



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

RAONI MARQUES OLIVEIRA 199218

IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA PARA EMPRESAS
PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

336.2
x Imunidade tributária
x Sociedades de econo-
mia mista
x Direito tributário

Ac. 114670
336.2
0481
R 14012133

FORTALEZA
2010

RAONI MARQUES OLIVEIRA

IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA PARA EMPRESAS PÚBLICAS E
SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

Monografia submetida à apreciação da Banca Examinadora do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel.

Orientador: Prof. Francisco de Araújo Macedo Filho

FORTALEZA
2010

RAONI MARQUES OLIVEIRA

IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA PARA EMPRESAS PÚBLICAS E
SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

Monografia submetida à apreciação, como parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Bacharel em Direito, concedido pela Universidade Federal do Ceará (UFC).

Data da aprovação 23 de junho de 2010.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Francisco de Araújo Macedo Filho

Prof. José Adriano Pinto

Prof. Francisco Régis Frota Araújo

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, a Jesus Cristo, Senhor e Salvador da minha vida, pois sem Ele nada do que faço teria sentido.

Ao meu pai, por tantos anos de investimento na minha educação, e à minha mãe, que desde a minha mais tenra infância até hoje tem bravamente seguido a rotina de acordar cedo e me levar para a aula, tudo isso pelo bem da minha educação. Espero um dia poder retribuir vocês à altura.

A meus irmãos, pela convivência amigável e divertida que me proporcionam, ajudando a aliviar as tensões do estudo.

A Nayane, pelo amor e carinho constantes e pela compreensão em relação às minhas eventuais ausências para cuidar desta monografia.

Ao fiel amigo Mauro, que muito me ajudou com o resumo em língua estrangeira.

Ao grande amigo Mário, que me presenteou com muitos dos livros utilizados nesta monografia.

Aos amigos do Banco do Nordeste, lugar onde estagiei e que me proporcionou a ideia deste tema: Dr. Henrique Silveira Araújo, que compreendeu a minha necessidade de tirar férias para cuidar da monografia; Drs. Cláudio e Germando, meus tutores de estágio, que muito me ajudaram a entender e desenvolver este tema; Rossana, pela grande ajuda com a formatação; colegas estagiários, pela ótima convivência e por mostrarem interesse na minha pesquisa.

Ao professor Macedo, um orientador compreensivo, acessível e que realmente ajuda. Simplesmente fantástico.

RESUMO

Propõe-se a defender a possibilidade de as empresas públicas e as sociedades de economia mista serem beneficiadas pela imunidade tributária recíproca. Para tanto, analisa referida imunidade, dando destaque aos fins que este instituto almeja. Discorre sobre a atuação do Estado na economia, focando nas finalidades do art. 173 da Constituição Federal, que trata da atuação estatal na exploração de atividade econômica em sentido estrito por meio de suas empresas. Trata ainda das peculiaridades das empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público por delegação do Estado, explorando o seu papel dentro da organização da Administração Pública. Conclui que as empresas estatais prestadoras de serviço público que tenham recebido essa delegação do ente político que as criou e atuem em regime de monopólio fazem jus à imunidade tributária recíproca e examina a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca do assunto, demonstrando tanto precedentes que confirmam o posicionamento defendido como que dele discordam.

Palavras-chaves: Imunidade tributária recíproca. Empresas públicas e sociedades de economia mista. Delegação de serviço público.

ABSTRACT

This monograph proposes to defend the possibility that state-owned enterprises and mixed economy companies be benefited by the reciprocal tax immunity. It analyzes that immunity, focusing on the purposes that this principle aims. Discusses the role of the State in the economy, focusing on the purposes of art. 173 of the Constitution, which deals with state action in the exploitation of economic activity *stricto sensu* by its companies. Discusses the peculiarities of state-owned enterprises and mixed economy companies providing public services as delegated by the State, exploring their role within the organization of Public Administration. Concludes that state enterprises providing public services, which have received this delegation from the political entity that has created them and which act as a monopoly, are entitled to reciprocal tax immunity and examines the jurisprudence of the Supreme Federal Court on the subject, demonstrating both the precedents that confirm the position advocated as those who disagree with it.

Keywords: Reciprocal tax immunity. State-owned enterprises and mixed economy companies. Public service delegation.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	07
2 A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA	08
2.1 As limitações constitucionais ao poder de tributar.....	08
2.2 As imunidades tributárias.....	11
2.3 A imunidade tributária recíproca.....	13
3 A ATUAÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA	18
3.1 Atividade econômica e serviço público	25
3.2 Considerações sobre a interpretação do art. 173 do texto constitucional.....	31
4 AS EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO	35
4.1 As empresas públicas e sociedades de economia mista dentro da organização da administração pública.....	35
4.2 As peculiaridades das empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público	42
5 A EXTENSÃO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA ÀS EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA	49
5.1 Precedentes favoráveis	53
5.2 Precedentes desfavoráveis.....	57
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	59
REFERÊNCIAS	61

1 INTRODUÇÃO

O Direito Administrativo clássico fazia uma separação radical entre o que, dentro da Administração Pública, era pessoa jurídica de direito privado e o que era pessoa jurídica de direito público.

Graças a esse pensamento, as empresas públicas e sociedades de economia mista historicamente têm sido deixadas de lado das demais entidades do aparelho estatal, por serem estranhas pessoas jurídicas de direito privado em um ambiente em que o normal é ser de direito público.

Melhor sorte não acode tais entidades quando no meio privado, por se submeterem a uma série de normas tipicamente de direito público.

Assim, essas empresas têm sofrido com o estigma de se submeterem a um regime híbrido, nem totalmente de direito privado, nem totalmente de direito público.

Acontece que a doutrina e a jurisprudência evoluíram e passaram a considerar mais a natureza da atividade exercida pelos entes que compõem a Administração do que simplesmente o lado formal – sua personalidade jurídica.

Uma das mais relevantes consequências dessa evolução na interpretação do papel dessas empresas dentro da Administração é o reconhecimento de que, em determinadas situações, equiparam-se elas aos entes de direito público, fazendo jus a algumas prerrogativas deste, entre elas a imunidade tributária recíproca.

É justamente sobre a aplicação dessa imunidade às empresas governamentais que o presente trabalho tratará.

Para tanto, em um primeiro momento analisará a imunidade recíproca. Depois fará algumas considerações sobre a atuação do Estado na economia. A seguir, tecerá comentários acerca do papel das empresas públicas e sociedades de economia mista dentro da Administração Pública. Por fim, partirá dos argumentos desenvolvidos para resolver a questão que se apresenta: em quais situações as empresas do Estado fazem jus à imunidade tributária recíproca?

2 A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA

2.1 As limitações constitucionais ao poder de tributar

A figura do Estado surgiu devido à necessidade de organizar a sociedade, pois apenas uma entidade superior poderia submeter à sua autoridade todos os homens, de modo que os seus desígnios subjugassem qualquer desígnio individual que se quisesse impor à sociedade. Assim, foi o Estado criado como ser superior que tem a última palavra nos rumos da vida social e existe para promover o interesse público, ou seja, da coletividade de pessoas, e não apenas de algumas.

Pelo que foi exposto, percebe-se que o Estado reveste-se da importante característica da soberania. Segundo Machado (2007, p. 58), significa ela que o Estado “tem o poder de governar todos os indivíduos que se encontrem no seu território”. Referido autor caracteriza a soberania “como a vontade superior às vontades individuais, como um poder que não reconhece superior”.

Para desenvolver suas atividades e, assim, alcançar as finalidades para as quais existe, o Estado precisa de recursos financeiros. A fim de angariar tais recursos é que surge a atividade de tributação, que é praticada pelo Estado por meio do chamado “poder de tributar”.

O poder de tributar é consequência da soberania estatal. O Estado é soberano, por isso exige dos seus cidadãos que lhe paguem tributos a fim de que tenha ele condições de exercer suas atividades e perseguir seus fins. Entendemos que essa prerrogativa do Estado – instituir tributos – é a maior manifestação da sua soberania. Apenas uma entidade soberana poderia exigir dos indivíduos que estes lhe financiassem as atividades. O Estado pode fazer isso porque existe para servir à coletividade, devendo esta custeá-lo.

A tributação é, indiscutivelmente, uma das mais importantes atividades estatais, por ser a principal fonte de receitas do Estado, embora não seja a única. Conforme analisaremos em momento posterior, é possível a atuação do Estado explorando atividade econômica, embora não seja essa a regra, o que faz com que os tributos sejam sua principal receita.

Acontece que a tributação não pode ser excessiva. Ela existe para o bem do cidadão, não podendo ser prejudicial a ele. Com vistas a impedir que o Estado utilize-se de tal prerrogativa de forma abusiva, que venha a ser danosa para o contribuinte, a Constituição Federal estabelece alguns limites a essa atividade.

Mas a tributação arbitrária ou excessiva pode, por si própria, ter efeitos perversos. Assim, a Constituição também cuida de definir as possibilidades e limites da tributação, fazendo-o através da outorga constitucional da competência tributária (quando a Constituição diz quais os tributos que podem ser instituídos e sob que forma, diz, também, implicitamente, que o que dali desborda não pode ser feito) e da clara enunciação de garantias fundamentais do contribuinte. A tributação é válida quando exercida na forma e medida admitidas pela Constituição Federal (PAULSEN, 2009, p. 13)

A Carta Magna, ao outorgar competências¹ aos entes políticos, determina qual o seu campo de tributação, ou seja, definem as possibilidades do exercício dessa atividade – quais situações podem ser tributadas e quem pode fazê-lo – conforme se observa no excerto doutrinário acima transcrito. Ao estabelecer uma série de garantias ao contribuinte, impõe limitações ao exercício da competência.

Apenas os entes políticos têm competência tributária. A Carta Política de 1988 tratou detidamente desse assunto, distribuindo tais competências entre eles, ao determinar quais fatos podem ser tributados e por quem. Ressalte-se que a disciplina dessas competências é estritamente constitucional. As normas infraconstitucionais apenas “*podem explicitar* o que, porventura, estiver implícito na Constituição. Nada de substancialmente novo podem, porém, agregar-lhe ou subtrair-lhe” (CARRAZZA, 2004, p. 18).

Conforme já dissemos, a tributação não pode ser prejudicial ao contribuinte. Assim, os entes estatais, além de deverem agir dentro da competência que o texto constitucional lhes concedeu, devem exercê-la obedecendo a certas condições, ou seja, às limitações ao poder de tributar.

O exercício dessa competência, porém, não é absoluto. O Direito impõe limitações à competência tributária, ora no interesse do cidadão, ou da comunidade, ora no interesse do relacionamento entre as próprias pessoas jurídicas titulares de competência tributária.

Alguns preferem dizer, em vez de *limitações da competência*, limitações ao *poder de tributar*, e talvez seja esta última a expressão mais adequada, visto como as limitações são na verdade imposta *ao poder* de tributar, e dessas limitações, vale dizer, do disciplinamento jurídico do *poder*, resulta a *competência*.

[...]

Em sentido amplo, é possível entender-se como limitação ao poder de tributar toda e qualquer restrição imposta pelo sistema jurídico às entidades dotadas desse poder. Aliás, toda atribuição de competência implica necessariamente limitação.

(MACHADO, 2007, p. 294)

¹ Competência tributária, nas palavras de Carrazza (2004, p. 17), “é a aptidão jurídica para criar, *in abstracto*, tributos, descrevendo, legislativamente, suas *hipóteses de incidência*, seus *sujeitos ativos*, seus *sujeitos passivos*, suas *bases de cálculo* e suas *alíquotas*.”

Referidas limitações ajudam a definir a competência tributária, pois determinam como deve agir o Estado na atividade de tributação, e algumas delas estabelecem casos em que não pode o ente político tributar – é o caso das imunidades. Segundo Amaro (2009, p. 107), são “instrumentos *definidores* (ou demarcadores) da *competência tributária dos entes políticos*”. Em outras palavras, tem o Estado competência para tributar dentro daquelas fronteiras estabelecidas pelas limitações – se desrespeitar tais limites, não poderá tributar, por estar extrapolando sua competência.

As limitações ao poder de tributar podem ser constitucionais ou infraconstitucionais, dependendo de onde estejam previstas. Tal afirmação, a princípio, pode causar confusão. Ora, conforme afirmamos, as ditas limitações têm o papel de demarcar a competência tributária, a qual é definida apenas pelo texto da Lei Maior. Desse modo, como poderia tal competência ser delimitada por norma infraconstitucional?

Consoante exposto anteriormente, em termos de competências, as normas infraconstitucionais podem apenas tornar claro o que eventualmente assim não esteja na Constituição, sendo proibido acrescentar ou diminuir quaisquer disposições. O mesmo vale para as limitações ao poder de tributar: não pode legislação infraconstitucional agir fora do sistema de limitações que a Carta Magna estabeleceu. Não é possível às normas infraconstitucionais criar novas limitações ou retirar aquelas já existentes na Constituição; devem elas apenas regular o que ali existe, explicando o que o texto constitucional possa ter deixado em aberto – o que é bem provável acontecer, dado o seu alto grau de abstração –, mas sem criar regras novas.

Paulsen (2009, p. 176) corrobora o que foi afirmado: “Assim, as normas infraconstitucionais não podem impor novas limitações ao exercício das competências tributárias das pessoas políticas, ou seja, limitações que não constem da Constituição”.

No presente estudo, abordaremos as primeiras, que estão contidas na Seção II do Capítulo I do Título VI da Constituição, intitulada “Das Limitações do Poder de Tributar” e formada pelos arts. 150 a 152 – embora existam mais limitações em outros locais do texto constitucional. Desses três artigos, concentramos nossas atenções no 150, pois é entre os seus incisos que está o dispositivo foco deste trabalho.

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

II – instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

III – cobrar tributos:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;

c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b;

IV – utilizar tributo com efeito de confisco;

V – estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público;

VI – instituir impostos sobre:

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

b) templos de qualquer culto;

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;

d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.

As limitações previstas no dispositivo em questão tratam-se de garantias fundamentais do contribuinte em face do Estado. Têm elas a intenção de, considerando que o Fisco é mais forte do que o cidadão que é compelido a pagar tributos, orientar a atividade de tributação de forma a proteger este de eventual abuso daquele.

2.2 As imunidades tributárias

As imunidades tributárias são, *prima facie*, aquelas limitações ao poder de tributar previstas no art. 150, VI da Lei Maior, há algumas linhas transcrito.

Consistem as imunidades em barreiras constitucionais que impedem que determinadas pessoas ou objetos sejam tributados. Nas palavras de Machado (2007, p. 304), “imunidade é o obstáculo decorrente de regra da Constituição à incidência de regra jurídica de tributação. O que é imune não pode ser tributado”.

Pela definição doutrinária, percebe-se que toda regra constitucional que impedir a tributação sobre algo ou alguém conterà uma imunidade, ainda que seja utilizado o nome “isenção”, o que é frequente no texto da Carta Política de 1988.

Assim, as imunidades não se limitam ao art. 150, VI. Pode-se citar como exemplo o art. 195, § 7º, que imuniza, em relação às contribuições para a seguridade social, as entidades beneficentes de assistência social que preenchem os requisitos definidos em lei:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

[...]

§ 7º. São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

Conforme já dito, é irrelevante que tenha o dispositivo constitucional utilizado-se do termo “isenção”, pois o fato de estar a norma na Constituição caracteriza a figura da imunidade.

Nota-se, portanto, que as imunidades estão sempre previstas na Constituição. O motivo é que, do mesmo modo que as demais limitações, atuam elas na demarcação da competência tributária das pessoas políticas. Tais competências são definidas somente pelo texto constitucional; assim, por óbvio, somente nele poderiam estar as imunidades.

É justamente esse aspecto que diferencia a imunidade da isenção. Ambas se assemelham por serem técnicas usadas para impedir a tributação de determinadas situações. Por meio da isenção, “a lei tributária, ao descrever o *gênero* de situações sobre as quais impõe o tributo, pinça uma ou diversas espécies (compreendidas naquele gênero) e as declara *isentas* (ou seja, *excepcionadas* da norma de incidência)” (AMARO, 2009, p. 152).

A distinção entre imunidade e isenção reside no fato de que aquela atua na definição da competência, ao passo que esta acontece quando está a competência sendo exercida, ou seja, quando o ente político legisla acerca do tributo de sua competência, pode ele estabelecer isenção para algumas situações. Assim, percebe-se que a imunidade só pode ser constitucional, e a isenção, prevista em lei.

Já foi dito que as imunidades prestam-se à delimitação da competência tributária. Elas exercem tal papel ao estabelecer situações em que não pode o Estado exercer o seu poder de tributar; ao fazer isso, estão demarcando o campo de atuação estatal na atividade de tributação. Ora, tanto as normas que definem o que o ente estatal pode tributar como as que definem o que não pode ser tributado ajudam a definir sua competência, ao delimitar o alcance da sua atuação.

Nesse sentido é a lição de Carrazza (2004, p. 20), segundo o qual “a *competência tributária* traduz-se numa *autorização* ou *legitimação* para a criação de tributos (aspecto positivo) e num *limite* para fazê-lo (aspecto negativo)”.

É por definir a competência tributária por meio de proibições à atuação estatal que a imunidade tributária é considerada pela doutrina uma regra negativa de competência.

As regras negativas de competência tributária são consideradas como normas de imunidade, pois afastam a possibilidade de tributação de determinadas pessoas ou bases econômicas.

[...]

As regras de imunidade têm foro exclusivo na Constituição porque são regras (ainda que negativas) de competência tributária. (PAULSEN, 2009, p. 240)

Imprescindível é, mais uma vez, citar a doutrina de Carrazza (2004, p. 20), que ensina que “a competência tributária é igualmente desenhada por normas negativas, que veiculam o que se convencionou chamar de *imunidades tributárias*”.

Quanto ao alcance das imunidades, temos que cada norma consagradora destas o definirá, não sendo o mesmo para todos. Cite-se como exemplo que a imunidade do art. 150, VI, só alcança impostos, e a do art. 195, § 7º, apenas contribuições para a seguridade social.

Classificam-se as imunidades em subjetivas, objetivas ou mistas. As primeiras são relacionadas a pessoas, as segundas a coisas, e as terceiras, as ambas. Cumpre registrar que, a despeito de como se classifiquem, todas as imunidades beneficiam pessoas, pois sempre serão elas que se beneficiarão das imunidades concedidas em função das coisas (CARRAZZA, 2009). Tal observação é de grande importância para o presente estudo, conforme veremos mais adiante.

Consoante já exposto, existem diversas imunidades espalhadas ao longo do texto constitucional. Trataremos apenas de uma das chamadas “imunidades clássicas”, que são aquelas previstas no art. 150, VI, porque é justamente nela que serão concentradas as atenções deste estudo.

Antes de passar à sua análise, cabe observar que as tais imunidades clássicas têm seu alcance limitado aos impostos, por causa da redação do inciso VI, no qual se lê “instituir impostos”.

2.3 A imunidade tributária recíproca

Prevista no art. 150, VI, “a”, da Constituição Federal, a imunidade tributária recíproca consiste em regra negativa de competência que proíbe que as pessoas políticas instituem impostos sobre patrimônio, renda ou serviços umas das outras:

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

[...]

VI – instituir impostos sobre:

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

A primeira consideração a se fazer é que a imunidade em questão decorre do princípio federativo, previsto no *caput* do art. 1º da Constituição Federal, que está assim redigido: “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”.

O federalismo é a forma de Estado escolhida pelo legislador constituinte originário. Constitui-se em uma opção política deste. Magalhães Filho (2004, p. 94) classifica-o como “princípio estruturante”, ou “princípio político-constitucional”, por, juntamente com outros princípios, definir a estrutura política do Estado brasileiro.

Muito se poderia falar sobre tal princípio, devido à sua complexidade, mas, como não é este o foco do nosso estudo, dele trataremos de forma geral.

Os Estados que assumem a forma de Federação constituem-se de uma associação de outros entes políticos, que se unem para formar um novo ente estatal. Para tanto, abrem mão de sua soberania, mas conservam sua autonomia.

A Federação ou Estado federal brasileiro compreende a interação de coletividades parciais autônomas. Revela-se, pois, pelo pacto de ordens jurídicas regionais, as quais são conhecidas como Estados federados, Estados-membros ou, sucintamente, Estados. (BULOS, 2007, p. 76)

Este é, sem dúvida, o principal desdobramento do princípio federativo: os entes políticos que compõem o Estado mantêm sua autonomia em relação uns aos outros. Segundo Bulos (2007, p. 76), “a autonomia cinge-se à capacidade das ordens jurídicas parciais gerirem negócios próprios dentro de uma esfera pré-traçada pela entidade soberana”.

Assim, as pessoas políticas têm autonomia para se organizarem, para editarem suas leis, para se administrarem. Não podem sofrer qualquer embaraço no exercício dessas prerrogativas.

Outra característica do federalismo, diretamente ligada à autonomia, é que os membros da Federação estão em posição de igualdade jurídica, não havendo qualquer

hierarquia entre eles. Desse modo, não existe nenhum ente que tenha autoridade para intervir na esfera da autonomia do outro.

Oportuno é transcrever a doutrina de Carrazza (2009, p. 150), que bem resume o que foi aqui explanado:

Em síntese, como o próprio pórtico da Lei Maior revela, o *federalismo* – com seu consectário natural, que é a autonomia dos entes federativos – dá a tônica do Estado Brasileiro.

De fato, inexistente hierarquia jurídica entre os entes federativos. Todos são pessoas jurídicas dotadas de plena capacidade política, enquanto atuam dentro de suas esferas de competência, constitucionalmente traçadas. Portanto, a harmonia deve presidir a convivência dos entes federativos (pessoas políticas).

É importante observar que, no Brasil, a Federação é composta não apenas pelos Estados-membros, mas também pelos Municípios, expressamente citados no *caput* do art. 1º do texto constitucional.

Conforme já afirmamos, a imunidade recíproca decorre do princípio federativo. Ora, a tributação é uma das formas mais claras de manifestação da soberania do Estado. Acontece que, pelo pacto federativo, não existe hierarquia entre os entes políticos, de modo que um não pode submeter o outro de qualquer forma, inclusive do ponto de vista tributário.

Além disso, ao tributar uns aos outros, certamente os entes políticos desrespeitaram suas autonomias, pois o gravame da tributação afetaria em cheio o exercício de suas atividades. Assim, estariam as pessoas políticas sendo “atrapalhadas” pelas outras ao desempenhar suas funções, o que feriria sua autonomia.

Decorre do princípio federativo porque, se uma pessoa política pudesse exigir impostos de outra, fatalmente acabaria por interferir em sua autonomia. Sim, porque, cobrando-lhe impostos, poderia levá-la a situação de grande dificuldade econômica, a ponto de impedi-la de realizar seus objetivos institucionais. (CARRAZZA, 2009, p. 738-739)

É tão clara a ligação entre a imunidade recíproca e o princípio federativo que o Supremo Tribunal Federal, em sua composição plenária, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939, cujo acórdão foi publicado em 18/03/1994, reconheceu ser a referida imunidade cláusula pétrea, com base no art. 60, § 4º, I², da Constituição Federal:

² Art. 60, § 4º: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado;”

EMENTA: Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. I.P.M.F. Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira – I.P.M.F. Artigos 5., par. 2., 60, par. 4., incisos I e IV, 150, incisos III, "b", e VI, "a", "b", "c" e "d", da Constituição Federal. [...] 2. A Emenda Constitucional n. 3, de 17.03.1993, que, no art. 2., autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2. desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica "o art. 150, III, "b" e VI", da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): [...] 2. – o princípio da imunidade tributária recíproca (que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns dos outros) e que é garantia da Federação (art. 60, par. 4., inciso I, e art. 150, VI, "a", da C.F.);

Entendemos que, além de preservar o princípio federativo, a imunidade em análise tem outra importante finalidade: desonerar o serviço público, a fim de que o mesmo seja prestado pelo Estado com o máximo de eficiência possível.

Conforme veremos mais adiante, o serviço público é atividade tipicamente estatal e visa, acima de tudo, ao bem do cidadão. Assim, ao impedir que as pessoas políticas sejam tributadas, a Constituição procura afastar desse tipo de serviço o gravame da tributação e garantir que, sem esse “peso”, seja ele prestado da melhor maneira.

Já dissemos anteriormente que toda imunidade, subjetiva, objetiva ou mista, beneficia pessoas. No caso da imunidade recíproca, que é subjetiva por ser estabelecida para os entes estatais, parece-nos que as pessoas que ela beneficia não são apenas as pessoas políticas, mas principalmente os destinatários dos serviços públicos por elas prestados.

Tal interpretação finalística encontra fundamento no § 3º do art. 150 do texto constitucional:

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

Pela redação do dispositivo acima transcrito, nota-se que a imunidade não alcança a exploração de atividade econômica em sentido estrito. Sobre as diferenças entre esta e o serviço público, trataremos no momento próprio, mas adiantemos que este é típico do Estado, enquanto que aquela é típica da iniciativa privada.

Acerca desse alcance da imunidade, citemos a lição de Paulsen (2009, p. 244): “A imunidade se dá em função das funções típicas dos entes políticos, abrangendo as atividades que exercem em tal posição”.

Assim, se não quis a Constituição que a imunidade recíproca beneficiasse o Estado enquanto explorador de atividade econômica em sentido estrito, só podemos concluir que a sua intenção era proteger a prestação de serviço público.

Outra consideração deveras importante a ser feita é que a imunidade recíproca também beneficia as autarquias e fundações públicas, no que se refere às suas finalidades essenciais. Nesse sentido é o art. 150, § 2º, da Carta Magna: “A vedação do inciso VI, "a", é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes”.

Tal dispositivo será fundamental para as conclusões a que se pretende chegar neste estudo. Por hora, contentemo-nos com a informação de que as autarquias e fundações públicas são alcançadas pela imunidade recíproca, a fim de desonerar o exercício de suas finalidades essenciais.

3 A ATUAÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA

A Constituição Federal de 1988 fez clara opção pelo capitalismo como sistema econômico. Prova disso é que, no art. 1º, IV, estabelece como fundamento do Estado brasileiro a livre iniciativa – que pode ser perfeitamente entendida como iniciativa privada:

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:

[...]

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

No art. 170, a livre iniciativa aparece novamente, dessa vez como fundamento da ordem econômica, que tem como um dos seus princípios a propriedade privada:

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:

[...]

II – propriedade privada;

Ter entre as bases da sua ordem econômica a iniciativa privada e a propriedade privada é mais do que suficiente para caracterizar a economia brasileira como capitalista, tendo em vista que tais elementos estão na essência desse sistema econômico. Nesse sentido é a doutrina de Silva (2007, p. 786-788):

Não, aqui, como no mundo ocidental em geral, a ordem econômica consubstanciada na Constituição não é senão uma forma econômica capitalista, porque ela se apóia inteiramente na apropriação privada dos meios de produção e na iniciativa privada (art. 170). Isso caracteriza o *modo de produção capitalista*...

[...]

A Constituição declara que a ordem econômica é fundada na *valorização do trabalho humano* e na iniciativa privada. Que significa isso? Em primeiro lugar quer dizer precisamente que a Constituição consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, pois a *iniciativa privada* é um princípio básico da ordem capitalista.

Do mesmo modo, Bulos (2007, p. 1259), ao tratar dos princípios da ordem econômica, afirma que eles são “ligados à apropriação privada dos meios de produção e à livre iniciativa, as quais consubstanciam a ordem capitalista”.

A livre iniciativa consiste na liberdade que existe para atuar no mercado, sem depender de qualquer ação estatal. Segundo Silva (2007, p. 793), “envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato”. Assim, quem deseja

montar seu próprio negócio, ou passar a explorar atividade diferente daquela com que tem trabalhado, ou contratar com determinada empresa, tem liberdade para isso, sem necessitar de autorização ou qualquer outra ação por parte do Estado, devendo ser observadas as exceções previstas legalmente. Tal afirmação encontra fundamento no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal: “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.” A livre iniciativa é, nas palavras de Silva (2007, p. 793) “o princípio básico do liberalismo econômico”.

Intimamente ligada à livre iniciativa está a livre concorrência, prevista no art. 170, IV, da Carta Política de 1988, que nada mais é do que a garantia de que quem quiser exercer atividade econômica poderá fazê-lo, concorrendo, em condições de igualdade, com outras pessoas que também explorem aquela atividade, devendo o Estado impedir a chamada concorrência desleal, situação em que alguns agentes econômicos têm vantagens indevidas em relação aos outros, a qual é veementemente repudiada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A propriedade privada é expressão de outra característica marcante do capitalismo: a apropriação privada dos meios de produção. Neste sistema econômico, a imensa maioria dos referidos meios está nas mãos de particulares; em regra, cabe a eles, e não ao Estado, exercer a atividade industrial, o comércio e a prestação de serviços. São os particulares que movimentam o mercado, não o Estado.

Apesar de o Brasil adotar o sistema capitalista, não é este absoluto ao ponto de ser repudiada qualquer ação estatal na economia em nome das duas características aqui analisadas. Embora não seja a regra, existem casos em que o Estado atua na economia, o que faz por uma série de razões, as quais serão exploradas nas próximas linhas.

O primeiro motivo é a necessidade de organizar a economia, de modo a evitar os prejuízos que surgem quando o mercado está entregue a si mesmo. É notório que no capitalismo a ocorrência de crises é constante. Embora não seja suficiente para evitá-las, certamente a atuação estatal impede que aconteçam com mais frequência, além de atenuar

seus efeitos; na História há muitos exemplos de crises do sistema capitalista que só conseguiram ser superadas graças à ação estatal³.

A esse respeito leciona Silva (2007, p. 786):

A atuação do Estado, assim, não é nada menos do que uma tentativa de pôr ordem na vida econômica e social, de arrumar a desordem que provinha do liberalismo. Isso tem efeitos especiais, porque importa em impor condicionamentos à atividade econômica [...]

A segunda razão é garantir o respeito à “valorização do trabalho humano”, fundamento da ordem econômica, e perseguir a finalidade desta, qual seja, “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. Ambos estão previstos no art. 170 do texto constitucional, já transcrito anteriormente.

Optamos por tratar do dito fundamento e da finalidade juntos pela proximidade que existe entre eles: ambos dizem respeito à proteção do cidadão comum, que não tem condições de competir com o poder avassalador do capital.

A valorização do trabalho humano é elencada como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, assim como o princípio da dignidade da pessoa humana – a finalidade de “assegurar existência digna a todos” nada mais é do que manifestação desse princípio na ordem econômica.

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:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Conforme já afirmado, o Estado atua também para proteger o cidadão do poder do capital. Ora, o capitalismo é um sistema deveras agressivo, em que toda a produção é organizada visando a um objetivo maior: o lucro. Não se pode esperar que ele espontaneamente se humanize e venha a preocupar-se com a população. É por isso que a Lei Maior estabeleceu como fundamento da ordem econômica a valorização do trabalho humano

³ O mais famoso exemplo é a crise de 1929, que foi superada pelos Estados Unidos graças ao *New Deal*, famoso plano de intervenção do Estado na economia que tinha a finalidade de livrar o país da referida crise, o que de fato aconteceu.

e como seu objetivo o de assegurar existência digna a todos. Cabe ao Estado atuar na economia para zelar pela efetividade de tais disposições.

A valorização do trabalho diz respeito aos interesses da classe trabalhadora. O trabalho deve ser valorizado, afinal é ele quem produz as riquezas; sem ele o capital não seria nada. De que adiantaria o dinheiro de grandes empresas se simplesmente não houvesse quem trabalhasse na produção de bens e serviços?

Por essa razão deve o Estado valorizar o trabalho humano. Segundo Agra (2007, p. 653), um dos motivos para ele atuar na economia é “tentar incluir a maioria da população nos benefícios provenientes do desenvolvimento econômico”. Assim, não pode o Estado desprestigiar o trabalho em detrimento do capital; a Constituição, ao alçar a valorização daquele e a livre iniciativa à condição de fundamentos da ordem econômica, deixou claro que ambos devem ser resguardados. O trabalho deve ser reconhecido como essencial ao bom funcionamento da economia, tendo o Estado o dever de fazer com que ele se beneficie dos seus resultados.

Considerando que o trabalho é significativamente mais fraco que o capital, não pode o Estado tratá-los de forma paritária, mas deve dar maior proteção a este. Ora, é certo que, em regra, o capital não precisa ser protegido pelo Estado; o trabalho, sim. Por isso nos parece que os valores do trabalho humano devem sobrepor-se aos da livre iniciativa. Deve o Estado tratá-los como mais importantes do que qualquer valor ou princípio capitalista.

Cabível transcrever a lição de Silva (2007, p. 788), que corrobora nosso posicionamento:

A Constituição declara que a ordem econômica é fundada na *valorização do trabalho humano* e na iniciativa privada. Que significa isso? [...] Em segundo lugar significa que, embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado. Conquanto se trate de declaração de princípio, essa prioridade tem o sentido de orientar a intervenção do Estado, na economia, a fim de fazer valer os valores sociais do trabalho que, ao lado da iniciativa privada, constituem o fundamento não só da ordem econômica, mas da própria República Federativa do Brasil (art. 1º, IV).

A finalidade de assegurar existência digna a todos, conforme os ditames da justiça social, também está ligada à agressividade do capitalismo. A sede pelo lucro não conhece limites, não sendo exagero afirmar que o capital é capaz de atropelar até mesmo a dignidade da pessoa. Consoante antes afirmado, não é possível esperar que o capitalismo venha a humanizar-se de forma espontânea.

Desse modo, a Constituição determina que deve o sistema operar de forma suportável, que permita a todos terem as condições para viver de forma digna. Não é à toa que estão previstos como princípios da ordem econômica a defesa do consumidor (art. 170, V), a defesa do meio ambiente (inciso VI), redução das desigualdades regionais e sociais (inciso VII) e busca do pleno emprego (inciso VIII). Todos esses princípios são fundamentais para que se busque a vida digna. Assim, deve a atuação do Estado voltar-se para essa finalidade.

A participação do Estado na economia será uma necessidade, enquanto, no sistema capitalista, se busque condicionar a ordem econômica ao cumprimento de seu fim de assegurar existência digna a todos, conforme os ditames da justiça social e por imperativo de segurança nacional. (SILVA, 2007, p. 801)

Quanto aos “ditames da justiça social”, tal trecho parece, a princípio, inócuo, pois “*justiça social*, inicialmente, quer significar superação das injustiças na repartição, a nível pessoal, do produto econômico” (GRAU, 2007, p. 224). Segundo Silva (2007, p. 789), “um regime de justiça social será aquele em que cada um deve poder dispor dos meios materiais para viver confortavelmente segundo as exigências de sua natureza física, espiritual e política”. A ideia de justiça social parece ser totalmente incompatível com um sistema caracterizado pela propriedade privada dos meios de produção.

Entendemos que, tendo a Constituição feito escolha clara pelo sistema capitalista, a justiça social deve ser encarada como uma tentativa de humanizá-lo, de atenuar seus excessos (SILVA, 2007). Embora sejam a justiça social e o sistema capitalista incompatíveis, deve o Estado, ao atuar na economia, criar os mecanismos para buscar ao máximo melhorar a distribuição da renda, diminuindo a excessiva concentração do produto econômico nas mãos de poucos.

O terceiro motivo a justificar a atuação do Estado na economia é decorrente dos outros dois: a preservação do sistema capitalista.

Ao agir com a intenção de organizar a economia, evitando crises e atenuando seus efeitos, está o Estado garantindo que o sistema não sofra abalos significativos que prejudiquem sua continuidade. Procura torná-lo mais racional, de modo que venha a ter o máximo de efetividade sem se prejudicar tanto.

Da mesma forma, ao manter o capitalismo em níveis suportáveis, que respeitem o trabalho e a dignidade humana, o Estado assegura que o sistema não mudará, justamente por

ser tolerável. Complicado seria se o capitalismo fosse agressivo ao ponto de não ser mais tolerado pela sociedade; sua perduração estaria seriamente comprometida.

Assim, podemos afirmar tranquilamente que a opção constitucional pelo sistema capitalista – caracterizada pelos elementos da livre iniciativa e da propriedade privada – não tem nada de incompatível com a atuação estatal na economia, muito pelo contrário: é esta essencial para a sobrevivência do sistema.

Observe-se enfaticamente que, embora a estatização e o intervencionismo estatal no domínio econômico possam aqui ou ali contrariar os *interesses de um ou outro capitalista*, serão sempre adequados e coerentes com os *interesses do capitalismo*.

[...]

Essa sua atuação, contudo, não conduz à substituição do sistema capitalista por outro. Pois é justamente a fim de impedir tal substituição – seja pela via da transição para o socialismo, seja mediante a superação do capitalismo e do socialismo – que o Estado é chamado a atuar sobre e no domínio econômico.

O *sistema capitalista* é assim preservado, renovado sob *diverso regime*. O modo de produção, os esquemas de repartição do produto e os mercados capitalistas, no âmbito interno e no quadro internacional, são mantidos em sua integridade. Daí porque interessa ao capitalismo uma Constituição “progressista”. Justamente no ser “progressista” é que a Constituição formal não apenas ensejará a manutenção da “ordem capitalista”, mas conferirá operacionalidade plena ao poder detido pelas classes dominantes. (GRAU, 2007, p. 44-45)

Isso caracteriza o *modo de produção capitalista*, que não deixa de ser tal por eventual ingerência do Estado na economia nem por circunstancial exploração direta de atividade econômica pelo Estado e possível monopolização de alguma área econômica, porque essa atuação estatal ainda se insere no princípio básico do capitalismo que é a apropriação exclusiva por uma classe dos meios de produção, e, como é essa mesma classe que domina o aparelho estatal, a participação deste na economia atende aos interesses da classe dominante. (SILVA, 2007, p. 786)

Pelos motivos analisados, percebe-se que a atuação do Estado na economia está ligada às suas finalidades. A principal delas é promover o interesse público, ou seja, o bem geral da coletividade, o qual certamente é preservado quando se organiza a economia e quando se tenta dar ao capitalismo uma faceta mais humana, valorizando o trabalho humano e buscando assegurar dignidade a todos. Da mesma forma, interessa ao Estado preservar o sistema econômico consagrado pela Constituição Federal.

Superada a exposição dos motivos que levam o Estado a atuar na economia, oportuno é estabelecer a diferença entre atuação e intervenção, conforme a lição de Grau (2007).

Atuação tem um sentido mais amplo do que intervenção. Enquanto que esta diz respeito ao agir do Estado no campo do setor privado, aquela consiste na ação estatal de forma genérica, independente de ser na esfera pública ou privada.

Intervenção indica, em sentido forte (isto é, na sua conotação mais vigorosa), no caso, atuação estatal em área de titularidade do setor privado; *atuação estatal*, simplesmente, ação do Estado tanto na área de titularidade própria quanto em área de titularidade do setor privado. (GRAU, 2007, p. 94)

A distinção fica mais clara ao considerarmos que a palavra “intervenção” expressa a ideia de “atuação em área de outrem” (GRAU, 2007). Assim, tendo em vista que o setor público é de titularidade do próprio Estado, não pratica esta intervenção quando nele age, fazendo mais sentido denominar de “intervenção” a ação estatal na esfera privada. A distinção aqui estabelecida será aprimorada em momento posterior.

Feita a diferença entre atuação e intervenção, passemos à análise dos modos pelos quais o Estado atua na economia. Muitas são as classificações possíveis, mas nos ateremos a duas que nos chamaram a atenção.

Grau (2007) não classifica as formas de atuação, mas sim de intervenção. Segundo ele, existem três. A primeira é a intervenção por absorção ou participação, que se dá quando o Estado exerce o papel de agente econômico. É por absorção quando o faz em regime de monopólio; por participação, quando atua competindo com a iniciativa privada, sem monopolizar aquele setor da economia.

A segunda e a terceira forma – intervenção por direção e por indução, respectivamente – caracterizam-se pelo fato de o Estado agir como regulador da atividade econômica do setor privado. A intervenção por direção se dá quando são estabelecidas normas que obrigam esse setor; a por indução, quando o Estado, sem obrigar, busca influenciar o comportamento dos agentes econômicos, por exemplo, oferecendo estímulos.

A classificação de Silva (2007) é mais simples, embora se refira ela às formas de atuação do Estado. Estabelece dois modos: a atuação por participação e a por intervenção. Esta se dá quando o Estado age como disciplinador da economia; aquela, quando ele é titular de atividade econômica.

Ambas as classificações têm seus problemas: a de Grau trata apenas das modalidades de intervenção; a de Silva, ao usar o termo “intervenção”, gera confusão, por termos adotado o significado que Grau propôs para essa palavra. Assim, utilizaremos a classificação de Silva, mas sem usar a mesma nomenclatura que ele usa.

A atuação do Estado como agente disciplinador está prevista no *caput* do art. 174 da Constituição: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado

exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

O Estado regulamenta a economia para alcançar as finalidades já apresentadas. Segundo Agra (2007, p. 659), “a regulamentação econômica consiste no conjunto de técnicas empregadas pelos entes estatais para intervir no domínio econômico de maneira incisiva, com o objetivo de coibir as imperfeições naturais dos mercados”. O autor salienta, ainda, que o Estado, no seu papel disciplinador, deve abrandar os excessos do mercado e orientar-se pelos princípios que regem a ordem econômica. Para exercer tal papel, desempenha o Estado as funções de fiscalização, incentivo e planejamento.

A fiscalização nada mais é do que o poder que o Estado tem de examinar a conduta dos agentes econômicos, a fim de garantir que estes respeitem a lei e, caso não o façam, aplicar as sanções cabíveis.

A função de incentivo diz respeito ao papel do Estado de promover o desenvolvimento econômico estimulando a atividade dos agentes econômicos, seja por meio de favorecimentos, proteção, apoio, entre outros meios possíveis.

O planejamento consiste na elaboração de metas a serem alcançadas e na definição de meios para que se chegue a elas. Segundo Silva (2007, p. 809), “consiste, assim, num processo de intervenção estatal no domínio econômico com o fim de organizar atividades econômicas para obter resultados previamente colimados”. Vincula o setor público, mas não o privado; funciona apenas como um parâmetro para orientar este, enquanto que aquele é obrigado a segui-lo.

Para os fins deste estudo, mais importante do que a atuação do Estado como disciplinador da economia é sua atuação como agente econômico, da qual trataremos em tópico específico.

3.1 Atividade econômica e serviço público

Conforme anteriormente afirmado, o Estado, além de atuar na economia como disciplinador, age como titular de atividade econômica.

A primeira consideração a ser feita é acerca do alcance da expressão “atividade econômica”. Segundo Grau (2007), atividade econômica é um conceito amplo, que abrange duas espécies: atividade econômica em sentido estrito e serviço público.

Em linhas gerais, a atividade econômica em sentido estrito é típica do setor privado, tendo como grande objetivo o lucro; por outro lado, o serviço público é típico do Estado, sendo sua meta o interesse público. Nesse sentido é a lição de Grau (2007, p. 103):

Serviço público – dir-se-á mais – é o tipo de *atividade econômica* cujo desenvolvimento compete *preferencialmente* ao setor público. Não *exclusivamente*, note-se, visto que o setor privado presta serviço público em regime de concessão ou permissão.

[...]

Desde aí poderemos também afirmar que o *serviço público* está para o setor público assim como a *atividade econômica* está para o setor privado.

A classificação que o aludido doutrinador faz das espécies de atividade econômica parece-nos deveras razoável. Ora, ainda que exista uma significativa diferença entre atividade econômica em sentido estrito e serviço público, ambos envolvem produção de bens e serviços, bem como necessitam de capital e trabalho. Assim, não nos é possível vislumbrar que o serviço público não seja uma espécie de atividade econômica.

Por nos filiarmos a esta doutrina, utilizaremos a expressão “atividade econômica em sentido amplo” para fazer referência ao gênero, e “atividade econômica em sentido estrito” para fazer alusão à espécie.

Feita essa diferenciação, podemos aprimorar a distinção entre atuação e intervenção, estabelecida há algumas páginas. Afirmamos anteriormente que atuação seria mais ampla que intervenção, sendo esta a atuação do Estado na esfera privada. Contudo, a melhor definição para atuação e intervenção não considera simplesmente a questão de o Estado agir no setor público ou no privado, mas sim o fato de este agir se dar no contexto da atividade econômica em sentido amplo ou em sentido estrito: “*Intervenção* conota atuação estatal no campo da *atividade econômica em sentido estrito*; *atuação estatal*, ação do Estado no campo da *atividade econômica em sentido amplo*” (GRAU, 2007, p. 147).

Tal distinção apresenta-se como mais adequada que a mencionada alhures, pois leva em consideração não o campo – público ou privado – em que a atividade se desenvolve, mas sim a natureza desta. Assim, quando o Estado atuar, por exemplo, fiscalizando uma empresa pública que exerce atividade econômica em sentido estrito, estaremos diante de uma intervenção, por se tratar de atuação ocorrendo no âmbito desse tipo de atividade, ainda que seja a mesma exercida pelo próprio Estado. Da mesma forma, se atuar regulamentando a atividade de uma empresa privada que presta serviço público em regime de concessão, não se tratará de intervenção.

Delimitado o alcance da expressão “atividade econômica”, cabível agora é tecer alguns comentários acerca de atividade econômica em sentido estrito e serviço público no que concerne à atuação estatal.

O Estado atua como agente econômico de ambas as formas. O art. 173 do texto constitucional trata da sua atuação na atividade econômica em sentido estrito, como se percebe pela redação do *caput*:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Embora o dispositivo acima transcrito não faça menção expressa a atividade econômica em sentido estrito, não restam dúvidas de que é a ela que se refere, uma vez que a Constituição dedicou outro artigo especificamente para tratar de serviço público. Assim, nada mais razoável do que interpretar que a Lei Maior dedicou um artigo a uma espécie de atividade econômica em sentido amplo e outro à outra espécie.

Por certo que, no art. 173 e seu § 1º, a expressão conota *atividade econômica em sentido estrito*. Indica o texto constitucional, no art. 173, *caput*, as hipóteses nas quais é permitida ao Estado a exploração direta de *atividade econômica*. [...] Insista-se em que *atividade econômica em sentido amplo* é território dividido em dois campos: o do *serviço público* e o da *atividade econômica em sentido estrito*. As hipóteses indicadas no art. 173 do texto constitucional são aquelas nas quais é permitida a atuação da União, dos Estados-membros e dos Municípios neste segundo campo. (GRAU, 2007, p. 105)

Além disso, temos que o referido artigo trata de permissão (“só será permitida quando necessária...”), razão pela qual não pode se referir à atividade econômica em sentido amplo, uma vez que esta inclui o serviço público, e o “Estado não necessita de *permissão*, *autorização*, para prestar serviço público. A prestação de serviços públicos é *dever* do Estado” (GRAU, 2007, p. 128).

O *caput* do art. 173 deixa claro que a exploração de atividade econômica em sentido estrito pelo Estado é situação excepcional, que só pode ocorrer em duas hipóteses: caso esteja determinado pela Constituição e por motivo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo.

Ora, em uma economia capitalista, regida pelos princípios da livre iniciativa e da propriedade privada dos meios de produção, cabe à iniciativa privada o papel de titular da

atividade econômica em sentido estrito. Entretanto, é possível ao Estado exercer essa função, desde que haja alguma relação com os seus fins, o que certamente é o caso, pois é finalidade dele zelar pela segurança nacional e pelo interesse coletivo.

O art. 177 da Constituição traz as situações em que o Estado deverá ser titular de atividade econômica em sentido estrito, todas elas em regime de monopólio:

Art. 177. Constituem monopólio da União:

- I – a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;
- II – a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;
- III – a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;
- IV – o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;
- V – a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas *b* e *c* do inciso XXIII do **caput** do art. 21 desta Constituição Federal.

Percebe-se que o monopólio se justifica por recair sobre áreas muito delicadas e estratégicas para o desenvolvimento nacional: petróleo, gás natural e minério ou minerais nucleares. Fora dessas situações do art. 177, só pode o Estado explorar atividade econômica em sentido estrito por força de imperativos da segurança nacional ou de relevante interesse coletivo.

A atuação do Estado no campo dos serviços públicos está disciplinada pelo art. 175 da Constituição, cujo *caput* está assim redigido: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

Enquanto que a atividade econômica em sentido estrito é típica da iniciativa privada, visando ao lucro, o serviço público visa a atender o interesse público e é típico do Estado. Aqui, o usual, e não a exceção, é que este seja o seu titular. Não é à toa que, para exercer atividade econômica em sentido estrito, o Estado precisa da determinação da Constituição ou de motivos que justifiquem essa exploração; para prestar serviço público, não precisa justificar nada, afinal é essa a sua função.

O serviço público sempre será prestado pelo Estado, que pode fazê-lo diretamente ou indiretamente, por meio de concessão ou permissão para a iniciativa privada ou por delegação a entidades da Administração indireta. A prestação direta é aquela feita pelo próprio ente

político e seus órgãos. A decisão de como se dará a prestação desses serviços está, em regra, na esfera da discricionariedade do Estado.

Esse tipo de serviço estará sempre sujeito ao regime jurídico de Direito Público, ainda que prestado por particulares. Isso porque tais serviços são essenciais para a população, e não pode o Estado permitir que sejam simplesmente prestados da forma que for mais conveniente ao particular, que busca, acima de tudo, o lucro.

É por ter tamanha importância que, *a priori*, o Estado detém a titularidade da prestação do serviço público. Pode ele até escolher que o mesmo será prestado pela iniciativa privada, mas deverá esta se submeter ao regime de Direito Público, o que significa que o interesse público sempre deverá estar em primeiro lugar. Tal determinação é tão séria que “as regras contratuais, mesmo que tenham sido estabelecidas por mútuo consenso, não podem ser opostas contra o interesse público” (AGRA, 2007, p. 660). Por esse exemplo, percebe-se que o princípio da obrigatoriedade dos contratos – típico do Direito Privado – é claramente relativizado em face dos ditames do interesse público.

Deverá o Estado exercer fiscalização especial sobre as concessionárias e permissionárias de serviço público – afinal, estão elas exercendo função que é sua – regulamentando a sua atividade, conforme dispõe o parágrafo único do art. 175:

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

- I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;
- II – os direitos dos usuários;
- III – política tarifária;
- IV – a obrigação de manter serviço adequado.

Uma questão tão relevante quanto controversa é o conceito de serviço público. Muito se escreve e ainda se escreve sobre essa questão, estando longe de haver consenso entre os muitos doutrinadores.

Carrazza (2004) adota um conceito formal de serviço público, defendendo que o que identifica uma atividade como tal não é nenhuma característica sua, mas sim o regime jurídico a que está submetida, qual seja, o regime jurídico de direito público, cabendo à lei e a Constituição dizerem o que é serviço público, por ser uma opção política do legislador.

Mello (2007) caracteriza o serviço público tanto pelo prisma formal – regime jurídico de direito público – como pelo material – serviços oferecidos aos cidadãos, cuja titularidade é assumida pelo Estado, por serem indispensáveis à sociedade em dado momento histórico.

Grau (2007) recusa expressamente o conceito formal, por considerar que a atividade tem regime de direito público porque é serviço público, e não o contrário. Também ressalta que a mera atribuição de determinada atividade ao Estado não a qualifica como serviço público, pois a Constituição também dá a ele a incumbência de explorar determinadas atividades econômicas em sentido estrito. Propõe não um conceito, mas uma noção (segundo o autor, caracteriza-se por ser carregada de historicidade e por ser uma ideia que se desenvolve por meio da dinâmica social) de serviço público, a qual envolve os seguintes elementos: ser definida (explícita ou implicitamente) pela Constituição como imprescindível, naquele contexto histórico, à coesão e à interdependência social.

Por discordarmos do conceito formal, não nos filiamos nem ao posicionamento de Carrazza nem ao de Mello. Consideramos o de Grau o mais adequado, por abordar a questão das necessidades sociais e o papel da Constituição na definição do que é serviço público. Falta, contudo, o elemento da titularidade do Estado, trazido por Mello e por Meirelles (2007, p. 330), ao afirmar que é “todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado”.

Superadas as considerações sobre o conceito de serviço público, passamos a tratar da sua classificação quanto às possibilidades de prestação.

Os serviços públicos dividem-se em privativos e não privativos, sendo estes os que podem ser prestados pela iniciativa privada sem necessidade de concessão ou permissão, e aqueles, os que delas precisam para que sejam prestados por particulares. A regra é que os serviços públicos sejam privativos, havendo quatro que não o são, por expressa determinação constitucional: saúde, educação, previdência social e assistência social.

É importante destacar que existem serviços que não podem, em hipótese alguma, ser prestados por particulares. Mello (2007, p. 673) os classifica como “serviços de *prestação obrigatória e exclusiva do Estado*”. Tal informação será deveras útil em momento posterior deste estudo.

Tendo em vista os fins a que se propõe este trabalho, torna-se fundamental tecer alguns comentários acerca da interpretação do art. 173 da Constituição Federal, o que será feito no próximo tópico.

3.2 Considerações sobre a interpretação do art. 173 do texto constitucional

Conforme já exposto alhures, o art. 173 da Carta Política de 1988 trata da atuação do Estado enquanto titular de atividade econômica em sentido estrito.

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º. A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I – sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

III – licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

IV – a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V – os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

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

§ 3º. A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§ 4º. A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º. A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Antes de passar às considerações acerca da interpretação do dispositivo acima transcrito, cabível é tecer uma crítica à redação do mesmo.

O *caput* trata claramente da exploração, pelo Estado, de atividade econômica em sentido estrito. Os três primeiros parágrafos abordam o mesmo assunto. O quarto e o quinto, porém, tratam da atuação do Estado enquanto agente regulador da economia, razão pela qual seria mais adequado que estivessem no art. 174, e não no art. 173. É possível vislumbrar, no parágrafo quarto, alguma relação com o assunto trazido pelo *caput*, conforme explicaremos posteriormente; o quinto, entretanto, não está relacionado à atividade econômica em sentido estrito exercida pelo Estado, mas sim por quem quer que seja.

Feita a crítica à localização dos mencionados parágrafos, passemos aos comentários acerca da interpretação do art. 173.

A primeira consideração a ser feita diz respeito ao alcance do dispositivo. Consoante o que já foi afirmado, o art. 173 refere-se apenas a atividade econômica em sentido estrito.

Em consequência disso, os seus três primeiros parágrafos, que tratam das empresas do Estado (empresas públicas e sociedades de economia mista) não se aplicam a essas empresas quando prestam serviço público. Tal assunto será abordado com maior cuidado no próximo capítulo.

O segundo comentário tem a ver com a finalidade de algumas disposições presentes no artigo em comento, quais sejam: o inciso II do § 1º e o § 2º.

O § 1º, II, determina que o estatuto das empresas do Estado disporá sobre a sujeição destas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários. O § 2º veda que as empresas públicas e sociedades de economia mista gozem de privilégios fiscais não extensivos ao setor privado.

A exploração de atividade econômica em sentido estrito pelo Estado é a exceção, já vimos – isso pode ser vislumbrado na redação do *caput* do art. 173. A regra é que a iniciativa privada explore esse tipo de atividade. Assim, não é usual que o Estado atue na economia explorando atividade econômica em sentido estrito; quando o faz, é como se fosse um “intruso”, por isso não pode prejudicar o desenvolvimento do setor privado, pois a própria Constituição, ao consagrar os princípios da livre iniciativa e da propriedade privada, mostrou que este é que é o titular dessa espécie de atividade.

Além disso, cabe lembrar que o § 4º do art. 173 determina que seja reprimido o abuso do poder econômico que tenha por objetivo a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros. Embora consideremos que tal dispositivo não deveria estar no art. 173, por dizer respeito à exploração de atividade econômica em sentido estrito, mas não apenas pelo Estado, entendemos que, tendo o legislador constituinte optado por localizá-lo nesse artigo, quis dar ênfase ao fato de que o Estado, ao exercer esse tipo de atividade econômica, não pode utilizar-se da condição de ser mais forte do que a iniciativa privada para assim dominar o mercado, eliminar a concorrência ou aumentar arbitrariamente seus lucros.

Não se pode esquecer que um dos princípios que norteiam a ordem econômica é a livre concorrência, prevista no art. 170, IV, ou seja, devem os agentes econômicos (inclusive o Estado) concorrer uns com os outros no mercado de forma leal, sem favorecimentos indevidos.

É por esses motivos que a finalidade do § 1º, II, e do § 2º, é evitar a concorrência desleal entre as empresas públicas e sociedades de economia mista que exercem atividade econômica em sentido estrito e as empresas privadas que exploram a mesma atividade que elas. Não pode o Estado, ao explorar esse tipo de atividade econômica, ter qualquer vantagem sobre os particulares; caso queira ser titular de tais atividades, por meio de suas empresas, terá de concorrer com o setor privado em igualdade de condições.

Nesse sentido é a lição da doutrina pátria:

Incontroverso, portanto, que quando as empresas públicas e as sociedades de economia mista intervêm no domínio econômico devem vestir o figurino das empresas privadas, inclusive no que concerne à tributação.

Não podemos deixar de aplaudir a exigência constitucional, porquanto de pouco valeria o *caput* do precitado art. 173 declarar competir preferencialmente à iniciativa privada a exploração de atividades econômicas se as empresas públicas e as sociedades de economia mista, intervindo no mercado, pudessem desfrutar unilateralmente de privilégios fiscais. Com isto, acabariam fazendo uma verdadeira *concorrência desleal*, já que seus produtos ou serviços, livres dos custos da tributação, tenderiam a ser mais baratos que os das empresas privadas. Na prática, pois, a exploração preferencial das atividades econômicas pertenceria a o Estado (contrariando diretriz de nosso sistema constitucional). (CARRAZZA, 2009, p. 748-749)

É importante fazer a ressalva de que, embora os dispositivos comentados estejam no art. 173, que diz respeito à exploração, pelo Estado, de atividade econômica em sentido estrito, entendemos que a sua finalidade de evitar que tenham as empresas do Estado vantagens sobre as particulares também tem repercussões na área da prestação de serviços públicos.

Em outras palavras, empresa pública ou sociedade de economia mista que preste serviço público não pode ter qualquer privilégio em detrimento de empresa privada que seja concessionária ou permissionária do mesmo serviço. Isso porque, embora tais serviços, ainda que prestados por particulares, submetam-se a regime de Direito Público – em que o interesse público sobrepõe-se à busca pelo lucro –, o Estado, ao conceder ou permitir sua exploração pelo setor privado, deve respeitar as características básicas desse setor (destaquemos o lucro como objetivo maior e a livre concorrência), não podendo jamais dar às suas empresas vantagens em relação às particulares, de modo a prejudicá-las.

Além disso, é contra o espírito da Constituição que o Estado utilize-se de sua condição para trazer prejuízo à iniciativa privada, conforme afirmamos ao analisar o art. 173, § 4º, e conforme o princípio da livre concorrência, insculpido no art. 170, IV.

Esta observação final terá papel fundamental na conclusão deste estudo, consoante será visto em momento posterior.

4 AS EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO

4.1 As empresas públicas e sociedades de economia mista dentro da organização da administração pública

Antes de tratar da organização da Administração Pública, fundamental é falar dos conceitos de desconcentração e descentralização administrativas.

Ambas são técnicas de que o Estado utiliza-se para exercer suas atividades administrativas. A desconcentração consiste em uma técnica pela qual o próprio ente político (União, Estado-membro, Município ou Distrito Federal) desenvolve as atividades, distribuindo-as entre seus órgãos.

Órgão, segundo Meirelles (2007, p. 65), “é elemento despersonalizado incumbido da realização das atividades da entidade a que pertence, através de seus agentes”. Para Mello (2007, p. 136), os órgãos são unidades que “se constituem por um conjunto de competências”.

Percebe-se, pelas definições, que órgão não tem personalidade jurídica própria. Consiste em mera repartição de deveres. É por isso que se pode dizer que a desconcentração é o exercício das atividades pelo próprio ente estatal, pois ele distribui atribuições dentro de seu próprio organismo, sem conferi-las a outra pessoa. Apesar da divisão de atividades entre órgãos, não deixam eles de formar uma única pessoa, qual seja, o ente político. Essa unidade é garantida pela hierarquia que existe entre os órgãos e o ente estatal de que fazem parte. São exemplos de órgãos os ministérios e secretarias.

Por outro lado, a descentralização trata-se de técnica pela qual a pessoa política transfere a outra pessoa o exercício de suas atividades, podendo esta ser um particular ou entidade criada pelo próprio ente político para este fim. Entidades são pessoas jurídicas, seja de direito público ou de direito privado.

A descentralização caracteriza-se por ser uma forma de o Estado agir indiretamente, através de outras pessoas. Diferentemente dos órgãos, as entidades não fazem parte do ente estatal, mas são pessoas distintas dele. Quando elas exercerem as atividades do Estado, estar-se-á diante da descentralização, ainda que essas entidades tenham sido criadas pelo próprio e sejam parte do aparelho estatal.

Observam-se duas grandes diferenças entre a descentralização e a desconcentração. Enquanto que esta se dá no âmbito de uma única pessoa jurídica (o ente político) e é garantida

pela hierarquia, aquela envolve necessariamente mais de uma pessoa jurídica e não existe qualquer hierarquia entre a pessoa política e a entidade descentralizada.

Feitas essas considerações iniciais, passa-se à organização da Administração.

A Administração Pública divide-se em direta e indireta. Tal classificação é geralmente associada ao Decreto-Lei nº 200, de 1967, o qual trata da organização da Administração Federal, mas a própria Constituição dela se utiliza para referir-se não só à esfera federal, conforme se percebe pela leitura do *caput* do seu art. 37:

Art. 37. A administração pública direta e 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:

A Administração direta diz respeito à estrutura montada diretamente em torno das pessoas políticas (União, Estados-membros, Municípios e Distrito Federal). É formada pela totalidade de órgãos que compõem a estrutura do ente político. O Decreto-Lei 200/67 a define como sendo a “que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios”. É no âmbito da Administração direta que acontece o fenômeno da desconcentração.

A Administração indireta, por outro lado, está ligada à ideia de descentralização. É formada pelas entidades criadas pelo ente estatal a fim de exercer algumas de suas atividades. Mello (2007) afirma que o Decreto-Lei 200/67 não associou totalmente a Administração indireta à ideia de descentralização, por não ter ali incluído os particulares que desenvolvem atividades administrativas. Entendemos, entretanto, que, ainda que exerçam atividade que caberia à Administração Pública, não integram eles o aparelho estatal.

Segundo o Decreto-Lei 200/67, a Administração indireta é composta pelas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas.

As autarquias são “pessoas jurídicas de Direito Público, de natureza meramente administrativa, criadas por lei específica, para a realização de atividades, obras ou serviços descentralizados da entidade estatal que as criou” (MEIRELLES, 2007, p. 66). Embora questionada pela doutrina, por ser incompleta, destaquemos a definição apresentada pelo Decreto-Lei 200/67, em seu art. 5º, I:

Art. 5º. Para os fins desta lei, considera-se:

I – Autarquia – o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

Como se percebe pelos conceitos, essas entidades destinam-se apenas ao exercício de funções administrativas que sejam típicas do Estado. Sua existência justifica-se pelo fato de que a descentralização de tais atividades para uma entidade autônoma certamente contribui para a sua melhor administração. Assim como as demais figuras da Administração indireta, não são subordinadas ao ente estatal que as criou, tendo liberdade de gestão administrativa e financeira. São exemplos de autarquias a Universidade Federal do Ceará (UFC) e o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

Quanto às fundações públicas, assim afirma o Decreto-Lei 200/67:

Art. 5º. Para os fins desta lei, considera-se:

[...]

IV – Fundação Pública – a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes.

O dispositivo acima transcrito traz uma definição que hoje se mostra inadequada para as fundações públicas, ao afirmar que são elas pessoas jurídicas de direito privado. A doutrina majoritária (MEIRELLES, 2007; MELLO, 2007) defende que a Constituição Federal de 1988 tratou essa figura da Administração indireta como pessoa jurídica de direito público, ao referir-se a ela, em diversos momentos, junto da Administração direta e das autarquias, mostrando uma separação entre “administração direta, autárquica ou fundacional” (expressão recorrente no texto constitucional) e as empresas públicas e sociedades de economia mista, pessoas jurídicas de direito privado da Administração indireta.

A principal característica das fundações públicas é a “realização de atividades não lucrativas e atípicas do Poder Público, mas de interesse coletivo, como a educação, cultura, pesquisa, sempre merecedoras do amparo estatal” (MEIRELLES, 2007, p. 357). Têm elas patrimônio próprio e autonomia na sua administração, sendo financiadas por recursos da pessoa política que as criou.

É ponto pacífico na doutrina que podem as fundações públicas ser pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado; as primeiras são criadas por lei, enquanto que as

segundas têm sua criação apenas autorizada por lei. A Constituição, ao falar de “administração direta, autárquica e fundacional” não se refere às de direito privado, mas apenas às de direito público, tendo aquelas a mesma disciplina das demais entidades de direito privado da Administração Pública. São exemplos de fundações públicas o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) e a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Passamos agora a tratar das empresas públicas e sociedades de economia mista. Ambas são conceituadas pelo Decreto-Lei 200/67, em seu art. 5º:

Art. 5º. Para os fins desta lei, considera-se:

[...]

II – Empresa Pública – a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado 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 direito.

III – Sociedade de Economia Mista – a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta.

Parte da doutrina (MELLO, 2007) recusa expressamente tais definições, por considerar que são insuficientes e até mesmo contraditórias com o ordenamento constitucional brasileiro. O que se percebe é que se procurou trazer algo que já existia no mundo dos fatos para o mundo do Direito, e a conceituação restou inadequada diante da realidade da Administração Pública. Embora nem todos os doutrinadores descartem explicitamente as definições acima transcritas, a imensa maioria deles adota conceitos diversos dos apresentados pelo Decreto-Lei 200/67.

Meirelles (2007, p. 66), ao tratar do que chama de “entidades empresariais”, traz o seguinte conceito:

São pessoas jurídicas de Direito Privado, instituídas sob a forma de sociedade de economia mista ou empresa pública, com a finalidade de prestar serviço público que possa ser explorado no modo empresarial, ou de exercer atividade econômica de relevante interesse coletivo. Sua criação deve ser autorizada por lei específica, cabendo ao Poder Executivo as providências complementares para sua instituição.

Por ele se percebe as principais características dessas empresas: personalidade jurídica de Direito Privado; são criadas tanto para prestar serviço público como para explorar atividade econômica em sentido estrito; para ser criadas, precisam de autorização de lei

específica – a lei não precisa criá-las, mas apenas autorizar sua criação, devendo o ente estatal efetivamente instituí-las. Tal exigência vem do art. 37, XIX, da Constituição Federal: “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 sua atuação”.

O fato de as empresas estatais (nomenclatura comumente empregada pela doutrina para referir-se a empresas públicas e sociedades de economia mista) poderem existir tanto para prestar serviço público como para explorar atividade econômica em sentido estrito faz cair por terra as definições do Decreto-Lei 200/67, as quais afirmam que tais empresas são aquelas criadas para a exploração de atividade econômica. Ora, o próprio texto constitucional, em seu art. 173, faz referência a empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividade econômica em sentido estrito. Se todas as estatais fossem destinadas a esse fim, certamente o texto do art. 173 da Carta Magna não teria feita tal restrição.

Apresentadas as características conceituais que aproveitam às duas modalidades de empresas aqui tratadas, passa-se a diferenciá-las. As empresas públicas distinguem-se das sociedades de economia mista pelo fato de que aquelas são formadas exclusivamente por recursos públicos, enquanto que nestas coexistem recursos públicos e privados, devendo o capital votante pertencer em sua maioria a pessoa jurídica de direito público. Ressalte-se que, em ambos os casos, não é necessário que o capital público seja de apenas uma entidade e pode ele ser tanto do ente político como de alguma pessoa jurídica da Administração indireta, desde que seja de direito público.

Outra importante diferença é que as empresas públicas podem constituir-se sob qualquer forma societária admitida no Direito, ao passo que as sociedades de economia mista necessariamente adotam a forma de sociedade anônima. Além disso, cite-se uma diferença entre as estatais a nível federal: as empresas públicas federais têm como foro, em regra, a Justiça Federal; para as sociedades de economia mista federais, a regra é a Justiça Estadual, pois estão elas excluídas do art. 109, I, da Constituição:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I – as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

Assim como as demais entidades da Administração Indireta, as empresas estatais (ou governamentais) são criadas com a função de auxiliar o Estado a exercer suas atividades. Desse modo, caso explorem atividade econômica em sentido estrito ou prestem serviço público, estarão desempenhando função estatal (ainda que possa não ser típica do Estado, no caso da atividade econômica em sentido estrito) e sua atuação deverá voltar-se não para o lucro, mas sim para atender aos interesses que motivaram o exercício daquela atividade.

Não há dificuldade em vislumbrar isso quando a estatal presta serviço público, por ser ele atividade típica do Estado. Acontece que, mesmo ela explorando atividade econômica em sentido estrito, não pode comportar-se como a iniciativa privada, buscando o lucro como seu objetivo maior, mas deve guiar-se também pelo que a levou a prestar aquela atividade: os imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo, de acordo com o *caput* do art. 173.

Não se está a dizer que a empresa pública ou sociedade de economia mista que explora atividade econômica em sentido estrito não pode buscar o lucro; isso seria absurdo, pois sem lucro tais empresas simplesmente se tornariam insustentáveis e não teriam condições de permanecer no mercado. O que se procura demonstrar é que devem elas conciliar o objetivo do lucro com as razões que justificam a sua atividade, jamais podendo desprezá-las.

Nunca se poderá esquecer que, a despeito da personalidade jurídica de direito privado, a empresa governamental está a serviço das finalidades do Estado e que ela compõe a Administração Indireta, por meio da qual é realizada a técnica da descentralização administrativa, em que os entes políticos transferem a outras pessoas as suas atribuições.

A personalidade de direito privado e sua organização como empresa não são à toa: têm o propósito de dar maior eficiência ao exercício de suas atividades: as empresas estatais utilizam-se da estrutura e “dos *meios* da iniciativa privada para atingir seus *fins* de interesse público” (MEIRELLES, 2007, p. 368).

Esse aspecto da busca pela maior eficiência através do modelo da iniciativa privada fica mais claro ainda ao observarmos as sociedades de economia mista, em que a Administração busca o auxílio dos particulares, com relação tanto aos recursos como à gestão da empresa – embora, frise-bem, a palavra final seja do Estado.

O objetivo dessa descentralização administrativa é o de utilizar o modelo empresarial privado, seja para melhor atendimento aos usuários do serviço público, ou para maior rendimento na exploração da atividade econômica. Além disso, a

sociedade de economia mista permite a captação de capitais privados, assim como a colaboração desse setor na direção da empresa.

Conciliam-se, deste modo, a estrutura das empresas privadas com os objetivos de interesse público. Vivem, portanto, em simbiose o empreendimento particular com o amparo estatal. (MEIRELLES, 2007, p. 370-371)

Mello (2007, p. 191), ao tratar da caracterização das empresas públicas e sociedades de economia mista, é muito feliz ao afirmar que a personalidade jurídica de direito privado é elemento accidental, ao passo que o “caráter de sujeitos auxiliares do Estado” é essencial, deixando claro que aquele existe em função deste, para a ele servir.

Como vimos, nas empresas aqui tratadas convivem aspectos tanto de direito público como de direito privado. Em razão da presença desses elementos diversos, elas não se submetem totalmente a nenhum dos dois regimes: seguem uma série de normas que não vinculam as demais pessoas jurídicas de direito privado e deixam de ser abarcadas por disposições referentes às pessoas jurídicas de direito público.

É por isso que se pode dizer que o regime jurídico das empresas estatais é híbrido, nem de direito privado nem de direito público. Ora, percebe-se que, em algumas passagens, a Carta Política de 1988 emprega a expressão “administração direta, autárquica e fundacional”, como forma de referir-se apenas às pessoas jurídicas de direito público, estando as empresas governamentais fora do alcance de tais disposições. Por outro lado, há momentos em que o texto constitucional trata apenas de “administração direta e indireta”, estando aí abrangida toda a Administração Pública, inclusive as pessoas jurídicas de direito privado.

Assim, devem as empresas públicas e sociedades de economia obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, insculpidos no *caput* do art. 37; seus empregados devem ser previamente aprovados em concurso público; seus atos estão sujeitos à fiscalização e controle do Congresso Nacional, e as contas de seus administradores, ao julgamento do Tribunal de Contas; entre outros exemplos.

De outra banda, as empresas estatais deixam de se submeter a algumas normas que alcançam somente as pessoas jurídicas de direito público, momento em que se sujeitam ao regime das empresas privadas. Desse modo, seus empregados sempre serão regidos pelo regime jurídico da CLT, o mesmo aplicável à iniciativa privada, e, estando em exercício de mandato eletivo, não se sujeitarão à disciplina do art. 38 do texto constitucional.

O maior exemplo desse disciplinamento pelo regime privado está no art. 173, § 1º, da Lei Maior, já anteriormente transcrito, o qual determina que tais empresas, quando

explorarem atividade econômica, sujeitar-se-ão ao “regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”.

É com base nesse artigo que será desenvolvido o próximo tópico.

4.2 As peculiaridades das empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público

Já foi afirmado que o art. 173 refere-se à exploração, pelo Estado, de atividade econômica em sentido estrito. Mostra-se oportuno transcrevê-lo mais uma vez, por ser essencial para a análise que se passa a fazer:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º. A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I – sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

III – licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

IV – a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V – os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

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

§ 3º. A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§ 4º. A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º. A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Interpretação sistemática do *caput* do referido artigo com os parágrafos que o compõem leva à conclusão de que os três primeiros, que tratam de empresas estatais, só se aplicam às que exploram atividade econômica em sentido estrito.

Dentre os três parágrafos, apenas o primeiro fala expressamente em empresas estatais exploradoras de atividade econômica. Entendemos, contudo, que, *prima facie*, a restrição no alcance da norma aplica-se também ao segundo e ao terceiro, por estarem eles inseridos em um artigo cujo *caput* trata de atividade econômica em sentido estrito.

Pode-se questionar como fica a determinação do § 3º. Será ela aplicável tão-somente às empresas governamentais que explorem atividade econômica em sentido estrito? Parece-nos que, diferentemente dos §§ 1º e 2º, que trazem normas relacionadas ao regime desse tipo de empresa estatal, as quais se justificam pela necessidade de evitar que o Estado, ao explorar atividade econômica, tenha vantagem sobre particulares, o § 3º traz uma ordem ao legislador ordinário, que deverá regulamentar as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade, não havendo qualquer razão para que se aplique somente às exploradoras de atividade econômica em sentido estrito. Assim, as empresas públicas que prestem serviços públicos também deverão ter suas relações com o Estado e a sociedade regulamentadas pela lei.

Diante do dispositivo constitucional acima transcrito, a doutrina amplamente majoritária utiliza-se do critério da natureza da atividade para dividir as empresas públicas e sociedades de economia mista em exploradoras de atividade econômica em sentido estrito e prestadoras de serviço público, deixando claro que não se submetem estas ao mesmo regime jurídico daquelas, por não estarem contempladas pelo art. 173.

Tal entendimento iniciou-se na vigência da Constituição anterior à atual, a qual trazia disposições semelhantes às do art. 173. Seus pioneiros, segundo Mello (2007), foram ele próprio, em estudo de 1973, e Hely Lopes Meirelles e Eros Roberto Grau, por meio de estudos datados de 1977 e 1981, respectivamente. Hoje, encontra-se consolidado na doutrina pátria.

Isto porque, como o artigo 173 cuida especificamente da atividade de natureza privada, exercida excepcionalmente pelo Estado por razões de segurança nacional ou interesse coletivo relevante, há que se concluir que as normas dos §§ 1º e 2º só incidem nessa hipótese. (DI PIETRO, 2008, p. 422)

É importante distinguir as empresas estatais conforme o tipo de atividade que exerçam, ou seja, *prestação de serviço público* ou *execução de atividade econômica*. Essa distinção já vinha sendo apontada por boa parte da doutrina, por determinar diferenciação significativa no seu regime jurídico. (MEIRELLES, 2007, p. 361)

Há, portanto, *dois tipos fundamentais de empresas públicas e sociedades de economia mista*: exploradoras de atividades econômicas e prestadoras de serviços públicos ou coordenadoras de obras públicas e demais atividades públicas. Seus regimes jurídicos não são, nem podem ser, idênticos, como procuramos demonstrar em outra oportunidade.

No primeiro caso, é compreensível que o regime jurídico de tais pessoas seja o mais próximo possível daquele aplicável à generalidade das pessoas de Direito Privado.

[...]

No segundo caso, quando concebidas para prestar serviços públicos ou desenvolver quaisquer atividades de índole pública propriamente (como promover a realização de obras públicas), é natural que sofram o influxo mais acentuado de princípios e

regras de Direito Público, ajustados, portanto, ao resguardo de interesses desta índole. (MELLO, 2007, p. 194-195)

Cumpra observar que a exploração dos serviços públicos, conforme indicado acima, por empresa estatal não se subordina às limitações do art. 173, que nada tem com eles. Efetivamente, não tem cabimento falar em excepcionalidade, ou subsidiariedade, em relação à prestação de serviços públicos por entidades estatais ou por seus delegados. Portanto, também não comporta mencionar, a respeito deles, a preferência da iniciativa privada. Significa dizer, pois, que a empresa estatal prestadora daqueles e de outros serviços públicos pode assumir formas diversas, não necessariamente sob o regime jurídico próprio das empresas privadas. (SILVA, 2007, p. 802-803)

Para os fins deste estudo, importante destacar a doutrina de Grau (2007, p. 108), que, tratando das diferenças entre o regime das estatais exploradoras de atividade econômica e o das prestadoras de serviços públicos, dá enfoque à questão tributária:

Quanto às obrigações tributárias, o § 2º do art. 173 afirma que as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado. O que resta definitivamente evidente, neste passo, é que tanto o preceito inscrito no § 1º quando o veiculado pelo § 2º do art. 173 da Constituição de 1988 apenas alcançam empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem *atividade econômica em sentido* estrito. Não se aplicam, pois, àquelas que prestam *serviço público*, não assujeitadas às obrigações tributárias às quais se sujeitam as empresas privadas.

Não é apenas por causa do alcance do art. 173 que as empresas estatais prestadoras de serviço público têm regime jurídico diverso das que exploram atividade econômica em sentido estrito.

Tais entidades atuam no contexto da técnica da descentralização administrativa, já anteriormente analisada. São criadas pelo Estado com a finalidade de exercer função tipicamente estatal – qual seja, prestar serviço público. Assim, são uma extensão do próprio ente político, criadas por ele não para explorar atividade econômica em sentido estrito (função atípica), mas sim para desempenhar função típica sua. Constituem-se em verdadeiro “braço” do Estado, ou, nas palavras de Carrazza (2009, p. 750), “são a *longa manus* das pessoas políticas que, por meio de lei, as criam e lhes apontam os objetivos públicos a alcançar”.

Trata-se, portanto, do próprio ente estatal exercendo sua função típica (prestar serviço público), o que faz não diretamente, mas por meio de um prolongamento seu – empresa pública ou sociedade de economia mista – que integra a estrutura da Administração Pública e é criado especialmente para esse fim.

O fato de a empresa governamental assumir personalidade jurídica de direito privado não a faz perder essa condição. Conforme mencionado alhures, a sua personalidade jurídica consiste em elemento acidental, e não essencial.

Como são entidades criadas para exercer função tipicamente estatal e integram a Administração indireta, as empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público distanciam-se das que exploram atividade econômica em sentido estrito e equiparam-se às autarquias, devendo seu regime jurídico ser mais próximo do direito público, sendo irrelevante a sua personalidade de direito privado.

A circunstância de serem revestidas da natureza de *empresa pública* ou de *sociedade de economia mista* não lhes retira a condição de *pessoas administrativas*, que agem em nome do Estado, para a consecução do bem comum. (CARRAZZA, 2009, p. 750)

Quer-se dizer, com isso, que a razão de ser da equiparação é que, na prática, se mostra indiferente que a prestação do serviço tenha sido protagonizada por autarquia ou por empresa pública. Assim, quando presta serviço público, a sua atuação pode ser em tudo assemelhada às autarquias; em contraponto, quando explora atividade econômica, a empresa pública atua de modo totalmente divorciado das atividades inerentes àquelas. (ALMEIDA, 2009, p. 33)

É preciso distinguir as empresas públicas que exploram atividade econômica, que se sujeitam ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias (C.F., art. 173, § 1º), daquelas empresas públicas prestadoras de serviços públicos, cuja natureza jurídica é de autarquia, às quais não tem aplicação o disposto no § 1º do art. 173 da Constituição, sujeitando-se tais empresas prestadoras de serviço público, inclusive, à responsabilidade objetiva (C.F., art. 37, § 6º). (Recurso Extraordinário nº 407.099, Supremo Tribunal Federal, 2004)

É importante destacar que não se podem tratar as empresas estatais prestadoras de serviço público do mesmo modo que os particulares que são concessionários ou permissionários desse tipo de serviço, pois existem importantes diferenças entre eles.

As empresas governamentais que prestam serviços públicos não são concessionárias ou permissionárias de serviço público, mas sim delegatárias. Isso quer dizer que, diferentemente das empresas privadas que se interessam em prestar serviço público e procuram o Estado a fim de celebrar contrato de concessão ou obter permissão, as estatais recebem, por lei, a delegação de prestar tais serviços.

Assim, as empresas públicas e sociedades de economia mista encarregadas pelo Estado de prestar serviço público não têm a opção de não desenvolver tal atividade, ainda que não venham a lucrar com ela. Tal tarefa lhes foi delegada pelo ente político, que as criou com

esse fim, ao passo que as empresas privadas optaram por ser concessionárias ou permissionárias de serviço público. Impossível, portanto, confundir delegação com concessão ou permissão.

Há delegação (o que só cabe por decisão legislativa) quando a pessoa política (União, Estado ou Município) cria uma entidade sob a forma de empresa (pública ou mista) e a incumbe de prestar um serviço público. Assim, a empresa estatal é delegada e (na forma da lei) exerce serviço público próprio da entidade política cuja lei a criou. (ATALIBA, 1993, apud CARRAZZA, 2009, p. 750)

Outro aspecto a ser destacado é que o particular que presta serviço público visa, em primeiro lugar, ao lucro, o que deve ser considerado pelo Estado, ainda que serviço de tal natureza submeta-se a regime jurídico de direito público. Caso fosse diferente, não haveria motivos para que a iniciativa privada prestasse tais serviços. Grau (2007, p. 144), demonstrando que o Estado deve respeitar tal característica do setor privado e referindo-se ao art. 175, aponta que é “assegurado ao concessionário o equilíbrio econômico-financeiro da relação – o que deflui do inciso III do seu parágrafo único”.

As empresas governamentais prestadoras de serviço público, entretanto, não têm como objetivo o lucro, mas sim o interesse público. Conforme já foi afirmado, elas são criadas pelo ente estatal para prestar função típica sua, razão pela qual não podem ter como alvo o lucro; sua razão de agir deve ser a mesma da pessoa que a instituiu: satisfazer o interesse público.

Dessa feita, percebe-se que não se pode equiparar as estatais que prestam serviço público às empresas privadas que também exercem tal atividade. Assim, não se aplicam àquelas as disposições do art. 175 da Constituição Federal referentes a contrato, as quais alcançam apenas as concessionárias e permissionárias.

A natureza das empresas estatais prestadoras de serviço público se assemelha às concessionárias de serviço público com diferenças importantes, quais sejam a de não se sujeitarem inteiramente aos ditames do art. 175, pois não se lhes aplicam as regras de reversão, nem de encampação, nem, rigorosamente, o princípio do equilíbrio econômico e financeiro do contrato, já que os serviços não lhes são outorgados por via contratual, mas por via de lei instituidora, e porque são entidades do próprio concedente, salvo, é claro, hipóteses da outorga dos serviços a empresa estatal de outra entidade pública (da União para o Estado, por exemplo, em que a característica de concessionária fica mais nítida). (SILVA, 2007, p. 803)

Ressalte-se que existe um caso em que a empresa estatal que preste serviço público será concessionária ou permissionária, conforme se percebe pelo excerto doutrinário acima destacado: quando prestar serviço de outro ente político que não seja o que a instituiu. Nesse

caso, desaparece o elemento da delegação, uma vez que esta só pode ser feita pela pessoa política que a instituiu.

Por fim, citemos alguns exemplos de como o regime das empresas governamentais prestadoras de serviços públicos diferencia-se das exploradoras de atividade econômica em sentido estrito.

Os bens das estatais que prestam serviço público são impenhoráveis, conforme entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 220.906-9, publicado em 24/11/2000:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. IMPENHORABILIDADE DE SEUS BENS, RENDAS E SERVIÇOS. RECEPÇÃO DO ARTIGO 12 DO DECRETO-LEI Nº 509/69. EXECUÇÃO. OBSERVÂNCIA DO REGIME DE PRECATÓRIO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. À empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, é aplicável o privilégio da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços. Recepção do artigo 12 do Decreto-lei nº 509/69 e não-incidência da restrição contida no artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, que submete a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.

2. Empresa pública que não exerce atividade econômica e presta serviço público da competência da União Federal e por ela mantido. Execução. Observância ao regime de precatório, sob pena de vulneração do disposto no artigo 100 da Constituição Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido.

Tal posicionamento mantém-se em outros julgados do Pretório Excelso, como os REs 225.011-0 e 229.696-7.

Outra diferença que cabe mencionar é quanto aos contratos administrativos celebrados pelas empresas do Estado. Os contratos das que exploram atividade econômica em sentido estrito que sejam ligados às suas finalidades econômicas serão, em regra, regidos pelo direito privado. Isso se justifica pelo fato de estar a empresa desenvolvendo atividade típica da iniciativa privada, o que leva a que seja disciplinada da mesma forma que esta.

De outra banda, os contratos das prestadoras de serviço público relacionados à sua atividade-fim serão contratos administrativos, “nos mesmos termos e condições em que seriam os travados pela Administração direta” (MELLO, 2007, p. 207), afinal está a empresa exercendo função típica do ente político.

Não aprofundaremos a análise das mencionadas diferenças, uma vez que não são elas objeto deste estudo, tendo sido citadas para exemplificar o que vem sendo afirmado: os regimes jurídicos das empresas estatais prestadoras de serviços públicos e das exploradoras de atividade econômica em sentido estrito não podem ser os mesmos.

Por fim, citemos a doutrina de Carrazza (2004, p. 51), que bem resume o que foi exposto:

Em suma, a empresa estatal delegatária de serviço público juridicamente é Administração Pública, *faz* administração pública e *tem os atributos* (positivos ou negativos) da Administração Pública. Desfruta, pois, do *regime protetor* que a Constituição Federal reservou aos bens e dinheiros públicos.

5 A EXTENSÃO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA ÀS EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

Conforme já foi afirmado, a imunidade tributária recíproca tem os objetivos de preservar o pacto federativo, evitando que os entes políticos firam a autonomia uns dos outros, e de desonerar a prestação de serviços públicos, permitindo que, sem ser tributadas, as pessoas políticas possam prestá-los à população da melhor forma possível.

As disposições do art. 173 da Constituição Federal, no § 1º, II, e no § 2º, que, respectivamente, submetem as empresas públicas e sociedades de economia mista ao regime jurídico próprio das empresas particulares – inclusive quanto aos direitos e obrigações tributários – e vedam o recebimento, pelas empresas governamentais, de privilégios fiscais que não possam ser estendidos à iniciativa privada, têm como finalidade evitar a concorrência desleal do Estado em relação à iniciativa privada quando ele explorar atividade econômica por meio de suas empresas.

Além disso, não se pode esquecer que as restrições do referido artigo aplicam-se apenas às empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito, que são sujeitas a regime próximo do direito privado. As que prestam serviço público submetem-se a regime jurídico diverso, mais próximo do direito público, pois, por desempenharem função típica do Estado, são um *longa manus*, um prolongamento da pessoa política que as criou, sendo equiparadas às autarquias.

A conjugação de todas as informações aqui apresentadas tem como corolário lógico a extensão da imunidade tributária recíproca para as empresas públicas e sociedades de economia mista delegatárias de serviços públicos que prestem tais serviços em regime de monopólio.

Analisemos os argumentos um a um. A imunidade recíproca visa a preservar o federalismo e garantir a melhor prestação possível dos serviços públicos. A empresa governamental que presta serviço público por delegação do ente que a criou não é outra coisa que não uma extensão do próprio ente, destinada a exercer uma atividade tipicamente sua.

Assim, ao ser ela beneficiada pela imunidade recíproca, o serviço público estará livre do gravame da tributação, podendo ser prestado à população de forma mais eficiente, além do que a própria pessoa política estará tendo sua autonomia respeitada, pois caso a empresa fosse

tributada ela também seria, ainda que indiretamente, haja vista ser, neste caso, a empresa estatal um “braço” do ente político.

Ora, o fato de o serviço público ser prestado por delegatário da pessoa política não tira sua natureza; conseqüentemente, nessa situação não pode ele deixar de ser beneficiado pela imunidade recíproca, pois é também em razão dele que tal instituto existe.

Muito bem, as pessoas administrativas delegatárias de serviços públicos titularizam interesses públicos, que lhes dão grande cópia de prerrogativas, inclusive no que concerne à tributação, a elas se aplicando, por inteiro, a imunidade do art. 150, VI, “a” da CF.

[...]

Remarcamos que a circunstância de estas pessoas terem personalidade de Direito Privado não impede recebam especial proteção tributária, justamente para que possam bem prestar os serviços públicos que lhes foram atribuídos. (CARRAZZA, 2004, p. 38-39)

Inicialmente, analisemos a situação da empresa estatal – empresa pública ou sociedade de economia mista – que recebeu a outorga, por meio de lei, da prestação de serviço público cuja competência pertence à pessoa política que a criou.

[...]

Recebendo tais entes o encargo de prestar serviço público – consoante a noção exposta – o regime de sua atividade é o de Direito Público, o que inclui, dentre outras prerrogativas, o direito à imunidade fiscal.

[...]

O raciocínio resume-se no seguinte: se o serviço público for prestado diretamente pela pessoa política estará, indubitavelmente, imune à tributação por via de impostos. Ora, a mera delegação da execução desse serviço público, pela pessoa que é titular da competência para prestá-lo à coletividade, por meio de lei, a uma empresa por ela instituída – empresa pública ou sociedade de economia mista – que se torna delegatária do serviço, não pode, portanto, alterar o regime jurídico – inclusive tributário – que incide sobre a mesma prestação.

A descentralização administrativa, como expediente destinado a garantir maior eficiência na prestação de serviços públicos (art. 37, ‘caput’, da CF), não tem o condão de alterar o tratamento a eles dispensado, consagrador da exoneração tributária concernente a impostos. (COSTA, 2001, p. 144-145)

Ressalte-se que não se pode usar o argumento acima apresentado para estender a imunidade recíproca a todo prestador de serviço público. A norma do art. 150, VI, “a” é direcionada, *prima facie*, aos entes políticos; a extensão às empresas do Estado baseia-se no art. 150, § 2º, que confere tal benefício também às autarquias, conforme se analisará mais adiante. Assim, embora a imunidade recíproca exista por causa do serviço público, não é direcionada simplesmente a ele, mas a determinadas pessoas; assim, não alcança todas as pessoas que o prestam.

Não pode o Estado ter qualquer tipo de vantagens econômicas sobre os particulares; essa possibilidade é totalmente contra o espírito da Constituição. Assim, ainda que o art. 173 aplique-se apenas às estatais que exploram atividade econômica em sentido estrito,

entendemos que, caso uma empresa do Estado preste serviço público que também é prestado por um particular que seja concessionário ou permissionário, não faz ela jus à imunidade tributária.

Por outro lado, se presta o serviço em regime de monopólio – sabemos que o termo “monopólio” é próprio da atividade econômica em sentido estrito, mas o usamos para indicar exclusividade – não existe concorrência e, portanto, deixa de existir motivo que justifique a tributação.

Consoante já dissemos, as estatais delegatárias de serviços públicos equiparam-se às autarquias, por exercerem função típica da pessoa política. Assim, estamos diante do argumento que sustenta de forma mais forte a possibilidade de beneficiarem-se da imunidade recíproca, pois é ela expressamente garantida às autarquias, com relação às suas finalidades essenciais, nos termos do art. 150, § 2º, do texto constitucional: “A vedação do inciso VI, “a”, é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes”.

Nesse exato sentido leciona a doutrina pátria. Citemos primeiro Carrazza (2009, p. 744), segundo o qual, “quando a empresa estatal presta serviço público, em seu favor incide o disposto no § 2º do art. 150 da CF, sem as ressalvas do § 3º deste mesmo dispositivo”.

Todavia, a empresa estatal prestadora de serviços públicos, por exercer uma atividade de interesse público, e que não tem finalidade lucrativa, seria equiparada, para fins tributários, à autarquia, sendo, portanto, beneficiária da imunidade tributária recíproca. E como se sabe, esta imunidade dispensa a autarquia, do recolhimento dos impostos incidentes sobre o seu patrimônio, renda e serviços, por força do artigo 150, VI, “a”, c/c 150, parágrafo 2º, todos da Constituição Federal. (VARANDA, 2007, p. 121)

E é nessa dicotomia entre o *ser* e o *dever ser* que se visualiza, com mais propriedade, a premissa adotada no RE nº 407.099/RS no sentido de que a empresa pública prestadora de serviço público próprio tem a natureza jurídica de autarquia a justificar a incidência da imunidade tributária recíproca, que “pode permitir menores ônus e melhores condições na prestação dos serviços públicos”. (ALMEIDA, 2009, p. 39)

Do mesmo modo é a jurisprudência. Ao julgar o Recurso Extraordinário nº 407.099, cujo acórdão foi publicado em 06/08/2004, o qual reconheceu que a imunidade tributária recíproca alcança a ECT (tal julgado será melhor analisado em momento próximo) o Ministro Carlos Velloso, em seu voto, afirmou que “no caso, tem aplicação a hipótese inscrita no § 2º do mesmo art. 150”.

Ressaltemos que a imunidade tributária recíproca alcança apenas as empresas governamentais que tenham recebido do ente político que as criou a delegação de prestar serviço público de sua titularidade, pois assim estará presente a característica que as assemelha às autarquias: serem prolongamentos (*longa manus*) da pessoa política, criadas por esta para exercer função típica sua.

Assim, a estatal que presta serviço público de titularidade de outro ente político que não o que a criou não é delegatária, mas sim concessionária ou permissionária, desaparecendo assim a equiparação às autarquias.

Um dos argumentos mais utilizados pelos que rejeitam a possibilidade de a imunidade recíproca alcançar empresas públicas e sociedades de economia mista é o § 3º do art. 150:

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

Alegam que a referência que o dispositivo acima faz a “contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário” elimina a possibilidade de serem as estatais prestadoras de serviço público albergadas pelo benefício da imunidade recíproca, por cobrarem elas pagamentos de preços ou tarifas de seus usuários.

Doutrina e jurisprudência têm entendido que o parágrafo acima transcrito refere-se apenas aos casos em que há exploração de atividade econômica em sentido estrito. A norma em comento visa a evitar que uma atividade tipicamente privada, em que o foco de quem a explora é o lucro, seja beneficiada pela imunidade recíproca. Assim, não pode ela alcançar as estatais delegatárias de serviço público, pois não visam ao lucro – lembre-se que elas não escolheram prestar o serviço, mas foram criadas pela pessoa política para isso – e não estabelecem o valor da contraprestação – quem o faz é o ente estatal, que segue padrões ligados ao interesse público e não à busca pelo lucro.

Vamos logo adiantando que, quando a empresa estatal presta serviço público, em seu favor incide o disposto no § 2º do art. 150 da CF, sem as ressalvas do § 3º deste mesmo dispositivo. Irrelevante, pois, para o desfrute da imunidade em pauta, que a delegatária cobre *preço* ou *tarifa* do usuário.

Ademais, a empresa estatal, ainda que o faça, não determina livremente o valor da contraprestação, que é regulado por lei ou por ato do Poder Executivo. Com isso, a contraprestação nunca é a adequada, já que não há equivalência e equilíbrio entre o custo da atuação estatal e o valor, em razão dela, desembolsado pelo usuário.

Esta idéia mais se acentua se levarmos em conta que a delegatária não pode negar-se a prestar o serviço público ainda que isto lhe seja economicamente desvantajoso. De fato, a idéia de serviço público harmoniza-se com a persecução do bem comum, que é o fim precípua do Estado. (CARRAZZA, 2004, p. 32)

Outro ponto a ser abordado, diz respeito à aplicação, ou não, da regra inscrita no parágrafo 3º, do artigo 150, da Constituição Federal (...) contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário.

Não nos parece que a regra acima citada tenha o condão de afastar o direito das estatais prestadoras de serviços públicos de fazerem jus à imunidade tributária recíproca, uma vez que tal dispositivo da Constituição tem a sua aplicação restrita às estatais que explorem atividade econômica. (VARANDA, 2007, p. 123)

Dir-se-á que a Constituição Federal, no § 3º do art. 150, estabelecendo que a imunidade do art. 150, VI, a, não se aplica (...) à ECT não se aplicaria a imunidade mencionada, por isso que cobra ela preço ou tarifa do usuário.

A questão não pode ser entendida dessa forma. É que o § 3º do art. 150 tem como destinatário entidade estatal que explore atividade econômica regida pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário. No caso, tem aplicação a hipótese inscrita no § 2º do mesmo art. 150. (Recurso Extraordinário nº 407.099, Supremo Tribunal Federal, 2004)

Passamos agora a apresentar precedentes jurisprudenciais que tratam do assunto aqui tratado.

Ressalte-se que essa questão tem sido julgada em vários tribunais pátrios. Contudo, considerando que é o STF que tem a palavra final nas questões constitucionais, deter-nos-emos aos julgamentos dessa Corte.

Cumpre, ainda, observar que um razoável número de ações tem chegado ao Supremo discutindo esta questão, mas apresentaremos apenas alguns casos emblemáticos.

5.1 Precedentes favoráveis

Primeiramente, tratemos do Recurso Extraordinário nº 407.099, tantas vezes citado ao longo deste estudo. Referido julgado foi o *leading case*, ou seja, o primeiro precedente a tratar da questão da extensão da imunidade recíproca às empresas estatais prestadoras de serviços públicos. Cabível transcrever a ementa:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS: IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA: C.F., art. 150, VI, a. EMPRESA PÚBLICA QUE EXERCE ATIVIDADE ECONÔMICA E EMPRESA PÚBLICA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO: DISTINÇÃO. I. - As empresas públicas prestadoras de serviço público distinguem-se das que exercem atividade econômica. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é prestadora de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado, motivo por que está abrangida pela imunidade tributária recíproca: C.F., art. 150, VI, a. II. - R.E. conhecido em parte e, nessa parte, provido.

No caso em questão, contendiam a ECT – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos e o Município de São Borja, e a disputa judicial dizia respeito a cobrança de impostos municipais.

O STF reconheceu que a ECT, empresa pública federal, era delegatária de serviço público do ente político que a criou – a União. O serviço em questão trata-se do serviço postal, previsto como de titularidade do referido ente político, nos termos do art. 21, X, do texto constitucional: “Compete à União: [...] X – manter o serviço postal e o correio aéreo nacional”.

Percebe-se que o acórdão fez questão de afirmar que se tratava de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado, o que afasta qualquer possibilidade de concorrência entre a ECT e qualquer empresa particular.

Outro precedente interessante é o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 363.412, relatado pelo Ministro Celso de Mello, tendo seu julgamento sido publicado em 19/09/2008:

E M E N T A: INFRAERO - EMPRESA PÚBLICA FEDERAL VOCACIONADA A EXECUTAR, COMO ATIVIDADE-FIM, EM FUNÇÃO DE SUA ESPECÍFICA DESTINAÇÃO INSTITUCIONAL, SERVIÇOS DE INFRA-ESTRUTURA AEROPORTUÁRIA - MATÉRIA SOB RESERVA CONSTITUCIONAL DE MONOPÓLIO ESTATAL (CF, ART. 21, XII, "C") - POSSIBILIDADE DE A UNIÃO FEDERAL OUTORGAR, POR LEI, A UMA EMPRESA GOVERNAMENTAL, O EXERCÍCIO DESSE ENCARGO, SEM QUE ESTE PERCA O ATRIBUTO DE ESTATALIDADE QUE LHE É PRÓPRIO - OPÇÃO CONSTITUCIONALMENTE LEGÍTIMA - CRIAÇÃO DA INFRAERO COMO INSTRUMENTALIDADE ADMINISTRATIVA DA UNIÃO FEDERAL, INCUMBIDA, NESSA CONDIÇÃO INSTITUCIONAL, DE EXECUTAR TÍPICO SERVIÇO PÚBLICO (LEI Nº 5.862/1972) - CONSEQÜENTE EXTENSÃO, A ESSA EMPRESA PÚBLICA, EM MATÉRIA DE IMPOSTOS, DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL FUNDADA NA GARANTIA DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA (CF, ART. 150, VI, "A") - O ALTO SIGNIFICADO POLÍTICO-JURÍDICO DESSA GARANTIA CONSTITUCIONAL, QUE TRADUZ UMA DAS PROJEÇÕES CONCRETIZADORAS DO POSTULADO DA FEDERAÇÃO - IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DA INFRAERO, EM FACE DO ISS, QUANTO ÀS ATIVIDADES EXECUTADAS NO DESEMPENHO DO ENCARGO, QUE, A ELA OUTORGADO, FOI DEFERIDO, CONSTITUCIONALMENTE, À UNIÃO FEDERAL - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - AGRAVO IMPROVIDO. - A INFRAERO, que é empresa pública, executa, como atividade-fim, em regime de monopólio, serviços de infra-estrutura aeroportuária constitucionalmente outorgados à União Federal, qualificando-se, em razão de sua específica destinação institucional, como entidade delegatária dos serviços públicos a que se refere o art. 21, inciso XII, alínea "c", da Lei Fundamental, o que exclui essa empresa governamental, em matéria de impostos, por efeito da imunidade tributária recíproca (CF, art. 150, VI, "a"), do poder de tributar dos entes políticos em geral. Conseqüente inexigibilidade, por parte do Município tributante, do ISS referente às atividades executadas pela INFRAERO na prestação dos serviços públicos de infra-estrutura aeroportuária e daquelas necessárias à realização dessa

atividade-fim. O ALTO SIGNIFICADO POLÍTICO-JURÍDICO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA, QUE REPRESENTA VERDADEIRA GARANTIA INSTITUCIONAL DE PRESERVAÇÃO DO SISTEMA FEDERATIVO. DOUTRINA. PRECEDENTES DO STF. INAPLICABILIDADE, À INFRAERO, DA REGRA INSCRITA NO ART. 150, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO. - A submissão ao regime jurídico das empresas do setor privado, inclusive quanto aos direitos e obrigações tributárias, somente se justifica, como consectário natural do postulado da livre concorrência (CF, art. 170, IV), se e quando as empresas governamentais explorarem atividade econômica em sentido estrito, não se aplicando, por isso mesmo, a disciplina prevista no art. 173, § 1º, da Constituição, às empresas públicas (caso da INFRAERO), às sociedades de economia mista e às suas subsidiárias que se qualifiquem como delegatárias de serviços públicos.

A lide envolveu a INFRAERO – Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária e o Município de Salvador. A disputa girava em torno da cobrança de ISS.

O STF entendeu que a INFRAERO, empresa pública federal, era delegatária de serviço público de titularidade da União. O serviço em questão trata-se da infraestrutura do serviço postal, previsto como de titularidade do referido ente político, nos termos do art. 21, XII, do texto constitucional: “Compete à União: [...] XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária”.

O julgado ressaltou que a INFRAERO prestava o serviço em regime de monopólio, o que tiraria de cena qualquer concorrência desleal com a iniciativa privada. Diferentemente do caso da ECT, a INFRAERO não exerce serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado. O próprio art. 21, XII diz que a União poderá explorá-lo por meio de particulares. Porém, optou ela por criar uma empresa pública para tal fim.

Assim, não nos parece que, para que faça a empresa governamental jus à imunidade recíproca, seja necessário prestar serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado. Basta que se demonstre o monopólio no exercício das atividades.

Por fim, citaremos o Agravo de Instrumento nº 686.611, cujo relator foi o Ministro Gilmar Mendes:

DECISÃO: Trata-se de agravo contra decisão que negou processamento a recurso extraordinário interposto em face de acórdão cuja ementa assim dispõe (fl. 167): “Tributário. IPTU. Sociedade de Economia Mista. Imunidade. Imóvel de propriedade estatal. Prova. É devido IPTU de imóveis de Sociedade de Economia Mista, no caso, a Companhia de Água e Esgoto de Rondônia, embora forneça serviço de utilidade pública à população, porque no caso não goza da imunidade prevista constitucionalmente (CF, art. 150, inc. VI, al. a). Se estiver ausente a prova de que o imóvel utilizado pela Sociedade de Economia Mista seja da propriedade do Estado, sujeita este à incidência do imposto predial e territorial urbano.” Alega-se violação aos artigos 150, VI, a, e 156, I, da Carta Magna. Sustenta-se que: “A

CAERD, segundo sua ata de criação, é uma sociedade por ações, de economia mista, de capital autorizado, controlada pelo governo do Estado de Rondônia, constituída nos termos do Decreto-lei no 490, de 4 de março de 1969, que 'tem por finalidade operar, conservar, explorar, ampliar, manter e melhorar os serviços públicos de águas e esgotos sanitários nas comunidades cujos sistemas estejam sob sua responsabilidade'. A CAERD, embora criada sob o rótulo de sociedade de economia mista, teve seu capital constituído tão somente por recursos públicos, do Estado de Rondônia, pessoa política de direito público." No caso, configura-se a presunção da existência de repercussão geral, consoante o disposto nos arts. 543-A, § 3º, do CPC, e 323, § 1º, do RISTF, uma vez que o acórdão contrariou o entendimento firmado por esta Corte. Este Tribunal firmou o entendimento de que as sociedades de economia mista, prestadoras de serviço público, sujeitam-se à imunidade tributária recíproca, e de que essa imunidade é relativa apenas aos impostos. Nesse sentido, o RE-AgR 318.185, 2a T., Rel. Nelson Jobim, DJ 7.5.2004; o RE 253.394, 1a T., Rel. Ilmar Galvão, DJ 11.4.2003; e o RE 265.749, 2a T., Rel. Maurício Corrêa, DJ 12.9.2003, o qual possui a seguinte ementa: "EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. IPTU. IMÓVEIS DO ACERVO PATRIMONIAL DO PORTO DE SANTOS. IMUNIDADE RECÍPROCA. TAXAS. 1. Imóveis situados no porto, área de domínio público da União, e que se encontram sob custódia da companhia em razão de delegação prevista na Lei de Concessões Portuárias. Não-incidência do IPTU, por tratar-se de bem e serviço de competência atribuída ao poder público (artigos 21, XII, "f" e 150, VI, da Constituição Federal). 2. Taxas. Imunidade. Inexistência, uma vez que o preceito constitucional só faz alusão expressa a imposto, não comportando a vedação a cobrança de taxas. Recurso Extraordinário parcialmente provido." No mesmo sentido, monocraticamente, o AI 351.888, Rel. Celso de Mello, DJ 16.3.2007. Assim, conheço do recurso e dou-lhe provimento (art. 557, § 1º-A, do CPC) para declarar a imunidade da agravante quanto à cobrança de impostos. Determino a inversão dos ônus da sucumbência. Publique-se.

No processo em análise, foi reconhecida pelo ministro relator a extensão da imunidade recíproca à CAERD – Companhia de Água e Esgoto de Rondônia, sociedade de economia mista estadual.

Embora se trate de uma decisão monocrática, há, na Corte Suprema, outras decisões do mesmo tipo, reconhecendo a imunidade recíproca para a mesma empresa, que foram posteriormente referendadas pelas Turmas dos relatores: Ação Cautelar nº 1549-RO, de relatoria do Ministro Celso de Mello; Ação Cautelar nº 1550-RO, relatada pelo Ministro Gilmar Mendes; e Ação Cautelar nº 1582-RO, que teve como relator o Ministro Joaquim Barbosa. Percebe-se, então, que é um entendimento dominante no STF.

A CAERD foi a primeira sociedade de economia mista que teve reconhecido, pelo Supremo, o benefício da imunidade tributária recíproca. Tem entendido o Tribunal que se trata de empresa criada pelo Estado de Rondônia como delegatária de serviços públicos, quais sejam, os de água e esgoto.

No julgado acima transcrito, é importante observar que o ministro não menciona se a empresa presta o serviço em regime de monopólio ou não. Nesse particular, vemos com

cautela o posicionamento adotado, pois, pelos motivos devidamente explicados ao longo deste estudo, consideramos o monopólio elemento essencial para que imunidade recíproca seja estendida às empresas estatais delegatárias de serviços públicos.

Algo a se destacar nesses três precedentes é que ambos estenderam a imunidade apenas para as rendas, bens e serviços ligados ao serviço público que fazia jus à imunidade.

5.2 Precedentes desfavoráveis

Contrariando a tendência do STF, o Ministro Marco Aurélio, em decisão monocrática proferida na Ação Cível Originária nº 1342, publicada em 02/03/2009, negou o pedido de tutela antecipada, formulado pela Casa da Moeda do Brasil, de que lhe fosse reconhecida imunidade recíproca:

DECISÃO: PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO ' EMPRESA PÚBLICA ' OBJETIVOS SOCIAIS ' TRIBUTOS ' TUTELA ANTECIPADA ' IMPROPRIEDADE. 1. Eis as informações prestadas pela Assessoria: Na petição de folha 2 a 22, a Casa da Moeda do Brasil - CMB formula pedido de tutela antecipada, tendo em conta os parâmetros da inicial, voltados a decisão no sentido da inexigibilidade, pelo Município do Rio de Janeiro, do Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza ' ISSQN e do afastamento de sanções decorrentes do não-pagamento do tributo. Alega a imunidade tributária dos serviços prestados, a teor do artigo 150, inciso VI, alínea 'a', da Constituição Federal, quer pela condição de empresa pública da União, quer pela natureza pública dos serviços, entre outros, de fabricação e controle de moedas, títulos, passaportes, identidades e selos postais nacionais, previstos nos artigos 21, incisos VII e X, e 22, incisos V e VI, da Carta. Diz estar configurado conflito federativo a implicar a competência do Supremo, nos termos do artigo 102, inciso I, alínea 'f', do Diploma Maior. Evoca como precedentes da Corte os acórdãos relativos à Questão de Ordem na Ação Cível Originária nº 515-1/DF, relatora ministra Ellen Gracie, publicado no Diário da Justiça de 27 de setembro de 2002, e aos Recursos Extraordinários nº 94.126-6/RJ, relator ministro Néri da Silveira, publicado no Diário da Justiça de 22 de junho de 1984, e nº 407.099-5/RS, relator ministro Carlos Velloso, publicado no Diário da Justiça de 6 de agosto de 2004. Alude às peças de folhas 33 e 34, a comprovar a existência de inscrições e execuções tributárias pela Fazenda Pública Municipal do Rio de Janeiro. Os recursos administrativos interpostos não foram acolhidos - folha 35 a 65. Requer o deferimento de tal tutela para afastarem-se as exigências tributárias, assegurando-se-lhe a obtenção de certidões negativas da dívida ativa. Alfim, busca ver declarada, em definitivo, a ausência de relação jurídico-tributária em face da imunidade da entidade pública. Acompanham a inicial os documentos de folha 23 a 65. O processo encontra-se concluso para o exame do pedido de liminar. 2. Não cabe, de início, examinar a questão alusiva à competência da Corte. De um lado, tem-se matéria a ser submetida ao Colegiado no tocante à configuração do conflito federativo. De outro, os precedentes, em relação aos quais guardo reservas, envolvem outra empresa pública - a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - e o Estado do Rio de Janeiro quanto ao IPVA. Postergo a apreciação do tema para quando do julgamento no Plenário. Sob o ângulo da tutela antecipada, verifico que há o envolvimento do Município do Rio de Janeiro, a cobrar o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, e pessoa jurídica de direito privado que tem em seu objetivo atividade a extravasar o campo público propriamente dito, vale dizer, a produção e comercialização de outros materiais e serviços compatíveis com a tarefa

desenvolvida. 3. Indefero a tutela antecipada. 4. Citem o Município do Rio de Janeiro, para contestar. 5. Publiquem.

Com a devida vênia, não podemos concordar com o posicionamento do ministro, que observou que os objetivos da empresa em questão ultrapassam o campo público.

A Casa da Moeda enquadra-se perfeitamente nos requisitos para que lhe seja reconhecida a imunidade tributária recíproca. Entre outras funções, é ela quem emite moeda – serviço público de titularidade da União, nos termos do art. 21, VII, da Constituição: “Art. 21. Compete à União: [...] VII – emitir moeda”.

À semelhança da ECT e da INFRAERO, a Casa da Moeda é empresa pública federal criada para prestar serviço público de titularidade do ente que a criou – a União. Além disso, exerce suas atividades em regime de monopólio – além da Casa da Moeda, ninguém mais tem permissão para fabricar papel-moeda e moeda metálica.

Entendemos, ainda, tratar-se de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado, pois não dá a Constituição autorização para que a União transfira sua prestação para a iniciativa privada.

Assim, diante do cristalino preenchimento de todos os requisitos, observamos que decidiu o ministro em desacordo com a doutrina pátria e a jurisprudência do próprio STF, razão pela qual vinha sendo esperado que os demais membros do Tribunal não confirmassem tal decisão.

Recentemente, o julgamento, que se encontrava suspenso devido a pedido de vista do Ministro Eros Grau, foi retomado, ocasião em que esse ministro, confirmando nossas expectativas, exarou entendimento diferente do relator, reconhecendo a imunidade da empresa pública em questão com relação à sua atividade de emitir moeda.

O julgamento não prosseguiu tratando do mérito da imunidade, pois os ministros reconheceram a incompetência do Supremo para julgar a ação, remetendo-a para a Justiça Federal⁴. Conforme já foi dito, considerando a jurisprudência daquela Corte, é certo que, se a referida causa chegar a ela novamente, por meio de recurso, será adotado o posicionamento do Ministro Eros Grau.

⁴ Informações disponíveis em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=154562>. Acesso em: 24 jun. 2010.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A imunidade tributária recíproca tem por finalidades garantir o princípio federativo, ao evitar que as pessoas políticas invadam a esfera de autonomia umas das outras por meio da tributação, e tirar do serviço público – função típica dos entes estatais – esse peso, para que possa ele ser prestado da forma mais eficiente possível.

O Estado atua na economia desenvolvendo atividade econômica de duas formas: como explorador de atividade econômica em sentido estrito – caso em que estará exercendo função típica da iniciativa privada – e como prestador de serviço público – função tipicamente sua.

Ao explorar atividade econômica em sentido estrito, por meio de suas empresas, deverá o Estado submeter-se às disposições do art. 173 da Constituição, que determina para as empresas governamentais exploradoras de atividade econômica a submissão ao regime das empresas privadas, a fim de evitar que o Estado, mais forte, tenha vantagens ao concorrer com o setor privado.

As empresas públicas e sociedades de economia mista existem para que as pessoas políticas descentralizem suas atividades. As que prestam serviço público não se submetem ao regime do art. 173, pois este trata de atividade econômica em sentido estrito. Tais empresas, quando delegatárias de serviço público de titularidade do ente político, desempenham função tipicamente estatal, razão porque são uma extensão do ente que as criou, equiparando-se às autarquias.

Considerando que tais empresas atuam como *longa manus* da pessoa política a desenvolver atividade típica sua e que se equiparam às autarquias, pode-se estender a elas o benefício da imunidade recíproca, para que esta cumpra as suas finalidades, independentemente de quem presta o serviço público, e pelo fato de as autarquias serem beneficiárias de tal imunidade, nos termos do art. 150, § 2º, do texto constitucional.

Destaque-se que existe outro requisito para que essas empresas venham a ser beneficiadas pela imunidade recíproca: é necessário que prestem o serviço em regime de monopólio. Tal exigência visa a impedir que elas venham a ter vantagem sobre algum particular que eventualmente preste o mesmo serviço.

Embora não seja consenso entre todos os ministros, a jurisprudência amplamente majoritária do Supremo Tribunal Federal, que tem a última palavra nas questões

constitucionais, tem adotado o posicionamento aqui defendido, o que é mais um indicativo de que tal pensamento tem bases sólidas e foi assimilado pelo Direito pátrio.

AGRA, Wilson. *As*

ALMEIDA, José

ALMEIDA, José

ALMEIDA, José

ALMEIDA, José

BRASIL. Comissão

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ALMEIDA, Maria Cândida Monteiro de. A imunidade recíproca e sua extensão às empresas públicas: um exemplo eloqüente de mutação constitucional. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 170, p. 31-42, nov. 2009.

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 15. ed.. São Paulo: Saraiva, 2009.

ARAÚJO, Francisco Régis Frota. **Direito constitucional econômico e tributário**. Rio de Janeiro – São Paulo – Fortaleza: ABC, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da república federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 mai. 2010.

_____. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 30 mai. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária nº 1342-RJ. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 18 de fevereiro de 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 02 jun. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939-DF. Relator: Ministro Sydney Sanches. Brasília, 15 de dezembro de 1993. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 04 jun. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 686.611-RO. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 04 de abril de 2008. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 24 jun. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 363.412-BA. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 07 de agosto de 2007. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 220.906-DF. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 16 de novembro de 2000. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 04 jun. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 407.099-RS. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, 22 de junho de 2004. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 2010.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **A imunidade tributária das empresas estatais delegatárias de serviços públicos**. São Paulo: Malheiros, 2004.

COSTA, Regina Helena. **Imunidades tributárias: teoria e análise da jurisprudência do STF.** São Paulo: Malheiros, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GRAU, Eros. **A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica).** 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário.** 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da constituição.** 3.ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito administrativo.** 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

PAULSEN, Leandro. **Direito tributário: constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência.** 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; ESMAFE, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

VARANDA, Rodrigo. A imunidade tributária das empresas estatais prestadoras de serviço público. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 147, p. 119-128, dez. 2007.