CARLOS VALDER DO NASCIMENTO

SÉRIE Estudos de Direito Público

Direito Tributário I

Imunidade dos correios e penhora on-line





Direito Tributário I

Imunidade dos correios e penhora on-line



Universidade Estadual de Santa Cruz

GOVERNO DO ESTADO DA BAHIA

Rui Costa - Governador

SECRETARIA DE EDUCAÇÃO Osvaldo Barreto Filho - Secretário

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE SANTA CRUZ

Adélia Maria Carvalho de Melo Pinheiro - Reitora Evandro Sena Freire - Vice-Reitor

DIRETORA DA EDITUS

RITA VIRGINIA ALVES SANTOS ARGOLLO

Conselho Editorial:

Rita Virginia Alves Santos Argollo – Presidente

Andréa de Azevedo Morégula

André Luiz Rosa Ribeiro

Adriana dos Santos Reis Lemos

Dorival de Freitas

Evandro Sena Freire

Francisco Mendes Costa

José Montival Alencar Júnior

Lurdes Bertol Rocha

Maria Laura de Oliveira Gomes

Marileide dos Santos de Oliveira Raimunda Alves Moreira de Assis

Roseanne Montargil Rocha

Sílvia Maria Santos Carvalho

CARLOS VALDER DO NASCIMENTO

OS SÉRIE Estudos de Direito Público

Direito Tributário I

Imunidade dos correios e penhora on-line

Ilhéus-Bahia



Copyright ©2015 by Carlos Valder do Nascimento

Direitos desta edição reservados à EDITUS - EDITORA DA UESC

A reprodução não autorizada desta publicação, por qualquer meio, seja total ou parcial, constitui violação da Lei n^{o} 9.610/98.

Depósito legal na Biblioteca Nacional, conforme Lei nº 10.994, de 14 de dezembro de 2004.

PROJETO GRÁFICO E CAPA Alencar Júnior

DIAGRAMAÇÃO Alencar Júnior (supervisor) Marina Noronha (estagiária)

REVISÃO Genebaldo Pinto Ribeiro Roberto Santos de Carvalho Sylvia Maria Campos Teixeira

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

N244 Nascimento, Carlos Valder do.

Direito tributário I: imunidade dos correios e penhora on-line / Carlos Valder do Nascimento. - Ilhéus, BA: Editus, 2015.

78p. (Série Estudos de Direito Público; 05)

ISBN: 978-85-7455-386-3

1. Direito tributário. 2. Penhora (Direito). 3. Confisco de bens. 4. Imunidade tributária. I. Titulo. II. Série.

CDD 343.04

EDITUS - EDITORA DA UESC

Universidade Estadual de Santa Cruz Rodovia Jorge Amado, km 16 - 45662-900 - Ilhéus, Bahia, Brasil Tel.: (73) 3680-5028 www.uesc.br/editora editus@uesc.br

EDITORA FILIADA À



Sumário

Apresentação da série	7
Apresentação do volume	9
CAPÍTULO I - A IMUNIDADE RECÍPROCA DO ICMS: O CASO	
DOS CORREIOS	1
1.1 Contextualização do tema	3
1.2 Disciplina jurídico-constitucional da matéria 16	5
1.3 Noção de serviço público	
1.5 Personalidade jurídica e o método da descentralização 24	1
1.6 Regime tributário e de bens das empresas públicas 29	9
1.7 Imunidade constitucional tributária recíproca dos entes	
federativos33	3
1.8 Crítica à decisão do Tribunal Regional Federal35	5
1.9 Serviço Postal mantido pela União como atividade	
fim e meio37	7
1.9.1 Atividade-fim: prestação de serviços públicos 37	7
1.9.2 Atividade-meio: estruturação operacional39	9
1.9.2.1 Embalagens não são mercadorias4	1
1.9.2.2 Transporte de encomendas não constitui	
atividade isolada42	2
1.9.2.3 Serviços de comunicação da ECT43	3
1.9.2.4 Logística integrada45	5
1.10 Conclusões	5
CAPÍTULO II - PENHORA <i>ON-LINE</i> E CONFISCO DOS MEIOS DE	C
SOBREVIVÊNCIA E DE PRODUÇÃO	
2.1 Preliminares	5
2.2 Enquadramento normativo da matéria na CF e na Lei	Q
2.3 Inconsistências do sistema de bloqueio eletrônico 61	
2.4 Caráter substantivo do princípio universal da dignidade	
da pessoa humana63	
2.5 A livre iniciativa como fundante da atividade privada 70)

Apresentação da série

A Universidade Estadual de Santa Cruz movida pelo desejo de sistematizar e colocar à disposição do público acadêmico a obra do professor Carlos Valder do Nascimento, um dos docentes da Casa na área jurídica com maior produção publicada, decidiu fazer uma coletânea de seus trabalhos, fartamente conhecidos no país, mas pouco explorados pela comunidade acadêmica interna.

Os estudos constantes do presente livro formam a obra intitulada Série ESTUDOS DE DIREITO PÚBLICO desvelados pela essencialidade de sua doutrina. Referem-se a diversos trabalhos escritos pelo referenciado no campo da pesquisa e do magistério a partir de 1983 e, portanto, correspondente a sua trajetória de mais de três décadas no Departamento de Ciências Jurídicas desta Universidade.

O quinto volume da série, sob o título de Direito Tributário I - Imunidade dos correios e penhora on-line, constitui-se dos seguintes artigos: A imunidade recíproca do ICMS: o caso dos Correios; Penhora on-line e confisco dos meios de sobrevivência e de produção.

O trabalho exaustivo de pesquisa levou o autor a um patamar elevado em face da natural repercussão dos pontos de vista esposados e pela diversificação de sua obra com trânsito por diversos ramos do conhecimento jurídico. Assim, pôde, ao longo do tempo, participar diretamente das discussões dos mais variados temas polêmicos enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal, sendo por este várias vezes citado em seus julgados, credenciando-o como um autor acatado no cenário jurídico brasileiro.

Daí, a observação do jurista Ives Gandra da Silva Martins:

Conheco Carlos Valder há mais de trinta anos. Jurista de prestígio nacional e autor de sólida obra no campo do Direito Tributário — alguns em co-autoria comigo —, granjeou como advogado, professor e jurista, desde o início de sua carreira, conhecimento de seus pares e admiração pela objetividade e segurança com que sempre tratou dos temas a que se dedicou e sobre os quais escreveu.

É um professor de Direito com a preocupação de preservação do direito de defesa dos valores democráticos e um idealista, que vê na cátedra forma de colaborar com o desenvolvimento do País...1

Não bastasse isso, a doutrina que desvela na formulação de suas teses jurídicas, bem construídas, como foi o caso da coisa julgada inconstitucional, lhe valeu a devida notoriedade. Além disso, tantas foram as contribuições, visando à formação do convencimento dos magistrados, reveladas no número da expressiva jurisprudência que têm dado primazia as suas manifestações doutrinárias, seja pelos tribunais superiores, seja pela justiça de primeiro grau. Tem sido igualmente citado em várias obras de conceituados juristas pátrios.

Cabe ressaltar que ao longo da sua proficua carreira acadêmica grande foi a sua participação no debate oral e escrito de temas polêmicos e relevantes do cenário jurídico brasileiro.

Como consequência desse esforço acadêmico empreendedor, é que se pode colher, contemporaneamente, o fruto do seu labor forjado no amadurecimento profissional e, em verdade, dessa vontade persistente nasce uma coletânea reveladora do fôlego produtivo do docente, em razão do seu conteúdo substantivo.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Emenda dos precatórios: fundamentos de sua inconstitucionalidade. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 9. Prefácio.

Apresentação do volume

Este volume cuida do tema referente à imunidade tributária recíproca dos entes autônomos da federação. E, por extensão, as autarquias e as fundações instituídas e mantidas pelo poder público. Trata-se de matéria da maior relevância na medida em que inclui no debate a empresa publica e, sobretudo, a ECT.

Nessa linha, no primeiro capítulo, sustenta o ponto de vista de que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos em razão de seu regime jurídico e de bens é destinatária da imunidade impositiva. O estudo, nesse caso específico, refere-se a imunização do ICMS em face de sua condição de prestadora de serviços públicos em regime de monopólio.

E, no segundo capítulo, mostra o uso abusivo da penhora on-line, como instrumento que desafia a sobrevivência das empresas. E, noutro ponto, atinge a dignidade do ser humano em face do caráter perverso de que se reveste quando valores referentes a verba alimentar são bloqueados indevidamente pelo Judiciário.

CAPÍTULO I

A IMUNIDADE RECÍPROCA DO ICMS: O CASO DOS CORREIOS

Sumário

- 1.1 Contextualização do tema
- 1.2 Disciplina jurídico-constitucional da matéria
- 1.3 Noção de serviço público
- 1.4 Conceito e disciplina normativa da empresa pública
- 1.5 Personalidade jurídica e o método da descentralização
- 1.6 Regime tributário e de bens das empresas públicas
- 1.7 Imunidade constitucional tributária recíproca dos entes federativos
- 1.8 Crítica à decisão do Tribunal Regional Federal
- 1.9 Serviço Postal mantido pela União como atividade fim e meio
 - 1.9.1 Atividade-fim: prestação de serviços públicos
 - 1.9.2 Atividade-meio: estruturação operacional
 - 1.9.2.1 Embalagens não são mercadorias
 - 1.9.2.2 Transporte de encomendas não constitui atividade isolada
 - 1.9.2.3 Servicos de comunicação da ECT
 - 1.9.2.4 Logística integrada
- 1.10 Conclusões

1.1 Contextualização do tema

Não é pacífico o entendimento segundo o qual a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) goza de imunidade tributária recíproca, tendo em vista que o assunto pende de julgamento no Superior Tribunal Federal (STF). Isso revela a importância de que a matéria desfruta no cenário jurídico, levando a ECT a promover um encontro para tratar da questão, organizado sob a forma de quesitos referentes à temática central, que serão respondidos pelos conferencistas convidados, pela Coordenação do Evento, durante o 1º Encontro de Direito Tributário dos Correios, no período de 4 a 5 de dezembro de 2012, em Belo Horizonte.

O presente artigo tem por objetivo examinar, na linha traçada acima, se os Correios, por extensão, são imunes ao Imposto sobre Circulação de Mercadoria e Prestação de Serviços (ICMS) em face de sua condição de empresa pública, criada e mantida pela União, para cuidar dos serviços postais. Este é o tema sobre o qual escrevo com o desdobramento necessário, a fim de bem caracterizá-lo, ao tempo em que enfrentarei, também, a decisão judicial proferida em 2ª instância sobre o tema.

Ressalte-se que o raciocínio, aqui versado, traduz o ponto de vista do autor a propósito da temática em torno da imunidade das empresas públicas. Nesse diapasão, e até chegar a ECT, é que se desenvolve a linha mestra da questão enfocada com vistas a se estabelecer um denominador comum buscado, ao longo do discurso empreendido, no domínio da objetividade jurídica.

Com o perpassar do tempo, o uso da linguagem tem se revelado na expressão da capacidade de sistematização do homem. Isso abriu o ensejo da construção de conceitos gerais de pessoas, classes e categorias. Tal

engenharia fundada em uma concepção abstrata concorre de modo direto para adaptação de relações jurídicas, estabelecendo, de logo, a ponte necessária entre partes idôneas visando à produção de efeitos jurídicos circunscritos aos atos entre elas celebrados.

Diante disso, a hermenêutica não se resume a uma singela interpretação literal, pois a compreensão do texto linguístico exige, antes de tudo, um esforço maior desse processo interpretativo em face do caráter dialético do direito. Por conseguinte, o entendimento linear serve apenas como ponto de partida no desvelar da matéria examinada, e nunca para definir de maneira definitiva o conteúdo substantivo da mensagem, que o texto veicula dentro do contexto em que se acha embutido.

Sob uma perspectiva jurídico-constitucional, a delimitação conceitual do vocábulo serviço público permeia, à luz do direito administrativo, toda argumentação ao derredor da questão suscitada, envolvendo o exame da imunidade tributária das empresas públicas e o consequente exame de sua estrutura legal.

De igual modo, são examinados o regime tributário e o de bens das referidas empresas e, sobremodo, o sentido atribuído ao termo personalidade jurídico, a fim de determinar sua posição na constelação de órgãos que compõem a administração pública, direta e indireta. Nesse particular aspecto, são tecidas considerações em torno da impenhorabilidade de seu patrimônio, bem como a respeito da imunidade tributária recíproca, de maneira especial, no tocante ao ICMS.

É, também, objeto de análise o recente julgamento do Tribunal Regional Federal da 5ª Região que, em sua razão de decidir, concluiu que ECT não goza de imunidade tributária. Assim entendeu, sob a alegação de que o tratamento a ela dispensado é o mesmo concedido às empresas privadas de fins mercantis, que atuam na

persecução do lucro e, portanto, não podem ser discriminadas pelas instituições do Governo.

Nessa linha de intelecção, cuida de examinar os aspectos determinantes, a propósito da concepção do serviço postal, mantido com recursos financeiros da União, e dos preços cobrados aos usuários em termos de tarifa. E, ainda, tracar os contornos relacionados com a parte operacional desenvolvida pela ECT, visando ao atendimento de seus consumidores.

De concreto, aborda as atividades envolvendo o processamento de telegrama, a carta pela internet, e se eles têm sua isenção no servico de comunicação. Também examina se as embalagens vendidas ao consumidor podem ser consideradas, para efeito fiscal, como mercadorias, e se, em decorrência disso, implicam em operações de saída, como prescrito pelas regras tributárias codificadas.

O Serviço de Encomenda Expressa Nacional (Sedex), em suas várias modalidades, de abrangência nacional, consistente na venda de produtos postais referentes às embalagens de encomendas, caracterizado como serviço de comunicação, igualmente, merece uma detida análise. Ressalve-se, por oportuno, que a matéria se encontra sub judice, já que o RE n.º 627.051 está na pauta do Supremo Tribunal Federal, com vistas a julgamento futuro, a respeito do problema, em data ainda a ser fixada por aquela Corte.

Da mesma forma, inclui-se sob o crivo da análise o transporte de encomendas realizado pela ECT, bem como sua logística integrada, compreendendo a recepção de material postal, transporte e entrega ao destinatário e, por fim, a armazenagem de encomendas como uma das atividades referentes aos serviços postais e telegráficos, é, ainda, objeto de apreciação do regime tributário e de bens da ECT, bem como o controle acionário da mesma, em cotejo com as empresas que exploram atividades econômicas.

1.2 Disciplina jurídico-constitucional da matéria

Como se denota, mesmo regidas por regras próprias, as empresas estão submetidas, de modo inexorável, ao direito público, do qual não podem se afastar, tantas são as normas constitucionais a limitar e a balizar o seu funcionamento. Isto mostra, de modo cabal, que o Poder Público não pode se submeter aos ditames de imposições descabidas, partidas de fontes estritamente de direito privado, tornando-se letra morta os dispositivos constitucionais que lhe são pertinentes. Eis o teor dos referidos normativos:

> Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência1; Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta². A administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: II- a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as

¹ BRASIL. Constituição Federal, art. 5°, LXXIII.

² *Ibidem*, art. 14, § 9°.

CAPÍTULO I

A imunidade recíproca do ICMS: o caso dos correios

nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; XVI- é vedada a acumulação remunerada de dois cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI; XVII- a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público; XIX- somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de atuação; XX- depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada³; fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta⁴; compete privativamente ao Senado Federal: III- aprovar previamente, por voto secreto, após argüição pública, a escolha de: f) titulares de outros cargos que a lei determinar⁵. Os Deputados e Senadores: I- desde a expedição do diploma: a) firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes⁶: Perderá o mandato o Deputado ou Senador: que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior⁷. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da

³ Ibidem, art. 37.

⁴ Ibidem, art. 48, X.

⁵ *Ibidem*, art. 52.

⁶ *Ibidem*, art. 54.

⁷ Ibidem, art. 55.

administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público; apreciar, para fins de registro, na administração direta ou indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como as da concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório; I- realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II8: A lei orcamentária anual compreenderá: o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, sem fundos, órgão e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público; o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com o direito a voto; o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público9.

A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar¹⁰.

A prestação de serviço público constitui decididamente o objeto da atividade primordial da empresa estatal e, portanto, pedra angular do direito administrativo,

Ibidem, art. 71.

⁹ *Ibidem*, art. 165, §5°

¹⁰ *Ibidem*, art. 169.

merecendo, assim, apreciação, porquanto indispensável ao deslinde da controvérsia. Tal análise se impõe na medida em que propiciará um entendimento consentâneo dos mecanismos que movem e determinam a natureza da empresa pública, no cenário brasileiro, e a importância do seu papel na dinâmica que marca a vida econômica em todos os seus aspectos fundamentais.

1.3 Noção de serviço público

Pelo aspecto conceitual, o serviço público é aquele instituído, mantido e executado pelo Estado, através de seus órgãos, visando ao bem-estar social, que, para tanto, estejam legitimados, e, por isso, integrados à estrutura da administração pública. É evidente que "os serviços públicos revestem as mais variadas formas, recebendo denominações especiais, consoante sua natureza, que tanto pode ser de caráter comercial, industrial, como não ter fim lucrativo"11.

Vale destacar a importância dos estudos realizados, nesse campo, por Léon Duguit, assim definindo o servico público:

> [...] é toda atividade cuja realização é assegurada, regulada e controlada pelos governantes, porque tal atividade é indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social e é de natureza tal que não pode ser levada a termo a não ser pela intervenção da força governante¹².

¹¹ PLÁCIDO E SILVA, Oscar. **Vocabulário jurídico**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 753.

¹² DUGUIT, Léon. Traité de Droit Constitutionnel. 3. ed. Bordeaux: Ancienne Librairie Fontemoing, 1928. v. VII. p. 93

Rafael Bielsa¹³ aduz que tal expressão pode ser tomada para designar

> ação ou prestação realizada pela Administração Pública ativa, direta ou indiretamente, para a satisfação concreta das necessidades coletivas, assegurada essa ação ou prestação pelo poder público (de polícia).

Veja-se o pensamento de José Afonso da Silva:

[...] o serviço público é, por natureza, estatal. Tem como titular uma entidade pública. Por conseguinte fica sempre sob o regime jurídico de direito público. O que, portanto, se tem que destacar aqui e agora é que não cabe titularidade privada nem mesmo sobre os servicos públicos de conteúdo econômico, como são, por exemplo, aqueles referidos no art. 21, XI e XII¹⁴ [da Constituição Federal].

José Cretella Junior, após tecer considerações a respeito do conceito de serviço público, louvando-se, inclusive na doutrina estrangeira, o define como

> toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades públicas, mediante procedimento peculiar ao direito público, derrogatório e exorbitante do direito comum¹⁵.

A prestação de serviços públicos é matéria de reserva constitucional, sendo dado ao poder público o mister de realizá-los diretamente ou por interpostas

¹³ BIELSA, Rafael. Ciência de la Administración. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1955. p. 36.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 775-776.

¹⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. **Administração indireta brasileira**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 61.

pessoas. Assim, o simples fato de os mesmos serem prestados por instituição privada não desnatura sua essência. Desse modo, a execução direta ou indireta não afeta o conceito constituído e sedimentado pela doutrina e jurisprudência.

Pelo que se infere apenas trocar o vocábulo público por privado não altera ou modifica a substância do serviço público, o que interessa é o conteúdo e não o rótulo, resultante de um arranjo normativo ou mesmo de uma construção doutrinária equivocada. Na realidade, nessa hipótese, não há superposição de atividades como se pretende imputar-lhe, já que as instituições que as executam são coadjuvantes do Estado.

A qualidade, quando se vincula a determinada coisa, não é parte integrante dela, face seu caráter acidental. Se assim fosse, estaria reduzindo a amplitude da substância conformadora do seu conteúdo intrínseco. Embora possa se referir ao sujeito, com ele não se confunde, posto revestir uma faceta particularizada própria da predicação.

A essencialidade da coisa não firmada necessariamente na denominação que lhe é atribuída, às vezes dissimulada pelo legislador, o que importa é o conhecimento de sua concepção terminológica, consequente dos seus elementos constitutivos. Por isso mesmo, os institutos jurídicos enunciam textos conceituais incompatíveis com as especificidades dos órgãos, afastando sua literalidade, vez que tratam, em algumas situações, apenas de mudanca de rótulos.

Compreender o papel das empresas públicas constitui um modo de garantir sua realização institucional plena, até porque não representa qualquer ameaça potencial do Estado e ao livre desempenho da economia, a não ser legitimar a ocupação do espaço público que lhe foi reservado constitucionalmente para servir ao país.

1.4 Conceito e disciplina normativa da empresa pública

A formulação conceitual, erigida como norma, pelo estatuto da reforma administrativa, colhe a empresa pública como:

> [...] a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito16.

Além disso, o estatuto jurídico da empresa pública deverá ser fixado por lei, dispondo, consoante regra constitucional¹⁷, sobre sua função social e formas de fiscalização, suieição ao regime das empresas privadas, licitação e contratações de obras, servicos, compras e alienações, instalação dos conselhos da administração e fiscal, os mandatos, avaliação e a responsabilidade dos seus gestores.

Vale registrar, assim, a inadequação desse conceito legal que não guarda pertinência com a realidade, haja vista que empresas existem que não cuidam da exploração de atividade econômica. Daí a oportuna observação de Odete Medauar: "a noção acima recebe críticas, sobretudo porque existem empresas públicas prestadoras de serviços públicos"18.

Nota-se, então, que as empresas estatais são apenas instrumentos do Estado, como resposta à expansão

¹⁶ Decreto-lei n.º 200/67, art. 5°, II.

¹⁷ BRASIL. Constituição Federal, art. 173, art. 1°, incisos I a V.

¹⁸ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 95.

dos encargos públicos que estão a exigir sua participação no organismo social e no econômico, buscando

> imprimir à indústria, à agricultura, ao comércio, à organização do trabalho e à previdência social, orientacão mais em conformidade com os interesses gerais¹⁹.

É natural que, ao Estado, sejam permitidas certas flexibilidades, que possam viabilizar sua missão institucional para atender as demandas da sociedade cada vez mais crescentes. Daí seu direito de escolha, de optar por instrumentos versáteis, recorrendo a regras privadas, para fugir da rigidez dos sistemas de administração centralizada, criando, assim, empresas para se desincumbirem de encargos do próprio Estado, na ação que devem empreender em prol da coletividade.

Não podem, portanto, ser elas confundidas com as de direito privado, visto que estas buscam apenas a realização plena dos seus próprios negócios, atuando dentro da ordem econômica, fundada na livre iniciativa. De maneira que, neste estrito campo da iniciativa privada, o Poder Público entra apenas para corrigir eventuais abusos ou para suprir inadequações ou mesmo deficiências.

Nessas circunstâncias, constata-se, pura e simplesmente, o fenômeno da descentralização administrativa, técnica, aliás, a que podem recorrer quaisquer entes autônomos da Federação, visando a atingir o fim específico a que se propôs. Não se pode dizer que a ECT se caracterize como uma empresa privada, a ponto de colocar em risco a atividade econômica de outras empresas, em razão do caráter monopolista de suas atividades, porque tal preocupação é destituída do menor fundamento.

¹⁹ DAVIS, M. T. de Carvalho Britto. Tratado das Sociedades de Economia Mista. Rio de Janeiro: José Kofino, 1969. p. 275.

Daí, à míngua de uma adequada teorização da fenomenologia da empresa privada, o descompasso entre o modelo legal concebido pelo legislador e a realidade, quando, por exemplo, se faz o cotejo entre empresa pública, à luz do seu conceito positivo, com a sua operacionalização no campo das atividades econômicas, revestida de elementos de caráter privatístico adaptáveis ao seu modelo de gestão.

1.5 Personalidade jurídica e o método da descentralização

O fato de a ECT ser empresa pública, dotada de personalidade jurídica de direito privado, não desnatura sua natureza estatal. Inscrita na estrutura da administração pública indireta, faz parte integrante dela. garantindo, assim, no universo que delimita seu raio de ação no campo da prestação de serviço postal.

Valendo-se da técnica da personificação como corolário do critério da descentralização administrativa, o legislador dotou-a de autonomia técnica, financeira e administrativa. Com isso permitiu-lhe atuar com certa desenvoltura em todo o país sob o regime de monopólio, que lhe reservou a Constituição Federal.

Personificar não significa isolar, operar transformação, transmudar num passo de mágica o público para o privado, constitui uma técnica de descentralização de atividades em busca de eficiência. Nada tem de natureza privada, no sentido estrito, em que o lucro é a motivação no contexto da economia capitalista. Com efeito, é um equívoco manifesto pensar que a ECT atua em faixa concorrencial, porque a personificação não altera ou modifica a natureza substantiva do ente público, em qualquer de suas latitudes ou área de atuação, apenas afasta-o do centro por medida de desburocratização. É, portanto, o modo como

os serviços públicos são organizados na persecução dos seus fins.

Por conseguinte, essa técnica a que recorre o Estado foi cunhada pela doutrina como descentralização administrativa. Os órgãos, assim considerados, são os que detêm personalidade jurídica e povoam a constelação da Administração Pública Indireta: autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista, bem como as fundações criadas ou mantidas pelo Poder Público.

Para Gustavo E. Silva Tamavo:

[...] la descentralización no se ha presentado bajo una formulación única y, en la mayoría de los casos, lo que se ha operado, técnicamente, es una desconcentración de funciones, con o sin creación orgánica o una privatización de los servicios públicos²⁰.

Essa escolha do legislador visa à centralização ou à descentralização da atividade administrativa. Aqui, ocorre apenas o último fenômeno, que segundo Eduardo García de Enterría e Tomás Ramón Fernandes, de entes de base fundacional ou institucional, acrescentando:

> A instituição é um conjunto de meios materiais e pessoais afetados, por um fundador à gestão de uma finalidade por esta proposta finalidade que em todo caso remete a um interesse que está situado fora do ente, cuja organização e funcionamento ficam determinados pela vontade do próprio fundador²¹.

²⁰ TAMAYO, Gustavo E. Silva. Desviación de poder y abuso de derecho. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006. p.116.

²¹ ENTERRIA, Eduardo Garcia de; FERNANDES, Tomas Ramón. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990. p. 322.

Sem embargo, o poder administrativo dirige-se no sentido de ocupar e de ordenar os espaços vazios, mediante utilização de formas adequadas, levando em conta a magnitude das necessidades pelo que lhe compete "escolher as formas jurídicas adequadas ao serviço pretendido"22.

Dotar um órgão de personalidade jurídica, e consequente destinação de um patrimônio, não enseja desqualificar sua gestão, implicando em sua transmudação da esfera pública para privada, trata-se, como ensina Francisco Campos, "apenas de um método ou um processo de organização do serviço público"23. No uso dessa técnica, o Estado destaca da massa da administração central certo interesse, um determinado patrimônio e uma porção de sua própria competência, "atribuindo-os, a um ente dotado de órgão próprio de deliberação e de ação"24. Mesmo nessas circunstâncias ele permanece na órbita do Estado, senhor de sua absoluta titularidade.

A personalização privada do serviço público em nada afeta a empresa estatal, embora essa tentativa de escapar às regras do estado de direito deva, consoante Ernst Forsthoff, ser considerada ilegal. Aduz ainda, que o uso

> das formas de direito civil com o fim de se subtrair às obrigações do direito público é inadmissível em razão mesmo do caráter constrangedor dessas obrigações²⁵.

²² FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Comentários à reforma administrativa federal: exegese do Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, com modificações introduzidas pela legislação posterior. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 89.

²³ CAMPOS, Francisco. **Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Forense. p. 104.

²⁴ *Ibidem*, p. 104

²⁵ FORSTHOFF, Ernst. Traité de Droit Administratif Allemand. Translated Michel Fromont. Brussels: Emile Bruylant, 1969. p. 169.

Do mesmo modo, Toshio Mukai afirma que esse processo

> nenhuma valia tem, juridicamente, para os fins que se pretende, isto é, para subtração da empresa pública de suas obrigações de direito público²⁶.

Não há como desprezar regras privadas, posto que estas não tenham o condão de serem substitutivas do direito administrativo, regente das empresas públicas. Na verdade, o que se busca é verificar a eficiência, no tocante à posição finalística em que o Estado se põe entre o público e o privado, na busca de soluções para suas premências – meio mais adequado para a promoção do bem comum.

Assim, os serviços preconizados pela Constituição para que sejam prestados pelas empresas estatais podem ser alterados na sua estrutura e organização, a critério do Estado, como adverte Gaston Jeze:

> L'organisation d'être modifiée à tout instant. Cette possibilité de modification résulte de l'obligation qui incombe aux agents publics de faire fonctionner le mieux possible le service public²⁷.

De sorte que o *nomen juris* é irrelevante para determinar a natureza das coisas, mas a sua categoria jurídica é substancial, "o seu destino, as suas funções, a natureza dos serviços que lhe foram atribuídos e da competência a ele delegada pelo Estado"28.

²⁶ MUKAI, Toshio. Direito Administrativo e empresas do Estado. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 210.

²⁷ JÉZE, Gaston. Les principes généraux du Droit Administratif. 3. ed. Paris: Reprint, 1936. v. II. p. 5-7.

²⁸ CAMPOS, Francisco. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. v. 1. p. 132.

Essa questão da personalidade jurídica dos entes públicos, bem como da sua consequente patrimonializacão, mereceu arguta observação de Francisco Campos, quando adverte:

> O que se vê é o caminhar do direito público e privado lado a lado, numa manifesta verificação aos olhos mais atentos da irreversível publicização do direito privado, pelo aproveitamento por este das experiências recolhidas no domínio do direito. Por isso que, consoante Gharib El Gammal citado por M. T. de Carvalho Britto Davis, 'dizer que o direito privado se publiciza é dizer que ele se torna imperativo e se isso acontece visa tornar em consideração o interesse geral' (grifo do autor)29.

A expressão serviço público mantém-se incólume, mesmo se acrescida do adjetivo privado, cuja referência, na Constituição Federal, se faz com o fim de justificar sua execução pela área privada, desnecessária, porque, para a prestação dessa natureza, podem se desincumbir os entes públicos e privados, sob o controle e a fiscalização do Estado. Daí a colocação irrepreensível de Eros Roberto Grau, no sentido de que não se pode desnaturar o servico público somente porque sua execução pode ser feita pela iniciativa privada³⁰.

Vale acrescentar, ademais, que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos sobrevive com dotação orçamentária financeira exclusiva da União, na

²⁹ *Ibidem*, p. 731.

³⁰ GRAU, Eros Roberto. O conceito de relevância pública na Constituição de 1988. In: DALLARI, Sueli Gandolfi (org.). O conceito constitucional de relevância pública. Brasília, DF: Organização Panamericana de Saúde, 1992.

formulação do seu capital constitutivo. Daí, dentro dos níveis hierárquicos, ela se sobressai como um órgão vinculado ao Ministério das Comunicações sem qualquer subordinação, como é próprio dos órgãos integrantes da administração indireta.

1.6 Regime tributário e de bens das empresas públicas

A restrição imposta à empresa pública de gozar de privilégios fiscais, não extensivos às do setor privado (art. 173, § 2°), não se aplica aos entes estatais prestadores de serviços públicos, sujeitos que são ao regime jurídico de direito público. Assim, mesmo não expressamente assegurado em lei, a eles aplicam-se os privilégios da Fazenda Pública, a imunidade recíproca e a impenhorabilidade de seu patrimônio.

Esta, também, é a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello, ao admitir a imunidade das empresas estatais, como se vê:

> No que concerne ao regime tributário, as empresas prestadoras de serviços públicos são imunes a impostos cuja titularidade impositiva caiba a pessoa estranha à órbita governamental de que sejam parte³¹.

Se a empresa é prestadora de serviço público, revestindo apenas a roupagem privada, verbi gratia, a ECT, seu patrimônio configura, sem dúvida, bens públicos e, portanto, garantidos contra a penhora, porquanto estão vinculados diretamente ao serviço público. Sobre essa possibilidade, a doutrina francesa, segundo Emile Bruylant, apud M. T. de Carvalho

³¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 132.

Britto Davis, mesmo em se tratando de sociedade de economia mista, tem se manifestado favorável:

> Les biens des sociétés d'économie mixte sont au contraire, en principe, soumis au droit commun. Mais ceux qui sont directement affectés au service public dont la société est chargée, sont, comme tels, partie du domaine public même s'il s'agit de biens meubles, porvu qu'il s'agisse de meubles corporels et individualisés. Les créances et le numéraire ne sont donc pas susceptibles d'une affectation de ce genre. Les decisions relatives à l'affectation ou à la desaffectation peuvent être prises par les organes de la société³².

Verdade é que o regime de bens, aplicável ao patrimônio dos entes públicos, não pode ser diferente para as empresas de administração indireta prestadoras de serviços públicos, como adverte, com muita propriedade, Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

> Ora, dentre as entidades de Administração Indireta, grande parte presta serviços públicos; desse modo, a mesma razão que levou o legislador a imprimir regime jurídico publicístico aos bens de uso especial, pertencentes à União, Estados e Municípios, tornando-os inalienáveis, imprescritíveis, insuscetíveis de usucapião e de direitos reais, justifica a adoção de idêntico regime para os bens de entidades da Administração Indireta afetados à realização de serviços públicos.

> É precisamente essa afetação que fundamenta a indisponibilidade desses bens, com todos os demais corolários³³.

De igual sorte, Roberto Dromi entende que os bens das empresas públicas, quando afetados, pertencem ao

³² DAVIS, op. cit., p. 547-548. v. 2.

³³ DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 390.

domínio público, como se vê:

Los bienes de las empresas del estado, que están afectados a la prestación de servicio público, integran el dominio público³⁴.

El dominio público es un conjunto de bienes de propiedad de una persona pública que, por dos fines de utilidad común a que responden, están sujetos a un régimen jurídico especial de derecho público³⁵.

Desse modo, não resta dúvida de que os bens, os valores móveis e imóveis, corpóreos ou incorpóreos, configuram-se como públicos. Destarte, se o patrimônio vinculado a qualquer serviço, pertencente aos entes da Federação (União, Estados e Municípios), é plausível extraindo-se a conclusão de que não está sujeito a penhora.

Veja-se nesse sentido excerto da decisão adotada pelo STF, com relação à ECT, empresa pública federal:

> Voto: A recorrente é empresa pública criada pelo Decreto-Lei nº. 509, de 10 de março de 1969, com capital constituído integralmente pela União Federal (art. 6°), gozando de privilégios equivalentes aos da Fazenda Pública. 2. Preceitua o artigo 12 do Decreto-lei nº. 509/69, verbis: 'A ECT gozará de isenção de direitos de importação de materiais e equipamentos destinados aos seus serviços, dos privilégios concedidos à Fazenda Pública, quer em relação à imunidade tributária, direta ou indireta, impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, quer no concernente a foro, prazos e custas processuais'. 3. No caso sub examine, trata-se de pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, que explora serviço de competência da União (CF, artigo 21, X). 4.

³⁴ DROMI, Roberto José. **Derecho Administrativo**. 5. ed. Buenos Aires: Astrea, 1996. p. 473.

³⁵ *Ibidem*, p. 546.

Assinalo que a Primeira Turma desta Corte já se manifestou sobre a matéria por ocasião do julgamento do RE nº. 100.433-RJ, de que foi relator o eminente Ministro SYDNEY SANCHES, em acórdão assim ementado, verbis: 'EMENTA: EXECUÇÃO FISCAL. Impenhorabilidade de bens de empresa pública (ECT) que explora serviço monopolizado (§ 3º do art. 170 da Constituição Federal - EC-01/69), reservado exclusivamente à União (art. 8°, inciso XII, da Constituição Federal - EC-01/69). Recurso extraordinário não conhecido'. (RTJ 113/786) 5. Observo que o referido precedente foi julgado à luz da Carta pretérita (EC-01/69, artigos 8°, XII, e 170, § 3°). Contudo, a disciplina da matéria não foi alterada com a promulgação da Constituição de 1988, permanecendo integra a competência da União Federal para manter o serviço postal e o Correio Aéreo Nacional (CF, artigo 21, X), bem como a regra para exploração de atividade econômica por empresa pública (CF, artigo 173, caput e § 1°). 6. [...] 7. Note-se que as empresas prestadoras de serviço público operam em setor próprio do Estado, no qual só podem atuar em decorrência de ato dele emanado. Assim, o fato de as empresas públicas estarem sujeitas ao regime jurídico das empresas privadas não significa que a elas sejam equiparadas sem qualquer restricão.

9. Conclui o eminente jurista que 'a exploração dos serviços públicos por empresa estatal não se subordina às limitações do art. 173, que nada tem com eles, sendo certo que a empresa estatal prestadora daqueles e outros serviços públicos pode assumir formas diversas, não necessariamente sob o regime jurídico próprio das empresas privadas', já que somente por lei e não pela via contratual os serviços são outorgados às estatais (CF, artigo 37, XIX). Assim, não se aplicam às empresas públicas, [...] serviços públicos a restrição contida no artigo 173, § 1°, da Constituição Federal, isto é, a submissão ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias, nem a vedação do gozo de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado (CF, artigo 173, § 2° - grifos nosso).

14. Assim, a exploração de atividade econômica pela ECT - Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos não importa sujeição ao regime jurídico das empresas privadas, [...] (grifos do autor)³⁶.

Submetida a este conjunto de princípios e normas constitucionais, logo se vê que o regime da empresa pública não é necessariamente o mesmo da empresa privada em geral, o que impede "a perfeita simetria de regime jurídico entre ambas", como anota Celso Antônio Bandeira de Mello³⁷. Isso implica consequências importantes, especialmente, no que toca a questões patrimoniais e tributárias que constituem o objeto de exame.

1.7 Imunidade constitucional tributária recíproca dos entes federativos

As normas imunizantes são normas autoaplicáveis e, portanto, dispensam maiores formalidades para sua fruição imediata, por se tratar de um direito público subjetivo. Em tais condições não permitem que seu titular seja compelido a pagar impostos da competência dos entes tributantes nas três esferas de Governo. Sem restrição de qualquer ordem, nesse contexto, a imunidade tributária recíproca tem sua inserção na Carta Magna de maneira incondicional.

Essa engenharia legal decorre, naturalmente, do postulado federativo que, pela sua alta significação como forma de Estado, foi erigido ao patamar de intangibilidade. Daí, o caráter insuprimível a ele atribuído pelo legislador constituinte originário, de sorte a não poder ser

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 220.906-DF, Rel. Min. Maurício Corrêa.

³⁷ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 122.

abolido por Emenda Constitucional. Ademais, não é crível que as pessoas políticas sejam tributadas entre si, já que todas elas perseguem fins de interesse público.

Nesse ponto, Roque Antonio Carrazza ensina:

Ora, entre as pessoas políticas reina a mais absoluta igualdade jurídica. Umas não se sobrepõem às outras. Não, pelo menos, em termos jurídicos. É o quanto basta para afastarmos qualquer idéia de que podem sujeitar-se a impostos³⁸.

A imunidade não se prende a uma redoma a serviço da causa fiscal que prioriza o arrecadar por arrecadar; ao contrário, transcende a aspectos formais em face do caráter valorativo intrínseco que informa seu conteúdo substantivo. Prenhe de juridicidade, revestida por norma da ordem superior, não se limitando a determinado imposto, em qualquer esfera, devido ao seu raio de abrangência que alcanca, assim, os impostos municipais, estaduais e federais.

Nessa linha, a Constituição Federal estende às fundações de direito privado, como por exemplo a UnB, a imunidade recíproca, sejam as criadas, sejam as mantidas pelo Poder Público. Nesta hipótese, entendese como irrelevante, para efeito de imunização, o seu caráter privado. O mesmo pode-se dizer das empresas públicas prestadoras de serviço, como a ECT, não fazendo sentido a tentativa do fisco estadual de cobrar ICMS dos produtos por elas concebidos.

A imunidade impositiva dos entes federativos tem sede própria e, portanto, é nela, e não fora dela, que se

³⁸ CARRAZZA, Roque Antonio. A imunidade tributária das empresas estatais delegatórias de serviços públicos: um estudo sobre a imunidade tributária da empresa brasileira de Correios e Telégrafos - ECT. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 28.

deve buscar o fundamento para o desate da controvérsia que envolve seu raio de aplicação. Não são indiferentes às entidades que gozam de imunidade recíproca. qualificadas pelo Estado para a prestação de serviços de relevância para a sociedade. Ademais, a imunidade não opera efeito excludente, ao revés, os alcança, mesmo sob a forma de direito privado.

1.8 Crítica à decisão do Tribunal Regional Federal

Ao cuidar do tema, o Tribunal Regional Federal da 5^a Região lavrou acórdão sobre a matéria, assim ementado:

> TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGU-RANCA. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. ICMS. TRANSPORTE DE MERCADO-RIAS - A ECT, não obstante seja uma empresa pública federal, é pessoa jurídica de direito privado, que, nos termos do art.173, II da CF/88, sujeita-se às mesmas obrigações tributárias que as empresas privadas, logo o transporte de mercadorias que realiza sofre a incidência do ICMS, por não estar protegida pela imunidade constitucional. Apelação improvida³⁹.

O acórdão proferido pelo TRF, da 5ª Região, considerou que sendo a ECT pessoa jurídica de direito privado não está protegida pela imunidade, nos termos do art. 173, II, da Constituição Federal. É equívoca tal interpretação, já que a regra, no seu § 1°, refere-se à empresa exploradora de atividade econômica, o que não é o caso da ECT. Está dito no art. 175 que incumbe ao Poder Público, diretamente, a prestação de serviços públicos, o que é o caso da ECT, concebida com essa finalidade.

³⁹ TRF 5^a - Apelação em mandado de segurança.

O entendimento esposado pelo Tribunal Federal Regional da 5ª Região não se atém ao domínio da hermenêutica constitucional, porque assentado ainda num raciocínio que prestigia o critério da literalidade. Prepondera, em sua essência, uma concepção privatística quanto ao método de interpretação da regra imunizante, no plano da reciprocidade fiscal. Ao tomar como parâmetro apenas uma fórmula reducionista do direito, visando à solução do problema, peca em face de sua implausibilidade jurídico-conceitual.

Com efeito, aqui se trata da ECT, uma empresa que atua na persecução do interesse público, inclusive sob o regime de monopólio da União, com o serviço postal que presta à sociedade. Não tem natureza econômica, no sentido estrito da palavra, porque sua meta não se compraz com o lucro próprio, traço marcante das empresas mercantis, razão pela qual com elas não se confunde. Da mesma maneira, não lhes faz concorrência afastando, assim, qualquer competição entre as mesmas no âmbito da economia.

O que se pretendeu, ao dotar a ECT de personalidade jurídica de direito privado, foi retirá-la do centro nevrálgico do Poder Executivo, onde predomina uma densa burocracia, anulando todo esforço empreendido nesse campo, o que redunda em ineficiência. Tal estratégia atende, sobremodo, à exigência operacional requerida por atividade especializada, não sendo outra a motivação para dotá-la de autonomia e se desincumbir de suas tarefas, em todo o território nacional.

Sua condição de pessoa jurídica de direito privado não tem o condão de justificar a incidência do ICMS. Com efeito, a mesma não explora atividade econômica, tampouco tem por meta o lucro, já que a remuneração de seus serviços, mediante preço ou tarifa, se limita aos valores compatíveis com a capacidade econômica de

seus consumidores, pois cobre uma faixa considerável deles nos quatro cantos do país.

A Constituição, ao delinear os contornos da imunidade, incorpora-a como um valor fundamental. O caráter de intributabilidade, conferido pela norma questionada, finca o marco decisivo do campo imunitório. Daí afastarse, por imprópria, a ideia de que as empresas públicas concorrem com outras do setor privado da economia, inclusive porque a ECT detém o monopólio postal, assegurado pela Constituição Federal, importando apenas o fato de que reúne as características e os pressupostos fáticos finalísticos de suas atividades, não perdendo essa condição somente por ter natureza privada.

1.9 Serviço Postal mantido pela União como atividade fim e meio

1.9.1 Atividade fim: prestação de serviços públicos

Partindo-se da premissa básica de que o serviço postal é de caráter público, sua sujeição aos princípios e regras da administração direta constitui um dado significativamente palpável. Sustentar o contrário é desconhecer o plexo normativo cotejado com a realidade que dá suporte ao ponto de vista aqui colocado em destaque. De fato, ele evidencia a impropriedade do conceito legal de empresa pública, exigindo, assim, uma exegese teleológica do sentido emprestado pelo texto.

Ente criado pela União para tornar efetivo o multicitado monopólio estatal referido àquela atividade, a ECT atua fora das linhas demarcadas pela economia de mercado e, como tal, sem qualquer prejuízo para a área empresarial. Não há razão, portanto, para se insistir com a ideia, assaz difundida, de que ela atropela a iniciativa privada. Com efeito, tal inferência carece de legitimidade,

na medida em que se afigura pouco provável sua subsistência no concerto da administração pública.

Nessa linha de intelecção, vê-se logo que não há margem para o enquadramento dos serviços postais prestados pela ECT na categoria de privados, sob a pena de confundi-los com sua própria personalidade jurídica. Nítida é sua distinção destes, cujo objeto é a persecução de fins lucrativos, e daqueles que são da competência exclusiva da União. Aquela presta serviços públicos e, neste particular aspecto, equipara-se às autarquias, enquanto as empresas mercantis e particulares exploram atividades de natureza econômica.

Na empresa pública, sua atuação decorre tão somente da delegação de determinada parcela de atribuições realizadas pelos agentes estatais. Trata-se de matéria que tangencia o âmbito da competência delegada, que visa legitimar o exercício de atividade em que se funda o servico público.

Ao contrário, não se considera pública a prestação de serviço postal pela ECT somente pelo simples fato de interessar a coletividade, mas, principalmente, por atender a objetivos ínsitos ao regime administrativo adotado de modo consentâneo com a realidade fáticojurídica. É dizer: nele se expressa a vontade do Estado que se estrutura em forma de organização na persecução do bem comum, usando normas técnicas jurídicas para a consecução de suas finalidades institucionais.

A assunção do serviço postal de forma plena pela União encarna o postulado do bem comum, vez que cumpre uma finalidade de amplo espectro social. Resulta de um processo constante de aprimoramento que vai se adequando aos novos tempos de tantas exigências, em face da absorção de novas tecnologias e da prestação eficiente de serviços, ditadas pelas demandas da sociedade. Assim, o objetivo é alargar o raio da

CAPÍTULO I A imunidade recíproca do ICMS: o caso dos correios

atuação do Estado dentro das fronteiras delimitadas pela Constituição.

Como se observa, o servico questionado não busca um arranjo meramente político, somente o de atender o interesse público como consectário da função estatal. Na verdade, trata-se, de fato, no plano administrativo, de uma atividade fim, na medida em que configura a finalidade essencial da prestação ofertada pelo Estado aos seus consumidores. De sorte que, com a mesma, a ECT cumpre os desígnios constitucionais de monopolização do serviço postal como meta de sua publicização, visando à consecução de seus objetivos estatutários.

1.9.2 Atividade-meio: estruturação operacional

O serviço postal incorpora, no seu conceito jurídico, um conjunto de atividades, tais como: remessa de carta, telegrama, encomendas, mercadorias, Sedex, sendo indesejável o fracionamento de suas atividades, pois elas contribuem para a formação daquilo que compõe o obieto da prestação questionada. Assim, se a imunidade recíproca não comporta fragmentação de modo a contemplar alguns impostos e outros não, então não pode, para efeito fiscal, ficar à mercê da autoridade competente para cobrar o imposto, segundo sua ótica pessoal.

A parte relativa à operacionalização consiste em diversas etapas que objetivam a realização do serviço postal como um todo, constituindo, destarte, a chamada atividade-meio, sem a qual possivelmente a outra deixaria de existir por falta de suporte técnico necessário a sua concretização. Não caracteriza serviços distintos, mas tão somente os objetos postais diversificados, que compõem o serviço postal em sua inteireza.

Designadamente, os serviços públicos, prestados pela ECT, envolvem um complexo de operações

circunscritas ao âmbito das comunicações postais e telegráficas. Tudo isso converge para a formação do conjunto de atividades que se interagem para possibilitar a perfeita conectividade entre elas. Não comporta fragmentação, tendo em vista a vinculação deles com aquilo que constitui o objeto de sua prestação.

As modalidades de operações, capazes de gerar a incidência do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços, de competência estadual, são: ICMS-mercantis, ICMS-transporte e ICMS-comunicação. Todas elas têm de cumprir as regras jurídicas vinculadas e as etapas relacionadas com as operações de circulação de mercadorias. Sem isso não se perfaz a relação jurídicotributária, imprescindível à materialização da hipótese de incidência, o que torna ilegítima sua cobranca.

Em nenhum momento isso ocorre com as modalidades de operações do serviço postal, que se destinam à prestação exclusiva no regime público, regrado pelo direito administrativo. Afasta, assim, a ingerência das normas do direito comercial, em face da ausência de alienante e adquirente, próprios deste ramo do direito privado. Não há, em contrapartida, mudança na posição de titularidade sobre a coisa, pois o que se tributa é a operação e não a mercadoria que, igualmente, não se caracteriza como objeto do serviço postal.

Como se observa, a espécie não comporta interpretação integrativa no plano da analogia, o teor do art. 168, do CTN. Cuida desse modo, a espécie da tipicidade fechada que não acolhe a discricionariedade para seu desfecho (art. 142, parágrafo único do CTN). Patente é a inexistência de bens a ser mensurados para efeito de tributação. De fato, a ECT cobra o serviço público prestado, tendo como parâmetro os objetos a serem entregues aos destinatários.

Conforme Roque Antonio Carrazza, não há como confundir os serviços postais com aqueles indispensáveis,

CAPÍTULO I A imunidade recíproca do ICMS: o caso dos correios

à luz da Constituição Federal, a sua tipificação. Tal disfunção ocorre em razão do

> princípio da tipicidade fechada, que veda o emprego, na tributação, de analogia e da discricionariedade. [Acrescenta:] a resposta vale também para a prestação do servico de telegrama, típico servico postal, e não de comunicação⁴⁰.

1.9.2.1 Embalagens não são mercadorias

O ICMS exige, para sua configuração, a convergência de três elementos básicos indispensáveis à formação de sua hipótese e incidência: operação, circulação e mercadoria, visando ao aperfeiçoamento da relação jurídica onerosa. Neste caso, trata-se de operação de mercadorias pressupondo, assim, sua transferência por meio do referido instrumento jurídico, necessário à incidência do imposto.

Noutro giro, as embalagens utilizadas pela ECT para acondicionamento de papéis ou documentos, ou outros materiais, não se enquadram no conceito de mercadorias. Na verdade, elas fazem parte de suas atividades, que não se confundem, portanto, com a natureza mercantil do campo industrial, comercial ou da produção. A natureza mercantil é que é suscetível de operar a circulação de mercadorias, afetas à tributação.

Além disso, o consumidor não se presta a compra de embalagens, o que não constitui a atividade nuclear da ECT, pois servem apenas para facilitar a vida do consumidor. Desse modo, não se caracteriza como uma venda mercantil que implique em operação de circulação de mercadorias. A ECT presta serviço público típico

⁴⁰ CARRAZZA, op. cit., p. 190, 130-131.

e é regida por regras e princípios, cujos fundamentos encontram ressonância no direito público.

As embalagens, nestas circunstâncias, não guardam qualquer correlação com mercadorias, porque não se incluem nas suas atividades perfeitamente determinadas na legislação a elas aplicáveis. O simples fato de sua utilização não tem o condão de se ombrear com as atividades empresariais no que toca ao objeto de suas atribuições.

A venda de embalagens, como se sabe, destina-se ao acondicionamento dos produtos resultantes de sua atividade-meio, que constitui o servico postal e telegráfico. Desse modo, compreendem correspondência, catálogos com endereços postais, bem como outros papéis imprescindíveis à utilização dos servicos por ela prestados. no campo de sua atuação privativa. Nessa hipótese, regese pelo direito administrativo, afastada, pois, a incidência de regras privadas por não realizar negócios jurídicos.

1.9.2.2 Transporte de encomendas não constitui atividade isolada

O transporte efetuado pela ECT timbra pelo seu cunho de acessoriedade, visto se tratar de meio para a realização de sua tarefa de prestadora de serviço público. Nele não se percebe qualquer resquício negocial, ou seja, que tenha determinado valor econômico, e que o transporte possa sofrer alguma operação, em razão da transferência de titularidade de mercadorias.

O transporte de encomendas não se caracteriza como uma atividade isolada e, assim, deve seu conceito ser entendido no contexto de sua atuação. Não se pode dizer, desse modo, que ele constitui uma atividade independente, ao contrário, é parte integrante do serviço postal e, portanto, a ele vinculado visceralmente, dando-lhe a devida conformação.

CAPÍTULO I A imunidade recíproca do ICMS: o caso dos correios

O transporte efetivado pela ECT é o meio através do qual se torna exequível a realização de suas atividades no campo postal. Com efeito, não constitui uma linha de sua prestação de serviço, na medida em que representa apenas um complemento dela, sem o que ficaria impossibilitada de realizá-lo. Assim, se recorresse a terceiros, além da burocracia que envolve o procedimento licitatório, poderia onerar o preço tarifário cobrado de seu usuário, sabidamente subsidiado, por ser serviço público sem objetivo lucrativo.

É nítido, portanto, o caráter acessório de que se reveste tal iniciativa a cargo da Empresa de Correios, que busca apenas a consecução de seus objetivos institucionais, se assim não fosse, provavelmente, não teria condições de oferecer um serviço à altura da sua tradicão, como uma das mais eficientes empresas delegatórias de serviços públicos, na constelação da administração pública indireta.

1.9.2.3 Serviços de comunicação da ECT

Por conseguinte, em primeiro plano, a carta via Internet não representa o núcleo central da questão. O importante é que o telegrama e a carta consubstanciam a matéria-prima das atividades da ECT, erigida constitucionalmente. Tal não se confunde com servicos de comunicação propriamente ditos, na verdade, são apenas meios instrumentais de correspondência produzidos por terceiros, sem que ela tenha qualquer participação na construção textual.

No plano da correspondência comercial, atua com postagens de grandes volumes de cartas, carta comercial e telegramas, cartas - via internet - e troca de mensagens escritas entre empresas e sua respectiva clientela. Telegramas, veiculando mensagens de

caráter urgente, bem como postagens de grandes volumes e correspondências com serviço de mensagens destinado à pessoa jurídica.

Nesse aspecto particular, a participação da ECT cinge-se, exclusivamente, ao âmbito de intermediação, ao processar o encaminhamento do conteúdo ao destinatário, sem qualquer preocupação com a interação entre transmissores e receptores do texto via internet, o que caracteriza mera prestação de serviço ao público, diferentemente, do que fazem as empresas de comunicação ao exigir as respostas de suas mensagens encaminhadas a sua clientela.

As atividades, a cargo da ECT, não podem também ser consideradas como comunicação, tanto que a legislação deu-lhe tratamento diferenciado. Com efeito. essa matéria foi inserida nos servicos de telecomunicações que põem seus aparatos técnicos a serviço de seus usuários. A matéria no art. 60, § 1°, da Lei n. 9472/97, que regula, de modo geral, as telecomunicações em todo país, assim dispõe:

> Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação. § 1° telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

Nessa área, dois aspectos da comunicação merecem destaque, especialmente, o servico de coleta transporte e entrega de correspondência, realizado exclusivamente pelos Correios, nos termos do art. 14, da Lei n. 6.538, e também seus produtos personalizados: selos, carimbos comemorativos, aerogramas envelopes, cartões-postais, cartelas temáticas, coleções de selos etc.,

CAPÍTULO I A imunidade recíproca do ICMS: o caso dos correios

que podem ser personalizados com marcas ou mensagens institucionais.

Da mesma forma, estende seu raio de ação para atividades no âmbito de processamento de correspondências internacionais. Destacando-se a carta mundial via Internet, enviada pelo sistema de postagem eletrônica e Sedex Mundi, EMS Documento, que corresponde ao serviço de remessa internacional expressa.

O Sedex, de igual modo, não reveste a condição de serviço de comunicação e, portanto, afasta a incidência do ICMS. Trata-se apenas de servico prestado, que envolve a remessa expressa de documentos e mercadorias intributáveis, já que a ECT é alcançada pela imunidade tributária.

1.9.2.4 Logística integrada

A iniciativa da ECT, visando à implementação de logística integrada, avulta como da maior importância para a consolidação de suas atividades operacionais. Isto porque concorre, de forma direta, para o aperfeiçoamento da prestação do serviço postal, na medida em que as estruturas serão reforçadas com mais equipamentos, objetivando a triagem de encomendas e o espaço de armazenamento, em áreas estratégicas, que estão a exigir esse tipo de demanda.

A prestação de serviço postal de recolhimento, de processo e de distribuição de encomendas, tem por escopo tornar mais eficiente o segmento do comércio eletrônico. Em vez de aguardar em suas bases de armazenamento, as entregas de aparelhos eletrônicos ou de livrarias, para depois encaminhar aos clientes finais, a ECT passaria a fazer todo o caminho de uma ponta à outra, conforme afirmou Wagner Pinheiro, presidente dos Correios, em entrevista concedida ao jornal Valor Econômico, em 4 de dezembro de 2012.

Dando ênfase a esse tipo de serviço, os Correios pretendem realizar um conjunto de acordos e convênios com vistas à prestação de servicos dessa natureza. É provável que seja celebrado um termo de cooperação com a recém-criada Empresa de Planejamento e Logística -EPL, com o objetivo de desenvolver atuações conjuntas, nesse campo de atividade-meio. Tal parceria estaria voltada para a viabilização de pesquisas que propiciem uma visão mais clara sobre as demandas logísticas do país.

O que pretendem os Correios com isso é contribuir para a remoção dos gargalos que estão a emperrar a infraestrutura do país, em vários campos de atuação, colaborando, assim, para o bem-estar da população. De fato, a despesa logística, além de concorrer fortemente para o encarecimento do preço final do produto e consumo dele, também reduz a competitividade do país no exterior.

1.10 Conclusões

Do ponto de vista conceitual, o vocábulo imunidade, derivado do latim immunitas (isenção, dispensa), é juridicamente empregado para indicar o privilégio outorgado a pessoas ou a coisas no sentido de se desonerar determinadas imposições legais. Coloca, por sua relevância, os destinatários das imposições legais a salvo de tributação, por não permitir às pessoas políticas legislar nesse campo, como limite ao poder de imposição da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

A imunidade tributária recíproca visa, dessa forma, estabelecer uma relação de igualdade, no plano da juridicidade, entre as pessoas políticas dos três níveis de governo. O patrimônio da ECT da União funciona como longa manus desta, tendo presente a composição de seu capital social, correspondente a 100% das ações

CAPÍTULO I A imunidade recíproca do ICMS: o caso dos correios

constitutivas da referida empresa, submetendo-se a seu controle acionário em razão disso.

As empresas públicas prestadoras de servicos públicos, como é o caso da ECT, gozam, nos termos do art. 150, § 2°, da Constituição Federal, de imunidade tributária recíproca. Isto porque os serviços postais são de natureza pública e, como tal, não devem ser tributados sob pena de quebrar a harmonia do sistema constitucional imunitório entre as pessoas políticas e os órgãos por eles concebidos e indispensáveis para o equilíbrio federativo.

Do contrário, seria romper com os limites do poder de tributar em razão de tratamento diferenciado a ser dispensado a entes da administração pública, seja direta, seja indireta. Por conseguinte, compete, privativamente, à União legislar sobre serviço postal (art.22, X, da Constituição Federal), e assim o fez, mantendo-o de acordo com o art. 21, X, da Constituição Federal, ao estabelecer sua estrutura orgânica pela Lei n. 6.538, de 22 de junho de 1978, impossibilitando seu fatiamento, para efeitos fiscais, o que implicaria fatalmente em desqualificar o objeto de sua prestação.

Essa postura visa, sobretudo, propiciar a divisibilidade do trabalho estatal, em favor do primado da especialidade referido, a competência e a capacidade direcionadas para seus fins institucionais, como manifestação da vontade do Estado. Na empresa pública verifica-se, segundo Leopoldo Braga, citado por Franco Sobrinho, apenas "delegação de uma parcela da autoridade estatal para o exercício de determinada atividade constitutiva do servico público"41.

O estudo das empresas públicas enseja sempre uma compreensão maior do que aquela delimitada

⁴¹ FRANCO SOBRINHO, op. cit., p. 137

pelos conceitos formados pelo direito positivo que, nem sempre, retrata a dinâmica, a estrutura e a sua exata conformação, no plano operacional, com que se movem no coração do Estado. É matéria, portanto. que deve ser reservada à doutrina, em face da necessidade de sua adequação à atividade que desenvolve, posto que o Estado, conquanto seja, tipicamente, pessoa pública, goza, igualmente, de capacidade jurídica privada.

Tais nuances devem ser sopesadas, inclusive a caracterização das funções para as quais foram criadas essas empresas, a partir de atos veiculadores da vontade estatal. Nasceram com o objetivo de realizar serviços delegados pelos Estados e, nessa condição, exercendo uma competência deles emanada. O cotejo desse fundamental aspecto se afigura determinante para a perfeita delimitação das empresas ou sociedades de economia mista, criadas pelo Estado, nos termos da Constituição da República⁴².

Sendo improvável que figuras ou fórmulas jurídicas possam ter condão de alterar a essência das coisas, é forçoso reconhecer que as empresas estatais podem ser revestidas de roupagem de empresas privadas, destas recolhendo o mesmo tratamento jurídico, especialmente, aquelas que atuam na prestação de serviços públicos. Se assim é, não se pode descartar a possibilidade de evidenciar que, no fundo, elas não exercem atividades próprias, mas serviços públicos, cuja titularidade é do Estado a quem cabe instituí-las por lei específica.

Cumpre, ainda, enfatizar que a ECT em suas atividades operacionais não faz circular mercadorias como noção estatuída no CTN, até porque elas não podem ser

⁴² BRASIL. Constituição Federal, art. 37, XIX.

CAPÍTULO I A imunidade recíproca do ICMS: o caso dos correios

compreendidas no conceito fiscal, já que não resultam de relação negocial. Da mesma forma, os serviços prestados são de natureza distinta daqueles contemplados pela regra tributária, em termos da hipótese de incidência prescrita pelo legislador.

As operações, em face de sua prestação de servicos públicos, não implicam transmissão da titularidade de mercadorias, pois não se revestem de caráter mercantil, derivadas que são de prestação de serviços públicos, disciplinada no âmbito do direito administrativo. Por sua vez, no plano fiscal, tais operações não envolvem negócios jurídicos, praticados por produtores, industriais e comerciantes, ocorrendo, aí sim, a transferência de titularidade das mercadorias em razão deles, nos termos da legislação tributária aplicável à espécie.

Para Roque Carrazza, a ECT exerce atividade típica, já que "limita-se a entregar objetos postais" 43. O próprio valor dos mesmos

> passa ao largo da CT, pois ela cobra por seus serviços (públicos) tendo em vista simplesmente o peso, a distância, o formato, não o custo dos bens que, [...] faz chegar aos seus destinatários⁴⁴.

A inobservância do postulado da reciprocidade, em matéria de imunidade impositiva, quebra a razão objetiva, na medida em que cria um precedente perigoso. De fato, abre a possibilidade para que outros órgãos criados pelos Estados e Municípios sejam tributados pela União e vice-versa, ensejando, assim, a tributação

⁴³ CARRAZZA, Roque Antônio. **ICMS**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 261.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 261.

da prestação de serviços públicos, o que há de se convir, não tem o menor cabimento.

A Constituição Federal estende a imunidade às fundações criadas e mantidas pelo Poder Público, pouco importando que sejam de natureza pública ou privada. Desse modo, não há motivo para que idêntico tratamento não seja dispensado às empresas públicas, nessa mesma linha de atividade, como é o caso da ECT, detentora que é de monopólio estatal.

Como se denota, o procedimento imunitório vincula-se diretamente aos órgãos como consectário do objeto de sua atuação. Assim sendo, se os órgãos se voltam para o campo público, não comporta distinção alguma de suas linhas de ação, já que todos eles estão integrados nas atividades constitutivas do serviço postal do qual é indissociável, face ao que lhe dá conformação no sistema constitucional tributário.

Ademais, os atos praticados na seara da ECT nem de longe podem ser considerados como de natureza mercantil, já que agem em campos opostos. Na verdade, não há invasão do campo reservado às empresas comerciais. De maneira alguma, o regime de livre concorrência está ameaçado em decorrência da sua participação no plano da prestação do serviço postal. Esse quadro demonstra, de modo cabal, de um lado, o público; e, de outro, a exploração de atividades econômicas, que são coisas distintas.

Se não são atos ou negócios jurídicos instrumentalizadores de suas relações com os usuários, então por que motivo há de se supor que operam com transferência de mercadorias? A resposta é negativa, porque na espécie não se verifica, como já se disse, a mudança de titularidade de bens, indispensável à configuração da incidência, pois tudo se dilui nos serviços, objetos da prestação no campo postal, como, por exemplo, os

CAPÍTULO I A imunidade recíproca do ICMS: o caso dos correios

de Sedex, cartas pela Internet, de logística integrada e outros afins.

Inexiste, da mesma forma, regime de competição com as empresas privadas ou qualquer ameaça ao regime capitalista, como insinuam algumas vozes discordantes. Tanto mais porque, embora tal não fosse relevante, ao menos serve de reforco, a ECT executa atividade deferida com exclusividade à União, portanto, em regime de monopólio. Por esse ângulo, não há como adotar tal ponto de vista.

Por consequente, os bens constitutivos do patrimônio da ECT afetados à prestação, ora referida, fazem parte integrante do domínio público e são empregados na persecução do seu interesse. Nesse caso, são direcionados para uma finalidade comum de natureza prestacional sem sofrer solução de continuidade no tempo. Daí a importância de que se reveste na conformação de seu patrimônio.

Como se vê, a prestação de serviço público constitui, sem dúvida, o marco determinante da atividade realizada pelo ECT, no plano postal, sob o regime de exclusividade, tendo em vista a competência da União para sua manutenção, nos termos do art. 21, X, da Constituição Federal. Não bastasse isso, ainda é de sua competência privativa legislar sobre o serviço postal (art. 22, V. da Constituição Federal), providência essa já adotada com a edição de Lei n. 6.538, de 22 de junho de 1978, que disciplina a matéria.

Em decorrência disso, pouco importa a adoção da personalidade jurídica de direito privado se, em essência, ela atua na persecução do interesse da sociedade. A preferência privatística para sua constituição em nada altera a sua condição de ente público, submetida que é a esse regime jurídico, sendo rígido seu controle e fiscalização, por parte dos órgãos governamentais, e sua

sujeição a regras e a princípios legais e constitucionais, incorporados ao seu Estatuto de regência.

O regime escolhido deve-se à necessidade de dotá-la de uma gestão plena, dinâmica e eficiente, capaz de atender à demanda cada vez mais crescente dos servicos postais, desde particulares a grandes empresas. Levou-se, igualmente, em conta a magnitude e importância do seu raio de ação, nesse campo estratégico da atividade pública. Daí, a solução alvitrada foi adotar o modelo de descentralização administrativa, visando à consecução de seus fins institucionais.

Nem se diga que suas atividades típicas atropelam as regras consubstanciadas no art. 173, § 1°, da Constituição Federal, pois ali se fala na exploração de atividades econômicas, o que não é o caso da ECT e acordo com sua típica condição de prestadora de serviço público. Da mesma forma, destituída de fundamento é a ideia de que sua atuação compromete a livre concorrência, um dos pilares da atividade econômica, constante do art. 170, IV, da Constituição Federal, já que atua em regime de monopólio que executa em nome do Estado.

Não resta dúvida que as atividades típicas desenvolvidas pela ECT são imunes ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS). Tais atividades não se enquadram no contexto de operações mercantis, nem tampouco nas modalidades de comunicação e transporte devidamente caracterizadas, em lei, como fatos geradores da referida exação estadual. Afinal, a ECT exerce tais funções por delegação da União, daí sua condição de delegatória de serviços públicos.

CAPÍTULO II

PENHORA ON-LINE E CONFISCO DOS MEIOS DE SOBREVIVÊNCIA E DE PRODUÇÃO

Sumário

- 2.1 Preliminares
- 2.2 Enquadramento normativo da matéria na CF e na Lei
- 2.3 Inconsistências do sistema de bloqueio eletrônico
- 2.4 Caráter substantivo do princípio universal da dignidade da pessoa humana
- 2.5 A livre iniciativa como fundante da atividade privada

2.1 Preliminares

A penhora on-line, operada por via eletrônica, é fruto de um convênio celebrado, em março de 2002, entre o Tribunal Superior do Trabalho e o Banco Central do Brasil, sob a sigla Bacen/JUD, que vem sendo utilizada pela justiça trabalhista. O STJ e os tribunais federais e estaduais também resolveram acolher a referida sistemática para espicacar o hipossuficiente e as empresas privadas, em razão da falta de critério eficiente e da forma arbitrária como vem sendo operacionalizada.

Os créditos preferenciais, não obstante as garantias que lhes cercam, não podem ser liquidados em detrimento da dignidade da pessoa humana. Esta constitui um valor maior, impregnado de conteúdo fundamental e, portanto, de grande relevo no contexto cultural predestinado à realização do seu fim como ser pensante. Já o Estado, diferentemente, cumpre viabilizar essa vocação no plano existencial e as empresas buscam realizar sua função social.

Sem embargo, conquanto não se possa negar a primazia dos créditos trabalhistas e, secundariamente, dos tributários, estes não podem sobrepor em importância as verbas, objeto da prestação alimentícia. Daí a necessidade do magistrado, antes de determinar a penhora, ouvir a manifestação do executado sobre se o dinheiro depositado, em sua conta bancária, caracteriza ou não verba com a destinação aqui examinada.

Eis que a missão do jurista engajado é perseverar para o aperfeiçoamento da ordem jurídica, desnudando o discurso normativo em prol da justiça, sem apego desmedido à processualística e desprezo pelo direito material. É preciso, antes de tudo, estar atento ao drama humano por ele retratado para compreender o sentido da vida em toda a sua dimensão de grandeza, pois, como diz o poeta: é preciso saber viver!

A proteção constitucional da prestação alimentícia erige-se como um direito fundamental, porquanto ligada, visceralmente, aos meios de sobrevivência do homem que deve se constituir na preocupação do Estado, e não o contrário. Decorre disso a impossibilidade de ser desconsiderada pelos julgados, os quais têm decidido pela incidência sobre a mesma de percentual com vistas à satisfação de créditos diversos.

Por justo motivo, quaisquer verbas dessa natureza, ou mesmo proventos de sócios de empresa privada, são em consequência disso impenhoráveis, ainda que façam parte delas. Deveras, a dignidade humana configura um princípio fundamental, tanto que inscrita na Constituição Federal (art. 1°, III), e, como tal, não pode ser vulnerada, sob a pena de ruir o arcabouço que dá sustentação ao sistema legal.

Tem suscitado certa perplexidade a penhora on--line que recai sobre verbas de natureza alimentar, confiscadas das contas bancárias das pessoas privadas, alcancadas. Com esse procedimento são causados transtornos de duas ordens: não respeita a dignidade humana, nem das empresas que produzem riquezas, e são estratégicas para a economia do país.

O descontrole e o caráter arbitrário dessa prática é um fato, por obrigar muitas vezes as pessoas a constituir advogados para requerer em juízo o desbloqueio de suas contas-correntes bancárias. Além do constrangimento a que fica sujeito o executado, cria obstáculos ao livre exercício da atividade econômica. Tudo isso em nome de uma improvável eficiência do processo de execução que, ao contrário, onera desnecessariamente as partes nele envolvidas.

Nesse quadro, cabe ao jurista, comprometido com a práxis republicana, lutar contra o poder que sobre ele exerce a lei como objeto de seu estudo. O momento exige uma posição de vanguarda do doutrinador, no sentido de denunciar o arbítrio embutido na norma que autoriza esse procedimento, ofensiva aos direitos humanos. E, ainda, prejudica os empreendedores que, mesmo assumindo sozinhos os riscos dos negócios mercantis, criam riquezas, inclusive, para compulsoriamente financiar gastos públicos superfaturados.

Examina-se, também, se há ou não adequação do referido instrumento de convênio às normas infraconstitucionais. Pelos ângulos propostos: se atenta contra a dignidade humana, quanto ao contribuinte; e se prejudica aos que produzem riquezas em relação às empresas, com implicações no desenvolvimento econômico.

Propõe-se, ainda, verificar a natureza e origem dos recursos financeiros objeto de expropriação. Não somente as verbas de caráter alimentar, como as constitutivas de capital de giro e de faturamento da empresa. E se não se trata de exacerbação persecutória, suscetível, provavelmente, de ressarcimento por danos morais.

Importa salientar que a regra prescrita na codificação processual civil é regra no plano da facultatividade e, portanto, não obriga o titular dela a lançar mão imediatamente, visando à constrição do patrimônio privado, pois se trata de medida extraordinária, e não pode dela se utilizar a Fazenda Pública para privar as pessoas jurídicas dos recursos financeiros indispensáveis a sua sobrevivência.

Essa possibilidade instrumental de cunho especialíssimo colocada à disposição do processo executivo não pode ser transformada em um instrumento de opressão, de abuso de direito, de arbitrariedade. Cada caso deve ser examinado de forma a detectar a presença dos elementos, dos requisitos e das condições, antes de ser aplicada tal medida extrema, inclusive, com o indeferimento, se for o caso, de pedidos não fundamentados da Fazenda Pública.

O presente estudo tem por escopo questionar esse procedimento que desafia, por seu caráter unilateral e arbitrário, o devido processo legal. Essa constitui a razão primeira que motivou sua realização sob a ótica constitucional que tem, no homem, o eixo central de sua preocupação, sem olvidar as empresas, submetidas à ditadura de regras de um convênio destituído de qualquer tintura jurídica.

É também objeto de apreciação verificar, nesse plano, quais são as consequências do procedimento adotado pelos juízes e suas repercussões no patrimônio privado. Nessa perspectiva, a discussão passa pelo campo de abrangência do cidadão-contribuinte e as sociedades comerciais. Aspectos atinentes ao seu desfecho são sopesados, a fim de se verificar a sua exequibilidade ou não, no contexto da processualística contemporânea.

O juiz exorbita quando promove o bloqueio de valores constantes de contas-correntes bancárias, sem antes conceder oportunidade ao executado de dizer se tais valores fazem parte ou não da composição de verba alimentar. Com essa simples providência evitaria, por certo, criar um clima de inquietação no seio da família. Não é fácil para o executado enfrentar um bloqueio em tempo real e o desbloqueio em tempo medieval.

2.2 Enquadramento normativo da matéria na CF e na Lei

São os seguintes os dispositivos constitucionais que se vinculam à matéria:

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a

cidadania III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a seguranca, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 100. §1º Os débitos de natureza alimenticia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, beneficios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego.

Entretanto, a base legal da penhora on-line assenta no art. 185-A do CTN, introduzido pela LC n.º 118/2005, assim redigido:

> Art. 185-A. Na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis, o juiz determinará a indisponibilidade de seus bens e direitos, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial. §1º A indisponibilidade de que trata o caput deste artigo limitar-se-á ao valor total exigível, devendo o juiz

determinar o imediato levantamento da indisponibilidade dos bens ou valores que excederem esse limite. §2º Os órgãos e entidades aos quais se fizer a comunicação de que trata o caput deste artigo enviarão imediatamente ao juízo a relação discriminada dos bens e direitos cuja indisponibilidade houverem promovido.

Por sua vez, cumpre transcrever as regras processuais de regência do tema, a saber:

> CPC, Art. 649 São absolutamente impenhoráveis: I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução; II – os móveis, pertences e utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida; III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor; IV - os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no §3° deste artigo; obs.dji.grau. 2: Art. 655-A, §2°, Citação do Devedor e Indicação de Bens - CPC V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão; VI - o seguro de vida; VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas; VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família; IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social; X - até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos, a quantia depositada em caderneta de poupanca. XI – os recursos públicos do fundo partidário recebidos, nos termos da lei, por partido político.

> Art. 655. Incumbe ao devedor, ao fazer a nomeação de bens, observar a seguinte ordem: I – dinheiro; II – pedras

e metais preciosos; III - títulos da dívida pública da União ou dos Estados; IV - títulos de crédito, que tenham cotação em bolsa; V – móveis; VI – veículos; VII – semoventes; VIII - móveis; IX - navios e aeronaves; X - direitos e ações.

2.3 Inconsistências do sistema de bloqueio eletrônico

Criada a pretexto de aperfeiçoar os mecanismos de bloqueio eletrônico de conta-corrente bancária ou de aplicação financeira, a penhora on-line tem se constituído em um instrumento de opressão aos assalariados e às empresas, pela forma como vem sendo operacionalizada pelo Judiciário. Com efeito, os juízes vêm efetivando de oficio o referido bloqueio, sem antes determinar a citação do executado.

Esse mecanismo, que implica na constrição de contas bancárias das pessoas físicas e jurídicas, é destituído de qualquer controle de qualidade. Opera-se prontamente sem levar em consideração situações que merecem tratamento diferenciado, colocando-as em relação de igualdade, como se fossem de mesmo conteúdo e, portanto, uniforme no que toca à apropriação de seus bens e valores.

Por conseguinte, não respeita o princípio processual da impenhorabilidade dos bens, elencado no art. 649 do CPC, nem a sua condição de verba constitutiva da prestação alimentícia, vulnerando, assim, a regra constitucional que objetiva proteger o devedor da sanha incontrolável do Estado fiscalista.

Impõe advertir que o Banco Central do Brasil não promove a individualização das contas-correntes e os seus respectivos quantitativos, o que possibilita a penhora acima dos valores consignados no processo de execução. Isto porque o acesso ao CPF ou ao CGC da empresa abarca as contas em sua totalidade.

Na hipótese do devedor dispor apenas de verba de natureza alimentar, não há como se aplicar a regra de utilidade ao credor-empregado, dando-lhe preferência em detrimento da sobrevivência daquele, o que afasta a regra do art. 655, I, do CPC, que, nessa situação, pode ser mitigado a fim de se adequar ao caso concreto. A lei não tem o condão de engessamento para impor uma ordem de preferência sem cotejo com a realidade fática.

Da mesma forma, não se pode esquecer que a empresa, por gerar empregos e riquezas para o país, desempenha um papel importante no plano econômico. Assim, o comprometimento de sua folha de pagamento e seus encargos, e do seu faturamento, pode levá-la à insolvência. Desse modo, cabe ao juiz optar pela forma menos gravosa para a execução, aliás, como manda o CPC.

Sem embargo, o rol de bens suscetíveis de serem penhorados dentro da gradação prevista no art. 655, III, do CPC, e no art. 11, da LEF não é taxativo e sim exemplificativo e, como tal, relativo. Com efeito, na sua aplicação, o juiz poderá determinar a inversão da ordem neles previstas desde que, ao examinar a situação fático-jurídica, as razões circunstanciais indiquem a necessidade de sua alteração.

Daí porque a eminente Min. Eliana Calmon ter afirmado, em uma de suas decisões sobre a matéria, que "a medida não respeita os limites impostos ao credor, como pagamento prioritário aos empregados, pelo caráter alimentar dos salários, e os fornecedores"45. De igual sorte, essa postura atinge o cidadão sempre impelido a contribuir para alimentar uma máquina estatal ineficiente e corroída em suas bases pela corrupção.

⁴⁵ Jurisprudência do STJ.

Sobre os aspetos aventados, cumpre trazer ao debate as ressalvas, bem como os limites que devem ser impostos à sistemática em questão. Examina-se, nas seções a seguir, a problemática envolvendo o cidadão, enquanto pessoa física e sócio ou dirigente de empresas, e a sociedade empresarial propriamente dita. Desse modo, serão arroladas questões relacionadas à sobrevivência das pessoas referidas.

2.4 Caráter substantivo do princípio universal da dignidade da pessoa humana

No epicentro dos direitos fundamentais, fincamse os valores cimentados por elementos essenciais que pautam o ordenamento superior do sistema legal. Daí sobressair-se, nesse plano, como um mandamento de ordem axiológica que plasma sua aplicabilidade. Deles, portanto, podem ser extraídos os substratos conformadores da dignidade humana, mesmo que inexistisse sua positivação constitucional.

Inegável, por todos os títulos, a substancialidade da vida aberta sempre à incorporação daquilo que valoriza o homem em toda a sua plenitude, como centro de atenção a ser dispensada pelo direito. Como diretriz maior, que baliza o texto constitucional, cumpre ao Estado emprestar-lhe proteção efetiva.

Nessa perspectiva, a prestação alimentícia caracteriza, de forma substantiva, a seiva que nutre a sobrevivência do homem na sua luta existencial. Os créditos trabalhistas, por seu turno, embora tenham primazia sobre os demais, não podem comprometer o mínimo existencial do hipossuficiente. Prevalece, nessa hipótese, o princípio maior em face de sua condição de estruturante dos direitos fundamentais.

Disso resulta que tanto a ordenação social quanto a econômica tem o mesmo peso, já que são institucionalizadas em função das necessidades humanas. Isto porque, para a epistemologia jurídica, o homem se afigura a razão de toda a normatividade, pois, sem ele, seria desnecessária e, portanto, desprovida de qualquer sentido. Assim, a dignidade da pessoa humana configura aquilo que "confere unidade de sentido e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais"46.

Ninguém pode negar o caráter de universalidade que permeia o sentido da expressão dignidade da pessoa humana, no contexto da nova hermenêutica. Decerto, segundo Fábio Konder Comparato, ela constitui a própria razão de ser do Estado, na medida em que a erige como seu fundamento, em face da importância de que se reveste dentro do contexto social, econômico e político, como em suas palavras:

> A nossa Constituição de 1988, [...], põe como um dos fundamentos da República 'a dignidade da pessoa humana' (art. 1°, inciso III). Na verdade, este deveria ser apresentado como o fundamento do Estado brasileiro e não apenas como um dos seus fundamentos.

> [...] se o direito é uma criação humana, o seu valor deriva, justamente, daquele que o criou. O que significa que esse fundamento não é outro, senão o próprio homem, considerando em sua dignidade substância da pessoa, cujas especificações individuais e grupais são sempre secundárias (grifo do autor)⁴⁷.

⁴⁶ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed. 1993. t. 4. p. 166.

⁴⁷ COMPARATO, Fábio Konder. Fundamentos dos direitos humanos. In: BEZERRA, José Janguiê Diniz (coord.). Direito Constitucional. Brasília, DF: Consulex, 1998. p. 176.

Dentro dessa perspectiva, tem-se que a vida é imanente à própria natureza ao revelar uma faceta do seu passo qualitativo. Assim, encarna "un salto axiológico en la natureza"⁴⁸, daí o seu caráter antropológico que plasma o direito que se constrói no interior do fenômeno jurídico. Configura, portanto, um

> predicado substancial no accidental, que señala una categoria de entes, cuyo principio de ser y de vida es una forma substancial animada, el alma⁴⁹.

Todavia, há certa corrente do pensamento que pugna pelo endeusamento do Estado como se fosse este um fim em si mesmo. Nessa linha, toma-o como o centro neurálgico de todo o interesse público, relegando a pessoa moral a um segundo plano, ao proclamar a supremacia daquele sobre esta, em face da negação peremptória de sua própria identidade.

Como resposta a esse absurdo, Kant argumenta que a pessoa, como realidade pensante, não se dilui entre valores que podem ser sopesados, confrontados ou mesmo ponderados, tomando-se como parâmetro uma escala valorativa. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, celebrada em 1948, na capital francesa, reconhece a pessoa como valor supremo e como símbolo da dignidade intrínseca à espécie humana. Assim, "como ser livre e racional, o homem existe de forma absoluta como uma meta"50.

José Afonso da Silva não discrepa desse entendimento:

⁴⁸ MAGGI DE GANDOLFI, Maria Celestina Donadio. **Biodiversidade** y biotecnologia: reflexões em biotécnica. Buenos Aires: Educa, 2004. p. 95.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 95.

⁵⁰MIRANDA, 1993, p. 166.

Poderíamos até dizer que a eminência da dignidade da pessoa humana é tal que é dotada ao mesmo tempo da natureza de valor supremo, princípio constitucional fundamental e geral que inspira a ordem jurídica. Mas a verdade é que a Constituição lhe dá mais do que isso, quando a põe como fundamento da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito. Se é fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do país, da democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional⁵¹.

Infere-se do sistema jurídico positivo, sem dúvida, que a prestação de natureza alimentícia não comporta nenhuma constrição, seja no todo, seja em parte. Então, a ideia de alguns juízes de comprometer determinado percentual da referida verba não faz o menor sentido, tendo em vista que já se acha comprometida, uma vez que visa a atender um objetivo nobre em razão da finalidade a que se destina.

Noutro giro, os arautos da reserva do possível são meros teóricos de uma regra abstrata descomprometida com os direitos fundamentais, que apenas realça um interesse secundário do Estado. Ignoram, por conveniência, ou mesmo por desconhecimento de uma exegese de um direito emancipatório, que a alimentação constitui um direito social fundamental pelo seu caráter de essencialidade.

Partindo dessa premissa básica, pouco importa sua inserção na Constituição Federal, pois mais transparece que tenha sido escrita com o propósito de simular uma

⁵¹SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**: estudos sobre a Constituição. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 147.

concessão do legislador como obra de sua benevolência. O direito à sobrevivência se afigura, antes de tudo, um bem supremo para além de qualquer normatividade. De qualquer sorte, há de se convir que a Constituição instituiu um dever de proteção que não pode ser negligenciado.

Incumbe ao Estado oferecer garantia aos que dependem da prestação alimentar para prover sua sobrevivência contra agressões de qualquer ordem. Ao contrário de como vem se comportando a Fazenda Pública, cabe ao Poder Judiciário impedir que seus prepostos criem obstáculos ao acesso do executado a sua contasalário, impedindo a fruição dos recursos nela depositados e destinados ao provimento de suas necessidades básicas e dos componentes da entidade familiar.

Essa sistemática de chancelar a miserabilidade, pela supressão forçada do patrimônio familiar, compromete parte significativa dos salários ou proventos com a penhora realizada nesse sentido, pondo em risco, ainda, a dignidade humana. Isso se dá com a quebra da impenhorabilidade de bens constitutivos da prestação alimentícia. Da mesma forma, afasta a proteção dos salários e outros ganhos sociais da mesma natureza.

A visão reducionista, que se tenta atribuir aos direitos humanos, não encontra a mínima ressonância no texto constitucional. Ao revés, este oferece um grau de proteção à dignidade humana que não pode ser apequenada por teorias fiscalistas que admitem, em favor da Fazenda Pública, a expropriação de bens da pessoa física, até com requintes de perversidade.

Pouco importa aos defensores dessa tese infundada que a medida implique em infortúnio para a família, com a privação de recursos por parte do seu provedor. Não estão preocupados com as leis iníquas, porque os ditos representantes do povo estão acima delas, ora

usando-as para fins ilícitos, ora para acobertar as falcatruas perpetradas com o dinheiro do contribuinte, sob o manto solene da impunidade.

É inquestionável que essa prática não se coaduna absolutamente com uma tributação justa. Trata-se de convênio que, uma vez desfalcando a base de recursos financeiros, põe em risco o direito de sobrevivência. Além de desafiar sua capacidade econômica, traduz-se numa medida estritamente de cunho confiscatório, vulnerando, assim, princípios constitucionais da mais alta relevância social.

Não se pode negar o postulado de proteção ao mínimo existencial, de cuja doutrina tem se empenhado o ilustre jurista Ricardo Lobo Torres, que delineia seus contornos:

> O mínimo existencial, como condição de liberdade, postula as prestações positivas estatais de natureza assistencial e ainda exibe o status negativo das imunidades fiscais: o poder de imposição do Estado não pode invalidar a esfera da liberdade mínima do cidadão representada pelo direito de subsistência⁵².

Ora, quando a penhora não respeita esse mínimo existencial, compromete de modo crucial o direito à subsistência, e tem sido uma constante o bloqueio inconsequente dessas verbas para satisfazer pretensos créditos fiscais. Há exemplos de contas-correntes zeradas em decorrência dessa prática que conspurca, sob todos os aspectos, a dignidade da pessoa humana pela privação de seus bens, sem a observância do devido processo legal.

O próprio texto constitucional estabelece o conceito, fixando os contornos da impenhorabilidade dos bens indispensáveis à sobrevivência da pessoa física

⁵² TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 70.

e de sua família. Assim, tal sistemática configura menoscabo àqueles que têm nos salários sua principal fonte de renda para os fins preconizados na legislação, mas, indiferente a isso, o Judiciário teima em não reconhecer o drama vivenciado pelo executado, inclusive no bojo do processo.

Imagine o impacto psicológico a que fica sujeito o pretenso devedor ao tomar conhecimento do bloqueio efetivado em sua conta-corrente bancária, sem que, antes, tenha a oportunidade de demonstrar que se trata de verba impenhorável, pois destinada ao seu sustento e de sua família. Despiciendo enfatizar o constrangimento ilegal que tal situação acarreta, principalmente quando a ação é destituída de qualquer fundamento ético-jurídico, como tem acontecido com aquelas - objeto de redirecionamento da execução fiscal. Neste aspecto é lapidar a advertência de Francisco Wildo Lacerda Dantas, como testemunho do seu magistério e de sua judicatura:

> [...] execução não deve levar o executado a uma situação incompatível com a dignidade humana, não se admitindo que a execução possa ser utilizada como instrumento para causar a ruína, a fome e o desabrigo do devedor e de sua família, gerando situação incompatível com a dignidade da pessoa humana⁵³.

Assim, para Luiz Fernando Cabeda⁵⁴, juiz aposentado do Tribunal Regional do Trabalho,

⁵³ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Execuções contra a Fazenda Pública: regime do precatório. Brasília, DF: Brasília Jurídica,

⁵⁴ A penhora sobre bens ressalvados representa abuso, artigo publicado em Consultor Jurídico, de 1º de maio de 2009.

[...] independente do seu valor, o salário - assim como os títulos remuneratórios que lhe são equiparados na Constituição - por terem declarada natureza jurídica alimentar - têm a proteção necessária da lei - reserva legal remissiva –, e esta nunca prescinde da interpretação sistemática. É o que exclui a possibilidade de que a legislação possa ser entendida como restritiva da garantia constitucional, criando exceções.

2.5 A livre iniciativa como fundante da atividade privada

Os elementos constitutivos da ordem econômica, a qual está vinculada à ideia de organização, de estrutura, possibilitam a jurisdicização da economia. O legislador optou pelo princípio da livre iniciativa e, a partir dele, estabeleceu parâmetros para orientar a atividade privada, sinalizando com isso que os empreendimentos devam se pautar dentro do regime de liberdade, admitido pela Constituição Federal. Agindo assim, o erigiu como postulado que se impõe ao legislador e ao modo de atuar dos agentes econômicos.

A Constituição Federal, mantendo a configuração entre o trabalho e a livre iniciativa, elencou outros princípios fundamentais, capazes de viabilizar a ordem econômica por ela concebida. Em um parágrafo, assegurou o livre exercício da atividade empresarial, como uma maneira de permitir a efetivação empreendedora dos agentes econômicos sem a peia dos órgãos públicos.

Impõe salientar como de singular importância, na decomposição do princípio da livre iniciativa, como pedra angular do Estado Democrático de Direito, a garantia do direito de propriedade, o que implica em liberdade patrimonial, atendido o requisito referente à função social determinado pela Constituição.

Como se vê, a livre iniciativa se configura como um princípio fundamental da República, que demanda a ação política impositiva, devendo ser aplicado em toda a sua plenitude⁵⁵. Liberdade de iniciativa pressupõe o empresário como agente da atividade produtiva, sinalizando que o Estado deve atuar como estimulador e fiscal desse princípio, sem prejuízo do empreendimento produtivo, que tem como meta primordial a efetiva valorização do trabalho perseguida pelas instituições mercantis.

Também a formulação conceitual não discrepa dessa linha de entendimento, posto que tenha seu fulcro na liberdade individual, na orientação da ação econômica a ser implementada pela iniciativa privada, como se vê:

> A liberdade para as iniciativas econômicas, nesse sentido, implica a total garantia da propriedade privada, o direito de o empresário investir seu capital no ramo que considerar mais favorável e fabricar e distribuir os bens produzidos em sua empresa da forma que achar mais conveniente à realização dos lucros⁵⁶.

A liberdade de iniciativa empresarial, porque inserida no contexto constitucional, não se orienta somente com vistas ao lucro, mas também como instrumento de realização da justiça social - da melhor distribuição de renda com a devida valorização do trabalho humano, como forma de assegurar a todos uma existência digna. Assim, o lucro não se legitima por ser mera decorrência da propriedade dos meios de produção, mas como prêmio ou incentivo ao regular o desenvolvimento das atividades mercantis.

⁵⁵ VAZ, Isabel. **Direito Econômico da Concorrência**: a sua plenitude. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

⁵⁶ SANDRONI, Paulo. **Novo Dicionário de Economia**. São Paulo: Best Seller, 1993. p. 194.

Tomado numa acepção latina, de onde promana sob a denominação de confiscatio, de confiscare, o vocábulo confisco significa, segundo Plácido e Silva,

> ato pelo qual se apreendem e se adjudicam no fisco bens pertencentes a outrem, por ato administrativo ou por sentença judiciária, fundados em lei⁵⁷.

Para evitar a consumação de atos atentatórios à iniciativa privada, o legislador constituinte entendeu, sob pena de comprometer o desenvolvimento regular da atividade empresarial, calcada no histórico direito de propriedade, coibir a utilização do tributo com efeito de confisco.

Registre-se que, não obstante, a Constituição preconizar a necessidade de a propriedade atender a sua função social, também garante o direito de propriedade. De igual sorte, a ordem econômica concebida, além de fundada na livre iniciativa, manda que seja observado o princípio da propriedade privada, impedindo a confiscação.

A regra estatuída no art. 185-A, do CTN, tenta edificar um Estado tributário e autoritário, sem precedentes na história do Direito Tributário, como bem lembrado por André Portella:

> Configura-se medida de natureza confiscatória, sobretudo por não considerar as circunstâncias que levaram ao não-pagamento da dívida tributária, ou não-apresentação de bens à Penhora. Desnecessária a indicação dos efeitos nocivos que tal medida pode provocar sobre a economia de uma forma geral, sobre as empresas de forma específica, e, por via oblígua, sobre a própria possibilidade de satisfação do crédito tributário⁵⁸.

⁵⁷ SILVA, op.cit., p. 199.

⁵⁸ NASCIMENTO, Carlos Valder do; PORTELLA André (coord.). Comentários ao Código Tributário Nacional. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 477.

Bem diz sobre isso Francisco Wildo Lacerda Dantas quando fala de forma peremptória sobre a necessidade de se resguardar, no processo de execução, o respeito à dignidade humana, como se vê:

> Por esse princípio, segundo aceito pela doutrina e pela jurisprudência dominante, 'A execução não deve levar o executado a uma situação incompatível com a dignidade humana', não se admitindo que a execução possa ser utilizada como instrumento para causar a ruína, a fome e o desabrigo do devedor e de sua família, gerando situação incompatível com a dignidade da pessoa humana (grifo do autor)⁵⁹.

A utilização do tributo, com efeito de confisco, constitui manifestação abusiva do poder fiscal, portanto lesiva aos interesses do cidadão-contribuinte. Configura atividade de risco para a renda, salários e proventos, além de atentar contra a garantia do patrimônio privado. Deve ser examinada em contraposição com o direito de propriedade expresso na lei, que assegura como garantia constitucional, erigida como princípio concebido pelo capítulo estruturador da ordem econômica.

A Constituição Federal oferece garantia ao direito de propriedade, ressalvando, entretanto, que ele deva cumprir sua função social, como se pode notar nos dispositivos antes transcritos, que não podem ser ameaçados de tal sorte a ponto de implicar extinção da propriedade privada, sob pena de ruir o sistema capitalista assentado na economia de mercado.

Deve-se ressaltar o tratamento displicente que a Fazenda Pública vem dispensando ao devedor, a quem

⁵⁹ DANTAS, op. cit., p. 30-31.

não é assegurada ampla defesa no processo administrativo fiscal. Daí não haver dúvida de que a penhora on-line somente se justifica após ter sido o contribuinte intimado para garantir o juízo, em consonância com o que a respeito dispõem o art. 5°, LIV e LV, da CF.

Veja-se nesse sentido o entendimento do STJ, nas palavras do Min. Humberto Martins:

> Nos termos do art. 10 da Lei nº 6.830/80, do art. 600, IV, do CPC e do art. 185-A, do CTN, não é válida a penhora on-line efetuada antes da intimação do contribuinte para promover a garantia do juízo¹⁴.

Dentre as cinco perguntas formuladas, por ocasião do XXXIII Simpósio Nacional de Direito Tributário, sob a coordenação de Ives Gandra da Silva Martins, uma delas indagava: "É válido proceder a Penhora on-line antes de intimado o contribuinte para promover a garantia do juízo"? Os juristas⁶⁰, que dele participaram, responderam

⁶⁰ Agostinho Toffoli Tavolaro/André Portella/Andrei Pitten Velloso/ Ângela Maria da Motta Pacheco/Carine Cristina Funked/Carlos Henrique Abrão/Carlos Valder do Nascimento/Cláudia Vit/Cleide Previtalli Cais/Dirceu Antônio Pastorello/Douglas Yamashita/ Eduardo Junqueira Coelho/Fátima Fernandes Rodrigues de Souza/Fernanda Guimarães Hernandez/Fernando Facury Scaff/ Fernando L. Lobo D'eca/Flávio Couto Bernardes /Francisco de Assis Alves/Francisco Gioamino/Rodrigues/Frederico Menezes Brevner/Heleno Taveira Torresd/dHugo de Brito Machado/Hugo de Brito Machado Segundo/Humberto Martins/Ives Gandra da Silva Martins/Jorge de Oliveira Vargas/José Eduardo Soares de Melo/Kiyoshi Harada/Leon Frejda Szklarowsky / Maria Helena Tavares de Pinho Tinoco Soares/Marilene Talarico Martins Rodrigues /Mário Luiz Oliveira da Costa / Moisés Alselrad/Octavio Campos Fischer/Roberto Luiz Ribeiro Haddad/Sacha Calmon Navarro Coelho/Schubert de Farias Machado/Vinicius T. Campanile/Vittorio Cassone/Wagner Balera/Yoshiaki Ichihara/Zelmo Denari.

negativamente, assim tendo, igualmente, se posicionado o autor⁶¹ deste estudo.

61 Procedimento dessa natureza exige, antes de sua consumação, seja o devedor citado para oferecer garantia ao juízo. Do contrário seria mais um instrumento de opressão do contribuinte, diante da esmagadora máquina estatal nem sempre contida pelo Judiciário. Tanto que o cidadão se vê acuado pela maior carga tributária de todos os tempos sem a mínima chance de, pelo menos, arguir sobre a legitimidade de alguns impostos, de maneira especial os que incidem sobre o patrimônio doméstico.

Na hipótese de impossibilidade de garantia de juízo, é permitido ao executado valer-se da ação de pré-executividade para, depois de citado, desconstituir o título executivo extrajudicial. Nesse caso do contribuinte, seja em sede de embargos ou de pré-executividade, o que importa é que não tenha seu direito constitucional de defesa cerceado pelas autoridades fiscais, tão mais compenetradas com o procedimento arrecadatório do que com os direitos do contribuinte.

É preciso dizer que a Constituição assegura ao cidadão ampla acessibilidade ao Poder Judiciário, ao qual poderá sempre recorrer para que aprecie a lesão aos seus pleitos reivindicatórios. De modo que a inafastabilidade da função jurisdicional e o direito de petição, prerrogativas constitucionais, não podem ser afastados, sob pena de tornar inócuas as garantias asseguradas pela Constituição da República.

Eis como pensa Athos Gusmão Carneiro:

Outra hipótese, em que creio não ser caso de se exigir segurança do Juízo, é aquele caso em que o executado, pobre, não dispõe de bens para oferecer à penhora. Não é possível, dentro do sistema jurídico constitucional brasileiro, em que se assegura o pleno contraditório, limitá-lo, desta maneira, contra pessoas economicamente carentes.

Conquanto os embargos possam ser colocados fora do alcance do executado, e este não dispõe de bens penhoráveis, nada impede que lance mão do seu direito de petição, que não pode ser negado a quem quer que seja. Deveras. O Judiciário, se assim proceder, põe obstáculo indevido ao legítimo exercício do direito constitucional de defesa por negativa do devido processo legal. Cabe ao juiz, inclusive, com relação à Fazenda Pública, adequar à regra

do art. 16 da Lei de Execução Fiscal ao caso concreto, se ao executado não for possível propiciar a segurança do juízo, agindo em sintonia com a realidade fática.

A exceção de pré-executividade que se presta a essa finalidade tem natureza suspensiva, visto se tratar de matéria que afeta o processo de execução contra o qual busca ser excepcionada. Deve ser sempre apreciada, sob pena de invalidar qualquer esforço no sentido de demonstrar a improcedência de título agitado em seu desfavor, o que confirmaria de forma cabal a fragilidade de sua posição na relação obrigacional.

Como bem lembrado por T. Miguel Pressburge, nisso, já se vislumbra o alinhamento do jurista com o aparelho ideológico de dominação, encantada pelo discurso estatal, massificado e massacrante, que levou a ritualística ao patamar de direito. E, assim, reproduzido pelo direito processual, "que consegue o estranho poder de elidir direitos materiais, objetivos ou positivos (como se queira denominar) pela simples ausência de determinado rito ou defeituosos usos de algum cerimonial burocrático".

Nesse caso, especialmente, quando há impossibilidade de assegurar o juízo, tanto que, como já se disse, desembocaria para o campo da obstaculização da plena realização do direito justo.

Veja-se, nesse sentido, a posição de Fernando Facury Scaff e Daniel Coutinho da Silveira:

Somem-se, a este aspecto, outras novidades que se apresentam na relação fisco-contribuintes, tal como a penhora on-line, e teremos uma situação extremamente perversa, onde o fisco poderá retirar o dinheiro do contribuinte diretamente de sua conta-corrente, sem que ele tenha direito à efetiva defesa. É a implantação do odioso solve et repete que já havia sido expurgado de nosso sistema jurídico há várias décadas, mas que retorna sob outras vestes. E tudo à margem da Constituição que, em seu nascimento, foi batizada de cidadã. O Judiciário, por certo, não chancelará a interpretação fiscalista que vem sendo divulgada.

Em conclusão, vale aduzir que a penhora on-line, por tentar reproduzir o solve et repete de triste memória, não merece prosperar nem antes nem depois da intimação do contribuinte. O que se precisa restabelecer com urgência é a relação de confiança entre a Administração Fiscal e o contribuinte. Verdade é que o crédito

CAPÍTULO II

Penhora on-line e confisco dos meios de sobrevivência e de produção

tributário não pode continuar inflado com acréscimos insuportáveis criados por deveres instrumentais a custa de infrações formais sob a nomenclatura equivocada de obrigações acessórias. A obrigação não comporta decomposição e o texto constitucional, ao estabelecer sua unicidade, traduz a ideia de que ela emana unicamente do tributo (NASCIMENTO, Carlos Valder do. Execução fiscal. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). Cadernos de Pesquisas n. 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.166,167.



IMPRENSA UNIVERSITÁRIA

IMPRESSO NA GRÁFICA DA **Universidade Estadual de Santa Cruz -** Ilhéus-BA

série Estudos de Direito Público

ومومووا

05

O presente volume veicula estudo através do qual sustenta a imunidade da ECT com relação ao ICMS, por se tratar de uma empresa detentora do monopólio postal e telegrá\(\mathbb{Z}\)co na prestação desses serviços considerados públicos. O juiz exorbita quando promove o bloqueio de valores depositados em contas-correntes bancárias sem antes ouvir o executado para dizer se eles constituem apenas verbas alimentares. Também em alguns casos conclui que tal comportamento atenta contra a sobrevivência das empresas.



5

