

Tema

Menção
Honrosa

Defesa da Concorrência

**A RELAÇÃO ENTRE A PRESTAÇÃO DELEGADA DE SERVIÇOS
PÚBLICOS, A LIVRE CONCORRÊNCIA E A TRIBUTAÇÃO**

SIMONE ANACLETO

Mestre em Direito do Estado – UFRGS. Procuradora da Fazenda
Nacional – PGFN/MF

**VI
PRÊMIO SEAE
2011**

Concurso de Monografias sobre os temas:
Defesa da Concorrência e Regulação Econômica

Agradecimentos

Agradeço aos meus pais, Alceu e Dione, por minha formação e por todo o apoio.

Resumo

O Supremo Tribunal Federal decidiu, em caráter definitivo, pela extensão da imunidade tributária recíproca às empresas públicas e às sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos primeiro considerando os casos que envolviam a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), que presta o serviço postal em regime de monopólio. Posteriormente, estendeu esse entendimento a outros entes paraestatais prestadores de serviços públicos, ante considerações vinculadas à relevância da prestação dos serviços públicos para a sociedade. Levando em conta que hoje os serviços públicos, quando delegados, devem, em princípio, ser prestados em regime de concorrência, o objetivo deste trabalho é investigar até que ponto as regras de defesa da concorrência podem ser aplicadas em relação a eles e se a imunidade tributária reconhecida, implicando o estabelecimento de um marco regulatório diferenciado para alguns dos competidores, interfere nesse regime de concorrência. A análise empreendida, com a metodologia ínsita às pesquisas documental e bibliográfica, envolvendo um exame interdisciplinar entre vários ramos do direito, aponta no sentido de que, havendo concorrência, não tem cabimento a concessão de privilégio tributário a uns competidores em detrimento de outros, por mais relevantes que sejam os serviços por eles prestados.

Palavras-chave: Serviços públicos; livre concorrência; tributação.

Sumário

Introdução	9
1 Análise preliminar da jurisprudência do STF	11
2 Livre iniciativa, livre concorrência e serviços públicos	13
3 Serviços públicos como atividades econômicas	16
4 Delegação da prestação de serviços públicos e concorrência	18
5 Neutralidade fiscal e livre concorrência	22
6 Imunidade tributária recíproca	24
7 Empresas públicas e sociedades de economia mista	27
8 Considerações finais	28
Referências	32

Introdução

Recentemente, em 31 de agosto de 2011, o Supremo Tribunal Federal (STF), que é a mais alta Corte da República Federativa do Brasil, incumbida de proferir a interpretação definitiva sobre todas as questões em matéria constitucional, publicou sua decisão no Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) n. 638.315. Neste documento, o Supremo reafirmou sua jurisprudência no sentido de que às empresas públicas e às sociedades de economia mista que prestem serviços públicos deve ser estendida a imunidade tributária recíproca prevista no art. 150, VI, “a”, e § 2º, da Constituição Federal.

Tal julgado foi proferido em caráter de repercussão geral, sendo decidido nos moldes do art. 543-A do CPC, o que implica dizer que a mesma solução, em princípio, deverá doravante ser adotada por todos os órgãos jurisdicionais brasileiros em outros casos similares submetidos à sua apreciação.

Em outras palavras, isso significa que as empresas públicas e as sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos não devem pagar quaisquer impostos exigidos pela União, pelos estados, pelo Distrito Federal e pelos municípios incidentes quer sobre sua renda, quer sobre seu patrimônio, quer sobre seus serviços.

Insta ressaltar que o julgado paradigma antes referido foi proferido numa contenda que se instaurou entre o município de Salvador e a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero), empresa pública criada pela Lei n. 5.862/1972 para a prestação de serviços de administração e manutenção da infraestrutura aeroportuária.

Para decidir no sentido mencionado, o STF reportou-se a diversos julgados anteriores que aludiram a serviços públicos prestados em caráter de monopólio, isto é, sem a possibilidade de haver concorrência com outras pessoas jurídicas de direito privado.

No entanto, poucos dias antes da publicação da citada decisão, mais precisamente em 22 de agosto de 2011, ocorreu o primeiro leilão de um aeroporto brasileiro, a saber, o Aeroporto de São Gonçalo do Amarante, localizado na Região Metropolitana de Natal, capital do Rio Grande do Norte, conforme amplamente noticiado pela imprensa. Outrossim, também foi amplamente noticiado pela imprensa que, num futuro próximo, serão leiloados pelo menos três outros importantes aeroportos, dentre eles o Juscelino Kubitschek (de Brasília, a capital federal).

Destarte, aquele pressuposto relativo ao regime de monopólio na prestação de alguns serviços públicos já se encontra afastado na prática, pelo menos em relação à Infraero.

Seja como for, o STF também fundamentou as várias decisões que culminaram no julgamento do mencionado ARE n. 638.315 na importância da própria prestação de serviços públicos para a sociedade brasileira. E, com efeito, não se pode discutir a relevância, em si, da prestação dos serviços públicos à sociedade.

Contudo, neste trabalho, diversamente do que outros estudos têm apresentado, especialmente os produzidos por tributaristas e administrativistas, pretende-se um exame da matéria sob outro enfoque, que pode conferir a ela uma compreensão distinta. Trata-se, justamente, do enfoque sob a ótica do direito econômico, considerando os serviços públicos não só pelo ângulo de seus peculiares atributos, tão destacados pelo direito administrativo, tais como universalização e continuidade da prestação, mas levando em conta que consistindo, como consistem, em oferecimento de utilidades a diversos usuários são, na realidade, também atividades de cunho econômico.

Na atualidade, até por força do art. 16 da Lei n. 8.987/1995, são atividades que, em regra, devem ser desempenhadas em regime de competição entre duas ou mais empresas. Assim, o que se pretende investigar é até que ponto as regras da defesa da concorrência podem ser aplicadas aos serviços públicos, em particular quando delegados a empresas públicas ou a sociedades de economia mista, e se a imunidade tributária a elas reconhecida, implicando o estabelecimento de um marco regulatório diferenciado para elas, interfere nesse regime de concorrência.

Como se pode perceber já nesta introdução, trata-se de tema extremamente atual e relevante, porque pretende analisar se o marco regulatório que decorre da recentíssima interpretação jurisprudencial, que afirmou vantagem tributária para empresas públicas e sociedades de economia mista, num ambiente em franca mutação de regimes de verdadeiros monopólios para regimes de concorrência, está bem alicerçado juridicamente, inclusive ante o direito econômico.

Como consequência, o escopo deste trabalho é analisar teoricamente os fundamentos do marco regulatório, consistente no reconhecimento de um tratamento tributário desigual entre pessoas jurídicas de direito privado que desempenhem as mesmas atividades econômicas, ainda que sejam estas qualificadas pelo fato de também se constituírem em serviços públicos.

Em que pese as decisões do STF – especialmente as adotadas em caráter definitivo em sede de repercussão geral – não serem passíveis de revisão por nenhum outro órgão, entende-se ser útil a análise aqui apresentada, na medida em que esse próprio tribunal pode vir futuramente a alterar sua jurisprudência se seu entendimento jurídico evoluir nesse sentido, ou os marcos regulatórios por ele traçados podem vir a ser superados por alterações introduzidas pelo Poder Legislativo nas próprias normas jurídicas.

Portanto, já se pode depreender desta introdução que o método utilizado envolve a pesquisa documental, mediante a análise de diversos precedentes jurisprudenciais do STF, e a pesquisa bibliográfica, em face do indispensável cotejo das decisões judiciais com os ensinamentos da doutrina, sendo necessário cruzarem-se as fronteiras tradicionalmente reconhecidas a vários campos do direito – mais especificamente o administrativo, o tributário, o econômico e também o concorrencial. Toda essa pesquisa inicia-se com o exame da legislação constitucional e infraconstitucional, levando em conta, como não poderia deixar de ser, que a interpretação jurídica deve considerar

o sistema jurídico como um todo, bem como os valores que o informam, sendo estes assentados fundamentalmente na Constituição Federal e servindo de parâmetro para a interpretação de todas as demais normas.

1 Análise preliminar da jurisprudência do STF

Para bem se compreender a questão aqui proposta, é preciso, antes, destacar que há muito o STF vem assentando sua jurisprudência no sentido de que às empresas públicas e às sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos deve ser reconhecida a imunidade tributária recíproca disciplinada no já mencionado art. 150 da Constituição Federal.

Entretanto, o que merece ainda maior realce é o fato de essa jurisprudência se ter iniciado com a análise de vários casos que envolviam a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT). A propósito, os primeiros julgamentos foram a respeito da possibilidade de extensão a esses entes paraestatais dos mesmos privilégios previstos para a Fazenda Pública, em especial o de pagar as importâncias a que tenham sido condenados judicialmente pela via do precatório, nos termos do art. 100 da CF, afastando-se a restrição prevista pelo art. 173, § 1º, da mesma Carta Constitucional. Trata-se dos Recursos Extraordinários ns. 220.906/DF, 225.011/MG e 229.696/PE, todos julgados pelo STF em 16 de novembro de 2000, tendo sido relator o ministro Maurício Corrêa.

Posteriormente, assentado esse entendimento, o STF apreciou a possibilidade de extensão da imunidade tributária recíproca, como referido, à mencionada empresa pública. E em 22 de junho de 2004, sendo relator o ministro Carlos Velloso, o STF julgou o Recurso Extraordinário n. 407.099/RS, o qual recebeu a seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS: IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA: C.F., art. 150, VI, a. EMPRESA PÚBLICA QUE EXERCE ATIVIDADE ECONÔMICA E EMPRESA PÚBLICA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO: DISTINÇÃO.

I. - As empresas públicas prestadoras de serviço público distinguem-se das que exercem atividade econômica. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é prestadora de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado, motivo por que está abrangida pela imunidade tributária recíproca: C.F., art. 150, VI, a.

II. - R.E. conhecido em parte e, nessa parte, provido.

A esse julgado seguiram-se vários outros, ainda analisando a mesma questão em relação à ECT, a saber: também da lavra do ministro Carlos Velloso, os Recursos Extraordinários ns. 354.897/RS, 356.122/RS e 398.630/SP, estes julgados em 17 de

agosto de 2004; o Recurso Extraordinário n. 424.227/SC, julgado em 24 de agosto de 2004; e o Recurso Extraordinário n. 364.202/RS, julgado em 5 de outubro de 2004; e da lavra do ministro Cezar Peluso, o Recurso Extraordinário n. 357.291/PR, julgado em 9 de maio de 2006.

Nas discussões então travadas, além do exame da importância da prestação dos serviços públicos para a sociedade brasileira, sempre foi ressaltado que a ECT presta o serviço postal com exclusividade (art. 21, X, da CF).

A propósito, no julgamento da ADPF n. 46 (cuja decisão também transitou em julgado muito recentemente, em 5 de setembro de 2011), o STF reconheceu expressamente a constitucionalidade do monopólio (ou privilégio¹) da ECT sobre os serviços postais indicados no art. 9º da Lei n. 6.538/1978 (assim entendidas as atividades que tornam possível o envio de correspondência, ou objeto postal – cartas, cartões-postais, encomendas agrupadas –, de um remetente para endereço final e determinado), o que estava sendo discutido pela Associação Brasileira das Empresas de Distribuição (Abraed), pelo Sindicato Nacional das Empresas de Encomendas Expressas e pela Associação Brasileira de Empresas de Transporte Internacional (Abraec).

No caso da ECT, não resta dúvida de que a questão não guarda qualquer interesse para o direito da concorrência, justamente por inexistir, por força da própria Constituição Federal, a possibilidade de qualquer concorrência na prestação desses serviços postais.

No entanto, com a vênua dos eminentes ministros do STF, parece que o raciocínio construído com base na situação de monopólio efetivamente existente em relação à ECT permaneceu sendo aplicado para outras situações diametralmente diferentes, nas quais, ao revés, impera o regime da concorrência. Embora o pano de fundo da argumentação seja o mesmo – a importância da prestação dos serviços públicos –, o fato é que, havendo concorrência entre várias empresas delegatárias de serviços públicos, a questão que se impõe não reside na importância em si da atividade por elas desempenhada, mas, antes, em examinar por que algumas delas podem gozar de privilégio tributário e outras não.

É bem verdade que até muito recentemente, também em relação à Infraero, a ideia que prevalecia era a de existência de monopólio. No entanto, esse juízo foi superado pela realidade dos fatos, podendo-se falar hoje no início da efetiva concorrência entre a Infraero e outras pessoas jurídicas de direito privado prestadoras dos serviços atinentes à administração da infraestrutura dos aeroportos.

1 No julgamento da ADPF n. 46, o relator, ministro Eros Roberto Grau, considerou que, quando se trata de serviço público prestado com exclusividade por determinada pessoa, trata-se, na realidade, mais apropriadamente de privilégio, e não de monopólio, expressão que só poderia ser utilizada para as atividades econômicas em sentido estrito. No entanto, para fins deste trabalho, optou-se por utilizar a palavra “monopólio” mesmo para o caso da prestação de serviços públicos com caráter de exclusividade, por uma necessidade de simplificação da exposição nesse ponto, não considerado essencial para a compreensão do problema principal apresentado na introdução.

2 Livre iniciativa, livre concorrência e serviços públicos

A livre iniciativa não é apenas um dos princípios insculpidos no artigo inaugural do Título VII da Constituição Federal de 1988, que trata da Ordem Econômica e Financeira (art. 170), mas, no caso brasileiro, por força do art. 1º da mesma Constituição Federal, é considerada um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, ao lado dos valores sociais do trabalho e da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana e do pluralismo político.

No Brasil, já houve a opção política fundamental no sentido de se dar primazia à livre iniciativa econômica, o que se fez certamente escorado na pressuposição de que este é o melhor meio para se alcançarem os objetivos traçados no art. 3º da mesma Carta Magna: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização; reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Como se pode inferir exclusivamente com base nessas considerações iniciais, a livre iniciativa, apesar de constituir um dos fundamentos da ordem econômica da República Federativa do Brasil, não é um fim em si mesma, tampouco se afigura ilimitada. Ao revés, antes de tudo, deve ser cotejada com os outros fundamentos do Estado, como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana, e, em última análise, pode ser encarada tão-somente como o meio eleito para se alcançarem os elevados objetivos preconizados no mencionado art. 3º. Assim, coerentemente com tais linhas gerais, há diversos limites traçados ao longo do texto constitucional à livre iniciativa, podendo-se citar, exemplificativamente, a afirmação da função social da propriedade (art. 5º, XXIII), ou a eventual necessidade de prévia autorização de órgãos públicos em casos previstos em lei (art. 170, parágrafo único). Ou seja, a própria Carta Magna, em que pese a afirmação em prol da liberdade, admite em várias passagens limitações a serem estabelecidas pelo Estado fundadas no interesse público (MALARD, s.d.).

Seja como for, vale ressaltar que a livre iniciativa é uma das projeções da liberdade individual, assegurada também no art. 5º da Constituição Federal a todos os brasileiros, bem como aos residentes no país. No caso específico da livre iniciativa econômica, é preciso ressaltar sua intrínseca relação com a garantia da propriedade privada, bem como com a liberdade de contratar, assegurando a todos o direito de ingressar ou sair do mercado a qualquer momento e pelos meios julgados mais adequados para produzir ou promover a circulação ou a distribuição de riquezas (LIMA, 2005; FORTES; BASSOLI, 2010).

É importante destacar que a relação entre livre iniciativa e livre concorrência é evidente, embora rigorosamente guardem sentidos diferentes, pois a livre concorrência é um princípio, enquanto a livre iniciativa, como já dito, é propriamente um fundamento da ordem econômica brasileira. Trata-se, pois, de uma distinção de plano ou perspectiva, uma vez que a proclamação da livre iniciativa (e também da valorização do trabalho humano) como fundamento da ordem econômica reconhece nela a

sua base, a partir da qual se constroem e se sobrepõem os demais elementos, inclusive a livre concorrência (LIMA, 2005).

Mais especificamente, o princípio da livre concorrência, insculpido no inciso IV do art. 170 do texto constitucional, pode ser entendido, em função da competitividade inerente à livre iniciativa, “como um direito fundamental de concorrer, isto é, de atuar criativamente no jogo do livre mercado, exercendo sua autonomia privada” (LIMA, 2005). Ademais, ao Estado não basta assegurar a liberdade de acesso ao mercado, pois tal liberdade só se torna plena de sentido se também for assegurada a livre concorrência, que igualmente se relaciona à liberdade de permanência nesse mesmo mercado, isto é, “a liberdade de exercer a luta econômica sem a interferência do Estado, bem como sem outros obstáculos impostos pelos demais agentes econômicos privados” (FORTES; BASSOLI, 2010).

De toda sorte, a doutrina também destaca em relação ao princípio da livre concorrência, até por ser um corolário da livre iniciativa, que no ordenamento brasileiro ele não constitui um fim em si mesmo, sendo apenas instrumento para o alcance de outros valores maiores (“no Brasil, a tutela da concorrência não é, portanto, um fim em si mesma e poderá ser afastada quando o escopo maior perseguido pelo sistema assim o exigir” – FORGIONI, 2008; BRITO, 2002).

Não obstante esse caráter meramente instrumental do princípio da livre concorrência, o que importa ressaltar é que para que ele seja aplicado a atuação do Estado nessa seara deve restringir-se à garantia da igualdade de condições jurídico-formais a todos os competidores (LIMA, 2005; FORTES; BASSOLI, 2010).

Aprofundando-se essa noção, pode-se dizer que a igualdade restará assegurada à medida que sejam afastadas condutas, tanto do próprio Estado quanto de eventuais agentes privados, que desequilibrem injustificadamente a relação de competitividade (“a finalidade a ser alcançada, portanto, é uma competição livre e equilibrada entre os agentes do mercado, e o critério a ser utilizado para justificar medidas desiguais é a potencialidade de desequilíbrio na ordem econômica” – LIMA, 2005). É interessante, neste passo, perquirir as razões que subjazem a essas opções fundamentais consagradas na Constituição brasileira.

Há motivações sociológicas e até políticas para a adoção do princípio da livre concorrência (por um lado, para os consumidores, a concorrência propicia a liberdade de escolha sobre quais bens adquirir e por qual preço; para os empresários, a liberdade de alocarem os recursos de que dispõem; e para os trabalhadores, a ampliação de oportunidades de emprego; além disso, a juridicização da concorrência impede os abusos do poder econômico e, em última análise, tem uma função preservadora da própria forma democrática de governo).

Do ponto de vista econômico, está claro que um sistema que propicie concorrência entre empresas é mais apto a promover tanto a eficiente alocação de recursos econômicos quanto a maior satisfação dos consumidores (MALARD, s.d.; BRITO, 2002).

Todavia, estudos econômicos apontam que se trata de um problema profundamente complexo. No que respeita, por exemplo, à questão do progresso técnico, pesquisas empíricas evidenciam que o maior grau de atividade inovadora surge de um grau médio de concentração, que se encontra em algum ponto entre a competição perfeita e o monopólio puro; além disso, se houver pouca rivalidade entre fornecedores, as invenções pequenas e médias serão introduzidas mais depressa, ao passo que as inovações amplas e importantes serão introduzidas mais rapidamente quando houver uma rivalidade bem desenvolvida entre fornecedores (FREY, 1987).

Destarte, o que se pode depreender desses estudos econômicos é que, embora se deva levar em conta que nem sempre é desejável simplesmente o maior número de competidores, em princípio, alguma competição sempre é desejável:

Esta nova realidade fática socioeconômica conduziu a uma redefinição do conceito de concorrência e à construção de modelos jurídicos que aceitassem determinadas formas de concentração e centralização de capitais, quando suscetíveis de acarretar benefícios à sociedade. O objetivo essencial passa a ser a preservação da concorrência possível entre os agentes econômicos [...] (BRITO, 2002).

Desse modo, a opção constitucional em favor da livre iniciativa e da afirmação do princípio da livre concorrência parece mesmo a mais afinada com a consecução dos objetivos traçados no art. 3º da mesma Constituição.

Nesse contexto, e até porque, na sábia lição de Eros Roberto Grau, “não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços”, porquanto ela sempre deve ser interpretada sistematicamente, é que o art. 173 da CF prevê a atuação do Estado como agente econômico direto apenas excepcionalmente. Ou, em outras palavras, em princípio, as atividades econômicas devem ser desempenhadas por pessoas jurídicas de direito privado, só cabendo a atuação do Estado diretamente na economia em caso de relevante interesse coletivo ou de preservação da segurança nacional.

Diferente, porém, é a situação dos serviços públicos, que, de acordo com o art. 175 da CF, incumbem, sempre, ao próprio poder público. Contudo, apesar desse vínculo orgânico estipulado pela própria Constituição com o Estado, os serviços públicos podem ser prestados mediante delegação por particulares.

De toda a sorte, não restam dúvidas de que o regime jurídico aplicável aos serviços públicos é diferenciado do regime aplicável às demais atividades econômicas. Assim, não há como se falar, em relação aos serviços públicos, propriamente em livre iniciativa. Mas o fato é que, quando prestado por diversos delegatários, o regime a ser observado deverá ser eminentemente o da preservação da concorrência entre eles, como adiante será mais bem demonstrado.

3 Serviços públicos como atividades econômicas

Consoante mencionado anteriormente, no caso brasileiro, os serviços públicos encontram previsão na própria Constituição Federal, especificamente em seu art. 175, que possui a seguinte redação:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Vale destacar que tal dispositivo também se insere no Título VII, que trata da Ordem Econômica e Financeira, encontrando-se no seu Capítulo I, que cuida dos Princípios Gerais da Atividade Econômica. Ora, está correta essa ordenação do texto constitucional, pois os serviços públicos, sem dúvida, são uma espécie do grande gênero “atividades econômicas”. Para bem compreender essa afirmação, primeiro afigura-se indispensável compreender algumas noções econômicas elementares. E uma das noções econômicas mais básicas é a relativa à *escassez*, ou seja, as necessidades humanas são ilimitadas, mas os recursos materiais para atendê-las são mais ou menos escassos, porém, de qualquer forma, escassos.

Prontamente, pois, se percebe a impossibilidade de atendimento a todas as necessidades humanas, visto que isso esbarra na escassez dos recursos materiais para fazê-lo (SALAMA, s.d.; RIEFFEL, 2006).

Disso decorre a necessidade de se fazerem *escolhas*, ou seja, mesmo se supondo que necessidades básicas, como alimentação, estejam atendidas, formula-se a seguinte questão: se não pode o ser humano ter todo o conforto que almeja, qual é o conforto que se pode permitir consoante suas condições econômicas? Ora, a própria lógica recomenda o critério da *racionalidade*, isto é, que se utilizem os recursos existentes da forma mais eficiente possível para obter o melhor ou o maior atendimento de necessidades que se possa alcançar (LOPES, 2011).

Se bem compreendidas essas noções econômicas elementares, verifica-se que **não há** uma diferença ontológica entre a prestação de serviços públicos à população e

a prestação de quaisquer outros tipos de serviços, pois, no fundo, em qualquer desses casos está-se cogitando de atividades que giram em torno de bens escassos.

Nesse exato sentido é a lição de Eros Roberto Grau (2004, p. 94-95):

Em texto anterior averbei: “A prestação do serviço público está voltada à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos. Daí podermos afirmar que o serviço público é um tipo de atividade econômica. Serviço público – dir-se-á mais – é o tipo de atividade econômica cujo desenvolvimento compete preferencialmente ao setor público. Não exclusivamente, note-se, visto que o setor privado presta serviço público em regime de concessão ou permissão. Desde aí poderemos também afirmar que o serviço público está para o setor público assim como a atividade econômica está para o setor privado” [...] Daí a verificação de que o gênero – atividade econômica – compreende duas espécies: o serviço público e a atividade econômica [...] A seguinte convenção, então, proponho: atividade econômica em sentido amplo conota gênero; atividade econômica em sentido estrito, a espécie.

Assim, embora o serviço público seja uma espécie do gênero atividade econômica, em algum momento houve uma decisão política no sentido de que esta ou aquela atividade, por sua importância para a comunidade, deveria ser submetida a um regime diferente daquele dos demais serviços sujeitos às regras do livre mercado e ser prestado diretamente pelo próprio Estado (ou por algum delegatário, estritamente sujeito às determinações do Estado).

Daí certamente a grande dificuldade encontrada por todos quantos se dedicam a estudar o tema dos serviços públicos em encontrar um conceito ou mesmo em definir precisamente quantos e quais são os serviços considerados públicos: a atividade econômica que é ou deixa de ser considerada serviço público, submetendo-se ao regime especial que exige sua prestação com atributos tais como o da universalidade e o da continuidade, depende da decisão política de cada ente estatal e, inclusive, pode variar ao longo do tempo.

A propósito, destaque-se que no ordenamento jurídico brasileiro os atributos que caracterizam o regime diferenciado dos serviços públicos se encontram positivados basicamente no art. 6º da Lei n. 8.987/1995, sendo os seguintes: regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade (também conhecido como universalidade), cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

Só o exame de todo o arcabouço jurídico de um dado ente político, num determinado momento, pode permitir a conclusão de que tal serviço se reveste da qualidade de público ou se trata de uma atividade econômica sujeita às regras mais gerais que conformam a economia de mercado simplesmente.

Sem adentrar em outras considerações teóricas, vale destacar que, no seu art. 175, a Constituição Federal claramente afirma que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

Destarte, como de resto já assinalado linhas atrás, no Brasil houve a opção fundamental no sentido de entender que a prestação de serviços públicos é considerada uma atuação tipicamente estatal e não mera atividade episodicamente atribuída ao Estado, como o são as atuações do Estado empresário, estas disciplinadas pelo art. 173 da mesma Carta Magna.

Em síntese, tem-se a seguinte situação: a atividade econômica em sentido amplo pode ser dividida em duas grandes espécies: serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito.

A matéria seria de fácil apreensão se se pudesse dizer que serviços públicos são aquelas atividades econômicas desempenhadas, em função de sua importância, pelo próprio Estado, e que atividades econômicas em sentido estrito são as demais, desempenhadas por agentes privados, de acordo com o regime jurídico geral conformador da economia de mercado.

Contudo, tanto o Estado pode, de acordo com a autorização do art. 173 da CF, desempenhar atividades econômicas em sentido estrito, desde que o faça por meio de empresas públicas ou de sociedades de economia mista, como podem os particulares, nos termos do art. 175 da CF, por delegação do Estado, prestar serviços públicos.

Como consequência, não é possível identificar a natureza da atividade econômica apenas pela observação da pessoa jurídica que o presta. É preciso, antes, em cada caso, observar as características da atividade em si, analisar sua importância no contexto histórico para aquela comunidade a que ela se destina e o regime jurídico efetivamente aplicável para saber se se trata efetivamente de um serviço público ou de uma atividade econômica em sentido estrito.

4 Delegação da prestação de serviços públicos e concorrência

Já foi visto que, consoante o art. 175 da CF, os serviços públicos continuam a existir no ordenamento brasileiro como uma espécie de atividade econômica tipicamente estatal, mas podem ser prestados mediante delegação, isto é, por meio de concessão ou permissão, sempre por meio de licitação, por qualquer pessoa jurídica de direito privado.

A partir do art. 16 da Lei n. 8.987/1995, que disciplina as concessões e as permissões dos serviços públicos, inseriu-se um novo princípio norteador da matéria, qual seja, a *exigência* de que essa prestação se dê em regime de competição entre os delegatários dos respectivos serviços: “Art. 16. A outorga de concessão ou permissão

não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada no ato a que se refere o art. 5º desta Lei”.

Na realidade, a possibilidade da delegação da prestação de serviços públicos não é uma novidade no sistema jurídico brasileiro. No entanto, a exigência de que, sempre que possível, isso se dê em regime de competição é algo relativamente novo nesse mesmo ordenamento jurídico.

Trata-se de uma mudança introduzida há cerca de 15 anos, mas que vem sendo implementada paulatinamente, e que refletiu uma profunda mudança de mentalidade em relação aos serviços públicos, não só no Brasil, mas em muitos outros países.

Cuida-se não só da subtração da prestação de serviços públicos por órgãos estatais propriamente ditos, transferindo-a a entes privados, como, ademais, uma transferência a entes privados que atuam em regime de concorrência entre si, exatamente na pressuposição, igualmente abordada anteriormente, de que essa é a sistemática que conduz ao aproveitamento mais racional e eficiente dos recursos econômicos até hoje já encontrada.

Nesse sentido, confira-se, exemplificativamente:

Por una serie de circunstancias a las que nos hemos referido ampliamente en otras ocasiones y en otras lecciones, hoy existe en el mundo entero una convicción generalizada: el Estado se ha hecho demasiadamente grande y su incapacidad es notoria; la ineficiencia económica del sector público es alarmante; la calidad de los servicios mínima y el ciudadano es hoy un ciudadano cautivo cuya vida y hacienda ha entregado a un monstruo que devora a sus propios hijos. Hoy existe en grandes zonas del mundo (desarrollado y en vías de desarrollo) la conciencia generalizada de que hay que devolverle al ciudadano y a la sociedad su protagonismo, su iniciativa y, en el fondo, su libertad: la libertad de elegir. La palabra clave es hoy ésta: PRIVATIZACIÓN, que esencialmente significa, no la venta de empresas públicas, sino la devolución de actividades a la iniciativa social... la privatización y la liberalización se ha visto acompañada de un nuevo modelo de regulación para la competencia, pues dadas las tendencias colusivas de muchos de estos sectores (petróleo, gas, electricidad, transportes, telecomunicaciones, etc.) la privatización y teórica liberalización podía dar lugar a un monopolio privado, tan ineficiente como el monopolístico servicio público de titularidad estatal... En el difícil equilibrio entre mercado y regulación, la competencia es el objetivo prioritario y la regulación es el instrumento necesario para defender la competencia [...] (ARIÑO ORTIZ, 1999, p. 550-556).

Seja como for, o que importa ressaltar é que, na atualidade, na prática, a regra no Brasil passou a ser a delegação da prestação de serviços públicos, regra esta à qual se associa a exigência de competição.

É certo, contudo, como bem se infere do antes transcrito art. 16 da Lei n. 8.987/1995, que nem todas as atividades relacionadas à prestação dos serviços públicos podem ser exercidas em regime de competição. É que para se promover a concorrência foi necessário dar um novo tratamento jurídico a todas essas atividades, promovendo o chamado *unbundling*, surgido no direito anglo-saxão, que significa segmentar determinados serviços em duas ou mais atividades, adotando regime concorrencial para alguma(s) dela(s).

Ariño Ortiz (1999) refere que, em alguns setores, o processo de *unbundling* é mais simples do que em outros. Assim, no setor do petróleo, por exemplo, é perfeitamente separável o negócio de refino, o sistema de armazenamento e transporte e as redes ou pontos de comercialização num dado território. No caso da eletricidade, por sua vez, há, ao lado das atividades de prestação de serviços singularizados, como o são a geração e a venda ao consumidor final, as atividades de exploração de infraestruturas e prestação de serviços não singularizados, como a construção e a manutenção das redes, o transporte e a distribuição de energia.

Também no mesmo sentido é a lição de Almiro do Couto e Silva (2003, p. 212-213):

Os serviços públicos fragmentaram-se, assumindo diversas formas, muitas das quais reclamam tratamento jurídico especial, ora mais severo, ora mais brando, ora com um peso maior de normas de direito público, ora com um peso maior de normas de direito privado. Existem modalidades desses serviços cujo modo de prestação ideal é a que resulta da livre concorrência num mercado que é, em princípio, aberto, mas que pode e deve sofrer, sempre que necessário ou conveniente, intervenções do Estado, para afeiçoá-lo ao interesse público. Mas é certo, igualmente, que existem outras modalidades de atividade, aquelas exercidas em “rede” (p. ex., telecomunicações, energia elétrica, gás, ferrovias) em que o regime do monopólio é praticamente inevitável, comportando, por vezes, combinações com o da concorrência. Assim, nos setores de transmissão e distribuição de energia elétrica, pode-se dizer que o monopólio natural é uma consequência necessária da racionalidade e das exigências econômicas, pois não teria sentido que existissem várias redes paralelas ou superpostas. Modernamente, todavia, compatibilizam-se os interesses do proprietário da rede com o interesse geral, quando este for mais bem atendido pela concorrência, impondo àquele a obrigação de dar acesso à rede a outros prestadores de serviços, garantindo-se, assim, o regime de competição. De outra parte, nos setores da geração e comercialização, a concorrência tem se revelado muito mais vantajosa do que o monopólio.

Reconhecida a exigência de concorrência entre os delegatários de serviços públicos, a questão que se coloca é se é adequado falar-se, então, em livre concorrência

entre eles. Mais uma vez, recorre-se, neste particular, à lição do mestre Almiro do Couto e Silva (2003, p. 220-221):

[...] o que se questiona é se serviços públicos podem, no Brasil, em face do que dispõe a Constituição, ser exercidos por particulares em regime de livre concorrência. Quanto a este tema, a primeira ponderação a ser feita é a de que a concorrência, na exploração em regime público ou privado de serviços de telecomunicação, ou de quaisquer outros serviços públicos, não é, no Brasil, totalmente livre ou regulada apenas pelas inclinações do mercado. O Estado tem sempre a possibilidade de interferir. Trata-se, portanto, de uma liberdade permanentemente vigiada pelo Poder Público, que, pela agência reguladora, tem meios de intervir no sentido de preservar o interesse público quando ameaçado [...] Parece-nos, pois, que o serviço de telecomunicações prestado em regime privado, por várias empresas concorrentes, com liberdade para fixação de preços, não deixa, só por isso, de ser serviço público, uma vez que é de interesse geral, prestado mediante delegação do Poder Público e sujeito a regime especial. Reúne, em consequência, os requisitos que integram o conceito de serviço público. É dispensável dizer que, em se tratando de serviços prestados em regime público, mesmo quando há competição ou concorrência entre os prestadores, o vínculo orgânico com o Estado é ainda mais saliente, assim como a natureza pública do regime jurídico a que estão submetidos [...]

Em suma, de acordo com a Constituição Federal, os serviços públicos podem ser prestados por qualquer pessoa jurídica de direito privado que se submeta ao procedimento de licitação, mediante concessão ou permissão, e, após a Lei n. 8.987/1995, essas prestações, em regra, devem se dar em regime de concorrência entre empresas. E embora não se possa falar propriamente em livre concorrência, não se pode negar que se trata de efetiva concorrência.

Assim, outro aspecto para o qual merece ser chamada a atenção é o de que, segundo a melhor doutrina, aplicam-se aos serviços públicos delegados os comandos da Lei n. 8.884/1994, sendo passíveis de análise pelo Cade determinadas práticas atentatórias à mais ampla concorrência possível, sem prejuízo da atuação das agências reguladoras em seus respectivos âmbitos de competência.

Como bem alerta Pedro Aurélio de Queiroz Pereira da Silva (2005, p. 11-12):

[...] Nos setores regulados, outras finalidades concorrem com a noção de concorrência. A maioria dos serviços não comporta concorrência plena e, além disto, objetivos de interesse público, tais como universalização e continuidade da prestação, nem sempre são convergentes com os princípios que norteiam o antitruste.

Sendo assim, o Cade deve relativizar a aplicação do direito da concorrência nestes setores, sopesando, concretamente, os valores da esfera setorial com os princípios da ordem econômica. Por tal razão é que deve ser desenvolvida a ideia da *concorrência possível*. É dizer, o antitruste é aplicável na medida em que não comprometa referidas finalidades regulatórias. Negar a possibilidade desta análise pelo Cade significa retirar efetividade do direito antitruste em setores relevantes da economia.

[...]

De qualquer modo, *o princípio da livre concorrência deve ser a regra*, de sorte que as restrições regulatórias constituam exceções. Essa constatação requer, porém, a superação, no âmbito do direito administrativo, de alguns dogmas imanentes à teoria clássica de serviço público. A tese mais adequada, neste passo, parece ser a defendida por Eros Roberto Grau, segundo a qual o serviço público é espécie de atividade econômica em sentido amplo. Tal consideração legitima a aplicação dos princípios da ordem econômica a estes serviços. Não se está aqui a advogar que as finalidades que sempre presidiram a noção de serviço público devam ser abandonadas, mas, justamente, que o seu alcance depende da ideia global de defesa da *concorrência possível* nestes setores [...]

Em síntese, tem-se que, em se tratando de serviços públicos, não se pode cogitar da concorrência pura e simples de livre mercado entre empresas privadas, pois, como assinalado antes, há um regime especial, sempre sujeito à atuação das agências reguladoras. Seja como for, há sim uma concorrência entre empresas, mesmo nesse âmbito da prestação de serviços públicos. E a lógica dessa sistemática repousa, justamente, na consideração de que a concorrência é mais apta a alcançar maior eficiência e racionalidade econômicas do que o que se obtinha com o regime de monopólio – público ou privado.

Deixar, pois, de preservar ao máximo possível o sistema da concorrência entre delegatários de serviços públicos implica, em última análise, permitir que se esboroe a própria lógica sobre a qual se assenta a nova sistemática dos serviços públicos introduzida no Brasil, especialmente a partir da Lei n. 8.987/1995.

5 Neutralidade fiscal e livre concorrência

Dadas todas as considerações precedentemente lançadas sobre o princípio da livre concorrência, que implica a igualdade de condições jurídico-formais entre os competidores, exigindo-se do Estado uma atuação que justamente venha a garantir essa igualdade, fica claro que, em sua atuação fiscal, o Estado igualmente terá de pautar-se por essa diretriz, ou seja, não poderá ensejar situações de desequilíbrio injustificadas entre os competidores.

Assim, para Fortes e Bassoli (2010), deve-se entender por neutralidade fiscal a intervenção do Estado na economia por meio de políticas fiscais ou tributárias (normatização, fiscalização, incentivo) que não crie situações que favoreçam nem dificultem a criação ou a continuidade de empresas dedicadas a atividades lícitas. Em outras palavras, de acordo com esse entendimento, neutralidade fiscal significa que a atuação do Estado, seja na cobrança de tributos propriamente dita, seja na própria normatização tributária, seja na política fiscal de incentivos, garanta o máximo de liberdade aos agentes econômicos tanto para o ingresso quanto para a permanência no mercado, assegurando-lhes igualdade de condições.

Para Caliendo (2005, p. 176):

O sentido de neutralidade fiscal está na ideia de que a tributação tem essencialmente um sentido cidadão de estabelecer a correta contribuição à manutenção da esfera pública e não um mecanismo de intervenção econômica. A tributação deve ser o mais neutra possível, ou seja, não deve constituir-se em um elemento fundamental de decisão do agente econômico nas suas escolhas de investimento. Desse modo, a tributação não pode se constituir em um elemento de distorção do sistema econômico, de diminuição geral da eficiência e obstáculo ao desenvolvimento.

Contudo, especialmente interessante é a abordagem de Lima (2005), o qual destaca não só o aspecto de dever negativo do Estado de não interferência na concorrência, por meio da tributação, como, inclusive, um dever positivo “de prevenir ou restaurar, quando for o caso, a igualdade de condições na concorrência, quando esta se encontrar ameaçada por ações de particulares ou outros fatores relevantes, sempre objetivando a preservação da igualdade de condições competitivas no mercado”.

Lima (2005) destaca, nessa linha, o relativamente novo art. 146-A da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional n. 42, de 2003, de acordo com o qual “a lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência da União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo”. Como se vê, há nesse preceito o reconhecimento de uma possível atuação positiva do Estado em matéria de tributação justamente com o objetivo de evitar desequilíbrios à livre concorrência.

De resto, esse autor faz a análise de diversos casos concretos em que os temas têm sido avaliados pela jurisprudência apenas à luz do direito tributário, muitas vezes deixando de enfrentar o problema que eventual consagração de desigualdade tributária acarreta em termos concorrenciais para as demais empresas do mesmo setor não beneficiado por eventual decisão judicial favorável.

Lima (2005) lembra o caso da QO no MS n. 24.159/DF, relatado pela ministra Ellen Gracie e julgado em 26 de junho de 2002, no qual foi apreciada a situação de uma distribuidora de combustíveis que havia ajuizado diversas demandas semelhantes em

diferentes Varas Federais do país, tendo sido beneficiada pela concessão de uma liminar numa delas, com efeitos extensivos a todo o território nacional. Por essa liminar, a empresa deixava de recolher a contribuição ao PIS e a Cofins no regime de substituição tributária, razão pela qual ficava com uma substancial vantagem econômica em relação a todas as demais empresas do mesmo setor. Ora, a par das discussões sobre a incompetência da seção judiciária que deferiu a liminar para fazê-lo e a má-fé da empresa, que não poderia ter ajuizado as ações como o fez, discutiu-se também a questão concorrencial, reconhecendo-se o descabimento de beneficiar-se aquela empresa em detrimento de todas as demais.

Mais recentemente, o STF reafirmou o reconhecimento dessa relação de fundamental importância para a livre concorrência com a imposição das mesmas regras tributárias a um dado setor econômico por ocasião do julgamento, em 27 de junho de 2007, da MC em AC n. 1.657/RJ, de relatoria do ministro Joaquim Barbosa. Reconheceram os ministros, na ocasião, que estava correto o procedimento da Secretaria da Receita Federal em cancelar o registro especial, bem como interditar os estabelecimentos de uma empresa tabagista que há muito vinha descumprindo suas obrigações tributárias. Um dos fundamentos dessa decisão foi exatamente o de que, se assim não se procedesse, a situação de tal empresa importaria afronta ao princípio da livre concorrência, porquanto ela estaria em evidente vantagem concorrencial em relação a todas as demais empresas do seu ramo de atividades, podendo praticar preços menores porque vinha sistematicamente deixando de pagar o IPI incidente sobre os cigarros que vendia.

Feitas essas considerações, torna-se à questão fulcral objeto deste trabalho, atinente ao exame da legitimidade do reconhecimento de imunidade tributária (que é uma indiscutível vantagem tributária e que, sem dúvida, desbordando da neutralidade fiscal, influi na concorrência) a empresas públicas e a sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos. No entanto, para chegar a alguma conclusão, ainda é necessário perpassar tanto a noção da imunidade tributária recíproca quanto o próprio conceito de empresas públicas e de sociedades de economia mista.

6 Imunidade tributária recíproca

A maior parte da doutrina tributária brasileira ainda se refere às imunidades tributárias como limitações constitucionais ao poder de tributar. Extrai-se da hoje revista obra de Baleeiro (2005, p. 14, 228), a respeito de imunidade tributária:

[...] é regra constitucional expressa (ou implicitamente necessária), que estabelece a não competência das pessoas políticas da federação para tributar certos fatos e situações, de forma amplamente determinada, delimitando negativamente, por meio de redução parcial, a norma de atribuição de poder tributário. A imunidade é, portanto, regra de exceção e de delimitação de competência, que atua, não de forma sucessiva no tempo, mas

concomitantemente. A redução que opera no âmbito de abrangência da norma concessiva de poder tributário é tão só lógica, mas não temporal.

É que a Constituição Federal, ao partilhar o poder tributário entre as pessoas estatais que integram a Federação, se utiliza da técnica de atribuição e de denegação (ou supressão parcial). De um lado, encontramos atribuições de poder para instituir tributos, concedidas em caráter positivo (arts. 145, 148, 149, 153 e 156) e normas que reduzem, diminuem, suprimem parcialmente a abrangência das primeiras, realizando a enformação ou a modelagem da competência, constitucionalmente delimitada. A imunidade é, portanto, regra de exceção, somente inteligível se conjugada à outra, que concede o poder tributário, limitando-lhe a extensão, de forma lógica e não sucessiva no tempo.

Outro ilustre tributarista, Paulo de Barros Carvalho, reconhecido por sua precisão vocabular, diverge da doutrina majoritária, destacando que as imunidades tributárias são regras que simplesmente delimitam as competências tributárias. Nesse sentido, Carvalho (2007, p. 195) menciona:

Recortamos o conceito de imunidade tributária, única e exclusivamente, com o auxílio de elementos jurídicos substanciais à sua natureza, pelo que podemos exibi-la como a classe finita e imediatamente determinável de normas jurídicas, contidas no texto da Constituição Federal, e que estabelecem, de modo expresse, a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno para expedir regras instituidoras de tributos que alcancem situações específicas e suficientemente caracterizadas.

Numa concepção mais atual, assevera Caliendo (2005, p. 180):

No pensamento crítico, as limitações ao poder de tributar são compreendidas como a realização de um valor, a garantia à auto-organização privada dos negócios e interesses. Essas limitações não são apenas normas de competência (estrutura), mas possuem um conteúdo semântico mínimo voltado à realização de um valor [...]

Seja como for, para o escopo deste trabalho, o que importa destacar é a chamada imunidade tributária recíproca, disciplinada no art. 150 da Constituição Federal 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.

[...]

O sentido último dessa imunidade é a proteção do Estado federal, como bem anota o eminente doutrinador Carrazza (2006, p. 695):

Decorre do princípio federativo porque, se uma pessoa política pudesse exigir impostos de outra, fatalmente acabaria por interferir em sua autonomia. Sim, porque, cobrando-lhe impostos, poderia levá-la a situação de grande dificuldade econômica, a ponto de impedi-la de realizar seus objetivos institucionais. Ora, isto a Constituição absolutamente não tolera, tanto que inscreveu nas cláusulas pétreas que não será sequer objeto de deliberação a proposta de emenda constitucional tendente a abolir “a forma federativa de Estado” (art. 60, § 4º, I).

Ora, como se viu anteriormente da transcrição do dispositivo constitucional que prevê a imunidade tributária recíproca, ela é estendida, além das pessoas políticas de direito público interno (União, estados, Distrito Federal e municípios), também às suas respectivas autarquias e fundações públicas.

Contudo, não só não há previsão expressa de extensão dessa imunidade a empresas públicas e a sociedades de economia mista como, aliás, o § 3º do art. 150 veda expressamente que se confira imunidade a atividades prestadas mediante a remuneração por tarifas pagas pelos usuários.

Ora, como já visto no texto do art. 175 da CF, quando há delegação da prestação de serviços públicos, a remuneração aos delegatários faz-se por meio de tarifas.

Por fim, deve-se ressaltar que se está correto o raciocínio antes esposado de que a imunidade tributária recíproca tem seu sentido ligado à proteção mútua entre as pessoas políticas de direito público interno, então é forçoso reconhecer que ela não

faz sentido em relação a pessoas jurídicas de direito privado, as quais claramente estão fora de seu âmbito de abrangência, por mais relevantes que sejam para a comunidade as atividades por elas desempenhadas.

7 Empresas públicas e sociedades de economia mista

Tanto as empresas públicas quanto as sociedades de economia mista podem ser chamadas de entidades paraestatais, uma vez que são criadas pelo Estado, por lei, exatamente para o desempenho de atividades que, por opção política, se entendeu não deveriam ser desempenhadas por entidades da administração direta ou mesmo por autarquias ou fundações públicas.

De acordo com o art. 5º do Decreto-Lei n. 200/1967, assim podem ser caracterizadas as entidades paraestatais de que aqui se trata:

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

[...]

II - Empresa Pública – a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito (redação dada pelo Decreto-Lei nº 900, de 1969).

III - Sociedade de Economia Mista – a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta (redação dada pelo Decreto-Lei nº 900, de 1969).

Como se pode constatar da própria definição legal, tanto as empresas públicas quanto as sociedades de economia mista, embora sejam ligadas ao ente estatal que as criou, são claramente pessoas jurídicas de direito privado (MEIRELLES, 2009).

A diferença entre elas reside basicamente no tipo de organização empresarial: enquanto no caso das empresas públicas o capital social é exclusivo do poder público, mas pode-se adotar qualquer forma societária, nas sociedades de economia mista é de rigor o tipo sociedade anônima, sendo a maioria do capital social pertencente a uma pessoa jurídica de direito público interno. Em algumas passagens, a Constituição Federal faz referência a essas pessoas jurídicas especificamente.

Aqui interessa, tão-somente, chamar a atenção para o que dispõe o art. 173, que cuida da atuação do Estado como agente econômico no desempenho de atividades econômicas em sentido estrito, conforme a classificação anteriormente adotada,

a partir das lições de Grau (2004): em primeiro lugar, tal atuação só poderá ocorrer “quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei” (art. 173 da CF); ademais disso, só poderá ocorrer por meio de empresas públicas ou de sociedades de economia mista.

Contudo, em tais casos, de acordo com o § 2º do mesmo dispositivo, “as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado”.

Afora isso, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, uma vez que são pessoas jurídicas de direito privado, também podem ser delegatárias de serviços públicos, a teor do art. 175 da CF, hipótese em que, como discutido ao longo de todo este trabalho, o STF tem-lhes estendido a imunidade tributária recíproca prevista no art. 150 da CF.

8 Considerações finais

Como se disse a princípio, embora a jurisprudência tenha se iniciado com base na análise de casos que envolviam a ECT, que efetivamente detém o monopólio na prestação dos serviços postais, posteriormente também desenvolveu longa argumentação com vistas a justificar o reconhecimento da imunidade tributária a empresas públicas e a sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos, mesmo que desempenhem suas atividades em regime de competição com outras pessoas jurídicas de direito privado.

Impressionante, nesse sentido, é a argumentação constante da ACO n. 959/RN, em que o ministro Menezes Direito se reporta à lição doutrinária de Grau, com o seguinte teor:

O aspecto crucial, atinente à situação jurídica das empresas públicas e das sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos – da generalidade das empresas estatais, em rigor –, é o pertinente à qualificação ou não qualificação delas como concessionárias ou permissionárias de serviço público.

Da leitura do que dispõe o art. 175 do texto constitucional extraem-se algumas verificações.

Em primeiro lugar, concessionário do serviço está sujeito a regime determinado, que supõe a celebração de contrato, dotado de caráter especial. Vale dizer: a concessão supõe a adesão voluntária de um sujeito (o concessionário) à relação jurídica de concessão. Ainda que hoje se coloque sob vigorosa contestação o caráter contratual do instituto da concessão, visto que a relação se formaliza mediante a imposição, pelo poder concedente, de certo número de cláusulas regulamentares, suportadas por ele,

concessionário, a celebração desse contrato expressa a aceitação, pelo concessionário, de capacidade para o exercício da atividade de serviço público, capacidade que lhe é atribuída pelo poder concedente.

As empresas estatais, no entanto, não celebram nenhum “contrato de concessão” com o Estado; não manifestam adesão à situação de concessionárias: são constituídas visando à prestação do serviço. Ocupam a situação de prestadoras de serviço público não em decorrência de manifestação de vontade própria em aceitar atribuição de capacidade para o exercício da atividade, porém em decorrência de imposição legal. Para tanto foram criadas como extensões do Estado.

Assim não se estabelece, quanto às funções nas quais são investidas, nada, absolutamente nada que corresponda à prorrogação de contrato e às condições de caducidade, fiscalização ou rescisão da concessão.

Em segundo lugar, da análise do preceito constitucional verifica-se também que o concessionário é beneficiado pela estipulação legal de política tarifária. Vale dizer: à capacidade de exercício do serviço atribuída ao concessionário adere um direito a remuneração por tal exercício, em condições de equilíbrio econômico-financeiro. Às empresas estatais prestadoras de serviço público não assiste contudo direito à percepção de remuneração pela prestação de serviço, em condições de equilíbrio daquele tipo. Pode inclusive o Estado (o poder concedente) sujeitá-las a regime de atuação deficitária – o que ocorre com frequência – fixando as remunerações que lhes devem ser pagas pelos usuários dos seus serviços em níveis inferiores aos que seriam necessários à reposição dos custos da prestação dos serviços. Neste caso – que, repita-se, ocorre com frequência e dá ensejo à realimentação do velho discurso, segundo o qual as empresas estatais são ineficientes – essas remunerações resultam subsidiadas, responsabilizando-se o Estado pela cobertura dos seus déficits.

Em terceiro lugar, do exame do mesmo art. 175 apura-se que a concessão, tal qual a permissão, na medida em que assegurado ao concessionário o equilíbrio econômico-financeiro da relação – o que deflui do inciso III do seu parágrafo único – é exercida pelas pessoas privadas concessionárias, tendo em vista a realização de lucro. Não fora assim, de resto, e nenhuma razão conduziria empresas privadas a aderir à situação de concessionária de serviço público. Já as empresas estatais, por outro lado, não visam, no exercício da atividade de prestação de serviços públicos, precipuamente à obtenção de lucros, mas sim à satisfação do interesse público.

São situações jurídicas inteiramente distintas, pois, a do concessionário do serviço público e a da empresa estatal que tenha por objeto a sua prestação. Estas, ao contrário do que estive anteriormente a sustentar, são delegadas do Estado, criadas no bojo do movimento da descentralização

administrativa, para fim específico. É o próprio Estado, então, quem, através de uma sua extensão, dotada de personalidade jurídica privada, presta os serviços (GRAU, 2007, p. 143-145).

Com a máxima vênia dos eminentes ministros, após todo o desenvolvimento dos vários desdobramentos da matéria ao longo deste trabalho, passa-se a fazer uma crítica ao discurso transcrito.

Mais uma vez afirma-se que em nenhum momento neste trabalho se pretendeu questionar ou pôr em dúvida a fundamental relevância que adquire para a sociedade a adequada prestação de serviços públicos, que devem continuar a atender a todos os requisitos insculpidos no art. 6º da Lei n. 8.987/1995.

O que se quis pôr em realce é que existe mais de uma maneira de alcançar essa adequada prestação de serviços públicos: essencialmente, isso pode se dar pela prestação monopolística diretamente pelo próprio ente estatal (algum órgão da administração direta) ou então pela delegação de sua prestação, mas aí em regime de competição entre dois ou mais delegatários. (Claro que existem exceções, como o caso da ECT, que detém, por força da própria Constituição, o monopólio da prestação dos serviços postais, ou o caso dos monopólios naturais, que aparecem nos serviços prestados em rede; mas a regra, vigente hoje no Brasil e em muitos outros países é a competição entre delegatários de serviços públicos.)

Também como demonstrado, há praticamente um consenso na doutrina especializada no sentido de que o Estado prestador direto de serviços à população, em regime de monopólio, não se revelou como o sistema mais eficaz para o verdadeiro atendimento das necessidades da população. Daí a evolução no sentido não só de admitir a delegação da prestação de serviços públicos, que, aliás, já existia há muitos anos, como, principalmente, em se exigir que isso ocorra em regime de concorrência entre pessoas distintas.

Assim, mais uma vez pedindo-se a máxima vênia aos eminentes ministros do STF, o fato de que empresas públicas e sociedades de economia mista tenham sido constituídas, em princípio, especificamente para a prestação de serviços públicos, ou que não firmem propriamente contratos de concessão ou permissão com o poder público são aspectos formais que se revelam secundários em relação à importância da preservação da maior concorrência possível quando há um regime de competição exigido pela lei de regência.

Além disso, o fato de a remuneração no caso das empresas públicas e das sociedades de economia mista poder ser subsidiada pelo poder público não é argumento suficiente para justificar a necessidade de se reconhecer imunidade tributária a tais entes paraestatais, pois é exatamente isso o que se quer afastar no novo modelo de serviço público – a necessidade de o próprio ente estatal ficar indefinidamente arcando com os custos de um serviço público que pode ser prestado, mediante o pagamento de tarifas módicas pelos usuários, com maiores eficiência e racionalidade econômicas,

alcançadas pela competição estabelecida entre prestadores que atuam em igualdade de condições.

Em outras palavras, se se entende que dado serviço público pode e deve ser prestado mediante delegação em regime de competição, a lógica que parece razoável de ser adotada é a que privilegia a igualdade de condições entre os concorrentes e não a que estabelece um privilégio tributário, tal qual a imunidade tributária, em favor de uns, mas não de outros. Isso distorce as condições da competição, retirando toda a lógica da sistemática de competição entre os prestadores de serviços.

De resto, note-se que se o Estado almeja atuar na prestação de serviços públicos com imunidade tributária sempre pode, a qualquer tempo, fazê-lo por órgãos de sua administração direta ou, mesmo, por autarquias ou fundações públicas, desde que, consoante o § 3º do art. 150, não haja a remuneração por tarifas, que se relacionam justamente com a prestação de serviços públicos em regime de competição.

Assim, pode-se afirmar que as empresas públicas e as sociedades de economia mista não deveriam fazer jus à imunidade tributária recíproca, tanto se se fizer uma interpretação mais restrita dos dispositivos constitucionais – em especial dos arts. 150, § 3º, e 173, § 2º –, quanto se se levar em conta que essa é uma imunidade direcionada à preservação dos entes públicos que compõem a Federação (e não dos privados), quanto, por fim, se se levar em conta e se der a devida importância ao princípio da livre concorrência, o qual, embora não tenha aplicação plena em se tratando de serviços públicos, se presta para informar a necessidade de se observar a maior concorrência possível entre os prestadores de serviços públicos, quando exigido por lei o regime de concorrência entre eles.

No entanto, ao fim e ao cabo, a definição de quais são as atividades econômicas que devem ser consideradas serviços públicos e, em consequência, se sujeitar ao regime especial a elas destinado depende tão-somente de uma opção política do ente estatal. Definir se o regime em que os serviços serão prestados será o de monopólio ou o de competição entre diversos prestadores também depende de opção política.

Destarte, pode-se entender que conferir imunidade tributária às empresas públicas e às sociedades de economia mista delegatárias de serviços públicos é apenas mais uma opção política, dentre tantas possíveis nessa matéria.

O que, contudo, tem de ser enfrentado com clareza é que tal opção necessariamente distorce a igualdade de condições, que seria maior se não houvesse o reconhecimento da imunidade, de modo que se propicie a verificação efetiva de quem tem simplesmente maior eficiência econômica num ambiente de igualdade de condições.

Mesmo na seara das atividades econômicas qualificadas como serviços públicos, hoje o que prevalece é o sistema de concorrência entre pessoas distintas, ainda que limitada pelas peculiaridades inerentes aos próprios serviços públicos. Em muitos casos, como, por exemplo, na área de telecomunicações no Brasil, em poucos anos

houve grandes avanços qualitativos na prestação dos serviços em benefício da população, com a adoção da competição entre as prestadoras de serviços.

Assim, é de rigor reconhecer-se que a prestação direta por algum ente estatal ou mesmo por um ente paraestatal com privilégio tributário, tal como o reconhecimento de uma imunidade tributária, não garante, necessariamente, melhores serviços à população. Ao revés, tudo indica que, em princípio, o que garante melhores serviços é mesmo a mais ampla sistemática da competição possível.

Destarte, assegurar a imunidade tributária, afetando o sistema da maior competição possível, simplesmente não faz sentido, e pedindo-se a máxima vênia aos eminentes ministros do STF, não parece a melhor solução jurídica para a matéria.

Referências

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de derecho público económico: modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*. Granada: Comares, 1999.

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BRITO, Beatriz Gontijo de. *Concentração de empresas no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CALIENDO, Paulo. Da justiça fiscal: conceito e aplicação. *Interesse público*, v. 6, n. 29, p. 159-196, 2005.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Breve introdução ao direito econômico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 22. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 5. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FORGIONI, Paula Andrea. *Os fundamentos do antitruste*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FORTES, Felipe Cianca; BASSOLI, Marlene Kempfer. Análise econômica do direito tributário: livre iniciativa, livre concorrência e neutralidade fiscal. *Scientia iuris*, v. 14, p. 235-253, nov. 2010.

FREY, Bruno S. *Política econômica democrática: uma introdução teórica*. São Paulo: Vértice/Revista dos Tribunais, 1987.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 9. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004, 2007.

_____. *Elementos de direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. *Livre concorrência e o dever de neutralidade tributária*. Porto Alegre: Faculdade de Direito, 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, UFRGS, 2005. Disponível em: <www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/5221/000512454.pdf?sequence=1>. Acesso em: 26/09/2011.

LOPES, Simone Anacleto. O movimento de direito e economia. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, n. 40, fev. 2011. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao040/simone_lopes.html>. Acesso em: 23/09/2011.

MALARD, Neide Teresinha. *A liberdade de iniciativa e a livre concorrência: as questões jurídicas do poder econômico*. Disponível em: <www.iesb.br/ModuloOnline/Atena/arquivos_upload/Neide%20Teresinha%20Malard.pdf>. Acesso em: 24/09/2011.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 35. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

RIEFFEL, Luiz Reimer Rodrigues. *Um mundo feito: o consequencialismo na análise econômica do direito de Richard Posner*. Porto Alegre: Faculdade de Direito, 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, UFRGS, 2005.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “direito e economia”? In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito & Economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. *O que é pesquisa em direito e economia?* Disponível em: <http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/>. Acesso em: 20/09/2009.

SILVA, Almiro do Couto e. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público “à brasileira”? *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 27, n. 57, Supl., p. 199-210, dez. 2003.

SILVA, Pedro Aurélio de Queiroz Pereira da. Direito da concorrência e regulação dos serviços públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 1, fev./abr. 2005. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 24/08/2011.



contato@edicoesvalentim.com.br

(61) 8406-1035 / 9922-1035