

# O Princípio da Livre Concorrência na Construção das Normas de Imunidade Recíproca: um Estudo da Imunidade da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos

## *The Principle of Free Competition on the Construction of Sovereign Immunity: a Study on The Immunity of Brazilian Post and Telegraph Corporation*

Pedro Guilherme Ferreira Bini

*Advogado em São Paulo. Pós-graduando em Direito Tributário Internacional pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT). Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. E-mail: pedro.bini@souzaschneider.com.br.*

### *Resumo*

O presente artigo tem por objetivo analisar a influência do princípio da livre concorrência na interpretação/aplicação das normas de imunidade tributária, especificamente sobre as normas de imunidade recíproca. São abordados o conteúdo jurídico do princípio da livre concorrência, sua eficácia e efeitos sobre as normas de imunidade recíproca. Examinar-se-á, também, decisão do Supremo Tribunal Federal em que foi reconhecida a imunidade da Empresa Brasileira de Correios Telégrafos e como ela dialoga com o princípio da livre concorrência. Após sua análise, o autor conclui que o Supremo Tribunal Federal não construiu adequadamente a norma de imunidade recíproca.

*Palavras-chave:* imunidade, livre concorrência, Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, Supremo Tribunal Federal.

### *Abstract*

This article has the purpose to analyze the influence of the principle of free competition on the structure of immunity rules, specifically on sovereign immunity. It focuses on the analysis of the legal substance of the principle of free competition, its effectiveness and impacts on sovereignty immunity. It also analyzes the Brazilian Federal Supreme Court's decision in which the sovereignty immunity was granted to the Brazilian Post and Telegraph Corporation and to what extent this decision is related to the principle of free competition. The author concludes that the granting of the sovereign immunity by the Brazilian Federal Supreme Court was not proper.

*Keywords:* Immunity, principle of free competition, Brazilian Post and Telegraph Corporation, Brazilian Federal Supreme Court.

## I - Introdução

Aliomar Baleeiro, ao analisar o instituto da imunidade recíproca e comentar um julgado americano, valeu-se das palavras do tribunal para dizer que “a linha entre o tributável e o imune tem sido traçada por um pulso vacilante”<sup>1</sup>. Por essa razão, sustenta o Professor, as Constituições brasileiras, ao longo do tempo, preocuparam-se em definir os contornos daquilo que seria imune, ou não, no âmbito da imunidade dos entes federados.

Apesar dessa preocupação do Constituinte, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 601.392/PR, o Supremo Tribunal Federal (STF) analisou a imunidade recíproca da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), baseada no artigo 150, VI, “a”, da Constituição, no qual, aparentemente, o pulso vacilou novamente e retraiu as linhas entre o que é imune e o que é tributável. Dessa vez, contudo, não só os contornos da imunidade isoladamente considerada foram redesenhados, mas o próprio equilíbrio do mercado em que a ECT atua, que passou a contar com um agente reconhecidamente imune.

A finalidade deste artigo é analisar a decisão do STF no Recurso Extraordinário nº 601.392/PR sob a óptica do princípio da livre concorrência e seu protagonismo na construção - e destruição - das normas de imunidade recíproca. Para tanto, estudaremos brevemente o instituto da imunidade recíproca e, com maior fôlego, o conteúdo, alcance e efeitos do princípio da livre concorrência, especialmente na interpretação/aplicação das normas de imunidade.

O tema - a existência de atritos entre tributação e livre concorrência - não é novo e tem sido apreciado por tribunais administrativos e judiciais<sup>2</sup> e pela doutrina. De fato, sua presença no sistema constitucional não foi iniciada pela introdução do artigo 146-A no texto constitucional, que prevê a possibilidade de a tributação ser utilizada para a prevenção de desequilíbrios da concorrência<sup>3</sup>. Na verdade, a correlação entre livre concorrência e tributação decorre do Sistema Constitucional Tributário e do “duplo dividendo” dos tributos e seus efeitos arrecadatório e indutório<sup>4</sup>. As imunidades constituem apenas uma das áreas em que normas tributárias e questões concorrenciais se interpenetram<sup>5</sup>, cujas implicações passamos a analisar.

## II - A Imunidade Recíproca

O termo “imunidade” evoca a existência de uma proteção e, conseqüentemente, de uma liberdade<sup>6</sup>. Geralmente é acompanhado por uma carga valorativa

<sup>1</sup> Cf. BALEEIRO, Aliomar; e DERZI, Misabel Abreu Machado. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 390.

<sup>2</sup> Vide precedentes indicados em SCHOUERI, Luís Eduardo. “Livre concorrência e tributação”. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. *Grandes questões atuais do Direito Tributário*. Volume 11. São Paulo: Dialética, 2007.

<sup>3</sup> Cf. BRAZUNA, José Luis Ribeiro. *Defesa da concorrência e tributação - à luz do artigo 146-a da constituição*. Série Doutrina Tributária Volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 55-64.

<sup>4</sup> Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. “Tributação e indução econômica: os efeitos econômicos de um tributo como critério para sua constitucionalidade”. In: FERRAZ, Roberto (coord.). *Princípios e limites da tributação 2*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 145.

<sup>5</sup> Cf. SILVEIRA, Rodrigo Maíto da. *Tributação e concorrência*. Série Doutrina Tributária, Volume IV. São Paulo: Quartier Latin, 2011, pp. 182-308.

<sup>6</sup> Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 375.

negativa, por constituir uma benesse a poucos - ou, um “privilégio odioso”. No campo da tributação, o termo indica a impossibilidade de cobrança de tributos, em regra, de impostos. Todas elas, contudo, encontram uma fundamentação que justifica a não sujeição de determinados sujeitos ao dever fundamental de pagar impostos capaz de legitimar a intributabilidade, o que as afasta da pecha de meras benesses.

As imunidades tributárias estão previstas no artigo 150, VI, da Constituição, em dispositivos espalhados pelo texto constitucional e podem estar implícitas em seu texto em decorrência do Sistema Tributário Nacional e de sua relação com os direitos e garantias fundamentais<sup>7</sup>. Elas agem diretamente sobre o arcabouço constitucional que delimita a competência tributária da União, dos Estados e dos Municípios, e, por delinear-lo, têm a natureza de regras<sup>8</sup> de estrutura. Dispõem, assim, sobre a instituição de outras normas<sup>9</sup>, limitando as previsões normativas infraconstitucionais que conterão as hipóteses de incidência das espécies tributárias.

Na expressão consagrada por Aliomar Baleeiro e positivada pelo Constituinte Originário, tais regras constituem uma limitação constitucional ao poder de tributar na medida em que delimitam (ou excluem) a competência dos entes federados. Por meio delas, determinadas situações, fatos ou pessoas são excluídos do âmbito de atuação do poder tributário do Estado, que é destituído de sua competência para instituir tributos<sup>10</sup>. Não se confundem, assim, com as hipóteses de isenção e não incidência, observadas na legislação infraconstitucional e que não estão relacionadas à modificação da competência tributária.

Paralelamente à limitação da competência estatal, as imunidades criam o direito de as pessoas atingidas pelas normas imunizantes verem-se livres dos tributos que recairiam sobre elas acaso a imunidade não existisse, criando, assim, um direito público subjetivo de determinadas pessoas de não se sujeitarem à tributação<sup>11</sup>.

As imunidades não têm um fundamento único e isolado, mas vários. Sua causa residirá na proteção dos valores, direitos de liberdades e atividades ínsitas a cada uma delas prevista explícita ou implicitamente na Constituição<sup>12</sup>. Nesse particular, a partir da observação de que as imunidades previstas no artigo 150

<sup>7</sup> Cf. ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 274, onde o professor defende a existência de certas imunidades implícitas decorrentes do mínimo existencial e da proibição de excesso. TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário*. Volume 3 - os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 204-2012, em que o autor aponta a existência de imunidades decorrentes da liberdade de profissão, da proteção à família, do direito ao acesso à justiça e da dignidade da pessoa humana. Em COSTA, Regina Helena. *Imunidades tributárias: teoria e análise da jurisprudência do STF*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 77-82, a professora e hoje Ministra do Superior Tribunal de Justiça Regina Helena Costa sustenta a existência de um princípio da “não-obstância do exercício de direitos fundamentais por via da tributação”.

<sup>8</sup> Cf. ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. *Op. cit.*, pp. 272-274.

<sup>9</sup> Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 24ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 235.

<sup>10</sup> Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. *Op. cit.*, pp. 375-378.

<sup>11</sup> Cf. COSTA, Regina Helena. *Imunidades tributárias: teoria e análise da jurisprudência do STF*. *Op. cit.*, pp. 49-53.

<sup>12</sup> Cf. AMARO, Luciano. *Direito Tributário brasileiro*. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 151.

da Constituição protegem estruturas (a forma federativa do Estado), liberdades e o desenvolvimento humano, cuja tarefa de proteção cabe, em primeiro lugar, ao próprio Estado, Humberto Ávila ensina que a causa justificadora das imunidades reside na facilitação de atividades que deveriam ser realizadas ou estimuladas pelo próprio Estado na consecução de seus fins<sup>13</sup>, o que resulta na intributabilidade de certos valores, liberdades e atividades.

A regra de imunidade é, portanto, construída pela confluência de direitos de liberdade, princípios e fins que devem ser analisados conjuntamente, não podendo, sozinhos, fundamentá-la<sup>14</sup>, constituindo todos variáveis extremamente relevantes para sua interpretação/aplicação<sup>15</sup>. É assim que, partindo-se do pressuposto teórico de que a norma é construída não só por um dispositivo, isto é, não é texto, conclui-se ser necessário observar todas as forças que atuam sobre a construção da norma no caso concreto, para, só então, propor-se *uma* norma de imunidade.

Nessa seara, como ensina Luís Eduardo Schoueri, particular importância tem o princípio da capacidade contributiva na construção (ou destruição) da regra de imunidade, pois a análise da manifestação da capacidade contributiva ou sua ausência é um teste necessário para a verificação da existência da imunidade em um caso concreto<sup>16</sup>. Não diverge seu entendimento dos ensinamentos do Professor Ruy Barbosa Nogueira, para quem o artigo 150 da Constituição imunizou pessoas e objetos que, em razão de sua natureza ou finalidade, não têm capacidade contributiva para contribuir com os gastos da coletividade<sup>17</sup>.

A construção da norma de imunidade fica particularmente interessante - e difícil - quando uma pessoa imune *prima facie* atua no domínio econômico. Nessa esfera, há, em tese, manifestação de capacidade contributiva, atuando, assim, o princípio da capacidade contributiva contra a existência da imunidade<sup>18</sup>. Apenas se, mesmo atuante no domínio econômico, a entidade imune manifestar a inexistência de capacidade contributiva, aplicando, por exemplo, todos os seus recursos na consecução de fins públicos, a imunidade será mantida.

Além da atuação do princípio da capacidade contributiva, a participação de uma entidade imune, *prima facie*, no domínio econômico sujeita a construção da norma imunizante aos princípios que regem a Ordem Econômica, notadamente o princípio da livre concorrência, o qual, nesse caso, exerce efeitos importantes sobre a interpretação da imunidade, como se verá à frente. Antes, porém, é necessário entender as causas da imunidade recíproca e seu alcance.

### 2.1. A imunidade recíproca

No texto constitucional, a imunidade recíproca está prevista explicitamente no artigo 150, VI, "a", da Constituição e tem por comando a vedação da União,

<sup>13</sup> Cf. ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário. Op. cit.*, pp. 272-273.

<sup>14</sup> Cf. TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário. Op. cit.*, pp. 62-63.

<sup>15</sup> Cf. BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar. Op. cit.*, p. 380.

<sup>16</sup> Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário. Op. cit.*, p. 393.

<sup>17</sup> Cf. NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Imunidades. Op. cit.*, pp. 3-4.

<sup>18</sup> Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário. Op. cit.*, p. 393.

dos Estados e dos Municípios cobrarem, uns dos outros, impostos sobre o patrimônio, renda e serviços. A imunidade dos entes federados nasceu da prática jurídica norte-americana e foi introduzida na Constituição Brasileira de 1891 por influência de Ruy Barbosa<sup>19</sup>.

Historicamente, ela sempre teve como justificativa a proteção do pacto federativo, cuja manutenção pressupõe a existência de uma estrutura federal e a autonomia dos entes que a compõem<sup>20</sup>. Por essa razão, proteger a federação significa proteger, também, a autonomia dos entes federados<sup>21</sup>, o que, por meio das imunidades tributárias, é realizado pela proibição de os agentes políticos tributarem uns aos outros. O mecanismo da imunidade recíproca impossibilita, dessa forma, que a União, os Estados e os Municípios dilacerem a federação pela utilização do tributo como instrumento de pressão política e financeira.

Uma segunda razão pode ser apontada como causa para a existência da imunidade recíproca, muito relacionada ao pacto federativo e dele indissociável: a isonomia entre os entes federados<sup>22</sup>. Formalmente iguais, União, Estados e Municípios não poderiam se tributar, pois o exercício do poder tributário, expressão da soberania que é, requer a sujeição daquele que é tributado a quem exerce o poder de tributar.

Por fim, no que concerne às causas da imunidade recíproca, além da proteção do pacto federativo e da isonomia entre os entes federados, ela também é construída em torno da ausência de capacidade contributiva. Os sujeitos protegidos pela imunidade em questão não manifestam - em regra - capacidade contributiva, pois seu campo de atuação está fora do domínio econômico<sup>23</sup> e seus recursos estão destinados à consecução dos serviços públicos para os quais eles foram instituídos<sup>24</sup>. Isto é, seus recursos já contribuem para a realização do interesse público.

São três, portanto, os fundamentos sobre os quais repousam a imunidade recíproca: (i) a proteção do pacto federativo mediante a manutenção da autonomia financeira da União, Estados e Municípios<sup>25</sup>; (ii) o reconhecimento da isonomia entre os entes federados<sup>26</sup>; (iii) e a ausência de capacidade contributiva.

Compreendidos os fundamentos da imunidade recíproca, é necessário entender-se o alcance da norma imunizante, intimamente ligado às suas causas. Apesar de dizer-se que a imunidade em questão é *subjativa*<sup>27</sup>, pois a intributabili-

<sup>19</sup> Para o histórico do desenvolvimento do instituto: TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário*. Op. cit., pp. 213 e ss. Também: BALEEIRO, Aliomar; e DERZI, Misabel Abreu Machado. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. Op. cit., pp. 383-390.

<sup>20</sup> Cf. ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. Op. cit., p. 211.

<sup>21</sup> Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. Op. cit., p. 379.

<sup>22</sup> Cf. CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 25ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 738-739.

<sup>23</sup> Cf. ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. Op. cit., pp. 281-283.

<sup>24</sup> Cf. COSTA, Regina Helena. *Imunidades tributárias: teoria e análise da jurisprudência do STF*. Op. cit., p. 138.

<sup>25</sup> Cf. COSTA, Regina Helena. *Imunidades tributárias: teoria e análise da jurisprudência do STF*. Op. cit., pp. 137-138.

<sup>26</sup> Cf. CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. Op. cit., pp. 738-739.

<sup>27</sup> Cf. BUISSA, Leonardo; e BEVILACQUA, Lucas. "Livre concorrência e imunidade dos correios: limite a uma limitação". *Direito Tributário atual* nº 28. São Paulo: Dialética, 2013, p. 141.

dade está vinculada a determinados sujeitos de direito público e suas instrumentalidades, os parágrafos 2º e 3º do artigo 150 da Constituição inserem parâmetros *objetivos* que balizam a norma imunizante<sup>28</sup>. São eles: o patrimônio, a renda e os serviços prestados pelos entes federados e suas instrumentalidades, bem como a vinculação desses itens às finalidades essenciais ou destas decorrentes dos sujeitos que, *prima facie*, estão sujeitos à imunidade. Ou seja, são protegidos pela imunidade as pessoas políticas e suas instrumentalidades *se* prestadoras de serviços públicos ou realizadoras de atividades públicas, independentemente da forma jurídica escolhida para prestação dos serviços públicos<sup>29</sup> ou do meio de cobrança (se tarifa ou preço público)<sup>30</sup>. A lógica por detrás dessas conclusões parte da premissa de que a imunidade recíproca atinge apenas as pessoas políticas e sua atuação enquanto tal, isto é, enquanto *government*<sup>31</sup>. Nesse caso, tributar tais atividades é impor um ônus tributário ao próprio Estado, o que resulta na violação do pacto federativo, da isonomia entre os entes federados e vai de encontro ao princípio da capacidade contributiva.

Por outro lado, na hipótese de os entes federados exercerem atividades econômicas em sentido estrito por intermédio de suas instrumentalidades, isto é, atuarem em regime de mercado, não há que se falar em imunidade<sup>32</sup>, pois o Estado não estará agindo enquanto *government*, mas na qualidade de *proprietary*, do que resulta a inexistência de violação ao princípio federado e da isonomia entre os entes da federação. A atuação em regime de mercado indica, ainda, a existência de capacidade contributiva. Nesse caso, cogita-se o afastamento da regra de imunidade dos entes federados e suas instrumentalidades, pois estes deixam de atuar no seu campo próprio (função pública) e ingressam no mercado, atuando em regime de competição com outros agentes econômicos, cuja imunização seria impedida pelo próprio artigo 150, parágrafo 3º, da Constituição<sup>33</sup> e, ainda, pela vedação contida no artigo 173, parágrafo 2º, da Constituição.

A distinção entre Estado atuando enquanto *government* ou *proprietary* mostra que se deve interpretar teleologicamente o instituto da imunidade recíproca, lembrando-se de sua causa, para verificar em que hipóteses uma pessoa jurídica constituída ou instituída por um ente político será imune<sup>34</sup>. Tem-se, então, como regra

<sup>28</sup> Cf. COSTA, Regina Helena. *Imunidades tributárias: teoria e análise da jurisprudência do STF*. Op. cit., pp. 139-140.

<sup>29</sup> Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. "Imunidade tributária recíproca e cobrança de tarifas". In: COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda de; e MATSUO, Alexandra Mery Hansen (coords.), *Direito: teoria e experiência - estudos em homenagem a Eros Roberto Grau*. Volume 2. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 1421-1447. ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. Op. cit., pp. 279-281. CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit., p. 744.

<sup>30</sup> Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. "Imunidade tributária recíproca e cobrança de tarifas". Op. cit., p. 1433.

<sup>31</sup> Cf. CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit., pp. 738-739.

<sup>32</sup> Cf. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 139.

<sup>33</sup> Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. Op. cit., pp. 378-383.

<sup>34</sup> Cf. DERZI, Misabel Abreu Machado; COELHO, Sacha Calmon Navarro; COELHO, Eduardo Junqueira; e LOBATO, Valter de Souza. "Da imunidade das subvenções para investimento nas parcerias público-privadas". In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do Direito Tributário*. 18º Volume. São Paulo: Dialética, 2014, pp. 315-318.

derivada do texto constitucional, que autarquias, fundações e empresas públicas prestadoras de serviços públicos são imunes. Contudo, as mesmas pessoas jurídicas, ao atuarem em regime de mercado, não serão alcançadas pela imunidade.

Nesse particular, a jurisprudência do STF vinha se firmando no sentido de que instituições públicas que prestam serviços públicos são imunes e que, fora desses casos, a norma imunizante não seria aplicável<sup>35</sup>. Inclusive, coerentemente a seu entendimento, o STF chegou a negar a existência da imunidade da Caixa Econômica Federal em atividades alheias às suas finalidades essenciais<sup>36</sup> e da Companhia de Docas do Estado de São Paulo<sup>37</sup> sob a justificativa de que a imunidade não poderia ser invocada, pois, além de a autonomia política não ser violada, seu reconhecimento desequilibraria a concorrência no mercado. Isto é, o STF abordava a imunidade recíproca à luz do “critério da caracterização econômica como definitivo para a aplicabilidade da imunidade tributária do art. 150, VI, ‘a’, às empresas públicas”<sup>38</sup>.

Contudo, esse entendimento foi deixado de lado quando do julgamento da abrangência da imunidade da ECT no Recurso Extraordinário nº 601.392/PR, que permitiu a uma entidade imune atuar em regime de mercado, tema central do presente artigo.

### III - A Ordem Econômica, o Princípio da Livre Concorrência e as Normas de Imunidade Recíproca

A análise do posicionamento do STF no Recurso Extraordinário nº 601.392/PR requer o entendimento dos contornos do princípio constitucional da livre concorrência e de sua posição na Ordem Econômica. Antes de o analisarmos, é importante ter em mente que o termo Ordem Econômica é plurívoco e pode referir-se a três realidades distintas<sup>39</sup>: (i) *conceito de fato*, relativo ao modo de ser de uma economia concreta, isto é, a relação entre fenômenos materiais e econômicos; (ii) *conjunto de normas* de natureza econômica; e (iii) *ordem jurídica* da economia. Interessa para este artigo a acepção do termo enquanto *ordem jurídica*, isto é, enquanto conceito do mundo do dever-ser relativo ao regimento da economia, isto é, das relações materiais e econômicas da sociedade brasileira e da intervenção do Estado nela.

Um alerta, apesar de óbvio, é necessário: a ineficácia social das normas que tratam da Ordem Econômica não resulta em sua inexistência, invalidade ou ineficácia jurídica<sup>40</sup>. Dito de outra forma, a dissociação entre o *modo de ser* da economia brasileira do *modo que ela deveria ser* não afasta a juridicidade dos preceitos constitucionais. A despeito de toda a força da Economia, que pode seduzir e sobrepujar o Direito, legisladores, reguladores, administradores públicos e juízes

<sup>35</sup> Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. “Imunidade tributária recíproca e cobrança de tarifas.” *Op. cit.*, pp. 1.438-1.446. ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário. Op. cit.*, pp. 276-278.

<sup>36</sup> Recurso Extraordinário nº 74.032.

<sup>37</sup> Recurso Extraordinário nº 253.472.

<sup>38</sup> Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. “Imunidade tributária recíproca e cobrança de tarifas.” *Op. cit.*, pp. 1.438-1.446.

<sup>39</sup> Cf. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988. Op. cit.*, pp. 63-69.

<sup>40</sup> Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 5ª edição. São Paulo: Edipro, 2012, pp. 53-56.

estão vinculados aos comandos constitucionais que conformam sua atuação e decisão e devem observá-los para a efetivação da Ordem Econômica normatizada pelo Constituinte.

O conjunto de normas destinadas à regulação da economia e da intervenção do Estado nela prevista em nossa Constituição permite atestar a existência de uma *Constituição Econômica*, ou *Constituição Econômica Formal*<sup>41</sup>, que consiste no conjunto de normas que define, organiza e estrutura o funcionamento da economia, regrando-a. O conteúdo do conceito jurídico da Ordem Econômica é o conjunto de normas - regras e princípios - que institucionalizam um modo de produção específico<sup>42</sup>, o qual não é axiologicamente neutro. De fato, nossa Ordem Econômica, se comparada a de constituições anteriores, de mera *estrutura*, passou à *função*; de ordem econômica *liberal*, tornou-se *intervencionista*<sup>43</sup>. Ela é resultado da positivação de uma opção política e ideológica, cujas aspirações transparecem em seu artigo 170.

A Ordem Econômica funda-se na valorização do trabalho humano e na iniciativa privada, o que aponta para uma economia capitalista de mercado em que os valores do trabalho humano são privilegiados<sup>44</sup>. Seu fim é assegurar, a todos, existência digna distribuída pela justiça social, isto é, um modo de vida em que todos possam viver confortavelmente e de acordo com suas opções individuais<sup>45</sup>. Em torno do fim e dos fundamentos da Ordem Econômica, gravitam os princípios que a regem, discriminados no mesmo artigo 170 do texto constitucional.

A correta compreensão das implicações do conteúdo da Ordem Econômica requer, inicialmente, o entendimento de que seus fundamentos, fins e princípios são categorias jurídicas distintas que não podem, portanto, ser tratadas indistintamente<sup>46</sup>. Em outras palavras, não se pode, por exemplo, tomar como fundamentos os princípios e sustentar que o fim da Ordem Econômica é a livre concorrência ou a busca do pleno emprego. Na verdade, os princípios da Ordem Econômica, apesar de também indicarem um fim, estão atrelados aos fundamentos e fins da Constituição Econômica, e devem ser aplicados/interpretados de modo a privilegiar o quanto positivado pelo Constituinte Originário. De fato, é a finalidade da Ordem Econômica que indica o caminho a ser trilhado pela sociedade, o qual se inicia em seus fundamentos e é modelado pelos princípios que pertencem a seu mundo, os quais passamos a analisar.

### 3.1. O princípio da livre concorrência

Os princípios são classificados pelo professor Humberto Ávila como “normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de

<sup>41</sup> Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35ª edição. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 792-793.

<sup>42</sup> Cf. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. *Op. cit.*, p. 70.

<sup>43</sup> *Ibidem*, pp. 71-73.

<sup>44</sup> Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. *Op. cit.*, p. 790.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 791.

<sup>46</sup> Cf. BARBOSA, Mateus Calicchio. “Ordem econômica e neutralidade concorrencial tributária: o caso da substituição tributária ‘para frente’”. *Revista de Direito Tributário atual* nº 28. São Paulo: Dialética, 2013, pp. 208-211.



complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção<sup>47</sup>.

Isto é, não veiculam uma decisão parlamentar preliminar, mas contribuem para uma decisão ao incorporar em seu processo razões afeitas aos valores por eles tutelados; estabelecem um *estado ideal de coisas* a ser perseguido; e sua aplicação exige uma relação entre os efeitos da conduta a ser adotada e sua contribuição para o *estado ideal de coisas*. As regras, por sua vez, são “normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiológicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos”<sup>48</sup>.

Em síntese, princípios são *normas-do-que-deve-ser* e as regras, *normas-do-que-fazer*<sup>49</sup>. A diferença entre princípios e regras não é meramente classificatória, pois tais espécies normativas têm efeitos diferentes e particulares. Sobre o tema, nos valem novamente das lições de Humberto Ávila, que diseca a eficácia dos princípios em interna, subdividida em eficácia interna direta e eficácia interna indireta, e externa, de matizes objetiva e subjetiva<sup>50</sup>, demonstrando que os princípios não são um conjunto de palavras bonitas, mas vazias: a natureza de princípio dota o conceito normativo de efeitos próprios.

A eficácia interna de um princípio está relacionada à sua atuação sobre outro princípio - caso em que o princípio atuante será denominado de sobreprincípio - ou regra, auxiliando na compreensão de seu sentido. Os princípios podem atuar diretamente sobre as espécies normativas, hipótese em que têm um efeito integrativo sobre elas na medida em que incorporam à sua aplicação novos elementos, ou de maneira indireta, intermediado por outras normas. Quando atuam indiretamente, eles têm quatro funções: (i) definitiva, pois delimitam o conteúdo de um comando mais amplo estabelecido por outro princípio ou regra; (ii) interpretativa, pois ampliam ou reduzem o sentido das normas; (iii) bloqueadora, pois afastam da construção da norma elementos que vão de encontro ou não contribuem para o estado ideal por eles previsto; e, no caso específico dos princípios que atuam como sobreprincípios, (iv) função rearticuladora, que permite a interação entre os subprincípios<sup>51</sup>.

Além de atuar sobre as normas jurídicas e seu sentido, os princípios jurídicos também afetam os fatos, sendo relevantes para sua interpretação por estabelecerem um estado ideal de coisas e, conseqüentemente, servirem de ponto de partida para a análise da pertinência e valoração dos fatos com vistas à consecução do fim encastelado pelo princípio. Essa aptidão é classificada como eficácia externa.

<sup>47</sup> Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 78-79.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 78.

<sup>49</sup> Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios - da definição à aplicação*. *Op. cit.*, pp. 72-73.

<sup>50</sup> *Ibidem*, pp. 97-102.

<sup>51</sup> *Ibidem*, pp. 97-98.

Nessa seara, os princípios têm uma eficácia externa objetiva, na qual têm função: seletiva, de selecionar os fatos pertinentes; valorativa, de valorá-los de acordo com os fins propostos pelo princípio; e argumentativa, decorrente da necessidade de ponderação dos princípios diante da não vinculação do aplicador da lei a uma hipótese normativa pré-selecionada, mas apenas da eleição de um estado ideal de coisas<sup>52</sup>. Por fim, os princípios têm uma eficácia externa subjetiva, pois limitam intervenções do poder público em direitos de liberdade e sugerem sua proteção, servindo, assim, como direitos subjetivos<sup>53</sup>.

Portanto, a plêiade de princípios da Ordem Econômica é dotada de eficácia jurídica passível de análise e controle que deve ser considerada na interpretação/aplicação do Direito. Eles não estão isolados e interagem entre si com vistas à consecução do fim da Ordem Econômica previsto no artigo 170, *caput*, da Constituição<sup>54</sup>. Todos eles trazem consigo um *estado ideal de coisas* que deve ser perseguido, mas que está subordinado ao fim previsto no artigo 170 da Constituição, que é assegurar a existência digna de todos. Dentre eles, o princípio da livre concorrência deve contribuir para o atingimento dos fins da Ordem Econômica à sua maneira, instaurando um certo ideal de coisas a ser perseguido, o qual passamos a analisar.

Inicialmente, deve-se fazer uma distinção que diz respeito à diferença entre livre concorrência e livre iniciativa. A dissociação de ambos os institutos é possível, pois, como discorre Tércio Sampaio Ferraz, há *concorrência* e *concorrencialidade*<sup>55</sup>, aquela entendida como “a regra do jogo de mercado”, e a última, enquanto nível de competitividade em determinado mercado. Ainda que o grau de *concorrencialidade* seja baixo, haverá *concorrência*, isto é, a estrutura de mercado ainda existirá, o que mostra que, apesar de ligadas, livre iniciativa e livre concorrência podem não caminhar lado a lado.

No que concerne à livre iniciativa, alçada a fundamento da Ordem Econômica pelo *caput* do artigo 170 da Constituição, ela é um aspecto das liberdades individual, de empresa e de atuação de agentes no mercado, isto é, do direito fundamental de concorrer no mercado<sup>56</sup>. Com efeito, é a possibilidade de escolha de qual atividade econômica realizar e o modo de praticá-la<sup>57</sup>. Contudo, seu conteúdo não é reduzido apenas à liberdade econômica ou liberdade de iniciativa econômica, assumindo facetas de liberdade pública e liberdade privada<sup>58</sup>, derivando a livre concorrência dessa última: (i) como liberdade pública, implica a liberdade de comércio e indústria, calcada na faculdade de iniciar e administrar uma atividade econômica privada e na garantia da legalidade; e (ii) como liberda-

<sup>52</sup> *Ibidem*, pp. 99-102.

<sup>53</sup> *Ibidem*, pp. 102.

<sup>54</sup> Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. “Livre concorrência e tributação”. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.), *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*. Volume 11. São Paulo: Dialética, 2007.

<sup>55</sup> Cf. FERRAZ, Tércio Sampaio. “Obrigação tributária acessória e limites de imposição: razoabilidade e neutralidade concorrencial do Estado”. In: FERRAZ, Roberto (coord.). *Princípios e limites da tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 726.

<sup>56</sup> Cf. SILVEIRA, Rodrigo Maito da. *Tributação e Concorrência*. *Op. cit.*, pp. 132-133.

<sup>57</sup> Cf. SILVEIRA, Marco Antonio Karam. *Atuação Estatal Estabilizadora*. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul, em 2014, p. 58.

<sup>58</sup> Cf. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. *Op. cit.*, pp. 204-206.

de privada, a liberdade de concorrência, desdobra-se na faculdade de conquistar a clientela - dentro dos limites da lei -, na proibição de barrar a concorrência e na neutralidade concorrencial do Estado. Daí que, apesar de dissociadas, livre iniciativa e livre concorrência estão ligadas, sendo que a livre concorrência pressupõe a existência daquela<sup>59</sup>.

Em uma primeira análise, a expressão livre concorrência faz imaginar um ambiente em que os agentes econômicos concorrem livremente sem amarras legais e éticas. Contudo, não é a esse estado de coisas a que se remeteu o Constituinte Originário, mas a um estado de equilíbrio<sup>60</sup>. Com efeito, o princípio da livre concorrência positivado pelo Constituinte não remete a uma concorrência desenfreada e destrutiva, mas a uma *liberdade que convive* com as demais liberdades consagradas pela Constituição<sup>61</sup>. Longe de encastelar apenas uma garantia individual, aponta para um estado ideal de coisas a partir do qual devem ser efetivadas as finalidades previstas no artigo 170 da Constituição, devendo conviver com os demais princípios que orientam a Ordem Econômica<sup>62</sup>. É, portanto, a livre concorrência uma liberdade regulada<sup>63</sup>. Assim, se a existência digna conforme os ditames da justiça social é o fim da Ordem Econômica, seu norte, o princípio da livre concorrência, em conjunto com os demais princípios, é utilizado para calibrar o ponteiro que aponta para a finalidade que norteou o Constituinte Originário.

O princípio da livre concorrência tem por objetivo primordial a preservação das condições de concorrência, o que autoriza a intervenção do poder estatal para sua manutenção e fomento<sup>64</sup>. A garantia de preservação é concretizada, de maneira imediata, pela proteção à liberdade individual de concorrer<sup>65</sup>. Nesse caso, o princípio da livre concorrência surge como tradução jurídica da possibilidade de os agentes econômicos atuarem no mercado e nele se manterem<sup>66</sup>, o que resulta na abertura da possibilidade de empreender a todos e impõe ao Estado a obrigação de combater condutas e estruturas que, restringindo a competitividade, toquem a livre iniciativa<sup>67</sup> e têm o potencial de excluir agentes econômicos do mercado.

Além de relacionado ao conceito de liberdade, por decorrer dela, o princípio da livre concorrência também está impregnado pela ideia de isonomia, pois busca garantir aos competidores condições iguais de acesso e permanência ao mer-

<sup>59</sup> Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário. Op. cit.*, pp. 241-271.

<sup>60</sup> Cf. BRAZUNA, Jose Luis Ribeiro. *Defesa da concorrência e tributação - à luz do artigo 146-A da Constituição. Op. cit.*, pp.76-77.

<sup>61</sup> Cf. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988. Op. cit.*, pp. 210-212.

<sup>62</sup> Cf. ELALI, André. "Um exame da desigualdade da tributação em face dos princípios da ordem econômica". In: FERRAZ, Roberto (coord.). *Princípios e limites da tributação 2*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 245-249.

<sup>63</sup> Cf. SILVEIRA, Rodrigo Maito da. *Tributação e Concorrência. Op. cit.*, pp. 135.

<sup>64</sup> Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. "Livre concorrência e tributação". *Op. cit.*, pp. 244-245.

<sup>65</sup> Cf. SILVEIRA, Marco Antonio Karam. *Atuação estatal estabilizadora. Op. cit.*, pp. 58-59.

<sup>66</sup> Cf. ELALI, André. "Um exame da desigualdade da tributação em face dos princípios da ordem econômica". *Op. cit.*, pp. 237.

<sup>67</sup> Cf. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. "Obrigação tributária acessória e limites de imposição: razoabilidade e neutralidade concorrencial do Estado". *Op. cit.*, pp. 727-728.

cado<sup>68</sup>. Nesse caso, aproxima-se do princípio da igualdade ao buscar garantir igualdade de oportunidades a todos os concorrentes e a possibilidade de os agentes disputarem o mercado em condições de igualdade<sup>69</sup>, o que protege o mercado, na medida em que acesso e permanência no mercado estão garantidos - frise-se que não são os concorrentes que precisam ser iguais, mas as condições<sup>70</sup>.

Por implicar o tratamento igualitário dos concorrentes, o princípio da livre concorrência, entendido como manifestação do princípio da igualdade, autoriza o tratamento diferenciado dos agentes econômicos para que a igualdade jurídica de oportunidades e de disputa seja concretizada, isto é, para que o equilíbrio de mercado seja preservado<sup>71</sup>. Essa autorização dependerá da análise do caso concreto e dos elementos que diferenciam uns concorrentes dos outros, da qual poderá surgir ou não a possibilidade de, validamente, discriminar o tratamento dado para a garantia da igualdade.

Imediatamente, portanto, o princípio da livre concorrência protege a liberdade de livre iniciativa e a igualdade de partida e disputa dos agentes econômicos. Tutela, conseqüentemente, a atividade empresarial dentro de uma estrutura de mercado e mantém a própria estrutura de mercado, dentro da qual as relações econômicas devem se desenvolver e prosperar<sup>72</sup>.

Da garantia da possibilidade de os agentes econômicos concorrerem e do mercado, decorre a defesa da própria Ordem Econômica normatizada pela Constituição<sup>73</sup>. Isso porque, a manutenção dos agentes e da estrutura em que atuam permite o funcionamento da economia e seu desenvolvimento, bem como a proteção dos consumidores e dos empregados. Sob essa perspectiva, a livre concorrência assume, de maneira mediata, a feição de princípio voltado à proteção do consumidor<sup>74</sup> e da função social da propriedade, serve de instrumento contra o abuso do poder econômico<sup>75</sup> e possibilita a redução das desigualdades sociais e a busca pelo pleno emprego<sup>76</sup>.

Defender a concorrência, portanto, é proteger a competição e o consumidor, e contribuir para uma melhor distribuição da renda e estabilização da economia<sup>77</sup>, elementos esses que, uma vez assegurados, auxiliam na preservação dos fundamentos da Ordem Econômica - livre iniciativa e valorização do trabalho - e no fomento de seu fim - a existência digna de todos. O princípio instaura, então, imediatamente um estado ideal de coisas em que a manutenção do mercado é

<sup>68</sup> Cf. SILVEIRA, Marco Antonio Karam. *Atuação estatal estabilizadora*. *Op. cit.*, pp. 58-59.

<sup>69</sup> Cf. LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. *Livre concorrência e o dever de neutralidade tributária*. *Op. cit.*, pp. 51-54.

<sup>70</sup> Cf. BARBOSA, Mateus Calicchio. "Ordem econômica e neutralidade concorrencial tributária: o caso da substituição tributária 'para frente'." *Op. cit.*, p. 215.

<sup>71</sup> Cf. SILVEIRA, Marco Antonio Karam. *Atuação estatal estabilizadora*. *Op. cit.*, p. 59.

<sup>72</sup> *Ibidem*, pp. 59-63.

<sup>73</sup> *Ibidem*, pp. 125-126.

<sup>74</sup> Cf. ELALI, André. "Um exame da desigualdade da tributação em face dos princípios da ordem econômica" *Op. cit.*, pp. 238-240.

<sup>75</sup> Cf. SILVEIRA, Rodrigo Maito da. *Tributação e concorrência*. *Op. cit.*, pp. 132-136.

<sup>76</sup> Cf. ELALI, André. "Um exame da desigualdade da tributação em face dos princípios da ordem econômica" *Op. cit.*, pp. 240-244.

<sup>77</sup> Cf. ELALI, André. "Um exame da desigualdade da tributação em face dos princípios da ordem econômica" *Op. cit.*, pp. 247.

visada, e, mediatamente, em que os interesses dos consumidores são tutelados, que se verão prejudicados por um mercado monopolista ou oligopolista em que a concorrência não é prestigiada.

Para garantir a eficácia do princípio da livre concorrência, pode o Estado intervir na economia, reduzindo o desequilíbrio causado por condutas individuais e por estruturas de mercado que negam a liberdade de atuar em regime de mercado e dificultam a concretização da igualdade de oportunidade entre os agentes econômicos<sup>78</sup>. Em face do desequilíbrio, deve o Estado agir<sup>79</sup>, seja por meio da edição de normas ou por suas instrumentalidades destinadas à proteção da concorrência<sup>80</sup>. Nesse agir, o Estado encontra limites na própria estrutura de mercado, pois deve manter neutralidade em relação ao equilíbrio da concorrência. Isto é, o estado deve atentar-se para sua *neutralidade concorrencial* e suas ações não podem resultar no desequilíbrio do mercado (em equilíbrio) e prejudicar o que deveria ser privilegiado e preservado.

Na seara tributária, o Estado não pode, por meio da imposição tributária ou desoneração, restringir a livre concorrência discriminando os contribuintes sem se valer de critérios claros e impor tributos que dificultem o ingresso e a permanência no mercado, o que coloca em risco a livre iniciativa. A essas restrições ao agir estatal no campo da tributação impostas pelo princípio da livre concorrência dá-se o nome de *neutralidade concorrencial tributária*, traduzida pela neutralidade do Estado diante da concorrência em igualdade de condições e de disputa<sup>81</sup>, que assume facetas positiva e negativa<sup>82</sup>: respectivamente, intervenção do Estado para o fomento da economia e barreira à interferência fiscal do Estado em um mercado em que a liberdade de concorrer em condições de igualdade já foi concretizada. Em outras palavras, não pode o Estado, por meio do poder tributário, desorganizar um mercado em que impera a igualdade de condições entre os concorrentes. Não pode o Estado, também, criar privilégios a determinados concorrentes em detrimento de outros, prejudicando, por essa medida, a própria livre concorrência e, de maneira mediata, os consumidores, a garantia de livre emprego, dentre outros objetos mediatamente tutelados pelo princípio da livre concorrência<sup>83</sup>.

Dessa maneira, o princípio da livre concorrência, ao clamar pela neutralidade concorrencial tributária, erige-se como garantia da igualdade de oportunidade para os concorrentes e, assim, como instrumento de proteção da concorrência e, conseqüentemente, da livre iniciativa<sup>84</sup>. Destaque-se que, ao se falar em neutra-

<sup>78</sup> Cf. LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. *Livre Concorrência e o dever de neutralidade tributária*. Op. cit., p. 55.

<sup>79</sup> Cf. SILVEIRA, Marco Antonio Karam. *Atuação estatal estabilizadora*. Op. cit., pp. 127-128.

<sup>80</sup> Cf. FERRAZ, Tercio Sampaio. "acessória e limites de imposição: razoabilidade e neutralidade concorrencial do Estado". Op. cit., p. 728.

<sup>81</sup> Cf. LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. *Livre concorrência e o dever de neutralidade tributária*. Op. cit., p. 61.

<sup>82</sup> Cf. ROTHMANN, Gerd Willi. "Tributação, sonegação e livre concorrência". In: FERRAZ, Roberto (coord.). *Princípios e limites da tributação 2*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 241.

<sup>83</sup> Cf. FERRAZ, Tercio Sampaio. "Obrigação tributária acessória e limites de imposição: razoabilidade e neutralidade concorrencial do Estado". Op. cit., p. 732.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 733.

lidade, não se está a defender a inexistência de efeitos econômicos dos tributos. É sabido que todos os tributos têm um efeito indutor, independentemente de em seu íntimo não terem sido instituídos para a indução de comportamentos, mas para a arrecadação. A neutralidade fiscal, entendida como a não indução de condutas, é uma utopia. Daí que o exato significado da expressão *neutralidade concorrencial tributária* reside na impossibilidade de o Estado instaurar uma relação de desigualdade num mercado em que, antes de sua atuação, era marcado pela igualdade concorrencial entre os agentes econômicos. A neutralidade concorrencial tributária é, assim, uma última decorrência do princípio da livre concorrência.

Sobre as ramificações do princípio da livre concorrência, Ricardo Seibel, após analisar a jurisprudência do STF sobre o tema, concluiu que ele se manifesta em três dimensões<sup>85</sup>: (i) liberdade de ação competitiva; (ii) igualdade de oportunidade a todos os agentes econômicos; e (iii) exercício regular de posição jurídica pelo Estado. Como visto anteriormente, a primeira dimensão deriva da livre iniciativa, fundamento da Ordem Econômica; a segunda, do princípio da igualdade; e a última dimensão decorre da necessidade de intervenção do Estado para evitar o abuso do poder econômico.

Em síntese, o princípio da livre concorrência aponta para um estado ideal de coisas<sup>86</sup> em que as suas três dimensões são concretizadas. Aponta ele para a garantia da liberdade de ação em igualdade concorrencial, observados o fundamento da Ordem Econômica, a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano, e sua finalidade, assegurar a todos existência digna. Para tanto, autoriza a intervenção do Estado para o combate de condutas e estruturas que afetam negativamente a livre concorrência, desde que mantida a neutralidade concorrencial tributária.

### 3.2. A influência do princípio da livre concorrência na construção das regras de imunidade recíproca

Como dito anteriormente, as regras de imunidade fundam-se numa causa, no fim que as inspira, na inexistência de capacidade contributiva e decorrem da necessidade de proteção de direitos de liberdade. Assim, confluem para a construção das imunidades uma multiplicidade de forças interpretativas nutridas pelos valores protegidos por ela. Apesar de os ideais que inspiram as imunidades deverem ser tomados como parâmetros para sua interpretação/aplicação, dois elementos sempre atuarão na construção da norma imunizante quando um ente imune *prima facie* atuar em regime de mercado: a capacidade contributiva e o princípio da livre concorrência<sup>87</sup>. Com efeito, a submissão da construção das normas de imunidade ao princípio da livre concorrência é engatilhada quando há atuação no mercado, pois há real possibilidade de dano à livre concorrência<sup>88</sup>.

<sup>85</sup> Cf. LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. *Livre concorrência e o dever de neutralidade tributária*. *Op. cit.*, pp. 51-54.

<sup>86</sup> Cf. LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. *Livre concorrência e o dever de neutralidade tributária*. *Op. cit.*, p. 57.

<sup>87</sup> Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. "Imunidade recíproca e cobrança de tarifas". *Op. cit.*, p. 1.426.

<sup>88</sup> Cf. SILVEIRA, Rodrigo Maito da. "Tributação e concorrência". *Op. cit.*, p. 185.

Em regra, a atuação do princípio da livre concorrência sobre a norma de imunidade é negativa, pois ele costuma ser invocado para negar a uma entidade o gozo da imunidade quando essa exerça atividades econômicas em sentido estrito. A justificativa para isso reside no fato de que uma entidade imune, agindo no domínio econômico, pode ser beneficiada por ganhos concorrenciais motivados tão somente na impossibilidade de lhe serem cobrados impostos.

Essa vantagem indevida (ou “privilégio odioso”) parece ter sido percebida pelo Constituinte Originário, que, por meio dos artigos 150, parágrafos 2º e 3º, e 173, parágrafo 2º, da Constituição, vinculou seu gozo (*i*) às atividades exercidas pela entidade imune próprias das entidades imunizadas pelo Constituinte, isto é, ao exercício de função pública; e (*ii*) no caso das empresas públicas e sociedades de economia mista, previu que a imunidade não poderia ser estendida a elas, pois não poderiam ser aproveitadas pelos demais contribuintes. Ou seja, o Constituinte reconheceu que a imunidade não poderia acompanhar a entidade imune em todos os campos em que ela atuasse, restringindo as hipóteses em que a regra da imunidade seria válida aos casos em que a entidade demonstrasse inexistência de capacidade contributiva ou não atuasse no domínio econômico, o que poderia prejudicar a concorrência.

A análise desses dispositivos leva à conclusão de que o princípio da livre concorrência já está previsto na gênese constitucional da norma da imunidade recíproca e sempre deverá ser considerado na construção dessa regra. Dito de outra forma, a norma da imunidade recíproca, se construída tão somente a partir dos artigos 150, parágrafos 2º e 3º, e 173, parágrafo 2º, da Constituição, já contém o princípio da livre concorrência como vetor para sua interpretação/aplicação, pois o Constituinte já considerou sua eficácia ao limitar a imunidade às atividades exercidas por instrumentalidades do poder público prestadoras de serviços públicos e afastá-la nos casos em que a imunidade não é aplicável às empresas privadas. Foram criadas, assim, regras cuja finalidade é a proteção daquilo que o princípio da livre concorrência estipulou como estado ideal de coisas, as quais dizem, precisamente, que no domínio econômico, em regime de concorrência, não há que se falar em imunidade.

O princípio da livre concorrência exerce, assim, efeitos diretos sobre a norma de imunidade, na medida em que a integra, incorporando à sua aplicação elementos próprios da Ordem Econômica - daí a *função integrativa* do princípio<sup>89</sup>. Atuando indiretamente sobre a norma imunizante decorrente do artigo 150, VI, “a”, por meio das regras veiculadas pelos artigos 150, parágrafos 2º e 3º, e 173, parágrafo 2º, todos da Constituição, tem *função interpretativa*<sup>90</sup> o princípio, reduzindo o âmbito de aplicação da imunidade apenas aos casos em que a entidade preste serviços públicos fora do domínio econômico.

Além disso, outro efeito próprio dos princípios que atinge a regra da imunidade recíproca é sua *função bloqueadora*<sup>91</sup>, que afasta do conteúdo normativo pos-

<sup>89</sup> Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Op. cit., pp. 76-78.

<sup>90</sup> *Ibidem*, pp. 76-78.

<sup>91</sup> *Ibidem*, pp. 76-78.

sível de determinada regra ou princípio quaisquer elementos que vão de encontro ao estado ideal de coisas instaurado por ele. Nesse caso, o princípio da livre concorrência impõe um óbice à incorporação à regra de razões que impliquem a fragilização da concorrência. Como a liberdade de concorrer em condições de igual oportunidade ser o estado ideal de coisas para o qual aponta o princípio da livre concorrência, a norma de imunidade recíproca não poderá ser construída com base em razões que prejudiquem o fomento e manutenção desse estado. Portanto, sobre a norma imunizante, o princípio da livre concorrência exerce suas funções integrativa, interpretativa e bloqueadora, tudo no sentido de incorporar a ela elementos que permitam a defesa da concorrência e afastar os que contrariem esse fim.

A neutralidade concorrencial tributária demandada pelo princípio da livre concorrência também aparece como limitadora da extensão da imunidade recíproca às atividades que não decorrem de atos de governo, mas do Estado enquanto agente econômico em regime de concorrência, pois, nesse caso, o Estado poderá afetar o equilíbrio concorrencial existente em determinado mercado ao atuar nele por meio de uma entidade imune.

Além disso, pelo fato de as normas oriundas dos artigos 150, parágrafos 2º e 3º, e 173, parágrafo 2º, da Constituição serem regras (influenciadas pelo princípio da livre concorrência, como visto), seus próprios efeitos também devem ser levados em consideração. Como as regras intrinsecamente já estabelecem a solução de um conflito que possa vir a ocorrer, isto é, estão orientadas para uma decisão, seu afastamento está condicionado ao preenchimento de requisitos de ordem material e formal<sup>92</sup>, isto é, de um ônus argumentativo maior<sup>93</sup>. Materialmente, tem-se a como requisito a impossibilidade de fácil reprodução da decisão que afasta a regra para outros casos (o que prestigia a segurança jurídica). Do ponto de vista procedimental, requer-se a demonstração de que a hipótese normativa é incompatível com sua finalidade; o afastamento deve ser racional e juridicamente fundamentado; e a existência de condições para a superação da regra deverá ser comprovada<sup>94</sup>.

Temos, portanto, como condição material que deve ser verificada para a extensão da imunidade recíproca às atividades econômicas em sentido estrito, a necessidade de a superação das regras decorrentes dos dispositivos mencionados não acarretar prejuízos à promoção da livre concorrência e da segurança jurídica. A decisão que afasta a aplicação das regras dos artigos 150, VI, parágrafos 2º e 3º, e 173, parágrafo 2º não pode ser facilmente reproduzida para casos semelhantes, sob pena de tanto a livre concorrência como a segurança jurídica serem desprestigiadas.

Além disso, os requisitos procedimentais deverão ser observados. Para tanto, o afastamento das regras em questão requer a demonstração de que sua finalidade (proteger a livre concorrência e evitar a tributação dos entes políticos) está

<sup>92</sup> Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Op. cit., pp. 102-108.

<sup>93</sup> *Ibidem*, pp. 102-108.

<sup>94</sup> *Ibidem*, pp. 119-120.



em desconformidade com sua hipótese normativa, o que deverá ser feito de maneira juridicamente fundamentada. Daí que a superação da regra segundo a qual a imunidade não é extensível às empresas públicas, fundações e autarquias que exerçam atividade econômica em sentido estrito só poderá ser realizada se a não extensão da imunidade implicar a tributação dos entes federados agindo enquanto *government* ou se a livre concorrência restar violada.

São esses os efeitos das regras decorrentes dos artigos 150, parágrafos 2º e 3º, e 173, parágrafo 2º, da Constituição, que, imediatamente, dão os contornos da imunidade recíproca e, mediatamente, tutelam a livre concorrência. Analisado como o princípio da livre concorrência atua na construção da norma de imunidade, passemos para a análise do Recurso Extraordinário nº 601.392/PR, que tem por objeto a imunidade da ECT.

#### **IV - A Imunidade da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos Construída pelo STF**

Em fevereiro de 2013, o STF concluiu o julgamento do Recurso Extraordinário nº 601.392/PR, afetado ao pleno em razão da repercussão geral conhecida relativa à extensão da imunidade recíproca da ECT para todas as atividades exercidas por ela. Nesse julgado, a Corte, por maioria de votos - um apertado 6 x 5 -, decidiu que a imunidade abarcava todas as atividades da ECT.

Antes de analisarmos os principais argumentos que conduziram à extensão da imunidade, é importante entender uma das premissas do julgamento do Recurso Extraordinário nº 601.392/PR: a natureza dos serviços prestados pela ECT<sup>95</sup>, delimitada anteriormente pelo STF no Recurso Extraordinário nº 220.906 e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 46.

No Recurso Extraordinário nº 220.906, relativo à extensão do regime de impenhorabilidade dos bens da ECT, o STF entendeu que o artigo 21, inciso X, da Constituição, que impõe à União a obrigação de manter o serviço postal, atribui aos serviços postais previstos em lei própria a natureza de *serviço público*. Anos depois, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 46, o STF debruçou-se sobre a recepção pela Constituição de 1988 da Lei nº 6.538/1978, que regula os serviços postais. O ponto nevrálgico da discussão era a validade e o alcance da exclusividade de prestação dos serviços postais pela União prevista no artigo 9º de referida Lei, que trazia um rol de atividades postais prestadas pela União em regime de “monopólio”. Nesse julgamento, muito influenciado pela obra do então Ministro Eros Roberto Grau, o Tribunal fixou a distinção entre *atividade econômica em sentido estrito* e *serviços públicos*, ambas espécies do gênero *atividade econômica*.

Também foi realizada a distinção entre monopólio e privilégio. O primeiro é caracterizado pela exclusividade de exercício de uma *atividade econômica em*

<sup>95</sup> Para um estudo detalhado do tema: VOJVODIC, Adriana de Moraes. “Nos labirintos do STF: em busca do conceito de ‘serviço público’. Uma visão a partir do ‘Caso ECT’”. In: COUTINHO, Diogo Rosenthal; e VOJVODIC, Adriana de Moraes (coords.). *Jurisprudência Constitucional: como decide o STF?* São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 414-432.

*sentido estrito*. O segundo, por sua vez, é a prestação, com exclusividade, de um *serviço público*.

Com base nessas distinções, a Corte entendeu que os serviços postais da ECT têm a natureza de *serviço público* e que, pela regra do artigo 21, inciso X, da Constituição, deveriam ser prestados exclusivamente pela União, em regime de privilégio. Quanto às demais atividades exercidas pela ECT, o STF qualificou-as como *atividades econômicas em sentido estrito*, sendo que, inexistindo qualquer dispositivo constitucional constituindo um monopólio da União sobre elas, poderiam ser exercidas por qualquer particular.<sup>96</sup>

Ambos os julgados contribuíram para solidificar o entendimento de que: (i) os serviços postais têm a natureza de *serviços públicos*; (ii) as demais atividades exercidas pela ECT enquadram-se no conceito de *atividade econômica em sentido estrito*; (iii) os serviços postais são exercidos pela ECT em regime de privilégio, em razão do artigo 21, inciso X, da Constituição; e (iv) as demais atividades exercidas pela ECT, por classificarem-se como *atividades econômicas em sentido estrito*, não estão sujeitas ao direito de exclusivo da União e são exercidas sob o regime jurídico de direito privado.

Estabelecidas as premissas sobre a natureza dos serviços prestados pela ECT, pode-se analisar o que foi decidido no Recurso Extraordinário nº 601.392/PR.

#### 4.1. O Recurso Extraordinário nº 601.392/PR

Por meio do Recurso Extraordinário nº 601.392/PR, a ECT pretendia a reforma de acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que negou a imunidade abrangente (isto é, da atividade econômicas em sentido estrito e dos serviços públicos) aos serviços prestados pela ECT no Município de Curitiba. Para o Tribunal, a imunidade prevista no artigo 150, inciso VI, “a”, da Constituição, restringia-se aos serviços postais previstos no artigo 9º da Lei nº 6.538/1978, considerados serviços públicos. Ao apreciá-lo, o STF, por maioria de votos, julgou-o procedente, entendendo que a imunidade recíproca era aplicável a todas as atividades exercidas pela empresa (*serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito*). Conferiu, assim, um tratamento amplo à referida imunidade.

Ao apreciar o Recurso, o STF, invocando o princípio da continuidade dos serviços públicos e a regra que torna obrigatória a manutenção dos serviços postais pela União, entendeu que era necessário imunizar todas as atividades da ECT (*serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito*) para que os serviços postais não deixassem de ser prestados ou que sua prestação efetiva fosse prejudicada. Ou seja, a Corte autorizou a existência de um “subsídio cruzado”.

A obrigatoriedade de a União manter os serviços postais em decorrência do artigo 21, inciso X, da Constituição e o princípio da continuidade dos serviços públicos foram utilizados como fundamentos para que o STF concluísse que todas as atividades exercidas pela ECT, sejam elas econômicas em sentido estrito ou

<sup>96</sup> Sobre os serviços postais e sua definição: MARTINS, Ives Gandra da Silva. “Imunidade tributária dos Correios e Telégrafos”. *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 74. São Paulo: Dialética, 2001; e MARTINS, Ives Gandra da Silva. “Ainda a imunidade tributária dos serviços prestados pelos Correios e Telégrafos”. *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 76. São Paulo: Dialética, 2002.

serviço público, são abarcadas pela imunidade recíproca: é por meio da ECT que a União cumpre sua obrigação e mantém a prestação dos serviços postais. O dever em questão foi analisado sob a premissa de que o serviço postal é deficitário e acarreta prejuízos para a empresa pública, e que os rendimentos advindos das atividades econômicas em sentido estrito da ECT eram necessários para a continuidade dos serviços postais. Para estender a imunidade, entendeu o STF que imunizar a integralidade das atividades da ECT não ia de encontro aos mandamentos da livre concorrência a nem violava o pacto federativo.

Os argumentos explorados no julgamento dialogam com uma regra e um princípio previstos na Constituição. A regra deriva do artigo 150, parágrafos 2º e 3º, e do artigo 173, parágrafo 2º, que prevê a extensão da imunidade recíproca às autarquias e fundações públicas no que tange ao patrimônio, renda e serviços vinculados às suas finalidades essenciais ou às finalidades delas decorrentes, bem como a inaplicabilidade da imunidade recíproca ao patrimônio, renda e aos serviços relacionados com a exploração de atividades econômicas em sentido estrito<sup>97</sup>.

O princípio afeito ao argumento é o da capacidade contributiva, explicitado pelo artigo 145, parágrafo 1º, da Constituição. Esse princípio constitucional transparece no argumento do subsídio cruzado, pois, a prevalecer o entendimento de que a ECT está obrigada a manter os serviços postais, serviço público atribuído aos entes políticos e suas instrumentalidades, apesar de ela apresentar capacidade financeira, poderá não apresentar capacidade contributiva e, portanto, ser imune. É esse o entendimento que se extrai do artigo 150, parágrafos 2º e 3º, da Constituição, como visto<sup>98</sup>.

Contudo, mesmo atuando em regime de concorrência, a capacidade contributiva pode não estar presente caso os recursos obtidos com as atividades econômicas em sentido estrito sejam destinados à prestação dos serviços públicos<sup>99</sup>. De fato, afetados tais recursos à consecução das finalidades institucionais, não há que se falar em capacidade contributiva, estando presente, portanto, um dos requisitos para a construção da norma de imunidade recíproca.

Ao decidir pela imunização da integralidade das atividades da ECT - serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito - com base no argumento do subsídio cruzado, o STF, ainda que não expressamente, valeu-se da ideia de inexistência de capacidade contributiva, a qual poderia fundamentar a interpretação extensiva da imunidade recíproca no caso concreto.

Mesmo inexistente a capacidade contributiva e presente, portanto, uma primeira justificativa à manutenção da imunidade, deve-se lembrar que a norma de imunidade decorre de vários dispositivos e tem a livre concorrência como um dos elementos que parametrizam sua construção. Por esse motivo, a atuação da enti-

<sup>97</sup> Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário. Op. cit.*, p. 381.

<sup>98</sup> Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. "Imunidade tributária e ordem econômica". In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do Direito Tributário*. V. 15. São Paulo: Dialética, 2011, p. 236.

<sup>99</sup> *Ibidem*, p. 237.

dade no domínio econômico sempre deve ser analisada à luz do princípio da livre concorrência para que a norma de imunidade seja construída<sup>100</sup>.

Nessa linha, pela regra decorrente dos artigos 150, parágrafos 2º e 3º, e 173, parágrafo 2º, da Constituição, a imunidade recíproca não poderia ser gozada pelas instrumentalidades do poder público no campo das atividades econômicas em sentido estrito. Dito de outra forma, a regra prevê que os entes políticos e suas instrumentalidades serão imunes, bem como seus serviços, rendas e patrimônios, desde que não atuem em regime de mercado, isto é, desde que atividades econômicas em sentido estrito não sejam exercidas.

Ao decidir pela extensão da imunidade recíproca a todas as atividades da ECT, o STF deixou de aplicar referida regra, que tem por finalidade mediata a proteção da livre concorrência, como dito. Com efeito, a vedação em questão encastela a proteção à livre concorrência na medida em que não admite que entidades imunes atuem em regime de concorrência contra pessoas jurídicas que não gozam do mesmo direito subjetivo a não se sujeitar ao poder tributário. Consequentemente, o STF, *afastando uma regra*, admitiu que uma situação de desigualdade se instaurasse entre concorrentes e colocou em risco a livre concorrência.

Nesse ponto, a decisão tomada pelo STF não contribui para a efetivação do princípio da livre concorrência, pois não caminha para a efetivação do estado ideal de coisas promovido pelo princípio<sup>101</sup>: (i) liberdade de ação competitiva; (ii) igualdade de oportunidade a todos os agentes; e (iii) exercício regular de posição jurídica pelo Estado.

Com efeito, a concessão da imunidade à ECT garante a ela uma vantagem competitiva em face de seus concorrentes, pois deixará de recolher impostos que oneram o exercício das atividades desempenhadas em regime de concorrência com outros agentes econômicos. Assim, a igualdade de oportunidade e de disputa é prejudicada, pois é evidente que a imunização a impostos nessas atividades exercidas em regime de mercado constitui um ganho concorrencial aproveitável pela ECT, que a desigualdade dos outros concorrentes. Esse ganho gera o risco de a ECT, fortificada pela vantagem concorrencial decorrente da imunidade, empurrar seus concorrentes para fora do mercado, o que põe em xeque o exercício da liberdade de ação competitiva no mercado de encomendas e correlatos, aquele não sujeito ao privilégio da ECT, mas em que ela atua.

Além disso, a neutralidade concorrencial tributária, demandada pelo princípio da livre concorrência, em seu aspecto negativo deixa de ser considerada pela União, pois, ao agir por meio da ECT, atua em regime de mercado valendo-se de norma de imunidade que a desonera do pagamento de impostos. Esse agir tem o potencial de desequilibrar o mercado em que a ECT concorre, o que vai de encontro à vedação da desorganização do equilíbrio concorrencial pelo Estado.

O STF permitiu, assim, uma situação de desigualdade que, à luz da Constituição, não seria permitida, estando, inclusive, vedada, pelos artigos 150, parágrafos 2º e 3º, e 173, parágrafo 2º. Como visto, deixar de aplicar uma regra im-

<sup>100</sup> Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. "Imunidade tributária e ordem econômica". *Op. cit.*, pp. 237-238.

<sup>101</sup> Cf. LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. *Livre concorrência e o dever de neutralidade tributária*. *Op. cit.*, p. 57.

plica aceitar solução diversa daquela selecionada pelo legislador para determinado conflito e germina a insegurança jurídica. Toda regra traz em seu bojo uma decisão prévia sobre um futuro conflito e todas as razões em jogo já são ponderadas pelo legislador que fornece a solução a ele por meio da regra, o que autoriza seu afastamento apenas em condições extraordinárias e observadas certas condições materiais e formais: dificuldade em reproduzi-la, em respeito à segurança jurídica, e descolamento entre a finalidade da regra e sua hipótese normativa.

Ocorre que o julgado serve de precedente para os demais casos que tratam da imunidade recíproca. Dentre eles, processo em que o STF reconheceu a existência de repercussão quanto à extensão da imunidade a sociedades de economia mista<sup>102</sup>. Inclusive, recentemente, o STF julgou o Recurso Extraordinário nº 773.992/BA, em que também foi reconhecida a repercussão geral do tema da imunidade da ECT, discutia-se a incidência do IPTU sobre imóveis da ECT afetados à *atividade econômica em sentido estrito*. Novamente, por maioria de votos, foi reconhecida a imunidade da ECT com base nos mesmos argumentos expendidos no Recurso Extraordinário nº 601.392/PR.

O reconhecimento da repercussão geral desses temas denota que não são poucas as hipóteses em que o Estado, por meio de empresas públicas e sociedades de economia mista, atua no domínio econômico. A prevalecer o entendimento do STF, em todos os casos em que há serviços públicos prestados por essas entidades paralelamente ao exercício de atividades econômicas em sentido estrito, a imunidade recíproca deverá ser estendida para sua manutenção.

O julgamento gera insegurança jurídica nos contribuintes e administradores públicos, na medida em que, as razões que moveram os votos dos Ministros podem ser aplicadas com certa facilidade a outros casos. O posicionamento da Suprema Corte criou, assim, um risco sistêmico relativo à possibilidade de desrespeito ao princípio da livre concorrência, pois o flexibilizou sem dar parâmetros seguros para que a comunidade jurídica saiba em que hipóteses a livre concorrência atuará contra a construção da norma de imunidade e em que hipóteses ambas conviverão.

Não estava presente no julgamento do Recurso Extraordinário nº 601.392/PR, portanto, a condição material para a superação da regra de que a imunidade recíproca não é aplicável às empresas públicas que exerçam atividades econômicas em sentido estrito.

Também não encontramos os requisitos procedimentais para esse afastamento. Isso porque, a manutenção das regras no caso concreto não vai de encontro à sua finalidade: a preservação do pacto federativo e a proteção da livre concorrência. É certo que a tributação de atividades de cunho estritamente econômico, que nada têm que ver com o exercício de um *munus* público, não impacta o princípio federativo, pois a autonomia dos entes federados não será restringida pela imposição tributária. Igualmente certo é o fato de que a não extensão da imunidade recíproca a essas atividades não resulta na violação da livre concorrência. Com efeito, a tributação de uma empresa pública atuando no domínio econô-

<sup>102</sup> STF, Recurso Extraordinário nº 600.867/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski.

mico dificilmente poderá ser considerada um ato atentatório à liberdade de concorrer. Portanto, também não há o descolamento entre as finalidades das regras afastadas e sua hipótese normativa, do que concluímos inexistir as condições procedimentais para a superação das regras em questão.

Além disso, a decisão analisada representa superação à jurisprudência do STF quanto à imunidade recíproca, tradicionalmente aplicável apenas às instituições públicas prestadoras de serviços públicos<sup>103</sup>. Até seria possível sustentar que, em casos análogos, o STF tem reconhecido a imunidade de entidades imunes que atuam no domínio econômico. Trata-se dos casos das imunidades dos templos de qualquer culto e das instituições de ensino e educação, cujos patrimônio, renda e serviços relacionados às suas atividades essenciais são atingidos, em geral, pela imunidade, previstas, respectivamente, no artigo 150, VI, “b” e “c”, da Constituição.

Ocorre que, diferentemente do caso da imunidade recíproca, não há qualquer vedação constitucional à extensão da imunidade a essas entidades caso elas atuem no domínio econômico. O reconhecimento da imunidade dessas entidades nos casos em que elas atuem no domínio econômico não pressupõe, assim, o afastamento de nenhuma regra constitucional que tenha por finalidade a proteção da livre concorrência<sup>104</sup>. Além disso, mesmo nesses casos, o princípio da livre concorrência deve ser levado em consideração.

Conclui-se, portanto, que a decisão do STF não considerou corretamente os efeitos do princípio da livre concorrência na construção das normas de imunidade recíproca, afetando a concorrência e a segurança jurídica.

Essa solução é deletéria, não só do ponto de vista jurídico, pois, além de afetar a concorrência e a segurança jurídica, desestimula a União a buscar novos modelos de manutenção dos serviços postais. Com efeito, atualmente, apesar de obrigatória a manutenção do serviço postal, ele é cada vez menos utilizado. Além disso, atividades estranhas à prestação do serviço postal são cada vez mais relevantes para a ECT, o que faz questionar até que ponto é viável sustentar a imunidade de atividades econômicas em sentido estrito para manter os serviços postais. É claro que benefícios fiscais podem ser concedidos para a viabilização da prestação de serviços públicos<sup>105</sup>, mas essa alternativa deveria partir do poder legislativo, e não do judiciário (apesar de a imunidade não ser um benefício fiscal, o raciocínio é semelhante), e, mesmo assim, estaria sujeita à análise de sua validade.

## V - Conclusões

Viu-se que o princípio da livre concorrência afeta a construção da norma de imunidade recíproca na medida em que sempre é parâmetro para sua propositura. Com efeito, além de o princípio estar previsto no capítulo da Constituição

<sup>103</sup> Cf. ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. Op. cit., p. 276.

<sup>104</sup> Cf. AMARO, Luciano. *Direito Tributário brasileiro*. Op. cit., p. 154.

<sup>105</sup> Cf. ROLIM, Maria João Carreiro Pereira; e ROLIM, João Dácio. “Desenvolvimento e princípios da tributação: o desafio de financiar serviços públicos de infra-estrutura em mercados competitivos. Um exemplo europeu”. In: FERRAZ, Roberto (coord.). *Princípios e limites da tributação 2 - os princípios da ordem econômica e a tributação*, São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 465-468.

destinado à Ordem Econômica, pautando-a para, a partir de seus fundamentos (a livre iniciativa e a valorização da dignidade humana), garantir a todos a existência digna, ele também exerce efeitos jurídicos sobre as regras que dispõem sobre a imunidade recíproca. Ele integra a regra decorrente dos artigos 150, parágrafos 2º e 3º, e 173, parágrafo 2º, da Constituição, que, delinea, imediatamente, o alcance da imunidade recíproca e, mediamente, tutela a livre concorrência.

O STF, ao decidir pela imunização da integralidade das atividades da ECT, afastou a regra em questão. Prejudicou, assim, a livre concorrência, pois afetou a liberdade de concorrer, a igualdade entre os agentes de mercado e resultou numa indevida atuação do Estado na economia por meio de uma entidade imune, desequilibrando a concorrência. Em síntese, não contribuiu para o *estado ideal de coisas* indicado pelo princípio da livre concorrência.

Além disso, a extensão da imunidade recíproca requereu o afastamento da regra decorrente do artigo 150, parágrafos 2º e 3º, e 173, parágrafo 2º, da Constituição, o que não se deu conforme as condições extraordinárias requeridas para o afastamento dessa espécie normativa, pois a decisão que a deixou de aplicar é facilmente reproduzível para outros casos e não há o descolamento entre a aplicação da norma da imunidade recíproca e sua finalidade. Não por outra razão, o tema é objeto de inúmeros processos envolvendo empresas públicas e sociedades de economia mista, inclusive da própria ECT, servindo como exemplo o recente julgamento do Recurso Extraordinário nº 773.792/BA, em que as mesmas razões utilizadas para imunizar a ECT no Recurso Extraordinário nº 601.392/PR foram enfrentadas novamente e a imunidade, estendida.

Assim, o STF criou um risco sistêmico à consecução do *estado ideal de coisas* perseguido pelo princípio da livre concorrência, pois abriu a possibilidade de o Estado, por meio de empresas públicas, concorrer com particulares no mercado sem que tenha de pagar impostos. Isso contribui para que os concorrentes não tenham igualdade de oportunidades para disputar o mercado, prejudicando sua atuação e manutenção no jogo da concorrência e do jogo em si. Prejudica, também, a estrutura de mercado e os consumidores. Consequentemente, afeta, em certa medida, a perseguição das finalidades da Ordem Econômica.

A superação do entendimento do STF em futuros julgamentos sobre o tema seria saudável e permitiria evitar a desorganização do equilíbrio concorrencial em outros mercados em que o Estado atue. A revisão do entendimento contribuiria para a concretização do princípio da livre concorrência e, consequentemente, para a observância do regramento decorrente da Ordem Econômica.

### **Bibliografia**

AMARO, Luciano. *Direito Tributário brasileiro*. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2012.

–. *Teoria dos Princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

BALEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

- BARBOSA, Mateus Calicchio. “Ordem econômica e neutralidade concorrencial tributária: o caso da substituição tributária ‘para frente’.” *Revista Direito Tributário atual* nº 28. São Paulo: Dialética, 2013.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 5ª edição. São Paulo: Edipro, 2012.
- BRAZUNA, José Luis Ribeiro. *Defesa da concorrência e tributação - à luz do artigo 146-A da Constituição*. Série Doutrina Tributária volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- BUISSA, Leonardo; e BEVILACQUA, Lucas. “Livre concorrência e imunidade dos Correios: limite a uma limitação”. *Direito Tributário atual* nº 28. São Paulo: Dialética, 2013.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 25ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 24ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.
- COSTA, Regina Helena. *Imunidades tributárias: teoria e análise da jurisprudência do STF*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006.
- ELALI, André. “Um exame da desigualdade da tributação em face dos princípios da ordem econômica”. In: FERRAZ, Roberto (coord.). *Princípios e limites da tributação 2*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. “Obrigação tributária acessória e limites de imposição: razoabilidade e neutralidade concorrencial do Estado”. In: FERRAZ, Roberto (coord.). *Princípios e limites da tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010, Quartier Latin, 2011. SILVEIRA, Marco Antonio Karam. *Atuação estatal estabilizadora*. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul, em 2014.
- LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. *Livre concorrência e o dever de neutralidade tributária*. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em 2005.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. “Imunidade tributária dos Correios e Telégrafos”. *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 74. São Paulo: Dialética, 2001.
- . “Ainda a imunidade tributária dos serviços prestados pelos Correios e Telégrafos”. *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 76. São Paulo: Dialética, 2002.
- NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Imunidades*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1992.
- ROTHMANN, Gerd Willi. “Tributação, sonegação e livre concorrência”. In: FERRAZ, Roberto (coord.). *Princípios e limites da tributação 2*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.
- . “Tributação e indução econômica: os efeitos econômicos de um tributo como critério para sua constitucionalidade”. In: FERRAZ, Roberto (coord.). *Princípios e limites da tributação 2 - os princípios da ordem econômica e a tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- . “Imunidade tributária recíproca e cobrança de tarifas”. In: COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda de; e MATSUO, Alexan-



- dra Mery Hansen (coords.). *Direito: teoria e experiência - estudos em homenagem a Eros Roberto Grau*. Volume 2. São Paulo: Malheiros, 2013.
- . “Livre concorrência e tributação”. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. *Grandes questões atuais do Direito Tributário*. Volume 11. São Paulo: Dialética, 2007.
- . “Imunidade tributária e ordem econômica”. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do Direito Tributário*. V. 15. São Paulo: Dialética, 2011.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35ª edição. São Paulo: Malheiros, 2012.
- SILVEIRA, Rodrigo Maito da. *Tributação e concorrência*. Série Doutrina Tributária volume IV. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário*. Volume 3 - os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- VOJVODIC, Adriana de Moraes. “Nos labirintos do STF: em busca do conceito de ‘serviço público’. Uma visão a partir do ‘Caso ECT’”. In: COUTINHO, Diogo Rosenthal; e VOJVODIC, Adriana de Moraes (coords.). *Jurisprudência constitucional: como decide o STF?* São Paulo: Malheiros, 2009.