

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO



A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA E A EMPRESA BRASILEIRA
DE CORREIOS E TELÉGRAFOS

MARCOS ANDRÉ FREITAS TINOCO

RIO DE JANEIRO

2008

MARCOS ANDRÉ FREITAS TINOCO

A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA E A EMPRESA BRASILEIRA
DE CORREIOS E TELÉGRAFOS

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Eduardo Maneira

RIO DE JANEIRO

2008

Tinoco, Marcos André Freitas

A imunidade tributária recíproca e a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos / Marcos André Freitas Tinoco. – Rio de Janeiro: UFRJ, 2008.

82 f.

Orientador: Eduardo Maneira.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade Nacional de Direito.

Bibliografia: f. 79-82.

1. Direito Público. 2. Imunidade tributária. 3. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. 4. Serviço Postal. I. Tinoco, Marcos André Freitas. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade Nacional de Direito. III. Título.

CDD 341.39452

MARCOS ANDRÉ FREITAS TINOCO

A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA E A EMPRESA BRASILEIRA DE
CORREIOS E TELÉGRAFOS

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____ / ____ / ____

Banca Examinadora:

Prof. Eduardo Maneira – Orientador

Aos meus pais, Lê e irmãos, pelo apoio
absoluto em todos os sentidos.

RESUMO

TINOCO, Marcos André Freitas. *A imunidade tributária recíproca e a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos*. 2008. 82 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

A presente monografia visa a analisar as questões relevantes envolvendo a possibilidade de fruição da imunidade tributária recíproca pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Para melhor compreensão do tema, a primeira parte volta-se à identificação da imunidade recíproca na estrutura do Sistema Tributário Nacional e, em seguida, ao detalhamento dos seus fundamentos e abrangência, objetiva e subjetiva, apontando as razões que viabilizam a extensão do privilégio a entidades da Administração Pública Indireta instituídas sob o regime de Direito Privado. Na segunda parte é estudada a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Inicialmente, traçamos o panorama histórico de sua criação. Em seguida, o estudo dedica-se à definição de serviço postal de acordo com a ordem jurídica em vigor no Brasil. Por fim, voltamo-nos à questão do enquadramento do serviço postal como serviço público ou atividade econômica em sentido estrito, tratando da controvérsia existente sobre o tema em sedes doutrinária e jurisprudencial e dos efeitos gerados pela adoção de cada um dos entendimentos sobre a aplicabilidade da imunidade recíproca à referida empresa estatal.

Palavras-Chave: Imunidade recíproca; Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos; Serviço postal.

ABSTRACT

TINOCO, Marcos André Freitas. *A imunidade tributária recíproca e a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos*. 2008. 82 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

This monograph aims to analyze the relevant issues involving the possibility of enjoyment of the intergovernmental tax immunity by the Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (Brazilian postal services firm). For better understanding of the subject, the first part back to the identification of the intergovernmental tax immunity in the structure of the National Tributary System and then to the detailment of its essential grounds and encompassment. In the second part is studied the Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Initially we make an overview of the historical context of its appearance. Then the study is dedicated to the definition of postal services according to the prevailing legislation in Brazil. Finally, dedicate ourselves to the classification of the postal services as a public service or economic activity, covering the current controversy around the subject in doctrine and jurisprudence and the effects caused by the adoption of each one of the referred schools of thoughts over the applicability of the intergovernmental tax immunity to the mentioned firm.

Keywords: Intergovernmental tax immunity; Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos; Postal services.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Art. – artigo

Dec. – Decreto

DL – Decreto-Lei

EC – Emenda Constitucional

ECT – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos

EUA – Estados Unidos da América

IPTU – Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana

IPVA – Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores

PL – Projeto de Lei

SPU – Serviço Postal Universal

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TCU – Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1 IMUNIDADE TRIBUTÁRIA	10
1.1 Competência tributária	10
1.2 Imunidade tributária	11
1.3 Imunidade tributária recíproca	13
1.3.1 <u>Abrangência objetiva</u>	16
1.3.2 <u>Abrangência subjetiva</u>	18
1.3.2.1 <i>A intervenção do Estado no domínio econômico e as empresas estatais</i>	19
1.3.2.2 <i>Noção contemporânea de serviço público</i>	25
1.3.2.2.1 <i>Empresas estatais prestadoras de serviços públicos</i>	29
2 A EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS	35
2.1 Os serviços prestados pela ECT	38
2.1.1 <u>O serviço postal</u>	41
2.1.1.1 <i>Natureza jurídica do serviço postal</i>	45
2.1.1.1.1 <i>O serviço postal como serviço público e a (in)existência de monopólio</i>	46
2.1.1.1.2 <i>O serviço postal como atividade econômica em sentido estrito</i>	56
2.1.1.1.3 <i>A natureza jurídica do serviço postal no direito comparado</i>	61
2.1.1.1.4 <i>A CF apenas define o serviço postal como competência administrativa da União</i> ...	67
2.2 A imunidade tributária recíproca e a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos	70
CONCLUSÃO	76
REFERÊNCIAS	79

INTRODUÇÃO

O objeto do presente estudo compreende a imunidade tributária recíproca e sua aplicabilidade à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), tema de grande relevância no atual cenário econômico brasileiro e alvo de controvérsias na doutrina e jurisprudência pátrias.

Sabe-se que o poder de tributar é expressão da soberania de um Estado, à medida que lhe permite invadir o patrimônio privado através da exigência de prestações pecuniárias, cujos adimplementos independem da vontade dos contribuintes, sob o pretexto de obter os recursos necessários à efetivação dos direitos reputados fundamentais por determinada sociedade.

No entanto, os mesmos direitos fundamentais que autorizam a tributação também a limitam. A uma, para proteger o contribuinte em face da tributação voraz e desordenada, configuradora do confisco. Por outro lado, como forma de manutenção da existência do próprio Estado, pois este, caso inexistissem as limitações, poderia entrar em um ciclo de autodestruição, suprimindo toda a riqueza dos cidadãos e, conseqüentemente, sua principal fonte de receitas.

Por tais motivos é que as limitações ao poder de tributar foram classificadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) como garantias individuais, cláusulas pétreas no atual ordenamento jurídico brasileiro. As limitações são previstas pela Constituição Federal por meio de (i) princípios; e (ii) imunidades, imunidade recíproca inclusive, cujos aspectos se situam no âmago do presente estudo.

Tal espécie de imunidade tem grande importância, à medida que visa a preservar o princípio federativo e a isonomia das pessoas políticas, pelas razões que serão explanadas em momento oportuno.

Combinou-se o tema com a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos em função de ter sido a mesma instituída sob a forma de Empresa Pública, portanto, em primeira análise, sujeita ao regime próprio das empresas privadas – regime este, como será visto, incompatível com a imunidade recíproca –, o que, todavia, não a tem impedido de ajuizar inúmeras demandas a fim de obter o reconhecimento judicial do seu direito ao benefício, uma vez que atuaria como uma *longa manus* do Estado ao prestar um serviço público.

Sobre esse cenário é que se debruçará nosso trabalho. Inicialmente, analisaremos o instituto da imunidade recíproca de forma apartada, situando-o na estrutura do Sistema Tributário Nacional e identificando seus fundamentos e abrangência objetiva, a fim de verificar quais tributos podem ter a incidência afastada e as hipóteses em que isso ocorre. Em um segundo momento, trataremos da sua abrangência subjetiva, investigando quais entidades podem gozar do privilégio e as razões que fundamentam os pleitos de extensão da imunidade às empresas estatais prestadoras de serviço público.

Em seguida, no segundo capítulo nos dedicaremos especificamente à ECT, detalhando sua estrutura e os serviços que executa, notadamente o serviço postal, cuja definição será objeto de análise detida. Isso porque a Constituição Federal (CF) prevê sua manutenção como competência da União, possibilitando, entre outras, a tomada de posição no sentido de se tratar de um serviço público. Assim, feita a definição, analisaremos se todas as atividades realizadas pela ECT podem ser enquadradas como serviço postal, além de apontar as quatro correntes existentes sobre a natureza jurídica do referido serviço, o que permitirá a tomada de conclusão quanto a aplicabilidade da imunidade tributária recíproca.

Com efeito, a natureza jurídica do serviço postal vem sendo objeto de controvérsias, com a contraposição de notórios doutrinadores e inúmeras ações judiciais em curso. De um lado, os que defendem se tratar de serviço público e, de outro, a corrente que o identifica como atividade econômica em sentido estrito, o que significaria a possibilidade de sua exploração pela iniciativa privada, com efeitos marcantes sobre a disciplina da imunidade recíproca.

1 IMUNIDADE TRIBUTÁRIA

Antes de ingressar no exame da imunidade tributária recíproca, cabe traçar breves considerações acerca de institutos previamente situados na disciplina constitucional do Sistema Tributário Nacional.

1.1 Competência tributária

Quanto à competência tributária, pode se dizer que é a parcela do poder de tributar conferida pela Constituição a cada ente político para instituir, cobrar e fiscalizar tributos, descrevendo em lei suas hipóteses de incidência, sujeitos ativos e passivos, bases de cálculo e alíquotas. De acordo com a doutrina, é a "a parcela do poder de tributar conferida pela Constituição a cada ente político para criar tributos"¹, "a aptidão para criar, *in abstracto*, tributos"², ou, ainda, "o limite do poder fiscal para legislar e cobrar tributos"³.

Assim, tem competência tributária as pessoas políticas de Direito interno: União, Estados, Municípios e o Distrito Federal. No Brasil, a distribuição da competência tributária é matéria exclusivamente constitucional, isto é, não cabe ao legislador ordinário inovar ou dispor de forma diversa daquela prevista no texto superior, sob pena de invalidação judicial do diploma normativo.

Importa assinalar que a Constituição não deixou aos entes federativos grande margem de manobra quanto à instituição *in abstracto* dos tributos que lhe foram atribuídos. É dizer, a Lei Suprema guia com rigor a atividade do legislador ordinário ao estabelecer a regra-matriz de cada exação, apontando em linhas gerais os diversos aspectos dos fatos geradores das espécies de tributos que criou. As imunidades, por exemplo, representam uma das regras-

¹ ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio Franco da. **Manual de direito financeiro & direito tributário**. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 255.

² CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 288.

³ ICHIHARA, Yoshiaki. **Direito tributário**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 89.

matrizes a serem necessariamente observadas pelo legislador ordinário ao instituir determinada exação.

1.2 Imunidade tributária

O ordenamento jurídico brasileiro prevê seis formas de desoneração tributária, todas com características próprias, mas que levam à desobrigação fiscal, a saber: imunidade, isenção, não-incidência, remissão, anistia e alíquota zero. Entre elas, a imunidade se destaca por ser a única de índole exclusivamente constitucional, se diferenciando das demais por não ser consequência das prescrições normativas de cada ente federativo com competência tributária. Assim é que, para Sacha Calmon, “a imunidade é um *prius* em relação ao exercício da competência tributária, e a isenção, um *posterius*”⁴.

As imunidades demarcam, no sentido negativo, as competências tributárias por funcionarem como obstáculos postos pelo constituinte ao seu exercício, na medida em que protegem da tributação certas pessoas, seja pela natureza jurídica que possuem, pelo tipo de atividade que desempenham ou porque relacionadas a certos fatos, bens ou situações.

Roque Carrazza afirma que “as normas constitucionais que, direta ou indiretamente, tratam do assunto, fixam, por assim dizer, a incompetência das entidades tributantes para onerar, com exações, certas pessoas”⁵, por algum motivo constitucionalmente relevante. Ou seja, trata-se de uma competência tributária negativa, que impossibilita o exercício da competência em determinadas hipóteses.

Verificada a premissa fática estabelecida, não há a ocorrência do fato gerador, tampouco a formação da relação jurídico-tributária entre Fisco e contribuinte: a obrigação não se instaura e o tributo não é devido pela aplicação direta da norma constitucional, que, por ser de eficácia plena, tem aplicabilidade imediata, independe da edição de qualquer lei explicitando seu conteúdo e alcance.

Inconstitucional, portanto, é o ato normativo que inclua entre os possíveis sujeitos passivos de um tributo aquele protegido por imunidade, assim como é nulo o ato administrativo no sentido de sua cobrança. Dessa assertiva resulta que as imunidades, além de delinearem negativamente as competências tributárias, conferem direito público subjetivo a

⁴ COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 9 ed. São Paulo: Forense, 2006. p. 288.

⁵ CARRAZZA, Roque Antônio. Op. cit. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 634.

quem, não obstante tenha preenchido os requisitos para a fruição do benefício, for autuado indevidamente, abrindo-lhe a possibilidade de exigir em juízo sua concessão. Nos dizeres de Roque Carrazza, o direito à imunidade é uma garantia fundamental constitucionalmente assegurada ao contribuinte, que nenhuma lei, poder ou autoridade pode anular⁶.

Também dignas de registro as palavras de Ives Gandra: “a imunidade é o mais relevante dos institutos desonerativos, uma vedação absoluta ao poder de tributar, criando-se um território constitucionalmente protegido e posto fora do alcance impositivo do Estado, visando a salvaguardar determinados valores prestigiados pela Constituição”⁷.

Paulo de Barros⁸ identifica na doutrina 3 formas, em sua opinião equivocadas, de se conceituar a imunidade tributária, quais sejam: (i) imunidade como limitação constitucional ao poder de tributar; (ii) como exclusão do poder tributário; e (iii) como norma de não-incidência tributária.

Contra a afirmação de que a imunidade é uma limitação constitucional ao poder de tributar, alega que inexistente cronologia justificadora da outorga da prerrogativa para, logo em seguida, mutilá-la com o recurso da imunidade. Na ótica do referido autor, seria ilógico supor que o constituinte concedeu o poder tributário para logo em seguida limitá-lo. No mesmo sentido, para Ricardo Lobo Torres “está inteiramente superada, no constitucionalismo contemporâneo, salvo no Brasil, a orientação positivista segundo a qual a imunidade seria proibição imanente à própria Constituição ou autolimitação do poder tributário”⁹.

O mesmo raciocínio, para Paulo de Barros, se aplica à conceituação da imunidade como exclusão do poder tributário, uma vez que excluir pressupõe a expulsão de algo antes incluído e a imunidade se relaciona a um poder que nunca foi outorgado.

Por fim, para os que entendem a imunidade como norma de não incidência tributária, o tributarista argumenta que as imunidades não são barreiras ou obstáculos às incidências dos tributos, lembrando que a não-incidência é um efeito da imunidade tributária, mas não elemento essencial para defini-la.

Baseado nessas premissas, o autor se situa entre os que conceituam a imunidade como uma norma fixadora de incompetência: trata-se de uma classe finita e imediatamente

⁶ Ibid. p. 640.

⁷ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direito Empresarial – Pareceres**. 2 ed. São Paulo: Forense, 1986. p. 298.

⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 182 *et seq.*

⁹ TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 65. Para este autor, as imunidades não são limitações do poder tributário, mas sim pré-limitações, uma vez que não criadas pela Constituição (apenas declaradas por ela).

determinável de normas jurídicas, contidas na Constituição Federal, que estabelecem expressamente a incompetência das pessoas políticas de Direito Constitucional interno para expedir regras instituidoras de tributos que alcancem situações específicas e suficientemente caracterizadas.

Grande parte das imunidades está prevista no artigo (art.) 150, VI da CF¹⁰ (imunidades dos impostos), porém, conforme Ricardo Lobo Torres, ainda é possível identificar as imunidades das taxas (como a do art. 5º, XXXIV¹¹) e das contribuições (como a do art. 195, §7º¹²)¹³. Dentre as espécies de imunidade, a que interessa ao estudo é a intergovernamental, doravante objeto de análise.

1.3 Imunidade tributária recíproca

Corolário da forma federalista de Estado e do postulado da isonomia entre os entes políticos, a imunidade recíproca impede o exercício das competências tributárias impositivas sobre o patrimônio, renda e serviços da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Uma das características fundamentais do Estado Federal é a descentralização político-administrativa que nele se opera, fruto da síntese entre dois movimentos antagônicos: a tendência à unidade (centralização) e a tendência à pluralidade (descentralização), sendo que

¹⁰ “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;

b) templos de qualquer culto;

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

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

¹¹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;”

¹² “Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: [...]”

§ 7º - São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei”. Não obstante o termo “isentas”, o dispositivo traduz uma imunidade tributária, conforme doutrina e jurisprudência do STF (cf. ADI 3330/DF).

¹³ TORRES, Ricardo Lobo. Op. cit. p. 63.

do maior ou menor equilíbrio entre os dois movimentos resulta, em cada hipótese, um tipo diverso de Estado Federal, quer caracterizado por uma maior centralização, quer por uma maior descentralização, isto é, não há um tipo pré-formulado e uniforme de Estado Federal¹⁴.

O que não pode faltar, todavia, é a autonomia e certa dose de independência interna das regiões reunidas em torno do poder central, sendo incompatível com qualquer tipo de Estado Federal a existência de hierarquia entre as diversas esferas. As diferenças entre um e outro ente federativo não estão nos níveis hierárquicos que ocupam, mas sim nas competências distintas que recebem da Constituição. Roque Carrazza cita James W. Garner para comparar a federação brasileira a um sistema planetário, no qual os astros (entes federativos) devem mover-se em suas respectivas órbitas (traçadas pela Lei suprema), para a própria harmonia do Universo Jurídico¹⁵.

Sobre o tema, Geraldo Ataliba:

A palavra, todo mundo sabe, vem do latim “foedus foederis”, que quer dizer: pacto-associação. Daí a definição de Sampaio Dória, invocada também por Frederico Marques: “Federação é autonomia recíproca da União e dos Estados sob a égide da Constituição Federal.” Autonomia recíproca. Um é autônomo relativamente a outro, sob o esquema que for fixado no Texto Constitucional Federal.

Autonomia vem de “auto nomus”, aquele que é capaz de dar norma a si mesmo. Se a Federação é autonomia recíproca, quer dizer: a União não pode dar normas para o Estado, e o Estado não pode dar normas para a União.

A União é simples resultado da associação de Estados. Os Estados que se associam formam um novo Estado, formando uma União de estados.¹⁶

Federalista, a Constituição brasileira delega autonomia financeira e administrativa aos Estados e Municípios, com a respectiva outorga da titularidade de tributos para fazer frente aos custos, além de alçar a forma federativa de Estado à condição de cláusula pétrea (art. 60, §4º, I) e fixar as regras da imunidade recíproca¹⁷. Quanto a este último aspecto, calha recordar que a Emenda Constitucional (EC) nº 3, ao introduzir o extinto Imposto Provisório sobre Movimentações Financeiras, estabeleceu que a cobrança do mesmo não seria limitada pela imunidade recíproca, provocando o seguinte pronunciamento do STF:

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Tribunal Pleno. ADI-MC 276/AL. Requerente: Estado de Alagoas. Requerida: Assembléia Legislativa do Estado de Alagoas. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, 30.05.1990. DJU de 17.08.1990. Disponível em www.stj.gov.br. Acesso em 02 de maio de 2008.

¹⁵ CARRAZZA, Roque Antônio. **Princípios constitucionais tributários e competência tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 47.

¹⁶ ATALIBA, Geraldo. **Constituição e Constituinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 63/64.

¹⁷ Atento ao fato de ser a imunidade recíproca uma forma de manifestação do pacto federativo, tem o STF reconhecido, excepcionalmente, sua competência originária para o julgamento de lides envolvendo o tema, aplicando o art. 102, I, “f” da CF. Nesse sentido, ACO-QO 515/DF, Rel. Ministra Ellen Gracie, Pleno, julgado em 04.09.2002, DJ 27.09.2002, p. 80.

A Emenda Constitucional nº 3, de 17.03.93, que, no art. 2º, autorizou a União a instituir o I.P.M.F, incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2º desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica “o art. 150, III, “b” e VI”, da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): [...]

2º - o princípio da imunidade tributária recíproca (que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns dos outros) e que é garantia da Federação (art. 60, §4º, inciso I, e art. 150, VI, “a”, da C.F.); [...]

Inexistente a hierarquia entre os entes, a doutrina converge em admitir que a imunidade recíproca prescinde de expressa previsão na Constituição, por ser consequência necessária da adoção da forma federativa de Estado. A esse respeito, confira-se as incisivas considerações de Geraldo Ataliba¹⁸:

Com efeito, para tributar, deve a pessoa jurídica de direito público ter poder sobre o sujeito passivo. Só o poder lhe permite assegurar, mediante coação, seu comando. Só do súdito pode o poder público exigir. Só pode tributar quem pode exercer poder – dentro da margem de discricção apontada – sobre o contribuinte.

Aliás, esse termo significa sujeito ao poder tributário.

Pode-se falar em sujeição ao poder tributário entre os estados federados e federal e vice-versa? Entre estados federados, reciprocamente considerados?

Entre União e município autônomo e vice-versa?

Evidentemente não!

Decorre da própria natureza das coisas a intributabilidade recíproca dos entes públicos. Não tem qualquer cabimento tributarem-se reciprocamente os entes que exercem o poder público. (grifos nossos)

A referida imunidade opera como um mecanismo de ponderação e calibração do pacto federativo, destinado a evitar que entes desprovidos de capacidade contributiva vejam diminuída a eficiência na consecução de seus objetivos definidos pelo sistema jurídico. Por outro lado, também é clara salvaguarda contra o risco de utilização de tributos como instrumento de pressão econômica entre os membros do pacto federativo: a Constituição não poderá ser interpretada de sorte que ameace a organização federal por ela instituída, ou ponha em risco a coexistência harmoniosa e solidária da União, Estados e Municípios.

Acrescente-se que a tributação pressupõe a supremacia dos interesses representados pelo sujeito ativo frente aos interesses do sujeito passivo (princípio da supremacia do interesse público), o que, como visto, não ocorre nas relações entre entes federativos. Nesse sentido, Roque Carrazza observa que se uma pessoa política pudesse exigir impostos de outra, “fatalmente, acabaria por interferir em sua autonomia. Sim, porque, cobrando-lhe impostos,

¹⁸ ATALIBA, Geraldo. **Natureza Jurídica da contribuição de melhoria**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964. p. 235.

poderia levá-la a situação de grande dificuldade econômica, a ponto de impedi-la de levar avante seus objetivos institucionais”. A seguir, invoca a isonomia que deve nortear as relações entre as pessoas políticas, já que entre elas “reina a mais absoluta igualdade jurídica. Umas não se sobrepõem às outras. Não, pelo menos, em termos jurídicos. É o quanto basta para afastarmos qualquer idéia de que podem sujeitar-se a impostos”¹⁹.

1.3.1 Abrangência objetiva

Verificados os fundamentos do instituto, passa-se à sua abrangência, inicialmente no aspecto objetivo. Conforme o art. 150, VI, “a” da CF, a imunidade recíproca abrange impostos que incidam sobre o patrimônio, renda ou serviços. Para fins de imunidade, constituem o patrimônio “todos os bens ou todas as coisas vinculadas à propriedade pública e integrantes do serviço público, móveis ou imóveis, corpóreas ou não, inclusive complexos de coisas, como uma empresa”²⁰.

Já as rendas “não são apenas os tributos, mas também os ‘preços públicos’ que possam provir do exercício de suas atribuições, da venda de seus bens e utilização de seus serviços”. Finalmente, quanto aos serviços diga-se que “são os públicos, segundo a noção que deles dá o Direito Administrativo”²¹.

A doutrina ora interpreta a norma pelo método teleológico, expandindo seu alcance a partir da apreensão dos seus fins, ora de modo restrito, formal. Neste caso, considera a nomenclatura das normas de organização dos tributos contidas no Código Tributário Nacional, excluindo da imunidade os impostos de importação, sobre produtos industrializados e sobre operações de circulação de mercadorias, assim como o Imposto sobre Operações Financeiras. Sacha Calmon critica a postura, argumentando que o estudo dessa imunidade no Brasil está “incipiente e caótico. Contentam-se os escritores em repeti-lo sem espírito crítico”²².

¹⁹ CARRAZZA, Roque Antônio. **A imunidade tributária das empresas estatais delegatárias de serviços públicos**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 27.

²⁰ BALEEIRO, Aliomar de Andrade. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 251.

²¹ Ibid.

²² COELHO, Sacha Calmon Navarro. Op. cit. p. 292.

A crítica não é exclusiva da doutrina contemporânea, tampouco restrita ao Brasil, como nos demonstra a seguinte passagem acerca da jurisprudência norte-americana:

O justice JACKSON, no caso U.S. vs. Allegheny County, 322 U.S. 174 (1944) disse uma verdade: “Olhando retrospectivamente, é fácil ver-se que a linha entre o tributável e o imune tem sido traçada por um punho vacilante”. E esse punho continua a traçar com a mesma vacilação a linha divisória, razão pela qual a nossa Constituição resolveu dar mais vigor à fronteira entre o imune e o tributável.²³

Assim, é incontroverso que o legislador quis contemplar o Imposto de Renda, o IPVA, IPTU, ISS, ITR e o ITCMD²⁴. Há quem entenda, no entanto, que a imunidade recíproca impede a instituição de qualquer imposto que resvale no patrimônio, renda ou no serviço das pessoas políticas.

Alargando ainda mais a abrangência do instituto, há quem sustente que a imunidade recíproca abrangeria também os demais tributos, como taxas e contribuições, já que “o tributo, como expressão que é da soberania estatal, não pode ser exigido de quem a tal soberania não se submete, porque é parte integrante do Estado, que da mesma é titular”²⁵. Oportuna a ressalva de Baleeiro quanto aos perigos do exagero, “porque leva o aplicador ao absurdo de que dispositivo concebido no objetivo de evitar a destruição de uma esfera de governo permita destruição de outra pela extensão de seu alcance”²⁶.

Assim, prevalece no STF o entendimento que afasta as taxas e contribuições do manto protetivo da imunidade recíproca²⁷. No mesmo sentido, Sacha Calmon observa que “esta imunidade não tem atuação sobre tributos, mas apenas sobre impostos, uma espécie do gênero”²⁸, ressaltando que a solução pode ser diversa se determinada contribuição parafiscal assumir juridicamente a feição de imposto.

Há outros pontos geradores de controvérsia quanto aos tributos abrangidos pela imunidade²⁹. Suas apresentações, porém, desvirtuariam o objeto do presente estudo, motivo

²³ BALEEIRO, Aliomar. Op. cit. p. 241.

²⁴ Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores, Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana, Imposto sobre Serviços, Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural e Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação, respectivamente.

²⁵ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 307.

²⁶ BALEEIRO, Aliomar. Op. cit. p. 251.

²⁷ Afastando a aplicação da imunidade recíproca (i) às taxas: AI-AgR 458856/SP, Rel. Ministro Eros Grau, Primeira Turma, julgado em 05.10.2004, DJ 20.04.2007 p. 89; e (ii) às contribuições: RE-AgR 378144/PR, Rel. Ministro Eros Grau, Primeira Turma, julgado em 30.11.2004, DJ 22.04.2005, p. 14.

²⁸ COELHO, Sacha Calmon Navarro. Op. cit. p. 289.

²⁹ Com efeito, discute-se a aplicação da imunidade aos impostos indiretos, como o ICMS e o IPI. Embora a parte da doutrina (Sacha Calmon e Carrazza, entre outros) que defende estarem abrangidos pela regra imunizante o faça de forma que melhor se adapta aos fundamentos do instituto, prevalece na jurisprudência dos Tribunais superiores a tese de que o Poder Público, na qualidade de comprador, não é o contribuinte de tais impostos,

pelo qual iniciaremos no item a seguir a análise da abrangência subjetiva da imunidade recíproca, desencadeando uma série de questões que permitirão a inserção, no capítulo 2, da ECT nas discussões.

1.3.2 Abrangência subjetiva

De acordo com o §2º do art. 150, VI da CF³⁰, a imunidade recíproca abrange também as autarquias e fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, porém com a ressalva de que somente quando seus serviços, renda e patrimônio estiverem vinculados às suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes. Importa notar que daí parte a fundamentação inerente à extensão do benefício à ECT, uma vez que o dispositivo autoriza a imunização de Pessoas Jurídicas integrantes da Administração Pública indireta (com personalidade jurídica diversa da dos entes centrais), delegatárias de atividades públicas.

A extensão da imunidade se justifica, no caso das autarquias, por serem “um prolongamento do Poder Público, uma *longa manus* do Estado”, executoras de serviços públicos “em condições idênticas às do Estado, com os mesmos privilégios da Administração-matriz”³¹. Quanto às fundações, por prestarem à realização de atividades de interesse coletivo, não lucrativas e merecedoras do amparo estatal, como a educação, cultura e pesquisa. No entanto, a ressalva da parte final da regra extensiva é importante, pois, por exemplo, “se uma autarquia é proprietária de um terreno baldio, não gozará de imunidade tributária no que toca ao imposto territorial urbano porque não se trata de bem vinculado às suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes”³².

assumindo apenas sua repercussão econômica. Assim, o termo “contribuinte de fato” não seria jurídico, servindo apenas para a ciência econômica, e o termo “contribuinte de Direito” revelaria um pleonasma, uma vez que para o Direito “contribuinte” é apenas quem pratica o fato gerador. Outrossim, discute-se a relação entre a imunidade e o IPTU nas hipóteses em que o ente federativo cede a posse direta do imóvel a terceiro. Não obstante a posição dos que identificam o domínio e a posse do bem como fatos geradores do tributo (art. 32 do CTN), prevalece no STF a tese de que a imunidade persiste mesmo se cedida a posse direta a terceiro, pois o art. 32 do CTN não se refere a qualquer posse, mas apenas a exercida com *animus domini*.

³⁰ “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.”

³¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 339.

³² ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio Franco da. Op. cit. p. 309.

Deste modo, a extensão não é absoluta nem mesmo para as hipóteses expressamente veiculadas na CF (autarquias e fundações), o que deve ser lembrado quando a ECT for posta em evidência. Nos dizeres de Paulo de Barros, a Constituição põe de um lado as atividades ligadas aos objetivos primordiais dos referidos entes e, de outro, “o exercício de funções paralelas, marginais, episódicas, que porventura as autarquias e as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público venham a desempenhar”³³.

Portanto, em regra a imunidade recíproca abrange os entes federativos e suas autarquias e fundações, todas elas Pessoas Jurídicas de Direito Público, como conseqüência da análise apartada do art. 150, VI da CF. Passamos agora à análise de entidades da Administração Pública indireta instituídas sob o regime de Direito Privado, que exigirá a conjugação da referida norma com outras previstas em sede constitucional.

1.3.2.1 *A intervenção do Estado no domínio econômico e as empresas estatais*

Nos próximos tópicos, será esclarecido que existem duas categorias de empresas estatais de contornos bem distintos: as que exercem atividade econômica em sentido estrito e as que prestam serviço público, sendo que a conclusão referente à aplicabilidade da imunidade recíproca passa necessariamente pela inclusão da ECT em uma das delas.

Ao longo do século XX (época da criação da ECT), em momentos de crise ou em países em desenvolvimento, por exemplo, entendeu-se que o Estado deveria assumir o papel de empresário, como se fosse um particular, e empenhar-se na exploração e desenvolvimento de determinada atividade econômica. Destacam-se como causas dessa atuação estatal atípica: necessidade de geração de empregos em circunstâncias urgentes (como em 1929 nos EUA³⁴) e a incapacidade de investimentos do setor privado nos países em desenvolvimento³⁵.

Com isso, operou-se a substituição do até então Estado Liberal (Mínimo), em que a atuação estatal se restringia à prestação de serviços públicos indelegáveis (como a vigilância da ordem social e proteção contra ameaças externas), pelo Social (Intervencionista), onipresente e controlador que, sob o pretexto de gerar crescimento econômico, passou a

³³ CARVALHO, Paulo de Barros. Op. cit. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 176.

³⁴ Estados Unidos da América.

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. Regime Constitucional do Serviço Postal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 90, n. 786, p. 131/159, abr. 2001. p. 147.

participar ativamente da economia. Desse modo, em pouco tempo foram suprimidas as áreas de atuação econômica exclusiva da iniciativa privada, criando-se um “Estado Megalômico”, que dominava “a sociedade em vez de lhe assegurar a prestação dos serviços públicos”³⁶.

Contudo, a velocidade das transformações decorrentes da globalização, aliada à necessidade cada vez maior de atender às necessidades dos cidadãos de forma eficiente, gerou, para o Estado, uma urgência em se libertar de atividades que, a rigor, não eram tipicamente suas. Daí decorreu o fenômeno mundial da desestatização, popularmente conhecido como privatização, que, em linhas gerais, consiste na transferência de dada atividade econômica do setor público para o setor privado e que impõe o fortalecimento da função reguladora do Estado por meio das agências reguladoras.

Nesse contexto, a partir da década de 80, o Estado brasileiro iniciou uma política de redução do seu papel como agente econômico, exemplificada pela instituição do Programa Nacional de Desburocratização (Decreto nº 83.740/79), seguido do Programa de Privatização (Dec. nº 91.991/85, modificado pelo Dec. nº 93.606/86) e, depois, do Programa Federal de Descentralização (Dec. nº 95.886/88). Sobre a reformulação, Luís Roberto Barroso:

[...] as reformas econômicas brasileiras envolveram três transformações estruturais que se complementam, mas não se confundem, e que podem ser assim sistematizadas: a) extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro (Emendas Constitucionais ns 6, de 15/08/95, e 7, de 15/08/95), modificando o regime jurídico de temas relevantes como pesquisa e lavra de recursos minerais, aproveitamento de potenciais de energia elétrica e navegação de cabotagem; b) flexibilização dos monopólios estatais (Emendas Constitucionais ns 5, de 15/08/95; 8, de 15/08/95; e 9, de 09/11/95), em serviços públicos como gás canalizado e telecomunicações e em atividades econômicas tidas como estratégicas, como pesquisa e lavra de petróleo; e c) desestatização (Lei 8.031, de 12/04/90, modificada pela Lei 9.491, de 9/09/97) levada a efeito por mecanismos como a (i) alienação, em leilão nas bolsas de valores, do controle de entidades estatais, e (ii) a concessão de serviços públicos a empresas privadas³⁷.

Como adiantado pela passagem acima transcrita, o constituinte de 1988 não ignorou a tendência vigente à época, tendo estabelecido direitos fundamentais no campo da liberdade de iniciativa e da propriedade privada, consagrando o sistema capitalista e caracterizando a economia brasileira como *de mercado*:

De início cumpre ressaltar a consagração no texto constitucional do sistema capitalista, identificado normalmente pela garantia da propriedade privada,

³⁶ WALD, Arnaldo. O papel do Estado no limiar do Século XXI. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Desafios do Século XXI**. Revisão de Janice Yunes Parim. São Paulo: Pioneira: Academia Internacional de Direito e Economia, 1997. p. 61.

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 133.

qualificada esta pela necessidade de observância da sua função social (art. 170, II e III), e da liberdade de iniciativa (art. 1º, IV e art. 170, caput), associada à livre concorrência (art. 170, IV). Trata-se, portanto, de uma economia de mercado, idéia esta reforçada pela clara separação entre os campos da atividade econômica em sentido amplo destinados às iniciativas pública e privada. O art. 173 da Constituição garante aos agentes privados a exploração de atividade econômica em sentido estrito, somente admitindo a participação do Estado nesta área em hipóteses estritamente definidas, ao passo que o art. 175 estabelece incumbir ao Poder Público a prestação de serviços públicos, ainda que sob a forma de concessão ou permissão a particulares.³⁸

Ao tratar da ordem econômica, no entanto, a Constituição não se preocupou apenas em estabelecer garantias à livre iniciativa. Como é sabido, não há valores constitucionais absolutos no ordenamento jurídico brasileiro: a Constituição é nitidamente compromissória, pois ao mesmo tempo em que se mostra liberal (livre iniciativa, direito de propriedade etc.), traz consigo traços do modelo social intervencionista (função social da propriedade, justiça social), cabendo ao intérprete conciliar os valores aparentemente contraditórios. Em lugar do liberalismo puro ou do intervencionismo total, adotou-se o Social-Liberalismo (que em alguns casos pode justificar a atuação direta do Estado através das empresas estatais). Assim, para o STF:

As atividades empresariais – qualquer que seja o campo em que se exerçam, inclusive na área de exploração econômica das atividades educacionais – não têm, nos princípios da liberdade de iniciativa e da livre concorrência, instrumentos de proteção incondicional. Esses postulados constitucionais – que não ostentam valor absoluto – não criam, em torno dos organismos empresariais, qualquer círculo de imunidade que os exonere dos gravíssimos encargos cuja imposição, fundada na supremacia do bem comum e do interesse social, deriva do texto da própria Carta da República. O princípio da liberdade de iniciativa não tem, desse modo, caráter irrestrito e nem torna a exploração das atividades econômicas em domínio infenso e objetivamente imune à ação fiscalizadora do Poder Público.³⁹

A aparente contradição existente entre os valores deve ser resolvida com a harmonização dos conceitos, levando-se sempre em consideração que o Brasil é um país capitalista, isto é, a intervenção estatal no domínio econômico é exceção somente admitida em casos que impliquem atendimento a prementes interesses do corpo social.

³⁸ PEREIRA, Tadeu Rabelo. **Regime(s) jurídico(s) das empresas estatais que exploram atividade econômica**. 1 ed. Porto Alegre: Síntese, 2001. p. 37-38.

³⁹ Trecho do voto proferido pelo Min. Celso de Mello na ADI-QO 319-4/DF, Rel. Ministro Moreira Alves, Pleno, julgado em 03.03.1993, DJ 30.04.1993.

Nesse contexto, ao permitir a intervenção direta do Estado na economia (art. 173⁴⁰), a CF impôs restrições ao exercício dessa prerrogativa, tornando-a excepcional. A atuação estatal na economia, nessas condições, apenas poderá ocorrer em algumas hipóteses, ressalvadas pelo próprio texto constitucional: atendidos os pressupostos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo.

Apesar da imprecisão dos conceitos de “segurança nacional” e “relevante interesse coletivo” eleitos pelo constituinte como condições para a atuação do Estado-empresário, nota-se, pela leitura do dispositivo, que sua intenção era restringir essa atuação. De fato, se a intervenção direta “só será permitida” (art. 173) naqueles casos, entende-se que a regra é a sua proibição.

Essa conclusão pode ser alcançada, igualmente, pela análise da evolução histórica do dispositivo ou, mais especificamente, procedendo-se à análise do referido art. 173 com o seu antecessor, o art. 170, §1º, da Constituição de 1967⁴¹. Naquela Constituição, a atuação direta do Estado na economia era permitida em caráter suplementar da iniciativa privada. A alteração na redação do dispositivo, pela Constituição atual, reforça a concepção de afastamento do Estado em relação à atuação direta na economia e a restringe ainda mais⁴².

Assim, a intenção do texto em vigor é claramente privilegiar a atuação direta na economia desenvolvida pela empresa privada, como regra. Soma-se a isso dupla menção ao princípio da livre iniciativa - como fundamento da República (art. 1º⁴³) e da Ordem Econômica (art. 170⁴⁴) - e o incentivo das modalidades consagradas de intervenção indireta, a

⁴⁰ “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

⁴¹ “Art. 170. Às empresas privadas compete, preferencialmente, com o estímulo e o apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas.

§ 1º Apenas em caráter suplementar da iniciativa privada o Estado organizará e explorará diretamente a atividade econômica”.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Segunda Turma. RE-AgR 369252/PR. Agravante: Banestado S/A Reflorestadora. Agravada: União. Relator Ministro Carlos Velloso. Brasília, 17.05.2005. DJU de 17.06.2005. Disponível em www.stf.gov.br. Acesso em 18 de maio de 2008.

⁴³ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;”

⁴⁴ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios [...]”

saber, a fiscalização, o incentivo e o planejamento (art. 174⁴⁵). Trata-se de tendência liberalizante adotada pela Constituição.

A tendência, todavia, não é absoluta, pois, como dito, há previsão de mecanismos de intervenção do Estado na economia. A esta altura, cumpre distinguir as três modalidades de atuação estatal no campo da atividade econômica em sentido estrito (“domino econômico”)⁴⁶. Em primeiro lugar, a intervenção por absorção ou participação, quando o Estado desenvolve ação como agente econômico, podendo o fazer por absorção, assumindo integralmente o controle da atividade (monopólio), ou por participação, quando assume parcela da atividade (atua em regime de competição com empresas privadas do mesmo setor).

Em segundo lugar situa-se a intervenção por direção, hipótese em que o Estado desenvolve ação como regulador da atividade, exercendo pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os agentes privados que atuam no setor. Finalmente, na intervenção por indução o Estado também atua como regulador, porém aqui buscando induzir o agente privado a uma opção econômica de interesse coletivo e social. Não se trata de um comando, mas um convite (uma sugestão), que, se aceito pelo destinatário lhe confere benefícios (direito premial).

A primeira forma é que interessa aos objetivos desse estudo. Isso porque as empresas estatais são os principais instrumentos do Estado na intervenção por absorção ou participação, já que são as formas por ele utilizadas para atuar diretamente na economia. A dificuldade reside em saber se a ECT, empresa pública, pode ser enquadrada nessa hipótese (o que afastaria a imunidade) ou se presta serviço público, o que será tratado no momento devido.

Na denominação genérica de empresas estatais ou governamentais incluem-se as empresas públicas e as sociedades de economia mista. Ambas são Pessoas Jurídicas de Direito Privado cujas criações são autorizadas por lei para, em regra, a execução de atividade econômica de natureza privada.

Em princípio, empresas públicas “são Pessoas Jurídicas de Direito Privado, instituídas pelo Poder Público mediante autorização de lei específica, com capital exclusivamente público” para a “realização de atividade econômica de relevante interesse coletivo, nos

⁴⁵ “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

⁴⁶ Modalidades expostas pelo Min. Eros Grau (com base na sua obra) na ADI 3512/ES, relatada pelo próprio, Tribunal Pleno, julgado em 15.02.2006, DJ 23.06.2006.

moldes da iniciativa particular, podendo revestir qualquer forma e organização empresarial”⁴⁷. Por atuarem como particulares não possuem “por natureza, qualquer privilégio administrativo, tributário ou processual, só auferindo aqueles que a lei autorizadora ou norma especial expressamente lhes conceder”⁴⁸.

A Constituição estabelece a sujeição das empresas estatais ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações tributárias, ao estabelecer, em seu art. 173, §2º, que “as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado”. Não poderia ser de outra forma, já que a Lei Maior buscou proteger a empresa privada, proporcionando condições para seu adequado desenvolvimento, tendo em vista sua atuação prioritária como agente econômico na modalidade direta e os princípios da livre iniciativa e livre concorrência acima mencionados.

Portanto, a princípio não haveria razão para a extensão da imunidade recíproca a empresas estatais, afastando-se benefícios que repercutiriam na fixação dos preços, maculando a livre concorrência e o equilíbrio do mercado. Por essas razões é que o STF, por exemplo, afastou a pretensão da Petrobrás ao gozo da imunidade, em decisão digna de nota por se tratar de estatal que, à época, exercia atividade econômica em regime de monopólio, *verbis*:

[...] Monopólio das atividades pertinentes à pesquisa e à lavra do petróleo. Não se trata de serviço público inerente à estrutura política da União Federal, e sim de monopólio legalizado para proteger o interesse geral envolvido nas referidas atividades.

2. O princípio da imunidade tributária recíproca não favorece a Petróleo Brasileira S.A. – Petrobrás, que é sociedade comercial de economia mista sem ser delegatária da União para executar serviço que a esta seja inerente como pessoa jurídica de direito público.⁴⁹

Com relação à forma monopolizada de exercício de atividade econômica pelo Estado, trata-se de situação excepcional, que a Constituição veda seja ampliada pelo legislador ordinário, ao contrário do que ocorria sob a égide da Constituição anterior, quando a lei podia instituir monopólios (e assim o fez com relação à ECT). A Carta de 1988 ainda prevê a intervenção por absorção, na qual se impede a exploração da atividade por particulares, porém somente nos casos prescritos no art. 177.

⁴⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit. p. 359.

⁴⁸ Ibid. p. 363.

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Primeira Turma. RE 75000/SP. Recorrente: Petróleo Brasileiro S/A - Petrobrás. Recorrido: Estado de São Paulo. Relator Ministro Antonio Neder. Brasília, 27.05.1980. DJU de 20.06.1980. Disponível em www.stf.gov.br. Acesso em 18 de maio de 2008.

Com o passar do tempo, no entanto, as empresas estatais assumiram feição diversa da imaginada pelo legislador que as conceituou em 1969⁵⁰, passando a exercer também serviços públicos, circunstância que atrai a incidência do regime público - compatível com a aplicação da imunidade tributária -, não obstante o art. 150, VI, §2º (imunidade recíproca – autarquias e fundações) afastar qualquer possibilidade de extensão da regra imunizante.

Com efeito, a questão do reconhecimento da imunidade tributária para as empresas governamentais prestadoras de serviços públicos exige a compreensão sistemática da Constituição, deixando-se de lado a interpretação isolada das normas constitucionais e a compreensão de cada artigo, capítulo ou título constitucional de forma estanque, separada do todo constitucional e alheia às demais normas de igual hierarquia.

Assim, para se identificarem, a partir de institutos jurídicos, as atividades desenvolvidas por empresas estatais como serviços públicos, é preciso suplantar os limites do Título VI (da Tributação e do Orçamento), e valer-se de todo o texto constitucional, principalmente das disposições referentes ao Direito Administrativo, presentes topograficamente no Título III (da Organização do Estado), e à atividade econômica, localizadas no Título VII (da Ordem Econômica e Financeira), para, só então, ser possível vislumbrar uma resposta fundada no todo constitucional. O sistema tributário, de fato, “não é monístico, mas sim pluralístico, na medida em que se funda, também, em princípios que caracterizam o Estado social”⁵¹.

1.3.2.2 *Noção contemporânea de serviço público*

A ligação da imunidade recíproca com as atividades típicas de Estado (serviços públicos) é tão estreita que permite seja discutida a possibilidade da extensão do benefício, em caráter excepcional, a Pessoas Jurídicas de Direito Privado como a ECT.

A tarefa, todavia, não pode ser consumada sem a elucidação do que é serviço público e de quais atividades podem ser definidas como tal. Só assim será possível identificar se as

⁵⁰ O art. 5º, II e III, do DL 200/67, com redação dada pelo DL 900/69, refere-se tão-somente à exploração de atividades econômicas ao conceituar empresas públicas e sociedades de economia mista.

⁵¹ ANDRADE, Rogério Emílio de. Considerações acerca do reconhecimento de imunidade tributária e da concessão de privilégios fiscais às empresas públicas prestadoras de serviços públicos. **Revista Virtual da AGU**, n. 15, outubro, 2001. Disponível em: <http://www.escola.agu.gov.br>. Acesso em 17 de abril de 2008.

atividades executadas pela ECT estão sob o manto da imunidade recíproca ou se devem ser vistas como tipicamente privadas.

Trata-se de questão intrincada. A dificuldade em eleger os elementos que identificam a matéria no tempo e no espaço se dá em razão de ser o conceito de serviço público elástico na medida em que se expande a presença do Estado nos domínios da vida social e que se modifica a sua missão administrativa.

Conforme a doutrina, “Serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado”⁵². Em outras palavras, “uma atividade econômica excluída por lei do mercado para que o Estado a discipline imperativamente e a execute por seus próprios meios ou por delegação”⁵³. Dessas conceituações extraem-se três elementos característicos: o subjetivo (o serviço é titularizado pelo Estado), o material (o serviço se destina à satisfação concreta de necessidades coletivas) e o formal (o serviço se submete a regime jurídico público).

A essencialidade de uma atividade pode ser adotada no sentido de distinguir os serviços próprios e os impróprios. Os primeiros são considerados essenciais e são prestados diretamente pelo Estado, porque a sua natureza requer o emprego do poder de império, sendo, portanto, incompatível com a delegação. Denominam-se serviços *uti universi*, dentre os quais podem ser citados a segurança pública, a iluminação pública e a defesa nacional.

Os serviços impróprios, por sua vez, não gozam da mesma essencialidade dos anteriores e podem ser prestados por terceiros, mediante delegação da prestação. Também são conhecidos por *uti singuli* por reportarem-se a prestações divisíveis e fruíveis individualmente, com remuneração proporcional à utilização.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁴, a noção de serviço público apresenta uma dualidade: de um lado se identifica o aspecto material e, do outro, o formal. De acordo com o autor, o primeiro é extrajurídico, isto é, não expresso em lei, traduzindo que as atividades são serviços públicos “em si mesmas”, independentemente da existência de reconhecimento legal.

⁵² MEIRELLES, Hely Lopes. Op cit. p. 323.

⁵³ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Mutações nos Serviços Públicos. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 1, fevereiro, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em 05 de maio de 2008.

⁵⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza e regime jurídico das autarquias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 169.

Em sua opinião, o aspecto material teria apenas a função de orientar o legislador na atividade de elevar serviços à categoria de públicos através de lei.

Ao jurista caberia apenas considerar o elemento formal, pois este é o que traduz um conceito jurídico, por propiciar a localização do serviço público por intermédio de um conjunto de regras: serviço público seria aquele ao qual o legislador atribuiu um regime especial (o administrativo). Para o autor, portanto, é o elemento formal quem dá a nota jurídica que caracteriza a noção de serviço público, pois o regime jurídico aplicado à sua prestação apresenta elementos inconfundíveis, *verbis*:

A estrita submissão ao princípio da legalidade, a utilização de técnicas autoritárias, expressivas da soberania, de que são manifestações a possibilidade de construir obrigações pó ato unilateral, a presunção de legitimidade dos atos praticados, a auto-executoriedade deles, bem como sua revogabilidade e unilateral declaração de nulidade, a continuidade necessária das atividades havidas como públicas, donde – no plano do serviço público – a impossibilidade de o concessionário invocar a *exceptio non adimpleti contractus* para eximir-se da regular continuidade de seu desempenho, a rigorosa obediência ao princípio da isonomia etc.⁵⁵

Eros Grau não adota o entendimento formalista supra descrito. Este, para ele, representa um equívoco por privilegiar a forma em relação ao conteúdo. A submissão a regime de serviço público decorreria do fato de a atividade ser serviço público, não o inverso. Argumenta que, se adotada a concepção formalista, o legislador poderia transformar atividades econômicas em sentido estrito em serviços públicos apenas sujeitando-as ao referido regime⁵⁶.

Assim, define serviço público como a “atividade indispensável à consecução da coesão social. Mais: o que determina a caracterização de determinada parcela da atividade econômica em sentido amplo como serviço público é a sua vinculação ao interesse social”⁵⁷. De acordo com essa concepção, o conceito é aberto, pois deve ser preenchido pelos dados da realidade fática, com significação atrelada à realidade social. Além disso, as hipóteses em que existe serviço público e, portanto, dever de prestação à sociedade, de modo direto ou indireto, são conformadas pela Constituição.

Ressalta-se, contudo, que os limites do aspecto material não devem ser muito ampliados, já que inúmeros fornecimentos de utilidades representam atividade econômica em sentido estrito. Como solução, sugere-se a concepção do aspecto material de serviço público

⁵⁵ Idem. **Curso de Direito Administrativo**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 426.

⁵⁶ GRAU, Eros Roberto, **A Ordem econômica na constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 129.

⁵⁷ Ibid. p. 136.

no sentido de que quanto maior a possibilidade de a atividade satisfazer uma necessidade correspondente à dignidade da pessoa humana, mais próxima estará de configurar um serviço público. No mesmo sentido, “Sempre que uma certa necessidade humana for qualificável como manifestação direta e imediata da dignidade inerente ao ser humano, sua satisfação tenderá a produzir um serviço público”⁵⁸.

Por reportar-se às atividades de satisfação de necessidades relacionadas à dignidade da pessoa humana e aos fins e objetivos fundamentais do Estado, o aspecto material é abrangente, elástico e, necessariamente, mutável, porém encontra limites no texto constitucional. É ele quem define a concepção política do Estado e seu papel. Odete Medauar aponta alguns objetivos que indicam se a atividade deve ser serviço público: evitar a especulação privada em certos setores; fornecer serviço aos menos favorecidos; preencher a atuação carente da iniciativa privada e propiciar o progresso técnico⁵⁹.

No Brasil, a tendência de arrefecimento do intervencionismo estatal inspirou a EC nº 19/98, que possibilitou a alienação do controle acionário de empresas estatais; a delegação de atividades à prestação particular; a admissão de reflexos do Direito Privado no regime de prestação de serviços públicos; e a introdução de mecanismos de concorrência entre os prestadores, os quais passam a se submeter à regulação e à defesa da concorrência⁶⁰, a exemplo do que vem ocorrendo com a energia elétrica e as telecomunicações.

Em suma, o que define um serviço como público no Brasil é a Constituição. Nela estão definidos os contornos que vedam o sucesso de teses neoliberais no sentido do completo afastamento do Estado de determinadas atividades, da mesma forma com que não servem de respaldo à defesa da impossibilidade de delegação de certos serviços à iniciativa privada.

Assim, ao tratar dos serviços prestados pela ECT, trabalharemos com a idéia de que no ordenamento jurídico brasileiro o constituinte definiu a atuação do Estado, enumerando as atividades em que ela deve ocorrer de forma direta ou indireta. Dessa forma, “A definição do que seja, ou não, serviço público pode, entre nós, em caráter determinante, formular-se somente na Constituição Federal e, quando não explícita, há de ter-se como suposta no texto daquela”⁶¹.

⁵⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviços públicos**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 30.

⁵⁹ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 369.

⁶⁰ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁶¹ GRAU, Eros Roberto. Op. cit. p. 125.

1.3.2.2.1 Empresas estatais prestadoras de serviços públicos

Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello, as empresas estatais não podem ser objeto de análise uniforme, já que entre tais entidades é necessário distinguir as que são prestadoras de serviço público das exploradoras de atividade econômica. Na visão do autor, isso ocorre porque também há estatais que prestam serviço público, desenvolvendo atividade “equivalente aos misteres típicos do Estado e dos quais este é o senhor exclusivo. Operam, portanto, numa seara estatal por excelência, afeiçoada aos seus cometimentos tradicionais e que demandará, bastas vezes, o recurso a meios publicísticos de ação”⁶².

Arremata aduzindo que, em relação às estatais prestadoras de serviços públicos:

o grau de funcionalidade da distinção entre pessoas de direito público e pessoa de direito privado – questão que se resume a uma discriminação de regimes – cai para seu nível mínimo. Embora sem apagar a distinção existente, reduz-se a teores modestos, dada a vigorosa concorrência de princípios e normas publicísticas inevitavelmente afluentes para a proteção da atividade desempenhada, controle da ação de seus agentes e defesa dos administrados. Assim, a personalidade de direito privado que lhes seja infundida, é matizada por vivos tons de direito público, a fim de ajustar-se a suas funções.⁶³

Como visto, em princípio o aparecimento das empresas estatais foi motivado pela necessidade da intervenção do Estado no domínio econômico, de forma supletiva, nos campos em que a iniciativa privada não comparecia ou o fazia de forma deficitária. Porém, este fim precípuo acabou sendo desvirtuado a partir da ingerência dessas empresas, de forma anômala, na prestação de serviços públicos, quando sua atuação não se dá em perseguição ao lucro e atende necessidades coletivas essenciais, portanto não pode ser interrompida, assim como a oposição de obstáculos como a tributação se revelaria ilegal.

Verificada a existência de dois tipos de empresas estatais, quando a Constituição, em seu art. 173, §1º, II, diz que a lei estabelecerá o estatuto jurídico daquelas que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou prestação de serviços,

⁶² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Sociedades Mistas, Empresas Públicas e o Regime de Direito Público. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 10, maio/junho/julho, 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em 16 de abril de 2008.

⁶³ *Ibid.*

dispondo sobre a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, refere-se tão-somente às exploradoras de atividade econômica. Esta conclusão decorre de serem os serviços públicos atividades próprias do Estado: a ele cabe preferencialmente a sua execução. Pode transferi-la a outra entidade, porém isso não altera a titularidade e a natureza pública do serviço. Ratificando o afastamento da norma do art. 173, §1º, II, quanto às empresas governamentais prestadoras de serviços públicos, o STF⁶⁴:

A norma do art. 173, § 1º, da Constituição aplica-se às entidades públicas que exercem atividade econômica em regime de concorrência, não tendo aplicação às sociedades de economia mista ou empresas públicas que, embora exercendo atividade econômica, gozam de exclusividade, não alcançando o dispositivo, sociedade de economia mista federal que explora serviço público, reservado à União, pois o preceito, que se completa com o do § 2º, visa a assegurar a livre concorrência, de modo que as entidades públicas que exercem ou venham a exercer atividade econômica não se beneficiem de tratamento privilegiado em relação a entidades privadas que se dediquem a atividade econômica na mesma área ou em área semelhante.

Por esta razão, é razoável pretender a extensão do regime da administração direta às estatais quando prestadoras de serviço público, o que abre caminho para a aplicação da imunidade recíproca:

Podemos dizer que, neste caso, as sociedades de economia mista e as empresas públicas, pelas atribuições delegadas de poder público que exercitam, são, tão-só quanto a forma, pessoas de direito privado. Quanto ao fundo são instrumentos do Estado, para a prestação de serviços públicos ou a prática de atos de polícia. Acabam fazendo as vezes das autarquias, embora, damo-nos pressa em proclamar – com elas não se confundam.

Nesse sentido, enquanto atuam como se pessoas políticas fossem, as empresas públicas e as sociedades de economia mista não podem ter embaraçada ou anulada sua ação pública por meio de impostos. Esta é a consequência de uma interpretação sistemática do art. 150, VI, 'a' da CF.

[...] **A nosso ver, o princípio da imunidade recíproca alcança as pessoas políticas (imunidade subjetiva) e os serviços e atos de polícia de que são titulares (imunidade objetiva)**⁶⁵. (grifamos)

De fato, sendo as estatais prestadoras de serviços públicos instrumentos do Estado para a consecução do interesse público, sustenta-se que a estas não cabe a extensão de normas de Direito Privado, o que desencadeia uma série de efeitos inerentes ao princípio da continuidade, cuja manifestação impede a interrupção da atividade através de institutos como, por exemplo, a impenhorabilidade de bens. Assim, a título de ilustração, confira-se:

⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Tribunal Pleno. RE 172816/RJ. Recorrente: Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Companhia Docas do Rio de Janeiro. Relator Ministro Paulo Brossard. Brasília, 09.02.1994. DJU de 13.05.1994. Disponível em www.stf.gov.br. Acesso em 19 de maio de 2008.

⁶⁵ CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 655.

É perfeitamente possível fazer incidir a penhora sobre o faturamento de empresas estatais, (empresas públicas e sociedade de economia mista), a depender da atividade exercida, ou seja, desde que exploradoras de atividade econômica, por submeterem-se ao regime jurídico das empresas privadas. A "contrariu sensu", tal penhora deixa de ser aplicável quando tratar-se de empresa estatal prestadora de serviço, em face da impenhorabilidade a que estão vinculados seus bens, como forma de não permitir a solução de continuidade do serviço público, cuja finalidade está determinada pela lei que a instituiu.⁶⁶

No que concerne a penhora de bens, no entanto, cabe tecer alguns comentários que poderão ser úteis quando da análise da aplicabilidade da imunidade recíproca à ECT. O entendimento é no sentido de que quando as estatais são prestadoras de serviço público os bens afetados ao serviço são considerados bens de uso especial, portanto, inalienáveis, imprescritíveis, insuscetíveis de usucapião e de direitos reais, isto é, sujeitos ao mesmo regime dos bens pertencentes às pessoas políticas. Ressalte-se, todavia, que o regime diferenciado incide somente aos bens diretamente afetados à realização de serviços públicos, como já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

A sociedade de economia mista tem personalidade jurídica de direito privado e está sujeita, quanto à cobrança de seus débitos, ao regime comum das sociedades em geral, nada importando o fato de que preste serviço público; **só não lhe podem ser penhorados bens que estejam diretamente comprometidos com a prestação do serviço público.**⁶⁷ (grifos nossos)

O que se busca dizer é que a ECT desempenha inúmeras atividades e pleiteia a imunidade com relação a todas elas. Ora, se a impenhorabilidade de bens se refere tão-somente àqueles afetados ao serviço público, parece seguro argumentar que a imunidade só pode beneficiar a empresa quando no exercício de atividades aptas a serem classificadas como serviços públicos.

Retornando ao art. 150, VI da CF, observa-se que seu parágrafo 3º afasta a imunidade quanto ao patrimônio, renda e 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". O primeiro passar de olhos revela, em função da conjunção "ou", que a norma trata de duas situações distintas, afastando

⁶⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – Segunda Turma. AG nº 200305000264249. Agravante: INSS – Instituto Nacional do Seguro Social. Agravado: Empresa de Urbanização do Recife. Relator Desembargador Federal Petrucio Ferreira. Recife, 03.10.2006. DJU de 27.11.2006. Disponível em <http://www.jf.jus.br/juris/>. Acesso em 16 de maio de 2008.

⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – Segunda Turma. REsp 176078/SP. Recorrente: Heleno e Fonseca Construtécnica S/A. Recorrido: Desenvolvimento Rodoviário S/A - DERSA. Relator Ministro Ari Pargendler. Brasília, 15.12.1998. DJU de 08.03.1999. Disponível em www.stj.gov.br. Acesso em 19 de maio de 2008.

o benefício quanto às estatais que exercem atividade econômica (1ª parte) e, ainda, quanto às prestadoras de serviços públicos que cobrem preços ou tarifas do usuário (2ª parte).

A mencionada interpretação, no entanto, parece carecer de razão por possibilitar a tributação de autarquias e fundações que, apesar de cobrar preços e tarifas, prestam serviços públicos sem qualquer intenção de lucro, como bem assinalado por Sacha Calmon, *verbis*:

Tem-se a dizer aqui que a Constituição não exclui expressamente as empresas públicas sem fins lucrativos, delegatárias de serviços públicos do âmbito da imunidade intergovernamental recíproca, porquanto a menção isolada a preços e tarifas, como fatores excludentes, levaria ao absurdo de se tributar as autarquias e fundações que as cobram (FGV, FIOCRUZ, OAB, CREA) e empresas públicas que explorem, por delegação, serviço público em regime de monopólio ou semimonopólio, sem finalidade de apropriação do lucro [...], cujos resultados são direcionados estatutária e legalmente a dois fins exclusivos: a melhoria do serviço público e aos cofres públicos.⁶⁸

Em outros termos, a opção do constituinte por excluir do âmbito de aplicação da imunidade os entes que recebem pelo serviço prestado só se pode relacionar, em vista do que por ele próprio delineado, àqueles que exigem contraprestação do usuário com a finalidade de efetivamente auferir lucro, como os concessionários. Outro é o tratamento dado aos prestadores, como as estatais, que fixam os preços visando custear, quando muito, a operacionalidade do serviço.

Por isso é que se entende irrelevante a circunstância de a delegatária de serviço público cobrar preço ou tarifa do usuário. Conforme Carrazza, nesse caso mesmo cobrando contraprestação a empresa estatal não fixa livremente seu valor, sendo este “regulado por lei ou por ato do Poder Executivo. Com isso, a contraprestação nunca é a adequada, já que não há equivalência e equilíbrio entre o custo da atuação estatal e o valor, em razão dela, desembolsado pelo usuário”⁶⁹. É da natureza da empresa privada delimitar todos os aspectos de sua atividade, de modo a garantir a reciprocidade, equivalência e o equilíbrio dos seus contratos. O essencial é verificar se existe uma atividade vinculada ou se há atividade em cujo exercício predomine a autonomia da vontade, sendo que somente nesse caso se poderia falar em atividade econômica, livre concorrência e afastamento da imunidade⁷⁰.

De fato, quando estendeu o benefício às autarquias e fundações, o constituinte o afastou apenas quanto ao exercício de atividades não decorrentes de suas finalidades essenciais, nada ressaltando com relação à exigência de preço ou tarifa dos usuários. Na

⁶⁸ COELHO, Sacha Calmon Navarro. Op. cit. 6 ed. p. 291.

⁶⁹ CARRAZZA, Roque Antonio. **A imunidade tributária das empresas estatais delegatárias de serviços públicos**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 29.

⁷⁰ ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 219.

verdade, não seria compatível com os fundamentos da imunidade recíproca afastá-la em caso de cobrança de valores necessários ao custeio e aprimoramento dos serviços prestados pelos entes federativos, mesmo se através de Pessoas Jurídicas autônomas. Isso inibiria, indiretamente, a realização dos objetivos das pessoas políticas, pondo-as diante de inusitada escolha: sofrer a tributação ou não cobrar preços e tarifas dos usuários. De qualquer forma seu patrimônio seria atingido, derrubando a *ratio* da imunidade recíproca.

Na mesma linha, o STF já decidiu que o §3º “tem como destinatário entidade estatal que explore atividade econômica regida pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário”, defendendo a incidência isolada do §2º em se tratando de estatal prestadora de serviço público⁷¹.

Finda a análise da imunidade recíproca nos pontos que interessam ao estudo, apontam-se as seguintes conclusões parciais: (i) a imunidade recíproca funda-se no princípio federativo, o que deve nortear a interpretação dos seus limites; (ii) abrange os impostos que incidem sobre o patrimônio, renda ou serviços dos entes federativos; (iii) abrange os entes federativos e seus órgãos, além das autarquias e fundações quando no exercício de suas atividades essenciais ou as delas decorrentes; (iv) excepcionalmente, admite-se a extensão do benefício às empresas estatais prestadoras de serviços públicos, não obstante serem Pessoas Jurídicas de Direito Privado; e (vii) a definição de quais atividades podem ser classificadas como serviços públicos deve ser buscada na Constituição, considerando-se o modelo capitalista por ela efetivado e a tendência de diminuição da intervenção direta do Estado no domínio econômico.

Passa-se à identificação dos serviços prestados pela ECT e à análise do tratamento dispensado pela Constituição aos serviços postais, de forma a possibilitar a aferição da aplicabilidade do benefício à empresa.

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Segunda Turma. RE nº 407099/RS. Recorrente: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Recorrido: Município de São Borja. Relator Ministro Carlos Velloso. Brasília, 22.06.2004. DJU de 06.08.2004. Disponível em www.stf.gov.br. Acesso em 19 de maio de 2008.

2 A EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS

A ECT foi criada pelo Decreto-Lei (DL) n° 509/69 como empresa pública federal com o fim de “executar e controlar, em regime de monopólio, os serviços postais em todo território nacional” (art. 2º, I), conforme a autorização concedida ao Poder Executivo pelo art. 167 do Decreto-Lei n° 200/67⁷².

Por ora, destaque-se que o dispositivo se refere tão-somente a “serviços postais”, da mesma forma que o art. 21, X, da CF. Dentre os motivos que provocaram a criação da empresa, em substituição ao antigo Departamento de Correios e Telégrafos, destacamos os seguintes:

O setor postal brasileiro passou por sua última grande transformação no ano de 1969, quando o então Departamento de Correios e Telégrafos – DCT, foi sucedido pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. As principais razões que levaram a tal feito foram a baixa qualidade dos serviços prestados pelo DCT e o seu modelo de gestão de baixa eficiência.

Nessa ocasião os serviços postais eram de má qualidade, pois não havia o cumprimento dos prazos de entrega estabelecidos. Os usuários dos serviços não tinham garantias sequer da entrega das cartas e encomendas ao destinatário final, quanto mais da entrega em prazos razoáveis.

A gestão do DCT, Departamento do Ministério das Comunicações, era realizada sob diversas restrições administrativas e fortes injunções políticas. Por essas razões, não era possível um gerenciamento eficiente e eficaz dos recursos sob sua responsabilidade. O serviço postal era altamente deficitário e somente sobrevivia graças a subvenções oriundas do Tesouro Nacional.⁷³

De fato, as mudanças econômicas, políticas e sociais que se verificaram ao longo da década de 60 no Brasil e no Mundo demandaram melhoria nos meios de comunicação. Os serviços públicos no Brasil eram caracterizados por um sistema burocrático ineficiente e um modelo de gestão superado e inadequado à realidade do país, que clamava por melhor flexibilidade operacional e, como consequência, pela modernização das instituições públicas. Por essa razão, criou-se, em 1967, o Ministério das Comunicações e, em 1969, a ECT, optando-se pela forma de empresa pública para que o governo pudesse ditar seus rumos de forma independente, o que não ocorreria em se tratando de sociedade de economia mista⁷⁴.

⁷² “Art. 167. Fica o Poder Executivo autorizado a transformar o Departamento dos Correios e Telégrafos em entidade de Administração Indireta, vinculada ao Ministério das Comunicações”.

⁷³ Exposição de motivos do Projeto de Lei n° 1.491/99, da lavra do então Ministro de Estado das Comunicações, Pimenta da Veiga. p. 4. Disponível em: <http://www.mc.gov.br/sites/600/695/00001311.pdf>. Acesso em 24 de abril de 2008.

Nessa seqüência de inovações comerciais e industriais no setor, foi criado, em 1970, o Serviço Especial de Entrega de Documentos e o Serviço de Correspondência Agrupada, com o intuito, respectivamente, de se efetuar a entrega de documentos e malotes com segurança e regularidade. Nos anos seguintes, criou-se o processo de mecanização da triagem de correspondência, com a montagem do Centro de Triagem Mecanizado de São Paulo e do Centro de Triagem Marítimo de Santos, destinado ao tratamento das encomendas postais internacionais. Foram criadas, ademais, as Agências Postais Móveis e o serviço de distribuição domiciliar de correspondência foi ampliado, com a padronização dos envelopes⁷⁵.

A década de 80 foi marcada pela consolidação do papel da ECT como agente da ação social do governo, consubstanciada no pagamento de pensões e aposentadorias, distribuição de livros escolares, campanhas de aleitamento materno, treinamento de jovens carentes, dentre outras ações da mesma espécie, mas sempre preservando o caráter empresarial, já que novos serviços continuaram sendo criados, como o SEDEX, com coleta e entrega domiciliar com prazo máximo de entrega de 24 horas⁷⁶.

No início dos anos 90, a ECT passou a explorar suas atividades também com o intermédio de empresas privadas, através do regime de franquias ou permissões. Pelo primeiro, transferiu a particulares, mediante contratos firmados sem licitação prévia, apenas o trabalho de atendimento a usuários e recebimento de objetos postais. A falta de realização de procedimento licitatório, porém, foi reprovada pelo Tribunal de Contas da União (TCU), que determinou a regularização dos contratos já existentes e a observância das regras licitatórias para as novas franquias, provocando a desistência da iniciativa pela ECT⁷⁷.

A essa altura, no entanto, já existiam 1.466 franquias, representando 23% do total de agências da ECT e respondendo pelo faturamento de R\$ 3,5 bilhões anuais, que correspondem a 38% do faturamento total da estatal⁷⁸. A fim de evitar prejuízos aos antigos franqueados e manter a continuidade dos serviços, a Lei n° 9.648/98 introduziu a seguinte regra:

Os atuais contratos de exploração de serviços postais celebrados pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT com as Agências de Correio Franqueadas - ACF, permanecerão válidos pelo prazo necessário à realização dos levantamentos e avaliações indispensáveis à organização das

⁷⁴ CARNEIRO, MARIA NEUENSCHWANDER ESCOSTEGUY. **Exame da Possibilidade Jurídica de Modificação do “Monopólio” Postal**. 2004. 205 f. Dissertação (Mestrado em Direito da Regulação) - Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2004. p. 37.

⁷⁵ Ibid. p. 39.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. **O Serviço Postal no Direito Brasileiro**. Curitiba: J.M. Editora, 2006. p. 87.

⁷⁸ Conforme notícia veiculada no *site* <http://www.gabeira.com.br/noticias/noticia.asp?id=5258>. Acesso em 07.05.2008.

licitações que precederão à delegação das concessões ou permissões que os substituirão, prazo esse que não poderá ser inferior a de 31 de dezembro de 2001 e não poderá exceder a data limite de 31 de dezembro de 2002.

Em seguida, a Lei nº 10.577/02 prorrogou por mais cinco anos o prazo que se expiraria em dezembro de 2002. Em 2007, às vésperas do transcurso total do novo prazo e temendo a ameaça de “apagão postal” (extinção dos contratos assinados para permitir o funcionamento das agências franqueadas), o Governo elaborou a Medida Provisória nº 403/07, posteriormente convertida na Lei nº 11.668/08⁷⁹. Trata-se de clara afronta à autoridade da decisão do Tribunal de Contas, pois há previsão da possibilidade de futuros contratos de franquia e garantia da validade dos já firmados. As antigas franquias, portanto, ainda existem, mas novo pronunciamento do TCU é aguardado.

A permissão de serviço, por sua vez, passou a ser praticada pela ECT após a Lei nº 9.648/98 submeter o serviço postal ao regime de serviço público. Essa forma é antecedida de licitação, na modalidade concorrência, e tem por objeto “a cessão do direito de uso de marcas e patentes da ECT e a comercialização dos seus produtos e serviços”. O permissionário é “pessoa jurídica e atua, sem exclusividade, como operador de unidades de atendimento ao usuário denominadas Agências de Correios Comercial”⁸⁰.

As agências de correios da ECT estão presentes em todos os municípios atualmente existentes no Brasil. A empresa distribui um volume diário de 30 milhões de objetos e correspondências (em 2003 o total da carga postal foi de 8,3 bilhões) em cerca de 45 milhões de domicílios e estabelecimentos comerciais, utilizando-se de 103 mil empregados, 12 mil agências (além de 14 mil postos de venda de produtos e 26.766 caixas de coleta), 4.335 vans, 10.455 motos, 25.670 bicicletas e 24 linhas aéreas com aeronaves fretadas para a entrega de remessas urgentes⁸¹.

2.1 Os serviços prestados pela ECT

⁷⁹ “Art. 7º Até que entrem em vigor os contratos de franquia postal celebrados de acordo com o estabelecido nesta Lei, continuarão com eficácia aqueles firmados com as Agências de Correios Franqueadas que estiverem em vigor em 27 de novembro de 2007.

Parágrafo único. A ECT terá o prazo máximo de 24 (vinte e quatro) meses, a contar da data da publicação da regulamentação desta Lei, editada pelo Poder Executivo, para concluir todas as contratações mencionadas neste artigo”.

⁸⁰ CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. Op. cit. p. 88.

⁸¹ Ibid.

Conforme exposto no item anterior, a ECT foi criada em 1969 para executar os serviços postais em todo o território nacional. Detalhando a menção genérica a serviço postal prevista no DL n° 509/69, a Lei n° 6.538/78 o definiu como “o recebimento, expedição, transporte e entrega de objetos de correspondência, valores e encomendas” (art. 7°).

Segundo a referida Lei (art. 7°, §§1° a 3°), objetos de correspondência são: (i) carta; (ii) cartão-postal; (iii) impresso; (iv) cecograma (papel especial criado para escrita em braile⁸²); e (v) pequena encomenda. Já o serviço postal relativo a valores abrange: (i) remessa de dinheiro através de carta com valor declarado; (ii) remessa de ordem de pagamento por meio de vale-postal; e (iii) recebimento de tributos, prestações, contribuições e obrigações pagáveis à vista, por via postal. Finalmente, constitui serviço postal relativo a encomendas “a remessa e entrega de objetos, com ou sem valor mercantil, por via postal”.

Previu-se também como objeto da ECT a exploração de atividades correlatas como, entre outras, a venda de selos e papéis para correspondência, venda de publicações divulgando tarifas e listas de código de endereçamento e exploração de publicidade comercial em objetos de correspondência (art. 8° da Lei n° 6.538/78).

Dados coletados no *site* da ECT, no entanto, detalham, além dos serviços postais e correlatos, outros oferecidos pela empresa ao público em geral, dentre os quais destacamos⁸³:

- a) Banco Postal - prestação de serviços financeiros, objetivando levar serviços bancários básicos à população e prover inclusão social aos desprovidos de atendimento bancário;
- b) CorreiosNet – hospedagem de loja virtual e realização segura de transações comerciais de compra e venda e produtos e serviços na *internet*; e fornecimento de endereço eletrônico (*e-mail*) gratuito e permanente aos cidadãos brasileiros;
- c) Dinheiro Certo - serviço de transferências financeiras internacionais, para o pagamento ou recebimento de valores do exterior. Apresenta-se ainda como alternativa para o pagamento de exportações feitas por médias e pequenas empresas brasileiras;
- d) Importa Fácil – oferecimento de facilidades para cientistas, empresas e pessoas físicas que desejam importar produtos. A ECT faz o desembaraço por meio eletrônico e entrega a encomenda importada no local indicado;

⁸² Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa 1.0.

⁸³ Dados disponíveis em <http://www.correios.com.br>. Acesso em 09 de maio de 2008.

- e) Logística Integrada – gerenciamento de atividades de clientes corporativos: recebimento, armazenagem, expedição, transporte, distribuição e logística reversa, visando beneficiar o processo logístico e de marketing das empresas clientes para minimizar custos e agregar valor a seus fluxos de mercadorias, financeiros e de informações; e
- f) Produtos de Conveniência – venda de produtos não relacionados apenas à filatelia (selos), mas também embalagens, agendas, cadernos, camisetas e *pins*.

Isso posto, ressalte-se que a Lei nº 6.538/78 instituiu monopólio da União com relação às atividades de recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de carta, cartão postal e correspondência agrupada, além de fabricação, emissão de selos e de outras fórmulas de franqueamento postal⁸⁴.

Em seguida, a Constituição de 1988 estabeleceu, em seu art. 21, X, que compete à União manter o serviço postal, sem apresentar uma definição do mesmo, que continua a ser a da Lei nº 6.538/78.

Não se iniciará agora análise da natureza jurídica do serviço postal. O que se deixa consignado é que, dependendo da posição adotada, o serviço postal é classificado como público, isto é, de titularidade do Governo. Se prestado por ente da Administração Pública, atrai a imunidade recíproca. No entanto, nem a mais elástica definição do que é serviço postal abrange atividades como as descritas anteriormente.

Atento a tais circunstâncias, o STF, em que pese uma série de decisões superficiais, começa a sinalizar uma maior reflexão sobre o tema. No julgamento de pleito da ECT contra o Estado do Rio de Janeiro versando sobre o IPVA, o Ministro Joaquim Barbosa se manifestou da seguinte forma:

A circunstância de a agravante executar serviços que, **inequivocamente, não são públicos nem, tampouco, se inserem na categoria “serviços postais”**, como a atividade bancária conhecida como “Banco Postal”, demandará certa ponderação quanto à espécie de patrimônio, renda e serviços protegidos pela imunidade recíproca.⁸⁵ (grifamos)

⁸⁴ Incisos I, II e III do art. 9º da Lei nº 6.538/78. Ressaltamos, desde já, que com o entendimento majoritário de que o serviço postal é serviço público por imposição da CF, o monopólio instituído pela referida lei é, hoje, ilógico, uma vez que para a ECT atuar com exclusividade basta ao Poder Público não delegar o serviço postal através de licitação. O monopólio teria relevância caso a CF não previsse o serviço postal como público, isto é, se prevalecesse o entendimento de que se trata de atividade econômica em sentido estrito. Caso isso ocorresse, no entanto, a imunidade recíproca não teria aplicação, da mesma forma que ocorria com a Petrobrás quando lhe era garantido o monopólio. Trataremos mais detidamente do tema a seguir.

⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Tribunal Pleno. ACO-AgR nº 765. Agravante: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Agravado: Estado do Rio de Janeiro. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília,

A questão também mereceu destaque do Ministro Ricardo Lewandowski:

(...) essa questão me preocupa um pouco, porque a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, hoje, compete, no que toca à prestação de alguns serviços, com a iniciativa privada. E vejo – com bem salientou o eminente Ministro Joaquim Barbosa – que ela exerce uma série de serviços que não são estritamente públicos, como: “banco postal”, “dinheiro fácil”, que são remessas internacionais de numerário; “importa fácil”, que são serviços de desembaraço aduaneiro etc.⁸⁶

O primeiro capítulo foi dedicado ao detalhamento da imunidade recíproca, seus fundamentos e abrangência. Anotou-se, em primeiro lugar, que seu objetivo é assegurar que as atividades públicas que sirvam de meio de ação dos entes federados no exercício de suas obrigações constitucionais não tenham a eficiência comprometida em decorrência da tributação. Após, vimos que o legislador constituinte é quem define quais são os serviços públicos e que estes, se executados por entes da Administração Indireta, mesmo se de Direito Privado, atraem a incidência da imunidade.

Já nesse ponto, portanto, podemos afastar do manto da imunidade recíproca as atividades expostas nas alíneas “a” a “f” supra, excetuando-se a fabricação de selos. Isso porque não guardam relação com o serviço postal, logo não são serviços públicos de acordo com a CF e a concessão da imunidade representaria vantagem indevida à ECT em detrimento da concorrência. Desta forma, entendemos que a referida estatal deve, ao pleitear a imunidade em juízo, comprovar que a renda, patrimônio ou serviço que quer ver livre da exação não estão vinculados a atividades de índole privada.

Ultrapassadas as atividades estranhas ao conceito de serviço postal desempenhadas pela ECT, passamos ao detalhamento do que pode ser enquadrado como serviço postal para, em seguida, expor a natureza do mesmo de acordo com a Constituição em vigor.

2.1.1 O serviço postal

Em seu art. 21, X, a Constituição Federal atribui à União a competência para manter o serviço postal, porém, como dito, não o define. Persiste, portanto, a definição encartada na Lei

05.10.2006. DJU de 15.12.2006. Disponível em www.stf.gov.br. Acesso em 26 de maio de 2008.

⁸⁶ Ibid.

nº 6.538/78, cujo art. 7º afirma constituir serviço postal o recebimento, expedição, transporte e entrega de objetos de correspondência, valores e encomendas.

Quanto à superficialidade que costuma rondar o tema em sede legal e doutrinária, assim se expressa Ubirajara Custódio Filho⁸⁷:

Tal questão é bem pouco, quase nada, abordada em estudos doutrinários. Fica a impressão, ao menos para este autor, que a locução “serviço postal” apresenta-se aos estudiosos e aplicadores do direito com significado tão óbvio e evidente que dispensa maior preocupação e reflexão sobre seu conteúdo semântico.

[...]

A falta de regulamento vigente para a Lei nº 6.538/78 é bastante prejudicial à segurança jurídica nesse setor pois torna incompleta a definição do referido art. 7º, cujo *caput* apenas indica os contornos gerais do serviço postal, é intencionalmente impreciso e dependente de maior especificação em nível regulamentar.

Na prática, a falta de uma definição precisa em sede legal acaba por representar sério obstáculo à participação da iniciativa privada no setor, “na medida em que obriga os operadores do Direito a considerarem serviço postal toda atividade de recebimento, expedição, transporte e entrega de objetos de correspondência, valores e encomendas”. Realmente, nota-se que diversos acórdãos e renomados doutrinadores se contentam com a genérica e imprecisa definição legal para considerar qualquer atividade exercida pela ECT como serviço público, imune e defesa à exploração por particulares.

Trabalhando com a Lei nº 6.538/78, é possível extrair três elementos que concorrem para a definição de serviço postal: (i) as atividades materiais nele envolvidas; (ii) as coisas passíveis de troca; e (iii) as especificidades das coisas⁸⁸.

De acordo com o diploma em vigor, o serviço postal envolve quatro principais atividades: recebimento, expedição, transporte e entrega.

Em linhas gerais, esta é a descrição do que hoje se conhece por “serviço postal”: o operador postal RECEBE de alguém um bem (objeto postal), EXPEDE-O (isto é, encaminha-o para o meio de transporte), TRANSPORTA-O e conclui seu trabalho no momento da ENTREGA do bem ao destinatário.

[...]

quando tais atividades (ou serviços) passam a ser coordenadas à satisfação de um fim único – a entrega, ao sujeito B, do objeto X que lhe foi remetido pelo sujeito A -, está-se diante do serviço postal.

Dito de maneira diversa, o serviço postal é colocado à disposição dos consumidores por um único fornecedor e na forma de serviço igualmente único, embora seja possível identificar quatro “serviços” ou “atividades”

⁸⁷ CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. Op. cit. p. 95-96.

⁸⁸ Ibid. p. 100.

fisicamente distintas no conjunto de sua execução e seja igualmente permitido, por lei, ao Estado, como operador postal, sub-contratar com terceiros algumas das atividades parciais do serviço postal (Lei nº 6.538/78, art. 2º, §3º).⁸⁹

Com relação ao segundo elemento, as coisas passíveis de troca por meio do serviço postal são os objetos de correspondência, os valores e as encomendas.

OBJETOS de CORRESPONDÊNCIA são a carta, o cartão-postal⁹⁰, o impresso⁹¹, o cecograma⁹² e a pequena encomenda⁹³ (Lei nº 6.538/78, art. 7º, §1º).

VALORES compreendem dinheiro em espécie, ordens de pagamento, tributos e prestações pecuniárias em geral, desde que pagáveis à vista por via postal (Lei nº 6.538/78, art. 7º, §2º).

ENCOMENDAS são quaisquer objetos excluídos do rol dos objetos de correspondência (Lei nº 6.538/78, art. 7º, §3º), em trânsito pela via postal.⁹⁴

Antes de passar ao terceiro elemento (as especificidades das coisas), abra-se um parêntese quanto à “carta”. O art. 47 da Lei nº 6.538/78 a define como o objeto de correspondência, com ou sem envoltório, sob a forma de comunicação escrita, de natureza administrativa, social, comercial, ou qualquer outra, que contenha informação de interesse específico do destinatário.

Existe controvérsia quanto a se o conceito de carta e, conseqüentemente, o monopólio, abrangem títulos de crédito em geral, cheques, extratos de contas bancárias, contas de água, luz e telefone, notificações de tributo e avisos de cobrança⁹⁵. De um lado, empresas privadas que desejam explorar comercialmente a entrega desses documentos e até mesmo prefeituras e concessionárias que desejam contratar com particulares a entrega de carnês do IPTU e contas de água e luz, por exemplo. De outro, a ECT, desejando ampliar ao máximo a abrangência do monopólio.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), com base em interpretação literal do art. 47 da Lei nº 6.538/78, manifestou o seguinte entendimento:

ADMINISTRATIVO. ATUAÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. MONOPÓLIO POSTAL. LEI 6.538/78. DOCUMENTOS

⁸⁹ Ibid. p. 101-102.

⁹⁰ “objeto de correspondência, de material consistente, sem envoltório, contendo mensagem e endereço” (Lei nº 6.538/78, art. 47).

⁹¹ “reprodução obtida sobre material de uso corrente na imprensa, editado em vários exemplares idênticos” (Lei nº 6.538/78, art. 47).

⁹² “objeto de correspondência impresso em relevo, para uso dos cegos. Considera-se também cecograma o material impresso para uso dos cegos” (Lei nº 6.538/78, art. 47).

⁹³ “objeto de correspondência, com ou sem valor mercantil, com peso limitado, remetido sem fins comerciais” (Lei nº 6.538/78, art. 47).

⁹⁴ CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. Op. cit. p. 103.

⁹⁵ Ibid. p. 104.

BANCÁRIOS E TÍTULOS DE CRÉDITO. INCLUSÃO NO CONCEITO DE CARTA.

1. Este Superior Tribunal de Justiça firmou a orientação de que os documentos bancários e os títulos de crédito incluem-se no conceito de carta, estando a sua distribuição, portanto, inserida no monopólio postal da União. Precedentes.⁹⁶

Corroborando a tese, Ubirajara Filho se baseia também na exposição de motivos da Lei nº 6.538/78 para concluir que “enquanto não se alterar a legislação, difícil contestar aquela posição pretoriana majoritária, nos termos da qual são ‘carta’ os títulos de crédito em geral, os documentos bancários, as notificações de tributos”⁹⁷ etc.

O entendimento, no entanto, não é pacífico. Confira-se o seguinte trecho de julgado do Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

Cia. Espírito Santense de Saneamento – CESAN, que exerce atividade de prestação e abastecimento de água, contrata serviço terceirizado para entrega de contas de consumo de água. Ocorrência. Inaplicabilidade, *in casu*, do Decreto nº 83.858/79 que regulamentou o serviço postal. Contas de consumo de água. Matéria que não se inclui no monopólio postal por não se tratar de correspondência.⁹⁸

No mesmo sentido, porém sem levar em consideração o art. 47 da Lei nº 6.538/78, Geraldo Ataliba vincula o conceito de serviço postal à idéia de carta missiva, de mensagens trocadas entre as pessoas sem cunho comercial, deixando fora desse conceito, por exemplo, os títulos de créditos e correspondências contendo cobranças de serviços prestados:

Com efeito, a Constituição, ao valer-se dos termos “postal” e “correio”, já determinou, circunscreveu e delimitou, pelo próprio significado de tais vocábulos, o âmbito dos serviços atribuídos à competência exclusiva da União. [...] É, assim, indiscutível que o serviço de competência exclusiva da União, tal como claramente posto na Constituição, têm âmbito delimitado e circunscrito às cartas missivas, às mensagens, comunicação escrita ou correspondência, por meio de carta. [...] Portanto, é irretrucável que não estão submetidas ao regime de monopólio estatal, dentre inúmeras outras, as atividades de recebimento, transporte e entrega de impressos, periódicos, livros, prospectos técnicos, amostras comerciais, conhecimentos de carga, títulos de crédito, efeitos comerciais em geral, cheques, valores, dinheiro, cartas geográficas, cartas patentes, cartas de crédito, cartas de baralho, cartas de piloto, cartas de motorista, enfim, quaisquer objetos que não constituam carta missiva, cartão postal ou telegrama.⁹⁹

⁹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – Primeira Turma. REsp nº 833202. Recorrente: União. Recorrido: Epatil Empresa de Promoções para Aceite de Títulos Ltda. Relatora Ministra Denise Arruda. Brasília, 12.09.2006. DJU de 05.10.2006. Disponível em www.stj.gov.br. Acesso em 27 de maio de 2008.

⁹⁷ CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. Op. cit. p. 111.

⁹⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – Quinta Turma. AMS nº 7804. Apelante: Cia. Espírito Santense De Saneamento - CESAN. Apelada: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT. Relator Desembargador Federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro, 08.05.2002. DJU de 14.02.2003. Disponível em www.trf2.gov.br. Acesso em 27 de maio de 2008.

O posicionamento de Ataliba, ao desprezar, a nosso ver com razão (vide nota 84), a Lei nº 6.538/78, caso fosse adotado pelos Tribunais Superiores, refletiria na aplicação da imunidade recíproca à ECT, uma vez que determinadas formas de correspondência estariam fora da definição constitucional de serviço postal. Deste modo, a exploração de serviços de distribuição de cartas comerciais, por exemplo, seria classificada como atividade econômica em sentido estrito (não compatível com o privilégio).

No entanto, o STJ, responsável por interpretar a legislação federal, segue adotando a definição de serviço postal contida na Lei nº 6.538/78, cujo art. 47 é claro ao incluir na definição de “carta” as comunicações “de natureza administrativa, social, comercial, ou qualquer outra”. Por essa razão, as cartas comerciais seguem abrangidas pela definição de serviço postal e sua exploração pela ECT, portanto, segue imune à incidência de impostos independentemente do monopólio instituído pela referida lei.

Finda a digressão, retorna-se aos elementos da definição de serviço postal. Quanto às especificidades das coisas, a Lei nº 6.538/78, apesar de reconhecer, em seu art. 4º, o direito de todos de haver a prestação do serviço postal, faz ressalvas com relação a alguns objetos que não obrigam a ECT a proceder ao seu respectivo recebimento, expedição, transporte e entrega. Além da necessária adequação do objeto de correspondência às condições de formato, limites de peso, valor, dimensões, acondicionamento e outras estabelecidas pelo operador postal, há matérias e coisas cuja postagem é vedada pela lei em seu art. 13¹⁰⁰.

Detalhado o que se entende por serviço postal no Brasil, ratificamos o exposto no item anterior, a respeito de certas atividades executadas pela ECT que não se enquadram na definição. Como a Constituição só permite a conclusão, dependendo da corrente adotada, de que o serviço postal é serviço público, as demais atividades realizadas pela referida empresa

⁹⁹ ATALIBA, Geraldo. Malotes internacionais – serviço público de correios – monopólio postal – liberdade de movimentação de documentos. **Revista de Direito Público**, São Paulo, janeiro-março/1986. p. 85-86.

¹⁰⁰ “Art. 13º - Não é aceito nem entregue:

I - objeto com peso, dimensões, volume, formato, endereçamento, franqueamento ou acondicionamento em desacordo com as normas regulamentares ou com as previstas em convenções e acordos internacionais aprovados pelo Brasil;

II - substância explosiva, deteriorável, fétida, corrosiva ou facilmente inflamável, cujo transporte constitua perigo ou possa danificar outro objeto;

III - cocaína, ópio, morfina, demais estupefacientes e outras substâncias de uso proibido;

IV - objeto com endereço, dizeres ou desenho injuriosos, Ameaçadores, ofensivos a moral ou ainda contrários a ordem pública ou aos interesses do País;

V - animal vivo, exceto os admitidos em convenção internacional ratificada pelo Brasil;

VI - planta viva;

VII - animal morto;

VIII - objeto cujas indicações de endereçamento não permitam assegurar a correta entrega ao destinatário;

IX - objeto cuja circulação no País, exportação ou importação, estejam proibidos por ato de autoridade competente”.

podem ser livremente exploradas pela iniciativa privada, o que por si só afasta a aplicação da imunidade recíproca com relação a elas. Análise mais profunda, aliás, poderia classificar como indevida essa atuação da ECT, posto que a intervenção do Estado em atividade econômica de sentido estrito, como vimos, só pode ocorrer se envolver relevante interesse coletivo ou a segurança nacional. No item seguinte, a Constituição Federal será posta em questão para que possamos concluir a respeito da natureza jurídica do serviço postal.

2.1.1.1 *Natureza Jurídica do serviço postal*

Ponto sensível ao alcance de uma conclusão diz respeito à natureza jurídica dos serviços postais. Isso porque a adoção, por exemplo, do entendimento de que se trata de atividade econômica em sentido estrito retiraria qualquer possibilidade de incidência da imunidade recíproca. Por outro lado, caso prevaleça a natureza de serviço público, abre-se caminho para a aplicação do benefício. Deixe-se desde logo registrado o teor do art. 21, X, da CF, destacando-se que o verbo “manter” é o ponto de partida da controvérsia:

Art. 21. Compete à União:

[...]

X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional; [...]

Nota-se que o constituinte silenciou a respeito da forma com que a União há de manter o serviço postal, o que provocou o surgimento de quatro formas de interpretação na doutrina: (i) “manter” como imposição de prestação direta e exclusiva pela União: o serviço postal como um serviço público indelegável à iniciativa privada¹⁰¹; (ii) “manter” como indicação de que se trata de serviço público, porém delegável¹⁰²; (iii) “manter”, não acompanhado de referência aos institutos da concessão, permissão ou autorização, revela ser o serviço postal uma atividade econômica em sentido estrito¹⁰³; e (iv) a Constituição não definiu a natureza jurídica do serviço postal, delegando a tarefa ao legislador ordinário¹⁰⁴.

¹⁰¹ MARTINS, Ives Gandra. Imunidade Tributária dos Correios e Telégrafos. **Revista Jurídica**, São Paulo, v. 49, n. 288, p. 32-39, out. 2001.

¹⁰² MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Reestruturação do Setor Postal Brasileiro. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v. 19, p. 149-169, abril/maio 1997.

¹⁰³ BARROSO, Luís Roberto. Regime Constitucional do Serviço Postal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 90, n. 786, p. 131-159, abr. 2001.

¹⁰⁴ CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. **O Serviço Postal no Direito Brasileiro**. Curitiba: J.M. Editora, 2006.

Discutir-se-á, ainda, a validade do monopólio instituído em sede infraconstitucional (Lei nº 6.538/78) em face da CF/88. Assim, em primeiro lugar veremos se a própria CF impõe a existência do monopólio (exclusividade) e, em caso negativo, se sua instituição através de lei permanece válida.

2.1.1.1.1 O serviço postal como serviço público e a (in)existência de monopólio

A esta corrente se filiam os que visualizam nítida vontade do constituinte em definir o serviço postal como público, ao prescrever o dever de sua manutenção e incluí-lo entre as competências da União (art. 21, X). Isso porque, como exposto no item 1.3.2.2, supra, a “Carta Magna do país já indica, expressamente, alguns serviços antecipadamente propostos como da alçada do Poder Público federal. É o que se passa com o serviço postal [...]”¹⁰⁵.

Quanto à forma de prestação do serviço, porém, não há uniformidade, pois dissonantes os entendimentos quanto à (im)possibilidade de sua delegação à iniciativa privada.

Adotando a tese da impossibilidade, Ives Gandra Martins define o serviço postal como exclusivo da União, pois está no rol daqueles que pertinem “exclusivamente à entidade federativa e só podem ser prestados por elas ou por entidades, submetidas ao mesmo regime jurídico por interesse, oportunidade e conveniência da Administração”¹⁰⁶. Da mesma forma, o STF já decidiu que “o serviço público prestado pela ECT – serviço postal – é serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado: CF, art. 21, X”¹⁰⁷.

Ao desprezar a interpretação sistemática da Constituição, a tese mereceu críticas naquele mesmo Tribunal:

Somente o intérprete mais criativo poderia concluir que o verbo “manter”, a compelir a União a assumir os ônus relativos aos serviços postais, significa na verdade “prestação direta ou mediante delegação a empresa pública, em regime de reserva de mercado”. A prevalecer esse entendimento, é dado imaginar uma interpretação extensiva, no sentido de dizer que, onde na

¹⁰⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 413.

¹⁰⁶ MARTINS, Ives Gandra. Op. cit. p. 35-36.

¹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – 2ª Turma. RE nº 407099. Recorrente: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Recorrido: Município de São Borja. Relator Ministro Carlos Velloso. Brasília, 22.06.2004. DJU de 06.08.2004. Disponível em www.stf.gov.br. Acesso em 04 de junho de 2008.

Constituição se lê “manter”, leia-se “monopólio”, o que é absolutamente risível.¹⁰⁸

Também adotando a tese da indelegabilidade, Marçal Justen Filho sustenta que quando o constituinte pretendeu admitir a delegação da prestação de serviço público a particular, o fez expressamente. Baseado na expressa menção aos institutos da concessão, permissão ou autorização no inciso XII do referido artigo 21¹⁰⁹ (menção inexistente no inciso X), alega que “na ausência de outras referências constitucionais sobre determinado tema, deve inferir que a omissão de expressa autorização para delegação exterioriza vontade de excluir tal possibilidade”¹¹⁰.

Em verdade, os partidários da indelegabilidade identificam a subsistência do monopólio dos serviços postais, não só por entenderem ter sido recepcionada a Lei n° 6.538/78, que o instituiu, mas ainda como efeito direto do texto constitucional.

No entanto, rebate-se a idéia com o fato de que os dispositivos constitucionais acerca do serviço postal são muito semelhantes desde a Constituição de 1934. Não obstante, sempre se entendeu que não eram suficientes para determinar a execução do serviço em regime de monopólio, o que importou na sua instituição em sede infraconstitucional (Lei n° 6.538/78). Ora, fosse o monopólio efeito automático do referido dispositivo constitucional, não seria necessária a edição de lei fazendo o mesmo¹¹¹.

Ademais, ressalta-se o fato de que a Lei n° 6.538/78, como exposto no item 2.1.1, excluiu algumas atividades postais do regime de monopólio, o que não poderia ocorrer se o

¹⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Tribunal Pleno. ADPF n° 46. Argüente: Associação Brasileira das Empresas de Distribuição - ABRAED. Argüida: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília. Julgamento ainda não concluído, voto do Ministro Relator obtido junto a Seção de Atendimento e Informações Processuais do STF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Tribunal Pleno. ADPF n° 46 (cit).

¹⁰⁹ “[...] XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

- a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;
- b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;
- c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;
- d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;
- e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;
- f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;”

¹¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de Serviços Públicos**. São Paulo: Dialética, 1997. p. 56.

¹¹¹ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Op cit. p. 162. No item seguinte, veremos que a utilização do termo “monopólio” é, para Luís Roberto Barroso, indicativo de que se trata de atividade econômica em sentido estrito, uma vez que se se tratasse de serviço público a instituição de monopólio não seria necessária, bastaria ao Poder Público optar por não delegar o serviço.

mesmo fosse fruto de imposição constitucional, pois a Constituição se refere ao serviço postal como um todo¹¹².

Outros sinais da inexistência de monopólio estariam na própria Constituição. Destaca-se o inciso XI do art. 21 da CF, em sua redação original (antes da EC nº 8/95), para se alegar que quando o constituinte quis afastar a possibilidade de delegação do serviço a particulares o fez expressamente. O dispositivo previa que competiria a União “explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sobre o controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações [...]”. Assim, “da omissão não adviria a exclusão da possibilidade de execução indireta, mas justamente o contrário”¹¹³.

Além disso, argumenta-se, caso prevalecesse a idéia de que o constituinte pretendeu esgotar os serviços públicos que podem ser prestados pela União através de concessão com o rol do inciso XII, retirar-se-ia a razão de existir do art. 175 da CF, que vale para os serviços públicos em geral (“Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”)¹¹⁴.

Floriano Marques Neto se situa entre os que reconhecem a natureza pública dos serviços postais (pois previsto na Constituição), mas não negam a possibilidade de sua delegação. Destaca, como indicativo de que a simples presença do verbo “manter” não impõe a execução direta do serviço pelo Estado, que o constituinte utilizou o termo “executar” após o manter, por exemplo, no art. 21, XXIV, “certamente por compreender que a simples competência de manter um serviço não é suficiente para impor a execução direta”¹¹⁵.

Não só aspectos gramaticais da Constituição são apontados pela doutrina na defesa da inexistência da obrigatoriedade de prestação dos serviços postais exclusivamente pela União (ou empresa por ela controlada).

Inicialmente, aponta-se, a partir do momento em que se classifica como público o serviço postal, torna-se inapropriada a utilização do termo “monopólio” para designar a vedação de que outro ente, que não o Poder Público, execute a atividade. Isso porque “o monopólio é, para a atividade econômica em sentido estrito, o que a exclusividade ou privatividade é para os serviços públicos”¹¹⁶. Todavia, o termo “monopólio” é vastamente

¹¹² Ibid

¹¹³ Ibid. p. 166.

¹¹⁴ Ibid.

¹¹⁵ Ibid. p. 168.

¹¹⁶ Ibid. p. 158.

utilizado na lei postal, doutrina e jurisprudência, motivo pelo qual também vem sendo adotado aqui.

Podem-se divisar duas hipóteses de monopólio (exclusividade) estatal de um determinado serviço público: (i) o relativo a atividades afetas diretamente à soberania e que, portanto, pela sua própria natureza, têm de ser monopolizadas pelo Estado. Trata-se de atividades que prescindem de referência legal ou constitucional para constituírem monopólio; (ii) atividades tidas como essenciais para a preservação da ordem econômica, em que a expressa previsão constitucional é imprescindível para que haja a exclusividade¹¹⁷.

Afastando o serviço postal da primeira hipótese (atividades afetas à soberania), Floriano Marques Neto aduz que inexistente uma relação direta entre ele e a soberania nacional. Embora reconheça que “a atividade postal seja de enorme relevância para a integração do país e para a preservação da identidade nacional”, entende que “isto remete muito mais à necessidade de existir um serviço postal universal (dever de manutenção do mesmo) do que à contingência de ser ele monopolizado pelo Estado”¹¹⁸.

Como será visto adiante, diversos países, especialmente na União Européia, já admitem a prestação de parcela dos serviços postais livremente pela iniciativa privada. Justificar o monopólio de tais serviços pela sua ligação com o exercício da soberania seria, indiretamente, retirar o caráter soberano de tais nações.

Além disso, se quando da primeira referência constitucional ao serviço postal a comunicação postal era imprescindível à integração nacional, o mesmo não pode ser dito nos dias atuais, em que testemunhamos a superação das formas tradicionais de comunicação pelas novas tecnologias de telecomunicações e telemática¹¹⁹.

Resta então identificar se há dispositivo constitucional que preveja o monopólio do serviço postal (se incide a segunda hipótese de exclusividade). A evolução da forma de atuação estatal, retratada no item 1.3.2.1, permite-nos concluir que a Constituição vigente privilegia a atuação estatal nas funções de fiscalização, incentivo e planejamento da atividade econômica em detrimento da atuação direta, quiçá da atuação direta em regime de monopólio.

Assim, como vimos, faz dupla menção ao princípio da livre iniciativa (arts. 1º, IV e 170), além de consagrar o princípio da livre concorrência em seu art. 170, IV; restringe a atuação do Estado em atividade econômica em sentido estrito às hipóteses de atendimento aos

¹¹⁷ Ibid.

¹¹⁸ Ibid.

¹¹⁹ Ibid. p. 159.

imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo (art. 173); e estabelece rol taxativo de atividades monopolizadas (art. 177), tudo indicando como indevida a interpretação extensiva do verbo “manter”.

Afastando a existência de opção do constituinte pela exclusividade do serviço postal, Luís Roberto Barroso:

Como já se teve a oportunidade de esclarecer, as hipóteses de reserva de monopólio estatal são situações absolutamente excepcionais, pois importam em negativa da liberdade de concorrência. Mais que isso, com a entrada em vigor da Constituição de 1988, apenas subsistem os monopólios que a nova Carta tenha consagrado. Com efeito, em um regime em que a livre iniciativa é princípio constitucional fundamental, só podem ser consideradas monopolizadas aquelas atividades que a própria Constituição expressamente assim considera. A análise a ser empreendida neste ponto é, portanto, bastante simples: cuida-se apenas de saber se a Constituição de 1988 considerou o serviço postal como atividade a ser explorada pela União em regime de monopólio. A resposta é negativa.¹²⁰

Visto que a exclusividade não decorre diretamente da Constituição, cumpre pôr em relevo se subsiste o monopólio instituído pela Lei nº 6.538 em 1978, quando a Constituição vigente permitia a instituição de monopólios pelo legislador ordinário em seu art. 163¹²¹. O mesmo não ocorre atualmente, pois a Constituição enumera, em rol taxativo, as atividades que constituem monopólio da União (art. 177), nelas não incluindo o serviço postal, além de ter sido elaborada em conjuntura neoliberal. José Afonso observa que:

A Constituição Federal de 1988 não é favorável aos monopólios. Certamente que o monopólio privado, assim como os oligopólios e outras formas de concentração da atividade econômica privada, é proibido, pois está previsto que a lei reprimirá o abuso do poder econômico (...) O monopólio público também ficou bastante limitado, pois já não se declara, como antes, a possibilidade de monopolizar determinada indústria ou atividade¹²².

Assim, invoca-se que “é elementar a lição kelseniana no sentido que de que as normas infra-constitucionais, compatíveis com a nova Constituição, são recebidas pelo sistema (teoria da recepção)”, enquanto que, “ao revés, aquelas com esta incompatíveis tornam-se inócuas (...) perdem o antigo suporte de validade e não readquirem vigor, no átimo em que altera todo o sistema, com a entrada em vigor do novo texto”¹²³.

¹²⁰ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 155.

¹²¹ “Art. 163. São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais.”

¹²² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 736.

¹²³ TEPEDINO, Gustavo. Da inconstitucionalidade do monopólio postal da União. **ADV Advocacia Dinâmica: Boletim Informativo Semanal**, v.10, n.45, nov./90, p.441.

Por essas razões, argumenta-se que o monopólio postal não mais existe, pois não decorre automaticamente da Constituição e a lei que o instituiu teria perdido a validade. Nesse sentido, reproduzimos uma vez mais as palavras de Barroso:

A Lei 6.538/78, que regulou os direitos e obrigações concernentes ao serviço postal, não alterou tal regime de exploração de atividade econômica, que continuou a ser monopolista (art. 9º).

O advento, porém, da Constituição de 1988 – que, como se viu, prevê um elenco exaustivo de atividades monopolizadas – não mais permite falar-se em monopólio dos serviços postais. Desse modo, as leis anteriormente referidas não foram recepcionadas pela Carta vigente, no que tange à instituição do monopólio.¹²⁴

Todavia, “permanecem muitos operadores do direito na obstinada tentativa de enquadrar o Texto Maior nas regras infra-constitucionais que lhe antecediam, em melancólica tentativa de restaurar o ‘ancien régime’”¹²⁵.

Tal operação, diz-se:

Lembra aquela que, na mitologia grega, notabilizou Procusto, que deitava seus inimigos em leito de ferro de tamanho único: aos que ultrapassavam, cortava-lhes os pés; aos de estatura inferior, estirava-os até alcançar o tamanho da forma. Dos mais impressionantes castigos de toda a mitologia, o leito de Procusto, como regra de hermenêutica, revela-se não menos insuportável. Não se pode estender o alcance da regra constitucional a limites por ela vedados¹²⁶.

Talvez deitando a Constituição no leito de Procusto, há julgados em que simples ressalva contida no art. 170 da CF serve de veículo para a manutenção de entendimentos aparentemente dissonantes da Constituição em vigor, assumindo maior importância do que o conjunto das normas constitucionais e princípios, como o da livre iniciativa, nelas estampados. Confira-se, a título de exemplo, o seguinte acórdão cuja relatora, apesar de classificar o serviço postal como atividade econômica em sentido estrito¹²⁷, afastou sua exploração por empresa privada apoiada no monopólio instituído pela Lei nº 6.538/78:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE SERVIÇOS POSTAIS POR EMPRESA PRIVADA. IMPOSSIBILIDADE. MONOPÓLIO DA UNIÃO. LEI Nº 6.538/78.

1 - A Constituição Federal de 1988 deixou aberta a possibilidade de, por meio de lei ordinária, declarar-se uma atividade econômica como monopólio estatal, quando, no parágrafo único do art. 170, dispôs que o exercício de qualquer atividade econômica é livre, salvo nos casos previstos em lei.

2 - Ante a ressalva do parágrafo único do art. 170 da CF/88, tem-se por recepcionada a Lei nº 6.538/78, que declara ser a atividade postal monopólio

¹²⁴ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 158.

¹²⁵ Ibid.

¹²⁶ Ibid.

¹²⁷ Essa corrente será detalhada no item seguinte.

da União, não alterando tal entendimento o processamento de ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental, eis que prevalece até a solução do referido processo o entendimento de recepção do texto legal até aqui mantido pelo Supremo Tribunal Federal. [...] ¹²⁸

Em sentido contrário, porém em número reduzido, julgados como o que ora se reproduz afirmam a incompatibilidade da Lei nº 6.538/78 com a CF/88:

[...] A Lei nº 6.538/78 não foi recepcionada pela nova ordem constitucional, uma vez que a atividade postal não constitui mais monopólio da União. A Carta Magna atual (art. 21, X) dispõe apenas que competirá à União manter o serviço postal, mas não impõe que seja em regime de monopólio, do contrário teria empregado as expressões “privativa” ou “exclusivamente”, ou então teria incluído o serviço postal dentre as hipóteses previstas no art. 177. [...] ¹²⁹

No STF, firmou-se posicionamento no sentido de ter ocorrido recepção, porém os precedentes não tratavam unicamente do tema, mera preliminar do julgamento das questões principais. Deste modo, a Associação Brasileira das Empresas de Distribuição ajuizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 46 objetivando obter a declaração de que a Lei nº 6.538/78 não foi recepcionada pela CF/88.

Surpreendentemente, o voto do relator, Ministro Marco Aurélio, acolheu o pleito formulado, nos seguintes termos:

Acolho o pleito formulado na inicial para declarar que os artigos 9º, cabeça, e 27, cabeça, da Lei nº 6.538/78, não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, em razão de terem disciplinado o regime da prestação do serviço postal como monopólio exclusivo da União, – ou, mediante sutil jogo de palavras, em regime de “controle/privilégio exclusivo”, como quer fazer crer a Advocacia–Geral da União, em memorial entregue a esta Corte – a ser executado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, o que viola os princípios da livre iniciativa, da liberdade no exercício de qualquer trabalho, da livre concorrência e do livre exercício de qualquer atividade econômica, respectivamente disciplinados na Carta Política de 1988 nos artigos 1º, inciso IV, 5º, inciso XIII, 170, cabeça, inciso IV e parágrafo único. ¹³⁰

O voto merece destaque por ter tratado a matéria a fundo e interpretado a Constituição de forma sistemática, afastando-se da superficialidade que tem marcado os pronunciamentos

¹²⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – 5ª Turma. AgRg em AI nº 2007.01.00.038573-7/MG. Agravante: Banco Santander Banespa S/A. Agravada: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Relatora Desembargadora Federal Selene Maria De Almeida. Brasília, 17.10.2007. DJU de 23.11.2007. Disponível em www.trf1.gov.br. Acesso em 05 de junho de 2008.

¹²⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – 2ª Turma. HC nº 335/CE. Impetrante: José Eugênio Collares Maia. Impetrado: Juízo Federal da 7ª Vara do Ceará. Relator Desembargador Federal José Maria Lucena. Recife, 16.12.1993. DJU de 19.07.1996. Disponível em www.trf5.gov.br. Acesso em 05 de junho de 2008.

¹³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Tribunal Pleno. ADPF nº 46 (cit.).

jurisprudenciais sobre o tema. Por isso é que foi e será objeto de transcrições nesse trabalho. Mostrando-se atento às transformações mundiais do serviço postal (vide item 2.1.1.1.3), o relator se mostrou favorável ao convívio de diferentes regimes de prestação do serviço: o público, quanto à sua parcela essencial e, quanto às demais, o privado.

Não obstante, os cinco Ministros (Eros Grau, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Gilmar Mendes e Carlos Britto) que declararam seus votos após o relator adotaram a tese favorável à recepção do monopólio instituído em 1978. Portanto, em que pese a força dos argumentos contrários, há de se curvar à jurisprudência do Tribunal que dá a última palavra no Brasil, sendo improvável que a atual contagem de cinco votos contra um seja revertida.

Não é possível verificar as razões dos demais votos na íntegra, uma vez que o julgamento ainda não foi concluído. No entanto, notícias veiculadas no *site* do STF tornaram públicas as linhas de argumentação adotadas, sinalizando que o Tribunal não irá consagrar a tese de que o monopólio decorre diretamente da Constituição, isto é, apenas caminha no sentido da declarar que a Lei nº 6.538/78 foi recepcionada.

Quer-se dizer que se porventura o legislador ordinário elaborar lei revogando o monopólio e instituindo outras formas de prestação do serviço postal aparentemente não estará incidindo em inconstitucionalidade. Nesse sentido, em seu voto o Ministro Joaquim Barbosa afirma não ter dúvida de que o serviço postal é um serviço público, para em seguida manifestar que cabe ao legislador estabelecer as hipóteses de prestação do serviço pela iniciativa privada por meio de contratos de concessão e permissão: “Não cabe a esta Corte substituir o papel do legislador e fixar as formas de prestação desse serviço”¹³¹.

Nesse contexto, aliás, em 1999 foi elaborado o Projeto de Lei (PL) nº 1.491, que limitava o regime público à parcela essencial dos serviços postais, abrindo o resto à livre exploração pela iniciativa privada:

Art. 2º A manutenção do serviço postal pela União dar-se-á pela garantia da prestação dos serviços essenciais em regime público e pela organização do Sistema Nacional de Correios, inclusive em relação aos serviços prestados em regime privado.

[...]

Art. 4º Os serviços de que cuida esta Lei serão explorados em regime público e em regime privado.

§ 1º Os serviços essenciais serão prestados, no mínimo, por um operador em regime público, podendo ser prestados, concomitantemente, em regime privado por outros operadores, observadas as disposições desta Lei.

¹³¹ Passagem do voto do Ministro Joaquim Barbosa na ADPF nº 46 (cit.). Disponível em <http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=65936&caixaBusca=N>. Acesso em 05 de junho de 2008.

§ 2º Os serviços não-essenciais serão prestados no regime privado.

O primeiro (regime público) sujeitar-se-ia aos deveres de universalização e de continuidade e seria regido por contrato de concessão, excepcionalmente, de permissão. O segundo estaria submetido a regime privado, precedido de autorização, atuando-se a partir dos princípios da livre iniciativa e livre exercício profissional, à mercê de concorrência ampla e justa e do respeito aos direitos dos usuários.

O projeto seguia os novos moldes introduzidos na União Européia para o serviço postal, reconhecendo sua dupla dimensão (social e econômica) e prevendo a existência de um núcleo essencial, de prestação contínua obrigatória:

Art. 19. Serviço essencial, no âmbito do Sistema Nacional de Correios, é aquele que, em função de sua importância para o cidadão e para o desenvolvimento e integração nacionais, a União obriga-se a assegurar a toda a sociedade, em todo o território nacional, de modo contínuo e economicamente acessível e com observância das metas e deveres de qualidade e universalização, respeitadas as definições desta Lei.

Pelo projeto seria criada a Agência Nacional de Serviços de Correios, a quem competiria controlar os serviços prestados sob os regimes público e privado, celebrando contratos de concessão, expedindo autorizações e editando normas, entre outros, nos mesmos moldes do que foi realizado no setor elétrico com a criação da Agência Nacional de Energia Elétrica.

O atual Poder Executivo, no entanto, por meio da Mensagem nº 558, de 22 de outubro de 2003, retirou o Projeto de Lei da pauta do Plenário da Câmara dos Deputados¹³². Quanto aos motivos que podem ter influenciado a decisão, reproduzimos as palavras do Ministro Marco Aurélio, ressaltando que, se aprovado, o projeto causaria diminuição da atuação da ECT:

Vale sublinhar, no caso concreto, o fato de a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos ocupar um não-orgulhoso lugar de destaque na máquina administrativa do Governo. A presidência da estatal é disputadíssima, uma vez que assegura, ao detentor, a possibilidade de preencher mais de 120 cargos no alto escalão, entre diretores e coordenadores regionais, além do poder de administrar uma receita anual de aproximadamente R\$ 7,6 bilhões de reais e um mercado que movimenta cerca de R\$ 8 bilhões de reais, em dados relativos ao ano de 2004. Não é preciso ressaltar a natureza política das nomeações para tais cargos, a beneficiar os amigos dos que têm poder.¹³³

Desta forma, segue válido o monopólio criado pela Lei nº 6.538/78. Concluindo o tópico, pode ser dito, com o resultado do julgamento da ADPF nº 46 quase definido, que a

¹³² O Projeto fora encaminhado ao Congresso Nacional através da mensagem nº 920/99 do Poder Executivo, portanto, pelo Governo que precedeu o atual.

¹³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Tribunal Pleno. ADPF nº 46 (cit.).

Corte Suprema se filia à corrente que reconhece todo o serviço postal como público, mas não afasta a viabilidade de sua delegação, desde que revogado o monopólio legal, *verbis*:

O que decorre do art. 21, X, é o dever da União de atuar no sentido de que algum ente (público ou privado) preste o serviço em regime público, ou seja, que a União faça disponível tal serviço de forma universal e ininterrupta, provendo os recursos para tanto necessários.

[...]

Em resumo, não faz sentido defender que a União deverá prestar diretamente o serviço postal. Sabemos todos que muito mais relevante que a prestação de um serviço diretamente por pessoa jurídica de direito público é a sua prestação em regime público. E isso é assegurado no regime de concessão ou permissão.

Concluimos este tópico afirmando que nada há na CF que indique que o serviço postal deverá ser prestado diretamente pela União. Muito ao contrário, há fortes elementos que denotam que, sendo ele serviço público, poderá ser delegado a particulares na forma como predica o art. 175, válido para todo e qualquer serviço titularizado por um ente da federação.¹³⁴

Sendo praticamente certa a posição daquele Tribunal, poderia ser desprezada a exposição da corrente que classifica o serviço postal como atividade econômica em sentido estrito. Contudo, a tese é muito bem defendida por doutrinadores renomados, fazendo-se digna de nota.

2.1.1.1.2 O serviço postal como atividade econômica em sentido estrito

Consultado acerca do regime jurídico aplicável aos serviços postais a partir da entrada em vigor da Constituição de 1988, Luís Roberto Barroso elaborou parecer no sentido de se tratar de atividade econômica em sentido estrito.

O autor parte das premissas expostas no item 1.3.2.1 deste trabalho, quando se tratou da tendência das aspirações da sociedade a um formato de Estado fundado, essencialmente, no mercado e na livre concorrência, tendência esta institucionalizada pela CF/88, Emendas Constitucionais n° 5, 8 e 9 de 1995¹³⁵ e Lei n° 8.031/90¹³⁶, entre outros diplomas normativos.

Assim, como Tepedino (o leito de Procusto), expressa sua aversão às tentativas de “negar ou falsear uma ordem legitimamente em vigor”. Seria preciso “evitar, aqui, uma das

¹³⁴ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Op cit. p. 168.

¹³⁵ Tais Emendas flexibilizaram monopólios estatais em serviços públicos como gás canalizado e telecomunicações e atividades econômicas como pesquisa e lavra de petróleo.

¹³⁶ A Lei n° 8.031 veiculou a pretensão de desestatização através de mecanismos como a alienação do controle de entidades estatais e a concessão de serviços públicos a empresas privadas.

patologias crônicas da hermenêutica constitucional no Brasil: a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo”¹³⁷. Portanto, também nega com veemência a existência do monopólio, seja por não identificar vontade do constituinte nesse sentido, ou por defender a não recepção da Lei nº 6.538/78¹³⁸.

Contudo, o constitucionalista não identifica apenas a inexistência do monopólio, vai mais adiante ao defender que o serviço postal não pode ser classificado como serviço público.

Para tanto, inicia estabelecendo a distinção entre serviços públicos propriamente ditos, que o são por sua própria natureza, independentemente de previsão do Direito objetivo, e serviços públicos por opção político-normativa, que o são porque o legislador assim desejou, isto é, dependem de previsão normativa os classificando como públicos¹³⁹:

Ora bem. Se o serviço público inerente dispensa previsão legal e decorre da própria existência do Estado, não se trata, como intuitivo, de esfera de atuação privada, mas tipicamente pública. O serviço público que decorre de uma opção política, ao contrário – e aqui se está cuidando do serviço público em sua forma tradicional –, depende de previsão normativa que exatamente opera a retirada de uma determinada atividade do domínio da livre iniciativa transferindo-a para o controle estatal. O particular não poderá mais desenvolver livremente aquela atividade, como decorreria da aplicação do princípio da livre iniciativa; ela passou a ser titularizada pelo Poder Público, que a exercerá diretamente ou delegará sua exploração aos particulares, mediante concessão ou permissão, mas sempre sob o controle estatal.¹⁴⁰

Uma vez que a criação de um serviço público por opção política representa uma restrição ao princípio da livre iniciativa, “ela só será possível com fundamento em autorização ou previsão constante da Lei Maior”¹⁴¹. Caso contrário, alega, estar-se-ia admitindo que uma norma infraconstitucional negasse os efeitos de um princípio fundamental, afrontando a hierarquia do sistema jurídico.

Feita a introdução, passa a tratar do serviço postal. Barroso também afasta a possibilidade de ser ele um serviço público propriamente dito, identificando que no passado a infra-estrutura necessária à prestação de serviços postais só poderia ser oferecida pelo Poder Público: “A iniciativa privada não tinha capacidade, nem interesse econômico, em desempenhar essa atividade em todo o território nacional. Em vista disso, atendendo a

¹³⁷ BARROSO, Luís Roberto. Regime Constitucional do Serviço Postal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 90, n. 786, p. 131/159, abr. 2001. p. 133.

¹³⁸ Quanto aos argumentos desprendidos pelo autor quanto à inexistência do monopólio, remetemo-nos ao item 2.1.1.1.1.

¹³⁹ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 140-141.

¹⁴⁰ Ibid. p. 142.

¹⁴¹ Ibid.

interesse coletivo, o Estado se incumbiu de tal tarefa”¹⁴². Nessas circunstâncias, esclarece, é razoável que o serviço postal fosse percebido como um serviço público inerente. No mesmo sentido:

O serviço postal, durante muito tempo, foi executado pela União – e não somente mantido - porque simplesmente não havia no País empresas com capacidade operacional e técnica suficientes para poder desenvolver, com presteza e agilidade, a entrega de correspondências por todo o território nacional. As dimensões continentais brasileiras, atreladas aos incipientes investimentos nos transportes – aéreo, terrestre, ferroviário –, forçaram o surgimento de um monopólio inevitável. As precárias condições vigentes à época não admitiam o ingresso de empresas privadas¹⁴³.

A evolução econômica e tecnológica, no entanto, mudou esse quadro, conferindo às empresas privadas aptidão para o desempenho eficiente daquelas atividades. Além disso, as transformações sociais passaram a exigir a prestação de serviços diferenciados e cada vez mais sofisticados, como a entrega expressa. “Com efeito, ninguém é capaz de imaginar, na realidade atual, que o serviço postal só possa ser prestado pelo Estado ou que decorra de alguma de suas funções básicas”¹⁴⁴. Assim se apresenta a lição de Celso Bastos:

Ora, nos dias atuais o próprio serviço postal assume tão variadas modalidades que seria até mesmo um desatino e um contra-senso admitir-se que uma única empresa concessionária de serviço público pudesse prestá-lo em todas as suas variadas externalizações.¹⁴⁵

A peculiaridade do parecer se revela quando o autor não identifica na Constituição a presença de opção político-normativa em definir como público o serviço postal. Em sua opinião, nem mesmo a ordem jurídica anterior assim o fazia, pois se somente atividades econômicas podem ser objeto de monopólio, o Estado o instituiu exatamente para subtraí-lo da iniciativa privada e agindo desta forma reconheceu não se tratar de serviço público. “O serviço público é, por sua própria natureza e definição jurídica, titularizado pelo Estado, de modo que não há necessidade nem lógica em prever, em relação a ele, um regime de monopólio”, uma vez que já é essencialmente monopolista: aos “particulares só pode ser delegado o seu exercício, e ainda assim mediante um ato negocial específico do Poder Público, precedido de um procedimento administrativo de licitação”¹⁴⁶.

¹⁴² Ibid. p. 151.

¹⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Tribunal Pleno. ADPF nº 46 (cit.).

¹⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 151.

¹⁴⁵ BASTOS, Celso Ribeiro e Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1992. v.3. Tomo I. p. 149.

¹⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 152.

Parece razoável a explanação. Ora, se o serviço é público e o Poder Público deseja o afastar da iniciativa privada, basta não delegá-lo através de licitação, isto é, não é necessário instituir um monopólio para tanto. “Basta que não se conceda ou permita a prestação de determinado serviço para que ele seja desempenhado exclusivamente pelo Estado”¹⁴⁷. Esse argumento é reforçado pelo seguinte acórdão que tratou da INFRAERO¹⁴⁸, empresa pública criada para a administração de aeroportos e beneficiada pela imunidade recíproca. O art. 21, XII, “c”, da CF declara como competência da União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, a infra-estrutura aeroportuária, logo, não estabelece a obrigatoriedade da exclusividade, mas ainda assim ela pode ocorrer se o Poder Público optar por não delegar a atividade à iniciativa privada:

PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS. INFRAERO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO MONOPOLIZADO PELA UNIÃO. IMUNIDADE RECÍPROCA.

1. A INFRAERO tem por atividade-fim a administração de aeroportos sob sua jurisdição, constituindo serviço público federal monopolizado, de competência da União (artigo 21, inciso XII, alínea "c"), com encargo outorgado por lei, **sem existir qualquer contrato de concessão de serviço público.**

2. Mesmo tendo sido criada sob a forma de empresa pública, por atuar na condição de poder público por força de lei, a INFRAERO é alcançada pela imunidade recíproca (artigo 150, inciso VI, alínea "a", da Constituição Federal), não podendo incidir, sobre as atividades que desenvolve, o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS.

3. Apelação provida. (grifamos)¹⁴⁹

Apontam-se ainda nuances gramaticais do art. 21 da CF. Para Barroso, a simples menção a “manter o serviço postal” deve ser comparada às atividades em que o constituinte deixou expressa a possibilidade de a União prestá-las diretamente ou mediante delegação de seu exercício aos particulares. “Tanto no caso do inc. XI quanto no inc. XII, o legislador constituinte se vale da locução ‘explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão’”, deixando claro que “todas as atividades arroladas nesses dispositivos são consideradas serviços públicos”¹⁵⁰.

Deste modo, o escopo do verbo “manter” no art. 21, X, seria impor que a atividade postal seja obrigatoriamente exercida pela União, tendo em vista a importância do serviço

¹⁴⁷ Ibid.

¹⁴⁸ Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária.

¹⁴⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – 3ª Turma. AC nº 199801000869197/BA. Apelante: Empresa Brasileira de Infra-estrutura Aeroportuária – INFRAERO. Apelado: Município de Salvador. Relator Juiz Federal Wilson Alves De Souza (conv.). Brasília, 20.05.2004. DJU de 09.06.2004. Disponível em www.trf1.gov.br. Acesso em 09 de junho de 2008.

¹⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 153.

para a integração nacional, não para afastar a possibilidade de atuação dos particulares: “Quis assegurar o mínimo e não impedir o mais”¹⁵¹. Fosse vontade do constituinte eleger o serviço postal como público, diz-se, ele teria se valido das mesmas expressões que utilizou no art. 21, XI e XII. De forma semelhante, Celso Bastos ensina que:

A afetação à União do serviço postal e do correio aéreo nacional só pode ser entendida como tarefa imposta ao Poder Público federal a ser cumprida dentro de um regime concorrencial ou de liberdade de iniciativa que, como vimos, no nosso Direito é o decorrente dos princípios que fundam a nossa Ordem Econômica. Qualquer atividade atribuída ao Poder Público sem referência ao caráter exclusivo induz necessariamente a que a natureza dessa atribuição seja não impeditiva do exercício de igual atividade pelos particulares. Não se pode ter monopólio presumido. Há de ser ele criado por disposições claras e inequívocas, o que de resto não ocorre na espécie. (...) A reforçar este argumento existe ainda a circunstância de que fora essa a intenção do Texto e deverá ele esclarecer se o serviço público é prestado diretamente ou mediante concessão. Se referência não é feita a uma dessas modalidades de serviço público é porque desse instituto não se trata.¹⁵²

Tais razões seriam suficientes para afastar o regime público e a imunidade recíproca quanto ao serviço postal, chegando-se à conclusão de que, “atualmente, sua prestação pelo Poder Público configura meio de exploração de atividade econômica, o que, como regra, não impede que os particulares também a explorem concomitantemente, salvo a exceção da exploração monopolista”¹⁵³.

Todavia, o posicionamento de Barroso, parece-nos, pode causar distorções. Isso porque a dimensão social do serviço postal, vista com mais atenção quando tratarmos do Direito comparado, não pode ser ignorada. Certo que, principalmente com a evolução tecnológica dos dias atuais, a outra dimensão (comercial) ganhou muita força, mas não pode ser a única levada em consideração, uma vez que, em caso de abertura total do mercado postal à iniciativa privada, sem qualquer tipo de regulação, esta certamente iria se ocupar somente das parcelas mais rentáveis do serviço, ignorando aquelas que, para serem oferecidas continuamente, dependem da intervenção estatal, seja atuando diretamente ou garantindo a prestação dos serviços por particular.

O que chamamos de “distorção” poderia ser contestado com o fato de que os defensores da natureza econômica do serviço postal vêem o verbo “manter”, presente no art. 21, X, da CF, como indicativo de que a União é obrigada a exercer a atividade se a iniciativa privada não o fizer de modo satisfatório. No entanto, a iniciativa privada se ocuparia da

¹⁵¹ Ibid. p. 157.

¹⁵² BASTOS, Celso Ribeiro e Ives Gandra da Silva. Op. cit.

¹⁵³ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 155.

parcela economicamente viável, deixando à União a tarefa de garantir os serviços comercialmente desinteressantes, como o realizado em locais de difícil acesso, onde os habitantes não possuem recursos para optar por meios de comunicação alternativos. Desta forma, o Poder Público estaria obrigado a assumir a parcela não auto-sustentável do serviço, subsidiando-a com seus próprios recursos, e a deixar a parte lucrativa, que poderia servir para compensar os prejuízos gerados pelas demais, aos particulares.

Mesmo na União Européia, em que se procedeu à abertura dos serviços postais, sua parcela essencial continua a ser prestada em regime de Direito Público, de forma a efetivar a universalidade e continuidade do serviço. Prevendo o insustentável ônus que recairia sobre o operador responsável pela parcela do serviço considerada essencial, previram-se formas de compensação, como a reserva de zonas do mercado. Ademais, a abertura não foi operada da noite para o dia, tendo sido estabelecidos prazos razoáveis para a adaptação da estrutura do serviço postal de cada país membro às transformações.

Por essa razão preferimos nos filiar à posição de Ubirajara Custódio Filho, que identifica na abertura e generalidade das disposições constitucionais expressão de vontade do constituinte em deixar ao legislador ordinário a tarefa de definir se o serviço postal é público ou não e, se o é, quais de suas parcelas podem assim ser consideradas. O referido autor em muito se baseia na evolução do serviço postal no Direito comparado, motivo pelo qual passamos a detalhá-la.

2.1.1.1.3 A natureza jurídica do serviço postal no Direito comparado

A realidade do serviço postal no cenário internacional possui contornos bem distintos da brasileira, o que pode ser explicado pela “crise dos serviços públicos” e seus efeitos, principalmente na União Européia.

A referida crise surgiu especialmente em razão de a sistemática tradicional dos serviços públicos não se adequar à evolução do neoliberalismo em diversas nações e está atrelada às adaptações dos serviços públicos às evoluções da conjuntura econômico-social, extraindo-se três principais: avanços científico-tecnológicos, questionamento político, econômico e ideológico do modelo de Estado e modificações do Direito comunitário europeu.

O desenvolvimento científico-tecnológico permitiu o surgimento de novas necessidades, formas prestacionais e organizacionais diversas e possibilitou o desmembramento e o isolamento de certas atividades, de modo a desqualificar certos segmentos delas como serviço público, como ocorreu com o serviço postal¹⁵⁴.

A rediscussão dos serviços públicos também é reflexo dos questionamentos, em grande parte por movimentos neoliberais, acerca do papel do Estado e dos limites de sua atuação. No final do século XX, o Estado de Bem-Estar passou a ser criticado e associado à ineficiência econômica do setor público (desperdício de recursos, incapacidade de investimentos, custos elevados, endividamento e má prestação de serviços). Observou-se, inspirada pelo princípio da subsidiariedade, a tendência de a intervenção direta se ater aos setores nos quais a presença do Estado é imprescindível.

Pedro Gonçalves relata que a Administração da segunda metade do século XX, isto é, à época da criação da ECT, era de “prestações”. Ela satisfazia, por seus próprios meios, as diversas necessidades dos cidadãos, em uma época de “responsabilidade administrativa máxima”¹⁵⁵:

As razões – ideológicas, técnicas e econômicas – para este estado de coisas foram, basicamente, de duas ordens: (a) a circunstância de os serviços públicos constituírem, inclusive por razões tecnológicas, monopólios naturais, de forma que a presença de mais de um prestador fosse tecnicamente impossível, economicamente inviável ou pelo menos inconveniente diante dos interesses públicos curados, o que se daria, por exemplo, se a existência de mais de um prestador, ao invés de diminuir os preços, os aumentasse em função da menor economia de escala; (b) a concepção de que estas atividades, ainda que possuíssem conteúdo econômico, não poderiam, face ao estreito liame com os direitos fundamentais e com a solidariedade social, ser submetidas à lógica do lucro e do mercado.¹⁵⁶

Durante as décadas de oitenta e noventa, no entanto, o modelo de Estado interventor e prestador de serviços foi alterado, dando-se ênfase à livre concorrência e às idéias de privatização, fomento, parceria com o setor privado e desburocratização, com o objetivo de alcançar a eficiência na prestação dos serviços públicos:

¹⁵⁴ SOUZA, Horácio Augusto Mendes de. Serviço Público: conceito, classificação e limites à gestão empresarial. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela; MARSHALL, Carla C. (Coord.) **Direito empresarial público**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p. 393-448. p 397.

¹⁵⁵ GONÇALVES, Pedro. **A Concessão de serviços públicos**. Coimbra: Almedina, 1999. p. 8.

¹⁵⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos. Serviços Públicos e Concorrência. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 1, fevereiro, 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em 05 de maio de 2008.

Fortaleceu-se a caracterização do serviço público como espécie de atividade econômica, propugnando-se que, senão em todas, pelo menos em muitas das atividades até então submetidas a este regime, a instalação da concorrência – prestação por mais de uma empresa, com maior liberdade de entrada no mercado – fosse não apenas possível, mas até mesmo aconselhável do ponto de vista dos direitos individuais e sociais a serem perseguidos.¹⁵⁷

Marcos Juruena Villela Souto identifica uma “Reengenharia do Estado”, pois não se presenciou apenas a redução da máquina estatal, mas o redimensionamento do Estado¹⁵⁸:

Percebeu-se que a liberdade de mercado e o lucro não são necessariamente antinômicos ao interesse público, já que a busca de lucro, ao aumentar a eficiência, transferiria pelo menos parte dos benefícios aos usuários, por cuja preferência as empresas competiriam diminuindo o valor das tarifas e melhorando a qualidade dos seus produtos, fortalecendo a liberdade de escolha dos indivíduos.¹⁵⁹

A evolução foi sentida no setor postal. Tradicionalmente prestado pelo Estado com exclusividade, a tendência atual, em diversos países, é permitir a execução de parte dos serviços postais em regime de livre concorrência. Apresentam-se como causas da transformação¹⁶⁰:

- a) as novas demandas de serviços impostas pela sociedade moderna e pela necessidade de maior velocidade no câmbio de informações, sendo que as instituições postais tradicionais, acostumadas a situações de monopólio e submersas na lentidão que caracteriza a tomada de decisões nas organizações burocratizadas, não possuíam a tecnologia suficiente para se adaptarem;
- b) a escassez de recursos que os Estados destinavam ao setor;
- c) o baixo nível dos serviços prestados pelos operadores do governo;
- d) a descoberta de novas tecnologias de comunicação, como fax e correio eletrônico, que não ignoram barreiras físicas e temporais e ameaçam substituir o correio tradicional, condicionando a existência deste à modernização e ao oferecimento de novos serviços; e

¹⁵⁷ Ibid.

¹⁵⁸ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo das concessões**. 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 3.

¹⁵⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos. Op. cit.

¹⁶⁰ RODRÍGUEZ, Carlos Pateiro. El proceso y el modelo liberalizador del sector postal en la Unión Europea. Referencia al caso de España. **Información Comercial Española, ICE: Revista de economía**, nº 808, 2003. p. 141/160. Disponível em <http://dialnet.unirioja.es/>. Acesso em 30 de maio de 2008 (tradução livre).

e) o amplo acesso ao serviço de telefonia fixa por grande parte das camadas sociais e o crescimento vertiginoso da telefonia móvel contribuindo para uma visão pessimista quanto ao futuro do setor postal.

Cita-se também como argumento a favor da liberalização do setor à iniciativa privada o alto índice de correspondências extraviadas que caracterizava o modelo de gestão tradicional (monopolizada) dos serviços postais. Além disso, os monopólios coexistiam, como ainda ocorre no Brasil, com operadores privados não institucionalizados e, portanto, desprovidos de mecanismos de controle de qualidade, pois situados à margem do sistema. Agravando a situação, a referida coexistência dava lugar a múltiplos problemas de concorrência desleal e à freqüente invasão do âmbito reservado aos operadores oficiais¹⁶¹.

Em reação, os operadores postais se convenceram da necessidade de automatizar seus processos produtivos para incrementar a produtividade e reduzir custos. Os governos, por sua vez, iniciaram profunda transformação do setor, o que abarcaria a adaptação dos seus objetivos, estratégias e modelos de gestão a um entorno mais competitivo e eficiente¹⁶².

Deste modo é que, em 1992, a União Européia apresentou o “Livro Verde sobre a liberalização do mercado único dos serviços postais” e, em 1993, uma comunicação sobre as linhas diretivas do processo. Em seguida, os Estados membros iniciaram uma adaptação de seus ordenamentos jurídicos internos à nova situação, institucionalizando novas estruturas de seus serviços postais¹⁶³.

O processo de liberalização do setor postal europeu foi concretizado pela Diretiva 97/67/CE, que, não obstante objetivar a liberalização do setor, reconhece a dimensão social dos serviços postais e, desse modo, restringe a abertura ao definir o Serviço Postal Universal (SPU), ou seja, a parcela do serviço que deve ser prestada de forma permanente, sem suspensões ou interrupções e com tarifas controladas pelo Estado. Confirma-se:

Exposição de motivos da Diretiva 97/67/CE, considerando nº 12. Considerando que o objectivo do serviço universal consiste em oferecer a todos os utilizadores um acesso fácil à rede postal pela prestação, nomeadamente, de um número suficiente de pontos de acesso e garantindo condições satisfatórias do ponto de vista da freqüência da recolha e da distribuição; que a prestação do serviço universal deve satisfazer a necessidade fundamental de garantir a continuidade do funcionamento, adaptando-se, simultaneamente, às necessidades dos utilizadores e garantindo-lhes um tratamento equitativo e não discriminatório;

¹⁶¹ Ibid.

¹⁶² Ibid.

¹⁶³ Ibid.

Diretiva 97/67/CE, art. 3.1. Os Estados membros devem assegurar que os utilizadores usufruam do direito a um serviço universal que envolva uma oferta permanente de serviços postais com uma qualidade especificada, prestados em todos os pontos do território, a preços acessíveis a todos os utilizadores. [...]

3.3. Os Estados-membros devem providenciar para que o prestador ou prestadores do serviço universal garantam em todos os dias úteis e pelo menos cinco dias por semana, salvo circunstâncias ou condições geográficas excepcionais, consideradas como tal pelas autoridades reguladoras nacionais, no mínimo:

- uma recolha;
- uma distribuição ao domicílio de cada pessoa singular ou colectiva ou, por derrogação em condições a determinar pela autoridade reguladora nacional, em instalações apropriadas.

Como se vê, a iniciativa inspirou fortemente o citado Projeto de Lei nº 1.491/99. O SPU se limita a um número limitado de produtos postais, isto é, aos que cobrem as necessidades básicas da comunicação postal, atraindo, assim, relevante interesse coletivo em sua execução e o controle do Estado. Quanto aos demais serviços, os não abrangidos pelo SPU, inexistente obrigação dos Estados membros em relação ao controle de sua manutenção e oferta à população¹⁶⁴.

Concretamente, o SPU inclui o recolhimento, triagem, transporte e distribuição de envios postais de até 2 quilos e encomendas postais de até 10 quilos. Além de classificar parcelas do serviço postal em universais ou não universais (quanto à sua essencialidade à população), a Diretiva os classifica também em serviços reservados ou não reservados (quanto à sua forma de exploração)¹⁶⁵.

Quanto a esta segunda classificação, confira-se o art. 7.1 da Diretiva 97/67/CE, com a redação introduzida pela Diretiva 02/39/CE:

Na medida necessária à manutenção do serviço universal, os Estados-Membros podem continuar a reservar determinados serviços normalizados de envio de correspondência a um ou mais prestadores do serviço universal. Esses serviços devem limitar-se à recolha, triagem, transporte e entrega dos envios de correspondência interna e dos envios de correio transfronteiriço de entrada, quer sejam ou não efectuados por distribuição acelerada, dentro dos limites de peso e de preço a seguir indicados: o limite de peso é fixado em 100 gramas a partir de 1 de janeiro de 2003 e em 50 gramas a partir de 1 de janeiro de 2006. Estes limites de peso não são aplicáveis, a partir de janeiro de 2003, se o preço for igual ou superior ao triplo da tarifa pública de um envio de correspondência do primeiro escalão de peso da categoria mais rápida e, a partir de 1 de janeiro de 2006, se o preço for igual ou superior a duas vezes e meia essa mesma tarifa.

¹⁶⁴ CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. Op. cit. p. 80.

¹⁶⁵ Diretiva 97/67/CE, art. 3.4.

Importante notar que este é o único ponto em que ainda se admite o monopólio dos serviços postais na União Européia, e que ele não necessariamente é titularizado por uma entidade estatal (depende da opção de cada país). A reserva de parcela do serviço postal tem o condão de garantir a sustentabilidade do operador obrigado pelo governo a oferecer os serviços universais em circunstâncias nas quais as receitas obtidas através do serviço não compensam os custos de oferta. Caso não tivesse a reserva de parcela do mercado, uma entidade privada poderia deixar de oferecer os serviços, pois economicamente insustentáveis¹⁶⁶.

Sobre o tema, assim se manifestou o Ministro Marco Aurélio (STF):

No Direito comparado, a disciplina conferida ao tema é bem diferente do monopólio cuja prevalência quer fazer crer a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. À exceção da Holanda e da Argentina, onde o serviço postal foi privatizado, o que se observa geralmente é a participação dos capitais público e privado na operacionalização dos serviços postais, havendo regime de concorrência na maior parte dos setores de entrega. Como exemplo, tem-se a Alemanha, onde participam da prestação dos serviços postais os capitais público e privado, bem como a França, onde se formaram os *joint-ventures* para atuar no setor. Empresas privadas celebram termos de parceria com o setor público ao redor do mundo, como acontece na Austrália e no Canadá. A Finlândia, a Suécia e a Nova Zelândia aboliram completamente o monopólio estatal do serviço de entrega de correspondências. A União Européia lançou os fundamentos do fim do monopólio postal na Diretriz nº 97/67/CE, para que as nações integrantes da União flexibilizem os mercados. Nos Estados Unidos, a empresa estatal, *United States Postal Service* – USPS, tem o monopólio da entrega relativamente às cartas comuns, mas não quanto às encomendas expressas e ao serviço rápido, que são abertos à concorrência¹⁶⁷.

Em suma, o que se operou na Europa foi o reconhecimento da dupla dimensão do serviço postal (social e econômica). No aspecto econômico, “o serviço postal é meio de comércio, verdadeira atividade mercantil hábil a ser explorada debaixo de regras do mercado” e, no social, “meio de comunicação e de integração social, cujo acesso à população precisa ser assegurado pelo Estado em condições regulares e a preços módicos”¹⁶⁸.

De fato, além de “representar atividade econômica apta a ser explorada com fins lucrativos e vital ao comércio”, o serviço postal tem inegável função social, pois a rede de postos de atendimento formada ao seu redor “é expressiva em termos quantitativos, gera um sem-número de oportunidades de trabalho (empregos diretos e indiretos), viabiliza políticas

¹⁶⁶ RODRÍGUEZ, Carlos Pateiro. Op. cit.

¹⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Tribunal Pleno. ADPF nº 46 (cit).

¹⁶⁸ CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. Op. cit. p. 74.

públicas de distribuição de bens essenciais à coletividade”, enfim, “promove a integração social na medida em que aproxima as pessoas, viabilizando a comunicação à distância”¹⁶⁹.

Por isso, o serviço postal continua a ser reconhecido como atividade de profunda repercussão social pelas entidades do setor, mas tal idéia agora é acompanhada pela outra dimensão do serviço, a comercial. Nesse sentido, a exposição de motivos da Diretiva 97/67/CE, considerando n° 2, expressa que “os serviços postais são um instrumento essencial de comunicação e de comércio”.

Isto posto, alcançamos a última posição acerca da natureza jurídica dos serviços postais.

2.1.1.1.4 A CF apenas define o serviço postal como competência administrativa da União

Como adiantamos, Ubirajara Custódio Filho entende não ter a Constituição definido a natureza jurídica do serviço postal, sendo que a atual disciplina de serviço público decorre de opção legislativa – que pode ser alterada por lei –, consubstanciada no art. 1º, VII, da Lei n° 9.074/95:

Art. 1º Sujeitam-se ao regime de concessão ou, quando couber, de permissão, nos termos da Lei n° 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, os seguintes serviços e obras públicas de competência da União:
[...]
VII - os serviços postais.

Para o referido autor, a única conclusão definitiva que se pode extrair do art. 21, X, da CF, é a de que, no atual modelo de repartição de competências entre os entes da Federação, o serviço postal é competência administrativa da União, o que lhe atribui o dever de garantir a prestação material do serviço à coletividade.

Deste modo, “tem-se aqui, já, uma possível resposta para a questão de saber qual a natureza jurídica do serviço postal na CF/88: é competência administrativa da União”¹⁷⁰. Ubirajara Custódio concorda com Luís Roberto Barroso e Celso Bastos ao defender que quando a CF/88 quis qualificar dada atividade como serviço público fez menção explícita aos institutos da concessão ou permissão¹⁷¹.

¹⁶⁹ Ibid. p. 75.

¹⁷⁰ Ibid. p. 187.

¹⁷¹ Ibid. p. 189.

Assim, também afasta a natureza de serviço público por determinação constitucional, mas não para definir o serviço postal como atividade econômica em sentido estrito e sim para interpretar o art. 21, X, da CF como expressão da intenção de remeter a decisão ao legislador ordinário:

Por outro lado, também desde uma perspectiva prática e realista, tal leitura “aberta e indefinida” do art. 21, X, da CF/88 soa apropriada porquanto a escolha de uma das duas vias (o art. 173 ou o art. 175) envolve a ponderação de inúmeros fatores políticos, técnicos, operacionais, administrativos, econômicos e financeiros, devido à dupla dimensão do serviço postal, exposta no Capítulo 3, fatores os quais são muito difíceis de serem otimamente harmonizados se, juridicamente, mantiver-se o entendimento fechado e absoluto de que o art. 21, X, é serviço público federal indelegável à iniciativa privada.¹⁷²

Em resumo, o constituinte de 1988 teria silenciado a respeito de como a União há de “manter o serviço postal”, autorizando as seguintes conclusões: manter “implica ‘prestar diretamente e com exclusividade’? ‘Manter’ significa ‘executar por conta própria’? Ou ‘manter’ admite o sentido de ‘diligenciar e zelar para que o serviço postal seja disponibilizado aos cidadãos, permanentemente’”, sem a fixação prévia do “como” e “por quem” isso será efetivamente executado? A palavra final caberia ao legislador ordinário¹⁷³.

Mais uma vez vem à tona o Projeto de Lei nº 1.491/99, clara expressão de vontade do legislador ordinário no sentido de que o serviço postal tem duas dimensões, sendo que a social deve ser realizada em regime público, garantidas as prestações pela intervenção direta ou indireta do Poder Público, e a comercial pode ser explorada pela iniciativa privada em regime privado.

Tomando por base unicamente o art. 21, X, da CF, estaríamos com Barroso quando classifica o serviço postal como atividade econômica em sentido estrito. No entanto, considerando a proposital abertura das normas constitucionais, que possibilita a conformação de suas disposições à realidade político-econômica e as distorções que poderiam surgir com a abrupta e desregulada abertura da integralidade do serviço postal, preferimos adotar os ensinamentos de Ubirajara Filho.

Isso porque a natureza jurídica de serviço postal por ele identificada parece ser a única compatível com a sua dupla dimensão, além de estar em sintonia com as recentes transformações ocorridas mundialmente no setor. Como já pudemos ressaltar, mesmo nos Estados Unidos e na Europa, em que o neoliberalismo não é tão ponderado com princípios

¹⁷² Ibid.

¹⁷³ Ibid.

socialistas, a dimensão social do serviço postal não é ignorada, assim como os altos custos e baixas receitas oriundos de sua exploração, prevendo-se, assim, mecanismos que a viabilizem, e não simplesmente largando os ônus nas mãos do Estado.

Em seu voto proferido na ADPF nº 46, o Ministro Marco Aurélio defendeu a viabilidade do convívio entre os regimes público (quanto à parcela essencial) e privado na prestação do serviço postal. Assim, não fixou claramente seu posicionamento a respeito do “dilema” entre serviço público ou atividade econômica em sentido estrito, o que, em nossa opinião, de certa forma ratifica a posição de Ubirajara Filho, pois, tivesse a CF imposto uma das duas formas, a instituição do convívio entre os regimes por lei seria inviável. Confira-se:

É preciso avançar e superar esse dilema que, na essência, apresenta-se falso, haja vista a possibilidade de conviverem diferentes regimes de realização da atividade: a prestação subordinada ao regime público, sujeita à observância dos princípios de universalidade e de continuidade do serviço, em termos fixados em contratos de concessão ou permissão, com as garantias que lhe são peculiares, e a prestação subordinada ao regime privado, observando-se os princípios de liberdade de iniciativa e de concorrência, podendo ser submetida a um regime de autorização por parte do Poder Público, a depender do tipo de atividade desempenhada.¹⁷⁴

Conveniente considerar, outrossim, que o serviço postal há décadas é prestado exclusivamente sob regime de Direito Público no Brasil, fato que conformou a estruturação do setor. Defender sua completa substituição pelo regime privado sem qualquer disciplina legal prevendo mecanismos e prazos de adaptação é ignorar o vácuo que inevitavelmente seria gerado pela transformação abrupta. Os aspectos práticos não podem ser ignorados, como a situação da ECT e seus milhares de empregados, o que também serve para corroborar a tese de Ubirajara Filho.

Abstraindo-nos do modelo que se julga o ideal, no entanto, não se pode olvidar o enquadramento do serviço postal em vigor no Brasil, serviço público (em todas as suas dimensões) em função da Lei nº 9.074/95 e da jurisprudência do STF, o que servirá de base ao item 2.2, quando trataremos da possibilidade de aplicação da imunidade recíproca à ECT.

2.2 A imunidade tributária recíproca e a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos

Iniciamos reproduzindo o art. 12 do DL nº 509/69 (Decreto que criou a ECT), que declara o gozo, pela ECT, da imunidade tributária concedida à Fazenda Pública:

¹⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Tribunal Pleno. ADPF nº 46 (cit).

Art. 12 - A ECT gozará de isenção de direitos de importação de materiais e equipamentos destinados aos seus serviços, dos privilégios concedidos à Fazenda Pública, quer em relação a imunidade tributária, direta ou indireta, impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, quer no concernente a foro, prazos e custas processuais.

Como foi visto no primeiro capítulo, a imunidade recíproca é matéria de índole constitucional, motivo pelo qual é na Constituição que se deve buscar sua abrangência. Por essa razão, os Tribunais não levam a referida norma em consideração ao julgar a extensão do privilégio à ECT, como se depreende do seguinte excerto:

A questão, portanto, não está no afirmar se o D.L. 509, de 20.03.69, artigo 12, teria sido recebido ou não pela CF/88. A questão está, sim, no afirmar que a ECT está abrangida pela imunidade tributária do art. 150, VI, a, da CF.¹⁷⁵

Recapitulando, na primeira parte do trabalho também expomos que, à primeira vista, a sistemática da imunidade recíproca não permite seu gozo por entidades da Administração Indireta instituídas sob o regime de Direito Privado – empresas públicas como a ECT, por exemplo –, em função do art. 173, §1º, II, da CF¹⁷⁶, uma vez que atuam, em princípio, em regime concorrencial. Não obstante, ao longo do tempo as empresas estatais passaram a ser criadas para a execução de serviços públicos, o que tornou viável a fruição do benefício (vide item 1.3.3.2.1).

Assim, a solução dependia da investigação dos serviços prestados pela ECT, o que foi realizado no segundo capítulo. Em primeiro lugar, vimos que somente o serviço postal poderia ser classificado como público de acordo com a CF; após, verificamos que a ECT executa outras atividades além do serviço postal; e, no item 2.1.1.1, chegamos à conclusão de que, na atual ordem jurídica, o serviço postal efetivamente tem a natureza de serviço público, seja em função da jurisprudência majoritária e doutrina que assim entendem ao interpretar o art. 21, X, da CF, ou de quem enxerga o *status* de serviço público como decorrência de opção do legislador veiculada pela Lei nº 9.074/95.

¹⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Segunda Turma. RE nº 407099/RS. Recorrente: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Recorrido: Município de São Borja. Relator Ministro Carlos Velloso. Brasília, 22.06.2004. DJU de 06.08.2004. Disponível em www.stf.gov.br. Acesso em 09 de junho de 2008.

¹⁷⁶ “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

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

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

Deixando de lado teses rejeitadas pela jurisprudência – a que classifica o serviço postal como atividade econômica em sentido estrito, por exemplo –, portanto, não há como negar o gozo da imunidade tributária recíproca pela ECT quando no exercício do serviço postal, pois a tributação se revelaria sério obstáculo à consecução dos fins institucionais da União e, assim, afrontaria o princípio federativo (vide item 1.3). Por esse motivo, o STF tem decidido repetidamente a favor da empresa, sendo seguido pelos Tribunais Regionais Federais. Esta é a ementa do *leading case* julgado pela referida Corte:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS: IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA: CF., 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.¹⁷⁷

No mesmo sentido, o seguinte trecho da lavra de Ives Gandra Martins:

A ECT, portanto, é *longa manus* da própria União, gozando de todos os privilégios e garantias pertinentes à Fazenda Nacional. (...) Parece-me, pois, que a melhor inteligência quanto aos serviços próprios da União referidos pelo STF e pelo DL n° 509/69 é de que são serviços públicos imunes de impostos. (...) É de se entender, conseqüentemente, que a recepção do DL n° 509/69, em nível de imunidades, assegura à ECT os benefícios perfilados por esse tipo de vedação absoluta ao poder de tributar no concernente a todos os impostos, de resto já fartamente assegurado pela Lei Maior.¹⁷⁸

Carrazza, por seu turno, argumentou a favor da imunidade ao tratar do transporte realizado pela ECT:

O serviço público de correio é imune à tributação por meio de impostos. Esta imunidade repercute também no transporte que a consulente realiza, para levar a cabo o serviço postal.

Trata-se de um típico caso de percussão da milenar regra *accessorium sequitur suum principale*.

Melhor explicitando, temos para nós que o transporte em tela é mera atividade-meio, necessária à concretização do serviço postal, devendo, por isso mesmo, receber o mesmo tratamento tributário a ele dispensado.¹⁷⁹

¹⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Segunda Turma. RE n° 407099/RS (cit.).

¹⁷⁸ MARTINS, Ives Gandra. Imunidade Tributária dos Correios e Telégrafos. **Revista Jurídica**, São Paulo, v. 49, n. 288, out. 2001, p. 37.

¹⁷⁹ CARRAZZA, Roque Antônio. **A imunidade tributária das empresas estatais delegatárias de serviços públicos**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 81.

Até aqui analisamos a aplicação da imunidade recíproca partindo do pressuposto de que a ECT presta somente o serviço postal. Não é isso, porém, o que ocorre na realidade, como demonstrado no item 2.1. A partir de dados disponibilizados no *site* da própria empresa, verificamos que ela explora atividades estranhas à definição de serviço postal, como “banco postal”, “correios net”, “dinheiro certo”, “importa fácil”, “logística integrada” e “produtos de conveniência”¹⁸⁰. Sob tais denominações estão o oferecimento de serviços bancários, hospedagem de loja virtual para a realização de operações comerciais via *internet*, serviços de transferências financeiras internacionais, serviços de desembaraço aduaneiro e venda de produtos como camisetas, cadernos etc., ou seja, serviços que nem a partir da interpretação mais extensiva da Lei nº 6.538/78 podem ser enquadrados na definição de serviço postal.

Assim, torna-se defensável e, para nós, com razão, que a imunidade recíproca se limita ao serviço postal, fazendo-se necessário, quando a ECT vai a juízo invocando a aplicação do benefício, desincumbir-se do ônus de provar que o patrimônio, renda ou serviço discutido está sendo efetivamente empregado na prestação do serviço postal. Ou, caso se entenda que tal fato se presume, entendemos que deveria ser facultado à Fazenda Pública demandada elidir a presunção.

Verificamos que o STF ainda não se pronunciou sobre a questão, mas já sinalizou que não a ignora, através de trechos de votos dos Ministros Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski¹⁸¹. Enquanto não se fixar a posição definitiva daquele Tribunal sobre o tema, cabe analisar a jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais. Destacamos os seguintes julgados, que identificam outras atividades incompatíveis com o serviço postal, além das citadas, e negam a aplicação da imunidade recíproca a elas:

EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. ICMS. IMUNIDADE RECÍPROCA. SERVIÇO POSTAL.

A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos goza de imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, "a", por prestar serviço público de competência exclusiva da União sob o regime de monopólio em todo o território nacional. Encontram-se sob o manto da imunidade apenas os serviços prestados pela ECT que e configuram como serviço postal, tais como expedição, transporte e entrega de correspondências e encomendas.

Estão sujeitas à tributação as atividades econômicas da ECT típicas de empresa privada, entre as quais estão a venda de bilhetes de loterias, telebingos, cartelas, revistas. [...] ¹⁸²

¹⁸⁰ Quanto ao conteúdo dos referidos serviços, remetemo-nos à descrição realizada no item 2.1.

¹⁸¹ Os referidos trechos foram transcritos no item 2.1.

¹⁸² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – 1ª Turma. AC nº 200570000150447/PR. Apelante: Estado do Paraná. Apelada: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT. Relator Desembargador Federal Vilson Daros. Porto Alegre, 21.11.2007. DJU de 04.12.2007. Disponível em www.trf4.gov.br. Acesso em 09 de junho de 2008.

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT. ISSQN.

1. Se comprovado estivesse nos autos que a tributação ocorreu em virtude de comercialização de loterias diversas, caracterizando, pois, serviços distintos da atividade postal, seria de rigor a tributação. Precedente desta Turma.

2. Hipótese em que não há elementos nos autos hábeis a comprovar quais teriam sido as atividades praticadas pela ECT que originaram os valores inscritos em Dívida Ativa. [...] ¹⁸³

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAGOS – ECT. IMUNIDADE RECÍPROCA. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS. SERVIÇO POSTAL (LEI Nº 6.538, DE 22 (sic.). TÍTULOS DE CAPITALIZAÇÃO. IMPENHORABILIDADE DE BENS POR DISPOSIÇÃO LEGAL. INSCRIÇÃO DE PRECATÓRIOS.

1. A ECT é beneficiária da imunidade recíproca estabelecida no artigo 150, VI, a, da Constituição Federal. Não pode o Município de Recife, portanto, cobrar-lhe imposto sobre os serviços postais e os que lhe são relacionados, visto que é serviço público prestado por meio de outorga da União (Decreto-lei nº 509, de 20 de março de 1969).

2. Entretanto, a venda de títulos de capitalização, não é serviço postal, e por isso, sujeita-se à exação. [...] ¹⁸⁴

Não obstante, o afastamento da imunidade quanto a estas atividades não é simples como pode parecer à primeira vista. Recorde-se o exemplo dos imóveis pertencentes a autarquias, porém alugados a terceiros. O STF mantém a imunidade relativa a eles quando se demonstra que a renda auferida com a locação é aplicada nas atividades acobertadas pelo privilégio: “Ainda quando alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU o imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art. 150, VI, "c", da Constituição, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades essenciais de tais entidades” ¹⁸⁵.

Desta forma, há quem argumente que a ECT pode se valer da imunidade mesmo com relação às atividades alheias à definição de serviço postal, desde que a receita com elas auferida seja aplicada na manutenção daquele. Vejamos:

[...] 2. O conceito de serviço postal é dado pelo art. 7º da Lei 6538/78. Em seu artigo 2º e seus parágrafos 1º, 4º e 7º, a Lei 6.538/78 garante a ECT o direito de explorar outros serviços e atividades correlatas, com fulcro de implementar recursos a garantir a continuidade do serviço postal. A

¹⁸³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – 3ª Turma. AC nº 1129534/MS. Apelante: Município de Campo Grande. Apelada: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT. Relator Desembargadora Federal Cecília Marcondes. São Paulo, 30.05.2007. DJU de 04.07.2007. Disponível em www.trf3.gov.br. Acesso em 09 de junho de 2008.

¹⁸⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – 3ª Turma. AC nº 126960/PE. Apelante: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT. Apelado: Município do Recife. Relator Desembargador Federal Geraldo Apoliano. Recife, 27.05.1999. DJU de 23.02.2001. Disponível em www.trf5.gov.br. Acesso em 09 de junho de 2008.

¹⁸⁵ Enunciado nº 724 da Súmula do STF.

imunidade tributária recíproca comporta interpretação extensiva - ao contrário da isenção - para que os valores albergados pelo Texto Constitucional possam atingir suas finalidades. E, por ser imunidade subjetiva, também cabe observar ter o próprio Excelso Pretório a alargado quando se trata de obter renda para financiar as atividades precípua das entidades. Dessa forma, esse serviço "terceirizado" ou "correlato" (explorado diretamente pela ECT) também deve ser tido por serviço postal típico, pois a finalidade de sua execução é a aplicação de seu rendimento no serviço postal típico, não existindo subsunção à lista de serviços passíveis da cobrança do ISSQN. Não há falar em exploração de atividade econômica, mas sim em busca de financiamento e autocusteio do serviço público postal. [...] ¹⁸⁶

O acórdão se refere também às atividades correlatas ao serviço postal (venda de selos, por exemplo ¹⁸⁷). Quanto aos serviços, renda e patrimônio relativos a estas atividades nos parece razoável defender a aplicação da imunidade, uma vez que intimamente relacionadas ao serviço postal, considerando que a inexistência, por exemplo, de selos, papéis para correspondência e listas de códigos de endereçamentos poderia dificultar ou até inviabilizar a prestação do serviço.

Quanto às demais, no entanto, a conclusão obtida pelo acórdão parece criticável. Isso porque parte do serviço postal é altamente rentável, atraindo o interesse da iniciativa privada. Já foi visto, inclusive, que o mercado postal movimentava cerca de 8 bilhões de reais por ano ¹⁸⁸. 55), fato comprovador de que não se trata de uma atividade insustentável, isto é, que necessite de fontes externas para ser custeada. Além disso, parece indevido comparar a exploração de atividades estranhas à definição de serviço postal com a locação de imóveis, pois na locação não se está invadindo esfera de atuação privada e violando princípios constitucionais como o da livre iniciativa. A argumentação em sentido contrário, no entanto, baseia-se em aplicação analógica de enunciado da Súmula do STF, com o que se torna prudente aguardar manifestação daquele Tribunal para se chegar a uma conclusão definitiva.

¹⁸⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – 2ª Turma. AC nº 200572050022664/SC. Apelante: Município de Gaspar. Apelada: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT. Relatora Desembargadora Federal Vânia Hack de Almeida. Porto Alegre, 18.12.2007. DJU de 09.01.2008. Disponível em www.trf4.gov.br. Acesso em 09 de junho de 2008.

¹⁸⁷ As atividades correlatas ao serviço postal, assim como definidas pelo art. 8º da Lei nº 6.538/78, estão descritas na página 38.

¹⁸⁸ Conforme exposto na página 55 deste trabalho.

CONCLUSÃO

Nosso estudo dedicou-se à análise de um tema instigante, por exigir a análise combinada de diversos ramos do Direito, como o Tributário, Constitucional, Administrativo e Econômico e por gerar controvérsias na doutrina e debates no campo da jurisprudência: a aplicabilidade da imunidade recíproca à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

Vistos todos os aspectos que orbitam o tema, é possível extrair duas linhas de conclusão, sendo a primeira baseada na disciplina legal do serviço postal e nos pronunciamentos do STF e a segunda no que consideramos o cenário ideal do serviço postal.

A Lei nº 6.538/78 define como serviço postal toda atividade de recebimento, expedição, transporte e entrega de objetos de correspondência, valores e encomendas. O STF, por sua vez, já se manifestou no sentido de considerar o serviço postal como serviço público e adota a referida definição legal de quais atividades podem ser enquadradas sob a denominação “serviço postal”. Portanto, os serviços, renda e patrimônio da ECT não estão sujeitos à incidência de impostos, pois protegidos pela imunidade recíproca, uma vez que a estatal realiza atividade típica da União, em regime público, sem concorrência e visando diretamente ao atendimento do interesse público. Viu-se na primeira parte do trabalho que a imunidade recíproca funda-se no federalismo: tributar a ECT representaria apor indevido obstáculo à consecução dos fins institucionais de um ente federativo (a União).

Concluimos, entretanto, e ainda não estamos falando do “cenário ideal”, que, mesmo sob a referida disciplina legal, é possível, a partir de um aprofundamento do tema na Suprema Corte, adequar a incidência da imunidade à realidade. Identificamos que a ECT explora atividades estranhas à definição de serviço postal: serviços bancários, de desembaraço aduaneiro, hospedagem de transações comerciais na *internet* etc. A imunidade recíproca tem íntima ligação com serviços públicos, o que permite sua aplicação à ECT, porém fornecimentos como os exemplificados possuem nítido viés comercial, fato que, parece-nos, deveria ser considerado para fins de aplicação do privilégio. Apesar de os acórdãos do STF até então tratarem os serviços prestados pela ECT como um todo, não se atentando ao fato de que alguns não guardam sintonia com a definição de serviço postal, tivemos a oportunidade de reproduzir trechos de votos em que a questão foi levantada, assim como acórdãos de 2ª instância reconhecendo-a, o que torna prudente aguardar novos pronunciamentos daquele Tribunal.

Quanto à segunda linha de conclusão, após detalhados os diversos pontos de vista existentes na doutrina pátria a respeito da natureza jurídica do serviço postal e a tendência de evolução tema no Direito comparado, consideramos essencial o reconhecimento da dupla dimensão (social e comercial) do referido serviço, a fim de que não se ignore sua relevância social e, ao mesmo tempo, não se atrole o princípio da livre iniciativa e a forma de intervenção estatal no domínio econômico preconizada pela CF/88. Ressaltamos ao longo do trabalho as críticas feitas por autorizada doutrina ao que se denomina “deitar a Constituição no leito de Procusto”, isto é, ignorar a conjuntura político-econômica que norteou a elaboração de suas normas, inclusive a crise que reformulou o conceito tradicional de serviço

público e provocou, no Brasil, a clara tendência de diminuição da intervenção direta do Estado na economia.

Com efeito, conforme a doutrina por nós acolhida, classificar o serviço postal como serviço público e adotar sem espírito crítico a ampla definição em vigor significa desprezar as transformações mundiais que vêm ocorrendo no setor e a dimensão comercial do serviço postal, pois vimos que algumas de suas parcelas podem ser identificadas como verdadeiras atividades mercantis, hábeis a serem exploradas sob as regras do mercado. Portanto, na esteira de Ubirajara Custódio Filho e do Direito Comunitário europeu, consideramos ideal o modelo que reconhece a dimensão social do serviço postal, mantendo o regime público de prestação da sua parcela essencial, e permite a exploração das demais pela iniciativa privada. Ideal porque compatível com o nítido viés liberal, cujo caráter não-absoluto não possui o condão de fazê-lo desaparecer, da Constituição Federal e de uma série de princípios por ela consagrados.

Tal medida, concluímos, poderia ser efetivada por opção do legislador, retirando o caráter público de certas parcelas do serviço postal ou, até mesmo, pela tomada de postura crítica por nossos Tribunais a respeito da definição legal de serviço postal. Neste ponto, a argumentação tem respaldo nas lições de Geraldo Ataliba, para quem a definição do que vem a ser serviço postal deve ser buscada através da interpretação sistemática da Constituição, desprezando-se a ampla definição estabelecida pelo legislador ordinário. O autor sustenta, assim, que cartas comerciais não fariam parte do conceito e a exploração de sua distribuição não representaria serviço público, pois a CF teria se referido apenas às cartas missivas.

Eventuais mudanças surtiriam efeitos na questão da aplicabilidade da imunidade recíproca à ECT. No entanto, reiteramos, de acordo com a ordem jurídica em vigor e a interpretação que lhe dá o STF, o conteúdo do serviço postal é aquele estabelecido pelo legislador ordinário e a ECT, por prestar serviço público, tem direito ao gozo da imunidade recíproca por ser instrumento de atuação da União na consecução dos seus fins institucionais.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Rogério Emílio de. Considerações acerca do reconhecimento de imunidade tributária e da concessão de privilégios fiscais às empresas públicas prestadoras de serviços públicos. **Revista Virtual da AGU**, n. 15, outubro, 2001. Disponível em: <http://www.escola.agu.gov.br>. Acesso em 17 de abril de 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos. Serviços Públicos e Concorrência. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 1, fevereiro, 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em 05 de maio de 2008.

ATALIBA, Geraldo. **Constituição e Constituinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

_____. Malotes internacionais – serviço público de correios – monopólio postal – liberdade de movimentação de documentos. **Revista de Direito Público**, São Paulo, janeiro-março/1986.

_____. **Natureza Jurídica da contribuição de melhoria**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.

ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BALEEIRO, Aliomar de Andrade. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Regime Constitucional do Serviço Postal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 90, n. 786, p. 131/159, abr. 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro e Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1992. v.3. Tomo I.

CARNEIRO, MARIA NEUENSCHWANDER ESCOSTEGUY. **Exame da Possibilidade Jurídica de Modificação do “Monopólio” Postal**. 2004. 205 f. Dissertação (Mestrado em Direito da Regulação) - Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2004.

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

_____. **Curso de direito constitucional tributário**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **Princípios constitucionais tributários e competência tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 9 ed. São Paulo: Forense, 2006.

CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. **O Serviço Postal no Direito Brasileiro**. Curitiba: J.M. Editora, 2006.

GONÇALVES, Pedro. **A Concessão de serviços públicos**. Coimbra: Almedina, 1999. p. 8.

GRAU, Eros Roberto, **A Ordem econômica na constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

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

ICHIHARA, Yoshiaki. **Direito tributário**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de Serviços Públicos**. São Paulo: Dialética, 1997.

_____. **Teoria geral das concessões de serviços públicos**. São Paulo: Dialética, 2003.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Reestruturação do Setor Postal Brasileiro. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v. 19, p. 149-169, abril/maio 1997.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direito Empresarial – Pareceres**. 2 ed. São Paulo: Forense, 1986.

_____. Imunidade Tributária dos Correios e Telégrafos. **Revista Jurídica**, São Paulo, v. 49, n. 288, p. 32-39, out. 2001.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Natureza e regime jurídico das autarquias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

_____. Sociedades Mistas, Empresas Públicas e o Regime de Direito Público. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 10, maio/junho/julho, 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em 16 de abril de 2008.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Mutações nos Serviços Públicos. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 1, fevereiro, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em 05 de maio de 2008.

PEREIRA, Tadeu Rabelo. **Regime(s) jurídico(s) das empresas estatais que exploram atividade econômica**. 1 ed. Porto Alegre: Síntese, 2001.

RODRÍGUEZ, Carlos Pateiro. El proceso y el modelo liberalizador del sector postal en la Unión Europea. Referencia al caso de España. **Información Comercial Española, ICE: Revista de economía**, nº 808, 2003. p. 141/160. Disponível em <http://dialnet.unirioja.es/>. Acesso em 30 de maio de 2008.

ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio Franco da. **Manual de direito financeiro & direito tributário**. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SOUTO, Marcos Jurena Villela. **Direito administrativo das concessões**. 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SOUZA, Horácio Augusto Mendes de. Serviço Público: conceito, classificação e limites à gestão empresarial. In: SOUTO, Marcos Jurena Villela; MARSHALL, Carla C. (Coord.) **Direito empresarial público**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002. p. 393-448.

TEPEDINO, Gustavo. Da inconstitucionalidade do monopólio postal da União. **ADV Advocacia Dinâmica: Boletim Informativo Semanal**, v.10, n.45, nov./90.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

WALD, Arnaldo. O papel do Estado no limiar do Século XXI. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Desafios do Século XXI**. Revisão de Janice Yunes Parim. São Paulo: Pioneira: Academia Internacional de Direito e Economia, 1997.