

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

FERNANDO MACEDO DE OLIVEIRA

**A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA APLICADA AOS SERVIÇOS
PRESTADOS EM REGIME CONCORRENCIAL PELOS CORREIOS À LUZ DO
RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 601.392/PA DO STF**

BRASÍLIA,

NOVEMBRO 2016

THE RECIPROCAL TAX IMMUNITY APPLIED TO THE SERVICES PROVIDED ON
COMPETITIVE BASIS BY THE POST OFFICE ACCORDING TO THE RECURSO
EXTRAORDINÁRIO Nº 601.392/PA DO STF

Fernando Macedo de Oliveira

SÚMÁRIO

Introdução; 1 A Imunidade como Técnica de Distribuição de Competência; 2 A Construção da Norma da Imunidade; 3 A Imunidade Recíproca: Conceito e Relação com o Federalismo e Impostos; 4 A Imunidade Recíproca no Direito Americano: a Distinção Entre Atividades Estritamente Públicas e Atividades Privadas Do Estado; 5 A Imunidade Recíproca e a Ordem Econômica Constitucional na Constituição de 1988; 6 A Imunidade Recíproca das Atividades Privadas das Empresas Públicas no Caso dos Correios: o Entendimento do Supremo Tribunal Federal; 6.1 Análise Crítica do Entendimento do Supremo Tribunal Federal; Conclusão.

RESUMO

O presente artigo tem o propósito de analisar a fundamentação que levou o Supremo Tribunal Federal (STF), no Recurso Extraordinário nº 601.392/PA, a estender a imunidade recíproca da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (Correios), originalmente destinada aos serviços referentes ao privilégio postal, às atividades prestadas em regime concorrencial, sob a perspectiva de que estes serviços são necessários para o financiamento do privilégio postal da ECT pela lógica do subsídio cruzado. Buscar-se-á na evolução da imunidade recíproca no direito americano e brasileiro, e nos fundamentos da ordem econômica constitucional da Constituição Federal de 1988, elementos que demonstram a subversão de um modelo arrecadatório com base nos impostos pela exploração direta de atividade econômica e a violação à isonomia do regime jurídico aplicável à ECT e às demais empresas privadas concorrentes nos serviços fora do privilégio postal.

PALAVRAS-CHAVE: Imunidade recíproca; Serviço postal; Subsídio cruzado; Ordem econômica Constitucional.

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the arguments that led the Supremo Tribunal Federal (STF), in the Recurso Extraordinário nº 601.392/PA, to extend reciprocal immunity of the Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (Correios), originally destined to the services related to the postal privilege, to the activities performed under competitive market, on the grounds that these services are necessary to finance the postal privilege of ECT by way of cross subsidy. This article will seek the evolution of reciprocal immunity in American and Brazilian law, and in the foundations of the constitutional economic order in the Federal Constitution of 1988, elements that demonstrate a subversion of a tax-based levy model to

exploit direct economic activity And the violation of the legal system applicable to ECT and other competing private companies in services outside the postal privilege.

KEY WORDS: Reciprocal immunity; Postal service; Cross-subsidy; Constitutional economic order.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal Brasileira de 1988 contempla, em seu artigo 150, VI, “a”, a figura da imunidade recíproca, limitação constitucional do poder de tributar que impede que os entes federados cobrem tributos sobre o patrimônio, a renda ou serviços uns dos outros, ressalvando, por meio do § 3º do mesmo dispositivo, que é vedada a extensão da imunidade à exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados ou à exploração de atividades em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário.

A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT (Correios), empresa pública delegatária da prestação de serviços postais em regime de privilégio, com base na Lei nº 6.538/76, goza de imunidade recíproca em razão da natureza de tais serviços, segundo reconhecido na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF).¹

Ocorre que a empresa também exerce, além das atividades que constituem o privilégio postal, atividades prestadas em regime concorrencial com as empresas privadas, conforme verificado pelo STF na ADPF nº 46/DF².

Ao enfrentar esta peculiaridade, para o efeito de delimitar o alcance da imunidade tributária, o STF entendeu, em acórdão proferido no RE 601.392/PA³, que as atividades prestadas em regime de concorrência pelos Correios também devem gozar da imunidade recíproca, considerando que o lucro auferido nestas atividades financiam o privilégio postal

¹BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 407.099/RS, rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 22-6-2004, Segunda Turma, DJ de 6-8-2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261763>>. Acesso em: 24/11/2016.

²BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 46, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJe 26-02-2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608504>>. Acessado em: 24/11/2016.

³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 601.392, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 28/02/2013, public. 05/06/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3921744>>. Acesso em: 24/11/2016.

da empresa, é o que se denomina de subsídio cruzado, tornando-se necessário analisar a possibilidade de extensão da imunidade recíproca aplicada aos serviços prestados em regime concorrencial pelos correios.

A decisão impossibilita a incidência não apenas de impostos Federais, mas também de impostos Estaduais e Municipais sobre os Correios, suprimindo parcela de arrecadação destes membros da Federação, bem como coloca em destaque a situação privilegiada do Estado frente ao particular na exploração direta da economia.

Deve ser perquirido se o subsídio cruzado – como fundamento de extensão da imunidade recíproca feita pelo STF no RE 601.392/PA, de maneira que alcance não apenas os serviços públicos prestados em regime de privilégio pelos Correios, mas também abranja as atividades prestadas em regime concorrencial – é compatível com o instituto da imunidade recíproca e com os fundamentos da ordem econômica constitucional.

Isto porque a conclusão adotada pelo Supremo Tribunal Federal parece colocar em cheque o disposto no art. 173, § 1º, da Constituição, que estipula a igualdade jurídica entre as empresas públicas e as empresas privadas exploradoras de atividade econômica, bem como o próprio artigo 150, § 3º, da Constituição, que, ao delimitar o âmbito de alcance da imunidade recíproca, veda a sua aplicação à exploração de atividades econômicas que são regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados.

O subsídio cruzado como fundamento da extensão da imunidade às atividades exercidas em regime concorrencial subverte o modelo arrecadatório via impostos, na medida em que angaria recursos com a exploração de atividade que, com base no art. 174 da Constituição, é de primazia do particular.

Para a realização de tal análise jurídica do entendimento do STF adotado no RE 601.392/PA – portanto, aparte de uma análise contábil sobre a existência ou não do déficit orçamentário das atividades que compõem o privilégio postal – será necessária a compreensão do instituto da imunidade recíproca como viabilização do modelo Federativo sobre a necessidade de se extrair uma norma aplicável ao caso concreto em consonância com o texto constitucional, feita a partir do entendimento da imunidade recíproca no direito americano e na Constituição Federal de 1988, em consonância, inclusive, com a ordem econômica

constitucional preconizada pela Carta Política, proporciona ferramentas para questionar a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal no RE 601.392/PA.

1A IMUNIDADE COMO TÉCNICA DE DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA

No federalismo brasileiro, a cada pessoa jurídica de Direito Público foi assegurada uma esfera de atuação própria, composta de um complexo de atribuições e poderes exercidos com autonomia para consecução dos fins estabelecidos na Constituição. É o que se denomina de competência, dentre as quais a competência para instituição de tributos.

O poder tributário⁴, a partir da organização do Estado, que se dá por intermédio da Constituição, é transformado em competências distribuídas entre os membros da Federação, passando a observar limites desenhados pela Carta Política.⁵

Desse modo, se o poder de tributar encontra, por um lado, atribuições de caráter positivo, por outro encontra normas que reduzem ou suprimem as faculdades de tributar dos entes públicos, de caráter negativo.

Essas reduções, extraídas do texto da Constituição, foram denominadas originariamente por Aliomar Baleeiro como “limitações constitucionais ao poder de tributar”.⁶ É de se notar, no entanto, que vários princípios se submetem a este caráter limitativo, de impor condicionantes ao poder tributário, tais como a anterioridade, a legalidade e a vedação ao confisco. Cabe, desse modo, a seguinte indagação: o que distingue as imunidades dos princípios que compõe as demais limitações ao poder de tributar?

Os princípios limitadores da atividade tributária, tais como a anterioridade, a legalidade e a capacidade contributiva, enquanto princípios jurídicos, são normas fundamentais do sistema tributário, tipificadas pelo forte conteúdo axiológico e pelo alto grau de generalidade e abstração, cumprindo o papel fundamental de orientar a interpretação e a

⁴ Para Hugo de Brito Machado, a expressão “poder tributário” transcende ao direito, relacionado à “aptidão para realizar a vontade, seja por que meio for. Com, sem ou contra a lei.” A partir da organização jurídica do Estado, deixa-se a relação de poder e passa-se a ter relação jurídica. (MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**, 35ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p.27 e 28).

⁵ COSTA, Regina Helena. **Imunidades Tributárias: Teoria e análise da jurisprudência do STF**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 54 e 55.

⁶ BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 7. ed. rev. e compl. por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

aplicação de outras normas por diretrizes positivas que condicionam o exercício válido da competência.

As imunidades, por sua vez, são normas aplicáveis a situações específicas, que elencam preceitos negativos⁷ identificados na Lei Maior, determinando a incompetência tributária dos entes públicos e impedindo o exercício da tributação sobre certas pessoas e situações discriminadas no texto constitucional⁸.

Assim, as imunidades compõem um campo explícito e delimitado à escolha do Constituinte, que aniquila por completo a competência, não havendo espaço para se examinar o exercício válido da competência.

Segundo Misabel Derzi, a imunidade está inserida na razão entre as atribuições e limitações à competência tributária. Isso porque não se cogita de ser um ente imune quando não há competência genérica para tributar-lhe. A imunidade é, portanto, uma regra de exceção ou supressão, pois ganha sentido apenas com a existência de uma norma que concede, previamente, competência tributária à situação abrangida pelo instituto.⁹

Já Paulo de Barros Carvalho entende que não há lógica na assertiva de que, no exercício de competências definidas pelo legislador, haja em momento subsequente, a mutilação pela imunidade,¹⁰ tendo em vista que o legislador não concede poder para negá-lo. Esse utiliza apenas uma forma distinta do desenho da competência, que ocorre de maneira instantânea.¹¹

Para Paulo de Barros Carvalho, portanto, as imunidades se resumem ao seguinte conceito:

⁷ COSTA, op. Cit., p. 54 e 55.

⁸ Observe-se que a primazia por um princípio não é incompatível, de pronto, com a tributação, o que não implica sua mitigação em face de princípios como o da capacidade contributiva ou da vedação ao confisco, que orientarão a aplicação da norma, não sendo correto, portanto, caracterizar a imunidade como um princípio.

⁹ BALEEIRO, op. Cit., p. 14 (nota de Misabel derzi).

¹⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**, 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 181-182. No mesmo sentido, AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 114.

¹¹ Regina Helena da Costa afirma ser aplicável o entendimento de Paulo de Barros acerca da simultaneidade da dinâmica normativa relativa às isenções tributárias. Vide CARVALHO, Paulo de Barros, **Curso de Direito Tributário**. – 9ª ed. – São Paulo: Saraiva, 1997, p. 314-320. Apud COSTA, Regina Helena. **Imunidades Tributárias: Teoria e análise da jurisprudência do STF**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 41-42.

Classe finita e imediatamente determinável de normas jurídicas, contidas no texto da Constituição da República,¹² e que estabelecem, de modo expresso, a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno para expedir regras instituidoras de tributos que alcancem situações específicas e suficientemente caracterizadas.¹³

Dizer que a imunidade é uma supressão de um poder prévio positivo ou que é o próprio desenho instantâneo do poder, é partir de pontos de partida distintos, chegando, todavia, ao mesmo ponto de chegada, qual seja: as imunidades tributárias são uma técnica de distribuição de competências.

Toma-se como importante, portanto, a extração do significado da imunidade como uma técnica de distribuição de competência, e como tal, de guarida constitucional, impedindo que o legislador ordinário crie exações que abarquem as pessoas ou objetos imunes, sob pena de inconstitucionalidade pela incompetência de tributar uma situação albergada pela imunidade.

2A CONSTRUÇÃO DA NORMA DA IMUNIDADE

O Direito, em uma das suas acepções, pode ser classificado como a regência das normas de conduta de uma determinada sociedade. Inicia seu processo de formação na elaboração do preceito e é efetivado na sua aplicação ao caso concreto, em que se extrai um significado (uma norma) de um significante linguístico prévio, dando vida à regência perseguida pelo Direito.

A extração da norma do caso concreto pressupõe a investigação do programa normativo, isto é, a base literal conferida pelo texto normativo, extraída mediante técnicas de interpretação (dados linguísticos), para, a partir de elementos não linguísticos, com o recorte da realidade social aplicável ao caso, desenhar o seu âmbito normativo, ou seja, o campo de

¹²A necessidade da menção expressa no texto constitucional, todavia, não é absoluta. Há situações, excepcionalmente, nas quais a imunidade é dedutível de um princípio que lastreia a própria norma atributiva de competência, sendo uma consequência necessária, de modo expresso ou implícito de um princípio, tal como a imunidade recíproca em relação ao Pacto Federativo. Vide DERZI, Misabel de Abreu Machado. **A imunidade recíproca, o princípio federal e a emenda constitucional n.3 de 1993**, RD Tributário 62/82. São Paulo: Malheiros editores. Apud COSTA, Regina Helena. **Imunidades Tributárias: Teoria e análise da jurisprudência do STF**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 35-36.

Nesse ponto, Paulo de Barros, a despeito de defender a imunidade como classe finita e imediatamente determinável no texto constitucional, admite a imunidade recíproca de modo implícito como corolário do modelo Federativo. (CARVALHO, op. Cit., p. 193-194)

¹³ CARVALHO, op. Cit., p. 190-191.

aplicação da realidade que o programa da norma pretende incidir.¹⁴ Portanto, a norma do caso deve partir sempre enunciado normativo, não podendo contrastá-lo.

Viu-se que as imunidades perfilam o campo da competência das figuras de Direito Público para instituição de tributos, e, por se tratar de competência, devem estar albergadas no texto Constitucional. Cabe investigar, no entanto, quais são os elementos que denotam os motivos de sua existência (positivação) e que configuram o programa e âmbito normativo das imunidades.

Quando se fala em tributação, fala-se em sustento da máquina estatal para a promoção do bem comum.¹⁵ A princípio, todos os integrantes de um determinado Estado deveriam se sujeitar ao ônus de custear os gastos gerais, com a observância da capacidade contributiva, valendo-se, inclusive, do princípio da igualdade. É de supor, desse modo, que há uma coerência normativa para o tratamento diferenciado das situações imunes, na absoluta impossibilidade tributação.¹⁶

As imunidades, nesse passo, são compostas por um apanhado de princípios que, de um lado, garantem sua efetividade e, por outro, induzem métodos de interpretação sobre sua aplicação, cabendo ao jurista a busca pela norma da imunidade mediante a busca dos vários valores constitucionais que perfilharão sua razão de ser e sua delimitação aplicável ao caso.¹⁷

O estudo das imunidades revela, a princípio, que deixar de fora certas situações do encargo tributário decorre da proteção e busca de valores extremamente caros e protegidos pela Constituição.¹⁸ Não obstante, a proteção de um valor fundamental, por si só, não revela razoável o desencargo de um tributo que deve ser suportado por toda a coletividade

¹⁴MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. São Paulo: RT, 2008, p. 254-255. Apud ABBOD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial**. São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 67-68.

¹⁵ Cabe uma ressalva quanto às taxas. Estas, criadas para prestação de serviços públicos *ut singule* ou para o exercício do poder de polícia do Estado, não servem para promoção do bem comum direto, já que são oriundas de uma contraprestação direta do Estado, todavia, em última análise, o Estado age sempre em prol do interesse público.

¹⁶ SCHOUEI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. – 5ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 422-426.

¹⁷Ibid., p. 422-426.

¹⁸ O exercício de direitos fundamentais, por si só, não é incompatível com a tributação, desde que módica. Caso obstrua o exercício de um direito fundamental, entra em cena o princípio da proibição do efeito de confisco ou até mesmo da proporcionalidade, combatendo o excesso de tributação. (Ibid., p. 426)

beneficiária da exação, visto que, a Constituição brasileira, extremamente analítica, elenca uma série de princípios fundamentais, o que redundaria em uma infinidade de imunidades.

Luís Eduardo Schoueri defende que, na construção da norma da imunidade, além da consagração de um princípio fundamental, haverá sempre a consagração concomitante de outros princípios,¹⁹ tal como a Capacidade Contributiva, ou de finalidades fundamentais, tal como o estímulo à cultura e educação na imunidade tributária dos livros, jornais e periódicos e o papel destinado à sua impressão.²⁰

A imunidade recíproca é grande marca desse raciocínio. Por um lado, apresenta-se como uma garantia da autonomia e isonomia dos entes federados, consagrando o princípio federativo, e por outro, denota a consagração do princípio da capacidade contributiva, ou melhor, sua ausência quanto às pessoas jurídicas de Direito Público, conquanto a manifestação de riqueza exarada por suas atividades públicas, a princípio, é voltada aos gastos da coletividade.

A partir dessa premissa, de que a imunidade decorre de vários fundamentos ou finalidades constitucionais, esta encontra, do mesmo modo, limitações extraídas do próprio texto constitucional, servindo de extrema importância na função de delimitar os contornos da extração do significado da norma da imunidade.

Sobre este ponto, aborda Schoueri:

Assim, o enunciado do artigo 150, VI, 'a', da Constituição apenas vem se adicionar aos já citados, todos caminhando na mesma direção; claro que o enunciado mantém sua importância, seja por explicitar a imunidade, seja por apresentar contornos rígidos a ela. Pode-se dizer que, sem o último enunciado, a imunidade teria feições menos claras, exigindo do exegeta longo trabalho analítico para conhecer a norma; ao tratar expressamente do assunto, o constituinte cuidou desde logo de esclarecer o alcance da imunidade, reduzindo daí o esforço argumentativo do jurista.²¹

¹⁹ Haverá casos, no entanto, que a capacidade contributiva não se prestará para fundamentar a existência da imunidade, podendo haver uma função apenas de ordem sistemática ou até mesmo a inserção de uma imunidade oriunda de pura negociação legislativa, já que a repartição de competências é de livre escolha do constituinte, acrescentando-se que desde que não viole o pacto federativo. (Ibid., p. 425)

²⁰ Ibid., p. 473-480.

²¹ Ibid., p. 425.

Assim como a construção que se faz da competência tributária – da entrega de competência e supressão pela imunidade –, as imunidades encontram, igualmente, um desenho normativo decorrente da confluência de diversos dispositivos²².

No campo da imunidade recíproca, essa confluência de dispositivos que corroboram nos contornos de aplicação da norma possui forte expressão constitucional, com substrato matriz no pacto federativo. Para tanto, faz-se imprescindível, a análise da sua relação com o federalismo e os impostos, seu processo histórico de criação e a sua evolução no direito brasileiro para, após, perfilar, a construção da hermenêutica da imunidade recíproca aplicada às atividades privadas exercidas pelos Correios, empresa pública criada para prestação de serviços públicos.

3A IMUNIDADE RECÍPROCA: CONCEITO E RELAÇÃO COM O FEDERALISMO E IMPOSTOS.

A imunidade recíproca pode ser conceituada como a garantia dos entes públicos de não sofrerem tributação em suas rendas, patrimônios e serviços, preconizando a autonomia das pessoas jurídicas de Direito Público asseguradas pelo pacto federativo²³.

Em uma Federação, cada ente público é dotado de competências próprias, todas na função de satisfazer o bem-estar coletivo, balizadas pelo interesse público da sociedade. A imunidade recíproca, nesse contexto, é um instituto que veda qualquer óbice entre os Estados-membros na consecução do objetivo público²⁴.

Ademais, tributação pressupõe um estado de sujeição entre quem tributa e quem é tributado, o que inexistente entre os membros da Federação, postos sob uma relação isonômica de repartição de competências e não de hierarquia.

Portanto, ainda que inexistente a previsão no art. 150, I, “a”, da Constituição de 1988, a tributação recíproca seria vedada decorrente da cláusula pétrea elencada no art. 60, §4º, I, do

²² Ibid., p. 476.

²³ CARRAZZA, Antonio Roque. **A Imunidade Tributária das Empresas Estatais Delegatárias de Serviços Públicos: Um estudo sobre a imunidade tributária da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT.** São Paulo: Malheiros, 2004, p. 27-30.

²⁴ Ibid., p. 27-30.

mesmo diploma, que veda a deliberação de proposta tendente a abolir a forma federativa de Estado²⁵.

O artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988, estabelece a premissa de que todo poder, soberano, emana do povo, o qual delega o seu exercício aos seus representantes, os quais, ao inaugurarem as vigas mestras do exercício desse poder, reunidos na Assembleia Constituinte, repartiram esse poder, distribuindo-o entre os membros do Estado sob a forma Federativa²⁶.

No modelo Federal Brasileiro, União, Estados, Distrito Federal e Municípios têm seus campos delimitados de atuação envolvidos por feixes de prerrogativas e atribuições próprias, ora exclusivos ou comuns, ora privativos ou concorrentes, caracterizando o conceito de competência, dentre os quais, a de tributar.²⁷

Além das competências legislativas, que possuem um custo em si²⁸, os membros da Federação possuem competências de ordem material²⁹. Assegurar este leque de atribuições sem a devida equalização com as formas de custeio financeiro do modelo adotado, poderia trazer a imediata falência das repartições de competências e do próprio Estado Federativo, devido ao fato de que inviabilizar economicamente o alcance de sua finalidade pública.

A escolha pelo modelo federal, marcada pela divisão de competências, desse modo, implica se falar em uma necessária autonomia financeira para consecução dos fins atribuídos a cada pessoa jurídica de Direito Público que compõe a Federação.

O imposto, nesse contexto, dentre os tributos, evidencia-se como a fonte de custeio e sustentação do federalismo, tendo em vista que não depende de uma atuação estatal para sua imposição, ou seja, é um tributo não vinculado a uma contraprestação específica do Estado³⁰.

²⁵Ibid., p. 27.

²⁶ Segundo Fernanda Dias Menezes Almeida o Estado Federal é evidenciado pela soberania de um Único Estado, mantendo-se a autonomia política e financeira de seus membros pela repartição de competências e de rendas, inexistindo direito de secessão. (ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competências na Constituição de 1988**. – 6ª ed. – São Paulo: Atlas, 2013, p. 10-17)

²⁷ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**, 35ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, P. 28-30.

²⁸ Tais como despesas de funcionamento do meio físico e despesas com remuneração dos agentes envolvidos no parlamento, como os congressistas, os assistentes, os consultores, os empregados, entre outros.

²⁹ Distingue-se a competência legislativa da competência material. Enquanto aquela se refere à atividade normativa, essa se refere às demais atividades exercidas concretamente pelo Estado. (ALMEIDA, op. Cit., p. 67)

³⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**, 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 59-60.

Por esta característica, deve ser suportado por todos os membros da nação e destinado a satisfazer os gastos gerais da coletividade, implementados diante das necessidades verificadas pelo gestor público.

Os impostos, portanto, em conjunto com o repasse eficiente entre os membros da Federação, têm grande papel na garantia da autonomia financeira das Pessoas de Direito Público e surgem como fonte matriz do abastecimento pecuniário do Estado.

Por essas razões, a imunidade recíproca é vinculada aos impostos, tendo em vista que a Pessoa Jurídica de Direito Público, por perseguirem a concretização do bem comum, objeto do próprio Estado, confere à figura imune o direito de não se sujeitar ao **custeamento *ex lege* de todo aparato estatal**.

Entendimento contrário levaria o ente público imune suportar o ônus de concretizar as ações do Estado de duas formas: uma (direta) com o pagamento de impostos e outra (indireta) fazendo o serviço próprio do Estado.

Portanto, os impostos configuram a fonte principal de financiamento do Estado Federativo, sendo a imunidade recíproca uma garantia para preservação da autonomia dos Estados-membros na concretização do interesse coletivo.³¹

4A IMUNIDADE RECÍPROCA NO DIREITO AMERICANO: A DISTINÇÃO ENTRE ATIVIDADES ESTRITAMENTE PÚBLICAS E ATIVIDADES PRIVADAS DO ESTADO

A imunidade recíproca nasce de uma construção da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, que reconhece nela um desdobramento inerente ao modelo federativo.

Pela forma centrípeta de formação do Estado Federal Americano³², com a união das Treze Colônias, os Estados possuíam muita força política e econômica e, por ser a

³¹ É certo que o Estado financia-se por todos os tributos, entretanto o enfoque relacionado aqui é em relação aos custos gerais, sem uma contraprestação direta do cidadão.

³² ALMEIDA, op. Cit., p. 22.

Constituição Americana extremamente genérica, não se tinha uma delimitação rígida do que estaria dentro do campo de tributação entre os membros da Federação para consecução dos fins públicos – *instrumentalities* –, surgindo grandes impasses entre os Estados-membros da Federação quanto a esses limites.

Dessa celeuma, a partir do *leading case*, *McCulloch vs Maryland*,³³ surge o ponto pé inicial da imunidade recíproca, em que a Suprema Corte definiu a necessidade de abstenção, dos Estados, de criar embaraços na atuação da União por meio da tributação, assegurando a autonomia e os meios financeiros para a consecução dos fins públicos, tendo em vista que o poder de tributar envolve o poder de destruir, sendo a tributação, no caso retratado, incompatível com a preservação do Estado.

A partir desse precedente, a jurisprudência evoluiu para se acomodar aos diversos impasses gerados em torno da imunidade recíproca.

Para o escopo deste trabalho, merece destaque a distinção criada pela Suprema Corte Americana em relação às atividades e as entidades criadas pelos Estados como instrumentalidades governamentais propriamente ditas (*strictly governmental character*) das instrumentalidades consubstanciadas em empreendimentos privados (*proprietary character*), de modo que não se reconhece o privilégio da imunidade recíproca aos negócios privados do Estado.³⁴

Dentre os casos em que feita essa distinção, chama atenção o caso *Allen vs. Regents of the University System of Georgia* (1938) em que em que se considerou válidos os impostos

³³No caso, uma das filiais do banco, situadas na cidade de Baltimore, passou a ser tributada pelo Estado de Maryland, por meio de ato aprovado na Assembleia Geral em 1818. James McCulloch, gerente da filial de Baltimore, se recusou a pagar o tributo ensejo ao conflito que foi parar na Suprema Corte, cujo acórdão (1819) foi redigido pelo juiz Marshall, assentando, pela primeira vez, a tese da imunidade dos atos do Governo Federal frente ao fisco Estadual. (*McCulloch vs. Maryland, Supreme Court*, 17 U.S. 4 Wheat. 316 316 (1819), disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/17/316/case.html>>. Acessado em: 24/11/2016)

³⁴Marca desta distinção é o caso *South Carolina vs. United States, Supreme Court*, 199 U.S. 437 (1905), cujo acórdão contém a seguinte passagem: “The exemption of state agencies and instrumentalities from national taxation is limited to those which are of a strictly governmental character, and does not extend to those used by the state in carrying on an ordinary private business.” Tradução livre: “A imunidade das agências e instrumentos estatais da tributação nacional limita-se aos que são de caráter estritamente governamental, e não se estende àqueles usados pelo Estado na realização de uma empresa privada”. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/199/437/case.html>>. Acessado em: 24/11/2016. No mesmo sentido, foi o caso *Allen vs. Regents of the University System of Georgia, Supreme Court*, 304 U.S. 439 (1938),

criados pelo Município de Allen, do Texas, incidentes sobre jogos de futebol ocorridos no estádio da Universidade do Estado da Geórgia.³⁵

Tratava-se de uma Empresa Pública criada pelo Estado da Geórgia para administrar a Universidade. Afirmavam os dirigentes que a empresa era uma instrumentalidade pública, de forma a atingir o escopo educacional e que os lucros das partidas eram revertidos integralmente para a educação.

A Suprema Corte reconheceu o *múnus público* da empresa. Todavia, assentou que o Estado não pode se esquivar da competência tributária da União em seus negócios privados, pois esses *business* vão além da finalidade institucional pública do Estado e são usualmente abarcados pela tributação em relação aos particulares.

A imunidade recíproca, a despeito de reconhecida para concretização da autonomia dos membros da Federação, não é extensiva aos *business* conduzidos pelo Estado com o propósito lucrativo, mesmo que seja para custear uma função governamental.

Portanto, a imunidade recíproca surge como forma de preservação do Estado Federativo, impedindo que os estados dificultem ou fulminem a atuação uns dos outros por meio da tributação, sendo clara, no entanto, a posição da Suprema Corte Americana de que a imunidade recíproca não abarca as atividades do Estado-empresário³⁶. Distinção evidenciada na Constituição Federal de 1988, conforme se passa a demonstrar.

5A IMUNIDADE RECÍPROCA E A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição de 1988 representa a retomada de um marco importante da vida democrática nacional, prezando pelos valores republicanos e pelo fortalecimento do federalismo brasileiro, tendo sido aumentada a competência legislativa dos Estados-membros,

³⁵ *Allen vs. Regents of University System of Georgia, Supreme Court*, 304 U.S. 439 (1938). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/304/439/>>. Acessado em: 24/11/2016

³⁶ BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 7. ed. rev. e compl. por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 237.

inclusive no campo tributário³⁷ e instituídas garantias à autonomia das pessoas políticas, tais como a vedação de concessão, pela União, de isenção de tributos estaduais e municipais³⁸.

Preservando o Pacto Federativo, manteve-se a imunidade recíproca nos seguintes termos:

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

VI - instituir impostos sobre:

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

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

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

No tocante ao texto constitucional, a Constituição valeu-se expressamente da figura dos impostos, visto que é a figura que denota, por excelência, a existência da manifestação de riqueza. Nada impede, portanto, que se cobrem taxas entre as pessoas políticas, posto que é mera contraprestação pelos serviços prestados, não havendo obstáculo à promoção dos fins públicos ou violação à autonomia e isonomia derivada do pacto federativo.

Os parágrafos do artigo 150, por sua vez, trazem contornos mais explícitos e detalhados que direcionam a construção da norma da imunidade recíproca na atual Constituição.

O § 2º, repetindo o texto das constituições anteriores, assevera que a imunidade se estende às autarquias e fundações públicas, no tocante às atividades relacionadas às suas finalidades essenciais ou delas decorrentes. Isso porque, como tais entidades são vinculadas à figura do Estado, em tais casos se mostram como uma instrumentalidade estritamente pública para o desempenho das atividades estatais em prol do interesse coletivo.

³⁷ Tais como o imposto sobre serviços de transporte intermunicipal e interestadual e de comunicação (art. 155, II, da Constituição Federal de 1988). Inaugurou-se, inclusive, o imposto incidente sobre a transmissão causa mortis e doação de quaisquer bens e direitos como de competência dos Estados-membros (art. 155, I, da Constituição Federal de 1988).

³⁸ Art. 151 da Constituição Federal de 1988.

Tal raciocínio leva ao reconhecimento da imunidade, inclusive, às empresas públicas³⁹ e sociedade de economia mista⁴⁰ quando prestam serviços públicos sem a distribuição de lucros a particulares e sem objetivo principal de conceder acréscimo patrimonial ao poder público, bem como quando não desempenhem atividade econômica (livre iniciativa e regime concorrencial). Portanto, aplica-se quando atuem na qualidade de delegatária de serviços públicos, atuando como uma *longa manus* do Estado.

É o que conduz, por outro lado, ao entendimento de não aplicabilidade da imunidade à Petrobrás, por exemplo, vez que é destinada a exploração econômica do petróleo, com escopo principal relacionado ao interesse público secundário⁴¹ e com distribuição de lucros à particulares.

A problemática, todavia, vem à tona com o § 3º do art. 150 da Constituição que, complementando o § 2º, limita o alcance da imunidade recíproca, vedando sua aplicação (i) ao patrimônio, renda e serviços relacionados à exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados; e (ii) vedando sua aplicação quando houver contraprestação da atividade prestada ou o pagamento de preços ou tarifas pelo usuário;

Os dois pontos fixados na segunda parte (ii) do parágrafo supra possuem uma lógica inerente ao sistema, na medida em que a contraprestação da atividade vincula-se, naturalmente, às taxas, que não possuem, em essência, o condão de mensuração da manifestação de riqueza, não sendo o tributo destinado ao custeamento dos custos gerais da máquina pública, razão pela qual limitada a imunidade recíproca aos impostos.

No que tange aos preços públicos e tarifas, estes se caracterizam pela prestação de serviço público por uma pessoa jurídica de direito privado – preços públicos em relação a pessoa jurídica vinculada ao Estado e tarifa quando praticadas pelo particular (concessionárias

³⁹BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 407.099/RS, rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 22-6-2004, Segunda Turma, DJ de 6-8-2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261763>>. Acesso em: 24/11/2016.

⁴⁰BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 631.309/SP, rel. min. Ayres Britto, julgamento em 27-3-2012, Segunda Turma, DJE de 26-4-2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1941338>>. Acesso em: 24/11/2016.

⁴¹BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 285.716/SP, rel. min. Joaquim Barbosa, julgamento em 2-3-2010, Segunda Turma, DJE de 26-3-2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609665>>. Acesso em 24/11/2016.

e permissionárias de serviços públicos) – em que vigoram, por sua vez, os ideais de livre mercado, onde o Estado não está sujeito, inclusive, à legalidade na instituição de preços destinados ao fim social da pessoa jurídica.

Há certos casos, no entanto, que mesmo com a cobrança de preços públicos, a atividade prestada pela pessoa jurídica privada do Estado é essencialmente uma instrumentalidade para consecução dos fins públicos, atuando, portanto, no campo do interesse público primário (*government*). Sobre essas empresas, tem-se reconhecido a imunidade recíproca, conjugando-se, inclusive, com a previsão do § 2º do art. 150 da Constituição⁴².

A primeira parte do parágrafo, por sua vez, quando exclui do campo de aplicação da imunidade o patrimônio, renda e serviços relacionados à exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, notadamente se refere às empresas públicas e sociedade de economia mista, as quais são pessoas jurídicas de direito privado sujeitas ao mesmo regime jurídico das empresas particulares.⁴³

Interessante notar, nesse ponto, as balizas de ordem sistêmica traçadas pelo constituinte que confluem para a delimitação do alcance da imunidade recíproca, sob a limitação contida na 2ª parte do § 3º do art. 150 da Constituição Federal.

Em um singelo olhar pela Constituição Federal de 1988, é perceptível que esta estruturou detalhadamente as bases fundamentais do estado, tanto no aspecto estrutural, social e econômico.

No campo econômico, o Brasil moderno, desde a Era Vargas, já nasceu sob as bases de um Estado forte e protagonista da produção econômica, sob a política desenvolvimentista, atuando como agente direto e provedor de bens e serviços, por meio da criação de grandes estatais, como a Vale do Rio Doce (1942), Companhia Siderúrgica Nacional (1940), Petrobrás (1952) e a Eletrobrás (1954), exploradoras de atividades econômicas.⁴⁴

⁴² Ver julgados das notas de nº 53 e 54.

⁴³ Art. 173, § 1º, da Constituição de 1988.

⁴⁴ GIAMBIAGI, Fábio et alii. **Economia Brasileira Contemporânea [1945-2010]**. – 2ª ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 1-18.

O sistema econômico baseado no Estado-provedor, no entanto, após altas taxas de crescimento, decorrentes do aumento de investimentos, endividamento e dependência externa, em contrapartida ao baixo desenvolvimento do setor privado, resultou no aumento da dívida pública, da inflação e na retração do PIB, entrando em declínio no final do século XX.⁴⁵ Aos poucos, o governo Brasileiro foi reconhecendo os níveis de ineficiência de sua exploração direta na economia, culminando, desde o governo Collor e consolidado no governo FHC,⁴⁶ no modelo de primazia da exploração da atividade econômica pelo particular.⁴⁷

Buscou-se fixar e reconhecer, assim, na Constituição, um modelo a ser seguido e perseguido, estatuidando uma ordem econômica constitucional do Estado Brasileiro, primado, conforme estatui o art. 170 da CF, pela valorização do trabalho e da livre iniciativa, cujos princípios basilares são: a livre iniciativa, a propriedade privada e a livre concorrência, conjugadas com a função social da propriedade, a valorização do trabalho humano, a defesa do consumidor e do meio ambiente.

Todavia, é no pouco analisado art. 174 da Constituição que se traçou a função e modelo, ou o nível de intervenção, a ser adotado pelo Estado no campo econômico, em que se reconhece e se fixa a incompetência Estatal para atuar como agente provedor direto da economia:

Art. 174. 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.

Trata-se da positivação do Estado-Regulador.⁴⁸ A Constituição, portanto, divide e esclarece o campo de atuação econômica do particular e do governo, reservando a este o papel normativo e regulador⁴⁹, como uma forma de coibir as falhas de mercados surgidas em um

⁴⁵ Ibid., p. 73-92. No mesmo sentido, JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito Regulatório**. Revista Fórum Administrativo – Dir. Público – FA, Belo Horizonte, ano 6, n. 61, mar. 2006, p. 6942.

⁴⁶ GIAMBIAGI, op. Cit., p. 132-192.

⁴⁷ Cf. TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. – 3ª ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 276-277.

⁴⁸ TAVARES, op. Cit., p. 301-304.

⁴⁹ Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. – 3ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ambiente de liberalismo econômico. Cabe ao Estado, desse modo, atuar de modo indireto, fiscalizando, incentivando e planejando a atividade econômica.⁵⁰

Ao particular, por sua vez, pautado na livre iniciativa e na livre concorrência, é garantido o campo da exploração da atividade econômica, sendo este seu papel, com primazia, a ser desenvolvido no campo econômico.

A Constituição cuidou, inclusive, de detalhar a atuação do Estado no domínio econômico, discriminando que a exploração da atividade econômica só será permitida quando necessária para a segurança nacional ou tenha relevante interesse público, sujeitando, ainda, as empresas públicas ao mesmo regramento das empresas privadas, inclusive tributários, bem como vedando qualquer extensão de privilégios fiscais não concedidos aos particulares.

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: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)

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

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

Percebe-se, assim, a concreta mudança de direcionamento quando comparado o texto da Constituição de 1969, em seu art. 163,⁵¹ com o texto do art. 173 da Constituição de 1988.⁵²

Enquanto se dizia que eram “facultados” a intervenção e o monopólio na Constituição anterior, na atual Carta Política a atividade econômica “só será” permitida pelo Estado em caso de relevante (com destaque para o advérbio) interesse público ou para a segurança

⁵⁰ Cf. TAVARES, TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. – 3ª ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

⁵¹ “Art. 163 da Constituição de 1969: “São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais.

Parágrafo único. Para atender a intervenção de que trata este artigo, a União poderá instituir contribuições destinadas ao custeio dos respectivos serviços e encargos, na forma que a lei estabelecer. ”

⁵² FONSECA, João Bosco Leopoldino. **Direito Econômico**. – 3ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 97-100.

nacional. O artigo conduz a assertiva de que vige, no sistema brasileiro, um comando de proibição para a invasão da competência econômica do particular pelo Estado, sendo esta invasão excepcional para atender a um relevante, isto é, imprescindível, interesse público.

É evidente, no entanto, o grau de generalidade e abstração da expressão “relevante interesse público” para a criação de empresas governamentais de exploração da atividade econômica, o que confere ampla margem de intelecção para criação de empresas estatais atuantes no domínio econômico, havendo amplas divergências, sobretudo ideológicas, quanto a noção do interesse público exigido.

Se por um lado, para a criação de empresas públicas, a Constituição deu certa margem de discricionariedade ao Estado, quanto ao regime jurídico aplicável, por outro lado, não o fez, estatuinto, no § 1º e § 2º do art. 173 da Constituição de 1988, a sujeição ao mesmo regime jurídico das empresas privadas, inclusive quanto as obrigações tributárias, assegurando a impossibilidade de gozarem de privilégios fiscais não extensivos ao setor privado.

Os preceitos que compõem a ordem econômica constitucional analisados demonstram, assim, a discriminação do papel econômico do Estado e do particular. Uma vez invadida as competências de primazia de cada, estatui-se a sujeição ao regime jurídico aplicável à espécie, tal como é a limitação constante no § 3º do art. 150 c/c art. 173 e 174, da CF. 1988, e tal como é a sujeição à responsabilidade objetiva do particular quando atua no campo dos serviços públicos (concessionárias), conforme art. 37, § 6º da Constituição de 1988.

Sob a ótica econômica constitucional, a inserção do § 3º no art. 150 da CF conduz a consolidação da vigia mestre do sistema financeiro tributário brasileiro. Ao vedar o alcance da imunidade recíproca às atividades de caráter privado do Estado e ao vedar a atuação do Estado como provedor direto de bens e serviços, exceto em casos de relevante interesse público, estatuiu a função arrecadatória por meio dos tributos ao invés da exploração econômica.

O custeamento da máquina estatal, portanto, não deve advir da exploração de atividade econômica concorrencial direta pelo Estado, reservado ao particular, mas da receita dos tributos. Qualquer disfunção constitucional do papel do Estado na economia, como faz nas empresas estatais destinadas à exploração do setor privado, deve ser pautada nos ideais de livre mercado e livre concorrência, mostrando-se contrária à ordem econômica constitucional

e a dinâmica dos impostos como meio de custeio do Estado a inversão do sistema arrecadatório pelo da exploração da atividade privada para custeamento da máquina pública.

6A IMUNIDADE RECÍPROCA DAS ATIVIDADES PRIVADAS DAS EMPRESAS PÚBLICAS NO CASO DOS CORREIOS: O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Tratando-se de imunidade recíproca aplicada às empresas públicas, o Supremo Tribunal Federal adota como critério a natureza do serviço prestado, distinguindo entre (a) prestadoras de serviços públicos e (b) exploradoras da atividade econômica em sentido estrito.

Entende a Suprema Corte que, sendo a empresa pública prestadora de serviços públicos, atua como uma *longa manus* do Estado, que se vale apenas de uma figura descentralizada para melhor viabilização, gestão e eficiência do serviço público, atrai-se imunidade recíproca. Por outro lado, sendo a empresa pública exploradora de atividade econômica em regime concorrencial, entende-se descabida a aplicação da imunidade, pela limitação prevista no art. 150, § 3º, da Carta Magna.

No caso dos Correios, no entanto, o Supremo Tribunal Federal excepcionou o entendimento supramencionado em relação às atividades da empresa prestadas dentro do domínio econômico, estendendo a imunidade recíproca a todas as atividades prestadas pelos Correios, o que faz merecer uma reflexão sobre a construção da norma da imunidade recíproca aplicável ao caso.

Para melhor elucidação do tema, faz-se necessária uma sumária explanação sobre os Correios e seu privilégio postal, à luz da ADPF nº 46/DF, até culminar no *leading case*, RE 601.392/PA, que assegurou a extensão da imunidade recíproca a todas as atividades desenvolvidas pelos Correios.

Os Correios possuem a natureza de pessoa jurídica de direito privado, empresa pública vinculada à União Federal, criada pelo Decreto-Lei nº 509/69⁵³ para prestação de serviços

⁵³ BRASIL, Decreto-Lei nº 506, de 20 de março de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-Lei/Del0509.htm. Acesso em: 24/11/2016.

postais, que são regulados pela Lei nº 6.538/78 e descritos nos artigos 7º e 9º desta Lei, nos seguintes termos:

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

§ 1º - São objetos de correspondência:

- a) carta;
- b) cartão-postal;
- c) impresso;
- d) cecograma;
- e) pequena - encomenda.

§ 2º - Constitui serviço postal relativo a valores:

- a) remessa de dinheiro através de carta com valor declarado;
- b) remessa de ordem de pagamento por meio de vale-postal;
- c) recebimento de tributos, prestações, contribuições e obrigações pagáveis à vista, por via postal.

§ 3º - Constitui serviço postal relativo a encomendas a remessa e entrega de objetos, com ou sem valor mercantil, por via postal.

Art. 9º - São exploradas pela União, em regime de monopólio, as seguintes atividades postais:

- I - recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de carta e cartão-postal;
- II - recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de correspondência agrupada;
- III - fabricação, emissão de selos e de outras fórmulas de franqueamento postal.⁵⁴

O cerne jurídico do monopólio postal está inserido, a nível constitucional, pela redação conferida ao art. 21, X, da Constituição de 1988, dispondo que “*competete a União manter o serviço postal*”. Os Correios alegam que o verbo “manter” denota a competência material exclusiva da União, existindo o monopólio postal. Em contrapartida, a Fazenda Pública Estadual e Municipal alega que apenas nos casos previstos no art. 177 da Constituição são previstos monopólios estatais, havendo (no art. 21, X) tão somente a vinculação e a obrigação da União de prover a existência deste serviço, não excluindo a sua atuação pelo particular.

Em nível infraconstitucional, o art. 2, II, do Decreto-Lei de criação da ECT, assegura a execução e controle dos serviços postais em regime de monopólio pela empresa, todavia a Lei nº 6.538/78 (serviços postais), posterior àquela, elenca o monopólio apenas aos serviços descritos em seu art. 9º, quais sejam: carta, cartão-postal e correspondências agrupadas.

⁵⁴ BRASIL, Lei nº 6.538, de 22 de junho de 1978. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6538.htm>. Acesso em: 24/11/2016.

Como se vê, as legislações de regência são anteriores a atual Carta Política e, considerando o conflito entre a existência e alcance do monopólio, sobreveio a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 46/DF, em que representantes do ramo de entregas expressas e logística questionaram a existência de monopólio postal em face ao novo regime econômico constitucional e a evolução tecnológica e dinâmica do setor postal, considerando as inúmeras ações ajuizadas pela ECT para que o privilégio postal abrangesse qualquer serviço de caráter postal, isto é, de envio de documentos entre remetente e destinatário.

O STF decidiu pela manutenção do monopólio postal, restrito, no entanto, ao art. 9º da Lei 6.538/78, que trata do recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de carta, cartão-postal e correspondência agrupada, excluindo do campo do privilégio postal da ECT serviços como os de encomendas, impressos e remessas de ordens de pagamento.

Com base na distinção elencada, Estados e Municípios tributavam os serviços não abrangidos pelo privilégio postal, porquanto não abrangidos, em princípio, pela imunidade recíproca, em atenção ao entendimento até então esposado pela Suprema Corte.

Os Correios, portanto, recorreram ao Supremo, no RE 601.392/PA⁵⁵, para buscar a extensão da imunidade recíproca a todas as atividades prestadas pela empresa, inclusive às sujeitas ao regime concorrencial.

A tese vencedora, sob divergência aberta pelo Ministro Ayres Brito, foi de que a ECT presta serviços públicos de extrema relevância para a comunicação e integração nacional. Pelas inovações tecnológicas e a dinâmica das relações informatizadas, o privilégio postal – cartas, cartão-postal e correspondências agrupadas – se tornou sobremodo esvaziado, tornando a atividade demasiadamente deficitária.

⁵⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 601.392, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 28/02/2013, public. 05/06/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3921744>>. Acesso em: 24/11/2016.

Apregoou-se a garantia institucional preconizada pelo verbo “manter” o serviço postal do art. 21, X, da Constituição, cuja observância enseja assegurar meios necessários à continuidade do serviço público, bem como a modicidade e universalidade do serviço postal.

Quando a Constituição usa esse verbo “manter”, o faz num contexto de grande importância institucional. Por exemplo: manter a polícia civil aqui no Distrito Federal; manter o Poder judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública; manter as atividades de diplomacia.

Manter o serviço entregue à cura da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos cada vez mais me parece que é manter a qualquer custo, a qualquer preço, de qualquer maneira, ainda que sob retumbante, acachapante prejuízo. É uma atividade que não pode deixar de ser prestada, que não pode sofrer solução de continuidade; é obrigação do Poder Público manter esse tipo de atividade. Por isso que o lucro eventualmente obtido pela Empresa não se revela, com muito mais razão, como um fim em si mesmo; é um meio para a continuidade, a ininterrupção dos serviços a ela afetados.⁵⁶

O Ministro Gilmar Mendes ressaltou que, com a modelagem trazida pela ADPF, em preconizar o não monopólio dos serviços postais mais rentáveis, não houve o devido equilíbrio no mundo fático do modelo de financiamento da atividade, tendo em vista que determinadas unidades dos Correios em regiões do Brasil sustentam todo o sistema. Para ele, está-se em um processo de evolução que precisa ser consolidado no plano legislativo para adequar ao posicionamento tomado na ADP nº 46, sendo necessário, diante desse cenário, reconhecer a imunidade “sob pena de nós contribuirmos, inclusive, para a desorganização desse serviço, para uma certa perplexidade jurídica”.

Apontou-se que os Correios são afetados pelos princípios da continuidade do serviço público e da universalização do atendimento, sendo obrigado a prestar o serviço público postal em todo o território nacional, atingindo regiões não interessantes à lucratividade almejada pela iniciativa privada, e ainda deve se valer da modicidade das tarifas, possuindo custos, como de licitações e concurso público, não percebidos pela iniciativa privada. Para tanto, utilizam a técnica do subsídio cruzado, valendo-se dos lucros auferidos nas atividades sujeitas ao regime de concorrência para custear o privilégio postal que é deficitário.

⁵⁶RE nº 601.392, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Relator p/ Acórdão: Min. Gilmar Mender, Plenário, DJ 05/06/2016. Trecho: Min. Ayres Britto, p. 25.

Não há, portanto, nos dizeres do Ministro Lewandowski, capacidade contributiva na ECT, na medida em que os lucros obtidos com as atividades prestadas dentro do domínio econômico são revertidos à atividade pública deficitária para a finalidade de mantê-la.⁵⁷

Para o Ministro Dias Toffoli, a concorrência deve ceder à necessária manutenção da integração nacional exarada pelo serviço postal prestado pela ECT, tendo ressaltado por diversas vezes no julgado, inclusive, que não há prejuízo ao princípio da livre concorrência, tendo em vista que sequer há concorrência nos lugares em que atuam os correios, quais sejam, regiões distantes e de difícil acesso, não procurados pela iniciativa privada, tendo em vista a falta de lucratividade.⁵⁸

Percebe-se da posição prevalecente a preocupação com os meios de financiamento da atividade pública, extraindo-se a tese de que diante das peculiaridades do serviço postal prestado pela ECT, quais sejam de déficit da atividade – apenas sobrevivente pela via do subsídio cruzado – conjugada com a necessidade de manutenção e da atividade, essencial para a integração nacional, deve ser reconhecida a imunidade recíproca a todas as atividades prestadas pelos Correios.

No banco dos votos vencidos, prevaleceu a tese da aplicação das limitações da imunidade recíproca contidas nos §§ 2º e 3º do art. 150 da Constituição Federal, de modo que essa não deve beneficiar a expressão econômica dos interesses particulares, sejam eles públicos ou privados.

Observou-se que a ECT tem exercido atividades sem qualquer vinculação com sua função institucional, tais como a venda de títulos de capitalização, o próprio Banco Postal, inscrições em vestibulares e a venda de lingotes de ouro, o que impede a aplicação da imunidade recíproca ao ente autárquico (tal como é considerada a ECT) pela necessidade de vinculação à finalidade pública essencial, conforme prevê o § 2º do art. 150 da CF.

À luz da ADPF 46, pontuaram os Ministros com os votos vencidos que o Supremo havia limitado a imunidade aos serviços postais previsto no art. 9º da Lei 6.538/78,

⁵⁷RE nº 601.392, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Relator p/ Acórdão: Min. Gilmar Mender, Plenário, DJ 05/06/2016. Trecho: Min. Ricardo Lewandowski, p. 80.

⁵⁸RE nº 601.392, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Relator p/ Acórdão: Min. Gilmar Mender, Plenário, DJ 05/06/2016. Trecho: Min. Dias Toffoli, p. 57.

permitindo a incidência de impostos sobre os serviços não abarcados pelo monopólio. Considerando que os serviços citados no parágrafo supra não se caracterizariam como serviços públicos, sendo latente se tratem de atividades econômicas em sentido estrito, exercidas pelos particulares, incidiria, assim, a vedação contida no § 3º do art. 150 da CF.

O Ministro Luiz Fux elencou, ainda, violação ao princípio da livre concorrência, devido ao fato de que a imunidade tributária relativa aos serviços prestados no regime concorrencial garantiria uma vantagem competitiva em relação aos demais *players* do mercado, violando o disposto no art. 173, § 2º, da Carta Política de 1988.⁵⁹

Lembrou o Ministro Joaquim Barbosa que não há impedimento de que os Correios repassem eventual carga tributária à contraprestação exigida de seus clientes de serviços alheios à atividade postal⁶⁰.

No que tange ao subsídio cruzado, este abre margem suficiente para o abuso e à desconsideração do equilíbrio concorrencial, mormente ao volume de negócios desvirtuados da finalidade pública exercido pelos correios, sendo insuficiente a aplicação dos recursos lucrativos exercidos no campo privado nas finalidades essenciais. Além disso, os negócios sujeitos ao regime de concorrência não devem observar os princípios públicos do serviço postal sujeito ao privilégio.

Esses serviços e produtos, cumpre lembrar, não se confundem com serviços públicos em sentido estrito, pelo que não se orientam pelos princípios da universalidade, da continuidade e da modicidade tarifária, mas pela dinâmica própria do mercado de formação de preços.⁶¹

Em relação ao subsídio cruzado, destacou ainda o Ministro Fux que, além de não se coadunar com o regime privado aplicável, estar-se-ia, com o reconhecimento da imunidade, sujeitando “os Estados e Municípios e, especialmente neste caso, o Município Recorrente a suportar, em alguma medida, os custos de um serviço que, por dicção constitucional expressa, deve ser mantido pela União”.

⁵⁹ Art. 173, § 2º, da Constituição de 1988: “As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado”.

⁶⁰RE nº 601.392, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Relator p/ Acórdão: Min. Gilmar Mender, Plenário, DJ 05/06/2016. Trecho: Min. Joaquim Barbosa, p. 9.

⁶¹RE nº 601.392, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Relator p/ Acórdão: Min. Gilmar Mender, Plenário, DJ 05/06/2016. Trecho: Min. Luiz Fux, p. 20.

A empresa pública, segundo os Ministros vencidos, possui vantagens pelo financiamento com capital público, na medida em que não submetida às cobranças evidenciadas no meio particular, havendo assim um privilégio e não um prejuízo pela sujeição a certas exigências do regime público.

O Estado, no exercício dos serviços públicos, não pode e não deve buscar a lucratividade, assumindo os pontos de extrema relevância pública pela sua própria condição de gestão do interesse social. Ao buscar meios de financiar atividade pública deficitária que interferem na órbita privada, há uma decisão de gestão empresarial, não podendo os se valer de um regime especial por inversão da lógica do sistema.

O Estado, quando elege – e nós sabemos que o conceito de serviço público é um conceito histórico – determinada atividade com o objeto da sua prestação exclusiva a título de prestação de serviço público, o faz por considerações político-institucionais, e não para efeito de ter lucro ou de não ter lucro, até porque a função do Estado não é ter lucro em coisa nenhuma, é prestar atividades essenciais ao cidadão e à sua coesão orgânica como tal.⁶²

O julgamento foi procedente à tese da ECT por apertada maioria, 6 (seis) a 5 (cinco), denotando a inexistência de uma posição dominante na Suprema Corte.

6.1 Análise Crítica do Entendimento do Supremo Tribunal Federal

A tese prevalecente no Supremo, pela extensão da imunidade recíproca às atividades privadas dos correios evidencia uma preocupação com a manutenção da atividade postal pública abrangida pelo privilégio, devendo-se assegurar meios, ainda que atinjam a esfera concorrencial, para que o serviço seja prestado atendendo a modicidade das tarifas e a universalidade do serviço.

Em outras palavras, a intromissão do Estado no campo privado pode ensejar um regime tributário especial caso seja necessário para que empresa pública possa financiar o serviço público essencial.

⁶²RE nº 601.392, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Relator p/ Acórdão: Min. Gilmar Mender, Plenário, DJ 05/06/2016. Trecho: Min. Cezar Peluso, p. 51.

Tal entendimento exara uma posição de certo modo vazia de substância normativa, tendo em vista a inexistência de preocupação e ponderação com o programa normativo da imunidade recíproca desenhado pela Constituição, fonte primária do conhecimento jurídico.

Em que pede a louvável preocupação com a manutenção do serviço postal, põe-se em jogo o próprio modelo de financiamento Estatal e econômico escolhido pela Constituição.

Ao definirem que se deve buscar os meios para manutenção do serviço público postal, os Ministros adotaram a lógica indutiva, fazendo a compatibilização da imunidade com a necessidade de custeio da empresa pública, i.e., encaixando a norma do caso – previamente estabelecida (necessidade de custear o serviço postal) – ao enunciado normativo da imunidade recíproca, enquanto a lógica deve ser inversa: a norma do caso deve ser extraída do texto normativo. A decisão, portanto, desviou-se do programa desenhado pela Constituição, estando, igualmente, ausente de substância normativa, isto é, de justificação em elementos textuais positivos.

A imunidade recíproca, preceito ora analisado para extração do significado concreto, tal como se desenvolveu, configura, de um lado, a garantia do Estado-membro da Federação de que não sofra constrangimentos, pela via tributária, no seu papel de promover o bem coletivo – inclusive pela sua isonomia e autonomia – e, modernamente, de outro lado, preconiza a ausência de capacidade contributiva do Estado nessa busca.

Na promoção do interesse social, o Estado se vale de instrumentalidades (meios), tal como a criação dos Correios – de origem imperial, como primordial para a integração e segurança nacional – para promoção de serviços públicos, no caso, o serviço postal.

O subsídio cruzado configura verdadeira fonte de recursos para alcançar a finalidade pública, esposada na manutenção do serviço postal, o que, *prima facie*, caso contabilmente demonstrado⁶³, denota a falta de capacidade contributiva pela falta de disponibilidade

⁶³ Deve-se lembrar que o subsídio cruzado é um conceito contábil e não jurídico, relativo à custeamento de uma atividade numericamente deficitária com uma atividade lucrativa e, o que não foi alvo de discussão pelos Ministros nos votos proferidos, o que foi ressaltado no voto do Ministro Luís Roberto Barroso no Recurso Extraordinário nº 627.051/PE, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 12/11/2014, DJE-11-02-2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7719433>>. Acessado em: 24/11/2016.

econômica, ante a reversão dos lucros da atividade privada para a atividade pública, mas isso só não é suficiente para extensão da imunidade recíproca caso.

A partir do caso *South Carolina v. United States* (1905), as instrumentalidades para essa promoção do bem público começaram a serem questionadas para fins de tributação, fazendo-se a distinção do Estado enquanto ente governamental (*strictly government*) e Estado enquanto proprietário de meios de produção (*proprietary character*).

Precisamente no caso *Allen vs. Regents of the University System of Georgia* (1938), restou assentado que a criação de empresas vinculadas ao Estado para exploração de atividades privadas, buscando financiar a máquina pública e a consequente promoção do interesse social, não é uma instrumentalidade imune a tributação, devido ao fato de que gera uma desigualdade com os particulares concorrentes, além de alterarem a dinâmica arrecadatória do Estado por meio da retirada do campo de atuação do privado, qual seja, a exploração da atividade econômica.

A norma da imunidade recíproca do caso, que se inicia de maneira ampla, pela consagração apenas da capacidade contributiva, vai, desse modo, reduzindo seu campo de construção pela concatenação com a própria ordem financeira e econômica preconizada pela Constituição.

Paralela à evolução da jurisprudência Americana, a evolução da imunidade recíproca entre as Constituições Brasileiras demonstra a preocupação com a aplicação do instituto ao desenvolvimento da atividade pública do Estado, evidenciada sobretudo pela recusa da imunidade em relação às concessionárias de serviços públicos na Constituição de 1937 e pela inserção do art. 20, § 1º, na Constituição de 1967, que acrescentou a sua aplicação às autarquias, entretanto condicionando às finalidades essenciais ou dela decorrentes.

A Carta Política de 1988, nessa evolução, delimitou ainda mais os contornos inicialmente desenvolvidos nas Constituições anteriores, para elencar de maneira expressa, nos §§ 2º e 3º do art. 150, a vedação da aplicação da imunidade recíproca às atividades estranhas à finalidade estatal e às atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, como é a prestação de atividades dentro do regime concorrencial, fora do campo do privilégio postal questionadas no caso analisado.

A não incidência do § 2º se dá devido que as atividades privadas exercidas pela ECT fogem da finalidade de manutenção do serviço postal previsto no art. 21, X, da Constituição, complementando-se com o § 3º, já que essas atividades – fora do privilégio – são prestadas em regime concorrencial, portanto, regido pelas normas aplicadas aos empreendimentos privados.

No que se refere aos Correios, a ADPF nº 46/DF deixou claro que o privilégio postal, em interpretação conforme à Constituição, tendo como paradigma o art. 20, X, da Carta Política, se restringe aos serviços descritos no art. 9º da Lei 6.538/76, ao passo que, os demais, tal como previsto no art. 7º da mesma Lei, são livres para serem prestados por empresas privadas⁶⁴.

Ao fazer essa distinção, o Supremo Tribunal Federal retirou o caráter de atividade estatal dos demais serviços não abrangidos pelo privilégio postal, sujeitando-os aos ideais de livre mercado e livre concorrência. Não há, portanto, fora dessa esfera de privilégio, uma instrumentalidade pública (*strictly government*). Não há mais uma *longa manus* do Estado, mas uma empresa pública, pessoa jurídica de direito privado, criada para exploração de atividade econômica sob o regime concorrencial⁶⁵, marca distintiva da sujeição ao regime tributário das empresas privadas.

Supremo Tribunal Federal, na APDF nº 46, ditou que atividade econômica é gênero, cujas espécies são serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito,⁶⁶ e o serviço postal é serviço público.⁶⁷

⁶⁴ Os correios exercem outras atividades não descritas no art. 7º da lei 6.538/78, tais como o Banco Postal, logística, marketing, exportação e venda de produtos. A propósito, confira-se os serviços prestados pelos Correios, disponível em: <<http://www.correios.com.br/para-voce/correios-de-a-a-z>>. Acesso em: 26/11/2016.

⁶⁵ A jurisprudência do Supremo é firme nesse sentido, conforme o seguinte julgado: “É aplicável a imunidade tributária recíproca às autarquias e empresas públicas que prestem inequívoco serviço público, **desde que**, entre outros requisitos constitucionais e legais não distribuam lucros ou resultados direta ou indiretamente a particulares, ou tenham por objetivo principal conceder acréscimo patrimonial ao poder público (ausência de capacidade contributiva) e **não desempenhem atividade econômica**, de modo a conferir vantagem não extensível às empresas privadas (**livre iniciativa e concorrência**).” (BRASIL, Recurso Extraordinário 399.307 AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 16-3-2010, 2ª T, DJE de 30-4-2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610335>>. Acesso em: 24/11/2016.

⁶⁶ A própria ementa do julgado traz essa distinção: “1. O serviço postal – conjunto de atividades que torna possível o envio de correspondência, ou objeto postal, de um remetente para endereço final e determinado – não consubstancia atividade econômica em sentido estrito. Serviço postal é serviço público.” (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 46, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJe 26-02-2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608504>>. Acessado em: 24/11/2016)

Criou-se, assim, um serviço público (das atividades fora do privilégio postal) prestado em regime concorrencial fora das hipóteses do art. 199 e 209, da Constituição Federal.

Dado que o regime é concorrencial fora das hipóteses do privilégio da ECT, o art. 173, § 1º, III, da Constituição, garante a aplicação do mesmo regime tributário aplicado às empresas privadas, impedindo, ainda, no art. 173, § 3º, da atual Carta Política, a concessão de privilégio às empresas públicas não extensíveis ao setor privado.

Pelo prisma da ordem econômica constitucional, vê-se que a Carta Política de 1988 trouxe a fixação de um parâmetro bem definido do papel do Estado e do particular, elencando, em seu art. 174, que compete ao Estado a função de agente normativo e regulador da atividade econômica.⁶⁸

Em complemento à disposição supramencionada, o art. 173 da Carta Política de 1988 deixou clara a opção pela subsidiariedade do Estado na intervenção direta econômica, assegurando que apenas na estrita hipótese de “relevante interesse público” ou quando necessária aos “imperativos da segurança nacional”, será feita a exploração direta de atividade econômica, retirando a liberalidade conferida pelas Constituições anteriores.

Ainda assim, quando exercer a exploração direta, submeter-se-á ao mesmo regime das empresas privadas, conforme previsto no § 1º e § 2º do mesmo artigo 173. Consolida-se, assim, a delimitação do papel do Estado e do privado na economia, bem como a isonomia frente a exploração da atividade econômica.

Percebe-se, pois, o liame entre os contornos teóricos da imunidade recíproca e da ordem econômica constitucional brasileira, que conduzem ao entendimento da impossibilidade de que as atividades privadas exercidas pelo Estado – mesmo que por meio dos Correios – sirvam para custear serviços públicos com a incidência de um regime tributário especial, sob pena de desvio do modelo de arrecadação desenhado pela Constituição.

⁶⁷ Para o Ministro Luis Roberto Barroso, considerar o serviço postal é equivocado. O serviço público postal, por ser um conceito histórico, perdeu essa qualidade devido à inovação tecnológica (Recurso Extraordinário nº 627.051/PE, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 12/11/2014, DJe-11-02-2015).

⁶⁸ Trata-se, ao certo, de uma norma programática, todavia munida de força normativa, cujo desvio do programa normativo, por quaisquer dos três poderes, conduz a inconstitucionalidade do ato praticado. Vide SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003. p. 164.

O subsídio cruzado, como indicador para aplicação da imunidade recíproca, em que pese privilegiar o princípio da capacidade contributiva, contribuindo para modicidade das tarifas⁶⁹, subverte toda a evolução do modelo de financiamento proposto pela Constituição, em que o custeamento da máquina pública se dá via tributação e não pela exploração do campo conferido ao particular, retirando-lhe margem de atuação, pondo-se em jogo, inclusive, a excepcionalidade da exploração a atividade inserida no domínio econômico pelo Estado.

A não tributação das atividades fora do privilégio postal, desse modo, é incompatível com o modelo de financiamento do Estado, com especial prejuízo à arrecadação dos entes subnacionais, considerando que, além de retirar parcela substancial do campo de exploração de atividades econômicas pelos particulares- que geraria arrecadação caso explorassem a mesma atividade –, inviabiliza a arrecadação de Estados e Municípios pela não incidência de ICMS e ISS.

Considera-se, portanto, que a preocupação dos Ministros com um modelo de financiamento do serviço público essencial prestado pelos Correios em regime de privilégio não pode se dar pela via do impedimento da tributação das atividades prestadas em regime de concorrência, por se mostrar, tal entendimento, incompatível com o instituto da imunidade recíproca e contra imperativos da ordem financeira e econômica constitucional.

A prestação de serviços públicos essenciais não possui a função primordial de proporcionar lucro ao Estado, mas de prestar comodidade e preservar direitos fundamentais da sociedade. Por óbvio, tal atividade deve ser desenvolvida de maneira sustentável e com eficiência gerencial, entretanto se a atividade, devido à inovação tecnológica, tornou-se demasiadamente inutilizada, sendo útil apenas em regiões longínquas, prestada com altos custos de transação, tornando a atividade deficitária, deve ser repensada a própria manutenção do privilégio postal⁷⁰ e não a extensão de mecanismos constitucionais tributários contrários à própria ordem estatuída pela Constituição.

⁶⁹ A modicidade das tarifas, diga-se, relaciona-se ao serviço postal abrangido pelo privilégio. No campo dos serviços sujeitos à concorrência vigora os ideais de competição e livre mercado (art. 170 e 173 da Constituição), onde a atuação dos Correios se dá como qualquer empresa privada exploradora de atividade econômica, com liberdade na fixação de preços e abrangência de atendimento. Se, devido aos ônus da atividade, se tornar inviável a fixação de preços módicos em relação aos demais *players*, certamente deve haver um melhor planejamento por parte da empresa.

⁷⁰ Privilégio este, defendido pelo Ministro Marco Aurélio como inexistente, considerando que a Constituição Federal cuidou de relacionar o monopólio estatal taxativamente no art. 177 da Constituição. O verbo “manter”,

CONCLUSÃO

Os impostos configuram a fonte de financiamento típica do Estado, tendo em vista que prescindem de uma contraprestação direta de qualquer serviço, devendo serem suportados por todos os membros da sociedade para satisfazer os gastos gerais da nação.

A Constituição Brasileira, ao desenhar a Federação, entregou à União, Estados, Distrito Federal e Municípios competências específicas e exclusivas para a instituição de impostos, de maneira que estes Entes da Federação extraem recursos por meio do exercício da competência tributária diretamente dos contribuintes.

A imunidade recíproca mostra-se como uma garantia de que os membros da Federação não sofram tributação entre si, em relação aos seus patrimônios, rendas e serviços, garantindo a isonomia e a autonomia necessária para concretização das finalidades institucionais públicas do Estado.

O Supremo Tribunal Federal, ao conceder a imunidade recíproca aos serviços prestados em regime concorrencial pela ECT, sob o argumento de que esses serviços financiam a atividade deficitária do privilégio postal pelo subsídio cruzado, atropela o critério da natureza da atividade, o qual é utilizado pela Suprema Corte Americana, resultante da evolução da jurisprudência americana, por meio da qual se limita a aplicação da imunidade recíproca às atividades e as entidades criadas pelos Estados como instrumentalidades governamentais propriamente ditas (*strictly governmental character*), não se aplicando às instrumentalidades consistentes em empreendimentos privados (*proprietary character*), de modo que não se reconhece o privilégio da imunidade recíproca aos negócios privados do Estado.

previsto no art. 22, X, da Constituição, serviria para estabelecer que a União não pode deixar, se não for interessante ao particular, de existir a prestação do serviço postal, conforme se observa do voto proferido no Recurso Extraordinário nº 601.392, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Relator p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Plenário, DJ 05/06/2016, p. 39.

O texto do art. 150, I, §§2º e 3º da Constituição de 1988, albergam programa normativo que veda o alcance da imunidade recíproca à exploração de atividades econômicas que são regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados.

A atual Carta Política, excepcionando rigorosamente a figura do Estado como agente interventor direto na economia, inaugura a era do Estado-Regulador no capítulo atinente à ordem econômica constitucional. Nela está inserida, no art. 174, que o Estado será agente regulador, fomentador e planejador da atividade econômica, sendo certo, no art. 173, que a exploração direta da atividade econômica só se dará excepcionalmente, preconizando a máxima da primazia da exploração da atividade econômica pelo particular, impondo a sujeição das empresas estatais ao mesmo regime tributário das empresas privadas e impedindo a concessão de benefício às empresas estatais não concedidas aos particulares.

Neste contexto, a decisão do STF que reconheceu aos Correios a aplicação da imunidade recíproca inclusive em relação às atividades sujeitas às mesmas normas aplicáveis aos empreendimentos privados, sob o argumento do subsídio cruzado, confronta objetivamente os limites que compõem o programa normativo da imunidade recíproca com base no texto constitucional, como também confronta a ordem econômica desejada pela Constituição.

Isto porque a tese do subsídio cruzado, em que pese privilegiar o princípio da capacidade contributiva, confronta com os limites expressos da imunidade recíproca verificada nos §§ 2º e 3º do art. 150 da Constituição, que impede a aplicação da imunidade recíproca aos empreendimentos privados do Estado, que são exercidos em ambiente de concorrência com os agentes privados.

Subverte-se, assim, a ordem econômica e o modelo de financiamento estatal proposto pela Constituição, em que o custeamento da máquina pública se dá via tributação e não pela exploração do campo econômico conferido ao particular, retirando-lhe margem de atuação e violando a excepcionalidade da exploração da atividade inserida no regime concorrencial pelo Estado, motivos pelos quais se discorda do entendimento do Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial**. São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 67-68.
- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competências na Constituição de 1988**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- ARAGÃO, Alexandre Santos. **Agências reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. 7. ed. rev. e compl. por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 46, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJe 26-02-2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608504>>. Acessado em: 24/11/2016.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 601.392, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 28/02/2013, public. 05/06/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3921744>>. Acesso em: 24/11/2016.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 407.099/RS, rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 22-6-2004, Segunda Turma, DJ de 6-8-2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261763>>. Acesso em: 24/11/2016.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 631.309/SP, rel. min. Ayres Britto, julgamento em 27-3-2012, Segunda Turma, DJE de 26-4-2012. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1941338>>. Acesso em: 24/11/2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 285.716/SP, rel. min. Joaquim Barbosa, julgamento em 2-3-2010, Segunda Turma, *DJE* de 26-3-2010. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609665>>. Acesso em 24/11/2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 627.051/PE, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 12/11/2014, DJe-11-02-2015. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7719433>>. Acessado em: 24/11/2016.

BRASIL, Decreto-Lei nº 506, de 20 de março de 1969. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-Lei/De10509.htm. Acesso em: 24/11/2016.

BRASIL, **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acessado em 24/11/2016.

BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em 24/11/2016.

BRASIL, Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 24/11/2016.

BRASIL, Decreto-Lei nº 6.016, de 22 de novembro de 1943. Disponível em:
<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-6016-22-novembro-1943-416115-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 24/11/2016.

BRASIL, Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 24/11/2016.

BRASIL, Lei nº 6.538, de 22 de junho de 1978. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6538.htm>. Acesso em: 24/11/2016.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 24/11/2016.

BRASIL, **Emenda Constitucional nº 1**, de 17 de outubro de 1969. Disponível em:
<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 24/11/2016.

CARRAZZA, Antonio Roque. **A Imunidade Tributária das Empresas Estatais Delegatárias de Serviços Públicos: Um estudo sobre a imunidade tributária da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT.** São Paulo: Malheiros, 2004, p. 27-30

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**, 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COSTA, Regina Helena. **Imunidades Tributárias: Teoria e análise da jurisprudência do STF.** 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. **A Imunidade Recíproca, o Princípio Federal e a Emenda Constitucional n.3 de 1993**, RD Tributário 62/82. São Paulo: Malheiros editores. Apud COSTA, Regina Helena. **Imunidades Tributárias: Teoria e análise da jurisprudência do STF.** 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

FONSECA, João Bosco Leopoldino. **Direito Econômico.** 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 97-100.

GIAMBIAGI, Fábio et alii. **Economia Brasileira Contemporânea [1945-2010]**. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito Regulatório. Revista Fórum Administrativo – Dir. Público – FA**, Belo Horizonte, ano 6, n. 61, p. 6491-6492, mar. 2006.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**, 35 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito.** São Paulo: RT, 2008.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário.** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais.** 6 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003. p. 164

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

USA, *Supreme Court. McCulloch vs. Maryland, Supreme Court*, 17 U.S. 4 Wheat. 316 316 (1819). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/17/316/case.html>>. Acessado em: 24/11/2016

USA, *Supreme Court. South Carolina vs. United States, Supreme Court*, 199 U.S. 437 (1905). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/199/437/case.html>>. Acessado em: 24/11/2016.

USA, *Supreme Court. Allen vs. Regents of the University Sistem of Georgia*, 304 U.S. 439 (1938). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/304/439/>>. Acessado em: 24/11/2016