

**CORREIOS SOB SUSPEIÇÃO: CONTRADIÇÕES ENTRE SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL E O CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA
ECONÔMICA QUANTO À IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA
PREJUDICIAL À LIVRE INICIATIVA**

*POSTAL SERVICE UNDER SUSPICION: CONTRADICTIONS BETWEEN
THE SUPREME FEDERAL COURT AND THE ADMINISTRATIVE
COUNCIL FOR ECONOMIC DEFENSE AS TO RECIPROCAL HARMFUL
TAX IMMUNITY TO THE FREE INITIATIVE*

Elisberg Francisco Bessa Lima*

Uinie Caminha**

RESUMO: O artigo tem por objetivo analisar o princípio da livre iniciativa diante da interpretação extensiva da imunidade recíproca realizada pelo Supremo Tribunal Federal-STF-, para reconhecer direito à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, comumente conhecida como Correios, de proteção ampla e irrestrita contra impostos incidentes sobre seus bens e serviços, independentemente de estes estarem afetados pelo regime constitucional de exclusividade ou monopólio. Para tanto, citam-se as questões de referência deste trabalho: O princípio da livre iniciativa como preceito constitucional, pode ser compreendido também como vertente da autonomia privada? A imunidade tributária recíproca, quando interpretada extensivamente pelo STF, pode acarretar desequilíbrios concorrenciais? O direito à proteção ampla contra

Artigo recebido em 12 de abril de 2019.
Artigo aceito em 25 de setembro de 2019.

* Doutorando em Direito Constitucional – UNIFOR. Especialização em Direito Empresarial pela Instituição FGV, em Direito e Processo Tributários (FIC) e em Auditoria (UFC). Mestre em Direito Constitucional - UNIFOR.. Docente da Escola Superior do Ministério Público e da Escola Superior de Advocacia. Docente integrante do Programa Tutorial Acadêmico do Centro de Ciências da Comunicação e Gestão da UNIFOR. Advogado. Endereço para contato: elisberg@unifor.br

** Doutora pela Universidade de São Paulo. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza. Endereço para contato: ucaminha@gmail.com

impostos dos Correios, reconhecido pelo STF, confronta entendimento técnico do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – CADE? Consta-se, assim, mediante pesquisa bibliográfica, pura e qualitativa, a contraditória compreensão do STF sobre a temática, diante da Nota técnica nº. 8/2017 do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – CADE.

Palavras-Chave: Princípio da livre iniciativa. Imunidade recíproca. Correios. Supremo Tribunal Federal. Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência.

ABSTRACT: The article aims to analyze the principle of free initiative as against of the extensive interpretation of the reciprocal immunity performed by Federal Supreme Court (STF), to recognize the right of the Brazilian Postal and Telegraph Services Company, commonly known as Post Office, of protection ample and unrestricted of against taxes levied on their goods and services, regardless of whether they are affected by the constitutional regime of exclusivity or monopoly. Therefore, references are made to the points of this work: Is the principle of free initiative a constitutional precept that can also be understood as a component of private autonomy? Can reciprocal tax immunity, when interpreted extensively by the Supreme Court, lead to competitive imbalances? The right to the broad protection against taxes of the Post, recognized by the STF, confronts a technical understanding of the Administrative Council of Defense of Competition - CADE? It is verified, through a bibliographical research, pure and qualitative, the contradictory understanding of the STF on the subject, before Technical Note no. 8/2017 of the Administrative Council for the Defense of Competition - CADE.

Keywords: Principle of free initiative. Mutual immunity, Postal service. Federal Court of Justice. Administrative Council for the Defense of Competition.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LIVRE INICIATIVA COMO VERTENTE DA AUTONOMIA PRIVADA NO ÂMBITO EMPRESARIAL; 3. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA POR EXTENSÃO E SEU PODER INTERVENTIVO NO MERCADO PRIVADO; 4. TESES DE REPERCUSSÃO GERAL SOBRE IMUNIDADE RECÍPROCA EXTENSIVA AOS CORREIOS CONTRÁRIAS À NOTA TÉCNICA Nº 08/2017 DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, PROCESSO N. 08700.009588/2013-14. 5. PRÁTICAS ANTICONCORRENCIAIS REALIZADAS PELA ECT: RAZÕES DA NOTA TÉCNICA Nº. 8/2017 DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, PROCESSO N. 08700.009588/2013-04; 6. CONCLUSÕES; 7. REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

Este artigo tem por escopo analisar o princípio da livre iniciativa em face da interpretação extensiva realizada pelo Supremo Tribunal Federal-STF- acerca do instituto da imunidade recíproca, concedendo à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos-EBCT-, comumente conhecida como Correios, a proteção contra impostos incidentes sobre os seus bens e serviços, afetados ou não pelo regime constitucional da exclusividade ou monopólio estatal.

A temática assume contornos constitucionais, pois se trata de dois valores protegidos pela ordem constitucional, quais sejam: livre iniciativa e imunidade recíproca. Ademais, ganha relevância social e jurídica, quando se invoca as peculiaridades e a função de relevante interesse de integração nacional da EBCT, para justificar concessão de tratamento tributário diferenciado, mesmo se potencialmente danoso à livre concorrência.

Citam-se as indagações que norteiam o presente trabalho: O princípio da livre iniciativa, como preceito constitucional, pode ser compreendido também como vertente da autonomia privada? A imunidade tributária recíproca, quando interpretada extensivamente pelo STF, pode acarretar desequilíbrios concorrenciais? O direito à proteção ampla contra impostos sobre EBCT, reconhecido pelo STF, confronta entendimento técnico do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – CADE?

Para tanto, no decorrer deste trabalho, busca-se compreender o princípio da livre iniciativa como concepção da autonomia privada no âmbito empresarial, fundamentando-se na ordem constitucional. Verificar-se, ainda, a aplicação do instituto da imunidade tributária recíproca a pessoas jurídicas de direito privado como instrumento de potencial desequilíbrio de mercado. Por fim, analisa-se comparativamente as teses de repercussão geral sobre a temática, diante da Nota

Técnica nº. 8/2017 do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, que constatou práticas anticompetitivas da EBCT no processo administrativo n. 08700.009588/2013-04.

Desenvolve-se, assim, este trabalho acadêmico, inicialmente, discorrendo-se sobre princípio da livre iniciativa e seu fundamento constitucional, evidenciando-se a sua vertente como autonomia privada. Expressa-se, em seguida, sobre a imunidade tributária recíproca por extensão e seu poder interventivo no mercado, fazendo-se uma abordagem conceitual e constitucional deste instituto, além de se evidenciar critérios interpretativos sobre a temática adotados pelos STF. Por fim, analisam-se as teses de repercussão geral elaboradas em decorrência dos Recursos Extraordinários: 599176, 594015, 638.315, 773992, 601392 e 627051 e a manifestação técnica do CADE em seu processo administrativo n. 08700.009588/2013-04.

No que diz respeito aos aspectos metodológicos, as hipóteses são investigadas por meio de um estudo descritivo-analítico. Em relação à tipologia da pesquisa, esta é bibliográfica, pois se deu mediante análise da literatura já publicada em forma de livros, revistas, publicações especializadas e artigos que envolveram o tema em análise. Quanto à utilização dos resultados, classifica-se como pura, visto ser realizada com o intuito de aumentar o conhecimento sobre a relação entre o princípio da livre iniciativa e a imunidade recíproca, e a sua aplicabilidade em relação ao EBCT. Segundo a abordagem, é qualitativa, na medida em que se aprofunda na compreensão das relações sociais afetadas pelo modo como o STF interpreta a imunidade tributária recíproca.

Por conseguinte, este trabalho demonstra as divergências em torno da extensão da imunidade recíproca em benefício da EBCT evidenciadas entre os próprios ministros do STF que, em sua maioria, ainda acreditam na inofensividade

concorrencial dessa empresa pública, em contraponto ao que afirma parecer técnico do CADE.

2. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LIVRE INICIATIVA COMO VERTENTE DA AUTONOMIA PRIVADA NO ÂMBITO EMPRESARIAL

Analisa-se a livre iniciativa como princípio positivado na ordem jurídica brasileira, fazendo-se, inicialmente, uma sucinta abordagem evolutiva desse preceito nas diversas ordens constitucionais do País, para, em seguida, relacioná-lo ao instituto da autonomia privada no âmbito empresarial. Objetiva-se, assim, a compreensão da livre iniciativa como direito tradicionalmente garantido nas Constituições pátrias, em preservação da necessária liberdade do ato de empreender, diante de possíveis intervenções desmedidas do Poder Público no domínio econômico.

2.1 Princípio da livre iniciativa sob a concepção constitucional

A livre iniciativa é a possibilidade de o indivíduo exercer o seu empreender, principiando a atividade econômica do seu interesse, seja como empresário ou profissional autônomo, sem sofrer impedimentos por parte do Poder Público, ressalvadas exigências legais protetivas da própria livre concorrência e necessárias participações estatais em mercados relevantes à segurança nacional. Logo, tal postulado tem como fundamento maior a liberdade do agir humano no processo de produção de riqueza, devendo limitar-se o Estado a produzir regras garantidoras deste exercício e atuar com agente apenas no limite autorizado pela vigente Constituição.

Neste sentido, Ferraz Jr¹. ressalta a espontaneidade humana no processo produtivo do inédito, em realizar algo novo, como condição fundamental à geração de riqueza, cabendo ao Estado respeitá-la, normatizando e regulando práticas que prestigiem tal liberdade, sob pena de bloqueá-la, colocando-se no seu lugar na estrutura fundamental de mercado.

Percebe-se, assim, que a livre iniciativa é uma vertente da liberdade humana, refletindo o seu agir criativo, inovador ou, simplesmente, realizador de suas aspirações, devendo, portanto, ser compreendido com direito fundamental. Ingo Sarlet afirma que os direitos do indivíduo diante do Estado foram especialmente compreendidos como direitos fundamentais de primeira dimensão em decorrência do Estado Liberal, em que se demarca uma área de não intervenção do Estado em homenagem a autonomia individual, concluindo o supracitado autor afirma que: “O direito à livre iniciativa econômica se insere, sem sombras de dúvidas, nessa classificação”².

A livre iniciativa, diante desta concepção, foi uma conquista do indivíduo em frente ao poder estatal, espelhando sobretudo circunstâncias históricas de embates entre a intervenção estatal e a liberdade de agir dos indivíduos. No entanto, o livre agir não garantiu igualdade material entre os homens, levando à abusos, desta feita, provocado pelos próprios indivíduos que se preocuparam no acúmulo de riqueza tolhendo, inclusive, a liberdade alheia. Volta-se, assim, o que Streck denominou de ampliação da atuação positiva do Estado:

Com a ampliação da atuação positiva do Estado tem-se a diminuição no âmbito da atividade livre do indivíduo, emergindo como um novo fator a busca pela justiça social, materializada na

¹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Congelamento de preços: tabelamentos oficiais. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 91, p.77, set. 1989.

² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 31, p. 260, out. 2012.

necessidade de apoiar os indivíduos quando o mercado não se mostrava flexível ou sensível às suas necessidades básicas.³

Tal passagem representa a transição entre o denominado Estado Liberal, que alcançou o seu apogeu no século XIX, com a consolidação do liberalismo econômico, em que o mercado é autorregulado, devendo ser protegido contra a intervenção estatal maléfica; para o Estado Social, século XX, interventivo na ordem social e econômica, que segundo Silva “refere-se à correção do individualismo clássico liberal pela afirmação dos chamados direitos sociais e realização de objetivos de justiça social”⁴.

A livre iniciativa passa a ser influenciada por este modelo de Estado, regido por uma maior participação do Estado no domínio privado, respondendo às falhas do livre mercado do liberalismo clássico, geradas, sobretudo, por uma estrutura econômica concentradora dos fatores de produção em poucos. Para tanto, moldada foi a livre iniciativa a valores além da liberdade negocial, assumindo-se parâmetros da justiça social.

Para Moreira⁵, a livre iniciativa neste novo contexto deve ser interpretada sob a concepção teleológica, ou seja, estando condicionada a sua legitimidade ao seu exercício voltado à dignidade da pessoa humana, atendendo demais valores de ordem constitucional.

Neste mesmo sentido, Silva⁶ ressalta que a liberdade de iniciativa econômica deve obedecer aos parâmetros estabelecidos pelo Poder Público,

³ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004. p. 58.

⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 794.

⁵ MOREIRA, Egon Bockmann. Reflexões a propósito dos princípios da livre iniciativa e da função social. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, n.16, p.27-42, out./dez. 2006, p. 46.

⁶ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 794.

sendo legítima apenas se estiver voltada à justiça social, pois, para o supracitado autor, não bastaria o lucro ou a realização pessoal do empreendedor para justificar a sua realização.

A liberdade de atuar no mercado, seja mediante atividade empresária ou a oferta de mão de obra, estaria condicionada a valores pautados pelo senso da coletividade em que o Estado atuaria como vigilante e dirigente em determinadas matérias de relevante interesse público. No entanto, independente do grau de intervencionismo estatal na ordem privada, que variam de acordo com modelos estatais em diferentes épocas e sociedades, a livre iniciativa é postulado da liberdade e como tal é um direito fundamental, devendo a sua essência ser preservada. Assim, expressa Timm⁷: “por ser uma extensão da liberdade humana, a livre iniciativa é um direito fundamental, uma vez que em uma economia de mercado, não há como existir dignidade sem liberdade econômica”.

A vigente ordem constitucional brasileira assume a livre iniciativa como princípio, inovando em relação às anteriores Constituições, não por positivar a liberdade econômica, o que vem sendo preceito constitucional desde a Constituição de 1934, diferenciando-se apenas quanto ao grau de intervencionismo estatal; mas, sim, colocando-a ao patamar de fundamento da República Federativa do Brasil. O artigo primeiro do vigente texto constitucional enuncia como fundamento do País “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”.

Evidencia-se, assim, que a livre iniciativa está atrelada a valores sociais, por vontade do legislador constituinte, devendo, portanto, ser compreendida, no

⁷ TIMM, Luciano Benetti. **O Novo Direito Civil, ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 104.

dizer de Grau⁸ no quanto expressa de socialmente valioso, deixando-se de lado a sua concepção clássica individualista.

O artigo 5º da Constituição Federal de 1988⁹, inciso XIII, estabelece a liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; demonstrando, também, a livre iniciativa com um direito individual. Forçoso é admitir que tal direito está condicionado a uma ordem social, como se infere com os incisos XXII e XXIII, pelos quais se garante a propriedade pelo atendimento de sua função social. O exercício da individualidade deve estar pautado na realização pessoal, demonstrada na propriedade e na realização do interesse social; quando, por ordem constitucional, garante-se a dita propriedade pelo exercício de sua função social.

O texto constitucional de 1988 segue a relacionar os interesses privados aos sociais ao tratar em seu Título VII, Da Ordem Econômica e Financeira; Capítulo I, Dos Princípios Gerais da atividade Econômica, artigo 170¹⁰, ao impor a qualquer atividade econômica no País, princípios que se completam e ao mesmo tempo servem de orientação uns aos outros, tais como: soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade e livre concorrência. Consolida tais ditames,

⁸ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 198.

⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 2015.

¹⁰ 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: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

expressando a livre iniciativa como primazia, sendo suas limitações ressalvas, exceções, ditadas por lei.

Outra vertente da livre iniciativa imposta como princípio constitucional, além da liberdade do indivíduo de realizar a sua atividade econômica, via de regra, sem impedimento de ordem pública, é fazê-la sem concorrência direta do Estado, podendo este exercer diretamente atividade econômica apenas excepcionalmente, nos casos previstos na Constituição, necessários aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, nos termos da lei.

É nessa concepção que se impõe ao Estado, em frente à ordem econômica, funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este, conforme artigo 174¹¹ do Constituição de 1988, determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. Logo, o Estado como agente do mercado se permite apenas excepcionalmente, respeitando-se a autonomia do setor privado, inclusive quanto a planos diretivos do Poder Público.

Por conseguinte, os elementos jurídicos que contornam o instituto da livre iniciativa, assim como determinam a sua essência, foram expressamente dispostos na Constituição Federal de 1988, podendo-se compreender que a liberdade de escolha e atuação no âmbito econômico é a regra, sendo influenciada por vontade de natureza público-governamental apenas, excepcionalmente, por autorização constitucional, em nome de valores tão importantes quanto: interesse social e segurança nacional.

¹¹ 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.

2.2 Autonomia privada sob a concepção de livre iniciativa empresarial

Compreender a livre iniciativa como vertente da autonomia privada se faz necessário para se consolidar a primazia da livre escolha econômica, diante de interesses interventivos do Estado. Repise-se que não se pode confundir a citada liberdade com a ideia clássica do livre mercado ou do absenteísmo estatal, ideia essa já afastada secularmente. Entende-se que se deve ter como regra o livre agir, moldando-se este em razão de flutuantes necessidades de ordem privada e pública.

Para tanto, conceitua-se a expressão autonomia privada e, depois, relaciona-se o seu contexto à livre iniciativa econômica, pretendendo-se compreender a liberdade como valor constitucional a preservar.

Roppo¹² expressa sobre autonomia privada partindo do conceito etimológico do vocábulo autonomia, esclarecendo o significado grego da palavra formada por *auto* e *nomos*, representando a ideia de independência, autodeterminação, ou seja, reger-se por leis próprias. Percebe-se, pois que, considerando tal significado, a autonomia não se coaduna com intervenções externas, não admitindo externalidades capazes de impor direções às escolhas particulares.

Nessa mesma linha de raciocínio, Betti¹³ expressa que “autonomia significa a autorregulamentação dos próprios interesses e relações, exercida pelo próprio titular”. Admite-se, assim, que a autonomia privada está sujeita a regras, no entanto, regras essas estabelecidas pelo próprio indivíduo.

¹² ROPPO, Enzo. **O contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p. 128.

¹³ BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003. p. 71.

Já na concepção de Gomes¹⁴, a autonomia privada está evidenciada na liberdade de contratar, ou seja, no poder do indivíduo manifestar a sua própria vontade, reconhecida e tutelado tal poder na própria ordem jurídica. Nas relações negociais, está evidenciada a autonomia privada, pois é nessas interações que os indivíduos realizam as suas próprias normas às quais devem sujeição, sob o resguardo da própria ordem jurídica.

Define, assim, Francisco Amaral¹⁵ como sendo “o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina”. Expressa ainda o citado autor que é pela autonomia privada que o indivíduo tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe conteúdo, forma e efeito, tendo como área de excelência o direito obrigacional.

Percebe-se, assim, que os citados autores associam a autonomia privada à autorregulamentação, garantida por uma ordem jurídica, ou seja, o indivíduo manifesta a sua livre vontade, cujo respeito está garantido por uma ordem jurídica. Santoro Passarelli¹⁶ afirma: Na autonomia privada, há um concurso de fontes (autônoma e heterônoma) na determinação do regulamento dos interesses. Assim, por exemplo, a locação de um imóvel é regulada por uma fonte autônoma (contrato de locação) e outra heterônoma.

A autonomia privada é exercida pelos particulares em razão de normas que lhes são disponibilizadas pelo ordenamento jurídico, cabendo ao próprio indivíduo utilizá-la ou não, a depender da sua vontade, dos seus próprios interesses, diante de relações recíprocas.

¹⁴ GOMES, Orlando. **Contratos**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 22.

¹⁵ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 347.

¹⁶ PASSARELLI, Santoro. **Teoria geral do direito civil**. Trad. Manuel de Alarcão. Coimbra: Atlântida, 1967. p. 243.

Nesse sentido, pode-se diferenciar autonomia privada da autonomia de vontade, sendo esta a liberdade de autodeterminação, segundo sua própria razão moral, já aquela o poder de autorregulamentação do indivíduo, escolhendo normas que lhes são dadas pela ordem jurídica de acordo com a sua conveniência. Logo, a autonomia da vontade está mais voltada para manifestação de vontade própria, já a autonomia privada, para a estabelecimento de normas de acordo com o interesse próprio.

No entanto, a livre iniciativa é vertente da autonomia privada, cuja essência se encontra na autonomia de vontade, pois é por meio da liberdade do expressar o interesse próprio que se conduz a autorregulamentação. Logo, se um indivíduo pretende exercer alguma atividade econômica, ele o faz mediante a sua manifestação de vontade – autonomia de vontade – relacionando-se negocialmente, mediante normas cuja sujeição cabe a ele definir.

Por conseguinte, o princípio da livre iniciativa está amparado como valor constitucional, em razão de ser inerente à liberdade, revestindo-se do caráter de direito fundamental, pois assegura ao indivíduo o exercício de sua personalidade expressa na manifestação de sua vontade e na sua capacidade de autorregulamentação, agindo o Estado brasileiro a garantir-lhe tal condição, segundo preceitos da justiça social.

3. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA POR EXTENSÃO E SEU PODER INTERVENTIVO NO MERCADO PRIVADO

O instituto da imunidade tributária é matéria que desperta discussões de ordem doutrinária e jurisprudencial, pois é compreendido como normas limitantes do poder de tributar, pois nega exercício de competência tributária dos Entes políticos sobre determinadas pessoas, fatos ou objetos, em razão de valores jurídicos fundamentais à ordem tributária, tais como: pacto federativo, segurança

jurídica, liberdade religiosa, propagação da cultura, transparência, confiança entre os sujeitos da tributação etc.

A incidência tributária se dá mediante o exercício da competência tributária pelos Entes Políticos do País, que ao exercê-la cria uma norma, denominada no âmbito tributário de hipótese de incidência, descritiva de um fato que, se ocorre no mundo fenomênico, gera uma obrigação tributária. Tal competência é resultado da distribuição de parcelas do Poder de tributar entre a União, Estados, Municípios de Distrito Federal, uma expressão, portanto, da soberania nacional, matéria reservada à Constituição Federal de 1988.

Sendo assim, por se tratar a imunidade tributária de norma negativa de competência tributária, ou seja, nega o constitucional Poder de Tributar, também se torna matéria reservada ao texto constitucional. Nesse sentido, imunidade é conceituada por Falcão: “uma forma qualificada ou especial de não incidência, por supressão, na Constituição, da competência impositiva ou do poder de tributar, quando se configuram certos pressupostos, situações ou circunstâncias previstas pelo estatuto supremo.”¹⁷.

Percebe-se, assim, que a norma imunizante tem um duplo efeito, conforme expressa Ferreira Sobrinho¹⁸; ela, além de impedir o legislador ordinário a criar hipóteses incidências tributárias sobre determinadas pessoas ou objetos, concedem aos seus beneficiários o direito subjetivo de não ser incomodados por determinada tributação.

A norma imunizante pode promover esta proteção tributária a diversas situações, devendo todas constar no texto constitucional. Podem-se citar a

¹⁷ FALCÃO, Amílcar de Araújo. **Fato Gerador da Obrigação Tributária**. 6. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1999, p. 64.

¹⁸ FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. **Imunidade Tributária**. 1a. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

imunidade religiosa, cultural, musical, dos partidos políticos e entidade sindicais dos trabalhadores e instituições assistências e educacionais sem fins lucrativos, mas, em respeito ao objeto de análise do presente trabalho acadêmico, faz necessário se concentrar na análise da imunidade recíproca.

3.1. Abordagem conceitual e o fundamento constitucional de imunidade tributária recíproca

Como é inerente a toda norma negativa de competência tributária, a imunidade tributária recíproca tem previsão constitucional, no texto da vigente Constituição, artigo 150¹⁹, inciso VI, alínea a, complementado pelos parágrafos 2º e 3º. Expressa que as pessoas políticas não podem cobrar impostos umas das outras, proteção constitucional estendida também às suas autarquias e fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, sem, no entanto, alcançar, via de regra, às sociedades de economia mista e empresas públicas.

Coelho²⁰ afirma que já havia previsão constitucional para tal imunidade desde a 1ª Constituição Republicana, a de 1891, influenciada pelo constitucionalismo norte-americano, expressamente proibia que as pessoas políticas tributassem umas às outras por meio de impostos.

¹⁹ Constituição Federal de 1988, 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, um dos outros. (...) § 2º A vedação do inciso VI, a, é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes. § 3º As vedações do inciso VI, a, e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.

²⁰ COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**, 14.ed., 2015, p. 259.

Ressalte-se que a análise de uma norma imunizante deve partir da identificação de suas razões, pois o padrão é que todos contribuam com o financiamento de serviços públicos gerais, pagando impostos, tributo de natureza não vinculada a qualquer atividade estatal contraprestacional, específica e direta, a um determinado contribuinte, tampouco de receita vinculada, ressalvadas as disposições constitucionais em contrário. Logo, por não ter caráter retributivo, tendo por finalidade custear serviços públicos gerais, tais como: saúde e segurança, estando atrelado, especialmente, a capacidade contributiva do sujeito passivo da tributação.

Portanto, deve-se compreender o que leva o legislador constituinte proteger determinadas pessoas do pagamento deste específico tipo de tributo, tão importante para a manutenção das atividades estatais gerais. No caso deste estudo, a pergunta que se faz é: por que proteger os Entes políticos da tributação pelos impostos? Qual a razão de se admitir a incidência de impostos sobre as sociedades de economia mista e empresas públicas, mas impedi-la sobre as autarquias e fundações instituídas e mantidas pelo poder público.

Sobre a importância de se identificar o fundamento, Torres²¹ encontra, no princípio da igualdade, a motivação para se buscar compreender a razão de se diferenciar determinadas pessoas ou objetos, protegendo-os de impostos, ressaltando, inclusive que tal tarefa é necessária para se interpretar a norma imunizante.

Ponto crucial na busca pelas razões da imunidade recíproca está no princípio federativo, pelo qual deve prevalecer o postulado da isonomia das pessoas políticas, em nome de uma estrutura federativa harmônica e cooperativa,

²¹ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 167.

voltada a união indissolúvel dos Entes da Federação. Carvalho²² descreve a relação entre a imunidade recíproca e o pacto federativo adotado no País: “uma decorrência pronta e imediata do postulado da isonomia dos entes constitucionais, sustentado pela estrutura federativa do Estado brasileiro e pela autonomia dos Municípios”.

Evidencia-se o federalismo brasileiro com fundamento da imunidade recíproca, sobretudo, pela não intervenção de uma pessoa política sobre a outra, em especial, no âmbito das finanças públicas, salvo as exceções descritas no próprio texto constitucionais. Permitir que um Ente cobre imposto de outro, seria motivar pressões de caráter econômico-financeiro entre eles, não compatível com o ideal do federalismo cooperativo brasileiro. Para Harada²³: O elemento teleológico que justifica a norma em comento atrela-se a princípio federativo (art. 60, § 4º, I, CF), como cláusula pétrea, à luz do postulado da indissolubilidade do pacto federativo, que prevê uma “convivência harmônica das entidades políticas componentes do Estado Federal Brasileiro”.

Os Entes devem, portanto, reconhecer a importância das receitas públicas a todos, devendo mantê-la o máximo possível reservadas às atribuições estatais, principalmente, custear serviços públicos que atendam às necessidades da sociedade. Sendo assim, não seria compatível com espírito federalista com o qual foi pensada a união entre os entes políticos do País, dispor de recursos públicos para pagar impostos.

No entanto, natural é a indagação: por que a proteção apenas quanto aos impostos, se o fundamento é a preservação de recursos das pessoas políticas para o alcance de seus constitucionais objetivos? Essencialmente, porque os demais

²² CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 185.

²³ HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 291.

tributos têm como características a vinculação, seja quanto a alguma atividade estatal direta ao contribuinte, seja por ter receitas já vinculadas a determinados fins. Exemplifica-se, tal condição, com as taxas, tributo não atingido pela imunidade recíproca, pois tem natureza retributiva, ou seja, o ente instituidor da taxa deve realizar uma atividade direta ao seu contribuinte, havendo, portanto, um custo público para tal realização que deve arcar pelo seu beneficiário direto. Neste sentido, Regina Helena Costa afirma: “não há, à evidência, impedimento à exigência de taxas, contribuição de melhoria e contribuições sociais.”²⁴.

Compreende-se, também, como fundamento da imunidade recíproca o princípio da capacidade contributiva, pelo qual admite-se que os entes políticos não teriam como pagar impostos, já que todas as suas receitas já devem estar comprometidas com a satisfação das necessidades públicas, não havendo assim sobras financeiras que pudessem ser gastas com pagamento de impostos.

Ressalta-se que haver capacidade econômica não significa ter capacidade contributiva, pois a depender da quantidade e tipo de despesas que tenha determinado contribuinte, todo o seu poder econômico pode ser destinado a tais dispêndios, faltando-lhe capacidade para contribuir com o Poder Público. Assim expressa Schoueri:

Daí a importância da discussão que já se propunha acima, no sentido de que a construção da imunidade que aqui se apresenta, do tipo subjetivo, encontre outro fundamento, desta feita, a capacidade contributiva.

Sob o prisma do Princípio da Capacidade Contributiva, parece certo afirmar que não se poderia admitir que uma pessoa jurídica de Direito Público, atuando dentro de sua finalidade, possuísse capacidade contributiva. Tudo o que ela arrecada já é voltado aos gastos da coletividade, descabendo, pois, cogitar de

²⁴ COSTA, Regina Helena. **Imunidades tributárias**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 139.

parcela que “sobra” para atender a gastos imputados a outra pessoa jurídica de Direito Público.²⁵

Relacionar o princípio da capacidade contributiva como fundamento da imunidade recíproca é importância para se interpretar os comandos constitucionais que disciplinam a extensão desses benefícios às entidades da administração pública indireta.

O supracitado parágrafo 2º, do inciso VI, alínea a, da vigente Constituição, estende a imunidade recíproca 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 as delas decorrentes. Ou seja, tais entidades têm uma finalidade especialmente atender a necessidades sociais, promovendo serviços de natureza pública, funcionando como instrumento de alcance de atribuições do próprio poder público, por isso, não teriam outra destinação de seus recursos a não ser a supressão de necessidades públicas. Em razão disso, embora possa ter capacidade econômica, não teriam capacidade contributiva.

Diferentemente são as instituições que, mesmo fazendo parte da administração pública indireta, exploram atividade econômicas sob regime de direito privado, conforme o parágrafo 3º, do inciso VI, alínea a, passando estas a ter outras finalidades que não sejam propriamente atender a alguma necessidade pública, como por exemplo, auferir renda com a finalidades de distribuição entre os seus sócios. Neste sentido, manifesta é a capacidade contributiva de tais entidades, havendo por bem o legislador constituinte não o beneficiar com a imunidade recíproca. Tal impedimento está ainda mais explícito seu artigo 173, parágrafo 2º, da vigente Constituição: “As empresas públicas e as sociedades de

²⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 480.

economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos as do setor privado”.

Por conseguinte, os fundamentos constitucionais justificadores da imunidade recíproca passam pelo princípio federativo de cooperação e harmonia entre entes da federação, assim como pela capacidade contributiva inerente, via de regra, às pessoas jurídicas de direito privado.

3.2 Critérios interpretativos adotados pelos Supremo Tribunal Federal para reconhecimento da imunidade tributária recíproca à pessoa jurídica de direito privado

Compete ao Supremo Tribunal Federal-STF- julgar, mediante recurso extraordinário, em única ou última instância, decisões contrárias a dispositivo desta Constituição, devendo, inclusive, sumular matérias de repetidas apreciações como corte constitucional e exigir do recorrente a demonstração de repercussão geral do caso a ser submetido à corte constitucional, nos termos do artigo 102²⁶ do vigente texto constitucional.

A imunidade tributária é matéria reservada ao texto constitucional, pois é regra negativa de competência tributária, de forte apelo social, pois atinge, direta ou indiretamente, a toda sociedade, sendo, portanto, comumente modulada pela suprema corte. Em pesquisa no *site* do Supremo Tribunal Federal, já foram proferidas 17 teses de repercussão geral relativas à imunidade tributária, sendo

²⁶ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; [...]§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

que dessas, 6 referentes à imunidade recíproca, utilizando-se com paradigmas os acórdãos dos seguintes Recursos Extraordinários: 599176, 594015, 638.315, 773992, 601392 e 627051.

No acórdão do Recurso Extraordinário-RE nº. 599176²⁷, publicado em 05/06/2014, foi proferida a tese de repercussão geral determinando que “A imunidade tributária recíproca não exonera o sucessor das obrigações tributárias relativas aos fatos jurídicos tributários ocorridos antes da sucessão”. Neste caso, o supracitado RE reformou o acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região que havia considerado aplicável a imunidade recíproca a débitos tributários da extinta Rede Ferroviária Federal S.A., pessoa jurídica de direito privado, apenas por esta ter sido sucedida pela beneficiária da imunidade União Federal, nos termos no voto do então Relator Ministro Joaquim Barbosa:

Segundo a jurisprudência desta Suprema Corte, a imunidade tributária recíproca é um instrumento de calibração do pacto federativo, destinado a proteger os entes federados de pressões econômicas projetadas para induzir escolhas políticas ou administrativas da preferência do ente tributante (retrato, exemplificativamente, ao RE 253.472, red. p/ acórdão min. Joaquim Barbosa, Pleno, DJe de 1º.02.2011).

Nesse contexto, a imunidade tributária recíproca é inaplicável se a atividade ou a entidade tributada demonstrarem capacidade contributiva, se houver risco à livre-iniciativa e às condições de justa concorrência econômica ou se não estiver em jogo risco ao pleno exercício da autonomia política conferida aos entes federados pela Constituição.

[...]

Nesses termos, entendo que a imunidade tributária recíproca não afasta a responsabilidade tributária por sucessão, na hipótese em que o sujeito passivo era contribuinte regular do tributo devido.

²⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 599.176, Brasília, DF, 05 de junho de 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/abrirTemasComTesesFirma>

Do acórdão do RE nº 594015²⁸, publicado em 06 de abril de 2017, foi elaborada tese de repercussão geral expressando a não extensão da imunidade recíproca à empresa privada arrendatária de imóvel público, quando seja ela exploradora de atividade econômica com fins lucrativos, sendo constitucional a cobrança do IPTU pelo Município. No citado RE, acordaram os Ministros do Supremo Tribunal Federal em desprover, por maioria, o recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator Ministro Marco Aurélio, que assim definiu:

Reconhecer a imunidade recíproca significa verdadeira afronta ao princípio da livre concorrência versado no artigo 170 da Constituição Federal, por estar-se conferindo a pessoa jurídica de direito privado vantagem indevida, não existente para os concorrentes. O Imposto Predial Territorial Urbano – IPTU representa relevante custo operacional. Afastar tal ônus de empresa que atua no setor econômico, ombreando com outras, a partir de extensão indevida da imunidade recíproca, implica desrespeito aos ditames da Constituição Federal. Esse entendimento vem expresso no § 2º do artigo 173 da Lei Básica da República:

[...]

Ante o quadro, nego provimento ao recurso extraordinário interposto pela Petrobras, assentando o não reconhecimento da imunidade tributária recíproca a sociedade de economia mista ocupante de bem público. Fixo a seguinte tese: “Incide o IPTU considerado imóvel de pessoa jurídica de direito público arrendado a pessoa jurídica de direito privado, devedora do tributo”.

Também no acórdão prolatado no RE 638.315²⁹, publicado em 30 de junho de 2011, foi fixada pelos ministros da Suprema corte do País a seguinte tese de repercussão geral: A Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária –

²⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 594015, Brasília, DF, 06 de abril de 2017. Disponível <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.aspz>.

²⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 638.315, Brasília, DF, 30 de junho de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626887>.

INFRAERO -, empresa pública prestadora de serviço público, faz jus à imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, a, da Constituição Federal. Com voto do então ministro relator Cezar Peluzo, foi reafirmada jurisprudência do STF em possibilitar extensão do benefício de imunidade recíproca à Empresa Pública, se esta for prestadora de serviço público, ou seja, não exercer atividade empresarial tampouco concorrer no mercado privado. Portanto, foi ementada a decisão paradigma da supracitada tese:

Extraordinário. Imunidade tributária recíproca. Extensão. Empresas públicas prestadoras de serviços públicos. Repercussão geral reconhecida. Precedentes. Reafirmação da jurisprudência. Recurso improvido. É compatível com a Constituição a extensão de imunidade tributária recíproca à Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – INFRAERO, na qualidade de empresa pública prestadora de serviço público.

Percebe-se, nestes três supracitados acórdãos dos quais se originaram três elucidativas teses de repercussão geral sobre imunidade recíproca, que o STF se limitou a reafirmar jurisprudência de suas turmas sobre a matéria, permitindo a extensão de imunidade recíproca às empresas públicas e sociedades de economia mista, se estas prestarem serviços públicos não concorrentes no mercado privado.

Sistemática é a interpretação da corte constitucional, valendo-se de uma constitucional pretensão ampliativa da aplicabilidade do instituto da imunidade tributária, sem descuidar dos princípios da ordem econômica, em especial, livre concorrência. Ressalta-se que permitir o benefício da desoneração fiscal é sobretudo reduzir custos de atividade, o que, no âmbito privado, pode representar uma vantagem determinante para o domínio econômico.

Nesse sentido, quando o Estado deixa de atuar no seu domínio público, passando a ser agente direto no domínio privado, principalmente por meio de

suas empresas públicas e sociedades de economia mista, deve concorrer em igualdades com os demais agentes de mercado, devendo ser preservado a livre concorrência e inadmitida a imunidade recíproca.

No entanto, não se observa tal prudência dos ministros do STF, quando da fixação das teses decorrentes dos acórdãos 773992, 601392 e 627051, todas relativas à extensão da imunidade recíproca à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT -, ampliando interpretações de regras imunizantes, o que pode provocar práticas anticoncorrenciais, conforme se analisa no próximo item.

4. TESES DE REPERCUSSÃO GERAL SOBRE IMUNIDADE RECÍPROCA EXTENSIVA AOS CORREIOS CONTRÁRIAS À NOTA TÉCNICA-NT Nº 8º/2017 DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, PROCESSO N. 08700.009588/2013-04

Com a análise do princípio da livre iniciativa diante da imunidade tributária recíproca, chega-se a compreensão que tais institutos são preceitos constitucionais que podem conviver harmonicamente, pois cada um atinge estruturas normativas distintas, sendo a imunidade voltada para o domínio público e a livre concorrência para o domínio privado.

Área geradora de conflitos é quando o Estado se volta ao mercado atuando diretamente como agente econômico, concorrendo inclusive com a iniciativa privada. Como visto, tal situação é autorizada pela vigente Constituição do País, devendo nestes casos o Poder Público se abster de privilégios ou prerrogativas, em nome da livre concorrência.

A imunidade tributária é uma vantagem competitiva no mercado privado, pois pode significar menor custo, o que pode se reverter em menor preço, gerando um potencial domínio econômico sem legitimidade concorrencial. Por isto, compete ao Supremo Tribunal Federal ponderar todos estes preceitos

constitucionais diante de pretensões aparentemente legitimadas pelo interesse público, mas geradora de graves desequilíbrios na ordem econômica.

Ressalta-se que, quanto à imunidade tributária recíproca extensiva à ECT, ora analisada, o STF já há muito havia pacificado a matéria, compreendendo que tal empresa pública é imune a impostos, em relação ao serviço de postagem, pois este é público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado, não concorrendo com o mercado privado, conforme a ADPF n. 46 de 05.08.2009, cuja ementa segue abaixo:

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. EMPRESA PÚBLICA DE CORREIOS E TELEGRÁFOS. PRIVILÉGIO DE ENTREGA DE CORRESPONDÊNCIAS. SERVIÇO POSTAL. CONTROVÉRSIA REFERENTE À LEI FEDERAL 6.538, DE 22 DE JUNHO DE 1978. ATO NORMATIVO QUE REGULA DIREITOS E OBRIGAÇÕES CONCERNENTES AO SERVIÇO POSTAL. PREVISÃO DE SANÇÕES NAS HIPÓTESES DE VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL. COMPATIBILIDADE COM O SISTEMA CONSTITUCIONAL VIGENTE. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 1º, INCISO IV; 5º, INCISO XIII, 170, CAPUT, INCISO IV E PARÁGRAFO ÚNICO, E 173 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LIVRE CONCORRÊNCIA E LIVRE INICIATIVA. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. ARGÜIÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO CONFERIDA AO ARTIGO 42 DA LEI N. 6.538, QUE ESTABELECE SANÇÃO, SE CONFIGURADA A VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL DA UNIÃO. APLICAÇÃO ÀS ATIVIDADES POSTAIS DESCRITAS NO ARTIGO 9º, DA LEI. 1. O serviço postal - -- conjunto de atividades que torna possível o envio de correspondência, ou objeto postal, de um remetente para endereço final e determinado --- não consubstancia atividade econômica em sentido estrito. Serviço postal é serviço público. 2. A atividade econômica em sentido amplo é gênero que compreende duas espécies, o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito. [...] 3. A Constituição do Brasil confere à União, em caráter exclusivo, a exploração do serviço postal e o correio aéreo nacional [artigo 21, inciso X]. 4. O serviço postal é prestado pela Empresa Brasileira de Correios e

Telégrafos - ECT, empresa pública, entidade da Administração Indireta da União, criada pelo decreto-lei n. 509, de 10 de março de 1.969. 5. [...] 6. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos deve atuar em regime de exclusividade na prestação dos serviços que lhe incumbem em situação de privilégio, o privilégio postal. 7. Os regimes jurídicos sob os quais em regra são prestados os serviços públicos importam em que essa atividade seja desenvolvida sob privilégio, inclusive, em regra, o da exclusividade. 8. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente por maioria. O Tribunal deu interpretação conforme à Constituição ao artigo 42 da Lei n. 6.538 para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º desse ato normativo.

No entanto, nos três acórdãos prolatados nos REs ns. 601392, 627051 e 773992, os ministros do STF estenderam a imunidade recíproca ao patrimônio, renda e serviço da ECT, independentemente de esses estarem relacionadas a atividades concorrentes ou não mercado privado. Nesse sentido, faz-se necessário analisar os supracitados acórdãos, relacionando-os à manifestação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica no processo administrativo nº. 08700.009588/2013-04, quanto à eventuais práticas anticoncorrências da supracitada Empresa.

4.1 Recurso Extraordinário-RE nº 601.392 - Paraná: imunidade recíproca estendida aos serviços prestados pela ECT concorrentes e não concorrentes com a iniciativa privada

O RE nº 601.392³⁰ foi interposto pela ECT em face de acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região que, aplicando a jurisprudência pacificada do próprio STF, havia decidido que era lícito ao município do Paraná a cobrança do Imposto Sobre Serviço- ISS- relativamente aos serviços não

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 601.392, Brasília, DF, 28 de fevereiro de 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3921744>

abarcados pelo monopólio concedido pela União. Ou seja, quanto aos serviços não exclusivos da ECT, concorrentes, portanto, com a iniciativa privada, aqueles devem ser tributados pelo ISS.

A ECT recorrente alegou necessidade de se interpretar a imunidade recíproca de forma extensiva, maior inclusive do que a determinada no acórdão acima citado, pois os recursos auferidos pelos serviços que concorrem com a iniciativa privada eram destinados à manutenção dos seus serviços exclusivos, merecendo, assim, a extensão do benefício fiscal.

O julgamento perdurou por mais 4 anos, de 23.06.2009 a 06.11.2013, com embates entre os ministros do STF que ficaram entre dois posicionamentos distintos, o do então ministro relator Joaquim Barbosa e o voto divergente prolatado pelo ministro Ayres Britto.

Joaquim Barbosa³¹ definiu o seu voto pela manutenção da jurisprudência pacificada que já havia limitada a imunidade recíproca dos serviços prestados pela ECT apenas quanto aqueles de natureza pública, exclusiva e de manutenção obrigatória, sendo os demais passíveis de tributação, pois são concorrentes à iniciativa privada. Neste sentido, não mereceria a ECT abrangência de imunidade, pois pratica serviços de natureza privada empresarial, tais como: operações financeiras do Banco Postal nas agências dos Correios, vendas de títulos de capitalização e selos históricos no formato de lingotes banhado a ouro por R\$ 9.875,00, atividades estas notadamente de cunho econômico-empresarial, com fins lucrativos. Abaixo, segue conclusão do voto Ministro:

A importância da atividade protegida pela imunidade não pode justificar a colocação dos princípios da livre-iniciativa e da concorrência em segundo plano, em toda e qualquer hipótese. Entendo que a ênfase na aplicação dos recursos como motivo

³¹ Idem, p. 10.

suficiente em si para garantir o benefício abre margem ao abuso e à desconsideração do equilíbrio concorrencial. [...]

Daí decorre que a circunstância de a ECT aplicar os recursos aferidos em atividades de primordial interesse econômico de terceiros, em suas atividades essenciais é insuficiente, tão-somente por si, para reconhecer-lhe imunidade ampla e irrestrita. Ante o exposto, conheço do recurso extraordinário, mas a ele nego provimento.
É como voto.

Já o então Ministro Ayres Britto³² abriu a divergência, manifestando-se pela aplicabilidade da regra imunizante a todo e qualquer serviço prestado pela ECT, não importando se concorrentes ou não com mercado privado, sustentando que os Correios exercem importante função de integração nacional, permitindo a realização de direitos fundamentais da pessoa humana, mediante a viabilização de comunicação telegráfica e telefônica entre distantes lugares em um País continental como o Brasil. Afirma ainda que a ECT pratica política de modicidade tarifária, alcançando a maior parte da população carente, justificando assim o que o ministro denominou de subsídios cruzados, lucro em uma atividade, para suportar prejuízo em outra. Assim, conclui o seu voto:

Estender aos Correios o regime de imunidade tributária de que fala a Constituição está me parecendo uma coisa natural, necessária, que não pode deixar de ser, independentemente se a atividade é exclusiva ou não. No caso, parece-me que os fins a que se destinam essas atividades são mais importantes do que a própria compostura jurídica ou a estrutura jurídico-formal da empresa. O conteúdo de suas atividades é que me parece relevar sobremodo, à luz da Constituição. Então, reconhecendo a minha dificuldade de equacionar a causa sempre que vem à baila, vou pedir vênua ao eminente Relator para prover o recurso extraordinário.
É como voto.

³² Idem. p. 26.

Em sessão no plenário, no dia 28/02/2013, os ministros julgaram o mérito do ora analisado RE, dando-lhe provimento, por maioria, sendo vencidos os Ministros Joaquim Barbosa (Relator), Luiz Fux, Cármen Lúcia, Marco Aurélio e Cezar Peluso, com alteração de posicionamento do Ministro Ricardo Lewandowski. Não votou o Ministro Teori Zavascki por suceder ao Ministro Cezar Peluso. Ausentes estavam os Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes, com votos já proferidos anteriormente em favor da imunidade recíproca incondicionada para os Correios.

Por conseguinte, alterado foi o entendimento originário da suprema corte, passando a ECT ter direito à imunidade recíproca em todos serviços por ela prestados, independentemente de haver risco ao equilíbrio concorrencial, em razão da importância dessa empresa para a integração nacional do País. Do referido julgado, foi definida a seguinte tese de repercussão geral: “Os serviços prestados pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT-, inclusive aqueles em que a empresa não age em regime de monopólio, estão abrangidos pela imunidade tributária recíproca (CF, art. 150, VI, a e §§ 2º e 3º)”.

4.2. Recurso Extraordinário-RE nº 627051, Pernambuco: imunidade recíproca estendida aos serviços de transporte de encomenda em regime de exclusividade ou de concorrência

A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos interpôs o acima citado RE nº 627.051³³ contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que aplicou o artigo 173, II da vigente Constituição, para decidir pela incidência do Imposto estadual sobre Circulação de Mercadoria e Serviço- ICMS- sobre a

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 627.051, Brasília, DF, 12 de novembro de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7719433>

atividade de transporte de mercadorias realizada pela ECT, mesmo concorrendo este com a iniciativa privada.

Em seu recurso, interposto em 07/07/2010, a ECT sustenta que deve ser aplicada a imunidade recíproca de forma geral e irrestrita à atividade de transporte por ela prestada, independentemente de ser concorrente com o mercado privado, pois todos os recursos obtidos pela citada empresa pública são revertidos em favor da coletividade. Argumenta, ainda, que o transporte de mercadoria faz parte do ciclo que compõe a atividade postal.

O Ministro Dias Toffoli³⁴ prolatou o seu voto como relator do RE, fazendo uma explanação sobre a diferença entre empresa pública que exerce atividade em regime de concorrência e exclusiva de Estado, ressaltando que a jurisprudência mais recente do STF que reconhece à ECT direito à imunidade recíproca a todos os serviços por ela prestado tendo em vista que há a adoção de política tarifária de subsídios cruzados, porquanto os Correios realizariam também direitos fundamentais da pessoa humana — tais como o acesso às comunicações telegráficas e telefônicas e ao sigilo dessas comunicações —, alcançando, assim, todos os municípios brasileiros (promovendo a integração nacional), com tarifas módicas. Arremata o Ministro Relator afirmando:

Diante do exposto, firme no entendimento de que a Corte reconhece a imunidade recíproca em favor da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), seja pela impossibilidade de se separarem topicamente as atividades concorrenciais, seja por entender que o desempenho dela não descaracteriza o viés essencialmente público de suas finalidades institucionais, dou provimento ao recurso extraordinário, reconhecendo a imunidade da ECT relativamente ao ICMS que seria devido no transporte de encomendas.
É como voto.

³⁴ Idem, p. 17.

Assumindo divergência ao voto do relator, o Ministro Luís Roberto Barroso³⁵ ressaltou que o serviço de transporte interestadual ou intermunicipal de entrega de encomenda não é exclusivo da ECT, portanto concorre com a iniciativa privada, não merecendo, assim, ser imune quanto ao ICMS-Transporte, assim arrematando o seu voto:

O Supremo Tribunal Federal, de maneira explícita ao julgar a ADPF 46, estabeleceu que encomendas não integram o privilégio reservado para a ECT, como entendeu o Supremo. Portanto, se se dá uma imunidade tributária para a atividade não monopolizada dos Correios, o que se está dando é uma vantagem competitiva aos Correios em atividades em que ele disputa com a iniciativa privada. E aí vejo grande dificuldade em sustentar esse ponto.

[...]

De modo que, louvando, ainda uma vez, os dois profissionais que estiveram na tribuna, me parece fora de dúvida que, neste caso, com todas as vênias do eminente Relator, a decisão na origem está correta e, por essa razão, eu estou negando provimento ao recurso extraordinário para manter a decisão a quo.

É como voto.

Acompanhando o voto divergente acima mencionado, reforça o Ministro Marco Aurélio³⁶ que se deve homenagear a opção do legislador constituinte pelo privado, considerando-se a livre iniciativa e a livre concorrência, predicados estes que devem ser respeitados, sob pena de se gerar verdadeiros privilégios, conforme se expressa abaixo:

Acompanho, Presidente – e torno a frisar que é preciso homenagear a opção do constituinte de 1988 pelo privado –, o ministro Luís Roberto Barroso no voto proferido, desprovendo o recurso interposto. Entendo que o acórdão formalizado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em Pernambuco, é harmônico com a Constituição Federal e com a liberdade em

³⁵ Idem, p. 20.

³⁶ Idem, p. 32.

sentido maior que me referi, no que homenageada a boa política, a salutar política de mercado.

Tais divergências não foram suficientes para alterar o entendimento dos outros ministros, dando o STF, por maioria, provimento ao recurso vencidos os Ministros Roberto Barroso e Marco Aurélio. Do acórdão, foi definida a seguinte tese de repercussão geral: “Não incide o ICMS sobre o serviço de transporte de encomendas realizado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT-, tendo em vista a imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, a, da Constituição Federal”.

4.3 Recurso Extraordinário-RE nº 773992, Bahia: imunidade recíproca estendida aos imóveis da ECT, afetados ou não a serviço monopolizado ou à atividade concorrencial

Também no RE nº 773.992³⁷, a corte constitucional se manifestou pela máxima amplitude do beneplácito da imunidade recíproca à ECT, não considerando as diferentes condições das atividades prestadas por esta empresa, que assumem feição ora como serviço público em regime de prestação exclusiva, ora exercendo atividade econômica em regime concorrencial.

Desta feita, o município de Salvador interpôs o supracitado recurso contra acórdão 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que reconheceu, em favor da ECT, a imunidade recíproca impedindo a incidência de Imposto Predial Territorial Urbano, sobre imóveis de sua propriedade, afetados ou não pela prestação de serviço postal.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 773.992, Brasília, DF, 15 de outubro de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7795987>

Sustenta o Município recorrente que a ECT “não exerce suas atividades em caráter exclusivamente monopolístico, sobrelevando o fato de que vários dos serviços prestados pelos Correios são exercidos em regime concorrencial, ou seja, concorrem com os serviços prestados pela iniciativa privada”, não merecendo, pois, imunidade de IPTU incidente sobre os seus imóveis.

O Ministro Dias Toffoli³⁸ profere o seu voto com relator, reforçando a jurisprudência da suprema corte quanto à interpretação extensiva da imunidade recíproca aos Correios, sendo irrelevante a separação entre atividades exercidas com ou sem concorrência. Neste sentido, alegou que quanto ao IPTU, não seria razoável exigir a separação entre os imóveis que abrigavam serviço público em regime de privilégio das atividades econômicas exercidas pela ECT em regime de concorrência, assim definindo o seu voto:

Ademais, a prevalecer o entendimento pelo não reconhecimento da imunidade relativamente ao IPTU, seria necessário destacar quais os imóveis se destinariam às finalidades essenciais da entidade e quais não, ficando o Fisco incumbido, ainda, de identificar quais seriam os estabelecimentos destinados exclusivamente à exploração de atividades não cobertas pelo regime de privilégio, sendo notório que os imóveis normalmente abrigam várias atividades, indistintamente.

[...]

Ante o exposto, voto pelo não provimento do recurso extraordinário.

Em divergência, vota o Ministro Marcos Aurélio³⁹ pelo provimento do recurso, sustentando os seus já conhecidos argumentos, em especial, o de que o reconhecimento de imunidade tributária é um privilégio fiscal não extensivo ao setor privado, no qual atua a ECT, desenvolvendo também atividade econômica em plena concorrência com a iniciativa privada. Assim, conclui o seu voto: “Há

³⁸ Idem, p. 11.

³⁹ Idem, p. 16.

algo irrefutável, ou seja, o desenvolvimento de atividade econômica pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Provejo o recurso do Município, por entender que sobre bem imóvel da recorrida incide o IPTU”.

Seguindo o citado voto de divergência, o Ministro Luís Roberto Barroso⁴⁰ também decidiu pelo provimento do citado RE, fundamentando o seu voto, especialmente, no exercício de atividades econômicas desenvolvidas pela ECT, não sendo passíveis de imunidade, sob pena de subverter toda a ordem econômica pautada na livre concorrência. Desfecha seu voto, expressando:

Presidente, em conclusão do meu voto, penso que, por ser atividade econômica e não serviço público, ainda que fosse em parte serviço público, a parte privada sobreleva a parte de serviço público. Por essas duas razões, eu penso que esta imunidade não deve se estender, inclusive porque, mesmo na parte em que se trata de serviço público, não é serviço público de natureza típica e autárquica para justificar a extensão. De modo que eu não vejo um bom fundamento jurídico, nem um bom fundamento de justiça para reconhecer esta imunidade. Razão pela qual, Presidente, pedindo todas as vênias ao eminente Ministro Dias Toffoli, eu me alinho com a divergência iniciada pelo Ministro Marco Aurélio, para não estender a imunidade aos imóveis dos Correios e Telégrafos e, conseqüentemente, dar provimento ao recurso extraordinário interposto. É como voto.

Os demais ministros votaram de acordo com a manifestação do relator, citando a consolidação da jurisprudência da corte constitucional em compreender as peculiaridades da ECT, sobretudo, quanto ao seu valioso préstimo de integrar a nação, promovendo a comunicação entre locais tão distantes e uma política tarifária social, merecendo, pois, a mais ampla proteção da imunidade recíproca em relação ao seu patrimônio, renda e serviço.

⁴⁰ Idem, p. 22.

Julgado, portanto, foi o recurso extraordinário acima analisado, sendo negado o seu provimento por maioria, vencidos os ministros Roberto Barroso e Marco Aurélio. Deste julgamento foi definida a seguinte tese de repercussão geral: "A imunidade tributária recíproca reconhecida à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos — ECT- alcança o IPTU incidente sobre imóveis de sua propriedade e por ela utilizados, não se podendo estabelecer, a priori, nenhuma distinção entre os imóveis afetados ao serviço postal e aqueles afetados à atividade econômica".

Por conseguinte, percebe-se que a suprema corte do País, por maioria, estabelece tratamento diferenciado à ECT quanto à extensão da imunidade recíproca não só aos seus serviços, seja ela de natureza público-monopolizado ou de natureza econômico-concorrencial, como também a todo o seu patrimônio. Pretere-se, assim, o princípio da livre concorrência, em nome da sustentada funcionalidade da referida empresa pública para a integração nacional, mediante a facilitação de comunicação entre as longínquas regiões do País, por meio de política tarifária módica, o que, por si, torna-se não atraente à iniciativa privada.

5. PRÁTICAS ANTICONCORRENCIAIS REALIZADAS PELA ECT: RAZÕES DA NOTA TÉCNICA Nº. 8/2017 DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, PROCESSO N. 08700.009588/2013-04

Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE - , autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, tem como atribuição principal zelar pela livre iniciativa, investigando e decidindo, em última instância, sobre questões que envolvam relações negociais danosas à livre concorrência.

O Sindicato das Empresas de Transporte de Carga de São Paulo – SETCES - representou a ECT junto ao CADE, sustentando práticas anticoncorrenciais de

abuso de posição dominante, tais como: limitar ou impedir o acesso de novas empresas no mercado, criar dificuldades à constituição, ao funcionamento, ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços, impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologias, bem como aos canais de distribuição, discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços, recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais, nos termos do §3º do art. 36 da Lei Federal nº 12.529/2014.

Em razão dessa representação, foi instaurado o processo administrativo n. 08700.009588/2013-04 contra a ECT que, em 07 de novembro de 2017, foi redistribuído à Conselheira Polyanna Ferreira Silva Vilanova, porém já com a Nota Técnica-NT nº 8º/2017⁴¹.

A citada nota técnica apresenta uma extensa e aprofundada análise sobre a temática, sendo dividida em quatro tópicos: 1. Considerações iniciais: monopólio legal, especificidades da representada e definição preliminar dos mercados relevantes, 2. Relatório, 3. Análise: conduta investigativa e abuso do direito de petição, 4. Recomendações. Respeitando os objetivos do presente trabalho acadêmico, faz-se uma abordagem dos argumentos de defesa da empresa representada, bem como da conclusão técnica sobre supostas práticas anticompetitivas da ECT.

A Empresa pública representada foi instada a apresentar a sua defesa, apegando-se essencialmente, nas decisões do STF sobre a sua condição de

⁴¹BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Nota Técnica nº 8/2017, Brasília, DF, 20 de abril de 2017. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documentoconsulta>

prestadora de serviço público com exclusividade e de manutenção obrigatória, sendo de relevante interesse nacional, conforme está expresso da acima mencionada Nota Técnica-NT⁴²: A atividade da ECT teria caráter social e está protegida pela Constituição e pela legislação afeta ao regime postal, incluindo o monopólio legal, motivo pelo qual a empresa não poderia incorrer em infrações contra a ordem econômica.

No entanto, o reconhecimento do valor social da empresa pública representada, admitido na própria NT nº. 8/2017⁴³, não é condição suficiente para lhe autorizar e permitir práticas de mercado que vão além de suas constitucionais prerrogativas, conforme se evidencia na parte conclusiva do citado documento técnico:

- i. Restou incontroversa, a partir de alegações do Setcesp, da própria ECT e de empresas concorrentes oficiadas, a existência de condições contratuais e tabelas de preços diferentes entre o e-Sedex e os outros produtos do segmento de encomendas expressas ofertados pela ECT, principalmente o Sedex e o PAC;
- ii. Ficou evidenciado o poder de mercado da ECT no setor de entregas do comércio eletrônico, conforme análise feita nas seções 3.4.2.1 e 1.2;
- iii. Estima-se que haja potencial prejuízo à concorrência a partir da prática discriminatória da ECT tendo em vista a dependência que seus concorrentes apresentam da rede da empresa, de enorme capilaridade e magnitude. Aliado a isso, o fato de a ECT possuir significativos benefícios, como imunidade tributária recíproca, isenção do controle de cargas da Receita e não sujeição a certas limitações da legislação estadual e municipal, reforça a possibilidade de dano concorrencial;
- iv. A atenção da ECT às tabelas oficiais de preços e descontos é constatação insuficiente para coibir práticas discriminatórias, que podem ocorrer com a criação de serviços específicos com condições mais benéficas, aliados à recusa em ofertá-los a concorrentes. [...]

⁴² Idem, p. 19.

⁴³ Idem, p. 24.

Observa-se que o poder de mercado da ECT, em razão de sua capilaridade em todo território nacional e de todos os seus privilégios normativos, dentre eles a própria imunidade tributária recíproca, pode resultar em práticas infracionais que agredem a livre concorrência, em especial, quando a supracitada empresa pública se utiliza de toda a sua condição protetiva para prestar serviços que não lhe foi dada a exclusividade, manipulando preços e discriminando concorrentes que dela necessitam.

Foi, portanto, recomendado pela Superintendência Geral, mediante a analisada NT nº 8/2017, a remessa dos autos ao Presidente do Tribunal do CADE para julgamento, opinando-se pela configuração de infrações da ordem econômica praticada pela empresa pública representada, consistente em abuso do direito de petição, restrição pura à concorrência e tratamento discriminatório, nos termos da Leis nº 12.529/2011 e 8.884/1994. Recomendou-se, ainda, a determinação de medidas à EBCT, para fins de fazer cessar as suas constatadas práticas anticompetitivas.

Tais julgados evidenciam divergências e embates em torno da temática, havendo, na corte constitucional, brasileira ainda uma compreensão, por maioria, mais favorável às atribuições institucionais da EBCT, fazendo dessas instrumentos de forte apelo social, especialmente, quando se associa a histórica função dessa empresa pública na árdua tarefa de integração nacional, em um país de dimensão continental com Brasil. No entanto, tal entendimento se contrapõe à manifestação técnica do CADE, que já reconhece práticas ofensivas ao mercado realizadas pela citada empresa, sob o pretexto de viabilizar a sua nobre, porém limitada, função constitucional.

6. CONCLUSÕES

O princípio da livre iniciativa é preceito da vigente Constituição de 1988, estando expressamente nela indicado como um dos fundamentos da República brasileira, além de ser diretriz da ordem econômica do País. Anuncia-se, portanto, como valor da ordem privada que deve ser respeitado pelo Estado e como instrumento de expressão da livre vontade do indivíduo, inclusive para desenvolver as suas capacidades. Cabe, portanto, ao Estado fiscalizar e garantir ao seu cidadão a liberdade de exercer vocações e interesse pessoais, resguardando-se, logicamente, o respeito à lei.

No entanto, quando o Estado deixa a sua natural função de fiscalização das relações negociais, para intervir como agente no domínio econômico, deve-se ter a prudência para que a sua força estatal não seja um instrumento de desequilíbrio concorrencial. Percebe-se, tal hipótese, quando entidades representativas do Estado passam a interagir no ambiente privado desenvolvendo atividades empresárias, sem, contudo, renunciar os seus privilégios e prerrogativas, enquanto ente da administração pública, como exemplo a própria imunidade recíproca.

Atuar, portanto, como agente de mercado protegido de incidência de impostos é uma vantagem covarde com aqueles outros agentes que estão sujeitos a encargos tributários, não sendo essa intenção do legislador constituinte de 1988. Muito pelo contrário, proibiu-se tal prática. Porém, por maioria de votos, o STF garantiu a EBCT o direito à ampla proteção contra imposto, abarcando serviços e bens sujeito ou não ao regime constitucional de exclusividade, permitindo-lhe tratamento tributário diferenciado.

Tal entendimento gerou desequilíbrio concorrencial, especialmente no setor de transporte de carga em todo o País, fazendo com que o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – CADE –, em processo administrativo provocado pela Sindicato das Empresas de Transporte de Carga de São Paulo –

SETCES -, já se manifestasse em Nota Técnica reconhecendo práticas anticoncorrenciais da EBCT.

Quanto às indagações norteadoras desta pesquisa, pode-se afirmar que o princípio da livre iniciativa é vertente da autonomia privada, pois se enquadra como forma de expressão da capacidade do indivíduo de autorregular-se, sobretudo, na prática de suas vontades. Ademais, compreende-se que a amplitude interpretativa da imunidade tributária feita pelo STF para beneficiar a EBCT gera desequilíbrio concorrencial no mercado privado, sobretudo, de transporte de carga. Por fim, constata-se que a jurisprudência do STF de concessão ampla a imunidade de recíproca à EBCT está em desacordo com entendimento técnico da autarquia especializada em direito concorrencial.

Conclui-se, portanto que, em homenagem à livre iniciativa, à livre concorrência e à manifestação técnico-especializada do CADE, deve o Supremo Tribunal Federal rever o seu atual posicionamento, limitando assim a imunidade recíproca apenas aos serviços e bens da EBCT, desde que estejam diretamente afetados pelo regime constitucional da exclusividade e ou monopólio de mercado.

7. REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 599.176, Brasília, DF, 05 de junho de 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 12 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 594015, Brasília, DF, 06 de abril de 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listar>. Acesso em: 20 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 638.315, Brasília, DF, 30 de junho de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp> Acesso em: 12 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 601.392, Brasília, DF, 28 de fevereiro de 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador> Acesso em: 19 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 627.051, Brasília, DF, 12 de novembro de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador> Acesso em: 15 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 773.992, Brasília, DF, 15 de outubro de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador>. Acesso em: 15 nov. 2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Nota Técnica nº 8/2017, Brasília, DF, 20 de abril de 2017. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional> Acesso em: 28 nov. 2017.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**, 14^a.ed., 2015.

COSTA, Regina Helena. **Imunidades tributárias**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Congelamento de preços: tabelamentos oficiais. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 91, p.77, set. 1989.

FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. **Imunidade Tributária**. 1a. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996

GOMES, Orlando. **Contratos**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MOREIRA, Egon Bockmann. Reflexões a propósito dos princípios da livre iniciativa e da função social. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, n.16, p.27-42, out./dez. 2006.

PASSARELLI, Santoro. **Teoria geral do direito civil**. Trad. Manuel de Alarcão. Coimbra: Atlântida, 1967.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 31, p. 260, out. 2012.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004.

TIMM, Luciano Benetti. **O Novo Direito Civil, ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.