dizer - aquilo que, de certa forma, ficou assente na ADPF n. 46 - que os Correios se subsidiam com o monopólio de cartas e telegramas. Daqui a pouco, vai-se perguntar: Então, o que sobrou com essa rápida evolução tecnológica? Os Correios poderão fazer a entrega de cartas no Oiapoque. *Aí*, vem o problema: Como eles se financiam para sustentar esse tipo de atividade? É o que o ministro Ayres Britto disse: Eles se financiavam a partir de um modelo cruzado.

Nessa linha, eu já havia até, sendo coerente, falado no meu voto sobre processo de inconstitucionalização, que o vislumbrava de maneira muito...

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Ministro Gilmar, permita-me um aparte, sem interromper o raciocínio sempre lúcido de Vossa Excelência.

Os Correios cobram R\$ 0,1 por carta social. Quanto ao lado técnico, ainda agora, colocando os olhos mais focados sobre a Constituição, o que percebo? O único serviço público que foi versado em apartado, em separado, pela Constituição foi justamente o entregue aos cuidados dos Correios - o único - e, com esse verbo "manter" a significar que nenhum serviço público versado no artigo 175 da Constituição é de obrigatória prestação; não é, ele é facultativo. Mas os serviços dos Correios são de obrigatória prestação. Além desse tratamento em apartado, ele é marcado pela obrigatoriedade da sua prestação. Parece-me um regime jurídico-constitucional peculiaríssimo. Daí essa preocupação de Vossa Excelência e a minha também; sempre que o tema vem à tona, confesso que fico em dificuldades.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ministro, apenas um breve aparte ao sempre judicioso voto e sempre judiciosa observação do eminente Ministro Ayres Britto.

Nós não podemos olvidar que, há cerca de duas semanas, a sociedade brasileira ficou refém dos Correios na greve e que o serviço público fundamental não foi prestado: boletos bancários não foram distribuídos; houve atraso nas contas, um prejuízo tremendo para as

RE 601392 / PR

finanças nacionais, quer dizer, é *modus in rebus*.

Eminente Ministro, temos que prever neste mundo moderno uma abertura de alguns desses serviços para a iniciativa privada, neste momento de globalização.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - O meu voto não exclui da iniciativa privada aqueles serviços que vão além dos mencionados pela Constituição.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Mas é que poder haver uma concorrência desleal, na medida em que se dá para serviços de natureza tipicamente privados uma imunidade que não se dá para o setor privado.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - A questão que me parece importante destacar aqui, Presidente, é que, de fato, esse elemento do monopólio vem sofrendo uma mudança, uma erosão quanto a seu significado. Inicialmente, muito mais abrangente, hoje, até do ponto de vista fático, é extremamente difícil fazer-se com que encomendas, boletos, jornais, periódicos, contas de água, luz e telefone, tudo isso seja submetido a um monopólio postal - tal como nós dissemos em relação ao artigo 9º na ADPF n. 46.

Se não fosse por uma opção jurídica, do ponto de vista fático, isso ficaria extremamente difícil de ser exercido. Como impedir que uma conta seja remetida pela *Internet*, por exemplo, uma vez que não se quer se faça por "motoboy", como se tentava fazer em algum momento?

A tecnologia tornou esse monopólio *passé*, ultrapassado. E eu apontava isso em relação, por exemplo, aos dispositivos que asseguravam a criminalização da chamada violação do privilégio postal da União, dizendo que não fazia mais sentido naquele contexto dizer que era constitucional, por exemplo, a fórmula do artigo 42. De qualquer sorte, eu tenho a forte impressão - e cheguei a dizer isso também no meu voto - de que, por ser um modelo, e o ministro Ayres Britto frisou esse aspecto, quando se diz que compete à União manter o serviço, preservar o serviço, guardar o serviço, na verdade essa expressão que a Constituição usa é

RE 601392 / PR

para se referir à chamada garantia institucional. É garantido o direito de propriedade. Deve-se preservar a família. São fórmulas que, tradicionalmente, revelam uma garantia institucional, que vai sendo adaptada no tempo, mas que tem que ser preservada no seu núcleo essencial.

Essa é a referência que Sua Excelência faz quando menciona a fórmula específica que a Constituição usou em relação ao serviço: apanha o serviço no passado e o mantém, constituindo, portanto, um dever elementar manter esse serviço, preservá-lo com suas características básicas; claro que atualizado. Daí, a necessidade de atualização - e nós falamos isso. De certa forma, até já atualizamos a interpretação do texto quando fizemos aquela manifestação em torno da ADPF n. 46.

Exatamente em relação a isso é que me impressionam os pareceres trazidos pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

Inicialmente, vamos falar da nossa jurisprudência, Presidente. Na Segunda Turma, caso da relatoria do caro ministro Carlos Velloso - isso em 2004 -, nós afirmamos que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é prestadora de serviços públicos de prestação obrigatória, exclusiva do Estado, motivo por que está abrangida pela imunidade tributária recíproca - sem fazer qualquer *distinguishing* aqui.

Depois, tivemos a nossa decisão na ADPF n. 46 e, a partir daí, suscitaram-se todas as dúvidas por conta da distinção entre as atividades - como já foi destacado aqui nos vários votos, e destacou especialmente o ministro Dias Toffoli -, quer dizer, o que é atividade concorrente e o que é atividade privativa dos Correios e Telégrafos.

Esse precedente, então, instaurou dúvidas sobre a imunidade tributária da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos em relação às atividades que não são exercidas nesse regime de privilégio. E, também, mentalmente, nós sabemos que não é impossível cindir as atividades realizadas por essa Empresa, entre as quais as exercidas em regime de privilégio e as que são executadas em concorrência com empresas do setor privado. Então, isso é possível.

O fato também é que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos,

RE 601392 / PR

ainda quando exerce atividades fora do regime de privilégio, está sujeita a uma série de condições que não são extensíveis à iniciativa privada, a exemplo da exigência de prévia licitação para celebração de contratos ou da captação de recursos humanos precedida de concurso público, dificuldade de terceirização. Há uma série de limitações decorrentes desse *status*.

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. Claro que isso demanda uma reforma que não pode ser feita no plano meramente judicial; isso exige uma compensação num contexto de reformulação da própria estrutura. O ministro Lewandowski chama a atenção para uma medida provisória que já estaria fazendo essa alteração.

Nesse contexto, é relevante lembrar que a Empresa está sujeita aos princípios da continuidade do serviço, da universalização do atendimento e da modicidade das tarifas.

Um dado importante: mesmo no que diz respeito à entrega de encomendas, quem faz a entrega de encomendas nesses locais longínquos?

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO – Grotões.

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,

RE 601392 / PR

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 Cármen, lá em Diamantino.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Só tem o Correio mesmo; é fato.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não é? E isso não desperta interesse de empresas altamente lucrativas nos centros urbanos, nas grandes conurbações.

Então, como, sem uma nova modelagem, simplesmente dizer que nessa atividade já não goza da imunidade, quando nós sabemos que é exatamente essa atividade que permite subsidiar a atividade monopolística normal da entrega de cartas e encomendas - extremamente importante para a integração deste país, para a comunicação deste país?

Nesse sentido, Presidente, é que eu tenho enorme dificuldade, sem uma reestruturação do sistema, de afastar daquilo que parecia ser a jurisprudência do Tribunal, pelo menos até que venha a ser um modelo concebido.

Do ponto de vista técnico, não é difícil dizer que esta atividade está submetida a um modelo; por exemplo: imposto sobre serviços. Mas veja também a discrepância que nós vamos produzir: municípios diferentes vão taxar de maneira diferente esse serviço, com consequências sérias, Presidente. E como balançar o preço de encomenda, tendo em vista essas variações? Veja a dificuldade.

Voltando a uma fórmula que o ministro Celso sempre gosta de repetir, a partir do célebre caso "*McCulloch versus Maryland*": o poder de tributar envolve o poder de destruir. Nesse sentido, o poder de tributar envolve também o poder de desorganizar, porque torna as tarifas dos Correios de difícil cálculo, tendo em vista cinco mil e trezentas, cinco mil e quatrocentas unidades com poder tributante - se nós estivermos a falar

RE 601392 / PR

aqui de ISS.

Veja, ministro Ayres Britto, que a questão realmente resulta extremamente complexa.

Ao apreciar a Ação Cível Originária n. 765, da relatoria do ministro Marco Aurélio, redator do acórdão o saudoso ministro Menezes Direito, este Tribunal, em sessão plenária, enfrentou a questão ora posta. O ministro Ricardo Lewandowski, eu me lembro, acompanhou o ministro Marco Aurélio para manifestar-se contrariamente à tese da ECT, em voto que transcrevo na parte em que interessa.

Dizia:

"No caso da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, embora parte de suas atividades corresponda efetivamente a um serviço público, existe uma outra parte, bastante considerável, que visa apenas ao lucro, como se empresa privada fosse.

Todos nós sabemos que, hoje, esse serviço da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é franqueado. Segundo se tem notícia, existem, hoje, quase mil e quinhentas franquias desta empresa distribuídas por cerca de quinhentos municípios em todo Brasil.

Os argumentos do eminente Relator realmente me deixam sensibilizado [isso dizia o Ministro Ricardo Lewandowski]. Nos meus pronunciamentos anteriores, votei sempre no sentido da divergência ora aberta, em respeito a uma jurisprudência que vinha se consolidando. Mas os argumentos do eminente Ministro Marco Aurélio realmente me parecem bastante contundentes, sobretudo em dois aspectos em particular.

Em primeiro lugar, Sua Excelência diz - e, parece-me, com toda a razão - que a imunidade do artigo 150, inciso II, alínea a, na verdade se aplica à pessoa jurídica de direito público, essencialmente.

Segundo: realmente, outro argumento que me parece bastante e me faz retroceder no meu posicionamento anterior é o invocado por Vossa Excelência a respeito do artigo 173, § 2º,

RE 601392 / PR

da nossa Constituição, redigido da seguinte forma:

"Art. 173 (...)

§ 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado."

São dois argumentos que me parecem extremamente importantes e se aplicam como um luva, **data venia**, ao caso sob análise."

Essa argumentação, sabemos, não prosperou, pois a maioria dos membros da Corte acompanhou a divergência instaurada a partir do voto do ministro Menezes Direito, para quem:

"A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que as empresas públicas prestadoras de serviço público em geral e a autora em particular são beneficiárias da imunidade de que trata o artigo 150. VI, 'a', § 2º, da Constituição Federal.

(...)a autora é empresa pública que presta serviço público e não atividade econômica em sentido estrito. Dessa peculiaridade decorre sua natureza autárquica e o seu ingresso no âmbito da incidência do § 2º do artigo 150 da Constituição da República(...)"

Aqui, já se reconhecia que, a despeito de ter uma estrutura de empresa, na verdade importava saber que serviço ela prestava, qual o serviço subjacente à sua atividade.

"É preciso distinguir as empresas públicas que exploram atividade econômica, que se sujeitam ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias (C.F., art. 173, § 1º), daquelas empresas

RE 601392 / PR

públicas prestadoras de serviços públicos, cuja natureza jurídica é de autarquia, às quais não tem aplicação o disposto no § 1º do artigo 173 da Constituição, sujeitando-se tais empresas prestadoras de serviço público, inclusive, à responsabilidade objetiva (C.F., art. 37, § 6º).

(...)

O Supremo Tribunal Federal deixou claro, portanto [dizia o Ministro Menezes Direito], a necessidade de se fixar a distinção, para fins de tratamento normativo de empresas públicas prestadoras de serviço público e empresas públicas exploradoras de atividade (...)."

Após esse longo debate, o Tribunal, por maioria, entendeu que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos deveria gozar da imunidade prevista no artigo 150, VI, 'a', em acórdão que restou assim ementado:

"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."

Eu consigno, ainda, Presidente, que o precedente citado não é isolado, pois a tese foi afirmada no julgamento da ACO n. 789 da relatoria do ministro Marco Aurélio, redator do acórdão o ministro Dias Toffoli.

Assim, Presidente, com essas considerações, entendendo que houve uma mudança, um caso específico a partir do julgamento da ADPF n. 46,

RE 601392 / PR

e que este processo está em evolução, eu diria que este processo precisa de se consolidar no plano da transformação legislativa. Por isso, peço vênha para acompanhar o voto proferido pelo ministro Ayres Britto e prover o recurso.

Em relação à observação feita pelo ministro Ricardo Lewandowski, também aqui há a questão - que sempre é grave - da greve no serviço público e da não continuidade. No entanto, diante dos marcos institucionais pautados pelo próprio Supremo Tribunal Federal a partir de determinados mandados de injunção, criou-se um estatuto próprio para regular a greve nos chamados "serviços públicos", e vimos que a decisão do TST foi seguida imediatamente pelos servidores. De modo que, me parece, tudo vem sendo tratado dentro dos moldes institucionais do estado de direito.

Com essas observações, até aderiria à tese do não provimento do recurso tivesse sido essa modelagem já implementada, tivesse sido essa equação já resolvida. Mas, o que que nós percebemos? Que nós estamos exatamente em um quadro de transição, em que determinadas unidades dos Correios e Telégrafos em unidades determinadas da Federação sustentam o todo, esse complexíssimo sistema. Então, é preciso que essa reestruturação ocorra, essa reestruturação que se anuncia a partir da medida provisória - eu me lembro que já no governo Lula se anunciava essa reestruturação dos Correios e Telégrafos -, para que, de fato, ela se ajuste àquela jurisprudência que nós assentamos na ADPF n. 46.

Mas, antes disso, parece-me importante que se reconheça a imunidade nessa dimensão, sob pena de nós contribuirmos, inclusive, para a desorganização desse serviço, para uma certa perplexidade jurídica. Portanto, eu não diria simplesmente que a lei que rege toda essa relação é constitucional; eu diria que ela é ainda constitucional, que está em processo de reformulação.

Portanto, enquanto não houver essa mudança preconizada e enfatizada na ADPF n. 46, eu sustentaria a imunidade recíproca também em relação ao ISS, tal como buscado neste RE, acompanhando o voto do ministro Britto.

16/11/2011

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 601.392 PARANÁ

RELATOR	: MIN. JOAQUIM BARBOSA
REDATOR DO ACÓRDÃO	: MIN. GILMAR MENDES
RECTE.(S)	: ECT - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS
ADV.(A/S)	: GUSTAVO ESPERANÇA VIEIRA E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S)	: MUNICÍPIO DE CURITIBA
ADV.(A/S)	: ROBERTO DE SOUZA MOSCOSO
INTDO.(A/S)	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS SECRETARIAS DE FIANÇAS DAS CAPITAIS BRASILEIRAS - ABRASF
ADV.(A/S)	: RICARDO ALMEIDA RIBEIRO DA SILVA
INTDO.(A/S)	: MUNICIPIO DE SAO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Presidente, na condição de Relator, gostaria de fazer algumas poucas observações.

Reafirmo meu entendimento no sentido de que o exercício de atividade econômica pelo Estado, no Brasil, é subsidiário; ou seja, o Estado e sua **longa manus** - como disse o Ministro Britto -, como é o caso da ECT, os diversos braços estatais, especialmente da União Federal, só podem exercer essa atividade econômica excepcionalmente. A regra é o exercício de atividade econômica por atores privados.

O que que nós temos aqui? Nós temos uma empresa que ostenta esse privilégio em matéria postal e, ao mesmo tempo, exerce atividades bancárias, venda de títulos, em concorrência com o setor privado. E a própria Constituição diz que, quando algum ente estatal, alguma empresa estatal, quando o Estado resolve empreender nessa área

RE 601392 / PR

econômica, ele deve fazê-lo em igualdade de condições com o particular.

Ora, eu tenho números sobre a ECT. É uma das nossas grandes estatais, com um patrimônio extraordinário - o patrimônio, no ano passado, era de cerca de doze bilhões e seiscentos milhões; lucro líquido, cerca de oitocentos e sessenta milhões. Acho que isso é irrelevante para fins de decidirmos o recurso extraordinário, mas são dados bastante eloquentes, a meu ver.

O fundamental é que insisto na necessidade de estabelecermos a distinção: quando se está diante de exercício de serviço público, imunidade absoluta; quando se trata de exercício de atividade privada, incidem as mesmas normas existentes para as empresas privadas, inclusive as tributárias, como diz a Constituição. Isso me parece muito claro.

16/11/2011**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 601.392 PARANÁ**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, no deslinde de duas grandes discussões no Plenário, fiquei vencido quando discutimos monopólio. Sustentei, a partir do disposto no artigo 177, I, da Constituição Federal, no que preceitua que "Constituem monopólio da União: I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo (...)" – o monopólio do petróleo. Fiquei vencido. Quando julgamos – penso que fui relator, mas fiquei vencido, e foi designado colega para redigir – outro processo a envolver o serviço postal e o correio aéreo nacional, disse que não há aqui o monopólio, mesmo porque no citado artigo 177, que é definidor dos segmentos que retratam monopólio, não se tem referência a serviço postal. Apontei que essa cláusula constitucional "manter o serviço postal e o correio aéreo nacional" – e incumbe não à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, mas à União, como está na cabeça do artigo – vem da Constituição do Império, quando a iniciativa privada não tinha interesse em alcançar na prestação de serviços os mais longínquos rincões do País. E a Carta de 1988 – ressaltou muito bem a saudosa juíza e administrativista Lúcia de Figueiredo – fez uma opção, como lembrado agora na fala do ministro Joaquim Barbosa, pelo privado.

Presidente, pensemos no instituto da imunidade recíproca. Imunidade recíproca a beneficiar, gerando um privilégio – e, como todo privilégio, algo odioso –, pessoa jurídica de direito privado? Recíproca, como se essa pessoa jurídica de direito privado pudesse impor tributo às demais pessoas jurídicas, estas de direito público, mencionadas na cabeça do artigo 150 da Carta Federal? Não posso imaginar essa espécie peculiar, e não prevista na Constituição, de imunidade. Mesmo porque a extensão a outra pessoa jurídica, ou seja, à autarquia, exigiu preceito específico: o § 2º do artigo 150, limitado, quanto ao patrimônio, "(...) à renda e aos serviços vinculados" – vamos ressaltar o vocábulo "vinculados" – "a suas finalidades (...)" – delas, autarquias.

A Empresa Brasileira de Correio e Telégrafos tornou-se – todos

RE 601392 / PR

sabemos – polivalente, ou seja, atua em diversas áreas: entrega e recebe contas, coloca no mercado, até mesmo – penso ser o caso concreto – títulos de capitalização, a par da atividade meramente postal.

Indago, colocando de lado a existência constitucional do benefício: quanto a essas atividades que não têm nada a ver com o serviço postal propriamente dito, gozará da imunidade dita recíproca? Creio ser passo demasiadamente largo e implica, a meu ver, tornar inaplicável à EBCT o artigo 173 da Constituição Federal, no que revela que o Estado, explorando atividade econômica, mediante empresa pública, como é a empresa, mediante sociedade de economia mista, submete-se às regras – isto para que haja um tratamento igualitário no mercado – tributárias, submete-se às regras do Direito Civil, do Direito do Trabalho, a resposta positiva.

Presidente, está-se a gastar vela com um péssimo defunto porque a atividade é inerente, está aberta – mesmo para aqueles que dizem que há o monopólio do serviço postal, o que não faço – à iniciativa privada. Não imagino que possa a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos deter o privilégio de não recolher, quanto à atividade de colocação de títulos, o Imposto Sobre Serviços.

Acompanho o relator, desprovendo o recurso.

16/11/2011

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 601.392 PARANÁ

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Vossa Excelência me permite uma breve consideração?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Pois não.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Na linha do que já foi aqui dito, estamos vivendo um momento extremamente singular. De um lado, a chamada "forma jurídica eleita" acaba levando a uma interpretação da Constituição segundo a forma, porque, por ser empresa pública, não goza da imunidade, quando, na verdade, não olhamos a substância da atividade. Por outro lado, estamos a ver que esse núcleo básico da atividade dos Correios, pelo menos no âmbito do seu afazer mais intenso, nos grandes núcleos urbanos, nas grandes conglomerações, nas grandes conurbações, é um núcleo evanescente, porque a comunicação realizada pela via da *Internet* faz com que desapareça a comunicação telegráfica, a comunicação epistolar, que era até um gênero literário - quantos autores se consagraram a partir desse meio de divulgação?

Mas isso, agora, está em xeque, pelo menos quanto ao modelo de transmissão que se coloca. Então, essa é a questão. Ao mesmo tempo, este país continua extremamente diverso, diversificado; as distâncias continuam. É uma instituição que presta - e prestou - imenso serviço. Ainda recentemente li uma biografia de Rondon, que desperta tanto interesse nos brasilianistas, que dizia sobre o trabalho de Rondon, o significado de Rondon para o Brasil. Ele dizia assim: a notícia da proclamação da República chegou a Cuiabá três meses depois. O que significa o Correio? O que significa a obra dos telégrafos? E veja que

RE 601392 / PR

muita gente ainda depende dos Correios para receber um jornal, para receber uma notícia.

Então, é fundamental que se perceba esse modelo do subsídio cruzado para um serviço público. A forma jurídica, aqui, está marcada por acidentalidades. Nós já reconhecemos, em relação aos próprios Correios, por exemplo, o regime de precatório por conta dessas características. É fundamental.

Peço desculpas, mas quero apenas realçar a importância desse posicionamento, embora reconheça que esse é um processo que está *in fiere*, que poderá ganhar um novo formato. O próprio perfil de garantia institucional do chamado "monopólio postal" comporta essa atualização. E nem me causa qualquer transtorno o fato de os Correios exercerem, por exemplo, atividade bancária. Felizmente, eles podem exercê-la, até para se subsidiarem. Veja: pagar benefícios nessas longínquas localidades que sequer banco têm. Na verdade, isso não é defeito, é virtude dos Correios.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: É verdade.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Isso mostra exatamente a sua plasticidade, a sua capacidade de prestar serviço público e essa sua força irradiadora.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Se Vossa Excelência permite, os Correios estão pagando não pelos seus defeitos, mas pelas suas virtudes. Houve um milhão duzentos e trinta e poucas mil correspondências destinadas ao Papai Noel dos Correios em 2010, e mais de seiscentos e cinquenta mil presentes foram distribuídos pelos Correios e Telégrafos para esse Brasil todo.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Não. Um autor recente.

RE 601392 / PR

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Que linguagem literária do professor Geraldo Ataliba!

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

16/11/2011

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 601.392 PARANÁ

RELATOR : **MIN. JOAQUIM BARBOSA**
REDATOR DO ACÓRDÃO : **MIN. GILMAR MENDES**
RECTE.(S) : ECT - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS
ADV.(A/S) : GUSTAVO ESPERANÇA VIEIRA E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S) : MUNICÍPIO DE CURITIBA
ADV.(A/S) : ROBERTO DE SOUZA MOSCOSO
INTDO.(A/S) : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS SECRETARIAS DE FIANÇAS DAS CAPITAIS BRASILEIRAS - ABRASF
ADV.(A/S) : RICARDO ALMEIDA RIBEIRO DA SILVA
INTDO.(A/S) : MUNICIPIO DE SAO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

VISTA

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhor Presidente, o meu voto, acompanhando o eminente Relator, teve como premissa a distinção feita na interpretação conforme dada na ADPF nº 46 sobre a natureza de exclusividade da prestação de determinado serviço pela ECT e a possibilidade de concorrência, em outros serviços, com a iniciativa privada. Daí, concluí pela possibilidade da incidência do ISS, tal qual o Relator e os que o acompanharam em votos substanciosos.

A divergência aberta pelo Ministro **Ayres Britto**, acompanhada pelo Ministro **Gilmar Mendes** e pelo Ministro **Celso de Mello**, traz à lume a ideia de que aquela diferenciação feita na ADPF nº 46 não impede a imunidade relativamente aos serviços que a ECT pratica em concorrência com o mercado, em razões fundadas, pelo que eu entendi dos votos de Suas Excelências, na universalidade e no **munus** de prestar serviço público (não é a mera prestação de serviço público, é o **munus** de prestar

RE 601392 / PR

serviço público), na necessidade de haver subsídio cruzado e – o que me impressionou muito, na argumentação do Ministro **Celso de Mello** - na função de integração nacional que ainda exerce a Empresa de Correios e Telégrafos; razões que colocaram em xeque as minhas premissas.

Por isso, Senhor Presidente, vou pedir vista do processo para fazer uma melhor reflexão sobre o tema.

16/11/2011**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 601.392 PARANÁ****VOTO**

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Vou pedir vênia a Vossa Excelência, para adiantar meu voto, reservando-me revê-lo diante dos argumentos que Vossa Excelência com certeza irá trazer.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI - Que Vossa Excelência com certeza julgará na reflexão.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE)- É, peço vênia à divergência, mas vou acompanhar, por ora, o eminente Relator, negando provimento ao recurso, por algumas brevíssimas razões - não vou retomar todas as já aventadas nos votos proferidos.

Se o Estado elege determinadas atividades econômicas, consideradas no sentido amplo da palavra, como serviço público, e assim as disciplina, sobretudo na Constituição, é porque é guiado pela relevância do interesse público que reconhece na natureza dessas atividades, independentemente do fato de a sua prestação ser economicamente desinteressante ou pouco conveniente do ponto de vista da lucratividade. É o Estado que se propõe a realizar determinadas atividades em caráter exclusivo, como privilégio, pelo simples fato de estarem em jogo interesses públicos que julga relevantes, a tal ponto que a consideração de lucratividade é absolutamente secundária para o mesmo Estado. Donde, é o próprio Estado que assume os riscos dessa prestação mediante opção político-constitucional.

Ora, quando uma empresa criada com a finalidade conhecida, à luz de interesse público dos mais relevantes, e que é a de viabilizar a comunicação em todo território nacional e garantir a comunicabilidade inerente ao próprio conceito de cidadania, se desvia propositadamente do âmbito do serviço postal (bem delimitado nos artigos 70 e seguintes da Lei nº 6.538/78), ela sabe que entra num campo da prestação de outras atividades, governadas pela lei da livre iniciativa e da livre concorrência.

RE 601.392 / PR

Por isso, não pode, a partir daí, dessa mera conveniência, da sua mera disposição de transpor os limites do serviço originalmente assumido como público, invocar, para efeito de obter o mesmo lucro das empresas privadas, no âmbito das atividades de concorrência, uma posição mais vantajosa do que as demais empresas.

De outro modo, ela não apenas descaracteriza seu objeto social principal, a prestação de atividade de interesse público, como, além disso, entra no campo da livre iniciativa e da concorrência privada em situação vantajosa, trazendo dano a outras empresas.

Noutras palavras, se a empresa pública acha que é conveniente, do ponto de vista da sua administração, da sua gestão, da prestação do serviço público, que também adentre o campo das atividades econômicas em sentido estrito, reservadas à iniciativa privada, deve fazê-lo sabendo que tem de se submeter às mesmas regras, porque essas são as regras constitucionais. É uma opção administrativa. E nem se diga que isso em si acarrete algum dano, especificamente no caso da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, porque o fato de pagar imposto de serviço não significa diminuição de lucro a tal ponto que inviabilize a empresa.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, apenas para reforçar o que Vossa Excelência está afirmando. Se isso, evidentemente, já era previsível e se alguém tivesse que subsidiar essa atividade, deveria ser a União, não através de imunidade prestada pelos municípios. Era uma regra do jogo conhecida.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Vossa Excelência permite um aparte muito rapidamente?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Eu não vejo...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não vê prejuízo.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Eu não vejo que o fato de pagar o imposto, em igualdade de condições com outras empresas, signifique - vamos dizer – situação incompatível com o regime de privilégio no seu setor específico, no seu objeto específico, que é o serviço postal.

RE 601.392 / PR

Não vejo nada disso, até porque, se é empresa bem administrada, sabe que, ao adentrar o campo próprio das empresas privadas, tem que prover renovação tecnológica, tem que se equipar a ponto de poder concorrer com as empresas privadas em igualdade de condições - coisa que, na verdade, não sucederia, se tivesse imunidade estendida, indevidamente, ao campo que é próprio ao da atividade econômica em sentido estrito.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Presidente, eu votei com o Relator, mas acho ótimo o pedido de vista, para todos refletirem. Reconheço que ela não tem e nem pode ter as mesmas condições: ela tem que fazer concurso; ela tem que fazer licitação; ela se submete a Tribunal de Contas; ela entra, às vezes, até para garantir o ganho que vai ter de dar o subsídio cruzado. Esse é um fato. E há uma baixa, pelas novas tecnologias, daquilo que ela pode obter.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Mas ela teria e tem que fazer tudo isso por opção político-constitucional. Ela teria e tem que prestar o serviço público independentemente de qualquer lucro, porque essa é sua atividade específica como empresa pública.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Todas as estatais se submetem a isso.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Por isso que eu até votei...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Mas a medida provisória prevê que ela o faça através de subsidiárias - participações em outras empresas -, e ela vai ter que concorrer no regime típico da empresa privada, inclusive com relação à dispensa de concurso e tudo mais.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - É nesse ponto que eu pediria a ponderação do eminente Ministro Toffoli, que pediu vista do processo. Quando a Constituição diz serviços postais, está falando de quê? De mediação entre quem posta um documento, uma correspondência, uma encomenda e aquele que recebe para fazer a mediação. Correio é isto: é ficar entre o emitente e o receptor; daí o

RE 601.392 / PR

pombo-correio.

Então, na verdade, foram as empresas privadas que passaram a jogar no campo dos Correios. Quando a Constituição diz serviços postais, a Constituição pré-excluiu da atividade econômica essa atividade de mediação, de correio. Então, na verdade, as empresas privadas é que foram aos poucos jogando num campo que lhe era estranho, o campo da mediação.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Isso ficou resolvido na ADPF nº 46.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - O remédio é o Tribunal coibir essas atividades que ferem o privilégio.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Eu ousaria até discordar, respeitosamente, do eminente Ministro Ayres Britto, porque, quando esse assunto foi suscitado pela primeira vez - nos idos de abril, aliás, maio, esse assunto foi trazido à pauta, 25 de maio de 2011 -, eu, nas minhas pesquisas, não apenas trouxe a Medida Provisória nº 552, de 28 de abril de 2011, mas fui pesquisar no site do próprio Ministério das Comunicações e vi declarações aqui do eminentíssimo Ministro Paulo Bernardo no sentido de que estas alterações propiciadas pela Medida Provisória nº 532/2011 permitiriam que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos ingressassem em outras searas reservadas à iniciativa privada, a exemplo do banco, como já foi dito aqui, e da telefonia privada, da telefonia. Quer dizer, são áreas tipicamente reservadas à iniciativa privada e, na medida em que nós fôssemos dar uma imunidade, por exemplo, na atividade bancária do imposto sobre operações financeiras, ou outra imunidade que recaia sobre o serviço de comunicação de telefonia, evidentemente a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos estaria atuando de forma desleal no que diz respeito à concorrência com essas empresas privadas, e de forma não querida pelo constituinte.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Pense num pombo-correio, que faz a mediação entre o emissor e o receptor de uma correspondência, de um boleto, de uma carta. Isso é típico, é atividade pré-excluída da atividade econômica. Foi a Constituição que retirou do

RE 601.392 / PR

mercado. Mas, por interpretações cada vez mais lenientes, frouxas, nós fomos permitindo que saísse do conceito de serviço postal essa gama de atividades, mas, na origem, etimologicamente falando, tecnicamente falando, são atividades situadas no campo da mediação postal.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - É que diziam os romanos: **ex facto oritur jus**.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Vossa Excelência me permite, só para concluir meu raciocínio. Eu acho que Vossa Excelência tem certa razão aí, mas penso que o remédio para esse mal não é chegarmos à conclusão, a que estamos chegando em relação à extensão, sob o meu ponto de vista, com o devido respeito, indevida da imunidade, mas é o Tribunal coibir a prática de atividades que possam representar vulneração do privilégio. Isso é outra coisa: é defender o privilégio do Correio.

O serviço público é assumido pelo Estado independentemente da consideração de lucratividade ou de prejuízo. O Estado sabe que o serviço é tão importante que não pode deixar que sua prestação fique na mão de particulares. Ele o assume, e, portanto, sem levar em consideração se o exercício dessa atividade lhe vai dar lucro ou lhe vai dar prejuízo do ponto de vista econômico, porque o que lhe interessa é o resultado prático que ele, Estado, garante. Muito bem. Se, para suprir o fato contingente de que a prestação dessa atividade, por uma empresa pública, lhe dê prejuízo, essa mesma empresa deve passar a realizar outras atividades lucrativas, considero que é uma decisão de administração e de gestão absolutamente acertada do ponto de vista da condução da empresa. Só que não pode invocar um regime especial nisso, porque aí vai ferir princípios constitucionais.

Imagine Vossa Excelência o seguinte: suponhamos que se permitisse à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - eu não sei o que esse decreto permite, mas isso não importa -, por exemplo, que pudesse exercer a mesma atividade de qualquer outro banco; as mesmas atividades que o sistema bancário presta poderiam ser prestadas pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos a pretexto de ser um meio de

RE 601.392 / PR

minorar os seus prejuízos. A pergunta é: exercendo atividade bancária, em concorrência com os outros bancos, poderia invocar a imunidade para efeito de compensar os prejuízos que tem na prestação do serviço público? A mim me parece que não, se não, ela poderia estendê-la a qualquer campo!

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - A toda evidência, não. Emprestar dinheiro, por exemplo, é outra coisa.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Imagine Vossa Excelência se a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - e isto é um exagero próprio do argumento, mas é só para argumentar - resolvesse expandir as suas atividades e abranger um espectro muito grande de atividades econômicas sujeitas às regras da iniciativa privada. Ela iria concorrer com vários ramos da iniciativa privada sempre com imunidade, e as outras empresas poderiam opor o quê? Nada. Teriam que aguentar que o Estado fizesse concorrência desleal, sob o pretexto de que isso seria a única forma que o Estado encontrou de diminuir os prejuízos que resultem da prestação de um serviço público que o Estado assumiu por opção político-constitucional!

Eu não vejo como seja possível distinguir essas duas coisas. Se dissesse que o Estado escolheu alguns serviços públicos, porque julgava de início que eram lucrativos, mas, depois, verificou-se que não o eram, eu até poderia mudar um pouco o meu pensamento. Mas não é isso. O Estado, quando elege - e nós sabemos que o conceito de serviço público é um conceito histórico - determinada atividade com o objeto da sua prestação exclusiva a título de prestação de serviço público, o faz por considerações político-institucionais, e não para efeito de ter lucro ou de não ter lucro, até porque a função do Estado não é ter lucro em coisa nenhuma, é prestar atividades essenciais ao cidadão e à sua coesão orgânica como tal.

A mim me parece que a imunidade ampla dá à empresa pública uma situação privilegiada em todos os âmbitos, estendendo-a ao campo de prestação de atividades que estão sujeitas a pagamento de tributos e cujo pagamento não oferece nenhum risco de levar a situação de insolvência

RE 601.392 / PR

empresa pública que, sem ela, teria que prestar o mesmo serviço, ainda que com grande prejuízo.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 601.392

PROCED. : PARANÁ

RELATOR : MIN. JOAQUIM BARBOSA

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. GILMAR MENDES

RECTE.(S) : ECT - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS

ADV.(A/S) : GUSTAVO ESPERANÇA VIEIRA E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S) : MUNICÍPIO DE CURITIBA

ADV.(A/S) : ROBERTO DE SOUZA MOSCOSO

INTDO.(A/S) : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS SECRETARIAS DE FIANÇAS DAS
CAPITAIS BRASILEIRAS - ABRASF

ADV.(A/S) : RICARDO ALMEIDA RIBEIRO DA SILVA

INTDO.(A/S) : MUNICIPIO DE SAO PAULO

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Joaquim Barbosa (Relator), negando provimento ao recurso, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Luiz Fux. Ausente, neste julgamento, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Falaram, pela recorrente, a Dra. Misabel de Abreu Machado Derzi, pelos *amici curiae* Município de São Paulo e Associação Brasileira das Secretarias de Finanças das Capitais Brasileiras, respectivamente, a Dra. Simone Andréa Barcelos Coutinho e o Dr. Ricardo Almeida Ribeiro da Silva. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 25.05.2011.

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Joaquim Barbosa (Relator), Luiz Fux, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Cezar Peluso (Presidente), negando provimento ao recurso extraordinário, e os votos dos Senhores Ministros Ayres Britto, Gilmar Mendes e Celso de Mello, provendo-o, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Dias Toffoli. Plenário, 16.11.2011.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Luiz Fux.

Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

p/ Luiz Tomimatsu
Secretário

28/02/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 601.392 PARANÁ

VOTO-VISTA

O SENHOR MIISTRO DIAS TOFFOLI:

Trata-se de recurso extraordinário, fundado no art. 102, III, a, da Constituição Federal, contra acórdão em que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região entendeu estarem sujeitos à incidência do ISS os serviços elencados no item 95 da lista anexa do Decreto-lei nº 56/1987 – “[c]obranças e recebimentos por conta de terceiros, inclusive direitos autorais, protestos de títulos, sustação de protestos, devolução de títulos pagos, manutenção de títulos vencidos, fornecimento de posição de cobrança ou recebimento e outros serviços correlatos da cobrança ou recebimento (...)” -, ao fundamento de possuírem natureza privada, sendo prestados em regime de concorrência com as demais empresas do setor.

Alega a recorrente ofensa aos arts. 20, inciso X, e 150, inciso VI, alínea a, da Constituição Federal. Sustenta, em síntese, que executa serviços próprios da União e correlatos, de modo permanente e sem fins lucrativos, arcando com despesas não cobertas pelo preço cobrado nas postagens, de maneira que a imunidade deveria alcançar **todas as atividades postais** realizadas pela empresa.

Assim, sustenta que se enquadra no preceito constitucional citado, pois **tanto o serviço como a renda** deveriam ser albergados pela imunidade. Cita o RE nº 213.059/SP e conclui que o STF deve reconhecer a “imunidade completa das atividades da ECT, pois todos os seus **rendimentos estão condicionados à prestação do serviço público** de sua essência, atribuído a ela pela União, em face do art. 21, X da CF/88”.

Após os votos dos Ministros **Joaquim Barbosa**, Relator, **Luiz Fux**, **Cármem Lúcia**, **Ricardo Lewandowski**, **Marco Aurélio** e **Cezar Peluso**, negando provimento ao recurso extraordinário, e os votos dos Ministros **Ayres Britto**, **Gilmar Mendes** e **Celso de Mello**, provendo o recurso, pedi vista dos autos para melhor analisar o caso.

No princípio, minha tendência foi enveredar por uma linha

RE 601392 / PR

interpretativa extremamente restrita e concluir que a imunidade recíproca, no tocante ao Imposto Sobre Serviços (ISS), alcançaria tão somente aquelas atividades desenvolvidas pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) constantes do art. 9º da Lei nº 6.538/78, definidas pela lei como de monopólio da União.

Após refletir sobre o tema, balizado no brilhante voto do Ministro **Gilmar Mendes**, que lançou ponderações (e provocações) sobre a necessidade de se repensar aquilo que, no dizer de Sua Excelência, “de certa forma, ficou assente na ADPF nº 46”, em especial, quanto ao esvaziamento da base do monopólio dos serviços postais, mormente em face dos avanços tecnológicos, decidi votar pelo provimento do recurso extraordinário.

Convenci-me que esses avanços tecnológicos acabam por causar um distanciamento entre a realidade e a legislação atual que define as atividades da ECT. Estou convencido, também, de que a solução para esse distanciamento e para o processo de evolução da modelagem já implementada em relação aos serviços prestados por essa empresa pública se dará, necessariamente, no plano da transformação legislativa. Essa questão já foi foco das preocupações do Ministro **Gilmar Mendes** quando do julgamento da ADPF nº 46/DF, tendo Sua Excelência bem demonstrado, em face da legislação atual, a dificuldade de se divisar as atividades que compõem ou não o conceito de “serviço postal”. Disse o Ministro **Gilmar Mendes**:

“É extremamente difícil, a priori, dizer que todos os aspectos hoje constantes dessa lei traduzem a autêntica interpretação desse conceito de serviço público, ou de atividade monopolista. Não significa que o legislador não possa vir a lhe dar outra conformação; mas me parece extremamente difícil que nós, a partir de uma perspectiva tópica, logremos identificar atividades que não integrem esse conceito, tendo em vista a complicada e difícil engenharia institucional que se faz para a atuação desse serviço.”

RE 601392 / PR

Compartilho dessa preocupação e reconheço a dificuldade de se definir, topicamente, a partir da legislação atual, quais as atividades da ECT estariam albergadas pela imunidade recíproca e quais não.

No contexto atual, para mim o que basta é que a ECT permanece como empresa pública constituída para a prestação dos serviços de que cuida o art. 21, X, da Constituição Federal, tudo conforme a jurisprudência específica desta Suprema Corte em torno da imunidade tributária prevista no art. 150; VI, a; e § 2º, da Constituição Federal, assentada desde o julgamento do RE nº 407.099/RS, Relator o Ministro **Carlos Velloso**, DJ de 6/8/04.

Dessa forma, convenço-me da necessidade de se afastar a ECT da regra do art. 173 da Constituição Federal, que se refere, única e exclusivamente, às empresas estatais que exploram atividade econômica própria do setor privado. Os §§ 1º e 2º não se aplicam a empresas públicas prestadoras de um serviço público.

Ademais, em diversos julgados, nós temos reconhecido que deve prevalecer a imunidade recíproca da ECT em relação a outros impostos, fortes no argumento de que, na dúvida suscitada pela apreciação de um caso concreto, não pode ser sacrificada a imunidade tributária do serviço público, sob pena de restar frustrada a **integração nacional**.

Esse debate foi iniciado na ACO nº 765/RJ, caso que tratava da imunidade tributária relativa ao IPVA, tendo a Corte, então, concluído que não caberia fazer distinção entre os veículos afetados ao serviço eminentemente postal e os que seriam afetados à atividade econômica. O referido caso versava, é verdade, sobre hipótese de incidência material diversa, qual seja, a relativa à propriedade. Todavia, no meu entender, o pano de fundo de tal discussão reside justamente na dificuldade atual em se separar topicamente as atividades postais daquelas porventura econômicas.

O argumento da integração nacional - missão social da ECT imposta pela Constituição Federal - lançado pelo Ministro **Celso de Mello** ao discorrer sobre argumentos trazidos no parecer do saudoso Professor Geraldo Ataliba, constante dos autos, traduz, com objetividade e clareza,

RE 601392 / PR

a dimensão desses serviços. É inegável, como disse Sua Excelência, que “[h]á municípios, distritos, aldeias, vilas, garimpos, ajuntamentos de casebres, núcleos de palafitas, de palhoças, de ocas, de tabas e de ocaras que sequer se imagina existirem, **a ECT, no entanto, deve alcançar todos esses lugares**”.

Portanto, entendo que a baliza deva ser os superiores interesses de integração nacional, presentes nas atividades da ECT, garantindo-se, assim, a aplicação do Princípio Federativo. Todos nós sabemos - não vou me estender sobre esse ponto, já exaustivamente tratado nos brilhantes votos dissidentes que ao meu antecederam - que a razão de ser da cláusula inscrita na Constituição Federal que instituiu a imunidade tributária recíproca foi justamente garantir o equilíbrio entre as unidades que compõem o Estado Federal. Não me sensibiliza o argumento lançado no sentido de que a imunidade recíproca que atinge a ECT deveria alcançar, no máximo, os impostos federais, por se tratar de empresa pública federal. Ora, aí sim, restaria ferido o pacto federativo. Essa instrumentalidade administrativa presta serviços em toda a Federação. Como já exaustivamente dito, vai do Oiapoque ao Chuí, alcançando, a despeito das distâncias, os mais remotos municípios, distritos, aldeias e vilas.

Considerando a importância da atividade postal e a dimensão continental do território brasileiro, tais aspectos ganham ainda maior relevo quando se leva em conta que é dever do Estado estender os serviços básicos de postagem a toda a população, principalmente àqueles segmentos que vivem distantes dos grandes centros econômicos, em regiões rurais ou em áreas urbanas sem infraestrutura adequada para a execução das atividades postais.

Quando, na Constituição Federal, se usa o verbo ‘manter’, se quer justamente dizer que esse serviço não pode deixar de ser prestado pela União, que não pode sofrer solução de continuidade, mesmo sendo deficitário. Reconhecer, em favor da ECT, a imunidade do ISS é contribuir para a modicidade da contraprestação financeira dos usuários que residem em certas localidades, como alertou o Ministro **Ayres Britto** no

RE 601392 / PR

juízo da ACO nº 765/DF.

Por fim, relembro a provocação lançada pelo Ministro **Nelson Jobim**, no julgamento da ADPF nº 46/DF, quando Sua Excelência expôs o seguinte: “[a] parte rentável que financia a entrega de cartas, pode ser privatizada? (...) Porque o mecanismo tem financiamento cruzado, ou seja, se [se] tira a parte rentável da empresa, inviabiliza-se a outra”.

Na ACO nº 765/RJ, o Ministro **Ayres Britto** já defendeu a tese do subsídio cruzado, ao destacar que, desonerada do IPVA ou “pré-excluída de qualquer imposto, inclusive do imposto de renda que pode ser objeto de questionamento, a empresa [a ECT] tem custos menores e pode, evidentemente, prestar um serviço postal de custo módico a quem mais necessita da empresa”. Sua Excelência, com a sensibilidade jurídica que lhe é peculiar, ponderou ainda: “Quem é que mais necessita da empresa? São os carentes economicamente. Por isso a Ministra **Cármem Lúcia**, certa feita, disse o seguinte: ‘A EBCT presta serviços e cobra para que a Dona Joana, lá do morro, possa receber cartas como o milionário da Paulista’”.

Assim, deixo assentando que a imunidade deve alcançar todas as atividades desempenhadas pela ECT, inclusive as atividades afins autorizadas pelo Ministério das Comunicações, conforme art. 2º, § 1º, d, da Lei nº 6.538/78, independentemente da sua natureza, tendo em vista que a ECT é empresa pública prestadora de serviços públicos, criada por lei para os fins do art. 21, X, da Constituição Federal, sendo, ou devendo ser, suas rendas revertidas para as suas finalidades precípuas.

Diante do exposto, voto pelo provimento do recurso extraordinário.

28/02/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 601.392 PARANÁ

NOTAS PARA O VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, confesso que os judiciosos fundamentos de Vossa Excelência, Relator neste Recurso Extraordinário, fizeram-me balançar. Mas, atenta, em especial, a meu juízo, à necessidade de um critério objetivo, e lembrando o teor, os reflexos, os efeitos da inexistência desse critério objetivo no âmbito trabalhista, eu só relembriaria que o Tribunal Superior do Trabalho tem uma orientação jurisprudencial, a 247, que trata da validade da despedida dos trabalhadores de empresas públicas e sociedades de economia mista, ainda que submetidos - como todos sabemos - ao concurso público obrigatório na admissão. Essa despedida não exige motivação, ou seja, reconhece-se a possibilidade de denúncia vazia dos contratos de trabalho, exceto no caso da ECT, e justamente porque ela, na verdade, tem um tratamento idêntico ao assegurado à Fazenda Pública, no que diz respeito à imunidade tributária, execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais. Então, se condiciona a validade dessa despedida à expressa motivação.

Fiquei a pensar: se vamos distinguir as atividades que integram o serviço postal, em sentido estrito, relativamente aos quais a ECT atua em regime de exclusividade ou privilégio - atividades correlatas, serviço postal no sentido amplo - em regime de concorrência, para efeito de aplicação do art. 173, na verdade fica o próprio administrador numa enorme dificuldade. Afinal, esse trabalhador, onde ele desempenha suas atividades, em sentido estrito, transporte de encomendas, transporte de correspondência.

Então, de fato, penso, até por razões de ordem pragmática, e também atenta e forte - e me dispense aqui de trazer a fundamentação alentada, porque já o fez o Ministro Dias Toffoli, era na mesma linha -, sigo priorizando a integração nacional, compreendendo essa atividade

RE 601392 / PR

delegada, no caso, e essa integração com a própria projeção, uma concretização do princípio da Federação, entendo que se deva reconhecer, à ECT, uma imunidade tributária recíproca, ampla, abrangendo não só os serviços postais em sentido estrito, mas também as atividades correlatas, que, na verdade, vão concretizar aquilo que a minha querida e eminente antecessora, na cadeira, a Ministra Ellen Gracie, trazia como um financiamento cruzado.

Então, renovando meu pedido de vênia a Vossa Excelência, eu acompanho a divergência, aberta - eu já não sei - o Ministro Gilmar, o Ministro Celso de Mello.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Pelo Ministro Ayres Britto.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Ministro Ayres Britto, isso. E agora pelo Ministro Dias Toffoli.

Dou provimento ao Recurso Extraordinário.

28/02/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 601.392 PARANÁ

CONFIRMAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) - Eu vou reafirmar alguns pontos do meu voto, porque já faz algum tempo que eu o proferi.

Especificamente, sobre o que disse a Ministra Rosa, não me convence esse argumento ligado à impossibilidade ou não de se demitir um empregado da ECT sem justificção. Aqui me parece que a questão é muito mais profunda. O que há é uma proibição clara da Constituição no sentido de que qualquer ente estatal ou privado que exerça as suas atividades com fins de lucro não pode, de forma alguma, gozar de benefícios como esse benefício da imunidade recíproca.

Eu citei no meu voto, e lembro, mais uma vez, que nós não estamos tratando dessa questão apenas no que diz respeito a ECT. Existe toda uma gama de entidades, na Administração brasileira, que se situam, que se encontram numa situação ambígua como essa.

Dei exemplos da Infraero. A Infraero é detentora de títulos de propriedade, de imóveis situados nos lugares mais privilegiados no Brasil: aeroportos, áreas muito bem situadas no Rio de Janeiro, sobretudo. E ela cede essas áreas a particulares que exploram atividades econômicas: academias de ginástica, todo o tipo de atividade. E esses particulares se beneficiam da imunidade tributária, não pagam um tostão de imposto a título de imunidade tributária. É disso que nós estamos tratando, não é?

A ECT - citei no meu voto - vende títulos de capitalização, evidentemente, com o objetivo de lucro, isso não tem absolutamente nada a ver com o serviço postal. As suas agências são usadas também para o chamado Banco Postal, que é uma atividade, mais uma vez.....

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – No caso concreto, nós temos a capitalização, a colocação de títulos, quer dizer, uma atividade

RE 601392 / PR

comercial. Ela é empresa pública, submete-se, a meu ver, considerado o mercado, às normas gerais de Direito Civil, Tributário, Comercial...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Mas muitas localidades não tem agência bancária, mas têm posto do correio.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – ... como previsto no artigo 173 da Constituição.

Terminei, ministro Dias Toffoli.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) - Claro, é o artigo 173 da Constituição que rege a matéria, não é? Nenhuma entidade, ou melhor, qualquer entidade, ainda que pública, desde que voltada à obtenção de lucro, tem de se submeter ao regime de concorrência, tem de se submeter às normas do Direito Privado.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Presidente, se Vossa Excelência me permite?

Eu já votei, e, portanto, não vou ocupar o Tribunal de jeito nenhum. Apenas uma observação. Entendo e me cala fundo, eu acompanhei Vossa Excelência, vou manter ainda neste voto, mas, realmente, é causa de preocupação, porque algumas empresas, como neste caso, exercem atividades que são lucrativas e ao lado delas, para desempenharem a função que lhes é própria de serviço público, de postagem, fazem uso dos chamados recursos cruzados.

Então, realmente, no norte de Minas, não há lucro possível para ela, porque nenhuma outra empresa iria exercer atividade que não dá lucro. Em contraprestação, com essas atividades, ela obtém o recurso que ela então aplica, e, se eu entendi bem, Ministro Dias Toffoli, é uma das preocupações de Vossa Excelência, que leva a usar a imunidade para que todas elas....

RE 601392 / PR

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) - Isso não está documentados nos autos. Não há nada nos autos que comprove isso.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Pois é.

Então, como eu disse a Vossa Excelência, eu estou acompanhando, a despeito da preocupação que eu comungo integralmente com Vossa Excelência.

Eu vou manter o meu voto, em que pese continuar a pensar sobre isso. Eu tenho um caso que trarei a julgamento, que é o caso específico da Casa da Moeda, que também presta alguns serviços outros, como Vossas Excelências verão. Como ela é deficitária no serviço público, ela compensa essa deficiência com esses outros serviços e faz prova disso nos autos. Senão ela não consegue cumprir o serviço essencialmente público. No voto que estou preparando para esse caso, eu afirmo que essa é uma técnica que, desde a década de oitenta, começou a ser adotada num modelo de Administração Pública de que nós somos vertentes, que é o modelo francês.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O mais interessante – e continuo convencido de que não há imunidade – é que se aplica preceito que versa a imunidade recíproca, e não me consta que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos seja sujeito ativo relativamente a tributos.

Mais ainda, quanto às autarquias – pessoas jurídicas de direito público, integrando a Administração Indireta –, para inclusão, tem-se, no artigo 150 da Constituição Federal, o § 2º, que se refere ao patrimônio no que voltado à respectiva atividade.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) - Se a ECT pretende continuar a gozar desses benefícios da

RE 601392 / PR

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Passa a haver uma concorrência desleal!

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Mas que concorrência desleal?

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) - imunidade recíproca, que ela proponha a mudança do seu...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Os terceiros estão sujeitos a tributos, e ela não estará!

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

São inúmeras as localidades que não têm agências bancárias, sequer a do Banco do Brasil, mas têm agência dos Correios, onde a pessoa pode fazer o pagamento de uma conta, uma transferência para um familiar que mora longe. Alguém que trabalha em São Paulo faz uma transferência para um familiar que mora num rincão. Onde essa pessoa vai buscar esse dinheiro, esse título de crédito? Na agência dos Correios. Que concorrência é essa?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, apenas para reafirmar, porque eu participei dessa votação três meses após ter ingressado aqui. Só quero destacar um trecho pequeno do voto, que ele exatamente converge para esse aspecto.

Eu dizia:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre imunidades, nestes casos, ela se relaciona com as finalidades essenciais das entidades.

E aí cito aqui os precedentes.

Afirmar que as atividades exercidas com fins lucrativos, com o mecanismo de compensação do caráter financeiramente deficitário do serviço postal, não lhes confere vinculação às finalidades essenciais da

RE 601392 / PR

Empresa de Correios e Telégrafos, especialmente no caso - como lembrou o Ministro Marco Aurélio - de venda de título de capitalização, que, independentemente da controvérsia estabelecida na ADPF nº 46 - que me lembro que, naquela época, havia essa preocupação com a ADPF 46 -, evidentemente, venda de título de capitalização não se inclui no conceito de serviço postal. Aliás, não se incluirão em nenhum conceito de serviço público, e com ele não guardam qualquer relação de assessoriedade.

Estender um regime das imunidades sobre serviços alheios ao conceito de serviço postal é conferir não um privilégio constitucionalmente admissível, mas um privilégio odioso, considerada a existência de um regime concorrencial na prestação desses serviços que, repise-se, não se caracterizam com serviços públicos, mas com atividade econômica propriamente dita e com intuito, inequivocamente, lucrativo.

Mais ainda: importará desvio da própria **ratio** da imunidade recíproca, qual seja, a de evitar o conflito federativo e preservar a autonomia dos entes federados para, com prejuízo da livre concorrência, criar tratamento privilegiado para empresa pública no exercício de atividade estranha a suas finalidades essenciais.

Recordo-me, Senhor Presidente - e o Código Tributário Nacional é riquíssimo em regras de interpretação -, que sempre tivemos preocupação com a incidência escorreita do princípio da legalidade no campo tributário: nem se pode criar imposto por analogia e nem se pode isentar de impostos ou criar imunidade por analogia.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) - Exato.

Eu chamo, mais uma vez, a atenção, porque o Ministro Lewandowski já sinaliza mudança de voto. É o seguinte: nós temos - como eu disse - uma série de recursos, com repercussão geral reconhecida, tratando desse tema, mas envolvendo entidades da Administração Direta as mais diversas - inclusive portos. O Tribunal tem de pensar na coerência da sua jurisprudência. Quando tivermos que

RE 601392 / PR

decidir sobre essas empresas que exploram portos, vamos adotar a mesma linha de pensamento que estamos a adotar em relação à ECT?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Não, no precedente do Ministro **Velloso**, ficou claro que aquele precedente era peculiar em relação à ECT e que não valeria para toda e qualquer empresa.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) - Nós estamos em repercussão geral; nós não estamos aqui a cuidar de um caso específico.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

No que diz respeito à ECT.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, ponderaria a Vossa Excelência, até troquei umas ideias com o Ministro Toffoli, porque havia uma medida cautelar relativa à ECT também a mim distribuída, e fui verificar que tenho mais três outras ações na mesma linha. E há um outro processo da relatoria - outro Recurso Extraordinário - do Ministro Dias Toffoli, quanto à ECT sobre ICMS.

A composição desta Corte se altera. Não sei. Tenho a impressão que o Ministro Teori Zavascki votaria naquele outro processo.

Fico muito à vontade, porque tenho essa preocupação institucional de que o Supremo decida, porque basicamente a tese da ECT sempre se repete, Senhor Presidente, que é imunidade tributária recíproca. É ampla; e teríamos de fixar as balizas.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) - É, mas não é só a ECT. Falei aqui em Infraero. Existem também as empresas de portos e vários outros. Ou seja, o mesmo princípio se aplicará a todas essas situações em que empresas privadas, atividades privadas se valem da imunidade para exercer atividade

RE 601392 / PR

lucrativa sem pagar nenhum imposto.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Eu penso que aqui a repercussão geral está adstrita à cobrança de ISS em relação à Empresa de Correios e Telégrafos, exclusivamente.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) - Neste caso, Ministro, mas o mesmo debate se repete em relação a outras estatais. E isso tem a ver com a falta de pureza, no exercício das atividades, por parte de entes da Administração brasileira. O ente é criado para prestar um determinado serviço, mas, passado um tempo, ele começa a exercer outras atividades, como é o caso da ECT.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Eu volto a perguntar: no que a ECT está concorrendo com os grandes bancos que existem no Brasil? Em nada. Em nada.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, eu só quero...

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) - Mas ela não foi criada para operar um banco postal.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Se uma pessoa está em São Paulo e manda um dinheiro a um familiar num rincão, como essa pessoa recebe o dinheiro?

O SENHOR ADVOGADO - Senhor Presidente, Senhor me concede a palavra para esclarecer uma questão de fato?

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) - Estamos terminando o julgamento. Qual seria a questão de fato?

RE 601392 / PR

O SENHOR ADVOGADO - Vossa Excelência me concede a palavra para esclarecer uma questão de fato?

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) - Se for questão de fato, sim.

O SENHOR ADVOGADO - Com relação ao Banco Postal, que não é o objeto da demanda, mas uma vez que foi mencionado a figura do Banco Postal, os Correios não prestam o serviço bancário. Quem presta o serviço bancário, na agência dos Correios, é o seu parceiro comercial, que atualmente é o Banco do Brasil.

Portanto, quando o Banco do Brasil...

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) - E com relação aos lingotes de ouro? A produção de lingotes de ouro? Vossa Excelência tem informação?

O SENHOR ADVOGADO - Gostaria de esclarecer a questão do Banco Postal

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) - Os lingotes?

O SENHOR ADVOGADO - Vossa Excelência permite que eu conclua?

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) - Não, não. Já que Vossa Excelência trouxe um exemplo, na linha do que interessa à sua tese, sinto-me no direito de fazer uma indagação sobre... Não é?

O SENHOR ADVOGADO - Só gostaria de concluir com relação ao

RE 601392 / PR

Banco Postal, Excelência.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) - Pois não.

O SENHOR ADVOGADO - Porque, com relação ao Banco Postal, quem presta o serviço bancário é o parceiro dos Correios nessa atividade, que, atualmente, é o Banco do Brasil. Portanto, é o Banco do Brasil que presta serviços bancários.

Na hipótese de se tributar a prestação de serviços bancários, essa tributação deve recair sobre a empresa, a entidade, que presta serviços bancários, que atualmente é o Banco do Brasil.

Admitir que os Correios tenham que ser tributados por atividades bancárias junto com o seu parceiro comercial, que é o Banco do Brasil, a meu ver, estaremos diante de um inequívoco caso de bitributação, porque tanto o Banco do Brasil quanto os Correios terão de pagar imposto pela mesma hipótese tributária.

Então, só para esclarecer, os Correios não prestam serviço bancário. Quem presta serviço bancário é o seu parceiro comercial, que é o Banco do Brasil.

Era esse esclarecimento de fato que gostaria de trazer à Corte.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - No caso específico, é venda de títulos de capitalização, não tem nada a ver com Banco Postal.

O SENHOR ADVOGADO - No caso específico, é. O tributo está sendo exigido com relação a uma hipótese apenas de prestação de serviços, que é com relação a desconto de títulos. Vossa Excelência comentou no voto anteriormente, e agora reiterou, que, de fato, essa é a atividade que é o objeto da demanda.

Só gostaria de esclarecer também outra questão de fato a Vossa Excelência e à Corte inteira que, com relação a esse aspecto, a Lei Postal, Lei nº 6.538, define o desconto de títulos como serviço postal. Portanto,

RE 601392 / PR

estamos aqui seguindo, rigorosamente, aquilo que a legislação estabelece. Então, se a legislação estabelece e autoriza os Correios a prestarem esse tipo de serviço, que é o desconto de títulos, a venda de títulos, isso também é uma forma de se criar poupança popular, porque significa que se atende pessoas de baixa renda, as quais compram os títulos de capitalização, sob a promessa de obter a rentabilidade desse título no futuro.

O perfil de cliente do Banco Postal que adquire esse tipo de título, Excelência, é o perfil de consumidor de baixa renda, o qual normalmente não possui condições de entrar em uma agência bancária e fazer investimentos.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Essas pessoas não têm acesso à rede bancária.

O SENHOR ADVOGADO - Então, não se trata de atividade bancária, nem se trata de venda de títulos, no sentido financeiro financeiro da palavra, trata-se de venda de títulos no seu sentido social. Tanto assim que está autorizado pela Lei Postal nº 6.538.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, temos sustentação em meio aos votos?

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) - Agradeço a Vossa Excelência.

O SENHOR ADVOGADO - Obrigado.

28/02/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 601.392 PARANÁ

EXPLICAÇÃO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Senhor Presidente, fazia uma ponderação.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) - Vossa Excelência pretende pedir vista?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Não, eu não vou pedir vista, porque confesso a Vossa Excelência que examinei-os, peguei os meus e examinei-os como um todo.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) - Vossa Excelência está preocupada com a mudança na composição da Corte.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Isso, com a mudança na composição da Corte, até troquei uma ideia, eventualmente, com o Ministro Dias Toffoli quando vi que tinha aquele processo sobre ICMS, porque, basicamente, como até agora se colocou também na tribuna, terminamos sempre naquela interpretação da Lei nº 6.538, quando define o que é atividade postal em sentido estrito e o que é em sentido amplo. E só em sentido estrito é objeto do regime de privilégio, por isso aquela prestada em regime de concorrência - segundo a tese de Vossa Excelência, extremamente bem fundamentada e acompanhada pelo Ministro Marco Aurélio - afastaria a imunidade tributária recíproca.

E confesso a Vossa Excelência, comecei o meu voto dizendo e abreviei-o, porque achei que foi uma matéria tão debatida; o voto do Ministro Gilmar Mendes, o do Ministro Celso de Mello, a lição toda trazida pelo Ministro Ricardo Lewandowski, a lição trazida também pelo Ministro Eros Grau, os fundamentos em prol de uma e de outra tese são extremamente relevantes.

E quando invoquei a Orientação Jurisprudencial 247 do TST, só o fiz por um argumento de ordem pragmática, até na linha do que, outro dia, a

RE 601392 / PR

Corte, o Plenário, sem a minha participação, decidiu sobre a competência da Justiça do Trabalho ou da Justiça comum em matéria de complementação de proventos de aposentadoria. Ou seja, um critério objetivo, mas, por óbvio, a questão é muito mais ampla e de extremo relevo.

Pondero a Vossa Excelência que, de fato, como a tese da ECT - vi nos outros processos e neste - sempre parte da amplitude da imunidade tributária, talvez - lá, ICMS; no outro, ISS - fosse o caso de examinar de forma conjunta, até em função da mudança da composição da Corte.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) - Por isso que eu perguntei se Vossa Excelência quer reverter em pedido de vista. Mas eu ouço a ilustre advogada.

A SENHORA SIMONE ANDRÉA BARCELOS COUTINHO (PROCURADORA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO) - Senhor Presidente, eu peço desculpas em vir à tribuna neste momento, mas é só uma questão de ordem, porque um esclarecimento de fato acaba se tornando uma rediscussão de matéria de direito.

É só isso Excelência. Muito obrigada.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) - Isso realmente fere a igualdade de armas que deve haver entre as partes.

28/02/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 601.392 PARANÁ

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, eu meditei muito sobre essa questão. Havia proferido um voto no sentido contrário aos interesses da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, mas depois dos intensos debates que foram travados neste Plenário, depois do substancioso voto que o Ministro Dias Toffoli trouxe, das ponderações judiciosas da Ministra Rosa Weber e de inúmeros documentos, memoriais que recebi por parte da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, mas sobretudo - e ontem à noite ainda dediquei-me a essa tarefa - uma coleção de CDs que reproduziam um seminário havido em Minas Gerais, exclusivamente dedicado aos aspectos fiscais da atividade dos Correios, seminário no qual compareceram os maiores tributaristas do País, eu vou pedir vênias para mudar de posição e esclarecer o meu ponto de vista em poucas palavras.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) - Indago a Vossa Excelência: a outra parte foi convidada para esse seminário?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Isso eu não sei, Presidente, mas o meu gabinete estava aberto a receber também vídeos, CDs, documentos, memoriais, as portas estão sempre abertas. A diligência dos advogados é que faz com que o julgamento possa, eventualmente, mudar antes de seu término.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) - Não, Ministro, não é só isso. Isso é uma deformação do nosso sistema de julgamento; isso é uma deformação. Começa-se um julgamento numa linha, no intervalo entre um pedido de vista, forma-se uma verdadeira máquina nos bastidores para mudar a orientação da Corte.

Eu recebi esse mesmo lote de DVDs que Vossa Excelência recebeu, mas evidentemente que não vou olhar para isso, porque o contencioso, o

RE 601392 / PR

jogo já está estabelecido. Não é esse o momento de trazer, de convocar todo um batalhão de especialistas para mudar o resultado de um julgamento na Corte. Eu falo isso, porque sou Presidente do Tribunal, e, nesta condição, vejo-me obrigado a externar esse meu pensamento, que não é de hoje, essa preocupação com esse desequilíbrio que há entre as partes: as partes que disponham de todo um aparato estatal atrás de si, que disponham de muito capital é que levam vantagem. Os interesses públicos

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Mas os maiores bancos do País, que também poderiam ser contrapor, Vossa Excelência entende que não estão em paridade de armas?

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) - Eu não permito isso, Ministro. Eu não permito. Começado o julgamento

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Quer dizer, então, os Correios estão numa situação de superioridade em relação aos maiores grupos econômicos do País, no que tange à contratação de advogados e de apresentação de memoriais e documentos? Eu não acredito, Ministro. Não acredito, *data venia*.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) - Não se trata de memoriais. Olha a quantidade de DVDs. Isso aí foi todo um trabalho planejado, e que a Corte recebe isso como a coisa mais natural do mundo. Não Pode.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Legítimo. Esse é o famoso contraditório que a nossa Constituição abriga no capítulo de Direitos Fundamentais.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) - Nós temos que respeitar essa igualdade de armas. Com certeza, não é o interesse público que está em jogo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Qual seria o interesse?

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) - Eu não quero interferir no voto de Vossa Excelência. Eu fiz

RE 601392 / PR

apenas uma observação como Presidente da Corte. Vossa Excelência tem o direito de mudar o seu voto.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Eu tenho voto escrito, mas vou fazer algumas reflexões.

Eu quero dizer, Presidente, que a tradição desta Casa, enquanto o julgamento não estiver terminado, é a de que qualquer Ministro pode mudar o seu ponto de vista, sobretudo após os votos que resultam de pedidos de vista.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) - Eu não estou propondo mudança disso, Ministro.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Bom, Presidente, eu, *data venia*, sou uma pessoa de mentalidade aberta, recebo todos os advogados, leio todos os memoriais minuciosamente, antes de formar minha opinião. Esse é o meu estilo de trabalhar.

E realmente me convenci, sobretudo depois desse brilhante voto do Ministro Dias Toffoli, do Ministro Gilmar Mendes e do Ministro Celso de Mello; são ponderações que eu levei comigo e, durante esses últimos meses, refleti profundamente.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) - Ministro Lewandowski, talvez não tenha me feito compreender. O que eu estou a dizer é que o Tribunal está indo numa linha de possível incoerência. Não dá para nós darmos um tratamento tributário à ECT, que é um empresa pública, e, depois, atribuímos outro tratamento à Codesp e outras empresas de portos, à Infraero, etc. .

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Eu penso que é possível, e o precedente do Ministro Velloso assentou isso.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) - Porque o raciocínio é sempre o mesmo, a atividade privada leva à tributação, à atividade lucrativa, capacidade contributiva. Ora, a ECT exerce várias dessas atividades que não se encaixam naquilo para o qual ela foi criada. Não se encaixam.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

RE 601392 / PR

Essa Corte já decidiu que as empresas públicas não se submetem ao precatório, submetem-se à execução ordinária, normal. Mas a ECT não, ela se submete ao regime dos precatórios.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) - Não, por quê? Porque leva-se em conta essa atividade dela, que é...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

É o precedente desta Casa, fazendo uma diferenciação entre a ECT e as outras empresas públicas.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) - Não, Ministro. A Corte decidiu que a ECT não se submete ao precatório, porque a atividade-mãe da ECT é essencialmente pública.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Então, ela tem um diferença em relação às outras empresas públicas.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR)- Na verdade, ela seria, na prática, uma autarquia. Mas não sê-lo-á se ela continuar se expandir para campos atribuíveis muito mais às pessoas políticas privadas.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Essa diferenciação, a Corte já faz na sua jurisprudência. Por isso que eu digo que essa repercussão geral é exclusivamente em relação à cobrança de ISS da ECT pelos municípios, não é em relação a outras empresas que não a ECT, tal qual na decisão de precatórios.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) - Por que não fixar-se, já que nós estamos em repercussão geral, nas atividades típicas da ECT, ela é imune; mas, naquilo que...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Diante dessa dificuldade de subsídios cruzados.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) - Ora dificuldade...ora dificuldade...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Esse é o fundamento. E, nos rincões, não se vende título de capitalização de crédito.

RE 601392 / PR

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - E não há concorrência.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Não se tem serviço dessa espécie.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) -
Ministro Lewandowski, conclua. Vossa Excelência pode concluir o voto.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Quando eu pedi aparte ao Ministro **Lewandowski**, eu só queria dizer que eu havia acompanhado Vossa Excelência. Os fundamentos do voto de Vossa Excelência são substanciosos, são importantes, são relevantes. Eu havia acompanhado Vossa Excelência. Quando escutei o Ministro Gilmar e, posteriormente, o Ministro Celso, eu já havia votado. Então, eu pedi vista dos autos e fui verificar essas distinções todas que ocorrem.

Posteriormente, reformulei o meu voto. Eu já havia votado. Em razão dos debates, eu pedi vista e trouxe, depois, uma outra posição.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) -
Olha o que eu propus, aqui, em meu voto: "em síntese: imunidade recíproca, distinção entre serviços públicos em sentido estrito e serviços lucrativos executados pelo Estado ou pelas suas entidades da Administração Indireta." É simplesmente fazer essa distinção.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, permita-me? Aí se diz que não haveria nenhuma lucratividade nesses serviços, porque, nesses locais, nessas atividades correlatas, longínquas do Brasil, tantos Brasis dentro de um Brasil, não haveria a menor lucratividade. Daí, a Ministra Cármen Lúcia ter trazido o exemplo da Dona Clara lá no rincão afastado. Então, na verdade, seria esse propósito de integração nacional.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) -
Serviço Público em sentido estrito não deve visar lucro.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Daí o financiamento cruzado.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - A verdade é a seguinte: se dá lucro, se não dá lucro, se a carta chega, se não chega, isso são questões

RE 601392 / PR

fático-probatórias que escapam completamente à análise puramente da questão federal trazida à nossa cognição sob o alcance da Constituição Federal; quer dizer, que tipo de expansão nós podemos à análise do preceito constitucional em matéria de imunidade, máxime, quando esses favores fiscais têm que ser interpretados, sempre e sempre, restritivamente. Essa é regra secular de Direito Tributário.

Então, o critério mais objetivo, que endereça para uma solução correta, é verificar se a atividade é vinculada; se a atividade é vinculada, é imune; se não é uma atividade vinculada, é uma atividade extraordinária... agora, se é para compensar custos, esse bojo de argumentação não é possível de ser analisado.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) - Não, não faz o menor sentido. E nós estaremos criando monstros, um com uma certa formatação, e outro com outra. E permitindo, de um lado, a expansão desmesurada dessas entidades, e, de outro, aquilo que talvez mais interesse em casos como este, a sua apropriação por interesses políticos, os mais diversos.

Ministro Lewandowski.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, então, eu peço vênias para reformular meu voto, e também peço licença às opiniões contrárias, porque, de estudos que fiz, e dos votos que ouvi, eu acabei me convencendo do contrário.

Primeiramente, eu queria assentar, Senhor Presidente, que os Correios existem há trezentos e cinquenta anos neste País. É uma instituição respeitável, antiga, é um fator de integração nacional. Eu creio que se não tivéssemos os Correios no Brasil - agora é uma empresa pública -, talvez nós não teríamos um país continental como temos hoje, atualmente. Poucas instituições podem se gabar de ter esta longevidade, trezentos e cinquenta anos. Em todos os países do mundo, os Correios são uma atividade estatal ou protegidas pelo Estado, exatamente por esse aspecto, porque constituem um fator de integração nacional. Nos Estados Unidos, historicamente, isso ficou muito claro, muito patente, e hoje é uma empresa deficitária, mas que é subsidiada pelo Estado norte-

RE 601392 / PR

americano. Então, eu creio que os Correios prestam um serviço público de natureza essencial em cumprimento ao que dispõe o artigo 21, inciso X da Constituição, que diz que compete à União manter os serviços postais.

Um dos argumentos que foi ferido aqui, ao longo dos debates, é justamente que se cria, com essa imunidade, uma espécie de desigualdade de condições fiscais. Mas isso, na realidade, não ocorre, porque 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. E, ademais, o que é interessante, as próprias empresas privadas de *courier*, aquelas que são responsáveis pela entrega de encomendas e pacotes, valem-se dos serviços dos Correios, porque, do ponto de vista econômico-financeiro, isso é desinteressante. Então, não há nenhuma concorrência, nenhuma desigualdade, nenhuma vantagem para os Correios, com relação à iniciativa privada, que possa afastar justamente essa imunidade.

De outro lado, nós sabemos, isso está na Lei, os Correios são obrigados a prestar o seu serviço, contrariamente à iniciativa privada que pode dizer: aqui eu não quero prestar esse serviço, porque isso não é interessante, é anti-econômico. Qualquer cartinha, qualquer serviço postal de responsabilidade dos Correios tem que ser prestado compulsoriamente como empresa pública que presta o serviço público. Os Correios não podem dizer: não, não quero prestar esse serviço.

E há, como salientou o Ministro Dias Toffoli, muito bem, um aspecto social importantíssimo dos serviços disponibilizados por essa Empresa de Correios e Telégrafos, que prestam serviço público, repito, de natureza absolutamente essencial.

Há um outro aspecto que foi ventilado nos memoriais: a questão do subsídio cruzado - é um fenômeno jurídico ou fiscal ou econômico chamado subsídio cruzado. Para manter o serviço postal, o que faz a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos? Ela reinveste os "lucros", que

RE 601392 / PR

são o resultado positivo dos serviços que ela presta e que não estão sujeitos ao regime de exclusividade. Portanto, naquilo que ela tem o resultado positivo, ela não auferi lucros, como numa empresa pública. Ela reinveste nos serviços. Ela não tem, a meu ver, a capacidade contributiva, tal como as empresas privadas, exatamente por esse aspecto, porque ela é deficitária na grande parte dos serviços que presta.

E, de outra parte, e por fim, quero dizer - teria outros argumentos aqui a lançar - que eu entendo que não se pode equiparar a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos às empresas comuns, às empresas privadas em termos de concorrência, porque ela não concorre de forma igualitária com essas. Por quê? Primeiro, porque ela precisa contratar os seus bens e serviços mediante o disposto na Lei 8.666 que, como sabemos, engessa sobremaneira a Administração Pública. A empresa privada, agilmente, contrata ou descontrata e, na ECT, os seus empregados são admitidos mediante concurso público. Portanto, não há nenhuma disparidade de armas no que tange à concessão, o reconhecimento dessa imunidade fiscal relativamente à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, porque ela é, realmente, uma empresa pública. O fato de ter eventualmente, de forma minoritária, alguns sócios privados não afasta o seu caráter de empresa pública e, muito menos, também, a impossibilidade de fazer jus a essa imunidade, porque isso já foi reconhecido por esta Suprema Corte, no Recurso Extraordinário 253.472, de São Paulo.

Então, Senhor Presidente, por essas razões singelas - elaborarei o meu voto de forma mais substantiva, por escrito, em oportunidade adequada -, acompanho a divergência aberta pelo Ministro Ayres Britto para dar provimento ao recurso.

É como voto, *data venia*.

28/02/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 601.392 PARANÁ**EXPLICAÇÃO**

A SENHORA SIMONE ANDRÉA BARCELOS COUTINHO (PROCURADORA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO) - Senhor Presidente, eu peço vênua novamente, só vou colocar uma questão.

Eu indago a Vossa Excelência se, à luz do artigo 134, se não me falha a memória, do Regimento Interno desta egrégia Corte, tendo em vista que foram realizadas as sustentações orais, e proferido o voto de Vossa Excelência na Sessão havida em 26 de maio de 2011, e os demais votos proferidos na Sessão de 16/11/201, também, quando retomado o julgamento, com apresentação do voto-vista do Excelentíssimo Ministro Luiz Fux, em que toda esta egrégia Corte votou, tendo havido, naquele momento, o pedido de vista do Excelentíssimo Ministro Dias Toffoli. Enfim, foram feitos todos os debates. Eu indago a Vossa Excelência, com todo respeito à Excelentíssima Ministra Rosa Weber, se, não tendo a Excelentíssima Ministra participado dessas Sessões precedentes às quais eu aludo, em que amplamente debatida a causa, se realmente é conforme ao Regimento ser proferido um voto nessas circunstâncias, e, tendo em vista o contraditório, o devido processo legal e a igualdade de partes, eu faço um apelo a esta egrégia Corte que, se a minha dúvida for descabida, que seja ignorada; mas, senão, que seja levada em conta para que, eventualmente, futuramente venha a ser alterado o Regimento Interno.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) - A Ministra Rosa Weber teve tempo suficiente para se preparar para o julgamento. Ela não estava na Corte ainda quando...

A SENHORA SIMONE ANDRÉA BARCELOS COUTINHO (PROCURADORA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO) - Obrigada, Excelência.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, posso falar só para esclarecer a eminente Procuradora qual é o artigo do

RE 601392 / PR

Regimento Interno?

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) - Mas eu ia passar a palavra a Vossa Excelência.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Artigo 134, *caput*:

"Art. 134. Se algum dos Ministros pedir vista dos autos, deverá apresentá-los, para prosseguimento da votação, até a segunda sessão ordinária subsequente.

.....
§ 2º Não participarão do julgamento os Ministros que não tenham assistido ao relatório ou aos debates, salvo quando se derem por esclarecidos.

(Redação dada pela Emenda Regimental nº 2, de 4 de dezembro de 1985)."

Sou Relatora de outras três ações com mesma matéria, eu me senti perfeitamente esclarecida para votar.

28/02/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 601.392 PARANÁ

DEBATE

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, eu só queria manifestar uma perplexidade - o dado que o Ministro Ricardo Lewandowski trouxe é importante -: a Empresa de Correios e Telégrafos existe há trezentos anos. A Constituição Federal, quando estabeleceu as imunidades, fez alguns ajustes aqui e ali. Será que, naquela oportunidade, ela já não engendrava esses serviços capazes de poder ajustar o Texto Constitucional e não deixar margem a nenhuma dúvida como deixou no caso específico?

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) - Resta saber se essa Lei que rege a ECT é compatível com a Constituição votada em 1988. Infelizmente esse debate não foi levado em consideração aqui.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Nós vamos continuar os debates. É muito interessante, eu estou disposto e animado.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu achei interessante esse dado, Ministro Ricardo Lewandowski, uma empresa, trezentos anos. Infelizmente, nós não temos essa tradição de Constituições seculares.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Porque agora já estaremos em sede acadêmica, como diria o Ministro Sepúlveda Pertence, porque o julgamento já acabou.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Então, esta é de 88. Será que ninguém, será que não houve uma articulação para se esclarecer essas atividades periféricas da empresa de Correios? E a Constituição não incluiu. Ela faz a vinculação às atividades essenciais.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) - Ela pode ter. Pode ser que ela tenha trezentos anos, mas, seguramente, essas atividades esdrúxulas que ela vem exercendo não têm trezentos anos. Ela

RE 601392 / PR

não vem as exercendo há trezentos anos. Isso deve datar de duas, três décadas no máximo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Mas o serviço público mudou muito nesses trezentos e cinquenta anos. Temos que admitir isso.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Permite-me, Ministro Fux, é só porque essa equiparação da ECT à Fazenda Pública, inclusive, para efeito de precatório, a mim sempre causou uma enorme perplexidade.

Ainda, quando estava na Justiça do Trabalho, um precatório, para que a ECT satisfaça um crédito do trabalhador. Mas, o que acontece é que o Supremo Tribunal Federal entendeu que o Decreto-lei que criou a ECT, na verdade, foi recepcionado pela Constituição Federal de 88.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, não estou falando em recepção não.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) - Quer dizer, a ECT vive no melhor dos mundos, não é? Ela se submete ao precatório, como se fosse uma autarquia, mas, ao mesmo tempo, ela cria filhotes, para exercer as mais diversas atividades econômicas.

Não há nenhuma coerência nisso. Desculpem-me aqueles que pensam de maneira contrária.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 601.392

PROCED. : PARANÁ

RELATOR : MIN. JOAQUIM BARBOSA

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. GILMAR MENDES

RECTE.(S) : ECT - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS

ADV.(A/S) : GUSTAVO ESPERANÇA VIEIRA E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S) : MUNICÍPIO DE CURITIBA

ADV.(A/S) : ROBERTO DE SOUZA MOSCOSO

INTDO.(A/S) : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS SECRETARIAS DE FIANÇAS DAS
CAPITAIS BRASILEIRAS - ABRASF

ADV.(A/S) : RICARDO ALMEIDA RIBEIRO DA SILVA

INTDO.(A/S) : MUNICIPIO DE SAO PAULO

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Joaquim Barbosa (Relator), negando provimento ao recurso, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Luiz Fux. Ausente, neste julgamento, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Falaram, pela recorrente, a Dra. Misabel de Abreu Machado Derzi, pelos *amici curiae* Município de São Paulo e Associação Brasileira das Secretarias de Finanças das Capitais Brasileiras, respectivamente, a Dra. Simone Andréa Barcelos Coutinho e o Dr. Ricardo Almeida Ribeiro da Silva. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 25.05.2011.

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Joaquim Barbosa (Relator), Luiz Fux, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Cezar Peluso (Presidente), negando provimento ao recurso extraordinário, e os votos dos Senhores Ministros Ayres Britto, Gilmar Mendes e Celso de Mello, provendo-o, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Dias Toffoli. Plenário, 16.11.2011.

Decisão: Colhido o voto-vista do Ministro Dias Toffoli, o Tribunal, por maioria, deu provimento ao recurso extraordinário, vencidos os Ministros Joaquim Barbosa (Relator), Luiz Fux, Cármen Lúcia, Marco Aurélio e Cezar Peluso. Redigirá o acórdão o Ministro Gilmar Mendes. Reajustou o voto o Ministro Ricardo Lewandowski. Não votou o Ministro Teori Zavascki por suceder ao Ministro Cezar Peluso. Ausentes, nesta assentada, os Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes, com votos proferidos em assentada anterior. Plenário, 28.02.2013.

Presidência do Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber e Teori Zavascki.

Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

p/ Luiz Tomimatsu
Assessor-Chefe do Plenário

