BRUNA TAPIÉ GABRIELLI

A IMUNIDADE RECÍPROCA DA EMPRESA ESTATAL E A ORDEM ECONÔMICA

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Dr. Paulo Celso Bergstrom Bonilha

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2018

BRUNA TAPIÉ GABRIELLI

A IMUNIDADE RECÍPROCA DA EMPRESA ESTATAL E A ORDEM ECONÔMICA

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção de título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito Financeiro, Econômico e Tributário, sob a orientação do Professor Dr. Paulo Celso Bergstrom Bonilha.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo – SP
2018

Nome: GABRIELLI, Bruna Tapié
Título: A imunidade recíproca da empresa estatal e a ordem econômica

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção de título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito Financeiro, Econômico e Tributário, sob a orientação do Professor Dr. Paulo Celso Bergstrom Bonilha.

BANCA EXAMINADORA
Prof. Doutor Paulo Celso Bergstrom Bonilha (Orientador) – Instituição: FDUSP
Banca realizada em:
Resultado:

Banca Examinadora

Prof.: _____ Instituição: _____
Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.: _____ Instituição: _____
Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.: _____ Instituição: _____
Julgamento: _____ Assinatura: _____

Catalogação da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Tapié Gabrielli, Bruna
A Imunidade Recíproca da Empresa Estatal e a Ordem Econômica / Bruna Tapié Gabrielli ; orientador Paulo Celso Bergstrom Bonilha -- São Paulo, 2018.
140 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Direito Econômico, Financeiro e Tributário) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

1. Imunidade Recíproca. 2. Empresa Estatal . 3. Ordem Econômica. I. Bergstrom Bonilha, Paulo Celso, orient. II. Título.

Aos meus pais, Elizabeth e Laércio,
sempre.

AGRADECIMENTOS

A realização de um trabalho acadêmico não é fácil. Além do pesquisador, muitos contribuem, das mais variadas formas, para seu resultado final. Este trabalho somente existe graças ao professor Paulo Celso Bergstrom Bonilha, meu professor desde a época da graduação, que acreditou no meu projeto e me deu a honra de ser meu orientador. Muito obrigada, professor!

Agradeço também aos grandes professores da Faculdade de Direito da USP que me acompanharam ao longo desses anos e que sempre estiveram presentes, não só em sala de aula, mas me proporcionaram, também, um ambiente de pesquisa, troca e orientação: Gerd Willi Rothmann, José Maria Arruda de Andrade, Luís Eduardo Schoueri e Vitor Rhein Schirato. Obrigada por compartilharem comigo o seu conhecimento e o seu tempo!

Aos meus grandes amigos do Porto Seguro, obrigada pela amizade, pelo companheirismo, pelo carinho e por fazerem a minha vida mais alegre há muitas décadas!

A todos os meus amigos do Largo de São Francisco! O amor pela velha e sempre nova academia, e pela vida acadêmica, provavelmente não existiria se não fosse a convivência com vocês desde os primeiros anos de faculdade.

Aos meus colegas da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, os quais, na verdade, não são apenas colegas, mas verdadeiros amigos, com quem divido, diariamente, a honra de poder defender o estado de São Paulo. Obrigada pela amizade e pelo apoio!

Por fim, deixo um agradecimento especial à minha família: minha mãe, Elizabeth, meu pai, Laercio, meus irmãos, Victória, Silvana e Fernando, e minhas avós, tias e primos. Vocês, provavelmente, foram os que mais sentiram a minha ausência durante a realização deste trabalho, e, ainda assim, me apoiam de forma incondicional. O orgulho no olhar de vocês é o que me faz seguir, batalhar e querer me aprimorar sempre! Obrigada por tudo! Amo vocês!

E a Ele, Deus. Em todas as suas formas.

RESUMO

GABRIELLI, Bruna Tapié. **A imunidade recíproca da empresa estatal e a ordem econômica.** 2018. 138 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

Esta dissertação de mestrado tem por objetivo analisar o reconhecimento da imunidade recíproca às empresas estatais em virtude de sua atuação na ordem econômica. A imunidade recíproca é norma constitucional que proíbe a União, os estados e os municípios de instituírem impostos sobre o patrimônio, a renda ou os serviços uns dos outros. Ao longo dos anos, a imunidade recíproca passou a ser estendida também às autarquias e às empresas estatais. Com relação às empresas estatais, a doutrina e a jurisprudência, em linhas gerais, entendem que, se a empresa estatal presta serviço público, em regra será considerada imune, ao passo que a empresa estatal que exerce atividade econômica estará sujeita ao regime jurídico das empresas privadas, inclusive com relação às obrigações tributárias.

A tese defendida neste trabalho é que o reconhecimento da imunidade recíproca às empresas estatais com base na dicotomia prestação de serviços público *versus* exercício de atividade econômica não se mostra suficiente no atual cenário das empresas estatais brasileiras. Para tanto, defende-se que o reconhecimento da imunidade recíproca às empresas estatais deve ser feito de forma casuística e com base na análise dos princípios que fundamentam a imunidade recíproca: princípio federativo, capacidade contributiva e livre concorrência.

O capítulo 1 do presente trabalho contém uma análise das características gerais da imunidade tributária. O capítulo 2 apresenta um estudo da imunidade tributária recíproca, sua disciplina no Brasil e no direito comparado, bem como seus fundamentos e sua aplicação às autarquias e às empresas estatais. O capítulo 3 compreende uma análise da empresa estatal e de sua atuação na ordem econômica e uma crítica acerca da dicotomia prestação de serviço público *versus* exercício de atividade econômica, no que diz respeito ao contexto atual das empresas estatais no Brasil. No capítulo 4, discute-se o reconhecimento da imunidade recíproca às empresas estatais. Com base na jurisprudência, é possível demonstrar que as decisões baseadas no argumento da prestação do serviço público, exercício de monopólio e financiamento por meio de subsídio cruzado são contraditórias e anti-isonômicas, ao passo que decisões baseadas nos fundamentos da imunidade recíproca tendem a promover uma melhor análise do reconhecimento da imunidade.

Palavras-chaves: Imunidade tributária recíproca. Ordem econômica. Empresa estatal. Princípio federativo. Capacidade contributiva. Livre concorrência.

ABSTRACT

GABRIELLI, Bruna Tapié. **Reciprocal Immunity of State-Owned Enterprises and the Economic Order.** 2018. 138 p. Dissertation (Master Degree) – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2018.

This master's thesis aims to analyze the recognition of reciprocal immunity to state-owned enterprises due to the performance of such companies in the economic order. Reciprocal immunity is a constitutional rule that prohibits the Union, States and Municipalities from imposing taxes on each other's assets, income or services. Over the years, reciprocal immunity has also been extended to agencies and state-owned enterprises. With respect to state-owned enterprises, doctrine and jurisprudence generally understand that if the state-owned enterprise provides public service, it will usually be considered immune, whereas if it carries out economic activity, it will be subject to the same legal regime private enterprises, including with respect to tax obligations.

The thesis defended in this study is that the recognition of reciprocal immunity to state-owned enterprises based on the dichotomy of public service versus economic activity is not enough, due to the current scenario of Brazilian state-owned companies. Therefore, it is defended that the recognition of reciprocal immunity to state-owned enterprises should be made on a case-by-case basis, and based on the analysis of the principles that underpin reciprocal immunity: federal principle, taxpayer capacity and free competition.

Chapter 1 of this study will analyze the general characteristics of tax immunity. Chapter 2 promotes a study of reciprocal tax immunity, its discipline in Brazil and Comparative Law, as well as its foundations, and its application to agencies and state-owned companies. Chapter 3 will analyze the state-owned enterprise and its performance in the economic order, promoting a critique regarding the dichotomy of public service versus economic activity, in relation to the current context of state-owned companies in Brazil. Chapter 4 will promote an analysis of the recognition of reciprocal immunity to state-owned enterprises. On the basis of case-law, it will be possible to demonstrate that decisions based on the public service argument, monopoly exercise and cross-subsidy financing, are contradictory and anti-isomic, whereas decisions based on the foundations of reciprocal immunity tend to promote a better analysis of the recognition of immunity.

Key words: Reciprocal tax immunity. Economic order. State company. Federative Principle. Taxable capacity. Free competition.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 15

1 CONTEXTUALIZAÇÃO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA 19
1.1 Evolução histórica da imunidade tributária 19
1.2 Conceito e fundamento da imunidade tributária 22
1.2.1 Imunidade e isenção 25
1.3 Classificação das imunidades tributárias 27
1.4 Imunidade tributária na Constituição Federal de 1988 30

2 A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA 33
2.1 Fundamento histórico e direito comparado 33
2.1.1 A jurisprudência americana 33
2.1.2 A imunidade recíproca em outras jurisdições 37
2.1.3 Evolução normativa no direito brasileiro 42
2.2 O artigo 150, inciso VI, letra “a”, da Constituição Federal 46
2.2.1 O conceito de renda, patrimônio e serviços 50
2.3 Os princípios que fundamentam a imunidade recíproca 52
2.3.1 Princípio federativo 53
2.3.2 Capacidade contributiva 56
2.3.3 A utilização de outros princípios como fundamentos da imunidade recíproca: a livre concorrência 61
2.4 O artigo 150, § 2º, da CF: aplicação a autarquias e fundações 66
2.5 O artigo 150, § 3º, da CF: a cobrança de preços ou tarifas e a aplicação a empresas estatais 71
2.5.1 Cobrança de tarifas e preços públicos 73
2.5.2 Aplicação a empresas estatais 74

3 EMPRESA ESTATAL E SUA ATUAÇÃO NA ORDEM ECONÔMICA 77
3.1 Empresa estatal: breve histórico 77
3.2 Contexto fático das empresas estatais no Brasil 79
3.3 Empresa estatal: regime jurídico 84

3.4 Atuação das empresas estatais na ordem econômica 88
3.5 A insuficiência da dicotomia exercício da atividade econômica *versus* prestação de serviços públicos 92
3.5.1 O exercício de atividades típicas da administração direta.....93
3.5.2 A dificuldade de distinguir serviço público de atividade econômica em sentido estrito.....95
3.5.3 Conclusão preliminar 98

4 O RECONHECIMENTO DA IMUNIDADE RECÍPROCA ÀS EMPRESAS ESTATAIS 101
4.1 Fundamentos originais da imunidade recíproca.....101
4.2 Aplicação da dicotomia prestação de serviço público *versus* atividade econômica na análise da imunidade recíproca às empresas estatais 102
4.2.1 O argumento da prestação de um determinado serviço público.....105
4.2.2 O argumento do exercício de monopólio (privilégio).....111
4.2.3 O argumento do subsídio cruzado.....115
4.3 A utilização dos fundamentos da imunidade recíproca às empresas estatais.....118

CONCLUSÃO 123

REFERÊNCIAS.....127

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca analisar o reconhecimento da imunidade recíproca às empresas estatais em função de sua atuação na ordem econômica, seja por meio da prestação de serviços públicos, seja por meio do exercício de atividade econômica.

A imunidade recíproca é norma constitucional, prevista no artigo 150, inciso VI, letra "a", da Constituição da República Federativa do Brasil (CF), que proíbe a União, os estados e os municípios de instituírem impostos sobre o patrimônio, a renda ou os serviços uns dos outros[1]. Tal norma, baseada na jurisprudência norte-americana do século XIX, e presente no Brasil desde a Constituição de 1891, possui um racional claro: impedir que a cobrança de impostos de um ente estatal por outro impeça a consecução de suas finalidades públicas. Posteriormente, a imunidade recíproca passou a ser estendida também às autarquias, conforme dispõe o artigo 150, § 2º, da CF[2].

Com relação às empresas estatais, o artigo 150, § 3º, da CF prevê que a imunidade recíproca não se aplica ao patrimônio, à renda e aos serviços relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados[3]. Todavia, a doutrina e a jurisprudência passaram a entender que, se a administração direta opta por descentralizar a atividade da administração por meio de uma empresa estatal, a ela também deverá ser reconhecida a imunidade recíproca. Assim, ao longo dos anos, passou-se a defender a tese de que, se a empresa estatal é prestadora de serviço público, nos termos do artigo 175 da CF, será imune de impostos, ao passo que, se a empresa estatal exerce atividade econômica, deverá estar sujeita ao regime jurídico das empresas privadas, inclusive com relação às obrigações tributárias, nos termos do artigo 173, § 1º, inciso II, da CF[4].

---

1 Artigo 150 da Constituição Federal: "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".

2 Artigo 150, § 2º, da Constituição Federal: "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".

3 Artigo 150, § 3º, da Constituição Federal: "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".

4 Dentre eles: COSTA, Regina Helena. **Imunidades tributárias**: teoria e análise da jurisprudência do STF. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 158; RE nº 220.906/DF, ministro relator Maurício Correa, data de julgamento 16/11/2000.

A tese anteriormente mencionada decorre da construção doutrinária sobre a atuação da empresa estatal na ordem econômica. A atividade econômica exercida pela empresa estatal em sentido amplo seria gênero, do qual haveria duas espécies: a prestação de serviço público, prevista no artigo 175 da CF, e o exercício de atividade econômica em sentido estrito, prevista no artigo 173 da CF[5].

Ocorre que a realidade demonstra a existência de empresas estatais com as mais diferentes características, o que torna bastante dificultosa tal segregação. Nota-se, por exemplo, que na mesma época em que foi criada a Companhia Ambiental do Estado de São Paulo (Cetesb), uma sociedade de economia mista que exerce típica atividade de poder de polícia[6], foi criada também a Companhia de Saneamento do Estado de São Paulo (Sabesp), uma sociedade de economia mista prestadora de serviço de saneamento básico cujo capital social é parcialmente listado em bolsa de valores[7]. Tais diferenças demonstram a dificuldade em reconhecer a imunidade recíproca a empresas estatais com fundamento no argumento da prestação do serviço público.

O presente trabalho busca concluir que a análise do reconhecimento da imunidade recíproca à empresa estatal não pode se limitar à dicotomia prestação de serviço público *versus* exercício de atividade econômica. Deve-se recordar que a doutrina possui princípios relevantes que fundamentam a imunidade recíproca e que podem contribuir para uma melhor análise do reconhecimento da imunidade a tais empresas. Assim, busca-se defender que uma análise casuística com base no princípio federativo[8], na capacidade contributiva e na livre concorrência promoveria decisões mais congruentes com a realidade das empresas estatais brasileiras do que a aferição da imunidade recíproca com base na simples prestação do serviço público.

---

5 GRAU, Eros Roberto. **Elementos do direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 89.

6 COMPANHIA AMBIENTAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Estatuto Social**. Disponível em: <http://cetesb.sp.gov.br/home/wp-content/uploads/sites/11/2014/11/Estatuto-Social-24-abr-14.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2017.

7 COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Estatuto Social**. Disponível em: <http://www.sabesp.com.br/sabesp/filesmng.nsf/2E2CE66D83F409BE832574CD006A6A20/$File/estatuto_social.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2017.

8 Importante ressaltar que a doutrina e a jurisprudência utiliza diferentes denominações. Schoueri e Costa referem-se ao "Princípio Federativo". Vide: SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 447 e COSTA, Regina Helena. **Imunidades tributárias: teoria e análise da jurisprudência do STF**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 151. Baleeiro refere-se ao "Princípio do Estado federal" ou "Princípio Federal". Vide BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu Machado. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.p. 397. Também a jurisprudência, conforme será vista ao longo desse trabalho, utiliza tanto a denominação "Princípio Federativo" como "Pacto Federativo". Dessa forma, serão utilizadas também as duas expressões.

O tema do presente trabalho foi desenvolvido sobre duas perspectivas: (i) a construção da norma de imunidade; e (ii) a atuação da empresa estatal na ordem econômica. A primeira perspectiva, analisada nos dois primeiros capítulos, refere-se à imunidade tributária e, especificamente, à imunidade recíproca. A segunda perspectiva diz respeito à atuação da empresa estatal no exercício da atividade econômica e na prestação do serviço público.

O capítulo 1 do presente trabalho promove uma contextualização da imunidade tributária ao analisar sua evolução histórica, seu conceito, seu fundamento e sua diferenciação em relação à isenção, bem como a classificação e a disciplina da imunidade tributária na CF de 1988.

O capítulo 2 trata, especificamente, da imunidade tributária recíproca, apresentando seu histórico, baseado na jurisprudência norte-americana, bem como sua presença em outras jurisdições. Também é estudada a evolução da imunidade recíproca no direito brasileiro e sua disciplina na CF de 1988. Ademais, são examinados os fundamentos da imunidade recíproca: princípio federativo, capacidade contributiva e livre concorrência. Por fim, analisado o artigo 150 da CF – reconhecimento da imunidade recíproca às autarquias – e, finalmente, o art. 150, § 3º da CF, que trata da imunidade recíproca às empresas estatais.

O capítulo 3 trata da atuação das empresas estatais na ordem econômica. Esse capítulo traz o histórico da empresa estatal e o contexto das empresas estatais no Brasil, bem como seu regime jurídico. É também feita uma análise da dicotomia prestação de serviços público *versus* atividade econômica. O presente estudo analisa a teoria e também as críticas a tal dicotomia tecidas primordialmente em razão do contexto atual das empresas estatais.

O capítulo 4 promove uma análise da jurisprudência sobre o reconhecimento da imunidade recíproca às empresas estatais. Com base nessa análise, o presente trabalho busca demonstrar que o reconhecimento da imunidade recíproca às empresas estatais com base tão somente na afirmação de que a empresa presta serviço público promove decisões contraditórias e anti-isonômicas, uma vez que não reflete a realidade dessas empresas. Os argumentos que fundamentam essa tese, como o exercício do monopólio e a necessidade de financiamento do serviço por meio do subsídio cruzado, tampouco são suficientes. Não obstante, por meio da análise da jurisprudência minoritária do Supremo Tribunal Federal (STF) é possível verificar que há votos que analisam a imunidade recíproca com base nos princípios que fundamentam a imunidade recíproca (princípio federativo, capacidade

contributiva e livre concorrência) e que tais votos promovem decisões mais acuradas e condizentes com a realidade atual das empresas estatais brasileiras.

1 CONTEXTUALIZAÇÃO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA

A imunidade representa um valor tão caro a certas pessoas e circunstâncias, que visa a impedir que o Estado, por meio da cobrança de impostos, obste o exercício de certas liberdades[9]. Essa, todavia, é uma concepção atual da imunidade. Pode-se dizer que tal entendimento evoluiu juntamente com a própria concepção de Estado[10].

É sabido que, na Antiguidade, a relação tributária não tinha como fundamento a necessidade de contribuir para as despesas ordinárias do Estado, ao contrário do que ocorre atualmente[11]. O tributo, na verdade, estava diretamente ligado à liberdade e possui, como origem, a sujeição política, a servidão. Estavam sujeitos ao pagamento de tributos os vencidos de guerra, os imigrantes e os forasteiros. O cidadão livre, todavia, era imune ao imposto e estava sujeito, apenas e esporadicamente, ao pagamento de determinadas contribuições fixas, notadamente decorrentes do custo de guerra ou de necessidades urgentes[12].

Vanoni explica que, com o tempo, tanto em Roma como na Grécia, surgiram duas espécies de tributação — o tributo dos cidadãos e o tributo provincial —, e cada uma delas possuía características significativamente distintas.

O tributo do cidadão — indivíduo que, em regra, era imune — seria um imposto extraordinário, decorrente de necessidades de guerras ou determinada despesa urgente. O seu pagamento era considerado uma honra, uma vez que decorria do exercício de sua cidadania[13].

O tributo provincial, todavia, decorria diretamente da sujeição política e econômica à qual estava submetido o sujeito passivo dessa exação. Dividia-se em *tributum soli*, o qual era o preço a ser pago pela concessão da terra, e *tributum capitis*, que representava o ônus

---

9 SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 432.

10 TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**: os direitos humanos e a tributação – imunidades e isonomia. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 3. p. 42.

11 Regina Helena Costa ressalta, todavia, que já na Antiguidade havia o reconhecimento da imunidade em algumas hipóteses, como a dos templos no Egito antigo e a dos deficientes físicos, prevista no Código de Manu de 13 a.C. COSTA, Regina Helena. **Imunidades tributárias**: teoria e análise da jurisprudência do STF. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 32.

12 VANONI, Ezio. **Natureza e interpretação das leis tributárias**. Tradução de Rubens Gomes de Sousa. Rio de Janeiro: Edições Financeiras S.A., 1952. p. 16.

13 VANONI, Ezio. **Natureza e interpretação das leis tributárias**. Tradução de Rubens Gomes de Sousa. Rio de Janeiro: Edições Financeiras S.A., 1952. p. 16-17.

do regaste individual. Nota-se, portanto, que se trata de um imposto ordinário, decorrente, exclusivamente, de uma relação de sujeição política e econômica[14].

O pagamento de imposto estava, então, associado a uma situação de humilhação, contexto bastante distinto do que envolve os tributos pagos pelo cidadão moderno atual[15]. Foi com as crescentes necessidades do mundo romano, notadamente a partir da época imperial, que o cidadão deixou de ser imune e passou a estar sujeito ao pagamento de um tributo ordinário[16].

Com a queda do Império Romano e a transferência de parte do patrimônio do soberano para o vassalo, o que acentuou as relações de cunho pessoal e servil, o tributo perdeu parte de sua efetividade, reduzindo-se ao pagamento de prestações extraordinárias pelos feudatários[17]. O estudo da imunidade, assim, possui pouca importância ao longo do período da Idade Média[18].

Com o colapso do feudalismo, surgiu o Estado patrimonial, o qual perdurou até o advento do absolutismo, aproximadamente do século XII ao século XIX. O Estado patrimonial surgiu da necessidade de organização do Estado para o sustento das guerras. É caracterizado como um "patrimonialismo financeiro", uma vez que se sustenta, primordialmente, com as rendas do príncipe, sendo o tributo considerado uma renda extrapatrimonial, o qual é apropriado de forma privada, transitória e sujeita a uma renovação anual[19]. Nessa época, as imunidades fiscais resumiam-se à impossibilidade de tributação da Igreja e da nobreza "em homenagem aos direitos imemoriais preexistentes à organização e à transferência do poder fiscal daqueles estamentos para o Rei"[20].

Na fase final do patrimonialismo, com o advento do Estado de polícia (do século XVIII até a 3ª década do século XIX), as necessidades do monarca passaram a ser maiores, uma vez que financiavam não mais somente a guerra, mas também o bem-estar do reino. Iniciou-se a separação entre finanças públicas e privadas, e os tributos passaram a incidir

---

[14] VANONI, Ezio. **Natureza e interpretação das leis tributárias**. Tradução de Rubens Gomes de Sousa. Rio de Janeiro: Edições Financeiras S.A., 1952. p. 18-19.

[15] VANONI, Ezio. **Natureza e interpretação das leis tributárias**. Tradução de Rubens Gomes de Sousa. Rio de Janeiro: Edições Financeiras S.A., 1952. p. 17-18.

[16] VANONI, Ezio. **Natureza e interpretação das leis tributárias**. Tradução de Rubens Gomes de Sousa. Rio de Janeiro: Edições Financeiras S.A., 1952. p. 20.

[17] VANONI, Ezio. **Natureza e interpretação das leis tributárias**. Tradução de Rubens Gomes de Sousa. Rio de Janeiro: Edições Financeiras S.A., 1952. p. 24-25.

[18] TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**: os direitos humanos e a tributação – imunidades e isonomia. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 3. p. 42.

[19] TORRES, Ricardo Lobo. **A ideia de liberdade no Estado patrimonial e no Estado fiscal**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 14-15.

[20] TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**: os direitos humanos e a tributação – imunidades e isonomia. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 3. p. 42.

sobre a riqueza dos súditos de forma regular, não esporádica. Trata-se do absolutismo esclarecido ou, do ponto de vista econômico, mercantilismo[21]. Nessa fase, a Igreja permaneceu imune (ainda que apenas a Igreja Católica), mas, em contraposição, sofreu o confisco de seus bens, passou a estar sujeita ao controle do dízimo e teve extinta a sua jurisdição[22].

Com o advento do Estado fiscal, após o século XVIII, deu-se a separação definitiva entre a fazenda do príncipe e a fazenda pública. O tributo passou a ser o meio necessário ao Estado para a prestação de serviços públicos, e o seu pagamento constituía um dos mais importantes deveres do cidadão, mediante a garantia da igualdade tributária[23]. As relações entre o a liberdade e o tributo, nessa fase, eram de absoluta essencialidade, uma vez que não existia tributo sem liberdade e que a liberdade desaparecia na ausência do tributo[24].

De acordo com Torres, com o Estado fiscal a imunidade deixou de ser uma limitação do soberano em face da nobreza e da Igreja e passou a ser reconhecida como uma limitação do poder tributário do Estado frente aos direitos do indivíduo — tornando-se, assim, direito do cidadão. Nota-se, portanto, que a imunidade deixou de estar relacionada a privilégios e passou a ter a "coloração democrática" do Estado de direito, inspirada, notadamente, no liberalismo e no constitucionalismo norte-americano, conforme apresentado a seguir, em 2.1.1[25].

Essa mudança também foi constatada no Brasil, onde, sob a influência de tais ideias, a Constituição de 1824 extinguiu os privilégios da nobreza e da Igreja ao determinar que ninguém seria dispensado de contribuir para com as despesas do Estado na proporção de seus haveres (artigo 179, inciso XV)[26]. Posteriormente, a Constituição de 1891, redigida por Rui Barbosa e influenciada pela jurisprudência norte-americana, previu a imunidade

---

[21] TORRES, Ricardo Lobo. **A ideia de liberdade no Estado patrimonial e no Estado fiscal**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 52.

[22] TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**: os direitos humanos e a tributação – imunidades e isonomia. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 3. p. 43.

[23] VANONI, Ezio. **Natureza e interpretação das leis tributárias**. Tradução de Rubens Gomes de Sousa. Rio de Janeiro: Edições Financeiras S.A., 1952. p. 35.

[24] TORRES, Ricardo Lobo. **A ideia de liberdade no Estado patrimonial e no Estado fiscal**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p.109.

[25] TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**: os direitos humanos e a tributação – imunidades e isonomia. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 3. p. 42-43.

[26] É importante ressaltar, todavia, que a Igreja, apesar de não ser imune, estava sujeita a isenções fiscais. Cf. TORRES, Ricardo Lobo. **A ideia de liberdade no Estado patrimonial e no Estado fiscal**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 128.

recíproca, em seu artigo 10[27]. Desde então, as constituições brasileiras sempre previram dispositivos sobre a imunidade, conforme apresentado no item 2.1.3 deste trabalho.

1.2 CONCEITO E FUNDAMENTO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA

Analisada a evolução histórica da imunidade desde a Antiguidade até a sua concepção atual, passa-se a conceituá-la e fundamentá-la de acordo com essa concepção.

A tarefa de conceituar a imunidade não é fácil[28]. Todavia, não é o intuito do presente trabalho elencar os diferentes conceitos de imunidade, elaborados pelos mais diversos doutrinadores[29]. Mais importante é identificar que a doutrina conceitua e fundamenta o instituto a partir de uma postura positivista ou jusnaturalista de cada autor[30].

Torres argumenta que, com o advento do Estado de direito, conforme visto anteriormente, em 1.1, os direitos de liberdade foram proclamados com base nos direitos naturais. Essa concepção foi deixada de lado com a prevalência do positivismo e somente foi retomada após a 2ª Guerra Mundial, com o a reaproximação dos direitos de liberdade dos direitos naturais ou morais[31]. Para os positivistas, portanto, as imunidades fiscais teriam origem no próprio direito positivo, ou seja, na Constituição, por obra do constituinte. Todavia, para o autor, a imunidade seria uma relação jurídica que (i) instrumentaliza direitos fundamentais; (ii) decorre de uma qualidade da pessoa que lhe confere direito público subjetivo à não incidência tributária; ou, (iii) mediante exteriorização dos direitos da liberdade, provoca a incompetência do ente público[32]. Portanto, a imunidade seria um direito subjetivo pré-estatal, não sendo, de modo algum, manifestação da soberania do Estado,

---

[27] Artigo 10 da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891: "É proibido aos Estados tributar bens e rendas federais ou serviços a cargo da União, e reciprocamente".

[28] TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**: os direitos humanos e a tributação – imunidades e isonomia. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 3. p. 44.

[29] Essa relação de conceitos foi detalhadamente elaborada por Regina Helena Costa, a qual elencou tais conceitos em (i) limitação constitucional ao poder de tributar, (ii) princípio constitucional; (iii) hipótese de não-incidência constitucionalmente qualificada; (iii) "exclusão" ou "supressão" da competência tributária. Vide COSTA, Regina Helena. **Imunidades tributárias**: teoria e análise da jurisprudência do STF. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 39-60.

[30] De acordo com Ricardo Lobo Torres. Cf. TORRES, Ricardo Lobo. As imunidades tributárias e os direitos humanos: problemas de legitimação. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Tratado de direito constitucional tributário**: estudos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho, São Paulo: Saraiva, 2005. p. 305-338. p. 311.

[31] TORRES, Ricardo Lobo. As imunidades tributárias e os direitos humanos: problemas de legitimação. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Tratado de direito constitucional tributário**: estudos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho, São Paulo: Saraiva, 2005. p. 305-338. p. 310-312.

[32] TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**: os direitos humanos e a tributação – imunidades e isonomia. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 3. p. 44-45.

tampouco outorga constitucional, garantia principiológica ou autolimitação do poder fiscal[33]. Para o autor, portanto, a imunidade tem como fundamento os direitos humanos, morais ou fundamentais.

Apesar de bem construído o posicionamento, nota-se que diversas liberdades fundamentais não são beneficiárias da norma de imunidade e que nem todas as hipóteses de imunidade previstas no texto decorrem de direitos fundamentais ou liberdades. Conforme Schoueri, há determinados dispositivos constitucionais relacionados à imunidade que possuem "função meramente de ordem sistemática" — por exemplo, a imunidade conferida às exportações, em que, por uma questão de coerência, o constituinte optou por valer-se do instituto, ou a imunidade que decorre da "negociação entre os constituintes", em que determinados grupos acabaram por ver seus interesses privilegiados[34].

Em contrapartida ao entendimento de Torres, cita-se o posicionamento de autores que restringem a imunidade às hipóteses previstas no texto constitucional, como Amaro, que entende ser a imunidade uma "técnica legislativa" em que o constituinte exclui do campo tributável determinadas situações[35], e Carvalho, o qual entende ser a imunidade

> classe finita e imediatamente determinável de normas jurídicas, contidas no texto da Constituição da República, que estabelecem de modo expresso, a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno para expedir regras instituidoras de tributos que alcancem situações específicas e suficientemente caracterizadas.[36]

Também Carrazza entende que as imunidades tributárias são um fenômeno de natureza constitucional[37].

Mais razoável parece ser o entendimento de Ávila, para quem as imunidades, enquanto normas, são regras expressas excludentes do poder de tributar mas situações excepcionais poderiam fazer surgir normas pré-excludentes de poder, decorrentes da implicação lógica dos princípios constitucionais, como seria o caso do mínimo existencial. Essas seriam "imunidades implícitas"[38]. Nesse sentido é também o posicionamento de Derzi,

---

[33] TORRES, Ricardo Lobo. As imunidades tributárias e os direitos humanos: problemas de legitimação. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Tratado de direito constitucional tributário**: estudos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho, São Paulo: Saraiva, 2005. p. 305-338. p. 325.

[34] SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 435-437.

[35] AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 164.

[36] CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 190.

[37] CARRAZZA¸ Roque Antônio. Empresas estatais (sociedades de economia mista e empresas públicas) delegatárias de serviços públicos ou atos de polícia: sua imunidade a impostos – exegese do art. 150, VI, *a*, da CF. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Grandes questões atuais do direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2000. v. 4. p. 217-238. p. 222.

[38] ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 274.

que conceitua a imunidade como normas que: (i) atingem somente certos fatos e situações determinadas na Constituição; (ii) reduzem o âmbito de abrangência das normas atributivas de poder aos entes políticos da federação, delimitando-lhes negativamente a competência; (iii) possuem eficácia ampla e imediata; e (iv) criam direitos ou permissões em favor das pessoas imunes. Todavia, acrescenta que certas imunidades dedutíveis dos princípios fundamentais independem de consagração expressa na Constituição[39]. De fato, o rol de imunidades não parece ser taxativo. Cita-se, como exemplo, a imunidade das repartições consulares, que decorrem de um costume internacional[40].

Com relação ao fundamento da imunidade, este dependerá da construção da própria norma, que não pode se ater ao simples dispositivo constitucional. Conforme argumenta Schoueri, a imunidade não é monolítica e não se deve buscar um único fundamento. Trata-se de uma construção complexa, que poderá envolver diversos dispositivos e enunciados normativos[41].

Assim, a imunidade poderá ser fundamentada em direitos e garantias fundamentais (pacto federativo, liberdade religiosa, educação, processo democrático), inclusive naqueles expressamente previstos no ordenamento constitucional e que não podem ser alterados por força do artigo 60, § 4º, inciso IV. Não obstante, a imunidade também pode ser fundamentada com base na ausência de capacidade contributiva[42] ou poderá abranger fatos necessários à garantia dos fins públicos[43].

Haverá casos, todavia, em que a imunidade não será fundamentada em direitos ou garantias fundamentais nem em princípios. Conforme já mencionado, há imunidades que constam da Constituição Federal por uma questão sistemática, ou seja, para melhor organizar a repartição de competências tributárias, como a imunidade às exportações. Nesses casos, não há nenhum direito fundamental ou princípio para fundamentá-la. É o que se verifica, por exemplo, nas imunidades que são consideradas um "produto da negociação entre os

---

[39] BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu Machado. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 373-375.

[40] SCHOUERI, Luís Eduardo. Notas acerca da imunidade tributária: limites a uma limitação do poder de tributar. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FERNANDES, Edison Carlos (Coord.). **Tributação, justiça e liberdade**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 391-410. p. 393-394.

[41] SCHOUERI, Luís Eduardo. Imunidade tributária e ordem econômica. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Grandes questões atuais de direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2011. v. 15. p. 229-242. p. 229-235.

[42] SCHOUERI, Luís Eduardo. Notas acerca da imunidade tributária: limites a uma limitação do poder de tributar. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FERNANDES, Edison Carlos (Coord.). **Tributação, justiça e liberdade**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 391-410. p. 393.

[43] ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 274.

constituintes, positivada pelo texto constitucional"[44]. Nesse caso, houve uma opção do constituinte para incluí-la na Constituição. Essa imunidade, apesar de poder ter alguma importância, também não se fundamenta em princípio ou em garantia fundamental. Nesse sentido, um exemplo seria a imunidade dos fonogramas e dos videofonogramas industriais produzidos no Brasil. Tal norma parece buscar incentivar esse ramo da indústria nacional, mas certamente não revela um valor constitucional relevante a ponto de ser incluída dentre as imunidades do artigo 150, inciso VI, da CF.

1.2.1 Imunidade e isenção

Com relação ao conceito e ao fundamento da imunidade, cumpre fazer um breve aparte para diferenciá-la em relação à isenção. Tal diferenciação, atualmente bastante consolidada[45], tem grande relevância prática, conforme visto a seguir.

Leciona Carvalho que:

> […] uma distância abissal separa as duas espécies de unidades normativas. O preceito da imunidade exerce a função de colaborar, de uma forma especial, no desenho das competências impositivas. São normas constitucionais. Não cuidam da problemática da incidência, atuando em instante que antecede, na lógica do sistema, ao momento da percussão tributária. Já a isenção se dá no plano da legislação ordinária. Sua dinâmica pressupõe um encontro normativo, em que ela, regra de isenção, opera como expediente redutor do campo de abrangência dos critérios da hipótese ou da consequência da regra-matriz do tributo […].[46]

Portanto, explica que a imunidade é uma limitação do poder de tributar prevista em Constituição (escrita ou não), é irrevogável, e afeta obrigações principais e acessórias, incorrendo em incompetência absoluta. Já a isenção é a autolimitação do poder fiscal, "derrogatória de incidência", é prevista em lei ordinária, é revogável e atinge apenas a obrigação principal[47]. A imunidade, então, atua no plano da definição da competência, e a isenção opera no plano do exercício da competência[48]. Ademais, a imunidade resguarda

---

[44] SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 437.

[45] Segundo Baleeiro, antigamente os tribunais não diferenciavam a imunidade da isenção, conforme trecho: "Indiferentemente ao rigor dos conceitos financeiros, alguns antigos julgados não distinguiam a imunidade e isenção, aplicando regra de hermenêutica, aliás discutíveis, desta àquela". Vide BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu Machado. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 427.

[46] CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 193.

[47] TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**: os direitos humanos e a tributação – imunidades e isonomia. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 3. p. 491.

[48] AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 177.

princípios, a incolumidade de valores éticos e culturais consagrados pelo ordenamento constitucional positivo, os quais se pretende manter livres das interferências da tributação. Já a isenção, no entanto, caracteriza-se como regra excepcional à generalidade do tributo[49].

A diferença entre imunidade e isenção tem grande relevância do ponto de vista prático, como se verifica na disciplina dos gastos tributários no Brasil. Hoje é sabido que a concessão de benefícios fiscais a determinados entes tem os mesmos efeitos orçamentários de uma despesa pública. Esse entendimento, desenvolvido nos anos 1960 e 1970 pela doutrina norte-americana, notadamente nos estudos de Surrey[50], é, atualmente, universalmente difundido. Surrey desenvolveu o conceito de *"tax expenditures*", que no Brasil foi traduzido para "gastos tributários", que representam, do ponto de vista orçamentário, a estimativa do valor da receita renunciada em virtude da concessão de um determinado benefício fiscal.

Atualmente, no Brasil, há comandos explícitos para que os gastos tributários sejam relacionados em demonstrativo específico, que acompanha o projeto de lei orçamentária[51]. O intuito do demonstrativo é relacionar os gastos que estão sendo realizados pelo governo por meio de um desvio na estrutura normal de tributação — ou seja, quando o governo opta por não tributar. Esse documento é o Demonstrativo de Gastos Tributários (DGT), elaborado pela Secretaria da Receita Federal[52].

Apesar de os gastos tributários estarem elencados no artigo 14, § 1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), compreendendo isenções, anistias e alterações de alíquota[53],

---

[49] BORGES, José Souto Maior. **Teoria geral da isenção tributária**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 221.0

[50] Vide SURREY, Stanley S. Tax Incentives as a Device for Implementing Government Policy: A Comparisson with Direct Government Expenditures. **Harvard Law Review**, v. 83, n. 4, p. 705-738, Feb. 1970. SURREY, Stanley S. The Tax Expenditure Concept and the Budget Reform Act of 1974. **Boston College Industrial and Commercial Law Review**, v. 17, n. 5, p. 679-737, jun.1976.

[51] Artigo 165, § 6º, da Constituição Federal: "O projeto de lei orçamentária será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia". Esse artigo, posteriormente, foi complementado pela Lei Complementar nº 101/200 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

[52] Vide SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. **Demonstrativo dos gastos governamentais indiretos de natureza tributária (gastos tributários) – PLOA 2017**. Disponível em: <https://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/renuncia-fiscal/previsoes-ploa/dgt-ploa-2017-versao-1-1.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2017.

[53] Artigo 14 da LC nº 101/2000: "A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições: I - demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias; II - estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no caput, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição. § 1o A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido,

a Receita Federal extrapola esse conceito, incluindo também as imunidades das entidades de assistência social e educação, por exemplo, o que deturpa os dados do DGT.

Nota-se, portanto, que a Receita Federal confunde imunidade com isenção ao pressupor que se trata de um gasto tributário decorrente de lei ordinária e, portanto, passível de alteração pelo legislador. Tais institutos, conforme visto anteriormente, são distintos, o que acaba por ferir gravemente a transparência do DGT e deturpar as informações fornecidas, prejudicando o acesso ao real custo dos benefícios fiscais concedidos pelo governo brasileiro.

A distinção entre a imunidade e a isenção mostra-se, novamente, importante, em virtude da pouca técnica legislativa empregada em determinados artigos da CF. O artigo 195, § 7º, da CF prevê que são "isentas" de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei. Com base na diferenciação demonstrada, é possível verificar que não se trata de isenção, mas sim de imunidade, uma vez que se trata de norma constitucional e que, portanto, não poderá ser alterada por lei.

O "erro" também é encontrado no artigo 184, § 5º, da CF, que dispõe que são 'isentas" de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária[54].

Verifica-se, assim, a importância de distinguir a imunidade da isenção, não só por uma questão formal (previsão na Constituição Federal e na lei), mas porque a sua distinção importa em relevantes consequências práticas.

1.3 CLASSIFICAÇÃO DAS IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS

Diversas são as classificações propostas para as imunidades[55]. Dessa forma, são apresentadas apenas aquelas consideradas relevantes para o presente trabalho, quais sejam:

---

concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado. […]".

[54] Aires F. Barreto e Paulo Ayres Barreto consideram essa uma "pseudoimunidade", uma vez que não existe imposto federal sobre essa matéria, tampouco poderia vir a ser criado, nem mesmo em virtude da competência residual, uma vez que haveria invasão da competência dos municípios. Outrossim, segundo os autores, também não se trataria de Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis (ITBI), uma vez que o fato gerador do imposto é a transmissão da propriedade e a desapropriação seria forma originária de aquisição da propriedade. Cf. BARRETO, Aires F.; BARRETO, Paulo Ayres. **Imunidades tributárias**: limitações constitucionais ao poder de tributar. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2001. p. 58.

[55] Além das classificações mencionadas, Regina Helena Costa, por exemplo, ainda classifica as imunidades em excludentes e incisivas. As excludentes permitem a imposição de apenas um imposto. As incisivas

(i) imunidades gerais ou específicas; (ii) imunidades ontológicas ou políticas; (iii) imunidades explícitas e implícitas; e (iv) imunidades subjetivas, objetivas ou mistas.

As imunidades gerais (ou genéricas) são aquelas previstas no artigo 150, inciso VI, da CF. Trata-se de imunidades que se aplicam a todos os impostos[56]. Já as imunidades específicas, tópicas ou especiais normalmente se aplicam a um único imposto ou tributo e se destinam especificamente a apenas um ente. Como exemplo, cita-se a imunidade do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) nas importações de produtos industrializados[57].

Já as imunidades ontológicas seriam aquelas que decorrem de um ou vários princípios, enquanto as imunidades políticas não têm esse requisito. As últimas decorrem, tão somente, de uma opção do constituinte[58]. Um exemplo de imunidade ontológica é a imunidade recíproca, analisada no presente trabalho. Conforme apresentado adiante, a imunidade recíproca fundamenta-se no princípio federativo, bem como no princípio da capacidade contributiva. Ao vedar à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, a renda ou os serviços uns dos outros, busca-se preservar tais princípios. A instituição de impostos por um ente sobre o outro feriria a sua autonomia, afrontando, portanto, o pacto federativo. Ademais, tais entes não têm capacidade contributiva, uma vez que toda a arrecadação é voltada para a consecução de fins públicos. Em síntese, a imunidade recíproca é ontológica, porque se fundamenta nos princípios mencionados[59].

---

permitem a imposição de diversos impostos, excluindo os demais. Vide COSTA, Regina Helena. **Imunidades tributárias**: teoria e análise da jurisprudência do STF. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 137-146. Aires F. Barreto e Paulo Ayres Barreto classificam as imunidades em incondicionadas e condicionadas. A imunidade incondicionada não dependeria de integração por norma infraconstitucional. Vide BARRETO, Aires F.; BARRETO, Paulo Ayres. **Imunidades tributárias**: limitações constitucionais ao poder de tributar. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2001. p. 14. Ricardo Lobo Torres ainda classifica as imunidades entre aquelas que abrangem todos os tributos, tais como aquelas referentes à liberdade de locomoção no território brasileiro e ao comércio interlocal (art. 150, inciso V, da CF), e aquelas que abrangem apenas impostos, tais como as imunidades do artigo 150, inciso VI, da CF. Vide TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**: os direitos humanos e a tributação – imunidades e isonomia. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 3. p. 101.

[56] A inclusão da letra "e" no artigo 150, inciso VI, da Constituição Federal, realizada pela Emenda Constitucional nº 75/2013, parece afastar o intuito do constituinte de proteger tais valores. Não nos parece que fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros, bem como os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham, sejam valores constitucionais básicos, dignos de proteção.

[57] COSTA, Regina Helena. **Imunidades tributárias**: teoria e análise da jurisprudência do STF. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 138

[58] COSTA, Regina Helena. **Imunidades tributárias**: teoria e análise da jurisprudência do STF. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 142.

[59] É interessante notar, entretanto, que, no julgamento do RE nº 98.382/MG, o ministro Moreira Alves entendeu que a restrição prevista na Constituição Federal para a concessão da imunidade recíproca às autarquias somente no tocante às suas finalidades essenciais se tratava de uma imunidade política. Vide:

Já a imunidade política não se fundamenta em princípio. São imunidades que constam do texto constitucional por outros motivos. Conforme já visto, a imunidade poderá ser decorrente de uma questão sistemática, ou seja, para melhor organizar a repartição de competências tributárias — a imunidade às exportações, por exemplo. Assim, a imunidade pode ser considerada "produto da negociação entre os constituintes, positivada pelo texto constitucional"[60]. Nesse sentido, um exemplo seria a imunidade dos fonogramas e dos videofonogramas industriais produzidos no Brasil, a qual, a nosso ver, não se fundamenta em princípio nem tampouco se refere a repartição de competências[61].

As imunidades explícitas são aquelas previstas expressamente na CF, enquanto as imunidades implícitas são aquelas que não constam do texto mas se fundamentam em princípios ou direitos fundamentais, ou em tratados internacionais. Tal classificação está intimamente ligada ao conceito de imunidade, visto anteriormente. Para aqueles que entendem que a imunidade deve decorrer, necessariamente, de previsão constitucional expressa, tal classificação não teria aplicabilidade.

No Brasil, em regra, as imunidades constam explicitamente na CF, todavia há casos excepcionais em que é reconhecida uma determinada imunidade sem tal previsão explícita. O STF, por exemplo, possui jurisprudência consolidada[62] de que o Estado estrangeiro e seus órgãos de representação, tais como embaixadas e consulados, estão sujeitos à imunidade tributária, salvo com relação às taxas. Para tanto, fundamentam a imunidade na Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas[63] e na Convenção de Viena sobre Relações Consulares.

Mais conhecida é a classificação das imunidades em subjetivas, objetivas e mistas[64].

RE nº 98.382/MG, ministro relator Moreira Alves, data de julgamento12/11/1982. Vide item 2.4 do trabalho.

60 SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 437.

61 Artigo 150, inciso VI, letra "e", da Constituição Federal.

62 Vide ACO nº 2.569 ED/MG, ministro relator Luiz Fux, data de julgamento 24/02/2015.

63 Artigo 23 da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 103/1964 e promulgada pelo Decreto nº 56.435/1965; e artigo 32 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 06/1964 e promulgada pelo Decreto nº 61.078/1967.

64 Vide AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 177. COSTA, Regina Helena. **Imunidades tributárias**: teoria e análise da jurisprudência do STF. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 139. SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 446. Ressalta-se a opinião de Roque Antônio Carrazza, para quem as imunidades sempre são subjetivas, uma vez que invariavelmente beneficiam determinadas pessoas, quer por sua natureza jurídica, quer pela relação que guardam com determinados fatos, bens ou situações. Vide CARRAZZA¸ Roque Antônio. Empresas estatais (sociedades de economia mista e empresas públicas) delegatárias de serviços públicos ou atos de polícia: sua imunidade a impostos – exegese do art. 150, VI, *a*, da CF. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Grandes questões atuais do direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2000. v. 4. p. 217-238. p. 223.

As imunidades subjetivas são aquelas que se aplicam às pessoas em função de sua natureza jurídica. Cita-se novamente como exemplo a imunidade recíproca, prevista no artigo 150, inciso VI, letra "a", da CF. A imunidade recíproca se refere ao patrimônio, à renda ou aos serviços da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. Nota-se, portanto, que, ao se referir a tais entes, a imunidade é conferida em função de tais pessoas jurídicas.

Já as imunidades objetivas são conferidas em função de determinados fatos, objetos ou situações. Trata-se, por exemplo, da imunidade prevista no artigo 150, inciso VI, letra "d", da CF, que é conferida a "livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão". Nota-se que nesse caso a imunidade não se refere a quem comercializa o produto, mas ao objeto em si.

Segundo Schoueri, as imunidades também podem ser mistas, ou seja, se aplicam tanto em função do sujeito como com relação ao fato, ao objeto ou à situação a que se pretende conferir a imunidade. Tal seria o caso da imunidade conferida aos templos, por exemplo. Segundo o autor, a classificação das imunidades como mistas não é pacífica, uma vez que seriam, *per se*, subjetivas, por já estarem vinculadas a patrimônio, renda ou serviço. Todavia, ressalta o autor que o caráter da imunidade dos templos, por exemplo, seria misto, porque, para que se reconheça a imunidade, não seria relevante a pessoa, e sim o templo; todavia, uma vez identificado o tempo, seu patrimônio, sua renda e seus serviços estariam imunes[65].

Outro exemplo de imunidade mista seria a do Imposto Territorial Rural (ITR) sobre pequenas glebas rurais, definidas em lei, quando não as explore um proprietário que não possua outro imóvel (artigo 153, § 4º, inciso II, da Constituição Federal). Nesse caso, a imunidade seria mista, pois tem um aspecto objetivo (pequena propriedade rural, definida em lei) e um aspecto subjetivo (proprietário possuir apenas um imóvel).

1.4 IMUNIDADE TRIBUTÁRIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A CF prevê diversas imunidades em seu corpo. Considerando que o presente trabalho busca analisar a imunidade recíproca às empresas estatais e sua atuação na ordem econômica, não está em seu objetivo discorrer sobre as demais imunidades, de forma que se busca apenas relacioná-las.

---

[65] SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 446.

Em regra, as imunidades se aplicam aos impostos. Todavia, conforme analisado a seguir, há previsão, também, para aplicação da imunidade a outras hipóteses tributárias.

As "imunidades genéricas", conforme classificação vista em 1.3, são aquelas previstas no artigo 150, inciso VI, da CF. São consideradas as mais tradicionais formas de imunidade, uma vez que já constam de constituições passadas e, em regra, se aplicam a todos os impostos. Ademais, fundamentam-se em valores relevantes[66]. São elas: (i) a imunidade recíproca; (ii) a imunidade dos templos de qualquer culto; (iii) o patrimônio, a renda ou os 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; (iv) a imunidade de livros, jornais, periódicos e do papel destinado a sua impressão. Posteriormente, foi incluída a letra "e" no artigo 150, inciso VI, da CF, para prever a imunidade dos fonogramas e dos videofonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros, bem como os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham, salvo na etapa de replicação industrial de mídias ópticas de leitura a *laser*.

As "imunidades específicas", conforme visto, são aquelas que se aplicam a um determinado imposto ou a uma determinada espécie tributária. Diversas são as imunidades específicas, referentes a impostos, previstas na CF; cita-se, dentre elas: (i) a imunidade da exportação de produtos industrializados em relação ao IPI (artigo 153, § 3º, inciso III) e de mercadorias e serviços em relação ao Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) (artigo 155, § 2º, inciso X, letra "a"); (ii) a imunidade das pequenas glebas rurais em relação ao ITR (artigo 153, § 4º, inciso II); (iii) a imunidade das operações que destinem a outros estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica ao ICMS.

Além dos impostos, as imunidades também se aplicam a determinadas taxas, com o intuito de proteger direitos e garantias fundamentais[67], como as previstas no artigo 5º da CF. Nesse sentido, o texto constitucional prevê a imunidade: (i) do direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder (artigo 5º, inciso

---

[66] Diz-se "em regra" porque a imunidade dos fonogramas e dos videofonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros (artigo 150, inciso VI, letra "e", da Constituição Federal), a nosso ver, não consagra valores constitucionais relevantes.

[67] SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 499.

XXXIV, letra “a”); (ii) da obtenção de certidões em repartições públicas para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal (artigo 5º, inciso XXXIV, letra “b”); (iii) da assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (artigo 5º, inciso LXXIV); (iv) do registro civil de nascimento e da certidão de óbito aos reconhecidamente pobres na forma da lei (artigo 5º, inciso LXXVI, letras “a” e b”); (v) das ações de *habeas corpus* e *habeas data* e, na forma da lei, dos atos necessários ao exercício da cidadania (artigo 5º, inciso LXXVII).

Por fim, determinadas imunidades também se aplicam às contribuições. Cita-se o artigo 195 da CF, que prevê imunidade sobre a contribuição dos trabalhadores e dos demais segurados da previdência social no que diz respeito aos proventos de aposentadoria e pensão concedidos pelo regime de previdência social (artigo 195, inciso II), bem como a imunidade sobre a contribuição para a seguridade social das entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei (artigo 195, § 7º). Ademais, o artigo 149, § 2º, da CF veda a incidência de contribuições sociais e de intervenção sobre o domínio econômico no que diz respeito às receitas decorrentes de exportação (artigo 149, § 2º).

O presente trabalho busca analisar a imunidade recíproca e sua aplicabilidade às empresas estatais. Dessa forma, passa-se a uma análise pormenorizada da imunidade recíproca.

2 A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA

2.1 FUNDAMENTO HISTÓRICO E DIREITO COMPARADO

A imunidade tributária recíproca, prevista no artigo 150, inciso VI, letra "a", da CF, impede que União, estados e municípios instituam impostos sobre patrimônio, renda ou serviços uns dos outros. A redação, tal qual se encontra hoje em dia, é fruto de uma longa evolução histórica.

2.1.1 A jurisprudência americana

A doutrina relata a origem da imunidade recíproca brasileira no direito norte-americano[68]. Segundo Torres, a elaboração teórica sobre imunidades fiscais durante o liberalismo foi diminuta, tanto na Europa como no Brasil[69]. A exceção deu-se nos Estados Unidos, onde o trabalho da Suprema Corte buscou justificar a *reciprocal immunity of states instrumentalities*, consequência indireta da "teoria dos poderes implícitos", de Hamilton, secretário do Tesouro dos Estados Unidos de 1789 a 1795, o qual, desde a Convenção da Filadélfia, defendeu a necessidade de expansão do poder federal em face da autonomia dos estados da federação[70].

Nota-se, portanto, que a teoria da imunidade recíproca surgiu da necessidade de acomodação dos interesses do poder central em relação aos Estados Federados[71]. Trata-se de uma construção da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, de sorte que, diferentemente do direito brasileiro, não há, no texto constitucional norte-americano, nenhum dispositivo que trate expressamente do tema[72].

---

68 Cf. BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu Machado. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 383. TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**: os direitos humanos e a tributação – imunidades e isonomia. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 3. p. 225. COSTA, Regina Helena. **Imunidades tributárias**: teoria e análise da jurisprudência do STF. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 150.

69 TORRES, Ricardo Lobo. **A ideia de liberdade no Estado patrimonial e no Estado fiscal**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 128.

70 BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu Machado. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.383.

71 COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 248.

72 BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu Machado. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 383.

Examinando os principais precedentes da jurisprudência norte-americana, é possível verificar uma evolução da imunidade recíproca de acordo com os diferentes momentos da história daquele país.

O primeiro precedente, Mc. Culloch *v.* Maryland[73], revela a necessidade de expansão do poder federal, ainda diminuto, em relação à autonomia dos estados-membros. O Bank of United States era uma instituição financeira controlada pelo governo dos Estados Unidos com o objetivo de estabelecer políticas monetárias. Com o intuito de inviabilizar sua atuação, muitos estados proibiriam o funcionamento do banco, sendo que alguns optaram por taxá-lo, com o intuito de obstar suas atividades. O poder legislativo do estado de Maryland determinou que todos os bancos não pertencentes ao estado estariam sujeitos ao pagamento de um tributo anual de quinze mil dólares. McCulloch, o caixa da filial de Baltimore, recusou-se a pagar o tributo, de forma que o estado promoveu uma ação judicial para a cobrança do imposto. O estado de Maryland foi vitorioso nas duas instâncias[74].

O caso chegou à Suprema Corte em 1819, sendo o relator John Marshall. Segundo Chemerinsky, o caso envolvia duas questões: (i) a constitucionalidade da lei que instituiu o Bank of United States; e (ii) a constitucionalidade da lei do estado de Maryland que previa a imposição do tributo. Marshall concluiu que a constituição de um banco não afrontava a Constituição, uma vez que ao Congresso caberia realizar qualquer atividade que não fosse expressamente proibida pela Constituição. Com relação à lei do estado de Maryland, concluiu que esse estado não poderia tributar o Bank of United States, uma vez que a cobrança do imposto impediria sua atuação, o que poderia culminar, inclusive, na extinção da instituição financeira. Além disso, entendeu que a cobrança de um imposto estadual sobre uma instituição federal afetaria todos os estados, os quais não foram representados, tornando, portanto, o imposto ilegal[75].

Relata-se que, durante esse período, a imunidade recíproca foi gradualmente sendo ampliada, proporcionando um fortalecimento do poder central em relação aos estados-membros[76]. Posteriormente, após a Guerra da Secessão, com o fortalecimento do poder federal e a fragilidade dos estados-membros, decorrente da guerra, percebeu-se uma

---

[73] McCulloch *v.* Maryland. 17 U.S. 316 (1819).

[74] CHEMERINSKY, Erwin. **Constitutional Law**: Principles and Policies. 5. ed. New York: Wolters Kluwer, 2015. p. 242.

[75] CHEMERINSKY, Erwin. **Constitutional Law**: Principles and Policies. 5. ed. New York: Wolters Kluwer, 2015. p. 246-248.

[76] IBAÑES, André Pereira. Imunidade tributária recíproca: a experiência do direito norte-americano. In: DIFINI, Luiz Pereira Silveira (Coord.). **Imunidades tributárias e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 29-53. p. 34-35.

mudança de entendimento no sentido de reestabelecer o equilíbrio de poderes entre os entes da federação e proporcionar reciprocidade nas decisões sobre a imunidade, as quais, até então, não beneficiavam os estados[77].

Em Collector *v.* Day, por exemplo, discutiu-se a possibilidade de incidência do imposto federal sobre os rendimentos de um juiz estadual que recebia seu salário pelo estado de Massachusetts. Em 1870, a Suprema Corte julgou favoravelmente ao magistrado, por entender que o direito reservado aos estados de administrar justiça por meio de suas cortes não poderia estar sujeito ao poder tributante do Congresso[78]. Da mesma forma, e com base na reciprocidade, a Suprema Corte entendeu, em Pollock *v.* Farmers' Loan and Co., em 1895, que era inconstitucional a incidência de um tributo federal sobre títulos municipais[79].

É importante ressaltar que já nessa época a jurisprudência era pacífica no sentido de que a imunidade deveria ser aplicada exclusivamente para exercício da função governamental (*government character*), não sendo reconhecida a sua aplicação quando o ente público explorasse atividade comercial ou industrial de natureza quase privada (*private business* ou *proprietary character*)[80]. Nesse sentido, conforme relata Baleeiro[81], foi decidido, em South Carolina *v. United States*[82], que a empresa estatal de bebidas alcoólicas pertencente ao estado da Carolina do Sul estava sujeita a imposto federal. Também estava sujeita a imposto a renda decorrente da exploração de águas minerais por empresa pertencente ao estado de Nova York, conforme NY *v.* United States, ocasião em que se concluiu que os estados, nessa situação, deveriam suportar imposto exatamente igual ao que incide sobre as pessoas privadas[83].

Após a 1ª Guerra Mundial, com a união do país, e afastadas as desconfianças decorrentes da Guerra da Secessão, a multiplicação de impostos, tais como o imposto sobre

---

77 TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**: os direitos humanos e a tributação – imunidades e isonomia. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 3. p. 248.

78 IBAÑES, André Pereira. Imunidade tributária recíproca: a experiência do direito norte-americano. In: DIFINI, Luiz Pereira Silveira (Coord.). **Imunidades tributárias e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 29-53. p. 36-37. Vide Collector *v.* Day, 78 U. S. 113, 127 (1870).

79 IBAÑES, André Pereira. Imunidade tributária recíproca: a experiência do direito norte-americano. In: DIFINI, Luiz Pereira Silveira (Coord.). **Imunidades tributárias e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 29-53. p. 37-38.

80 SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 453.

81 BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu Machado. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 385-386.

82 South Carolina *v.* United States, 199 U. S. (1905).

83 NY *v.* U. States, 326 U. S. (1946).

a herança, fez-se necessária para financiar as despesas de guerra, o que inspirou o abandono à tese de Marshall[84].

Em Helvering *v. Gerhardt*[85], discutiu-se novamente a constitucionalidade da incidência de imposto federal sobre os salários da Port New York Authority, uma empresa pertencente ao estado de Nova Iorque e ao estado de Nova Jérsei. Nesse feito, a Suprema Corte entendeu que o poder de tributar do Congresso deveria ser limitado a hipóteses restritas, uma vez que o alargamento da imunidade, ao ultrapassar a real proteção das atividades estatais, corresponderia a um ônus sobre o governo com benefício apenas a uma classe de contribuintes. Para a corte, as funções exercidas pelos empregados da New York Port Authority eram semelhantes às das demais pessoas da comunidade, de forma que a imposição tributária não obstaria a atividade dos estados acionistas da companhia[86].

Também em Graves *v.* New York ex rel. O´Keefe[87] entendeu-se possível tributar a renda de um advogado da Home Owner's Loan Corporation, empresa instituída pelo governo federal. Segundo a corte, foi superado o entendimento de Collector *v.* Day*,* o qual entendia, até então, que os salários dos funcionários públicos federais eram imunes de impostos estaduais e que os salários de funcionários estaduais eram imunes de impostos federais[88].

Com relação à imunidade de empresas pertencentes a entes da federação, é também dessa época Graves *v.* New York, o qual repeliu a imunidade da Panama Railroad, sociedade anônima pertencente ao governo federal[89].

Após os anos 1960, a Suprema Corte passou a dar importância a casos relacionados a garantias e direitos individuais, deixando de analisar casos de imunidade recíproca[90]. Ainda assim, verificam-se alguns casos que tratam a matéria, como o First Agr. Bank *v.* State Tax Com[91], o qual modificou o tradicional entendimento de McCulloch *v.* Maryland e permitiu a incidência de tributos estaduais sob uma instituição financeira do governo federal, bem

---

84 BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu Machado. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 386.

85 Helvering *v.* Gerhardt, 304 U. S. (1938).

86 IBAÑES, André Pereira. Imunidade tributária recíproca: a experiência do direito norte-americano. In: DIFINI, Luiz Pereira Silveira (Coord.). **Imunidades tributárias e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 29-53. p. 40-41.

87 Graves *v.* New York ex rel O´Keeefe, 306 U. S. 466, 486 (1939).

88 LEWIS, Thomas T.; WILSON, Richard L. **Encyclopedia of the U.S. Supreme Court**. Pasadena: Salem Press, 2001. v. 2. p. 424-425. Relata o autor que a possibilidade de tributação de funcionários públicos foi posteriormente permitida expressamente no The Public Salaray Act of 1939.

89 Graves *v.* New York, 306 U.S. (1939).

90 BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu Machado. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 390.

91 First Agr. Bank *v.* State Tax Com., 392 U. S. (1968).

como o United States *v.* New Mexico[92], o qual entendeu que a imunidade somente se aplica a uma instrumentalidade tão diretamente ligada ao governo que não poderia ser vista, realisticamente, como uma entidade separada[93].

Mais recentemente, em 1988, a Suprema Corte dos Estados Unidos voltou a analisar a imunidade recíproca no caso South Carolina *v.* Baker[94], em que foi discutida a possibilidade de incidência de imposto federal sobre o rendimento de títulos não registrados, emitidos pelo governo do estado da Carolina do Sul. A Suprema Corte entendeu que a incidência de imposto federal sobre o rendimento de títulos estaduais não interferia nas funções do estado e reiterou o posicionamento da corte de restringir o alcance da imunidade recíproca, de forma a não prejudicar a receita pública em detrimento de interesses privados[95].

Da análise dos precedentes anteriormente mencionados, portanto, é possível chegar à conclusão de que a imunidade recíproca, de acordo com o entendimento norte-americano atual: (i) deve ser examinada de forma restrita; (ii) deve ser aplicada apenas sobre bens e serviços essencialmente públicos, os quais, caso sejam tributados, podem obstar o bom andamento do governo (*government character*); (iii) não se aplica quando o governo exerce atividade econômica ou industrial (*private business* ou *proprietary character*)[96].

2.1.2 A imunidade recíproca em outras jurisdições

A imunidade recíproca é presente em outros países, todavia com contornos distintos dos previstos no direito brasileiro. É comum encontrar na doutrina o argumento de que a imunidade recíproca é um instituto típico do direito nacional, porque não há, no direito comparado, positivação constitucional do instituto, como ocorre no Brasil. Contrariamente ao alegado[97], existem jurisdições que preveem expressamente em suas constituições dispositivos similares à imunidade recíproca brasileira.

---

92 United States *v.* New Mexico, 455 U .S. 720 (1982).

93 TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**: os direitos humanos e a tributação – imunidades e isonomia. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 3. p. 228-229.

94 South Carolina *v.* Baker 108 S. Ct. 1355 (1988).

95 MARSH, William D. Intergovernmental Tax Immunity Beyond *South Carolina v. Baker*. **Brigham Young University Law Review**, n. 1989, p. 249-260, 1989. p. 256-259.

96 TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**: os direitos humanos e a tributação – imunidades e isonomia. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 3., p. 229.

97 Ricardo Lobo Torres relata que "não há exemplo no direito comparado de positivação constitucional das imunidades recíprocas, como ocorre no Brasil. Aparecem nas codificações ou na legislação ordinária, ou são descobertas pelo trabalho casuístico da jurisprudência". Vide TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**: os direitos humanos e a tributação – imunidades e isonomia. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 3. p. 232.

É também por influência norte-americana que a imunidade recíproca está prevista, de forma expressa, no artigo 114 da Constituição australiana. Segundo esse artigo, não é permitido, salvo mediante autorização do parlamento, que Estados e Commonwealth imponham impostos um sobre o outro[98].

Ressalta Pylee, no entanto, que, com a transformação do Estado australiano ao longo dos anos, esse dispositivo passou a trazer diversas complicações. Enquanto o Estado abrangia apenas as tradicionais funções de governo, como a manutenção da ordem e a administração da justiça (poder de polícia), a norma fazia sentido. Todavia, segundo o autor, com a atuação do governo australiano em atividades comerciais e industriais, a aderência ao princípio se tornou dificultosa, de forma que o dispositivo, apesar de ainda constar do texto constitucional, foi "abandonado"[99].

O mesmo autor relata que, ciente das dificuldades experimentadas pela Austrália, a Índia também inseriu a disposição expressa sob a imunidade, todavia com menor abrangência, uma vez que havia a preocupação com a concessão de imunidade aos estados cujas atividades não se restringiam mais às típicas funções governamentais[100]. Assim como o texto australiano, o artigo 285 da Constituição indiana dispõe que a União está imune a eventuais impostos que vierem a ser instituídos pelos estados, salvo se o parlamento, por lei, dispuser sobre o contrário. Todavia, a recíproca não se aplica aos estados, que não estão imunes aos impostos da União[101].

Cita-se, também, a Constituição venezuelana de 30 de dezembro de 1999, a qual prevê, no artigo 180, a imunidade da República, dos estados e dos entes estatais (inclusive empresas estatais) em relação a tributos dos municípios[102].

---

98 Commonwealth of Australia Constitution Act: "114. A State shall not, without the consent of the Parliament of the Commonwealth, raise or maintain any naval or military force, or impose any tax on property of any kind belonging to the Commonwealth, nor shall the Commonwealth impose any tax on property of any kind belonging to a State".

99 PYLEE, Moolamattom Varkey. **Constitutional Government in India**. 6th. ed. New Delhi: S. Chand & Company Ltd., 2006. p. 436-437.

100 PYLEE, Moolamattom Varkey. **Constitutional Government in India**. 6th. ed. New Delhi: S. Chand & Company Ltd., 2006. p. 437.

101 Constitution of India: "285. Exemption of property of the Union from State taxation. (1) The property of the Union shall, save in so far as Parliament may by law otherwise provide, be exempt from all taxes imposed by a State or by any authority within a State (2) Nothing in clause (1) shall, until Parliament by law otherwise provides, prevent any authority within a State from levying any tax on any property of the Union to which such property was immediately before the commencement of this Constitution liable or treated as liable, so long as that tax continues to be levied in that State".

102 Cf. BADELL & GRAU. **Constitución prevé la inmunidad tributaria de la República, los Estados y las personas jurídicas estatales creadas por estos frente a las potestades impositivas de los municípios**. Disponível em: <http://www.badellgrau.com/?pag=46&ct=1062>. Acesso em: 20 dez. 2017.

A jurisprudência norte-americana também serviu de inspiração para o reconhecimento da imunidade recíproca na Argentina[103]. Todavia, nesse país, assim como nos Estados Unidos, a norma de imunidade decorre do entendimento doutrinário e jurisprudencial, não havendo dispositivo expresso na Constituição[104].

A doutrina argentina justifica a imunidade recíproca com base: (i) na "grande lei de autopreservação", em que se busca assegurar a soberania dos distintos estados, (ii) na "solidariedade federal", de forma que as normas instituídas pela nação e pelas províncias devem ser interpretadas de forma harmoniosa, evitando interferências do poder central em relação às províncias e vice-versa; e (iii) na ausência de capacidade contributiva[105].

Coube a Jarach traçar as primeiras linhas doutrinárias na Argentina sobre a ausência de capacidade contributiva como fundamento para a imunidade recíproca[106]. O autor rechaçou o argumento de que a imunidade se justificaria pela soberania[107] e concluiu que a imunidade fiscal se fundamenta na ausência de capacidade contributiva, uma vez que toda a riqueza do Estado serve diretamente às finalidades públicas, de forma que não haveria sentido em tributá-la[108]. Assim, somente poderia se admitir, excepcionalmente, a tributação quando houvesse vontade legislativa de equiparar uma empresa pública a uma empresa privada[109].

Ao longo dos anos, a jurisprudência argentina manifesta-se de forma bastante abrangente com relação à imunidade recíproca. Cita-se o caso do Banco de La Provincia de Buenos Aires, que tem imunidade desde 1860, em virtude do Pacto de San Jose de Flores, a

---

[103] Cf. BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu Machado. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 393. TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**: os direitos humanos e a tributação – imunidades e isonomia. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 3. p. 234.

[104] CASANOVA, Gustavo J. Naveira de. **El "instrumento de gobierno" como concepto jurídico indeterminado em la jurisprudência de la Corte Suprema Argentina**. Disponível em: <http://vlex.xom/vid/instrumento-indeterminado-corte-suprema-39013253>. Acesso em: 1 jun. 2016. p. 956. O autor, todavia, cita diversos dispositivos constitucionais que contribuem para a criação da norma de imunidade na Argentina, dentre eles os artigos 1º, 5º e 121 da Constituição Argentina.

[105] DELLA PICCA, Pablo Hernán. La inmunidad fiscal del Banco de La Provincia de Buenos Aires. **Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio Gioja"**, Buenos Aires, v. 9, n. 14, p. 77-96, 2015. p. 85-86.

[106] CASANOVA, Gustavo J. Naveira de. **El "instrumento de gobierno" como concepto jurídico indeterminado em la jurisprudência de la Corte Suprema Argentina**. Disponível em: <http://vlex.xom/vid/instrumento-indeterminado-corte-suprema-39013253>. Acesso em: 1 jun. 2016. p. 950.

[107] Para Dino Jarach, a obrigação tributária em si não diminuiria a soberania de um Estado; seria apenas uma limitação do direito de propriedade, assim como a reparação de um dano. Vide JARACH, Dino. **El hecho imponible**: teoria general del derecho tributário sustantivo. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1976. p. 199.

[108] Esse ponto será mais bem analisado no item 2.3.2 do presente trabalho.

[109] JARACH, Dino. **El hecho imponible**: teoria general del derecho tributário sustantivo. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1976. p. 198-200.

qual foi reafirmada, após a reforma constitucional de 1994, pelo Tribunal Argentino[110]. Também a imunidade do Banco de La Nación Argentina foi amplamente discutida desde 1876[111].

Em outra ocasião, quando o fisco argentino pretendia instituir uma tributação de 5% sobre a renda dos juízes federais, a corte constitucional reconheceu a garantia de intangibilidade de seus vencimentos, ainda que atualmente parte da doutrina questione a desigualdade que esse tipo de benefício promove em relação aos demais cidadãos[112].

A imunidade da Empresa Nacional de Correos y Telégrafos também é assegurada. Não obstante se tratasse de uma empresa pública transformada em sociedade de economia mista em 1992, o Tribunal Argentino reiterou a importância dos recursos dos correios para o Tesouro Nacional, de forma que manteve a empresa imune de impostos[113].

Nos países europeus, em regra, a imunidade recíproca é presente em leis ordinárias, sob a forma de isenções[114], e a atuação organizada pelo Estado em atividades de cunho econômico recebe o mesmo tratamento daquela realizada por entes privados, de forma que não é concedida a imunidade recíproca[115]. Na Alemanha, por exemplo, empresas estatais estão sujeitas às mesmas linhas de financiamento e à mesma tributação que empresas privadas, não obstante haja críticas aos subsídios concedidos a determinadas empresas públicas[116].

---

[110] DELLA PICCA, Pablo Hernán. La inmunidad fiscal del Banco de La Provincia de Buenos Aires. **Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio Gioja"**, Buenos Aires, v. 9, n. 14, p. 77-96, 2015.

[111] CASANOVA, Gustavo J. Naveira de. **El "instrumento de gobierno" como concepto jurídico indeterminado em la jurisprudência de la Corte Suprema Argentina**. Disponível em: <http://vlex.xom/vid/instrumento-indeterminado-corte-suprema-39013253>. Acesso em: 1 jun. 2016. p. 972-976.

[112] CASANOVA, Gustavo J. Naveira de. **El "instrumento de gobierno" como concepto jurídico indeterminado em la jurisprudência de la Corte Suprema Argentina**. Disponível em: <http://vlex.xom/vid/instrumento-indeterminado-corte-suprema-39013253>. Acesso em: 1 jun. 2016. p. 966

[113] CASANOVA, Gustavo J. Naveira de. **El "instrumento de gobierno" como concepto jurídico indeterminado em la jurisprudência de la Corte Suprema Argentina**. Disponível em: <http://vlex.xom/vid/instrumento-indeterminado-corte-suprema-39013253>. Acesso em: 1 jun. 2016. p. 971-972.

[114] TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**: os direitos humanos e a tributação – imunidades e isonomia. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 3. p. 233.

[115] SETSER, Vernon. The Immunities of the State and Government Economic Activities. **Law and Contemporary Problems**, n. 24, p. 291-316, 1959. Disponível em: <http://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol24/iss2/5>. Acesso em: 13 jun. 2016. p. 297.

[116] UNITED STATES OF AMERICA. Department of State. **Germany**: Investment Climate Statement. 2015. Disponível em: <http://www.state.gov/documents/organization/241782.pdf>. Acesso em: 10 maio 2016. p. 15. O documento ressalta que, não obstante as empresas estatais alemãs não estejam sujeitas à imunidade tributária, se discutem, todavia, os determinados subsídios concedidos. Os Correios (Deutsche Post) foram acusados de receber subsídios para realizar entregas com valores inferiores ao preço de custo, e a Deusche Bahn foi acusada de oferecer descontos, a suas subsidiárias, sobre o valor cobrado pela energia utilizada na rede ferroviária.

O principal argumento para a tributação de empresas estatais nas mesmas condições em que empresas privadas se refere à manutenção da livre concorrência. A não tributação de empresas estatais (ou a tributação em condições mais benéficas) permitiria o oferecimento de produtos com preços mais baixos, prejudicando a igualdade de competição. Portanto, mesmo em governos unitários, nos quais a imunidade recíproca não é vista como uma questão sob o ponto de vista de manutenção do princípio federativo, a prestação de um determinado serviço por meio de empresas estatais será tributada, como forma de equalizar a concorrência entre a atuação do ente estatal e a atuação dos agentes privados[117].

Bastante interessante, todavia, é a experiência da China, país onde a tributação de empresas estatais se baseia em argumento diverso da proteção à livre concorrência. Enquanto a China era um país de economia planificada, os resultados das empresas estatais eram diretamente dirigidos à administração central, principalmente porque o país possuía poucos instrumentos tributários, de forma que a receita das empresas públicas era a grande fonte de receita do país. Com a transição do país para uma economia de mercado, o governo chinês, em vez de determinar o redirecionamento de todo o lucro das empresas estatais para a administração central — o que não mais se justificaria no cenário atual —, passou a impor uma alta tributação a essas companhias (55% sobre a receita). Por isso, conclui a doutrina que a tributação de empresas estatais na China não se deu de forma a permitir a atuação de empresas públicas em igualdade com agentes privados de forma a proteger a livre concorrência, mas como meio para manter o redirecionamento da receita das empresas públicas à administração central[118].

Nota-se, portanto, que a imunidade recíproca tem diferentes características a depender do contexto de cada país.

Assim, improcede a informação genérica da doutrina de que a imunidade é eminentemente um instituto do direito brasileiro simplesmente porque somente aqui foi positivada na Constituição. Conforme visto anteriormente, há países que preveem a imunidade recíproca em dispositivos constitucionais, outros que a reconhecem por meio da doutrina e da jurisprudência e outros que apenas concedem isenções fiscais a entes públicos.

---

[117] CUI, Wei. **Taxation of State Owned Enterprises**: A Review of Empirical Evidence from China. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2583284>. Acesso em: 10 maio 2016. p. 5.

[118] CUI, Wei. **Taxation of State Owned Enterprises**: A Review of Empirical Evidence from China. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2583284>. Acesso em: 10 maio 2016. p. 10-11.

Os argumentos para o reconhecimento da imunidade também variam de acordo com a realidade de cada país. A Austrália, por exemplo, tem expressa disposição constitucional sobre a imunidade recíproca, mas o instituto deixou de ser utilizado após o Estado passar a atuar de forma mais intensa na economia do país. Por outro lado, a Argentina não tem disciplina constitucional expressa, mas concede ampla imunidade aos entes da administração. Por fim, cita-se a recente norma constitucional venezuelana de 1999, a qual, certamente, reflete o atual cenário econômico e social daquele país.

No mesmo sentido, variam os argumentos para o reconhecimento da imunidade às empresas estatais. Enquanto países europeus afastam a imunidade sob o fundamento de manutenção da igualdade de condições entre empresas públicas e privadas, a China, por exemplo, impõe a tributação a tais empresas como forma de permitir um maior redirecionamento de receitas ao governo central.

Nota-se, portanto, que a imunidade recíproca está sujeita à realidade de cada jurisdição, à concepção de governo e de Estado, à maior ou à menor atuação do Estado na economia, aos diferentes sistemas jurídicos e ao contexto histórico, social e econômico de cada país. Daí por que, para o estudo da aplicabilidade da imunidade recíproca às empresas estatais, faz-se necessário analisar a disciplina normativa, bem como o cenário fático brasileiro, sem, contudo, ignorar a doutrina e os dados do direito comparado vistos anteriormente.

2.1.3 Evolução normativa no direito brasileiro

Foi com base na jurisprudência norte-americana que o instituto da imunidade recíproca se fez presente no direito brasileiro. Apesar da inspiração norte-americana, no Brasil a imunidade recíproca não decorre de entendimento jurisprudencial, posto que é norma constitucional, presente desde a Constituição Republicana de 1891.

É verdade que a Constituição de 1824, a qual adotava uma forma unitária de Estado, não previa a imunidade recíproca, que é instituto típico do federalismo[119]. Todavia, na época já havia legislação ordinária que isentava de impostos bens e serviços pertencentes à fazenda nacional ou provincial[120].

---

[119] GODOI, Marciano Seabra de. Imunidade recíproca e ordem econômica: o caso da cessão do uso de bens imóveis de propriedade de entes públicos e o IPTU. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Grandes questões atuais de direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2011. v. 15. p. 243-270. p. 244.

[120] TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**: os direitos humanos e a tributação – imunidades e isonomia. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 3.p. 229-230.

Foi a Constituição de 1891 que incluiu explicitamente a imunidade recíproca no artigo 10, que assim previa "É proibido aos Estados tributar bens e rendas federais ou serviços a cargo da União, e reciprocamente"[121]. Esse artigo, redigido por Rui Barbosa, buscou livrar o governo federal de uma eventual tributação exagerada que viesse a ser instituída pelos estados em época de "exacerbado regionalismo". Com influência na própria jurisprudência norte-americana da época, a interpretação dada à imunidade era bastante abrangente, de sorte que não incluía apenas os impostos[122].

A Constituição de 1934 trouxe uma redação mais detalhada, conforme o seu artigo 17, inciso X:

> É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: […] X - tributar bens, rendas e serviços uns dos outros, estendendo-se a mesma proibição às concessões de serviços públicos, quanto aos próprios serviços concedidos e ao respectivo aparelhamento instalado e utilizado exclusivamente para o objeto da concessão.[123]

O artigo, portanto, estendeu a imunidade recíproca aos municípios e às concessões de serviços públicos.

Aponta Baleeiro que, após a Constituição de 1934, o imposto de renda passou a representar receita relevante ao governo federal, de forma que a doutrina passou a se preocupar com a interpretação ampla da imunidade, ocasionando eventual benefício a particulares em detrimento do governo[124]. A Constituição de 1937 refletiu esse posicionamento e excluiu do âmbito da norma as concessões de serviço público, de sorte que o artigo 32 passou a ter a seguinte redação:

> É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: […] c) tributar bens, renda e serviços uns dos outros. Parágrafo único. Os serviços públicos concedidos não gozam de isenção tributária, salvo a que lhes for outorgada, no interesse comum, por lei especial.[125]

Também sob a égide da Constituição de 1937 foi editado o Decreto-Lei (DL) nº 1.168/1939, o qual previa que estavam sujeitos ao imposto de renda os juros das apólices da dívida pública, bem como os vencimentos pagos pelos cofres públicos, inclusive os da

---

[121] Artigo 10 da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891.
[122] BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu Machado. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 405.
[123] Artigo 17 da Constituição da República Brasileira dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934.
[124] BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu Machado. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 405-306.
[125] Artigo 32 da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937.

magistratura. O decreto foi considerado inconstitucional pelo STF, de forma que Getúlio Vargas utilizou-se do poder autocrático previsto nos artigos 96, parágrafo único, e 180 da Constituição[126] e editou o Decreto nº 1.564/1939, o qual declarou "sem efeito" as decisões do STF[127]. Após a edição do decreto, o STF passou a aceitar a tributação dos vencimentos dos magistrados[128].

Com o intuito de evitar eventuais conflitos desse tipo, o constituinte de 1946 tratou de afastar expressamente a imunidade recíproca às concessões públicas, aos rendimentos dos títulos públicos e aos vencimentos de servidores públicos[129]. Todavia, manteve a imunidade de atos, contratos e instrumentos de que fossem parte, direta ou por intermédio de autarquias, os estados e os municípios.[130] Ademais, previu a imunidade sobre os vencimentos de professores e jornalistas[131]. Segundo Torres, nessa época o STF voltou a reconhecer a imunidade sobre os vencimentos dos magistrados, o que foi posteriormente corrigido pela Emenda Constitucional (EC) nº 09/1964, a qual previu expressamente a incidência de imposto de renda sobre os vencimentos de membros da magistratura[132,133].

---

[126] Artigo 96, parágrafo único, da Constituição de 1937: "No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal". Artigo 180 da Constituição de 1937: "Enquanto não se reunir o Parlamento nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União".

[127] GODOI, Marciano Seabra de. Imunidade recíproca e ordem econômica: o caso da cessão do uso de bens imóveis de propriedade de entes públicos e o IPTU. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Grandes questões atuais de direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2011. v. 15. p. 243-270. p. 246.

[128] BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu Machado. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 406-407.

[129] Artigo 31 da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946: "À União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios é vedado: […] V - lançar impostos sobre: a) bens, rendas e serviços uns dos outros, sem prejuízo da tributação dos serviços públicos concedidos, observado o disposto no parágrafo único deste artigo. […] Parágrafo único - Os serviços, públicos concedidos, não gozam de isenção tributária, salvo quando estabelecida pelo Poder competente ou quando a União a instituir, em lei especial, relativamente aos próprios serviços, tendo em vista o interesse comum".

[130] Artigo 15 da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946: "Compete à União decretar impostos sobre: […] IV - renda e proventos de qualquer natureza. […] § 3º A União poderá tributar a renda das obrigações da dívida pública estadual ou municipal e os proventos dos agentes dos Estados e dos Municípios; mas não poderá fazê-lo em limites superiores aos que fixar para as suas próprias obrigações e para os proventos dos seus próprios agentes […] § 5º - Não se compreendem nas disposições do nº VI, os atos jurídicos ou os seus instrumentos, quando forem partes a União, os Estados ou os Municípios, ou quando incluídos na competência tributária estabelecida, nos arts. 19 e 29".

[131] Artigo 203 da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946: "Nenhum imposto gravará diretamente os direitos de autor, nem a remuneração de professores e jornalistas".

[132] TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**: os direitos humanos e a tributação – imunidades e isonomia. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 3. p. 231.

[133] Artigo 2º da Emenda Constitucional nº 9 de 1964: "O inciso III do art. 95 da Constituição passa a vigorar com o texto seguinte: […] III - irredutibilidade de vencimentos, que, todavia, ficarão sujeitos aos impostos gerais (art. 15, nº IV)"

Relevante alteração foi promovida pela EC nº 18/1965, a qual estendeu a imunidade recíproca "às autarquias, tão somente no que se refere ao patrimônio, à renda ou aos serviços vinculados às suas finalidades essenciais, ou delas decorrentes"[134].

A Constituição de 1967 manteve as alterações promovidas pela EC nº 18/1965[135]. Todavia, trouxe importante dispositivo referente à exploração da atividade econômica pelo Estado. Segundo o artigo 163, § 3º, da Constituição, a empresa exploradora de atividade não monopolizada ficaria sujeita ao mesmo regime tributário aplicável às empresas privadas[136]. Em consequência, portanto, a empresa que exercesse atividade sujeita a monopólio estaria sujeita à imunidade recíproca. A EC nº 01/1969 replicou o mesmo dispositivo em seu artigo 170, § 3º[137].

Esse dispositivo foi, posteriormente, excluído da CF de 1988, de forma que muitos concluíram que não haveria mais que se falar em reconhecimento da imunidade recíproca às empresas estatais, ainda que exercessem atividade em regime de monopólio. No Recurso Extraordinário (RE) nº 220.906/DF, o ministro Nelson Jobin e o ministro Marco Aurélio concluíram que não deveria ser reconhecida a imunidade tributária da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), uma vez que o artigo 173 excluiu o tratamento privilegiado do artigo 170, § 3º, da EC nº 01/1969. Todavia, tais votos foram vencidos, prevalecendo o voto do ministro relator Maurício Correa[138].

Após a Constituição de 1967, foi editada a Emenda Constitucional nº 01/1969, que passou a proibir expressamente o reconhecimento da imunidade recíproca ao promitente

---

[134] Artigo 2º, § 1º, da Emenda Constitucional nº 18 de 1965.

[135] Artigo 20 da Constituição de República Federativa do Brasil de 1967: "É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: […] III - criar imposto sobre: a) o patrimônio, a renda ou os serviços uns dos outros […] § 1º - O disposto na letra a do n.º III é extensivo às autarquias, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços vinculados às suas finalidades essenciais, ou delas decorrentes; não se estende, porém, aos serviços públicos concedidos, cujo tratamento tributário é estabelecido pelo poder concedente no que se refere aos tributos de sua competência, observado o disposto no parágrafo seguinte".

[136] Artigo 163 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1967: "Às empresas privadas compete preferencialmente, com o estímulo e apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas. § 1º - Somente para suplementar a iniciativa privada, o Estado organizará e explorará diretamente atividade econômica. § 2º - Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas, as autarquias e sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e das obrigações. § 3º - A empresa pública que explorar atividade não monopolizada ficará sujeita ao mesmo regime tributário aplicável às empresas privadas".

[137] Artigo 170, § 3º, da EC nº 01/1969: "A empresa pública que explorar atividade não monopolizada ficará sujeita ao mesmo regime tributário aplicável às empresas privadas".

[138] RE nº 220.906/DF, ministro relator Maurício Correa, data de julgamento 16/11/2000. Esse julgado também é analisado no capítulo 4.

comprador de imóvel, de forma a restringir, mais uma vez, o âmbito da imunidade recíproca exclusivamente aos entes públicos[139].

2.2 O ARTIGO 150, INCISO VI, LETRA "A", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O artigo 150, inciso VI, letra "a", da Constituição Federal de 1988 prevê a imunidade recíproca nos seguintes termos:

> Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
> […]
> VI - instituir impostos sobre:
> a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;
> […]
> § 2º - A vedação do inciso VI, "a", é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.
> § 3º - As vedações do inciso VI, "a", e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.[140]

Nota-se, portanto, que a CF explicitamente proíbe que um ente da federação institua impostos sobre o patrimônio, a renda ou o serviço de outro ente da federação. Conforme visto anteriormente, a imunidade recíproca é uma das mais antigas imunidades previstas. O entendimento de que determinadas pessoas devem ser imunes foi aplicado aos entes públicos por meio de evolução da jurisprudência norte-americana e permanece presente nas constituições brasileiras desde 1891.

É em virtude dessa longa evolução demonstrada anteriormente que a imunidade recíproca é considerada cláusula pétrea, de forma que não poderá ser extinta ou limitada por

---

[139] Artigo 19 da Emenda Constitucional nº 01/1969: "É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: […] III - instituir imposto sobre: a) o patrimônio, a renda ou os serviços uns dos outros; […] § 1º O disposto na alínea a do item III é extensivo às autarquias, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços vinculados às suas finalidades essenciais ou delas decorrentes; mas não se estende aos serviços públicos concedidos, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto que incidir sobre imóvel objeto de promessa de compra e venda".

[140] O Código Tributário Nacional já trazia o seguinte dispositivo: "Art. 9º É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: […] IV - cobrar imposto sobre: a) o patrimônio, a renda ou os serviços uns dos outros. […] § 1º O disposto no inciso IV não exclui a atribuição, por lei, às entidades nele referidas, da condição de responsáveis pelos tributos que lhes caiba reter na fonte, e não as dispensa da prática de atos, previstos em lei, assecuratórios do cumprimento de obrigações tributárias por terceiros. § 2º O disposto na alínea a do inciso IV aplica-se, exclusivamente, aos serviços próprios das pessoas jurídicas de direito público a que se refere este artigo, e inerentes aos seus objetivos".

meio de reforma constitucional. O artigo 60, § 4º, inciso I, da CF prevê que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado. Dado que a imunidade recíproca se fundamenta no federalismo, conforme discutido adiante, em 2.3.1, entende-se que não será possível a sua alteração.

Logo após o advento da CF, a imutabilidade do artigo 150, inciso VI, letra "a", já foi colocada em discussão. A EC nº 03/1993, dentre outras questões, previa, em seu artigo 2º, o imposto sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira (IPMF) e em seu parágrafo 2º determinava que não se aplicava ao referido imposto o artigo 150, incisos III, letra "b", e VI, tampouco o § 5º do artigo 153 da CF. O imposto passou a ser cobrado sobre investimentos financeiros dos estados, dos municípios e dos entes descentralizados, conforme relata Nogueira[141].

A questão foi levada a julgamento por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 939/DF, de 15 de dezembro de 1993, de relatoria do ministro Sydney Sanches[142]. A ADI nº 939/DF teve extrema relevância não só na caracterização da imunidade recíproca como cláusula pétrea, mas fixou bases sobre questões constitucionais relevantes — tais como a possibilidade de declaração de uma emenda constitucional como inconstitucional, a caracterização do princípio da anterioridade e as imunidades descritas no artigo 150, inciso VI — como cláusulas pétreas, nos termos do artigo 60, § 4º, inciso IV, da CF.

No caso em tela, o relator, ministro Sidney Sanches, ressaltou que a alteração do artigo 150, inciso VI, letra "a", não seria permitida pelo artigo 60, § 4º, inciso I, da CF, uma vez que a imunidade recíproca é considerada um dos elementos essenciais do princípio federativo e, como tal, não poderia ser objeto do poder de revisão. É curioso notar que as demais imunidades do artigo 150, inciso VI, o relator entendeu não serem cláusulas pétreas, de forma que poderiam ser alteradas por emenda constitucional. Todavia, foi vencido nesse ponto pelos demais ministros, que entenderam que os demais incisos também eram considerados garantias fundamentais imutáveis nos termos do artigo 60, § 4º, inciso IV, da CF.

Está hoje, portanto, superado o debate sobre a possibilidade de emenda constitucional revisora alterar ou excluir o disposto no artigo 150, inciso VI, letra "a", da Constituição Federal, uma vez que a imunidade recíproca é cláusula pétrea, nos termos do artigo 60, § 4º, inciso I, da CF.

---

[141] NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Imunidades**: contra impostos na Constituição anterior e sua disciplina mais completa na Constituição de 1988. São Paulo: Resenha Tributária, 1990. p. 32.

[142] ADI nº 939/DF, ministro relator Sydney Sanches, data de julgamento 13/12/1993.

No que diz respeito à sua abrangência, é importante mencionar que a imunidade recíproca se aplica somente com relação à obrigação principal, de forma que não atinge as obrigações tributárias acessórias; ou seja, a imunidade recíproca se aplica somente a impostos[143], não havendo, portanto, vedação para a incidência das demais espécies tributárias.

No tocante às taxas, a jurisprudência do STF é consolidada sobre o assunto, o que culminou com a publicação da sua Súmula nº 324[144]. Ainda anteriormente à Constituição Federal de 1988, o STF já havia entendido que a ECT não era imune do pagamento de taxa municipal referente a alvará de localização de estabelecimento de suas agências[145].

Em diversos outros julgados que envolvem a análise da aplicação da imunidade às empresas estatais — inclusive nos mais recentes —, conforme discutido no capítulo 4, a corte permanece com o entendimento de que as taxas não estão sujeitas à imunidade recíproca. No RE nº 253.394/SP, que discutiu a possibilidade de cobrança de Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) em terreno de propriedade da União utilizado pela Companhia de Docas de São Paulo (Codesp), o ministro Ilmar Galvão manifestou-se expressamente sobre a ausência da imunidade com relação à taxa de conservação e limpeza de logradouros, de remoção de lixo domiciliar e de iluminação pública[146]. Outrossim, no RE nº 407.099/RS, que discutiu a incidência de IPTU sobre os imóveis da ECT, também se concluiu que a imunidade não se aplica às taxas[147].

O entendimento é bastante claro. A remuneração por taxa decorre do exercício de poder de polícia ou da utilização, efetiva ou potencial, de um serviço público. Ou seja, a taxa baseia-se em uma contraprestação pela prestação de um serviço ou pelo exercício do poder de polícia, de forma que não está sujeita à imunidade recíproca.

Outrossim, também as contribuições não estão sujeitas à imunidade recíproca O STF, por exemplo, entendeu que o Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante (AFRMM) era, na verdade, uma contribuição parafiscal e que, portanto, não estava sujeita à imunidade. Nesse sentido dispõe a Súmula nº 553 do STF: "O Adicional ao Frete para a Renovação da Marinha Mercante (AFRMM) é contribuição parafiscal, não sendo abrangido pela imunidade prevista na letra 'd', do inciso III, do artigo 19 da Constituição Federal"[148].

---

[143] Vide opinião contrária a seguir.
[144] Súmula nº 324 do STF: "A imunidade do artigo 31, V da Constituição Federal não compreende as taxas". O artigo mencionado refere-se à Constituição Federal de 1946.
[145] RE nº 90.470/PB, ministro relator Cordeiro Guerra, data de julgamento 10/12/1981.
[146] RE nº 253.394/SP, ministro relator Ilmar Galvão, data de julgamento 26/11/2002.
[147] RE nº 407.099/RS, ministro relator Carlos Velloso, data de julgamento 22/06/2004.
[148] O artigo mencionado se refere à Constituição Federal de 1969.

Ressalta-se, todavia, a opinião de Carrazza, para quem as contribuições sociais possuem natureza de "impostos qualificados pela finalidade" e, portanto, estariam sujeitas à imunidade[149], e também a de Coêlho, que entende que as contribuições parafiscais, especiais ou sociais não estão sujeitas à imunidade, salvo se referidos tributos assumirem juridicamente a feição de impostos[150]. Ávila, por sua vez, ressalta que, se a imunidade recíproca tem por objetivo garantir o Estado federal e fornecer serviços públicos, as entidades públicas não deveriam pagar contribuições sociais, porque o seu pagamento restringiria tais objetivos. Ademais, entende que não faria sentido exigir contribuições sociais sobre receitas que seriam utilizadas direta ou indiretamente na promoção dos serviços públicos[151].

A jurisprudência do STF, no entanto, tem entendido que não se aplica a imunidade recíproca às contribuições sociais[152]. Na ADI nº 2.024/DF, proposta pelo governo do estado do Mato Grosso do Sul, o STF entendeu que a cobrança de contribuição previdenciária sobre os proventos de servidor em cargo de comissão ou temporário, prevista no artigo 40, § 13, da Constituição Federal, não afronta o artigo 60, § 4º, inciso I (forma federativa de Estado), tampouco o artigo 150, inciso VI, letra "a", da Constituição Federal (imunidade recíproca)[153].

---

[149] Transcreve-se o entendimento: "Convém frisarmos, ainda, que as imunidades tributárias, no Brasil, dizem respeito apenas aos impostos (tributos não-vinculados a uma atuação estatal). Quando aludimos aos impostos, estamos nos referindo, igualmente, às contribuições sociais que revestem esta natureza, isto é, que são impostos qualificados pela finalidade (v.g. as contribuições sociais patronais para a seguridade social). Também elas são alcançadas, a nosso ver, pela imunidade". Vide CARRAZZA¸ Roque Antônio. Empresas estatais (sociedades de economia mista e empresas públicas) delegatárias de serviços públicos ou atos de polícia: sua imunidade a impostos – exegese do art. 150, VI, *a*, da CF. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Grandes questões atuais do direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2000. v. 4. p. 217-238. p. 227-228.

[150] COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 248.

[151] ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 274.

[152] Vide nº ADI 2.024/DF, ministro relator Sepúlveda Pertence, data de julgamento 03/05/2007; RE nº 450.314 AgR/MG, ministro relator Dias Toffoli, data de julgamento 25/09/2012, ACO nº 1.005 ED/GO, ministro relator Luiz Fux, data de julgamento 24/02/2015.

[153] ADI nº 2.024/DF, ministro relator Sepúlveda Pertence, data de julgamento 03/05/2007.

2.2.1 O conceito de renda, patrimônio e serviços

O artigo 150, inciso VI, da Constituição Federal prevê que será imune o patrimônio, renda ou serviço dos entes previstos nesse artigo. Baleeiro já afirmava que a imunidade protege o patrimônio da pessoa de direito público, o qual seria "todos os bens, ou todas as coisas vinculadas à propriedade pública e integrantes do serviço público, móveis ou imóveis, corpóreas ou não […]"[154].

A menção a "patrimônio, renda ou serviços" é objeto de diversas críticas pela doutrina. Carrazza alega que a CF utilizou, nessa passagem, uma linguagem econômica, e não jurídica, uma vez que, para a economia, todos os impostos seriam, de certa forma, sobre o patrimônio, a renda ou os serviços[155]. Também Schoueri alega que, em uma primeira leitura, seria possível depreender que haveria cobrança de imposto se o fato gerador não alcançasse o patrimônio, a renda ou os serviços de tais entes, o que não deve ser aceito. Para o autor, a imunidade se estende a todos os impostos, independentemente da hipótese tributária, uma vez que, economicamente, sempre atingirá o patrimônio, a renda ou os serviços do ente imune[156].

Nota-se, portanto, que é necessária uma interpretação ampla com relação à menção de "patrimônio, renda ou serviços", de forma a não restringir o alcance da imunidade recíproca a apenas essas situações. Segundo Coêlho, deve-se evitar não apenas a incidência de impostos que tenham como fatos geradores o patrimônio, a renda ou os serviços, mas também aqueles incidentes sobre outras realidades os quais venham a molestar o patrimônio ou a renda de tais entes[157].

Por outro lado, não obstante deva ser dada ampla interpretação à noção de "patrimônio, renda ou serviços", não se deve olvidar que a imunidade recíproca deve beneficiar apenas os entes públicos previstos no artigo 150, inciso VI, da CF. Assim, não estão sujeitos à imunidade recíproca os direitos reais de outrem em bens de tais entes, nem créditos ou rendas de outrem contra tais entes. Também não estão sujeitos à imunidade recíproca os vencimentos de funcionários públicos nem os rendimentos decorrentes de

---

[154] BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu Machado. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 410.

[155] CARRAZZA¸ Roque Antônio. Empresas estatais (sociedades de economia mista e empresas públicas) delegatárias de serviços públicos ou atos de polícia: sua imunidade a impostos – exegese do art. 150, VI, *a*, da CF. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Grandes questões atuais do direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2000. v. 4. p. 217-238. p. 231.

[156] SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 443.

[157] COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 254.

títulos da dívida pública[158], tampouco se exonera o promitente comprador da obrigação de pagar impostos relativos ao bem imóvel (artigo 150, § 3º, da CF).

Com relação aos promitentes compradores anteriormente mencionados, Baleeiro ressalta que, por muitos anos, o STF, em diversos julgados, analisou a situação apenas do ponto de vista do direito privado, assegurando a imunidade aos promitentes compradores sem, contudo, levar em conta que o tributo não atingia o ente público. Essa situação perdurou por anos e, inclusive, foi objeto da Súmula nº 74 do STF: "O imóvel transcrito em nome da autarquia, embora objeto de promessa de compra e venda a particulares, continua imune de impostos locais"[159]. Essa situação somente foi alterada com o artigo 19, § 1º, da EC nº 01/1969, que previu expressamente que a imunidade recíproca "não se estende aos serviços públicos concedidos, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto que incidir sobre o imóvel objeto da promessa de compra e venda".

Outra questão relevante diz respeito aos impostos indiretos. Baleeiro ressaltava que, em se tratando de imunidades constitucionais, relevante era saber quem efetivamente teria o patrimônio mutilado pelo imposto, de forma que a realidade econômica deveria prevalecer sobre a forma jurídica[160]. Schoueri leciona que, inicialmente, a doutrina e a jurisprudência entendiam que haveria o reconhecimento da imunidade se o contribuinte "de fato" fosse imune. Todavia, posteriormente deixou de considerar o contribuinte "de fato", passando a reconhecer a imunidade somente ao contribuinte "de direito"[161]. Nesse sentido decidiu, por exemplo, o STF no RE nº 627.051/PE, ao reconhecer a imunidade à ECT no tocante ao ICMS incidente sobre o serviço de transporte por ela realizado, uma vez que o serviço de transporte consta do rol de atividades da ECT e, portanto, a ECT seria a contribuinte "de direito" do imposto[162].

O próprio Schoueri, no entanto, sugere uma reflexão com relação a tal tese, uma vez que acaba por prejudicar, em determinadas hipóteses, a indústria nacional. Isso porque, ao adquirir um produto, o ente imune será considerado contribuinte "de fato" e, portanto, não estará sujeito à imunidade. Todavia, ao realizar a mesma aquisição mediante importação,

---

[158] BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu Machado. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 440.

[159] BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu Machado. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 416. A Súmula nº 75 do STF excluía a imunidade do ITBI por ser imposto cujo sujeito passivo era o comprador.

[160] BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu Machado. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 468.

[161] SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 403.

[162] RE nº 627.051/PE, ministro relator Dias Toffoli, data de julgamento 12/11/2014.

haveria o reconhecimento da imunidade, uma vez que o ente seria considerado "contribuinte de direito". O autor, portanto, sugere que os legisladores ordinários deveriam isentar tais situações por coerência com o ordenamento[163].

2.3 OS PRINCÍPIOS QUE FUNDAMENTAM A IMUNIDADE RECÍPROCA

Analisada a disciplina constitucional da imunidade recíproca, prevista no artigo 150, inciso VI, letra "a", cumpre analisar os princípios que fundamentam essa imunidade.

O estudo dos princípios que fundamentam a imunidade recíproca é relevante. O presente trabalho procura defender que é com base na análise dos fundamentos da imunidade recíproca, e na análise de sua aplicação a um determinado caso concreto, que será possível verificar se o ente será ou não imune.

Conforme visto em 1.2, a imunidade não se fundamenta em apenas um princípio ou dispositivo; trata-se de uma construção complexa que pode envolver princípios ou diversos dispositivos constitucionais. A justificativa para a imunidade recíproca, em regra, se baseia no princípio federativo e na ausência de capacidade contributiva. Todavia, outros princípios podem contribuir para a sua análise, como a livre concorrência, conforme discutido a seguir.

Os fundamentos da imunidade recíproca, notadamente o princípio federativo, inspiraram a jurisprudência norte-americana sobre o tema, bem como serviram de base para a sua previsão expressa nos textos constitucionais brasileiros desde 1891. Ao longo dos anos, conforme discutido adiante, tais princípios deixaram de ser as principais balizas na análise da imunidade recíproca, notadamente com relação às empresas estatais. Busca-se, com este trabalho, enfatizar a importância de tais princípios e demonstrar que a sua utilização pode ser de grande valia na análise casuística do reconhecimento da imunidade a tais entes.

Passa-se à análise do princípio federativo, da capacidade contributiva e da livre concorrência.

---

[163] SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 403.

2.3.1 Princípio federativo

A imunidade recíproca é inerente ao Estado federal[164]. Com efeito, ressalta Torres que o objetivo imediato da imunidade recíproca é garantir o perfeito funcionamento das esferas do governo, bem como o seu equilíbrio, uma vez que a incidência de impostos prejudicaria o seu desempenho e a sua eficiência. Para o autor, a imunidade encontra seu fundamento nos direitos de liberdade; portanto, no caso da imunidade recíproca, o federalismo é de suma importância, uma vez que as liberdades públicas dependem da separação vertical de poder entre a União, os estados e os municípios, bem como da separação horizontal dentro de cada esfera do governo[165].

Segundo Kelsen, a ordem jurídica de um Estado federal compõe-se de normas centrais válidas para o seu território e de normas locais válidas apenas para proporções desses territórios, que são os estados-componentes (ou estados-membros). Portanto, no Estado federal, a competência legislativa está dividida entre uma autoridade central e várias autoridades locais, diferenciando-o, portanto, em relação ao Estado unitário. O estado-componente possui certa autonomia em relação a matérias referentes à constituição dessa comunidade, de forma que alterações nas constituições dos estados podem ser realizadas sem a anuência do Estado federal[166].

O modelo de Estado federal decorre da junção de estados-membros que anteriormente eram estados independentes, com suas características culturais e econômicas próprias, e firmam um tratado internacional, permitindo-se a sua união mas mantendo, não obstante, as características locais de cada ente. Esse é o caso clássico de federalismo (também chamado de "federalismo de periferia para o centro"), de que é exemplo o federalismo norte-americano. É por isso que, segundo Kelsen, o fato de cada estado-componente ser representado no Senado pelo mesmo número de delegados demonstra que os estados-componentes eram, inicialmente, independentes e por isso foram tratados de acordo com o princípio de direito internacional conhecido como igualdade entre estados[167].

Todavia, mesmo em países em que essa união não decorreu de tais características regionais nem mediante celebração de um tratado internacional, mas sim por uma opção

---

[164] BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu Machado. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 394.

[165] TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**: os direitos humanos e a tributação – imunidades e isonomia. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 3. p. 234.

[166] KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 5. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 452-453.

[167] KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 5. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 454.

política, como no Brasil, o federalismo é associado à preservação da democracia. Contudo, conforme leciona Derzi, essa máxima nem sempre é respeitada. É possível, em tese, que um estado unitário adote determinados princípios democráticos. Ademais, um Estado federal não necessariamente será democrático[168]. De toda forma, a descentralização de poder, típica do federalismo, confere maior autonomia aos entes estatais, ampliando a competência legislativa e administrativa dos estados e dos municípios e possibilita maior representação aos cidadãos[169].

Portanto, no federalismo, como forma de Estado, há descentralização jurídica e política. A descentralização representa a convivência, em um mesmo Estado, de ordens jurídicas locais e regionais que, juntas, configuram a ordem nacional. No caso brasileiro, tanto a União como os estados e os municípios exercem a autonomia política que lhes foi conferida[170].

Com relação ao Direito Tributário, o federalismo assume relevante importância. Isso porque o fortalecimento dos entes políticos pressupõe, outrossim, o fortalecimento financeiro. A arrecadação, portanto, é significativa para a manutenção da autonomia de tais entes. A *contrario sensu*, a tributação de um ente sobre o outro promoveria um enfraquecimento financeiro, diminuindo, portanto, essa liberdade. Diversos "efeitos colaterais" decorrem da incorreta observância do pacto federativo como, por exemplo, a não observância do repasse de receitas tributária, bem como a guerra fiscal entre os entes federados[171].

A imunidade recíproca, portanto, visa proibir que um ente prejudique a autonomia do outro mediante a cobrança de impostos. Tal cobrança promoveria uma subordinação do ente tributado em relação ao ente tributante, o que não seria tolerado pelo princípio federativo, que impõe a isonomia entre os entes de uma federação[172].

É por isso que as origens da imunidade recíproca nos Estados Unidos se confundem com a própria origem do federalismo norte-americano. Conforme visto anteriormente, o primeiro caso relevante em que se discutiu a imunidade recíproca, Mc. Culloch *v.* Maryland, refere-se a um momento de recente constituição do Estado federal norte-americano, em que

---

[168] Nota-se, por exemplo, que, durante o período da ditadura militar, o Brasil permaneceu sendo uma federação.

[169] BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu Machado. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 400.

[170] BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu Machado. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 398-399.

[171] SILVEIRA, Rodrigo Maito da. **Tributação e concorrência**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. (Série Doutrina Tributária, v. 4). p. 26-27.

[172] SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 436.

se propunha a criação de um governo central e uma diminuição do poder dos estados-membros. Nesse caso, a tributação da agência do Bank of United States, um banco pertencente à União, pelo estado de Maryland, representou um obstáculo ao fortalecimento do poder federal. O *chief justice* Marshall concluiu que, se fosse permitida tributação da agência pelo estado de Maryland, os estados poderiam vir a tributar os correios, a Casa da Moeda, a alfândega e demais entes da União, destruindo o que caberia ao governo federal criar. Daí a máxima por ele citada: "the power to tax involves the power to destroy"[173].

A jurisprudência norte-americana serviu de inspiração para a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1891, e desde então a imunidade recíproca é dispositivo que consta de todas as constituições já escritas no país. Atualmente, a forma federativa de Estado é cláusula pétrea, nos termos do artigo 60, § 4º, da CF, o que impede que emenda constitucional altere a forma federativa de Estado. Ademais, a CF conferiu competência tributária não só à União e aos estados, mas também aos municípios. O texto constitucional de 1988 também veda à União conceder isenções de tributos estaduais e municipais, o que reforça essa autonomia federativa. Ademais, não é permitido à União tributar a renda das obrigações da dívida pública dos estados, do Distrito Federal e dos municípios nem a remuneração e os proventos dos respectivos agentes públicos em níveis superiores aos que fixar para suas obrigações e para seus agentes (artigo 151, inciso II, da Constituição Federal).

Apesar de todas essas garantias constitucionais vistas anteriormente, pouco tempo após a Constituinte de 1988 a EC nº 3 colocou em xeque o federalismo e a imunidade recíproca ao prever, em seu artigo 2º, § 2º, que, com relação ao IPMF, não se aplicava o artigo 150, inciso V, letra "a", da CF, o que foi rechaçado pelo STF na ADI nº 939/DF. Nesse julgado, a imunidade recíproca foi considerada cláusula pétrea exatamente porque se fundamenta na forma federativa de Estado, prevista no artigo 60, § 4º, da CF. É por isso que a doutrina é unânime ao afirmar que a imunidade recíproca, sendo um corolário do Estado federal, não precisaria estar presente expressamente na CF[174], uma vez que a tributação de um ente sobre o outro já seria considerada uma afronta à forma federativa do Estado.

O princípio federativo, portanto, é um importante fator na análise da imunidade recíproca. Proíbe-se a tributação de um ente sobre o outro, com o intuito de manter a autonomia da União, dos estados e dos municípios. Parte-se do pressuposto de que a

---

[173] McCulloch *v.* Maryland. 17 U.S. 316 (1819).

[174] BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu Machado. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 399; SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 436. BARRETO, Aires F.; BARRETO, Paulo Ayres. **Imunidades tributárias**: limitações constitucionais ao poder de tributar. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2001. p. 59.

tributação de um ente sobre o outro seria um obstáculo à consecução das atividades, prejudicando a autonomia de determinado ente.

Mais complexa, todavia, é a situação em que determinado ente descentraliza a sua administração por meio de autarquias, fundações e empresas estatais. Nesse caso, o princípio federativo (juntamente com outros princípios, conforme discutido adiante) poderá contribuir para que se verifique se a tributação, de fato, fere a consecução dos fins públicos, obstando a autonomia do ente estatal. Assim, por exemplo, caso o ente público realize uma atividade típica de poder de polícia, como o controle do trânsito municipal, por meio de uma empresa estatal, parece claro que a cobrança, pela União ou pelo estado, de um determinado imposto poderia prejudicar o cumprimento dessa finalidade pública. Não obstante, a tributação de uma autarquia ou de uma empresa pública pertencente à União e que presta serviços no mercado financeiro e de capitais não parece afrontar a consecução dessa finalidade, de forma que deve ser tributada, inclusive para que não sejam desrespeitados outros princípios, como a capacidade contributiva e a livre concorrência.

Para a análise da concessão da imunidade recíproca, o princípio federativo, por si só, poderá não ser suficiente. Em determinados casos, por exemplo, poderia não haver afronta à autonomia de um ente se a tributação imposta por outro ente fosse módica. Portanto, outros princípios podem contribuir para a construção da norma da imunidade recíproca.

Passa-se à análise da capacidade contributiva.

2.3.2 Capacidade contributiva

O princípio da capacidade contributiva é reconhecido como um corolário do princípio da igualdade[175]. A igualdade tributária pressupõe que os cidadãos devem ser igualmente

---

[175] Nesse sentido: SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 357. TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**: valores e princípios constitucionais tributários. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. v. 2. p. 304. COSTA, Alcides Jorge. Capacidade contributiva. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, n. 55, p. 297-302, jan./mar. 1991. ZILVETI, Fernando Aurelio. **Princípios de direito tributário e a capacidade contributiva**. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 134. ROTHMANN, Gerd Willi. Tributação, sonegação e livre concorrência. In: FERRAZ, Roberto (Coord.). **Princípios e limites da tributação 2**: os princípios da ordem econômica e a tributação. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 331-371. p. 336. Para Ávila, a igualdade seria um postulado, sendo que a capacidade contributiva seria um critério de aplicação da igualdade no caso dos impostos. O autor também menciona as opiniões de Amaro e Hugo de Brito Machado, que veem a capacidade contributiva como algo diferente da igualdade. Vide ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 432-433.

tributados, de acordo com a sua capacidade de contribuição, inexistindo quaisquer privilégios em relação à tributação[176].

Historicamente, a capacidade contributiva tem sido um dos critérios propostos para a promoção da igualdade da tributação[177]. A igualdade já era prevista na Magna Carta, de 1215, a qual determinava a moderação no pagamento e o cumprimento de deveres[178]. Todavia, conforme visto no capítulo 1, até o advento do Estado fiscal não havia propriamente a noção de tributação, uma vez que a arrecadação era esporádica e relacionada às necessidades do rei. Foi com o advento do Estado fiscal e com a separação da fazenda do Estado em relação à fazenda do príncipe que o tributo passou a ser o instrumento para financiamento das despesas públicas[179]. Alega-se que coube a Smith a formulação do princípio da capacidade contributiva, em seu livro *A riqueza das nações*[180], no qual previa que: "É necessário que os súditos de todos os Estados contribuam o mais possível para a conservação do governo, proporcionalmente às suas respectivas capacidades […]"[181].

No Brasil, o princípio da igualdade de tributação foi previsto em quase todas as constituições[182]. Atualmente, o princípio da igualdade está previsto no artigo 5º e, especificamente no âmbito tributário, nos artigos 150 a 152 da CF.

Cumpre ressaltar, conforme leciona Tipke, que a igualdade é relativa. Segundo o autor, "A igualdade, que se distingue da identidade, é sempre relativa. O que é completamente igual é idêntico. O princípio de que o igual deve ser tratado igualmente não quer dizer idêntico, mas relativamente igual"[183]. Assim, apenas os sujeitos passivos que se

---

[176] TIPKE, Klaus. Princípio da igualdade e ideia de sistema no direito tributário. In: MACHADO, Brandão (Coord.). **Direito tributário**: estudos em homenagem ao prof. Ruy Barbosa Nogueira. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 517-527. p. 517.

[177] COSTA, Alcides Jorge. Capacidade contributiva. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, n. 55, p. 297-302, jan./mar. 1991. p. 299.

[178] Vide, por exemplo, o item 16 da Carta Magna traduzida para o inglês moderno: "No man shall be forced to perform more service for a knight's 'fee', or other free holding of land, than is due from it". Disponível em: <https://www.bl.uk/magna-carta/articles/magna-carta-english-translation>. Acesso em: 24 set. 2017.

[179] TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**: valores e princípios constitucionais tributários. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. v. 2. p. 300.

[180] TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**: valores e princípios constitucionais tributários. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. v. 2. p. 300. ZILVETI, Fernando Aurelio. **Princípios de direito tributário e a capacidade contributiva**. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 142.

[181] SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. Tradução de Alexandre Amaral Rodrigues e Eunice Ostresnsky. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 1046.

[182] Humberto Ávila menciona que a igualdade de tributação foi prevista nas constituições de 1824, 1934 e 1946. Depois foi excluída, por meio da Emenda Constitucional nº 18/1965, e não incorporada na Constituição de 1967, ainda que tenha sido reafirmada pela doutrina com fundamento nos direitos fundamentais gerais de igualdade. Vide ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 410.

[183] TIPKE, Klaus. Princípio da igualdade e ideia de sistema no direito tributário. In: MACHADO, Brandão (Coord.). **Direito tributário**: estudos em homenagem ao prof. Ruy Barbosa Nogueira. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 517-527. p. 519-520.

encontram na mesma situação devem ser igualmente tributados, enquanto que para aqueles que se encontram em situação distinta justifica-se a diferenciação. É por isso que, para atender ao princípio da igualdade, se faz necessário um critério de comparação. Segundo Schoueri, devem ser percorridas três etapas para que seja atendida a igualdade: primeiro, deve-se encontrar um critério de comparação, depois deve-se buscar uma fundamentação constitucional para tal critério e, por último, deve-se comparar as distintas situações a partir desse critério. Assim, o princípio da igualdade será respeitado quando situações iguais forem tratadas da mesma forma e será desrespeitado quando não se estabelecer tratamento diferenciado para situações distintas[184]. O critério de justificação (ou diferenciação) deve ter fundamento constitucional e ser adequado, impessoal e objetivo[185].

Portanto, para que se atenda ao princípio da igualdade, para cada espécie tributária será necessário analisar o critério de justificação, que permitirá o atendimento diferenciado. No caso das taxas, por exemplo, esse critério será atendido quando a cobrança incidir sobre quem esteve sujeito ao poder de polícia ou utilizou — ou teve colocada à sua disposição — a prestação de serviço público específico ou divisível[186]. Do mesmo modo, com relação à contribuição de melhoria, deverá ser necessário identificar os contribuintes que foram beneficiados com a obra, não sendo permitido cobrar tal contribuição indistintamente, em respeito ao princípio da igualdade[187].

No caso dos impostos, o critério de justificação para a igualdade será a capacidade contributiva, conforme previsto no artigo 145, § 1º, da CF, o qual dispõe que:

> sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

---

[184] SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 354.

[185] ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 415.

[186] Ávila ressalta que há duas correntes com relação à aplicação da capacidade contributiva às taxas. Uma entende que se trata de contraprestação, conforme mencionado anteriormente, e, portanto, não se analisaria a igualdade com base na capacidade contributiva. Outra corrente, defendida por Carrazza e Amaro, entende que deve ser respeitada a capacidade contributiva, ainda que não haja previsão constitucional nesse sentido. Já Ávila entende que se deve respeitar o postulado da razoabilidade, de forma que deve haver uma congruência entre a atuação estatal e o elemento utilizado para essa atuação, bem como uma equivalência entre a atuação estatal e o valor que é pago como taxa. Ademais, deve ser protegido o núcleo dos direitos fundamentais, de forma que a taxa não pode ser tão alta de forma a ferir esse núcleo. Vide ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 463.

[187] SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 356.

Nota-se, portanto, que a igualdade, em matéria de impostos[188], será respeitada quando for contribuinte aquele que detém capacidade para arcar com os gastos públicos[189].

Segundo Zilveti, capacidade contributiva é a

> […] divisão equitativa das despesas na medida da capacidade individual de suportar o encargo fiscal. Serve esse princípio de instrumento para realizar a igualdade na tributação, atribuindo tratamento desigual aos desiguais, segundo a capacidade individual para arcar com o ônus tributário, daí ser o princípio da capacidade contributiva considerado um corolário do princípio da igualdade.[190]

Para Torres, todavia, o conceito de capacidade contributiva somente poderia ser apreendido com a utilização de princípios legitimadores da igualdade, da ponderação e da razoabilidade, mediante reflexão sobre o seu fundamento ético e jurídico, com a consideração às limitações constitucionais ao poder de tributar, e análise da possibilidade de mensuração da riqueza de cada qual[191].

A tributação fundamentada na capacidade contributiva assume duas feições: absoluta e relativa. A capacidade absoluta (ou objetiva) refere-se à eleição, pelo legislador, de um evento que representa manifestação de riqueza, o qual ensejará o nascimento da obrigação tributária. A escolha de um determinado evento demonstrará a existência de um sujeito passivo potencial. Já a capacidade tributária relativa (ou subjetiva) refere-se ao sujeito individualmente considerado, ou seja, à capacidade que uma determinada pessoa possui de contribuir na medida de suas possibilidades econômicas[192].

---

[188] Também para contribuições sociais e empréstimos compulsórios, segundo SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 356; e COSTA, Regina Helena. **Princípio da capacidade contributiva**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 113.

[189] É importante ressaltar que haverá exceções ao princípio, notadamente quando o imposto é utilizado com um fim extrafiscal, com vistas a inibir um determinado comportamento, ou para consecução de determinadas políticas públicas. Segundo Rothmann, ainda que não se aplique a capacidade contributiva, outros princípios deverão ser respeitados, como a estrita legalidade tributária, a irretroatividade, a proibição de tratamento desigual. Vide ROTHMANN, Gerd Willi. Tributação, sonegação e livre concorrência. In: FERRAZ, Roberto (Coord.). **Princípios e limites da tributação 2**: os princípios da ordem econômica e a tributação. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 331-371. p. 339. Também Schoueri entende que deve ser feito um teste para aferição da igualdade. Segundo o autor, primeiramente devem ser separados os indivíduos que atendem, ou não, àqueles requisitos. O teste da igualdade seria feito "dentro de cada fatia e entre uma e outra fatia". Portanto, dentro de cada "fatia", deverá ser respeitado o princípio da igualdade (igualdade horizontal). E "entre fatias" deve-se verificar se, com base também no princípio da igualdade, haverá diferença suficiente para justificar o tratamento diferenciado (igualdade vertical). Vide SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 360-361.

[190] ZILVETI, Fernando Aurelio. **Princípios de direito tributário e a capacidade contributiva**. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 134.

[191] TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**: valores e princípios constitucionais tributários. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. v. 2. p. 305.

[192] COSTA, Regina Helena. **Princípio da capacidade contributiva**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 28.

É por isso que, no direito tributário, a capacidade contributiva desempenha um importante papel, uma vez que quem detém essa capacidade deve ser tratado de forma diversa em relação a quem não a detém[193]. No tocante às imunidades, situações em que não haverá o pagamento de imposto, a análise da capacidade contributiva é extremamente relevante, com vistas a evitar desigualdades. Assim é que, atualmente, tanto na Alemanha[194] como nos Estados Unidos[195] e no Brasil[196], não é mais reconhecida a imunidade tributária a parlamentares ou magistrados, por exemplo, uma vez que tais pessoas detêm clara capacidade contributiva.

A imunidade recíproca, por sua vez, se fundamenta não só no princípio federativo, mas também no princípio da capacidade contributiva, uma vez que pessoas políticas e suas instrumentalidades administrativas não expressam tal capacidade[197]. Isso porque, conforme leciona Jarach, "[...] todo la riqueza del Estado ya sirve diretamente a las finalidades públicas y sería sin sentido atribuirle una capacidade de contribución a las finalidades para las quales toda su actividad y su existência misma están destinadas"[198]. Nesse sentido, conforme Baleeiro, seria inviável tributar atividade para cuja manutenção os próprios cidadãos devem contribuir compulsoriamente[199].

Assim, segundo Schoueri, o ente público possui capacidade econômica mas não possui capacidade contributiva, uma vez que todos os recursos são revertidos à coletividade. Essa também é a opinião de Oliveira — para quem a capacidade contributiva pressupõe a

---

[193] TIPKE, Klaus. Princípio da igualdade e ideia de sistema no direito tributário. In: MACHADO, Brandão (Coord.). **Direito tributário**: estudos em homenagem ao prof. Ruy Barbosa Nogueira. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 517-527. p. 520.

[194] TIPKE, Klaus. Princípio da igualdade e ideia de sistema no direito tributário. In: MACHADO, Brandão (Coord.). **Direito tributário**: estudos em homenagem ao prof. Ruy Barbosa Nogueira. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 517-527. p. 525.

[195] Conforme visto em 2.1.1. Nos Estados Unidos, a imunidade aos magistrados foi conferida pela Suprema Corte norte-americana em Collector *v.* Day em 1870. Posteriormente, após a 1ª Guerra Mundial e a crise da 1929, esse entendimento foi alterado, conforme se verifica em Graves *v.* New York ex rel. O´Keefe, bem como no The Public Salary Act of 1939.

[196] Conforme visto em 2.1.3, no Brasil a imunidade dos magistrados era decorrente de uma interpretação ampla da imunidade recíproca. Posteriormente, o Decreto-Lei nº 1168/1939 sujeitou ao imposto de renda todos os vencimentos pagos pelos cofres públicos, restringindo, portanto, essa interpretação. O STF declarou o decreto inconstitucional. Todavia, Getúlio Vargas, utilizando-se de seu poder autocrático, previsto nos artigos 96 e 180 da Constituição de 1937, editou o Decreto nº 1.564/1939, o qual declarou "sem efeito" a decisão do STF. Após a Constituição de 1946, o STF voltou a reconhecer a imunidade dos magistrados, o que foi corrigido pela EC nº 09/1964, a qual previu, expressamente, a incidência de imposto de renda sobre os vencimentos dos membros da magistratura.

[197] ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 281.

[198] JARACH, Dino. **El hecho imponible**: teoria general del derecho tributário sustantivo. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1976. p. 200.

[199] BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu Machado. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 404.

capacidade econômica —, todavia há situações em que há capacidade econômica e não há capacidade contributiva — no caso da imunidade recíproca, por exemplo[200].

Por outro viés, a manifestação de capacidade contributiva poderia ser fundamento para afastar a imunidade recíproca às empresas estatais[201]. Jarach ressalta que haverá tributação quando se equiparar completamente uma empresa estatal a uma empresa privada, submetendo a primeira ao mesmo regime jurídico e econômico da última[202].

No Brasil, o artigo 150, § 3º, da CF exclui expressamente do âmbito da imunidade recíproca o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados. Essa constatação, na prática, não é fácil, e é o objeto do presente trabalho. A análise da capacidade contributiva de tais empresas estatais poderá ser um importante fator para constatar se tais entes atuam como instrumentalidades públicas ou se se equiparam a empreendimentos privados, devendo ser afastado, nesse último caso, o reconhecimento da imunidade recíproca.

2.3.3 A utilização de outros princípios como fundamentos da imunidade recíproca: a livre concorrência

Juntamente com o princípio federativo e a capacidade contributiva, o princípio da livre concorrência também é utilizado, em determinados casos, como fundamento da imunidade recíproca.

O artigo 170, inciso IV, da CF prevê que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Ao lado dos diversos princípios que servem como baliza para a ordem econômica, tais como a soberania nacional, a propriedade privada e a defesa do meio ambiente e do consumidor, encontra-se a livre concorrência.

---

[200] SCHOUERI, Luís Eduardo. Imunidade tributária e ordem econômica. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Grandes questões atuais de direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2011. v. 15. p. 229-242. p. 236. OLIVEIRA, Yonne Dolacio de. **Imunidades tributárias na Constituição de 1988**. São Paulo: Resenha Tributária, 1992. p. 15. Zilveti, todavia, faz uma crítica à utilização do termo "capacidade econômica", uma vez que, para o autor, seria o mesmo que "capacidade contributiva". ZILVETI, Fernando Aurelio. **Princípios de direito tributário e a capacidade contributiva**. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 135. Também Nogueira utiliza ambos os termos com o mesmo significado. Vide NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Imunidades**: contra impostos na Constituição anterior e sua disciplina mais completa na Constituição de 1988. São Paulo: Resenha Tributária, 1990. p. 52.

[201] BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu Machado. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 404.

[202] JARACH, Dino. **El hecho imponible**: teoria general del derecho tributário sustantivo. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1976. p. 200.

Conforme se verifica no artigo 170 da CF, a livre iniciativa, juntamente com a valorização do trabalho humano, é fundamento da ordem econômica. É por isso que, segundo Grau, qualquer prática econômica incompatível com a valorização do trabalho humano e com a livre iniciativa, ou que conflite com a existência digna de todos, conforme os ditames da justiça social, será adversa à ordem constitucional[203].

A livre iniciativa é conceito amplo. Por um lado, é considerada liberdade de comércio, indústria e iniciativa econômica; por outro lado, também é considerada liberdade de trabalho e ofício. Tais liberdades, todavia, não são absolutas, e poderão ser limitadas em virtude de lei[204].

Já a livre concorrência é um dos princípios que, juntamente com os demais princípios previstos no artigo 170, devem ser observados para que a manutenção da ordem econômica (fundada no trabalho humano e na livre iniciativa) assegure uma existência digna a todos, conforme os ditames da justiça social.

É importante observar que a livre concorrência não pressupõe que a atuação dos agentes seja livre a qualquer custo, mas sim que a manutenção do mercado seja garantida a toda a coletividade. Segundo Schoueri,

> [...] a livre concorrência dá-se dentro de ambiente monitorado, onde há espaço para atuação do próprio Estado (intervenção direta), bem como para a intervenção indireta, de enquadramento e de orientação, com a fixação de regras de comportamento dos agentes (intervenção por direção) ou por estímulos e desestímulos (intervenção por indução).[205]

É sabido, atualmente, que as normas tributárias não são neutras e que, portanto, afetam o comportamento dos agentes econômicos. Conforme leciona Rothmann, atualmente é possível analisar a neutralidade tributária sob dois aspectos: (i) um aspecto negativo, de forma que a política fiscal não deve prejudicar a livre concorrência; e (ii) um aspecto positivo, de forma que as normas tributárias poderão ser utilizadas como forma de manutenção e incentivo da concorrência[206]. O autor cita diversos exemplos que demonstram os efeitos de uma determinada política fiscal sobre a economia, tais como: (a) a imunidade

---

[203] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 193.

[204] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 203.

[205] SCHOUERI, Luís Eduardo. Livre concorrência e tributação. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Grandes questões atuais de direito tributário**. São Paulo, Dialética, 2007. v. 11. p. 241-271. p. 245-246.

[206] ROTHMANN, Gerd Willi. Tributação, sonegação e livre concorrência. In: FERRAZ, Roberto (Coord.). **Princípios e limites da tributação 2**: os princípios da ordem econômica e a tributação. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 331-371. p. 341.

sobre as exportações; (b) as contribuições de intervenção no domínio econômico; (c) a possibilidade de a União conceder incentivos fiscais para promover o desenvolvimento de uma determinada região[207].

Em vista do exposto, é possível verificar o efeito que as normas tributárias podem ter na economia, com efeitos, inclusive, na livre concorrência. Assim, a depender da atividade que o ente imune venha a exercer, a ausência de pagamento de impostos poderá promover uma concorrência desleal, prejudicando, em consequência, a livre concorrência.

Em determinados casos, é possível que a entidade imune exerça atividade econômica com o objetivo de lucro. É o caso das entidades de assistência sem fins lucrativos, sujeitas à imunidade nos termos do artigo 150, inciso VI, letra "c", da CF[208]. Nesse caso, a entidade poderá exercer atividade com finalidade lucrativa desde que o lucro decorrente da atividade seja revertido a suas finalidades essenciais[209]. Nesse sentido é o entendimento consolidado pela Súmula nº 724 do STF, convertida na Súmula Vinculante nº 52:

> Ainda quando alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU o imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art. 150, VI, "c", da Constituição Federal, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades para as quais tais entidades foram constituídas.

O entendimento da doutrina é que, apesar de essas entidades atuarem no domínio econômico, o lucro que obtêm é revertido em favor da própria entidade. Ademais, a imunidade seria uma forma de "compensar" os gastos extras advindos do trabalho social. Assim, por exemplo, na hipótese de uma entidade beneficente que ofereça oportunidade de mão de obra a pessoas com deficiência, o reconhecimento da imunidade seria mecanismo para compensarem-se os gastos a maior que a entidade possui em relação a outras empresas que exercem a mesma atividade[210]. Todavia, diverso seria o caso de uma entidade imune que

---

[207] ROTHMANN, Gerd Willi. Tributação, sonegação e livre concorrência. In: FERRAZ, Roberto (Coord.). **Princípios e limites da tributação 2**: os princípios da ordem econômica e a tributação. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 331-371. p. 344-345.

[208] Artigo 150, inciso VI, da Constituição Federal: "Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: […] VI - instituir impostos sobre: […] 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".

[209] SCHOUERI, Luís Eduardo. Imunidade tributária e ordem econômica. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Grandes questões atuais de direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2011. v. 15. p. 229-242. p. 237.

[210] SCHOUERI, Luís Eduardo. Imunidade tributária e ordem econômica. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Grandes questões atuais de direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2011. v. 15. p. 229-242. p. 238.

se utiliza da redução de preços para obter mais participação no mercado, gerando, portanto, uma violação à livre concorrência. Nessa hipótese, a análise do caso concreto poderá culminar no afastamento da imunidade.

Ressalta-se, entretanto, que não basta tão somente a alegação de suposta ofensa à livre concorrência por tais entidades. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) já se manifestou sobre a necessidade de comprovação de que a conduta implica efetiva lesão à concorrência. No Processo Administrativo nº 08012.000668/98-06, o Sindicato do Comércio Varejista dos Produtos Farmacêuticos (Sinprofar) alegou prática de conduta restritiva à livre concorrência pelo Serviço Social da Indústria (Sesi), uma vez que suas farmácias vendiam produtos por preço abaixo do mercado, em virtude de a entidade ser imune, nos termos do artigo 150, inciso VI, letra "c", da CF. O Cade entendeu que não havia lesão à concorrência, uma vez que não ficou demonstrada a prática de preço predatório, tampouco a existência de barreiras à entrada no mercado de farmácias. Por fim, concluiu-se que o Sesi detinha participação no mercado inferir a 10%[211].

Com relação à imunidade recíproca, especificamente, há processo administrativo instaurado[212], após representação proposta pelo Sindicato das Empresas de Transporte de Carga de São Paulo (Setcesp) contra a ECT por abuso de poder dominante. Na Nota Técnica nº 1/2016/CGAA4/SGA1/SG/Cade, proferida pela Superintendência-Geral do Cade, o inquérito concluiu haver potencial prejuízo à concorrência a partir da prática discriminatória da ECT. A referida nota concluiu que "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"[213].

O processo administrativo ainda se encontra pendente de julgamento pelo Cade, de forma que o seu acompanhamento é essencial para que se verifique qual o posicionamento

---

[211] Vide CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo nº 08012.000668/98-06. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yNOCtqxztUZDnZ1HvbQY7roLpJBmRWEWjFVvFr57Urjey6hskwkuJdZ48M2zSYlBOSBm8G50eLp_LQwfTOIBLts>. Acesso em: 12 dez. 2017.

[212] Vide CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo nº 08700.009588/2013-04. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?NJlLMKAUD29j6X1yj2GO_P27TZb287t6FyKxmleAun1Xpb6GtjhvqaTaDojl-uEp4Dq_s_7lM2PUM21NYk-dTA>. Acesso em: 23 out. 2017.

[213] CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Nota Técnica nº 1/2016/CGAA4/SGA1/SG/CADE. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/ documento_consulta_externa.php?RKEI6mTRs7dVeKI-f0dWvbZous8A1Z9JAsZ4pd0mCXMhLaXMPfyd6dk9Ctlzf1V6tXxQFldosAl9iHAH7TaDgA>. Acesso em: 23 out. 2017.

desse órgão com relação à afronta à livre concorrência por empresa sujeita à imunidade recíproca. Isso porque, no caso da imunidade recíproca, não se aplica a presunção conferida às entidades beneficentes de reconhecimento da imunidade desde que atendam às suas finalidades essenciais[214]. Tanto assim é que a Súmula nº 724 do STF não se aplica aos casos de imunidade recíproca, exatamente por conta do disposto no artigo 150, § 3º, da CF. Segundo Schoueri, o constituinte entendeu que o risco de lesão à livre concorrência oferecido por ente público que atua com privilégios é maior do que o proporcionado por entidade beneficente[215].

Assim, na análise do reconhecimento da imunidade recíproca, a suposta lesão à livre concorrência pode reiterar o argumento de que o ente tem capacidade contributiva. Ou seja, após a análise de eventual afronta ao princípio federativo, bem como a análise da capacidade contributiva, uma potencial lesão à livre concorrência pode ser causa de afastamento da imunidade recíproca. Todavia, não se deve reconhecer a imunidade recíproca com fundamento apenas na ausência de prejuízo à livre concorrência. Assim, critica-se os diversos posicionamentos da jurisprudência com relação ao reconhecimento da imunidade no exercício de atividades sujeita a monopólio (privilégio), conforme analisado no capítulo 4.

Baleeiro já salientava que o exercício de determinados monopólios estatais — os quais, nos termos dos artigos 163 e 170, § 3º, da Constituição de 1967, eram imunes — promoveria, em alguns casos, grave afronta ao pacto federativo, uma vez que causaria o desaparecimento da capacidade fiscal de um município onde a atividade monopolizada fosse a principal atividade. O autor cita como exemplo o município de Piquete, que teve que apelar ao Congresso por ausência de recursos fiscais, pois a fábrica de munições e explosivos era a principal atividade da cidade e estava sujeita à imunidade[216].

Também Costa já apontava que:

> a extensão das imunidades recíprocas estaria a merecer uma revisão, uma vez que a presença do Poder Público, sobretudo da União, no domínio econômico, tem crescido muito e apenas a exclusão de empresas públicas que exercem atividades não monopolizadas parece insuficiente para evitar certos efeitos perversos da imunidade recíproca.[217]

---

[214] ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 278.
[215] SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 451.
[216] BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu Machado. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 411-412.
[217] COSTA, Alcides Jorge. Algumas ideias sobre uma reforma do sistema tributário Brasileiro. **Revista de Direito Tributário Atual**, São Paulo, v. 7/8, p. 1733-1770, 1987/1988. p. 1744.

O exercício de monopólio, em si, não deve ser causa de concessão da imunidade sob o argumento de ausência de afronta à livre concorrência. Frise-se que a própria Lei nº 12.529/2011, que estrutura o sistema brasileiro de defesa da concorrência, dispõe expressamente que seus dispositivos se aplicam às pessoas de direito público, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal, o que permite depreender que o exercício de monopólio não deve ser causa direta para afastamento da livre concorrência[218].

Nota-se, portanto, que, com relação à aplicação da livre concorrência como princípio para o reconhecimento da imunidade recíproca, alguns cuidados devem ser tomados. Uma potencial afronta à livre concorrência, a nosso ver, pode contribuir para indicar que o ente possui capacidade contributiva. Todavia, o contrário, ou seja, uma suposta ausência de afronta à livre concorrência — como no caso de exercício de monopólio —, não deve ser, *per se*, ser utilizada como fundamento para que seja reconhecida a imunidade. Somente a análise do caso concreto, bem como dos princípios anteriormente mencionados, permitirá reconhecer a imunidade recíproca de empresa sujeita a monopólio (privilégio).

Defende-se, neste trabalho, que o reconhecimento da imunidade deve ser feito de forma casuística e com uma interpretação restrita. Outrossim, a construção da norma de imunidade deve decorrer da análise de diversos princípios. Assim, juntamente com o princípio da livre concorrência, deve-se analisar se o ente manifesta capacidade contributiva, bem como se não haveria suposta afronta ao pacto federativo, ainda que atue em monopólio. Somente com a análise do caso concreto e com a confluência dos fundamentos mencionados seria possível, então, reconhecer-se a imunidade recíproca a tais entes.

2.4 O ARTIGO 150, § 2º, DA CF: APLICAÇÃO A AUTARQUIAS E FUNDAÇÕES

O § 2º do artigo 150 da Constituição Federal dispõe que a imunidade recíproca também se aplica às autarquias e às fundações, nos seguintes termos:

> Artigo 150: […]
> § 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.

[218] Artigo 31 da Lei nº 12.529/2011: "Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal".

O reconhecimento da imunidade recíproca às autarquias e às fundações nem sempre esteve previsto na Constituição Federal. Foi somente com a EC nº 18/1965[219] que foi prevista expressamente a aplicação da imunidade recíproca às autarquias. A previsão para fundações apenas foi incluída na CF de 1988[220].

A doutrina e a jurisprudência, todavia, já reconheciam a imunidade recíproca às autarquias anteriormente à EC nº 18/1965[221]. Nesse sentido, em 13 de dezembro de 1963, portanto ainda sob a égide da Constituição de 1946, o STF editou três súmulas que tratavam da aplicação da imunidade recíproca às autarquias. Segundo a Súmula nº 73 do STF: "A imunidade das autarquias, implicitamente contida no art. 31, V, 'a', da Constituição Federal, abrange tributos estaduais e municipais". À época, a interpretação dada pelo STF com relação à aplicação da imunidade às autarquias era bastante ampla. Foi com base na Súmula nº 73 que se reconheceu a imunidade tributária à Caixa Econômica Federal (CEF), a qual, à época, era uma autarquia[222].

Também foi promulgada a Súmula nº 74, que dispunha que: "O imóvel transcrito em nome de autarquia, embora objeto de promessa de venda a particulares, continua imune de impostos locais". Tal súmula foi duramente criticada por Baleeiro, o qual afirmou que o STF analisou a situação apenas do ponto de vista do direito privado, sem levar em conta que o tributo não atingia a autarquia[223]. Ademais, ao julgar o RE nº 68.873 de 4 de dezembro de 1969, que analisou se os imóveis da CEF estavam sujeitos à imunidade tributária, criticou, novamente, a Súmula nº 74, ao ressaltar que "o Supremo Tribunal Federal, data vênia, talvez sem boa base, estendeu essa imunidade aos imóveis objeto de venda aos particulares (Súmula n.º 74)". Posteriormente, essa súmula foi superada pela Súmula nº 583, de 15 de dezembro de 1976[224]. Por fim, foi publicada a Súmula nº 75 do STF, a qual dispõe que:

---

[219] Artigo 2º da Emenda Constitucional nº 18/1965: "É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: […] IV - cobrar impostos sobre: a) o patrimônio, a renda ou os serviços uns dos outros. […] § 1º O disposto na letra a, do nº IV é extensivo às autarquias, tão somente no que se refere ao patrimônio, à renda ou aos serviços vinculados às suas finalidades essenciais, ou delas decorrentes". A Emenda Constitucional nº 01/1969 trouxe redação semelhante.

[220] Por fundações, entende-se aquelas instituídas e mantidas exclusivamente pelo poder público e que, portanto, são equiparadas às autarquias. Vide COSTA, Regina Helena. **Imunidades tributárias**: teoria e análise da jurisprudência do STF. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 156.

[221] COSTA, Regina Helena. **Imunidades tributárias**: teoria e análise da jurisprudência do STF. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 154.

[222] Vide RE nº 68.873, relator Aliomar Baleeiro.

[223] BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu Machado. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p 416.

[224] Súmula nº 583 do STF: "Promitente-Comprador de imóvel residencial transcrito em nome de autarquia é contribuinte do imposto predial territorial urbano".

"Promitente-Comprador de imóvel residencial transcrito em nome de autarquia é contribuinte do imposto predial territorial urbano". Tal súmula estaria condizente com os princípios inerentes à imunidade recíproca, uma vez que o sujeito passivo do imposto não seria o ente público.

Conforme visto, o artigo 150, § 2º, da CF prevê que a imunidade recíproca se aplica, tão somente, com relação ao patrimônio, à renda e aos serviços decorrentes de suas finalidades essenciais. Nesse sentido, segundo Baleeiro, vigorará a imunidade somente para o que for de caráter instrumental ou funcional da autarquia, ou seja, bens, rendas ou serviços que a autarquia emprega como meio de desempenho de suas atividades[225].

Sob a égide da EC nº 18/1965 e, posteriormente, com EC nº 01/1969, a jurisprudência do STF passou a dar uma interpretação mais restrita com relação à aplicação da imunidade recíproca às autarquias, notadamente em virtude de disposição expressa, restringindo a imunidade apenas ao que se referia às finalidades essenciais. O ministro Moreira Alves, relator do RE nº 98.382/MG, teceu considerações acerca das diferenças entre a imunidade ontológica e a imunidade política, com o intuito de demonstrar que, enquanto não havia previsão expressa na Constituição Federal para aplicar a imunidade recíproca às autarquias, a interpretação ontológica servia para estender às autarquias a imunidade que era expressamente concedida à União, ao estados e aos municípios por meio da Constituição. Todavia, uma vez que a Constituição Federal passou a prever expressamente a imunidade às autarquias, restringindo tal exoneração apenas às suas finalidades essenciais, não seria possível interpretar de forma ontológica o que foi expressamente previsto por razões políticas. Com base nesse entendimento, o STF concluiu que terreno baldio pertencente à autarquia não estava imune a imposto municipal, uma vez que não estava vinculado diretamente às finalidades da autarquia[226].

Nota-se, portanto, que após a EC nº 18/1965, o reconhecimento da imunidade recíproca às autarquias passou a ser restrito às suas finalidades essenciais. Baleeiro ainda foi além. Para o autor, era necessário distinguir bens e rendas vinculados às atividades fundamentais da pessoa de direito público interno daqueles com caráter puramente patrimonial ou especulativo, sem a menor conexão com o interesse comum das demais esferas do governo[227].

---

[225] BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu Machado. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 420.

[226] RE nº 98.382/MG, ministro relator Moreira Alves, data de julgamento 12/11/1982.

[227] BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu Machado. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 413.

Infelizmente, esse não é o entendimento atual do STF. Atualmente, a corte possui um entendimento amplo com relação à aplicabilidade da imunidade às autarquias[228] e em muitos julgados deixa de analisar se o patrimônio, a renda e os serviços que se busca imunizar estão vinculados à sua finalidade essencial e, ainda que estejam, se essa finalidade se refere a atividades fundamentais da pessoa jurídica de direito interno, não possuindo caráter puramente patrimonial ou especulativo, conforme leciona Baleeiro[229]. Outrossim, o STF, na grande maioria dos casos, não aplica conjuntamente o artigo 150, § 3º, da CF, de forma a analisar se a autarquia exerce "exploração de atividade econômica em que haja contraprestação ou pagamento de tarifas pelo usuário".

De fato, em pouquíssimos julgados se verifica uma análise mais detalhada com relação à atividade prestada pela autarquia para a concessão da imunidade. No RE nº 399.307 AgR/MG, o relator, ministro Joaquim Barbosa, excepcionalmente enfrentou a questão, ao entender que a imunidade somente pode ser concedida a autarquias, ainda que cobrem tarifa ou preço público, desde que (i) não distribuam lucros ou resultados direta ou indiretamente a particulares ou tenham por objetivo principal conceder acréscimo patrimonial ao poder público (capacidade contributiva); e (ii) não desempenhem atividade econômica de modo a conferir vantagem não extensível às empresas privadas (livre iniciativa e concorrência)[230].

Não obstante, na maioria das vezes o STF entende que, se o ente é autárquico, será considerado imune, sem, todavia, proceder a uma análise da sua atividade e sem verificar se o patrimônio, a renda e os serviços que se busca imunizar estão sujeitos às suas finalidades essenciais.

Em diversos casos, o STF reconheceu a imunidade de autarquias que exercem atividade financeira. Em dois casos, o tribunal de justiça de origem reconheceu a imunidade a duas instituições financeiras organizadas sob a forma de autarquia e o STF não analisou o mérito, por entender se tratar de matéria de fato, o que é vedado pela Súmula nº 279, culminando por manter a imunidade a tais entidades. No Agravo de Instrumento (AI) nº 801.464 AgR/MG, questionava-se a imunidade do Banco Minascaixa, que passou a ser autarquia em 25 de agosto de 1998[231], e, no RE nº 285.587 AgR/RS, questionava-se a imunidade da Caixa Econômica Estadual do Rio Grande do Sul[232].

---

[228] COSTA, Regina Helena. **Imunidades tributárias**: teoria e análise da jurisprudência do STF. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 256.

[229] BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu Machado. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

[230] RE nº 399.307 AgR/MG, ministro relator Joaquim Barbosa, data de julgamento 16/03/2010.

[231] AI nº 801.464 AgR/MG, ministro relator Henrique Lewandowski, data de julgamento 19/10/2010.

[232] RE nº 285.587 AgR/RS, ministro relator Ellen Gracie, data de julgamento 02/08/2011.

Entretanto, no RE nº 969.314, recentemente julgado (em 14 de outubro de 2016), o STF analisou o mérito. No caso, discutia-se se a Caixa de Financiamento Imobiliário da Aeronáutica (CFIA), também uma autarquia, estava sujeita à imunidade[233]. Em 2ª instância, o TRF da 1ª Região havia entendido que a entidade não era imune, uma vez que exercia atividade econômica. O TRF entendeu que a CFIA,

> […] como integrante do Sistema Financeiro de Habitação, explora atividade como os bancos, caixas econômicas, sociedades de crédito imobiliário, que emprestam dinheiro cobrando juros de seus beneficiários, e com esses recursos adquirem novos empreendimentos imobiliários para serem vendidos a outros beneficiários (artigo 2º e 8º da Lei 4.380/1964) […].

Todavia, o ministro relator Edson Fachin considerou que a CFIA era imune com base no seguinte entendimento:

> De plano, verifica-se que o acórdão recorrido destoa da jurisprudência dessa Corte, segundo a qual pelo fato de a parte Recorrrente possui[r] natureza jurídica autárquica, **faz jus à equiparação constitucional com a Administração Pública direta, para fins de imunidade tributária recíproca**. (grifos nossos).

Nota-se, portanto, que o entendimento atual do STF com relação ao reconhecimento da imunidade às autarquias representa um retrocesso em relação à jurisprudência antiga do STF, notadamente com relação ao voto do ministro Moreira Alves anteriormente analisado. Ademais, a nosso ver, a concessão da imunidade nessas hipóteses fere o disposto no artigo 150, § 3º, da CF, uma vez que se trata de exercício de atividade econômica mediante a cobrança de preço ou tarifa.

Durante décadas, a jurisprudência do STF buscou evoluir, alterando um entendimento primário, que reconhecia amplamente a imunidade às autarquias, para limitá-la às suas finalidades essenciais. Os julgados recentes sobre a matéria demonstram que a corte mudou o seu entendimento e tornou a reconhecer a imunidade recíproca da autarquia, sem realizar uma análise pormenorizada de sua finalidade.

Salvo algumas exceções, como o RE nº 399.307 AgR, tais julgados falham em analisar os fundamentos da imunidade recíproca, bem como os demais requisitos previstos na CF para o seu reconhecimento às autarquias. A norma de imunidade recíproca deve ser construída com base nos fundamentos analisados no capítulo 2. Uma análise de determinados casos, como o RE nº 969.314, que reconheceu a imunidade à CFIA com base

---

[233] RE nº 969.314-DF, ministro relator Edson Fachn, data de julgamento 14/10/2016.

nos fundamentos da imunidade recíproca, permitiria denotar que tal entidade manifesta clara capacidade contributiva, sem contar que haveria uma possível afronta ao pacto federativo, bem como uma possível lesão à livre concorrência em relação às demais instituições financeiras. Não obstante, o STF optou por entender que a CFIA "faz jus à equiparação constitucional com a Administração Pública direta, para fins de imunidade tributária recíproca".

Nota-se, portanto, que o entendimento atual do STF com relação à abrangência da imunidade recíproca às autarquias é de que tais entes serão imunes sem que se leve em consideração sua finalidade. A corte tampouco analisa se se trata de "operação de negócio de todo compatível com empresa privada", entendimento contrário, portanto, às lições de Baleeiro[234].

2.5 O ARTIGO 150, § 3º, DA CF: A COBRANÇA DE PREÇOS OU TARIFAS E A APLICAÇÃO A EMPRESAS ESTATAIS

O artigo 150, § 3º, da Constituição Federal assim dispõe:

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

O artigo 150, § 3º, traz situações distintas, nas quais não haverá imunidade. Não serão imunes o patrimônio, a renda ou os serviços dos entes elencados no artigo 150, inciso VI, letra "a" (União, estados e municípios), bem como dos entes elencados no artigo 150, § 2º (autarquias e fundações) — nesse segundo caso, desde que vinculados a ou decorrentes de suas finalidades essenciais —, caso: sejam relacionados à exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados; ou decorram da contraprestação ou do pagamento de preço ou tarifa. Por fim, a terceira parte do parágrafo dispõe que o artigo 150, inciso VI, letra "a", § 2º, não exonera o promitente comprador de pagar imposto relativo a bem imóvel[235].

---

[234] BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu Machado. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 413.

[235] Conforme já analisado, a menção expressa de que não há imunidade no caso do promitente comprador de bem imóvel foi incluída na EC nº 01/1969, uma vez que, anteriormente a tal dispositivo, o STF possuía

Segundo Schoueri, a imunidade não se aplicaria nas seguintes hipóteses: (i) ao patrimônio, à renda e aos serviços relacionados com a exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados; ou (ii) ao patrimônio, à renda e aos serviços relacionados com exploração de atividades econômicas em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário[236]. Na segunda hipótese, portanto, o artigo 150, § 3º, seria aplicável também às autarquias e às fundações, conforme críticas que tecemos no item 2.4.

Partindo-se da análise desse artigo, e por razões didáticas decorrentes do tema do presente trabalho, analisa-se, primeiramente, a segunda parte do artigo (patrimônio, renda e serviços relacionados com exploração de atividades econômicas em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário).

Em seguida, analisa-se a primeira parte do artigo (patrimônio, renda e serviços relacionados com a exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados). Trata-se da análise da imunidade recíproca às empresas estatais, objeto do presente trabalho.

---

interpretação favorável à concessão da imunidade nesse caso. Tal dispositivo permaneceu na Constituição Federal de 1988.

[236] SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 457.

2.5.1 Cobrança de tarifas e preços públicos

O artigo 150, § 3º, da CF prevê que não estará sujeito à imunidade recíproca o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com a exploração de atividades econômicas em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelos usuários.

Conforme visto em 2.1.3, a imunidade recíproca foi inicialmente concedida de forma ampla. Todavia, a Constituição de 1937 passou a restringir seu alcance, proibindo o reconhecimento da imunidade recíproca às concessões, o que foi reiterado nas demais constituições desde então. A CF de 1988, outrossim, trouxe nova redação, optando por excluir do âmbito da imunidade a exploração de atividades econômicas em que haja contraprestação ou pagamento de preços e tarifas pelos usuários.

Em tese, a prestação de serviços pela administração pública seria remunerada por taxa, nos termos do artigo 145, inciso II, da CF, devendo a tarifa, também denominada "preço público", ser utilizada como remuneração por serviços públicos prestados pelo ente privado. Todavia, atualmente se admite que os serviços prestados pela administração pública também sejam remunerados por tarifas[237]. Costa leciona que a própria CF conduz à dúvida, uma vez que o artigo 175, que trata da prestação do serviço público, determina que a lei disporá sobre sua "política tarifária".

Atualmente, portanto, a jurisprudência é pacífica não só com relação à possibilidade de o serviço prestado pela administração pública ser remunerado por tarifa, mas também com relação à possibilidade de se reconhecer a imunidade recíproca, apesar do disposto no artigo 150, § 3º, da CF.

Nesse sentido, diversos julgados consideram imunes autarquias prestadoras de serviço de fornecimento de água e saneamento básico, ainda que cobrem tarifas[238]. No RE nº 399.307 AgR, que analisou a concessão da imunidade ao Serviço Autônomo de Água e

---

[237] Jacintho Arruda Câmara leciona que a doutrina inicialmente defendia que os serviços prestados pela administração pública deveriam ser remunerados apenas por taxas, caso contrário deveriam ser prestados de forma gratuita. Todavia, a doutrina e a jurisprudência passaram a entender que havia uma coexistência entre o artigo 145, II, e o 175 da Constituição Federal, de forma que o serviço público poderia ser remunerado por duas formas: por meio da taxa, que possui índole tributária, ou por meio de tarifa, que possui natureza de direito administrativo. A escolha dependeria de critérios legais, tais como a possibilidade de utilizar, efetiva ou potencialmente, o serviço ou a possibilidade de delegá-lo a particulares. Vide CÂMARA. Jacintho Arruda. **Tarifa nas concessões**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 26-41.

[238] Vide RE nº 399.307 AgR/MG, ministro relator Joaquim Barbosa, data de julgamento 16/03/2010; RE nº 482.814 AgR/SC, ministro relator Ricardo Lawandowski, data de julgamento 29/11/2011; RE nº 486.306 AgR segundo/MG, ministra relatora Carmen Lúcia, data de julgamento 14/02/2012; RE nº 741.938 AgR/MG, ministro relator Dias Toffoli, data de julgamento 05/08/2014. A prestação do serviço de saneamento básico por empresa estatal é analisada no capítulo 4.

Esgoto Senador Firmino (Saae), uma autarquia municipal, o relator, ministro Joaquim Barbosa, teceu alguns requisitos para a concessão da imunidade nesse caso: (i) não distribuir lucros direta ou indiretamente; (ii) não ter por objetivo principal conceder acréscimo de patrimonial ao poder público (capacidade contributiva); e (iii) não desempenhar atividade econômica de modo a conferir vantagem não extensível às empresas privadas (livre iniciativa e concorrência)[239].

Para Ávila, deve-se verificar se a entidade prestadora tem liberdade ou não para fixar a contraprestação por meio de preço ou tarifa. Se se tratar de uma atividade vinculada, em que não exista autonomia de vontade, tratar-se-á de situação equiparada à cobrança por taxa, de modo que a cobrança por meio de tarifas ou preços não afastaria a imunidade. Todavia, caso exista liberdade total ou parcial, em que esteja presente a autonomia de vontade, deverá ser afastada a imunidade, nos termos do artigo 150, § 3º, da CF[240].

2.5.2 Aplicação a empresas estatais

A primeira parte do artigo 150, § 3º, da CF dispõe que a imunidade recíproca não se aplica ao patrimônio, à renda e aos serviços relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados. Tal artigo pretende afastar o reconhecimento da imunidade recíproca a empresas estatais que explorem atividade econômica nos termos do artigo 173 da CF, uma vez que tal artigo dispõe expressamente que as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensíveis ao setor privado[241].

Baleeiro, ainda sob égide da EC nº 01/1969, entendia que a imunidade recíproca não poderia ser reconhecida às empresas públicas e às sociedades de economia mista. Para o autor, caso tais entes exercessem atividade de relevante interesse econômico ou social, deveria o Congresso conceder-lhes isenções, conforme permitido à época[242].

---

[239] RE nº 399.307 AgR/MG, ministro relator Joaquim Barbosa, data de julgamento 16/03/2010.

[240] ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 286.

[241] Artigo 173, §1º da Constituição Federal: "§ 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".

[242] BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu Machado. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 413-414.

Posteriormente, a doutrina e a jurisprudência[243] passaram a reconhecer a imunidade a tais empresas quando prestam serviços públicos. Assim, a doutrina e a jurisprudência, em linhas gerais, tecem a seguinte conclusão com relação ao reconhecimento da imunidade recíproca às empresas estatais: as empresas estatais que exercem atividade econômica não estão sujeitas à imunidade, uma vez que atuam em regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e às obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, nos termos do artigo 173 da CF. Já as empresas estatais prestadoras de serviço público estariam sujeitas à imunidade recíproca, uma vez que atuam nos termos do artigo 175 da CF.

Nesse sentido é, por exemplo, a opinião de Costa, que leciona que as empresas estatais detêm personalidade de direito privado e compõem a administração pública indireta ou descentralizada para desempenhar atividade de natureza econômica a título de intervenção do Estado no domínio econômico (artigo 173 da CF) ou na prestação de serviço público assumido pelo Estado (artigo 175 da CF). Segundo a autora, tais entidades, recebendo o encargo de prestar serviço público, estarão sujeitas ao regime de direito público, o que inclui, entre outras prerrogativas, o direito à imunidade tributária[244].

Coêlho também ressalta que, se uma empresa pública ou uma sociedade de economia mista presta um serviço público, atua como órgão da administração indireta, e não desenvolve atividades próprias das empresas privadas[245].

Ávila, com efeito, leciona que a imunidade recíproca abrange as empresas públicas que prestam serviços em nome do Estado. Isso porque, por razões operacionais, serviços importantes são transferidos a tais entidades, de forma que empresas públicas e sociedades de economia mista são, acima de tudo, um instrumento para que se atinja a finalidade pública. Ressalta, todavia, o autor que se deve examinar se o serviço é público ou compatível com um negócio privado[246].

Por fim, Carrazza entende que:

> as empresas estatais, quando delegatárias de serviços públicos ou de atos de polícia – e que, portanto, não exploram atividades econômicas – não se sujeitam à tributação por meio de impostos, justamente porque são a longa manus das pessoas

---

[243] Vide capítulo 4.

[244] COSTA, Regina Helena. **Imunidades tributárias**: teoria e análise da jurisprudência do STF. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 158.

[245] COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 256.

[246] ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 279-280.

> políticas que, por meio de lei, as criam e lhes apontam os objetivos públicos a alcançar.

Conforme analisado no capítulo 3, a tese, baseada na teoria de Grau, divide a atividade econômica (gênero) em atividade econômica em sentido estrito e prestação de serviço público. Assim, pressupõe-se que, quando a empresa estatal exerce atividade econômica, não há imunidade. Por outro lado, caso a empresa estatal preste serviço público, está sujeita à imunidade[247].

Essa tese tem grande importância, não só para o direito tributário, mas também para o direito administrativo e para o direito econômico, de forma que permitiu segregar a atuação da empresa estatal na ordem econômica em duas espécies: empresas que prestam serviço público e empresas que exercem atividade econômica tais como empresas privadas.

Todavia, atualmente a análise, de forma estanque, em prestação de atividade econômica *versus* prestação de serviço público por empresas estatais tem se mostrado insuficiente, em virtude de diversos fatores verificados ao longo dos anos. Tais fatores, em consequência, também influenciaram o estudo da imunidade recíproca.

O presente trabalho passa, portanto, a apresentar uma breve análise da empresa estatal, de seu regime jurídico e da situação fática brasileira, de forma a demonstrar que, devido às suas peculiaridades e à sua evolução no Brasil, notadamente em virtude dos processos de privatização e da constante transformação da noção de serviço público, tal dicotomia não é mais suficiente na análise do reconhecimento da imunidade recíproca a tais entes.

---

[247] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 105.

3 EMPRESA ESTATAL E SUA ATUAÇÃO NA ORDEM ECONÔMICA

3.1 EMPRESA ESTATAL: BREVE HISTÓRICO

O histórico da empresa estatal confunde-se com o próprio histórico do desenvolvimento econômico e industrial. Segundo Reinert, a empresa estatal teve um importante papel no mercantilismo e serviu como instrumento catalisador para o desenvolvimento do capitalismo. Relata o autor que houve diversos motivos para a criação de empresas estatais: (i) **razões administrativas** — o exercício de controle, pelo Estado, de uma determinada atividade, como a mineração; (ii) **defesa nacional** — atividades relacionadas ao exercício da defesa pelo Estado, como a indústria de pólvora e armamentista, bem como atividades a ela relacionadas, como a siderurgia, a navegação e, inclusive, a distribuição de produtos necessários aos soldados, como pão e vestimenta; (iii) **desenvolvimento** — redução da dependência de produtos de advindos de nações estrangeiras; e (iv) **necessidades da coroa —** obtenção de artigos de luxo para a corte[248].

Durante o mercantilismo, o Estado possuía forte viés protecionista, uma vez que concedia assistência, bem como exercia controle de atividades consideradas relevantes, mediante o desenvolvimento de indústrias incipientes, a defesa do comércio nacional externo e interno e o estabelecimento de relações com as colônias, cuja produção era monopólio da metrópole. A forma de organização desse sistema foi a sociedade por ações (atual sociedade de economia mista), a qual permitiu a associação entre o capital privado e o Estado. Tal fórmula permitia a constituição de uma sociedade com grande número de sócios, possibilitando a fácil substituição dos participantes, mediante transferência de ações, bem como a limitação dos riscos. Assim surgiram, por exemplo, as grandes companhias coloniais, as quais eram consideradas verdadeiros órgãos do Estado [249].

Com o liberalismo, essa forma passou a ser duramente criticada, notadamente porque, à época, não era permitida a criação de sociedades anônimas sem a autorização do Estado. Assim, o sistema de prévia autorização foi abolido, permanecendo o requisito apenas para empresas cujas atividades se referiam à "economia nacional ou se propunham a

---

[248] REINERT, Erick S. The Role of the State in Economic Growth. In: TONINELLI, Pier Angelo (Coord.). **The Rise and Fall of State-Owned Enterprise in the Western World**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 73-99. p. 93-94.

[249] VALVERDE, Trajano de Miranda. Sociedades anônimas ou companhias de economia mista. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 429-441, abr. 1945. p. 430-431.

estabelecer relações direta com o público"[250]. Segundo Engler, o liberalismo defendia a propriedade pública apenas em setores com baixa concorrência, e como forma de afastar o monopólio do setor privado. Esses serviços, segundo o autor, abrangiam *utilities* e grandes empreendimentos[251].

Nota-se, portanto, que, durante o liberalismo, principalmente com a Revolução Industrial, a atuação empresária do Estado passou a ser rara e esporádica. A participação do Estado por meio de empresas estatais se intensificou, novamente, no período entre a véspera da 1ª Guerra Mundial e após a grande crise de 1929. Além das necessidades de guerra presentes nos anos 1914-1918, a participação estatal intensificou-se também em virtude da grande instabilidade política presente na Europa nesses períodos. A descrença no Estado liberal culminou na crença na necessidade de intervenção do Estado em setores cruciais da economia, de forma a resolver falhas de mercado e combater o excessivo poder dos grandes conglomerados[252].

Segundo Toninelli, todavia, a "grande era" das empresas estatais deu-se após a 2ª Grande Guerra Mundial, perdurando até meados dos anos 1970. Relata-se um grande esforço de planificação da economia e estatização de empresas com o intuito de superar a ausência de insumos e serviços básicos inexistentes durante a guerra. Buscava-se, outrossim, o desenvolvimento do emprego e da infraestrutura, o aumento do setor público e do estado social e a diminuição de monopólios. Nessa fase, a expansão de empresas estatais deu-se não somente na Europa, mas também em países em desenvolvimento, como Índia, Coreia, Egito e Indonésia, e em países da América Latina, como o Brasil, conforme apresentado a seguir[253].

---

[250] VALVERDE, Trajano de Miranda. Sociedades anônimas ou companhias de economia mista. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 429-441, abr. 1945. p. 431.

[251] PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal**: função econômica e dilemas societários. São Paulo: Atlas, 2010. p. 10-11.

[252] Toninelli relata que foi na Alemanha, durante a república de Weimar, que o Reich passou a ter controle dos correios e da distribuição de energia, passando a estender a sua atividade a outros setores da economia, como geração de energia, alimentos, metal, carvão e aço, sendo que, em 1925, 1,2 milhão de pessoas trabalhavam em atividades exercidas por empresas estatais. Após a crise de 1929, com a depressão e o crescimento do nacionalismo, a presença estatal se intensificou na Europa, notadamente como forma de resgatar empresas ou setores da economia afetados pela crise. Na Itália, por exemplo, foi criado o Istituto per la Recostruzione Idustriale (IRI), o qual surgiu como uma agência temporária para auxilio de três grandes bancos italianos e acabou por se tornar uma empresa estatal, a qual chegou a deter 42% do capital industrial italiano. Na França, o governo da Frente Popular (1936-137) iniciou a nacionalização do Banco da França e obteve controle dos setores ferroviário e aeroviário, bem como da indústria armamentícia. Vide TONINELLI, Pier Angelo. The Rise and Fall of Public Enterprise: The Framework. In: _____. (Coord.). **The Rise and Fall of State-Owned Enterprise in the Western World**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

[253] Toninelli cita entre os planos o inglês Belveridge Report de 1942, denominado *Full Employment in a Free Society*, e o francês *Plan de Modernisation d´Equipament*, de 1945. TONINELLI, Pier Angelo. The Rise and Fall of Public Enterprise: The Framework. In: _____. (Coord.). **The Rise and Fall of State-Owned Enterprise in the Western World**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 18-20.

3.2 CONTEXTO FÁTICO DAS EMPRESAS ESTATAIS NO BRASIL

Relata-se que a primeira empresa estatal brasileira foi o Banco do Brasil, criado em 1808. Todavia, sua criação ocorreu em um contexto histórico específico (a vinda da família real portuguesa para o Brasil) e tratou-se de um episódio isolado[254]. O sistema ferroviário brasileiro, instituído nos anos 1920, é considerado a primeira atividade organizada por meio de empresas estatais[255]. Ainda assim, não se pode dizer que foi uma estruturação propriamente dita. As ferrovias foram criadas no século XIX por meio de investimento estrangeiro com subsídios governamentais e somente quando se tornaram deficitárias, em virtude da competição com o transporte rodoviário, é que foram assumidas pelo poder público[256].

Foi a partir dos anos 1930, todavia, com a necessidade de criação da indústria de base e de infraestrutura pelo estado brasileiro, bem como com a instituição do monopólio de determinados serviços, que houve o grande crescimento do modelo empresarial estatal, com a criação do Instituto de Resseguros do Brasil, de companhias de geração elétrica, siderúrgicas, entre outros[257]. Conforme visto anteriormente, a estatização ganhou força não só no Brasil, mas em diversos países do mundo, principalmente entre as guerras mundiais, em virtude da demanda da indústria bélica, e após a crise de 1929, com o colapso do capitalismo liberal e a defesa de uma maior participação do Estado na organização dos fatores de produção e geração de empregos, pensamento fundamentado nas teorias de Keynes[258].

Engler ressalta que, diferentemente do que ocorreu na Europa, onde a estruturação de empresas estatais se deu em decorrência da estatização de empreendimentos privados deficitários, no Brasil o ingresso na economia por tais empresas deu-se em caráter originário[259]. O intuito era "ocupar espaços vazios deixados pelo setor privado". Ou seja,

---

[254] PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal**: função econômica e dilemas societários. São Paulo: Atlas, 2010. p. 17.

[255] SCHIRATO, Vitor Rhein. **As empresas estatais no direito administrativo econômico atual.** São Paulo: Saraiva, 2016. p. 21-24.

[256] PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal**: função econômica e dilemas societários. São Paulo: Atlas, 2010. p. 17.

[257] SCHIRATO, Vitor Rhein. **As empresas estatais no direito administrativo econômico atual.** São Paulo: Saraiva, 2016. p. 21-24.

[258] PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal**: função econômica e dilemas societários. São Paulo: Atlas, 2010. p. 11.

[259] Há, todavia, casos em que a criação de empresas estatais foi consequência da estatização de empresas estrangeiras, sob o argumento de se tratar de questão de "segurança nacional". A estatização deu-se em setores fundamentais, como ferrovias, comunicação e energia elétrica, conforme explica Pinheiro. Vide PINHEIRO, Armando. **A experiência brasileira de privatização**: o que vem a seguir? Rio de Janeiro:

investia-se em projetos de longo prazo, retorno incerto e baixa rentabilidade, com aporte de recursos muito superiores àqueles que a iniciativa privada estava disposta a investir[260]. Não obstante, com relação aos serviços públicos, que anteriormente eram prestados pela iniciativa privada, constata-se um movimento de intensificação da intervenção estatal por meio de retomada da prestação de tais serviços pelo poder público[261].

A Constituição Federal de 1937 foi o diploma legal que consubstanciou esse modelo de forte viés nacionalista e intervencionista. O artigo 135 autorizava a intervenção do Estado no domínio econômico para suprir deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção[262]. Essa intervenção foi sendo gradualmente expandida aos longos dos anos 1940 e 1950 para outros setores da economia, como o petróleo, com a criação da Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras) nos anos 1950[263].

Foi em 1967, com o Decreto Lei nº 200/1967 (DL n.º 200/1967) que a administração pública, antes organizada por meio de grupos especializados para a realização de determinadas funções públicas[264], passou a ter um diploma normativo regulamentador da administração pública federal. Referido diploma trouxe os conceitos de administração pública direta e de administração pública indireta — esta compreende as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações públicas[265]. Tal diploma promoveu a organização administrativa brasileira, sendo o arcabouço jurídico para a grande expansão de empresas estatais criadas no Brasil não só pela União, como também pelos estados e pelos municípios[266].

BNDES, 2000. (Texto para Discussão n. 87). p. 9. Um exemplo é a atual Empresa Metropolitana de Águas e Energia S.A. (Emae), sociedade de economia mista cuja denominação original era The São Paulo Railway, Light & Power Co. Ltd., instituída pelo Decreto Federal nº 3.349, de 17 de julho de 1899, e que foi a primeira empresa autorizada a gerar eletricidade.

260 PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal**: função econômica e dilemas societários. São Paulo: Atlas, 2010. p. 23-25.

261 SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 43.

262 Artigo 135 da Constituição Federal de 1937: "Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estimulo ou da gestão direta".

263 PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal**: função econômica e dilemas societários. São Paulo: Atlas, 2010. p. 29.

264 Anteriormente ao Decreto-Lei nº 200/1967, a organização da administração pública cabia ao Departamento da Administração do Serviço Público (Dasp), criado no governo de Getúlio Vargas por meio do Decreto-Lei nº 579/1938. A constituição de empresas estatais era realizada por meio de decretos específico, sem, todavia, haver um diploma normativo que regesse esse tipo de empresa.

265 Artigo 4º do DL nº 200/1967.

266 Posteriormente, também a Lei nº 6.404 (Lei das Sociedades Anônimas), de 15 de dezembro de 1976, tratou especificamente da sociedade de economia mista em seu capítulo XIX.

O período de 1968 a 1974 é reconhecido como de grande expansão empresarial do Estado brasileiro. Além da reforma administrativa promovida pelo DL nº 200/1967, a estabilidade econômica e a crescente demanda por infraestrutura promoveram a expansão do empresariado estatal em áreas consideradas importantes do ponto de vista tecnológico. Nesse contexto foi criada a Empresa Brasileira de Aeronáutica S.A. (Embraer), em 1969, a Computadores e Sistemas Brasileiros S.A. (Cobra) e a Nuclebrás, responsável pelo programa nuclear brasileiro[267].

A regulamentação trazida promoveu, também, a transformação de determinados órgãos da administração em empresas estatais. A CEF, por exemplo, era antes um instituto de previdência, equiparado a uma autarquia, e foi transformada em empresa pública na década de 1960[268]. Também a Caixa Econômica do Estado de São Paulo, que antes era um departamento e, posteriormente, se tornou uma autarquia, foi transformada em sociedade de economia mista[269].

Após a crise do petróleo, em 1974, encerrou-se a fase de expansão das empresas estatais no Brasil. Os anos 1970 marcaram o início das privatizações no mundo. Uma nova ordem internacional começou a questionar o tamanho do Estado e sua atuação na economia. Esse declínio decorreu de uma confluência de fatores, como a crise do petróleo, o fim do socialismo e a necessidade de adaptação dos países da então Comunidade Europeia aos requisitos do Tratado de Maastricht para a constituição da União Europeia[270]. Com relação aos países em desenvolvimento, iniciou-se uma grande pressão do Banco Mundial e do Fundo Monetário Nacional para que as empresas estatais fossem privatizadas, sob o

---

[267] PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal**: função econômica e dilemas societários. São Paulo: Atlas, 2010. p. 32-34.

[268] A transformação da CEF em empresa pública foi tratada no RE nº 74.091/SP, ministro relator Bilac Pinto, data de julgamento 23/03/1973, o qual questionou a aplicabilidade da imunidade recíproca a essa instituição. Segundo Bilac Pinto, nos termos do Decreto nº 24.427/1924 a CEF era conceituada como um instituto de previdência e equiparada a uma autarquia. Todavia, com o Decreto-Lei nº 200/1967 e com a criação da empresa pública, essa matéria demandaria revisão. Posteriormente, outros julgados apenas aplicaram a imunidade recíproca a fatos ocorridos enquanto a CEF era uma autarquia. Vide AI nº 88.858 Agr/SP, ministro relator Rafael Mayer, data de julgamento 15/10/1982. Atualmente, não há dúvidas de que a CEF não está sujeita à imunidade recíproca. O STF discute, inclusive, em repercussão geral, se os imóveis de propriedade da União mantidos em propriedade fiduciária pela CEF por meio do Programa de Arrendamento Residencial (PAR) estão sujeitos à imunidade. Vide RE nº 928.902/SP, ministro relator Teori Zavaski. Repercussão Geral conhecida em 31/03/2016.

[269] SÃO PAULO (estado). **Nossa Caixa, há 90 anos o banco dos brasileiros de São Paulo**. Disponível em: <http://www.saopaulo.sp.gov.br/spnoticias/ultimas-noticias/nossa-caixa-ha-90-anos-o-banco-dos-brasileiros-de-sao-paulo/>. Acesso em: 21 dez. 2017.

[270] BELLINI, Nicola. The Decline of State-Owned Enterprise and the New Foundations of The State-Industry Relationship. In: TONINELLI, Pier Angelo (Coord.). **The Rise and Fall of State-Owned Enterprise in the Western World**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 25-48. p. 26-27.

argumento de que tais empresas geravam grandes custos aos países, possuíam pouca eficiência e causavam grandes desvios à economia como um todo[271].

No Brasil, as primeiras discussões sobre a privatização de empresas estatais deram-se nos anos 1970. Segundo Pinheiro, não houve um discurso ideológico sobre o papel do Estado, mas sim uma mudança na política econômica. De acordo com o autor, com o agravamento da crise a prioridade não era mais o crescimento interno e a substituição das importações, mas o controle da inflação e a superação da crise cambial. Dado que as empresas estatais eram utilizadas como instrumento de política macroeconômica exatamente inverso, era considerado impossível estabilizar a economia sem realizar algum tipo de controle de gastos ou reduzir seus déficits[272].

Assim, nos anos 1970 e 1980 foram criadas a Secretaria de Especial de Controle das Estatais (Sest) e a Comissão Especial de Desestatização. As primeiras privatizações foram realizadas nos anos 1980. Todavia, ressalta-se que poucas empresas foram privatizadas; na maioria dos casos, as empresas atuavam em segmentos nos quais o setor privado já era dominante e as privatizações foram realizadas como forma de melhorar a situação financeira de uma de suas principais acionistas, a BNDES Participações S.A. (Bndespar)[273].

Foi apenas nos anos 1990, no governo de Fernando Collor, que houve, de fato, o início de privatizações, após a criação do Programa Nacional de Desestatização (PND), por meio da Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990. Nesse período, já havia alguma discussão sobre a necessidade de redução do Estado, ainda que de forma embrionária e sem grande presença da opinião pública[274]. As privatizações foram uma resposta à crise fiscal, que provocou o esgotamento da capacidade de financiamento do modelo estatal[275]. No governo Collor/Itamar Franco foram privatizadas 33 empresas, a maioria pertencente a setores

---

[271] AHARONI, Yair. The Performance of State-Owned Enterprises. In: TONINELLI, Pier Angelo (Coord.). **The Rise and Fall of State-Owned Enterprise in the Western World**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 49-72. p. 49.

[272] PINHEIRO, Armando. **A experiência brasileira de privatização**: o que vem a seguir? Rio de Janeiro: BNDES, 2000. (Texto para Discussão n. 87). p. 13-14.

[273] PINHEIRO, Armando. **A experiência brasileira de privatização**: o que vem a seguir? Rio de Janeiro: BNDES, 2000. (Texto para Discussão n. 87). p. 15.

[274] VELASCO JUNIOR, Licínio. **A economia política das políticas públicas**: fatores que favoreceram as privatizações no período de 1985/1994. Rio de Janeiro: BNDES, 1997. (Texto para Discussão n. 54). p. 5.

[275] PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal**: função econômica e dilemas societários. São Paulo: Atlas, 2010. p. 50.

competitivos nos quais havia um consenso de que a presença do Estado não era mais necessária[276], tais como siderúrgicas, petroquímicas e empresas de fertilizantes[277].

Foi no governo de Fernando Henrique Cardoso, em 1995, que passaram a ser realizadas as privatizações de empresas sujeitas a monopólios, notadamente em serviços públicos e de infraestrutura. O aumento das privatizações deu-se, principalmente, em virtude da estabilidade econômica promovida com o Plano Real e a perspectiva de crescimento do mercado brasileiro, o que culminou com um maior fluxo de investimento estrangeiro no país[278]. Ademais, nesse período já havia um certo consenso da sociedade brasileira sobre a necessidade de se alterar o padrão de desenvolvimento centrado no Estado para um padrão centrado no mercado, exercendo o Estado um papel regulatório[279].

Foi nesse período também que se iniciou a privatização de empresas estaduais, com o incentivo do BNDES[280]. As privatizações estaduais não só tinham como objetivo a diminuição do Estado empresário, permitindo um maior foco em áreas prioritárias, como saúde, educação e segurança pública, mas, principalmente, amortizar a dívida desses entes com a União, contraída notadamente por meio da então Caixa Econômica do Estado de São Paulo e do Banco do Estado de São Paulo (Banespa). No estado de São Paulo, a Lei nº 9.361, de 5 de julho de 1996, instituiu o Programa Estadual de Desestatização (PED). Por meio do PED, o estado negociou o pagamento de sua dívida, sendo que o montante inicial foi pago com a venda de empresas estatais ou a transformação de empresas públicas em sociedades de economia mista com consequente abertura de seu capital na bolsa de valores, caso da Sabesp e da Empresa Metropolitana de Águas e Energia S.A. (Emae), por exemplo[281].

A partir de 1999, passou-se a verificar um decréscimo nas privatizações brasileiras. Segundo Pinheiro, as privatizações estiveram diretamente relacionadas às necessidades do programa de estabilização de preços, principalmente entre 1996 e 1998. Com o ajuste fiscal promovido e com a desvalorização cambial, houve um alívio no ônus da política monetária, estimulando uma mudança de prioridades, como o fortalecimento do mercado de capitais,

---

[276] PINHEIRO, Armando. **A experiência brasileira de privatização**: o que vem a seguir? Rio de Janeiro: BNDES, 2000. (Texto para Discussão n. 87). p. 20.

[277] PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal**: função econômica e dilemas societários. São Paulo: Atlas, 2010. p. 51.

[278] PINHEIRO, Armando. **A experiência brasileira de privatização**: o que vem a seguir? Rio de Janeiro: BNDES, 2000. (Texto para Discussão n. 87). p. 21.

[279] VELASCO JUNIOR, Licínio. **A economia política das políticas públicas**: as privatizações e a reforma do Estado. Rio de Janeiro: BNDES, 1997. (Texto para Discussão n. 55). p. 25.

[280] PINHEIRO, Armando. **A experiência brasileira de privatização**: o que vem a seguir? Rio de Janeiro: BNDES, 2000. (Texto para Discussão n. 87). p. 15.

[281] PINTO JUNIOR, Mario Engler. O Programa Estadual de Desestatização do Estado de São Paulo. **Cadernos Fundap**, n. 22, p. 69-73, 2001. p. 69-70.

por meio de ofertas públicas, como a realizada pela Petrobrás em 2000[282]. Soma-se a isso uma mudança na ideologia de livre mercado, ocorrida principalmente após a crise mundial de 2008, quando foi necessária a intervenção do Estado na economia de diversos países, mediante a nacionalização de instituições financeiras, bem como a realização de aportes em empresas privadas. Outrossim, diversas empresas estatais remanescentes se transformaram e passaram a competir no mercado privado nacional e estrangeiro[283].

Não obstante a diminuição do Estado empresário, diversas empresas permaneceram sob controle estatal nas mais diferentes áreas de atuação. No Brasil, atualmente, 154 empresas estatais são controladas pela União[284] e 20 pelo estado de São Paulo[285], sem contar os demais estados e municípios.

Com esse contexto fático, passa-se a uma breve análise do regime jurídico da empresa estatal.

3.3 EMPRESA ESTATAL: REGIME JURÍDICO

As empresas estatais são caracterizadas como entidades civis ou comerciais, entes da administração indireta e com personalidade jurídica de direito privado de que o Estado tenha controle acionário, direta ou indiretamente, as quais abrangem a empresa pública e a sociedade de economia mista e suas subsidiárias, além de outras empresas que não tenham essa natureza mas sejam controladas pelo Estado[286].

Conceituam-se, portanto, empresas estatais como "empresas que são, direta ou indiretamente, controladas pelo Estado e executam alguma atividade que o Direito haja atribuído ao Poder Público, com personalidade jurídica de direito privado"[287]. Grau leciona que empresa estatal é uma noção ampla, que engloba não apenas empresas públicas ou

---

[282] PINHEIRO, Armando. **A experiência brasileira de privatização**: o que vem a seguir? Rio de Janeiro: BNDES, 2000. (Texto para Discussão n. 87). p. 21-22.

[283] PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal**: função econômica e dilemas societários. São Paulo: Atlas, 2010. p. 54.

[284] MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO. **Boletim das Empresas Estatais**. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/empresas-estatais/publicacoes/boletim-das-empresas-estatais>. Acesso em: 21 dez. 2017.

[285] SÃO PAULO (estado). **Empresas**. Disponível em: <http://www.saopaulo.sp.gov.br/orgaos-e-entidades/empresas/>. Acesso em: 21 dez. 2017.

[286] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Forense, 2017. p. 553.

[287] SCHIRATO, Vitor Rhein. **As empresas estatais no direito administrativo econômico atual.** São Paulo: Saraiva, 2016. p.46.

sociedades de economia mista, mas também as demais empresas que, embora controladas pelo Estado, não se confundem com aquelas[288].

Conforme visto anteriormente, foi com o DL nº 200/1967 que apareceram as primeiras diretrizes para a organização da administração pública federal, mediante a criação de entidades da administração pública, e a divisão entre entes da administração direta e indireta[289]. O artigo 37, inciso XIX, da CF[290] manteve as principais diretrizes do Decreto-Lei nº 200/1967, preservando as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações públicas como entes da administração indireta[291].

Atualmente, a Lei nº 13.303/2016 é o estatuto jurídico das empresas estatais[292]. A lei veio regulamentar o artigo 173, § 3º, da CF, alterado pela EC nº 19/1998[293]. Apesar da previsão constitucional para a sua regulamentação, determinados dispositivos da lei não se aplicam à empresa pública e à sociedade de economia mista que tenham, em conjunto com suas respectivas subsidiárias, no exercício social anterior, receita operacional bruta inferior a 90 milhões de reais. Segundo Di Pietro, o objetivo de tal previsão, provavelmente, foi excluir determinados requisitos impostos pela Lei nº 13.303/2016 a empresas estatais de pequeno porte criadas em âmbito estadual e municipal[294].

A Lei nº 13.303/2016 traz os conceitos de empresa pública e sociedade de economia mista. O artigo 3º dispõe que a "Empresa pública é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei e com patrimônio próprio, cujo capital social é integralmente detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios". E o artigo 4º dispõe que a

---

288 GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 108.

289 Artigo 4º do Decreto-Lei nº 200/1967.

290 Artigo 37 da Constituição Federal: "A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: […] XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação".

291 SCHIRATO, Vitor Rhein. **As empresas estatais no direito administrativo econômico atual.** São Paulo: Saraiva, 2016. p. 40-44. O autor, contudo, explica que o DL nº 200/1967 previa a criação de uma administração direta centralizada, na qual os entes da administração indireta seriam responsáveis pelas atividades executórias. No atual momento da administração pública, o autor critica tais diretrizes, uma vez que há entes da administração indireta com poder decisório independente da administração centralizada.

292 No Estado de São Paulo, o Decreto nº 62.349/2016 passou a regulamentar a aplicação da Lei nº 13.303/2016 em âmbito estadual.

293 É interessante notar que a Lei nº 13.303/2016 regulamenta o disposto no artigo 173, § 1º, da CF mas menciona, expressamente, que se refere também a empresas estatais prestadoras de serviço público, as quais, em tese, estariam sujeitas ao artigo 175 da CF. Tal disposição reitera a dificuldade em se estabelecer uma dicotomia serviço público *versus* atividade econômica.

294 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Forense, 2017. p. 558.

> Sociedade de economia mista é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da administração indireta.

Segundo Di Pietro, a lei abrange: (i) empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que exercem atividade econômica em sentido estrito; (ii) empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que prestam serviço público; (iii) empresas públicas dependentes, conforme definição presente na Lei Complementar nº 101/2000; (iv) empresas públicas e sociedades de economia mista que participam de consórcio, nos termos do artigo 279 da Lei nº 6.404/1976; (v) sociedades de propósito específico controladas por sociedade de economia mista ou empresa pública. A sociedade empresarial, em que empresas estatais ou suas subsidiárias detêm participação societária, não são consideradas empresas estatais, apesar de a Lei nº 13.303/2016 impor determinados deveres de governança[295].

Apesar de a Lei nº 13.303/2016 ter sido objeto de críticas por não solver questões relevantes[296], ela promoveu algumas importantes alterações. Frise-se, inicialmente, que o DL nº 200/1967 restringia o objetivo das empresas estatais à exploração de atividade econômica, o que certamente não demonstrava a realidade, uma vez que tais empresas exercem as mais diferentes atividades, conforme anteriormente demonstrado[297]. O artigo 1º da Lei nº 13.303/2016 trouxe uma redação mais ampla, para abranger

> toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos.[298]

Outrossim, os artigos 3º e 4º passaram a prever a "autorização por lei" para constituição de tais empresas. O DL nº 200/1967 determinava a "criação por lei", sendo que

---

[295] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Forense, 2017. p. 557.

[296] Cita-se como exemplo a ausência de um regime específico de contratação pública, bem como a definição legal do conceito de empresa subsidiária.

[297] Artigo 5º do DL.

[298] SCHIRATO, Vitor Rhein. Novas anotações sobre as empresas estatais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 239, p. 209-240, jan./mar. 2005. p. 211. A nosso ver, referido dispositivo deveria incluir, além da previsão de prestação de serviço público, também a realização de funções públicas. Tais funções — o exercício do poder de polícia, por exemplo —, conforme visto, não compreendem atividades econômicas em sentido amplo e, portanto, em tese, não poderiam ser consideradas serviços públicos. Nesse sentido, vide SCHIRATO, Vitor Rhein. Novas anotações sobre as empresas estatais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 239, p. 209-240, jan./mar. 2005. p. 221.

a doutrina duramente criticava essa previsão, uma vez que autarquias eram criadas por lei mas a empresa estatal dependia de autorização em lei, sendo que sua constituição seria realizada nos termos da legislação civil e comercial. A autorização, inclusive, era prevista na Lei nº 6.404/1976, que também regulamenta a sociedade de economia mista[299]. Ademais, a EC nº 19/1998, também já havia alterado o artigo 37, inciso XIX, da CF para prever apenas a autorização legislativa.

Com relação à forma de tais empresas, a sociedade de economia mista deve ser constituída como sociedade anônima, conforme disposto no artigo 235 da Lei da Sociedade por Ações. A Lei nº 13.303/2016, todavia, excluiu a previsão expressa de que a empresa pública poderia ser constituída sob qualquer forma admitida no direito. Esse dispositivo era interpretado no sentido de que a empresa pública federal poderia ser criada nas formas previstas pela legislação civil ou comercial, ou em forma inédita, nos termos da lei autorizadora. Di Pietro entende que as empresas públicas federais permanecem com a liberdade de constituição prevista no artigo 5º, inciso II, do DL nº 200/1967. Os estados e os municípios, todavia, por não serem regidos pelo DL nº 200/1967, devem utilizar uma das formas previstas na legislação comercial[300].

Nota-se que, a despeito de a empresa pública e a sociedade de economia mista terem alguns traços distintivos, não há grandes diferenças com relação ao objetivo de atuação dos dois tipos societários. Tanto a sociedade de economia mista como a empresa pública atuam nas mais diferentes atividades. A constituição de uma empresa pública ou de uma sociedade de economia mista depende muito mais de sua composição acionária do que da atividade em si. Nos estados e nos municípios, por exemplo, dada a impossibilidade de criação de formas societárias inéditas, a forma será a sociedade anônima, que faz com que tais sociedades acabem sendo consideradas sociedades de economia mista, em virtude da vedação da legislação societária à sociedade unipessoal[301]. Em âmbito federal, todavia, dada a liberdade de forma, verifica-se a presença de tais sociedades unipessoais — a CEF, por exemplo[302].

Digno de nota é o disposto no artigo 8º, inciso I, da Lei nº 13.303/2016, que dispõe que a empresa estatal deverá elaborar carta anual, subscrita pelos membros do Conselho de Administração, com a explicitação dos compromissos de consecução de objetivos de

---

[299] GRAU, Eros Roberto. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 90.

[300] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Forense, 2017. p. 567.

[301] SCHIRATO, Vitor Rhein. **As empresas estatais no direito administrativo econômico atual.** São Paulo: Saraiva, 2016. p. 212.

[302] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Forense, 2017. p. 568.

políticas públicas em atendimento ao interesse coletivo ou ao imperativo de segurança nacional que justificou a autorização para sua respectiva criação[303].

Ocorre que a Lei nº 13.303/2016, dirimindo a antiga crítica que havia ao DL nº 200/67, passou a prever não só o exercício de atividade econômica, nos termos do artigo 173 da CF, mas também a possibilidade de prestação de serviço público por tais empresas, nos termos do artigo 175 da CF. E a prestação de serviço público não impõe como requisito justificador o interesse coletivo ou segurança nacional, o que demonstra a dificuldade em definir parâmetros estanques e segregados na atuação da empresa estatal na ordem econômica, notadamente com relação à dicotomia exercício de atividade econômica *versus* prestação de serviços públicos.

Passa-se a debruçar sobre essa dicotomia no próximo item, onde será feita a análise da atuação das empresas estatais na ordem econômica mediante a prestação de serviços públicos e exercício de atividade econômica.

3.4 ATUAÇÃO DAS EMPRESAS ESTATAIS NA ORDEM ECONÔMICA

Grau, ao citar Vital Moreira, leciona que há distintas conotações para o conceito de ordem econômica. Em um primeiro sentido, ordem econômica seria o "modo de ser empírico de uma determinada economia concreta". Em um segundo sentido, ordem econômica seria o conjunto de todas as normas, qualquer que seja a sua natureza (jurídica, religiosa, moral, etc.), que digam respeito à regulação do comportamento dos sujeitos econômicos. Em um terceiro sentido, ordem econômica significaria ordem jurídica da economia[304]. Sob o aspecto jurídico, complementa o autor que ordem econômica é, portanto, o conjunto de normas que define, institucionalmente, um determinado modo de produção econômica[305].

A Constituição de 1988 possui diversas disposições sobre a ordem econômica, que não se limitam ao título VII, "Da ordem econômica e financeira", tais como os artigos 1º, 3º,

---

[303] Artigo 8º da Lei nº 13.303/16: "As empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão observar, no mínimo, os seguintes requisitos de transparência: I - elaboração de carta anual, subscrita pelos membros do Conselho de Administração, com a explicitação dos compromissos de consecução de objetivos de políticas públicas pela empresa pública, pela sociedade de economia mista e por suas subsidiárias, em atendimento ao interesse coletivo ou ao imperativo de segurança nacional que justificou a autorização para suas respectivas criações, com definição clara dos recursos a serem empregados para esse fim, bem como dos impactos econômico-financeiros da consecução desses objetivos, mensuráveis por meio de indicadores objetivos. […]".

[304] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 65.

[305] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 70.

8º e 9º da CF. Ademais, normas infraconstitucionais também tratam da ordem econômica, tais como a Lei nº 12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e a repressão de infrações contra a ordem econômica. Para o presente trabalho, cumpre analisar o entendimento da doutrina no que diz respeito às formas de atuação do Estado em relação ao processo econômico, ou, como desenvolvido mais detalhadamente a seguir, na exploração da atividade econômica em sentido amplo[306].

O artigo 173 da CF dispõe que, ressalvados os casos previstos na 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. Nota-se, portanto, que a exploração direta de atividade econômica será permitida, apenas, nas seguintes hipóteses: (i) quando necessária aos imperativos da segurança nacional; (ii) em virtude de relevante interesse coletivo[307]; e (iii) nas hipóteses "ressalvadas pela Constituição", como aquelas do artigo 177 da CF, que tratam do monopólio da União[308]. Tais empresas estarão sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e às obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários (artigo 173, § 1º, inciso II), e não poderão gozar de privilégios fiscais não extensíveis ao setor privado (artigo 173, § 2º). Outrossim, o artigo 175 da CF dispõe que incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre por meio de licitação, a prestação de serviços públicos.

É pelo cotejo de tais artigos que a doutrina entende que a atividade econômica é gênero, do qual são espécies a atividade econômica em sentido estrito (regida pelo artigo

---

[306] O artigo 174 da CF não será analisado, uma vez que, apesar de sua relevância, se refere à atividade regulatória e fiscalizadora do Estado, o que não é objeto precípuo deste trabalho.

[307] Para Eros Grau, sob a égide da Constituição Federal de 1988, segurança nacional implica a "defesa nacional". Com relação a interesse coletivo, ressalta Eros que se trata de matéria de direito econômico, portanto de competência da União e dos estados (art. 24, inciso I, da CF). A lei (federal ou estadual), portanto, definirá o que é interesse coletivo. Vide GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 279-280.

[308] Art. 177 da Constituição Federal: "Constituem monopólio da União: I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal".

173 da CF) e o serviço público (regido pelo artigo 175 da CF)[309]. Tal entendimento tem grande relevância, uma vez que delimita a atuação do Estado na ordem econômica, mediante o exercício de suas funções essenciais (prestação do serviço público), bem como em sua atuação subsidiária (exercício de atividade econômica em sentido estrito).

A divisão de atividade econômica (gênero) em atividade econômica em sentido estrito e prestação de serviço público é anterior à CF de 1988 e decorre da interpretação do artigo 170 da EC nº 01/1969 e do artigo 5º do DL nº 200/1967. O artigo 170 dispunha que, na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista seriam regidas pelas normas aplicáveis às empresas privadas. Já o artigo 5º, incisos I e II, do DL nº 200/1967 — alterado pelo DL nº 900/1969 —, que conceituava empresa pública e sociedade de economia mista, dispunha que tais empresas são criadas por lei "para exploração de atividade econômica"[310]. Assim, uma primeira leitura de tais artigos levaria à conclusão de que não seria possível a constituição de empresas estatais para a prestação de serviços públicos.

Grau, entretanto, ressaltou que serviço público também seria atividade econômica, pois envolve a utilização de bens e serviços mediante o emprego de recursos escassos. Portanto, o DL nº 200/1967 estaria se referindo à atividade econômica em sentido amplo, da qual o serviço público é espécie. Já o artigo 170 da EC nº 01/1969 estaria se referindo à atividade econômica em sentido estrito (ou "iniciativa econômica", como o autor denominava à época), que seria exercida pelo setor privado — preferencialmente — e pelo poder público — em caráter suplementar (artigo 170, § 1º) ou em regime de monopólio (artigo 170, § 2º)[311]. Qualquer interpretação em sentido contrário seria incompatível com a indiscutível realidade, uma vez que empresas estatais já prestavam serviço público[312].

Assim, conceituou o autor atividade econômica (em sentido amplo) como aquela que envolve a utilização de recursos escassos, exigindo opções entre fins alternativos, tendo

---

[309] Vide GRAU, Eros Roberto. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 109-114.

[310] O artigo 5º do Decreto-Lei nº 200/1967, posteriormente alterado pelo Decreto-Lei nº 900/1969, conceituou a empresa pública como "entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito", e a sociedade de economia mista como "entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta".

[311] GRAU, Eros Roberto. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 110.

[312] GRAU, Eros Roberto. **Elementos do direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 88-89.

como finalidade a satisfação de necessidades. Serviço público, por sua vez, seria espécie de atividade econômica que, mediante utilização de bens e serviços (recursos escassos), estaria voltada à satisfação de necessidades públicas. Por fim, haveria uma outra espécie de atividade econômica (atividade econômica em sentido estrito), que seria preferencialmente atribuída ao setor privado e exercida pelo poder público subsidiariamente[313].

Grau leciona que a exploração de atividade econômica em sentido estrito e a prestação de serviço público estão sujeitas a regime jurídicos distintos, conforme dispõem os artigos 173 e 175 da CF, respectivamente. Assim, a exploração de atividade econômica seria realizada em regime de direito privado, enquanto a prestação de serviço público estaria sujeita ao regime de direito público[314]. O autor ressalta, no entanto, que, no que toca às empresas estatais que exercem atividade econômica em sentido estrito ou prestam serviço público, há diversos "níveis ou modelos de regimes jurídicos", a depender de traços estruturais ou funcionais internos ou externos de cada atividade[315].

Outrossim, relata o autor a dificuldade em estabelecer um conceito de serviço público, de sorte que se deve buscar uma "noção de serviço público", que seria "atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como indispensável, em determinado momento histórico, à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social […]". Cita-se como exemplo o serviço de abatedouro, que na década de 1930 era considerado serviço público, exercido exclusivamente pela administração municipal. À época, entendia-se que a atividade de abate de gado estava intimamente ligada à adequação sanitária. Ademais, considerava-se relevante realizar o controle de preços da carne comercializada[316]. Atualmente, é impensável considerar esse tipo de atividade como serviço público, o que demonstra que a caracterização da atividade como serviço público ou não está sujeita a diferentes concepções, momentos históricos e sociais.

Por esse motivo, Grau critica parte da doutrina de direito administrativo que conceitua serviço público como qualquer atividade que esteja sujeita ao regime de direito público. Segundo o autor, deve-se analisar as características inerentes da atividade. Caso contrário, ressalta, bastaria o legislador submeter uma atividade ao regime de direito público para alegar que se trata de serviço público, afastando, portanto, os requisitos do artigo 173

---

[313] GRAU, Eros Roberto. **Elementos do direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 89.
[314] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 107.
[315] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 115.
[316] SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 83.

da CF[317]. Para o autor, a diferenciação entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito estaria no fato de que, no primeiro, deve-se observar o princípio da continuidade, de forma que o serviço deve ser prestado de forma continua, e não seria permitido negar a sua prestação a determinado usuário, enquanto na atividade econômica em sentido estrito a recursa no fornecimento implicaria outras consequências, como a violação a determinados preceitos que o obrigam a contratar[318].

Ainda assim, reitera Grau a dificuldade em definir serviço público, bem como atividade econômica em sentido estrito (ou iniciativa econômica). Tais parâmetros, segundo o autor, "variam ao sabor de concepções políticas predominantes em determinado momento, conforme a atuação das forças sociais". Ademais, ressalta que "dá-se uma profunda interpenetração entre os campos de uma e outra atividade: a empresa privada atua largamente como concessionária ou permissionária de serviços públicos; o Estado desenvolve efetiva atuação como agente de iniciativa econômica"[319].

3.5 A INSUFICIÊNCIA DA DICOTOMIA EXERCÍCIO DA ATIVIDADE ECONÔMICA *VERSUS* PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Conforme visto, a conceituação da atividade econômica em sentido amplo (gênero), das quais são espécies o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito, tem extrema relevância no estudo da atuação de empresas estatais na ordem econômica, bem como permitiu a conformação do disposto na EC nº 01/1969 e no DL nº 200/1967, de forma a reiterar a possibilidade de prestação de serviços públicos por meio de empresas estatais. Todavia, já anteriormente à CF de 1988, Grau ressaltava a ambiguidade do termo "atividade econômica" e a dificuldade em conceituar serviço público. Ademais, salientava que havia uma interpenetração entre os campos — seja da atividade da empresa privada na prestação de serviços públicos, seja da atividade prestada pelo Estado na iniciativa econômica —, o que demonstra a dificuldade da questão.

---

[317] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 132.

[318] Eros Grau prevê três hipóteses: (i) empresa estatal que presta serviço público e não pode se recursar a contratar em virtude do princípio da continuidade; (ii) empresa estatal que explora atividade econômica em sentido estrito em regime de competição e não pode deixar de contratar porque a contratação seria definida no ordenamento jurídico como cogente; (iii) empresa estatal que explora atividade econômica em sentido estrito em regime de monopólio porque a recursa implicaria concorrência desleal. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 137.

[319] GRAU, Eros Roberto. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 112-113.

Não obstante as dificuldades mencionadas, a dicotomia serviço público *versus* atividade econômica foi aceita por grande parte da doutrina, notadamente a doutrina do direito administrativo. Conforme ressalta Justen Filho, essa dicotomia promoveu "uma orientação simples e rápida a propósito do enquadramento e do regime jurídico aplicável às entidades da administração indireta"[320]. Assim, primordialmente, a atividade econômica em sentido estrito seria realizada por particulares e, somente subsidiariamente, pelo Estado nas hipóteses mencionadas, sendo submetida ao regime jurídico privado. Já a prestação do serviço público seria atribuída ao Estado, por meio de um regime de direito público[321]. Conforme leciona Schirato, a doutrina de direito administrativo promoveu uma concepção dualista que aparta a análise entre empresas estatais que se aproximam do Estado e aquelas que seriam equiparáveis à iniciativa privada[322].

Ocorre que há diversos casos em que não é possível fazer essa análise de forma estanque. Conforme discutido adiante, há uma série de fatores que impedem que se classifiquem exclusivamente nessas duas categorias — prestadoras de serviço público ou atuantes no exercício de atividade econômica em sentido estrito — as atividades exercidas por empresas estatais.

3.5.1 O exercício de atividades típicas da administração direta

Além da prestação de serviço público e do exercício de atividade econômica em sentido estrito, no Brasil a doutrina de direito administrativo entende que há um grande número de empresas estatais que exerce funções típicas da administração direta que não se enquadrariam como atividade econômica em sentido amplo, nas subespécies serviço público ou atividade econômica em sentido estrito. Schirato elenca dois grandes grupos de atividades com tais características: (i) as atividades coercitivas da administração pública (ou seja, o exercício do poder de polícia), consistentes na manutenção da ordem pública, da segurança e da salubridade pública; e (ii) as atividades tipicamente burocráticas, ou de pesquisa,

---

[320] Ressalta-se, no entanto, a opinião de Schirato, que entende que foi dada uma interpretação ampla ao artigo 175, uma vez que tal dispositivo não impõe o regime de direito público. Para o autor, o regime jurídico de um serviço público deverá constar na lei específica que o cria, e não na Constituição Federal. Vide SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 91.

[321] JUSTEN FILHO, Marçal. Empresas estatais e a superação da dicotomia prestação de serviço público/exploração da atividade econômica. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (Coord.). **Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 403-423. p. 403-409.

[322] SCHIRATO, Vitor Rhein. **As empresas estatais no direito administrativo econômico atual.** São Paulo: Saraiva, 2016. p. 57.

fomento, desenvolvimento, estudos, entre outras[323]. Tais empresas, em regra (mas não necessariamente), são dependentes do ente federativo controlador do ponto de vista financeiro-orçamentário, nos termos do artigo 2º, inciso III, da Lei Complementar nº 101/2000[324].

Nota-se, portanto, que, a despeito da importância e da utilidade da conceituação das atividades econômicas em serviço público e atividade econômica em sentido estrito, ela não abrange todas as atividades exercidas pelo ente público.

A utilização de empresas estatais para a realização de atividades típicas da administração é controversa desde o advento do DL nº 200/1967, uma vez que grande parte da doutrina entende que tais atividades deveriam ser realizadas exclusivamente por meio da administração direta ou por meio de autarquias e fundações[325]. A utilização de tais empresas pode ser explicada sob um entendimento inicial de que as empresas estatais, por estarem sujeitas ao regime de direito privado, não estariam submetidas a determinados requisitos impostos à administração pública, tais como a realização de concurso público e a contratação por licitação[326], o que posteriormente não se verificou na prática, notadamente após o advento da CF de 1988[327].

Assim, na mesma época em que foi constituída a Sabesp, uma sociedade de economia mista com capital aberto listada em bolsa de valores[328], foi também constituída a Cetesb, também uma sociedade de economia mista, mas cujo capital é predominantemente detido

---

[323] Schirato explica que tais atividades, segundo a doutrina, seriam consideradas serviços públicos, mas não no âmbito do artigo 175 da CF, uma vez que não possuem caráter econômico. Dessa forma, os primeiros seriam, portanto, serviços públicos com função pública, enquanto que os últimos seriam serviços públicos com atividades econômicas, segundo a definição de Floriano de Azevedo Marques. Vide SCHIRATO, Vitor Rhein. **As empresas estatais no direito administrativo econômico atual.** São Paulo: Saraiva, 2016. p. 61-63.

[324] Artigo 2º da Lei Complementar nº 101/2000: "Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como: […] III - empresa estatal dependente: empresa controlada que receba do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, excluídos, no último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária".

[325] SCHIRATO, Vitor Rhein. **As empresas estatais no direito administrativo econômico atual.** São Paulo: Saraiva, 2016. p. 91.

[326] Consubstancia esse entendimento a verificação de que empresas estatais que exercem essa função (por exemplo, o poder de polícia) foram criadas nos anos 1970. Cita-se, por exemplo, a Cetesb e a CET. A imunidade da Cetesb foi reconhecida em decisão monocrática recente do STF, sob o argumento de que exerce atividade exclusiva e de poder de polícia. Vide ACO nº 2304/SP, ministro relator Luís Roberto Barroso, data da decisão monocrática 30/11/2017.

[327] Com a CF de 1988, passou a haver pouca diferença entre o regime de cargo público e o emprego público, uma vez que ambos dependem de concurso público, conforme disposição expressa do artigo 37, inciso II, da Constituição Federal. Com relação à contratação pública, após a Constituição de 1988 passou a haver previsão expressa para a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do artigo 37, *caput* e inciso XXI.

[328] COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Estatuto Social**. Disponível em: <http://www.sabesp.com.br/sabesp/filesmng.nsf/2E2CE66D83F409BE832574CD006A6A20/$File/estatuto_social.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2017.

pelo Estado de São Paulo (99.998%) e cujo estatuto social prevê o exercício de típica atividade de poder de polícia[329]. Outro exemplo de empresa estatal prestadora de atividade típica de poder de polícia seria a CET, uma sociedade de economia mista cujo principal acionista é a prefeitura de São Paulo e que tem como objetivo, dentre outros, "planejar e implantar, nas vias e logradouros do município, a operação do sistema viário, com o fim de assegurar maior segurança e fluidez do trânsito e do tráfego"[330].

Portanto, a realidade fática demonstra que diversas empresas estatais exercem atividade que possui típica natureza administrativa, burocrática ou de poder de polícia e que, em tese, não estariam abarcadas na definição de serviço público, tampouco na definição de atividade econômica em sentido estrito.

3.5.2 A dificuldade de distinguir serviço público de atividade econômica em sentido estrito

Além da presença de empresas estatais que exercem atividades típicas da administração direta e que, portanto, não estariam abrangidas na noção de serviço público, tampouco de atividade econômica em sentido estrito, o cenário atual brasileiro, notadamente após as privatizações, impede que, em muitos casos, se estabeleça se uma determinada empresa estatal atua como prestadora de serviço público ou como ente que exerce atividade econômica.

Conforme visto no início do capítulo, desde o início do século XX, no Brasil, a prestação do serviço público passou a ser exercida primordialmente pelo Estado, sob a forma de monopólio. Ademais, a atuação estatal em atividades econômicas (em sentido estrito) dava-se em áreas específicas, nas quais o setor privado não tinha interesse, uma vez que se tratava de projetos de longo prazo com altíssimos custos e retorno incerto ou baixa rentabilidade. Tais atividades eram facilmente identificadas como atividades econômicas típicas da iniciativa privada, uma vez que buscavam o desenvolvimento de tecnologia (Cobra), da aeronáutica (Embraer) ou o incremento do mercado financeiro e capitais (CEF), por exemplo.

---

[329] COMPANHIA AMBIENTAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Estatuto Social**. Disponível em: <http://cetesb.sp.gov.br/home/wp-content/uploads/sites/11/2014/11/Estatuto-Social-24-abr-14.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2017.

[330] COMPANHIA DE ENGENHARIA DE TRÁFEGO. **Estatuto Social**. Disponível em: <http://cetsp1.cetsp.com.br/pdfs/estatuto/estatutoCETSP.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2017.

A partir dos anos 1980, as privatizações alteraram esse cenário, de forma que o ente privado passou a atuar em áreas em que, anteriormente, somente havia a participação estatal. Assim, conforme visto, a partir dos anos 1990, a prestação do serviço público, que antes era realizada exclusivamente pelo ente público, passou a ser realizada por empresas privadas, ou empresas cujo controle acionário permaneceu público mas com a participação do ente privado, inclusive mediante a abertura de capital em bolsa de valores (a Sabesp, por exemplo).

Tais mudanças geraram uma revisão da noção de serviço público, que não mais corresponde à noção apresentada pela doutrina tradicional. O serviço público era tido como monopólio do Estado, prestado por ele ou por terceiros, por meio de concessão ou permissão, de acordo com critérios de conveniência e oportunidade. Ademais, era visto não apenas como uma atividade pertencente ao Estado, mas como sujeita a um regime jurídico distinto, com prerrogativas e benefícios fundamentados nos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, diferenciando-o, portanto, completamente em relação ao regime de direito privado[331]. Conforme Schirato, atualmente os serviços públicos perderam diversos elementos que os segregavam das demais atividades econômicas (exclusividade, privilégios, etc.), de forma que a linha entre a prestação do serviço público e a atividade econômica em sentido estrito ficou cada vez mais tênue[332].

Assim, no atual cenário, em que os serviços públicos são prestados não só pelo ente público, mas também por empresas privadas, coloca-se em xeque a existência de um regime próprio de direito público, com prerrogativas e privilégios, uma vez que tais empresas atuam em concorrência com empresas privadas[333]. Em tais hipóteses, portanto, as empresas prestadoras de serviço público também devem atender ao princípio da livre concorrência, de forma que a exclusividade deve ser exceção expressamente prevista em lei de forma justificada[334].

Portanto, defende Schirato que não será toda empresa estatal prestadora de serviço público que estará sujeita ao regime de direito público. Tal prerrogativa dependerá do caráter intrínseco da atividade, e não da entidade em si. A diferenciação de regime jurídico para

---

[331] SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 47.

[332] SCHIRATO, Vitor Rhein. **As empresas estatais no direito administrativo econômico atual.** São Paulo: Saraiva, 2016. p. 82.

[333] Não se deve olvidar o disposto no artigo 31 da Lei nº 12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica: "Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal".

[334] SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 152.

empresas estatais prestadoras de serviço público que atuam em regime de concorrência criaria favorecimentos juridicamente inaceitáveis, ao passo que, por outro lado, aumentaria os custos de contratação das empresas estatais[335].

Por outro lado, em virtude do regime de concorrência, as empresas estatais foram obrigadas a adotar concepções gerenciais mais modernas, com vistas a obter mais lucratividade e eficiência. Assim, alteraram seu foco de atuação de forma a obter novos negócios, incluindo em seu objetivo, além da prestação do serviço público, também atividades eminentemente econômicas. Tal expansão foi vista como uma maneira de gerar "economia de escopo", de forma a promover tarifas módicas em serviços essenciais sem, contudo, prejudicar a lucratividade[336]. A própria ECT, que é analisada com mais detalhes no capítulo 4, demonstra essa mudança de atuação. Inicialmente, a empresa realizava apenas o serviço postal, que é de competência da União, nos termos da Lei nº 6.538/1978, todavia aos poucos foi incorporando outros serviços, como o Banco Postal e serviços de encomenda expressa, dentre outros, que têm cunho eminentemente econômico, como forma de financiar atividades deficitárias (subsídio cruzado). Tal gama de atividades torna extremamente complexo, senão impossível, discernir se a ECT presta serviço público ou exerce atividade econômica em sentido estrito.

Além da ECT, cita-se a Emae, que é uma sociedade de economia mista listada na Bolsa de Valores de São Paulo. Atualmente, os principais acionistas são o estado de São Paulo e a Eletrobrás, mas uma parcela de suas ações (aproximadamente 20% do capital social) está nas mãos de acionistas privados[337]. Nesse contexto, a Emae certamente seria considerada uma empresa que exerce típica atividade econômica em sentido estrito. Ocorre que, não obstante a geração de energia elétrica, a Emae exerce outras atividades que são decorrência do seu passado como empresa estrangeira — a The São Paulo Railway, Light &

---

[335] SCHIRATO, Vitor Rhein. **As empresas estatais no direito administrativo econômico atual.** São Paulo: Saraiva, 2016. p. 108-109. Em outro artigo, detalha Schirato que a incidência de um regime de direito público acarreta menor liberdade às empresas estatais, uma vez que haveria aproximação com as normas que comandam a administração pública — o dever de licitar, por exemplo. Todavia, por outro lado, tais empresas possuem uma série de prerrogativas em relação aos entes privados, em virtude da supremacia do interesse público. Já a aproximação com o direito privado daria a tais empresas maior liberdade de atuação; todavia, não poderiam ter privilégios, já que atuariam em regime de concorrência. SCHIRATO, Vitor Rhein. Novas anotações sobre as empresas estatais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 239, p. 209-240, jan./mar. 2005. p. 229.

[336] JUSTEN FILHO, Marçal. Empresas estatais e a superação da dicotomia prestação de serviço público/exploração da atividade econômica. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (Coord.). **Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 403-423. p. 413-414. O argumento do subsídio cruzado é analisado no capítulo 4.

[337] EMPRESA METROPOLITANA DE ÁGUAS E ENERGIA S.A. **Composição acionária**. Disponível em: <http://www.emae.com.br/ri/conteudo.asp?id=ccs>. Acesso em: 21 dez. 2017.

Power Co. Ltd. (Light), fundada em 1899 — e, posteriormente, como empresa estatizada. A Light foi responsável pela construção da represa Guarapiranga, a qual atualmente abastece o estado de São Paulo por meio da Sabesp. Não obstante, até hoje a Emae realiza, gratuitamente, o controle de cheias dessa represa[338]. Ademais, em decorrência do seu histórico como empresa estatizada, a Emae também fornece um sistema de balsas gratuito aos moradores da represa, o que certamente não pode ser considerado atividade econômica em sentido estrito[339].

3.5.3 Conclusão preliminar

O cenário atual, portanto, demonstra que as empresas estatais possuem os mais diferentes âmbitos de atuação, que variam desde as funções típicas da administração, tais como atividades burocráticas ou de exercício de poder de polícia, até a prestação de serviço público e a atuação em atividade econômica em sentido estrito. Essa atuação não é diferenciada por tipo societário, de forma que tanto a empresa pública como a sociedade de economia mista atuam em todos esses segmentos[340]. Ademais, muitas dessas empresas possuem características híbridas, de modo que se torna difícil caracterizá-las de forma estanque como prestadoras de um serviço público ou como ente em exercício de atividade econômica.

Nota-se, portanto, que, não obstante a dicotomia prestação de serviço público *versus* prestação de atividade econômica (em sentido estrito) tenha sido relevante no estudo da atuação das empresas estatais na ordem econômica, tais termos não podem ser vistos com estanques, de forma que a empresa estatal ou prestaria serviço público, ou exerceria atividade econômica e, em consequência, estaria sujeita ao regime de direito público ou privado, respectivamente. Essa dicotomia não abrange o exercício, por empresas estatais, de atividades típicas da administração. Ademais, após diferentes mudanças ocorridas ao longo dos anos, tais como a descentralização da administração pública e as privatizações, verifica-

---

[338] A gratuidade desse serviço foi questionada pelos acionistas da Emae perante a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), uma vez que beneficiava a Sabesp. Vide COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **Processo Administrativo Sancionador CVM n.º RJ2012/1131**. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2015/20150526_PAS_RJ20121131.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2017.

[339] EMPRESA METROPOLITANA DE ÁGUAS E ENERGIA S.A. **Estatuto Social**. Disponível em: <http://www.emae.com.br/arquivos/internet/Investidores/Governanca%20Corporativa/Estatuto%20Social/ESTATUTO%20SOCIAL%20AGO%2026-04-2017.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2017.

[340] SCHIRATO, Vitor Rhein. **As empresas estatais no direito administrativo econômico atual.** São Paulo: Saraiva, 2016. p. 25-26.

se um cenário ainda mais complexo, de forma que a atuação da empresa estatal não pode ser resumida na segmentação entre prestação de serviço público e atividade econômica.

Conforme visto, as privatizações trouxeram um novo cenário, de forma que o monopólio de determinados serviços públicos foi extinto. Assim, diversas empresas tornaram-se privadas ou passaram a ser controladas pelo ente público mas com a participação do capital privado, inclusive mediante a oferta em bolsa de valores. Ademais, diversas empresas estatais remanescentes modernizaram-se e passaram a competir no mesmo mercado com empresas privadas. Outrossim, diversas empresas estatais exercem um misto de atividades com diferentes naturezas (algumas aproximam-se de serviço público e outras são consideradas atividades econômicas), o que impede que se restrinja a sua atuação a um só tipo de atividade.

É em virtude dessas questões que parte da doutrina do direito administrativo econômico entende que não se deve definir o regime jurídico da empresa estatal como de direito privado ou de direito público com base no exercício da atividade econômica em sentido estrito ou na prestação de serviço público, respectivamente. Deve-se analisar a atividade exercida (ou as atividades) para determinar se estará sujeita ou não às prerrogativas de direito público[341]. A presença do Estado deve assumir diferentes formas e critérios de acordo com a função a ser desempenhada pela administração pública[342].

Nota-se, portanto, que, atualmente, inúmeras são as críticas à dicotomia prestação de serviços públicos *versus* atividade econômica, uma vez que essa diferenciação, apesar de ter sua importância, não supre a realidade atual das empresas estatais. Não obstante, conforme visto em 2.5, a doutrina e a jurisprudência tendem a utilizar a dicotomia prestação serviço *versus* atividade econômica como fundamento para o reconhecimento da imunidade recíproca às empresas. A análise dessa dicotomia no reconhecimento da imunidade recíproca deve ser vista com as ressalvas anteriormente mencionadas.

---

[341] JUSTEN FILHO, Marçal. Empresas estatais e a superação da dicotomia prestação de serviço público/exploração da atividade econômica. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (Coord.). **Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 403-423. p. 419-420.

[342] SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 51.

4 O RECONHECIMENTO DA IMUNIDADE RECÍPROCA ÀS EMPRESAS ESTATAIS

4.1 FUNDAMENTOS ORIGINAIS DA IMUNIDADE RECÍPROCA

Conforme visto no capítulo anterior, a tese que estabeleceu a segregação da atividade econômica (gênero) em atividade econômica em sentido estrito e prestação de serviço público teve grande relevância na análise do processo econômico, possibilitando melhor definir a atuação do Estado na ordem econômica. Não obstante, há inúmeras críticas com relação a essa dicotomia, notadamente com relação à divisão, de forma estanque, em empresas prestadoras de serviço público *versus* empresas que exercem atividade econômica, uma vez que essa divisão não reflete a realidade de diversas empresas estatais atualmente.

A utilização da dicotomia serviço público *versus* atividade econômica para reconhecimento da imunidade recíproca é construção doutrinária e jurisprudencial relativamente recente. A doutrina tradicional do direito tributário, notadamente com base nas lições de Baleeiro, justifica a imunidade recíproca com base em seus fundamentos: princípio federativo e capacidade contributiva[343]. A livre concorrência, que já era mencionada por Baleeiro, também é considerada importante vetor no reconhecimento da imunidade recíproca[344]. Assim, no reconhecimento da imunidade recíproca deve-se verificar se o pagamento de um imposto por um determinado ente impede a consecução de seus fins públicos, bem como se esse ente manifesta capacidade contributiva e se poderá causar uma potencial lesão à livre concorrência.

A nosso ver, não haveria motivo para desconsiderar tais fundamentos quando da análise do reconhecimento da imunidade recíproca às empresas estatais. Portanto, na análise do reconhecimento da imunidade recíproca a uma determinada empresa seria o caso de verificar: (i) se o pagamento de imposto por essa empresa estatal fere o princípio federativo; (ii) se essa empresa estatal manifesta capacidade contributiva; (iii) se o reconhecimento da imunidade recíproca a essa empresa estatal pode significar uma afronta à livre concorrência.

O presente capítulo pretende analisar a jurisprudência do STF no tocante ao reconhecimento da imunidade recíproca às empresas estatais. Por meio dessa análise, busca-

---

[343] BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu Machado. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 397-404.

[344] BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu Machado. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 411-412. SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 478.

se demonstrar que as decisões fundamentadas com base tão somente no argumento da prestação do serviço público acabam por ser contraditórias e anti-isonômicas. Não obstante, as decisões conferidas com base nos princípios mencionados demonstram que uma análise casuística assentada no princípio federativo, na capacidade contributiva e na potencial lesão à concorrência promove um melhor exame do reconhecimento da imunidade recíproca a tais empresas.

4.2 APLICAÇÃO DA DICOTOMIA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO *VERSUS* ATIVIDADE ECONÔMICA NA ANÁLISE DA IMUNIDADE RECÍPROCA ÀS EMPRESAS ESTATAIS

Não obstante os fundamentos da imunidade recíproca sejam parte da doutrina tradicional do direito tributário, ao longo dos anos a doutrina e a jurisprudência passaram a reconhecer a dicotomia serviço público *versus* atividade econômica quando da análise da imunidade recíproca a empresas estatais. Conforme visto no capítulo 2, a doutrina de direito tributário entende, em linhas gerais, que, se a empresa estatal presta atividade econômica, atuará como ente privado, estando, portanto, sujeita ao pagamento de impostos. Por outro lado, caso a empresa estatal preste serviços públicos, será reconhecida a imunidade recíproca[345].

Atualmente, a divisão prestação de serviço público *versus* atividade econômica também é presente na jurisprudência. Foram analisados aproximadamente 300 julgados do STF, de 1966 a 2017, que tratam da imunidade recíproca às empresas estatais. Até o final dos anos 1990, a discussão sobre reconhecimento da imunidade aos entes descentralizados referiu-se, principalmente: (i) à análise de sua aplicabilidade às taxas[346], (ii) ao reconhecimento da imunidade recíproca às autarquias[347] e (iii) à análise em virtude da forma societária do ente descentralizado (sociedade de economia mista e empresa pública), notadamente após a publicação do DL nº 200/1967.

No RE nº 74.091, de 15 de junho de 1973, que trata da imunidade da CEF, à época um instituto de previdência equiparado a autarquia, o ministro Bilac Pinto reconheceu que, com a transformação da CEF em empresa pública, a matéria demandaria revisão[348]. No AI

---

[345] Diz-se em "linhas gerais" porque há diferentes temperamentos para essa diferenciação. Vide, por exemplo, Ávila, que esclarece que, se a empresa prestadora de serviços é compatível com o negócio privado, não estará sujeita à imunidade. ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 280.

[346] RMS nº 16.416 AgR/GB, ministro relator Aliomar Baleeiro, data de julgamento 31/08/1966. RE nº 90.470/PB, ministro relator Cordeiro Guerra, data de julgamento 10/12/1981.

[347] Vide item 2.4.

[348] RE nº 74.091, ministro relator Bilac Pinto, data de julgamento 15/06/1973.

nº 88.858/PB, a operação em tela também se referia a período em que a Caixa Econômica do Estado de São Paulo era autarquia. Na ocasião, o ministro Cordeiro Guerra ressaltou que a imunidade já não mais poderia se aplicar a fatos posteriores à transformação da Nossa Caixa em empresa estatal. Ainda assim, acabou por afastar a imunidade, por entender que o caso em tela (a compra de um frigorífico) não se tratava de atividade essencial e não justificaria o reconhecimento de imunidade recíproca à então autarquia.

Outrossim, no RE nº 75.000/SP, de 27 de maio de 1980, o ministro Antônio Neder entendeu que a Petrobras, ainda que exercesse monopólio, não estava sujeita à imunidade recíproca, uma vez que se tratava de sociedade de economia mista. Tal julgado tem grande relevância para a questão, considerando que, à época, o artigo 170, § 3º, da EC nº 01/1969 entendia que atividades monopolizadas estavam sujeitas à imunidade[349].

Entretanto, a partir dos anos 2000, a divisão serviço público *versus* atividade econômica passou a ser utilizada como fundamento para o reconhecimento da imunidade recíproca a empresas estatais com bastante frequência. No RE nº 220.906/DF, de 16 de novembro de 2000, o relator, ministro Maurício Correa, entendeu que a ECT prestava serviço público e, portanto, a ela se aplicava o regime de direito público, com impenhorabilidade de bens e submissão ao regime de precatórios. Ademais, a ela não se aplicaria o artigo 173, § 1º, da CF, no tocante às obrigações trabalhistas e tributárias[350]. Posteriormente, o RE nº 407.099/RS, um dos *leading cases* sobre a matéria, traçou a diferença entre empresa pública como instrumento de participação do Estado na economia e empresa pública prestadora de serviço público, para afirmar que essa última estaria sujeita à imunidade recíproca[351].

Não surpreende o fato de que, de acordo com a pesquisa realizada, a jurisprudência passou a tratar da dicotomia prestação de serviço público *versus* atividade econômica com mais afinco no final dos anos 1990[352]. Conforme visto no capítulo 3, anteriormente a 1967 a descentralização da administração pública não era feita por meio de empresas estatais — ao menos não na quantidade e nas modalidades que se fizeram presentes a partir do DL nº 200/1967. A maioria das atividades exercidas pela administração descentralizada, antes desse período, era prestada por autarquias, institutos ou departamentos, sendo que as empresas estatais eram aquelas decorrentes da estatização de empresas privadas ou aquelas que exerciam atividades típicas da iniciativa privada mas que, por serem estratégicas e

---

[349] RE nº 75.000/SP, ministro relator Antônio Neder, data de julgamento 27/05/1980.
[350] RE nº 220.906/DF, ministro relator Maurício Correa, data de julgamento 16/11/2000.
[351] RE nº 407.099/RS, ministro relator Carlos Velloso, data de julgamento 22/06/2004.
[352] RE nº 220.906/DF, ministro relator Maurício Correa, data de julgamento 16/11/2000.

demandarem grandes investimentos, foram inicialmente conduzidas pelo Estado. Com a organização da administração pública promovida pelo DL nº 200/1967, foram criadas diversas empresas estatais que exercem os mais diferentes tipos de atividade, algumas com funções típicas da administração direta.

Somam-se a isso as mudanças trazidas pela CF de 1988. A EC nº 01/1969 previa, em seu artigo 170, § 3º, que a empresa pública que explorasse atividade não monopolizada ficaria sujeita ao mesmo regime tributário aplicável às empresas privadas, o que, a *contrario sensu,* permitia o reconhecimento da imunidade a empresas estatais que exerciam monopólio, independentemente de sua atividade. Ressalta-se que o artigo 163 da EC nº 01/1969 permitia a instituição de monopólios por meio de lei federal, de forma que a questão era facilmente equalizada[353]. A CF de 1988 excluiu tais dispositivos e passou a prever, no artigo 173, que a exploração de atividade econômica pelo Estado estaria sujeita ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e às obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

Ainda mais relevante é o fato de que o cenário atual é composto pelos mais diferentes tipos de empresas estatais. Conforme visto no capítulo 3, há empresas estatais que não exercem atividade econômica nem prestam serviços públicos (considerando a definição de serviço público como espécie de atividade econômica), mas exercem atividades típicas da administração direta, tais como atividades burocráticas, de fomento, exercício de poder de polícia. Outrossim, há diversas empresas estatais cuja atuação não se consegue classificar nem como prestação de serviço público, nem como atividade econômica em sentido estrito. Em decorrência das privatizações realizadas ao longo dos anos, muitas delas passaram a exercer um misto de atividades, além da típica prestação de um serviço público, como forma de modernizar-se, bem como de financiar atividades deficitárias. Em virtude dessa gama de atividades, torna-se difícil segregar a sua atuação como prestadoras de serviço público ou como empresas que exercem atividade econômica em sentido estrito.

Ademais, ressalta-se a mudança na concepção de serviço público, que antes era prestado — na grande maioria dos casos — em regime de monopólio (privilégio) pelo ente público. Dessa forma, havia uma maior facilidade em considerar as empresas estatais prestadoras de serviço público como típicas instrumentalidades estatais e,

---

[353] Artigo 163 da EC nº 01/1969: "São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais".

consequentemente, reconhecer a imunidade recíproca a tais empresas. Atualmente, no entanto, o serviço público não é só prestado pelo ente público. As privatizações trouxeram a presença da iniciativa privada, o que culminou, na maioria dos casos, na perda de privilégios, tendo em vista a necessidade de manutenção da livre concorrência.

A análise da dicotomia prestação de serviço público *versus* atividade econômica tem grande relevância no estudo da atuação do Estado na ordem econômica, conforme já ressaltado. A princípio, certamente haverá uma tendência a se afastar a imunidade recíproca se a atividade for tipicamente econômica, nos termos do artigo 173 da CF, e a reconhecê-la quando o ente exerce função eminentemente pública. Todavia, conforme já analisado no capítulo 3, a análise da dicotomia prestação de serviços públicos *versus* atividade econômica tem se mostrado insuficiente para resolver questões em um cenário bastante complexo, como o das empresas estatais brasileiras. O mesmo se pode dizer com relação ao reconhecimento da imunidade recíproca a tais empresas.

Ao proceder à análise dos julgados do STF que tratam da imunidade recíproca das empresas estatais, verifica-se que muitos deles reconhecem a imunidade recíproca em virtude da prestação de um determinado serviço público, como os correios ou o serviço de saneamento básico ou de transporte, não analisando se tais empresas possuem capacidade contributiva, se a tributação afetaria a consecução das atividades por um determinado ente (pacto federativo) ou se há afronta à livre concorrência. Além disso, em diversos casos, como forma de ressaltar o argumento da prestação do serviço público, justificam também sua atuação com base (i) no exercício sob o regime de monopólio ou privilégio; e (ii) no seu financiamento por meio de subsídio cruzado.

Todavia, conforme discutido adiante, tais argumentos podem ser considerados insuficientes, uma vez que, para um mesmo caso (por exemplo, a prestação de um mesmo serviço público), a corte tem proferido decisões distintas e, muitas vezes, contraditórias, o que pode levar à conclusão de que a caracterização como um serviço público não pode ser argumento suficiente para reconhecimento da imunidade[354]. Além disso, várias também são as críticas à utilização do exercício de monopólio ou do subsídio cruzado para reconhecimento da imunidade recíproca.

4.2.1 O argumento da prestação de um determinado serviço público

[354] Vide, por exemplo, o RE nº 600.867, que discute a imunidade recíproca da Sabesp, analisado a seguir. O ministro Luís Roberto Barroso entende que a Sabesp presta serviço público, enquanto o ministro Gilmar Mendes entende que a Sabesp exerce atividade econômica.

Conforme anteriormente mencionado, verifica-se em diversos julgados do STF, desde 2000, o reconhecimento da imunidade recíproca a empresas estatais "prestadoras de serviço público". O argumento da prestação de um serviço público, como forma de reconhecimento da imunidade, tem se tornado insuficiente, em virtude das mudanças ocorridas no cenário das empresas estatais ao longo dos anos. Soma-se a isso o caráter histórico do serviço público. Conforme leciona Grau, o conceito de serviço público depende de um determinado momento histórico e da realidade social em que se ampliarão ou reduzirão os âmbitos das atividades econômicas em sentido estrito e de serviços públicos[355].

Com base em determinados julgados, é possível ver que o STF, utilizando-se desse fundamento, culminou por conferir decisões díspares, o que demonstra que reconhecer a imunidade recíproca com base na qualificação de um determinado serviço como público não é suficiente. Citam-se como exemplos os serviços de transportes e saneamento básico.

No serviço de transporte, por exemplo, verifica-se o reconhecimento da imunidade recíproca à Companhia Brasileira de Trens Urbanos (CBTU), uma sociedade de economia mista cujo principal acionista é a União. No Agravo Regimental em Recurso Extraordinário (ARE) nº 816.538 AgR/MG, o ministro Luís Roberto Barroso entendeu que o serviço prestado pela CBTU "é público, indisponível e prestado em regime de exclusividade"[356]. Outrossim, no ARE nº 944.558 AgR/MG, a ministra Rosa Weber reconheceu a imunidade da CBTU porque a empresa prestava serviço público, sem caráter concorrencial[357].

O reconhecimento da imunidade recíproca ao serviço de transporte ferroviário tão somente porque é "serviço público, indisponível e prestado em regime de exclusividade" deveria ensejar, também, o reconhecimento da imunidade recíproca à extinta Rede Ferroviária Federal (RFSA)[358]. Inicialmente, o ministro Dias Toffoli reconheceu a imunidade recíproca à RFSA no RE nº 911.498 AgR[359], sob o argumento de que a empresa prestava serviço público. Todavia, posteriormente o STF afastou o reconhecimento da imunidade recíproca a tal empresa[360]. É interessante notar que, na mesma data em que o STF

---

[355] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 107.

[356] ARE nº 816.538 AgR/MG, ministro relator Luís Roberto Barroso, data de julgamento 28/10/2014.

[357] ARE nº 944.558 AgR/MG, ministra relatora Rosa Weber, data de julgamento 09/08/2016.

[358] O reconhecimento da imunidade recíproca dos débitos da RFSA após a sucessão pela União foi objeto de repercussão geral, sendo que o STF afastou o reconhecimento da imunidade. Vide RE nº 599.176, ministro relator Joaquim Barbosa, data de julgamento 05/06/2014. Esse julgado é analisado em 4.3, uma vez que o ministro Joaquim Barbosa baseou seu voto nos fundamentos da imunidade recíproca.

[359] RE nº 911.498 AgR/SP, ministro relator Dias Toffoli, data de julgamento 15/12/2015.

[360] RE nº 927.752AgR/PR, ministro relator Luís Roberto Barroso, data de julgamento 24/05/2016; RE nº 951.317/PR, ministro relator Luís Roberto Barroso, data de julgamento 28/08/2016; RE nº 966.497, ministra relatora Rosa Webber, data de julgamento 16/09/2016.

refirmou o reconhecimento da imunidade recíproca à CBTU no RE nº 951.445 AgR/MG[361], afastou o reconhecimento da imunidade recíproca da RFSA no RE nº 944.111 AgR/SP[362], o que demonstra que não seria a prestação do serviço ferroviário, em si, a causa do reconhecimento da imunidade recíproca.

Nota-se que seria mais acurado analisar se tais empresas possuem capacidade contributiva, se há possível afronta à livre concorrência e se o pagamento de impostos pela CBTU ou pela RFSA poderia ensejar o impedimento da consecução de seus fins públicos, de forma a reconhecer ou afastar a imunidade recíproca em tais casos. A análise do reconhecimento da imunidade recíproca da RFSA com base nos princípios anteriormente mencionados foi feita no voto do relator, ministro Joaquim Barbosa, no RE nº 599.176/PR, com repercussão geral. Em seu voto, o ministro concluiu que a RFSA tinha capacidade contributiva e que havia risco de lesão à livre concorrência, portanto afastou o reconhecimento da imunidade recíproca. Todavia, dado que o recurso se referia a período em que a RFSA foi assumida pela União, os demais membros da corte optaram por ater-se à responsabilidade tributária por sucessão, afastando a análise de tais fundamentos[363].

Outro serviço público que promove grandes discussões quanto ao reconhecimento da imunidade recíproca a empresas estatais é o de saneamento básico. O STF entende, na maioria dos casos, que o serviço de saneamento básico é serviço público e, portanto, deve ser reconhecida a imunidade recíproca. Na AC nº 1.550/RO, o ministro Gilmar Mendes entendeu que a Companhia de Água e Esgotos de Rondônia (Caerd), uma sociedade de economia mista, era prestadora de serviço público obrigatório de saneamento básico e, portanto, estaria abrangida pela imunidade recíproca[364]. No mesmo sentido, no ARE nº 763.000 AgR, o ministro Luís Roberto Barroso entendeu que a Companhia Espírito Santense de Saneamento (Cesan), uma sociedade de economia mista controlada pelo estado do Espírito Santo, estava sujeita à imunidade recíproca, uma vez que presta serviço de saneamento, que seria atividade exclusiva e obrigatória do estado[365]. Recentemente, foi reconhecida a imunidade recíproca à Companhia de Saneamento de Alagoas (Casal), sob o argumento de que a sociedade de economia mista: (i) executa serviço público de abastecimento de água e tratamento de esgoto e (ii) o faz de modo exclusivo[366].

---

[361] RE nº 951.445 AgR/MG, ministro relator Luís Roberto Barroso, data de julgamento 30/09/2016.
[362] RE nº 944.111 AgR/SP, ministro relator Dias Toffoli, data de julgamento 30/09/2016.
[363] RE nº 599176/PR, ministro relator Joaquim Barbosa, data de julgamento 05/06/2014.
[364] AC nº 1.550/RO, ministro relator Gilmar Mendes, data de julgamento 06/02/2007.
[365] ARE nº 763.000 AgR/ES, ministro relator Luís Roberto Barroso, data de julgamento 19/08/2014.
[366] ACO nº 2.243 AgR segundo/DF, ministro relator Dias Toffoli, data de julgamento 17/03/2016.

Não obstante, na Ação Cível Originária (ACO) nº 1460/SC o ministro Dias Toffoli afastou o reconhecimento da imunidade recíproca à Companhia Catarinense de Águas e Saneamento (Casan). O argumento baseou-se na análise da composição acionária da sociedade de economia mista, uma vez que uma de suas acionistas, a Centrais Elétricas de Santa Catarina (Celesc), tinha percentual de seu capital detido por acionistas privados[367]. Todavia, recentemente, em decisão ainda não transitada em julgado, a imunidade recíproca foi reconhecida à Companhia de Saneamento do Paraná (Sanepar), uma sociedade de economia mista listada em bolsa de valores, sob o argumento de que presta serviço de saneamento básico[368].

Nota-se, portanto, que reconhecer a imunidade recíproca a empresas de saneamento básico sob o argumento único de que prestam serviço público não é suficiente e pode causar grandes prejuízos ao pacto federativo, bem como à concorrência. Não se nega que muitas das empresas mencionadas atuam como típicas instrumentalidades estatais e, portanto, após uma análise pormenorizada de sua situação, seria possível reconhecer a imunidade. Todavia, mais prudente seria ter feito essa análise com base nos fundamentos da imunidade recíproca. A imunidade recíproca da Sanepar, vista anteriormente, certamente deveria ser afastada, sob o argumento de que a empresa manifesta clara capacidade contributiva, uma vez que distribui lucros a seus acionistas. Ademais, verifica-se que o pagamento de impostos pela empresa não prejudicaria a consecução das atividades do ente federado controlador, o estado do Paraná, de forma que não haveria afronta ao pacto federativo.

O caso da Sanepar será revisitado em virtude do RE nº 600.867, que discute a imunidade recíproca da Sabesp, uma sociedade de economia mista listada em bolsa de valores[369]. Os casos Sabesp e Sanepar deixam claro que não se pode mais reconhecer a imunidade recíproca a empresas de saneamento básico simplesmente sob o argumento de que tais empresas prestam serviço público.

A situação fática da Sabesp demonstra a evolução das empresas estatais no cenário brasileiro, vista no capítulo 3 deste trabalho. A Sabesp foi criada em 1973 como uma sociedade de economia mista e uniu diversas empresas, autarquias e departamentos que cuidavam do saneamento básico do estado de São Paulo. Em 1994, parte da empresa foi

---

[367] ACO nº 1.460/SC, ministro relator Dias Toffoli, data de julgamento 07/10/2015

[368] ARE nº 1.020.644, ministro relator Gilmar Mendes, data de julgamento 26/05/2017. Posteriormente, em 29/09/2017, após a oposição de embargos de declaração, o ministro Gilmar Mendes determinou que os autos retornassem ao tribunal de origem em virtude da identidade com o RE nº 600.867 em repercussão geral (tema 508). Dessa forma, ainda não houve trânsito em julgado.

[369] Tema 508: "imunidade recíproca de sociedade de economia mista que possui participação acionária negociada em bolsa de valores".

privatizada por meio da abertura de seu capital[370] e atualmente parte de suas ações são negociadas no segmento Novo Mercado da Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros de São Paulo (BM&FBovespa) e na Bolsa de Valores de Nova Iorque (NYSE), na forma de *american depositary receipts* (ADR Nível III).

Conforme se verifica do sítio eletrônico da Sabesp, além do serviço de saneamento básico,

> no segmento de água de reuso obtida a partir do tratamento de esgotos, a Sabesp produz, fornece e comercializa diretamente o produto por meio de suas próprias estações e, como sócia na Aquapolo Ambiental, que abastece o Polo Petroquímico de Capuava. Além disso, no segmento de esgotos não domésticos, a Companhia é sócia da Estre Ambiental, na empresa Attend Ambiental e, recentemente, no segmento de energia elétrica, criou a Paulista Geradora de Energia S.A., em sociedade com as empresas Tecniplan Engenharia e Servtec. A Companhia também oferece serviços de consultoria sobre uso racional da água, planejamento e gestão comercial, financeira e operacional, atuando atualmente no Panamá, Honduras, e Nicarágua, sendo nos dois primeiros países em parceria com a Latin Consult.[371]

O RE nº 600.867, cujo julgamento ainda não foi finalizado, terá extrema importância na definição da imunidade recíproca de empresas estatais que representam esse novo cenário, visto no capítulo 3. A Sabesp, inicialmente uma típica empresa estatal prestadora do serviço de saneamento básico, abriu seu capital social e passou a ser listada em bolsa de valores, modernizou-se e hoje exerce um misto de atividades que vão além do serviço de saneamento básico.

O voto do ministro relator Joaquim Barbosa afastou o reconhecimento da imunidade com base nos fundamentos da imunidade recíproca. Entendeu o ministro que, se o estado optou por prestar serviços por meio de uma pessoa jurídica capaz de distribuir lucros, haveria capacidade contributiva. Ademais, o reconhecimento da imunidade recíproca ocasionaria prejuízo à competência tributária de outros entes federados (pacto federativo). Destacou que não faria sentido desprover municípios e a própria União de recursos legítimos a pretexto de assegurar à pessoa jurídica distribuidora de lucros vantagem econômica. Ademais, asseverou que, se a carga tributária realmente fosse proibitiva, bastaria ao estado escolher outra forma de regência de personalidade jurídica, que não envolvesse a possibilidade de acumulação e de distribuição de lucros. Por fim, concluiu que, sempre que um ente federado cria uma

---

[370] PINTO JUNIOR, Mario Engler. O Programa Estadual de Desestatização do Estado de São Paulo. **Cadernos Fundap**, n. 22, p. 69-73, 2001. p. 71.

[371] COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Perfil**. Disponível em: <http://site.sabesp.com.br/site/interna/Default.aspx?secaoId=505>. Acesso em: 22 dez. 2017.

instrumentalidade estatal dotada de capacidade contributiva, capaz de acumular e de distribuir lucros e de contratar pelo regime geral das leis trabalhistas, não haveria ameaça ao pacto federativo a justificar a incidência da imunidade recíproca[372].

Não obstante, o ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto, reconheceu a imunidade recíproca à Sabesp sob o argumento de que a empresa presta serviço público em ambiente não concorrencial, conforme a jurisprudência da corte. Ademais, entendeu que a Constituição prevê a imunidade de forma a preservar a modicidade tarifária e que o não reconhecimento da imunidade promoveria um o impacto tributário que seria repassado na tarifa[373]. Já o ministro Gilmar Mendes entendeu que a Sabesp exerce "atividade econômica *lato sensu*". Os votos dos ministros Luís Roberto Barroso e Gilmar Mendes demonstram que a corte ainda justifica o reconhecimento da imunidade recíproca com base na dicotomia serviço público *versus* atividade econômica e que essa dicotomia pode causar decisões díspares, como nesse caso[374].

O processo ainda se encontra em julgamento, com a maioria dos votos pelo não reconhecimento da imunidade à Sabesp. Assim, merece o devido acompanhamento, uma vez que, por se tratar de repercussão geral, poderá afastar a imunidade a empresas prestadoras de serviço público listadas em bolsa de valores.

---

[372] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo STF nº 749**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo749.htm>. Acesso em: 22 dez. 2017.

[373] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo STF nº 749**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo749.htm>. Acesso em: 22 dez. 2017.

[374] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo STF nº 763**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo763.htm>. Acesso em: 22 dez. 2017.

4.2.2 O argumento do exercício de monopólio (privilégio)[375]

Também como argumento para o reconhecimento da imunidade a empresas estatais, o STF utiliza como fundamento o fato de que a atividade é prestada em regime de monopólio (privilégio).

Grau conceitua monopólio como o poder de se relacionar economicamente com determinado mercado de forma única e isolada, sem interferência de outros competidores[376]. O monopólio, segundo o autor, pode (i) decorrer do lícito exercício de uma atividade competitiva; ou (ii) ser instituído mediante lei ("monopólio legal"), situação em que o Estado assume o exercício de determinada atividade, com exclusividade, em cumprimento a disposição constitucional[377].

Conforme já mencionado, o exercício de monopólio era causa de reconhecimento da imunidade nos termos da EC nº 01/1969. O artigo 170, § 3º, determinava que a empresa pública que exercesse atividade não monopolizada estava sujeita ao mesmo regime tributário das empresas privadas. Assim, a *contrario sensu*, as empresas estatais que exerciam atividade em regime de monopólio estavam sujeitas à imunidade recíproca. Outrossim, o artigo 163 do mesmo diploma dispunha que a instituição de monopólios poderia ser feita por meio de lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não poderia ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e as garantias individuais.

Já à época, todavia, o STF negou o reconhecimento da imunidade à Petrobras, ainda que a empresa exercesse atividade em regime de monopólio. No RE nº 75.000/SP, o STF entendeu que a Petrobras não era imune ao pagamento do Imposto sobre Transmissão Imobiliária. À época, a Petrobras tinha isenção de impostos federais, conforme permitido pela Constituição vigente. Todavia, no tocante aos impostos estaduais e municipais,

---

[375] Conforme discutido neste item, parte da doutrina brasileira, dentre os quais Grau, reserva a expressão "monopólio" para atividades econômicas em sentido estrito, de forma que a prestação de serviço público seria objeto de privilégio/exclusividade. Outros doutrinadores, como Câmara, criticam essa diferenciação, ao argumentar que a doutrina tradicional, inclusive a francesa, utiliza a terminologia "monopólio" também para os serviços públicos. Dado que esse não é ponto principal do trabalho, utilizar-se-á, neste capítulo, a expressão "monopólio (privilégio)", quando da menção à exclusividade nos serviços públicos. Vide CÂMARA. Jacintho Arruda. **Tarifa nas concessões**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 81; GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 135-138.

[376] GRAU, Eros Roberto. **Elementos do direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p.85.

[377] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 289-290.

permaneceu afastada a imunidade, uma vez que a corte reconheceu que a empresa, por se tratar de sociedade de economia mista, não estava sujeita à imunidade recíproca[378].

A doutrina também manifestava preocupação com o reconhecimento da imunidade recíproca a empresas estatais que exerciam monopólio. Baleeiro, que sempre reconheceu a importância dos fundamentos da imunidade recíproca, alertava para uma suposta ofensa ao pacto federativo na hipótese de uma determinada atividade monopolizada ser considerada a indústria preponderante em um determinado município. O reconhecimento da imunidade, nesses casos, prejudicaria as receitas de um determinado ente[379].

Atualmente, a instituição de monopólio por lei federal, bem como o reconhecimento da imunidade recíproca a atividades sujeitas a monopólio, não consta da CF de 1988, o que permitiria interpretar que empresas estatais que exercem atividade monopolizada não estão sujeitas à imunidade. Tal interpretação é corroborada em virtude do disposto no artigo 173, § 2º, que dispõe que as empresas públicas e as sociedades de economia mista que exercem atividade econômica não poderão gozar de privilégios fiscais não extensíveis ao setor privado. Esse foi, por exemplo, o entendimento do ministro Nelson Jobim no RE nº 220.906/DF, para quem o artigo 173 da CF de 1988 excluiu o tratamento privilegiado às empresas estatais que exercessem monopólio[380].

É por isso que atualmente, com base no arcabouço jurídico brasileiro, não se vislumbra mais a possibilidade do reconhecimento da imunidade sob o simples argumento de que a empresa estatal exerce atividade em regime de monopólio. Em primeiro lugar, porque são pouquíssimas as hipóteses de monopólio previstas na CF de 1988. Ademais, não há mais previsão constitucional para que atividades monopolizadas estejam sujeitas à imunidade recíproca.

Outrossim, cumpre ressaltar que a doutrina e a jurisprudência muitas vezes aliam a prestação do serviço público ao monopólio estatal. De fato, diversos serviços públicos eram prestados em regime de exclusividade, principalmente em virtude de uma impossibilidade fática, uma vez que os altos custos impediam a atuação da concorrência[381]. Schirato leciona que, após a adoção do conceito de serviço público da doutrina francesa, os serviços públicos

---

[378] RE nº 75.000/SP, ministro relator Antônio Neder, data de julgamento 27/05/1980. Posteriormente, a imunidade da Petrobras foi afastada também no RE nº 285.716 AgR/SP, ministro relator Joaquim Barbosa, data de julgamento 02/03/2010; e RE nº 286.287 AgR, ministro relator Teori Zavascki, data de julgamento 14/05/2013.

[379] BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu Machado. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 411-412.

[380] RE nº 220.906/DF, ministro relator Maurício Correa, data de julgamento 16/11/2000.

[381] SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 199.

no Brasil passaram a ser prestados em regime de exclusividade, de forma que o monopólio natural acabou por ser transformado em um monopólio legal[382].

Todavia, com os desenvolvimentos tecnológicos mais recentes, diversos serviços públicos passaram a ser passíveis de serem prestados em regime de concorrência[383]. Ademais, conforme visto no capítulo 3, diversos serviços públicos não são mais prestados pelo poder público com exclusividade.

Não obstante os argumentos anteriormente mencionados, em diversos julgados o STF reconhece a imunidade a determinada empresa estatal sob o argumento de que exerce monopólio. No RE nº 363.412 AgR/BA foi reconhecida a imunidade recíproca da Infraero sob o argumento de que a empresa exerce monopólio, nos termos do artigo 21, inciso XII, letra "c". No voto, o ministro relator argumenta que

> a empresa submete-se constitucionalmente ao regime de monopólio, não concorre com as empresas privadas, pelo simples fato de não explorar atividade econômica em sentido estrito, o que permite excluí-la da disciplina jurídica que a Constituição da República, em obséquio ao princípio da livre concorrência, estabeleceu em seu artigo 173, § 1º.[384]

Da mesma forma, reconheceu o STF a imunidade recíproca da Casa da Moeda do Brasil, sob o argumento de que exercia monopólio, nos termos do artigo 21, inciso VII, da CF[385], bem como à Codesp, sob o argumento de que a sociedade de economia mista exerce atividade monopolizada, nos termos do artigo 21, inciso XII, letra "f"[386].

Um dos casos mais emblemáticos com relação à distinção serviço público *versus* atividade econômica, e que utiliza como argumento também o monopólio (privilégio), bem como o financiamento por subsídio cruzado, seria o da ECT. A ECT, em diversos julgados, teve a sua imunidade reconhecida sob o argumento de que era prestadora de serviço público e atuava em regime de monopólio (privilégio)[387]. Além do reconhecimento da imunidade recíproca, a ECT foi equiparada à fazenda pública, com relação a obrigações trabalhistas e execução fiscal[388].

---

[382] SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 212.
[383] SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 213.
[384] RE nº 363.412 AgR/BA, ministro relator Celso de Mello, data de julgamento 07/08/2007.
[385] ACO nº 2.179 TA-AgR/DF, ministro relator Celso de Mello, data de julgamento 19/08/2015.
[386] AI nº 351.888 AgR/SP, ministro relator Celso de Mello, data de julgamento 21/06/2011.
[387] Dentre eles: RE nº 220.906/DF, ministro relator Maurício Correa, data de julgamento 16/11/2000; RE nº 407.099/RS, ministro relator Carlos Velloso, data de julgamento 22/06/2004; RE nº 398.630/SP, ministro relator Carlos Velloso, data de julgamento 17/08/2004; RE nº 354.897/RS, ministro relator Carlos Velloso, data de julgamento 17/08/2004; RE nº 424.227, ministro relator Carlos Velloso, data de julgamento 24/08/2004; RE nº 364.202/RS, ministro relator Carlos Velloso, data de julgamento 05/10/2004.
[388] RE nº 220.907/RO, ministro relator Carlos Velloso, data de julgamento 12/06/2001.

O exercício de monopólio (privilégio) pela ECT foi analisado na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 46/DF, que foi proposta sob o argumento de que o monopólio da ECT, previsto pela Lei nº 6.538/1978, afrontava diversos preceitos constitucionais, tais como a livre concorrência e a livre iniciativa. O relator, ministro Marco Aurélio, afastou o monopólio da ECT, uma vez que entendeu que as hipóteses de monopólio são aquelas expressamente previstas pela CF (artigo 21, inciso XXIII, e artigo 177) e que não seria possível interpretar que o verbo "manter", previsto no artigo 21, inciso X, significaria "prestação direta ou mediante delegação com reserva de mercado". Não obstante, o STF concluiu, com base no voto do então ministro Eros Grau, que o serviço postal é um serviço público. Entendeu também que haveria uma diferença entre o monopólio, que se referia às atividades econômicas, e o privilégio, que se referia à exclusividade na prestação de serviço público. Assim, concluiu que a ECT prestava serviço público em regime de privilégio. Por fim, limitou o monopólio (privilégio) apenas às atividades postais previstas no artigo 9º da referida lei[389].

Posteriormente, no RE nº 601.392, o ministro Joaquim Barbosa buscou "calibrar" a abrangência da imunidade da ECT, afastando a imunidade no tocante ao que denominou de atividades de "interesse privado-particular", tais como a venda de títulos de capitalização e lingotes de ouro, o estabelecimento de franquias, o Banco Postal, o recebimento de inscrições de vestibular e mensalidades de sindicatos, inclusive de forma a dar congruência ao decidido na ADPF nº 46/DF no que diz respeito à limitação do monopólio (privilégio) às atividades postais previstas no artigo 9º da Lei nº 6.538/1978. O ministro afastou a imunidade das atividades de "interesse privado-particular" com base nos fundamentos da imunidade recíproca (pacto federativo, capacidade contributiva e livre concorrência). Todavia, foi vencido sob o argumento da necessidade de se reconhecer a imunidade a todas as atividades da ECT, em virtude da necessidade de financiamento das atividades deficitárias, conforme apresentado a seguir[390].

Nota-se, portanto, que atualmente a imunidade recíproca da ECT se aplica de forma ampla à referida empresa estatal, inclusive com relação a bens e serviços que estavam sujeitos a privilégio, nos termos da ADPF nº 46/DF. Atualmente, conforme discutido

---

[389] ADPF nº 46/DF, ministro relator Eros Grau, data de julgamento 05/08/2009.

[390] RE nº 601.392/PR, ministro relator Joaquim Barbosa; ministro relator para acórdão Gilmar Mendes, data de julgamento 28/02/2013.

adiante, tal amplitude tem gerado preocupação no STF, inclusive entre ministros que sempre reconheceram a imunidade a tal empresa[391].

4.2.3 O argumento do subsídio cruzado

Juntamente com o exercício do monopólio (privilégio), outro argumento utilizado, notadamente nos casos referentes à ECT, é o do financiamento por meio do subsídio cruzado. A prática do subsídio cruzado consiste na transferência de recursos financeiros obtidos em um determinado segmento para o segmento beneficiado, de forma a promover valores mais baixos[392].

Conforme já visto no capítulo 3, após as privatizações empresas estatais passaram a atuar em concorrência com a iniciativa privada, sendo que muitas dessas empresas se modernizaram, com o intuito de obter mais lucratividade e eficiência, buscando, inclusive, novos negócios. A busca de atividades empresariais conexas ao objetivo principal da empresa estatal funda-se, notadamente, no aproveitamento de atividades econômicas mais atrativas do que o serviço principal prestado, o que pode promover, inclusive, uma redução na tarifa/preço do serviço principal.

Muitos doutrinadores veem o subsídio com bons olhos. Justen Filho, por exemplo, entende que, quando a empresa estatal organiza uma estrutura para a prestação de um serviço público, pode criar também condições para a exploração de outras atividades. Caso não o fizesse deliberadamente, haveria ofensa aos princípios constitucionais norteadores da atividade administrativa, pela perda da oportunidade de se transferir os benefícios dessa exploração — como a redução de tarifas ao público —, gerando, portanto, desperdício econômico. O autor cita como exemplo a hipótese em que haveria ofensa aos deveres constitucionais da administração pública se uma empresa estatal administradora de um determinado terminal de transporte público mantivesse ociosas áreas disponíveis quando houvesse interessados em desempenhar atividades mediante remuneração em prol do Estado[393].

---

[391] RE nº 627.051/PE, ministro relator Dias Toffoli, data de julgamento 12/11/2014.

[392] CÂMARA. Jacintho Arruda. **Tarifa nas concessões**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 79-81. Leciona o autor que a prática do subsídio cruzado surgiu entre segmentos de usuários. Ou seja, para permitir a universalização de um determinado serviço, os usuários da categoria de menor custo acabam por suportar ônus financeiro maior para que o serviço também seja ofertado a outras categorias de usuários.

[393] JUSTEN FILHO, Marçal. Empresas estatais e a superação da dicotomia prestação de serviço público/exploração da atividade econômica. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir

Schirato leciona que cada serviço poderá contar com um mecanismo distinto de financiamento, a depender de suas peculiaridades. Portanto, no caso do serviço de telefonia, por exemplo, o subsídio cruzado foi vedado, nos termos do § 2º do artigo 103 da Lei nº 9.472/1997, devendo a universalização e a modicidade tarifária ser operadas por meio de fundos de universalização[394].

Dado o atual cenário concorrencial, tudo leva a crer que a atuação da empresa estatal em atividades econômicas conexas — promovendo o subsídio cruzado —, bem como a constituição de fundos de universalização, parece ser mecanismo viável para que o serviço público principal possa ser prestado de forma universal em áreas menos rentáveis, nas quais a iniciativa privada não tem interesse econômico, sem que se prejudique a modicidade tarifária. Do contrário, o financiamento de tais atividades pouco rentáveis, cuja universalização se faz necessária, ficaria a cargo de toda a coletividade, mediante a transferência de recursos de fontes tributárias, ou a cargo daqueles que usufruem dessa atividade e têm maior capacidade econômica[395].

É em virtude de tais aspectos positivos que a jurisprudência passou a estender a imunidade recíproca a outras atividades prestadas pela ECT, que não haviam sido reconhecidas como monopólio (privilégio) na ADPF nº 46/DF, tais como a venda de títulos de capitalização, a realização de inscrições em vestibulares e concursos, bem como o Banco Postal. No RE nº 601.392/PR, o STF ressaltou que a ECT tem o papel de promover a integração nacional, de forma que deve adotar uma política tarifária de subsídios cruzados para financiar atividades deficitárias. Segundo a corte, tais atividades também devem estar sujeitas à imunidade recíproca, porque financiam a atividade monopolística. Assim, a corte entendeu que havia uma dificuldade prática em segregar tais atividades e optou por estender a imunidade a todas as atividades prestadas pela ECT[396].

Apesar dos argumentos a favor do subsídio cruzado como forma de financiamento de atividades deficitárias, a extensão da imunidade recíproca com base em tal argumento deve ser objeto de críticas.

(Coord.). **Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 403-423. p. 413-415.

[394] SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 271.

[395] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Universalização de serviços públicos e competição: o caso da distribuição de gás natural. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 223, p. 133-152, jan./mar. 2001. p. 139.

[396] RE nº 601.392/PR, ministro relator Joaquim Barbosa; ministro relator para acórdão Gilmar Mendes, data de julgamento 28/02/2013.

Frise-se inicialmente que o subsídio cruzado é um conceito econômico, e não jurídico, de forma que o simples argumento do subsídio cruzado não é suficiente para reconhecer a imunidade recíproca. No RE nº 627.051/PE, o ministro Luís Roberto Barroso ressaltou que, para utilizar o argumento do subsídio cruzado, deve-se fazer uma conta e demonstrar, por meio de tais cálculos, se esse subsídio é indispensável à prestação do serviço. Caso contrário, da forma como utilizado o subsídio cruzado seria um argumento teórico, um trunfo que prescinde de demonstração matemática[397].

Além disso, o reconhecimento da imunidade recíproca com base no argumento do subsídio cruzado parece afrontar diretamente os princípios que fundamentam a imunidade recíproca. Nota-se que, por se tratar de atividades lucrativas, haveria manifestação de capacidade contributiva. Outrossim, o reconhecimento da imunidade recíproca pode causar lesão à livre concorrência, notadamente se a vantagem competitiva é repassada no preço pago pelo consumidor final[398]. Por fim, nota-se que há ofensa ao pacto federativo, uma vez que, ao reconhecer a imunidade recíproca, os entes federados acabariam por "financiar" o subsídio cruzado. Explica-se.

Conforme leciona Câmara, o subsídio cruzado representa uma distorção dos elementos econômicos envolvidos, de forma que a remuneração será alterada artificialmente[399]. Assim, o valor cobrado pela atividade lucrativa financiará a atividade beneficiada. Todavia, ao reconhecer a imunidade recíproca à atividade lucrativa, o ônus do subsídio cruzado, que seria arcado pela atividade lucrativa, culmina por ser repassado aos entes federados, em clara afronta ao pacto federativo. Nesse sentido entendeu o ministro Luiz Fux no RE nº 601.392/PR, ao concluir que o reconhecimento da imunidade com relação ao ISSQN faria com que os municípios tivessem que suportar a atividade deficitária. Também no RE nº 773.992/BA o ministro Luís Roberto Barroso foi contrário à extensão da imunidade recíproca à ECT com relação ao IPTU devido de todos os imóveis, ainda que não se relacionassem à atividade monopolística, sob o argumento de que o seu reconhecimento causaria prejuízo a diversos municípios que já são deficitários e dependem do Fundo de Participação dos Municípios[400].

Nota-se, portanto, que se reconhece a importância do subsídio cruzado para o financiamento de atividades deficitárias de forma a não onerar consumidores. Todavia, não

---

[397] RE nº 627.051/PE, ministro relator Dias Toffoli, data de julgamento 12/11/2014.
[398] Assim entendeu o ministro Luís Roberto Barroso no RE nº 627.051/PE. Vide: RE nº 627.051/PE, ministro relator Dias Toffoli, data de julgamento 12/11/2014.
[399] CÂMARA. Jacintho Arruda. **Tarifa nas concessões**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 79.
[400] RE nº 773.992/BA, ministro relator Dias Toffoli, data de julgamento 15/10/2014.

se pode reconhecer a imunidade recíproca a atividades lucrativas com base no argumento do subsídio cruzado. Além da manifestação de capacidade contributiva e de potencial lesão à livre concorrência, a utilização do argumento do subsídio cruzado como causa para o reconhecimento da imunidade recíproca promove uma grave afronta ao pacto federativo. No mecanismo do subsídio cruzado, a atividade lucrativa deve financiar a atividade deficitária. Todavia, conforme visto nos julgados, ao se reconhecer a imunidade recíproca os entes federados culminam por financiar esse subsídio, em clara afronta ao pacto federativo.

4.3 A UTILIZAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA IMUNIDADE RECÍPROCA ÀS EMPRESAS ESTATAIS

Conforme visto, a análise da imunidade recíproca a empresas estatais com base na dicotomia serviço público *versus* atividade econômica tem se tornado insuficiente. Nota-se que, para um mesmo serviço público, o STF tem proferido decisões distintas, o que demonstra que não é o serviço público em si que seria causa do reconhecimento da imunidade recíproca às empresas estatais. Outrossim, os argumentos referentes ao exercício de monopólio, bem como à necessidade de financiamento por meio de subsídio cruzado, têm sido objetos de diversas críticas, como demonstrado nos itens anteriores.

É pelas críticas demonstradas ao longo deste trabalho que se busca defender que, na análise do reconhecimento da imunidade recíproca às empresas estatais, não se mostra mais possível utilizar-se somente do argumento da prestação do serviço público *versus* exercício de atividade econômica, sob pena de se conceder decisões díspares e anti-isonômicas. O direito tributário possui fundamentos relevantes para o reconhecimento da imunidade recíproca, os quais devem ser utilizados para o reconhecimento desta às empresas estatais.

Deve-se salientar que se verificam, no STF, posicionamentos no sentido de analisar a imunidade recíproca da empresa estatal com base em seus fundamentos (a capacidade contributiva, o pacto federativo e a livre concorrência). Tais casos demonstram que uma análise casuística da matéria com base em tais princípios pode trazer decisões mais isonômicas e menos contraditórias do que a análise com base no argumento de que uma empresa presta serviço público ou exerce atividade econômica.

O ministro Joaquim Barbosa, o qual proferiu grande parte de suas decisões nesse sentido, estabeleceu um teste para o reconhecimento da imunidade recíproca às empresas estatais. Segundo o ministro, o reconhecimento da imunidade recíproca a uma determinada empresa estatal deveria passar por três estágios. A imunidade recíproca será reconhecida se:

(i) a propriedade, os bens e os serviços são utilizados na satisfação de objetivos institucionais, e eventual tributação representaria um risco à autonomia política (pacto federativo); (ii) não há exploração de atividade econômica destinada primordialmente a aumentar o patrimônio do Estado ou de particulares, por significarem manifestação de riqueza (capacidade contributiva); (iii) não há ofensa à livre concorrência.

No RE nº 285.716 AgR/SP, que afastou o reconhecimento da imunidade recíproca à Petrobras para que fosse determinada a cobrança de IPTU sobre os condutos de petróleo, o ministro Joaquim Barbosa afirmou que o fato de uma determinada empresa exercer atividade sujeita a monopólio era irrelevante. Assim, a imunidade deveria ser afastada, pois a Petrobras é uma sociedade de economia mista destinada à exploração econômica em benefício de acionistas e visa à distribuição de lucros — portanto detém capacidade econômica. Além disso, a tributação não implica risco ao pacto federativo[401].

No mesmo ano, também foi julgado o RE nº 253.472/SP, que afastou a cobrança de IPTU sobre terreno da União utilizado pela Codesp. No caso, foi concedida a imunidade, pois não foi demonstrado interesse de acúmulo patrimonial (capacidade contributiva) e não havia risco de afronta à concorrência[402]. Tais critérios passaram a ser utilizados em diversos julgados que analisaram a imunidade recíproca à Codesp, como o AI nº 551.556 AgR/SP[403].

Um julgado bastante interessante que demonstra a importância da análise dos fundamentos da imunidade recíproca é o RE nº 580.264/RS, que analisou o reconhecimento da imunidade recíproca ao Hospital Conceição, uma sociedade de economia mista que pertencia ao capital privado e cujo principal acionista, atualmente, é a União, com 99,99% das ações. Apenas seis ações são detidas pelos membros do Conselho de Administração, em caráter gratuito e precário, com a finalidade de gestão.

O ministro relator mais uma vez procedeu à análise da imunidade recíproca com base nos três estágios (pacto federativo, capacidade contributiva e livre concorrência). Ademais, ressaltou que a imunidade tributária recíproca não deve ser reconhecida pela mera circunstância de o bem pertencer a ente federado[404].

No caso em tela, concluiu-se que o Hospital Conceição era instituição vinculada diretamente ao Ministério da Saúde. Ademais, as seis ações pertencentes a acionistas privados eram instrumento para que pudessem participar do Conselho de Administração, não

---

[401] RE nº 285.716 AgR/SP, ministro relator Joaquim Barbosa, data de julgamento 02/03/2010.
[402] RE nº 253.472/SP, ministro relator Joaquim Barbosa, data de julgamento 25/08/2010.
[403] AI nº 551.556 AgR/SP, ministro relator Joaquim Barbosa, data de julgamento 01/03/2011.
[404] RE nº 580.264/RS, ministro relator Joaquim Barbosa, data de julgamento 16/12/2010.

havendo, portanto, intuito lucrativo, tampouco distribuição de lucros. Por fim, ao analisar a folha de pagamentos do hospital, verificou-se que não havia suficiência de repasses para o pagamento de impostos. O relator acabou por afastar o reconhecimento da imunidade, em virtude do argumento da União de que o hospital passaria a atender convênios médicos. No entanto, ao final, a imunidade foi reconhecida pela maioria dos votos, em virtude dos fundamentos mencionados.

Os casos mencionados, ainda que minoritários em relação à jurisprudência do STF, demonstram que uma análise casuística da situação da empresa estatal com base em sua capacidade contributiva, no pacto federativo e em eventual afronta à livre concorrência pode promover decisões menos díspares do que o simples argumento da prestação do serviço público. Nota-se que, em tais casos, resultou irrelevante a análise do tipo de serviço prestado, bem como a discussão acerca de eventual prestação de serviço em regime de monopólio (privilégio) ou necessidade de subsídio cruzado.

Mais recentemente, após os diversos julgados envolvendo a imunidade da ECT — a qual, inicialmente, foi apenas reconhecida com relação ao serviço de correios e, posteriormente, foi ampliada para outros serviços prestados pela empresa[405] —, nota-se que há mais preocupação da corte com relação à amplitude do reconhecimento da imunidade a empresas estatais prestadoras de serviços públicos. O próprio ministro Gilmar Mendes, favorável ao reconhecimento da imunidade recíproca à ECT, inclusive com relação aos demais serviços prestados pela empresa, sob o argumento do subsídio cruzado, passou a manifestar preocupação com a amplitude do reconhecimento da imunidade recíproca. No RE nº 627.051/PB, ressalta o ministro que, a partir da jurisprudência do STF para a ECT, outras empresas prestadoras de serviço público, ainda que parcialmente, estão caminhando no mesmo sentido, em um modelo chamado pelos administrativistas de "autarquização das empresas públicas", o que causaria um problema de "distribuição no plano federativo"[406].

O RE nº 600.867, que discute a imunidade recíproca da Sabesp, poderá ser um bom parâmetro para uma melhor análise do reconhecimento da imunidade recíproca às empresas estatais. Conforme visto, a Sabesp é uma prestadora de serviço de saneamento básico, o qual, de acordo com a jurisprudência majoritária do STF, é serviço público e, portanto, estaria sujeito à imunidade recíproca. Ocorre que a Sabesp é uma empresa listada em bolsa de

---

[405] RE nº 601.392/PR, ministro relator Joaquim Barbosa, ministro relator para acórdão Gilmar Mendes, data de julgamento 28/02/2013.

[406] Não obstante, nesse julgado ainda assim foi mantida a imunidade recíproca à ECT, inclusive no tocante ao ICMS. Vide RE nº 627.051/PE, ministro relator Dias Toffoli, data de julgamento 12/11/2014.

valores e distribui lucros aos seus acionistas. Nota-se, portanto, que a empresa tem clara manifestação de capacidade contributiva. Além disso, a empresa presta serviços não só no estado de São Paulo, mas até fora do Brasil, o que pode ensejar prejuízo à livre concorrência. Ademais, como mencionado pelo relator, ministro Joaquim Barbosa, não há afronta ao pacto federativo, uma vez que a carga tributária certamente não inviabilizaria as atividades da Sabesp. O mesmo se verifica com a Sanepar, que também é listada em bolsa de valores e teve reconhecida a sua imunidade por prestar serviço público de saneamento básico. Posteriormente, essa decisão foi suspensa em virtude do RE nº 600.867.

O STF tem a oportunidade, com base em tais julgados, de concluir que atualmente a realidade de muitas das empresas estatais brasileiras é outra. O reconhecimento da imunidade recíproca deve ser conduzido de forma criteriosa, assentada nos princípios que a fundamentam, não se avaliando a conveniência de sua concessão com base tão somente no fato de que a empresa presta serviço público.

Conforme visto, a imunidade recíproca é cláusula constitucional que busca permitir que ente federado cumpra com as suas finalidades públicas sem que a imposição de impostos impeça a consecução de suas atividades. Obviamente, na organização da administração pública, a constituição de empresas estatais para o exercício de atividades típicas da administração direta não inviabilizaria, *per se*, o reconhecimento da imunidade recíproca. Todavia, atualmente muitas das empresas estatais brasileiras não representam "braços deficitários" da administração direta. Felizmente, tais empresas cresceram, modernizaram-se, prestam um melhor serviço público e contribuem para o desenvolvimento do país.

Cabe a tais empresas, portanto, atuarem em concorrência justa com as empresas privadas.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou analisar o reconhecimento da imunidade recíproca às empresas estatais em virtude da sua atuação na ordem econômica. Para tanto, o trabalho foi dividido em duas partes: (i) a análise do reconhecimento da imunidade recíproca; e (ii) a atuação das empresas estatais na ordem econômica.

O capítulo 1 trouxe a evolução histórica da imunidade tributária, desde a Antiguidade até seus contornos atuais. Com a evolução da ideia de liberdade e de tributação, nota-se que a imunidade tributária deixa de ser um privilégio conferido a determinadas pessoas ou à nobreza, para ser um direito conferido aos cidadãos. Posteriormente, buscou-se conceituar a imunidade tributária de acordo com as diferentes posições de doutrinadores de cunho positivista e jusnaturalista, bem como diferenciá-la em relação à isenção. Ademais, analisaram-se os fundamentos da imunidade tributária, sua classificação e sua disciplina na CF de 1988.

O capítulo 2 dispôs, especificamente, sobre o estudo da imunidade recíproca. Inicialmente, analisou-se a origem da imunidade recíproca, baseada na jurisprudência norte-americana, e traçou-se uma breve comparação dessa exação em outras jurisdições. Nesse capítulo, foi estudada também a evolução da imunidade recíproca no direito brasileiro, bem como a atual disciplina da imunidade tributária recíproca na CF de 1988.

Após a disciplina normativa do artigo 150, inciso VI, letra “a”, da CF, foram analisados os princípios que fundamentam a imunidade recíproca: princípio federativo, capacidade contributiva e livre concorrência. Nota-se a importância da utilização de tais princípios no reconhecimento da imunidade recíproca. A imunidade recíproca é norma que visa proteger o ente federado, de forma a evitar que a tributação por outro ente prejudique a consecução de suas finalidades. Outrossim, defende-se que o ente federado não possui capacidade contributiva, uma vez que todos os seus recursos são revertidos à coletividade. Por fim, analisou-se, também, a livre concorrência, que é um dos princípios elencados no artigo 170 da CF. A livre concorrência é princípio que, juntamente com princípio federativo e capacidade contributiva, poderá servir como baliza para a análise do reconhecimento da imunidade recíproca. Ressaltou-se, no entanto, que a simples alegação de ausência de prejuízo à livre concorrência — notadamente, com base na alegação de exercício de atividade em monopólio — não pode ser causa para o reconhecimento da imunidade.

Ademais, foram tecidas breves linhas sobre o reconhecimento da imunidade às autarquias, nos termos do artigo 150, § 2º, da CF. Com base na análise dos julgados, foi possível verificar uma evolução da jurisprudência no tocante ao reconhecimento da imunidade a tais entes. Concluiu-se que o STF, na grande maioria dos casos, atualmente reconhece a imunidade às autarquias sem realizar uma análise pormenorizada do patrimônio, da renda ou dos serviços que se pretende imunizar.

Por fim, ainda no capítulo 2 analisou-se a disciplina do artigo 150, § 3º, da CF, que afasta a imunidade recíproca quando há: (i) cobrança de preços ou tarifas e (ii) exercício de atividade econômica. Com relação à cobrança de preços ou tarifas, verificou-se que a jurisprudência e a doutrina entendem que sua cobrança pelo ente público não é causa, *per se*, de afastamento da imunidade recíproca. No tocante ao afastamento da imunidade recíproca quando do exercício da atividade econômica, foram tecidas as primeiras linhas sobre o reconhecimento da imunidade recíproca às empresas estatais. Segundo a doutrina e a jurisprudência, a imunidade recíproca será reconhecida caso a empresa estatal preste serviço público, nos termos artigo 175 da CF, e será afastada caso exerça atividade econômica, nos termos do artigo 173 CF.

No capítulo 3 discorreu-se sobre a atuação da empresa estatal na ordem econômica, como forma de analisar o reconhecimento da imunidade recíproca com base nesta dicotomia: prestação de serviço público *versus* atividade econômica. Assim, estudaram-se, primeiramente, o histórico das empresas estatais, o contexto fático das empresas estatais no Brasil e o seu regime jurídico.

Em seguida, foram tecidas linhas sobre a atuação da empresa estatal na ordem econômica, notadamente com base na teoria que segrega a atividade econômica em: prestação de serviço público *versus* atividade econômica em sentido estrito.

Concluiu-se que, ao longo dos anos, o cenário fático das empresas estatais brasileiras mudou consideravelmente, de forma que se torna cada vez mais difícil estabelecer uma classificação, de forma estanque, entre empresas estatais que prestam serviço público e empresas estatais que exercem atividade econômica. Verificou-se que, no Brasil, há empresas estatais que exercem atividades típicas da administração direta, tais como atividades relacionadas ao exercício de poder de polícia, que não são consideradas atividades econômicas, tampouco serviço público. Outrossim, principalmente após as privatizações realizadas nos anos 1990, a noção de serviço público mudou consideravelmente, notadamente em virtude da participação da iniciativa privada em áreas antes ocupadas apenas pelos entes públicos.

Nesse contexto atual, as empresas estatais prestadoras de serviços públicos modernizaram-se e muitas vezes passaram a exercer um misto de atividades (algumas típicas de serviço público, outras relacionadas a típicas atividades econômicas), de forma a financiar o serviço público e competir com a iniciativa privada. Em virtude dessa gama de atividades, tornou-se difícil, senão impossível, segregar tais empresas como prestadoras de serviço público ou como empresas que exercem atividade econômica.

Em razão das constatações feitas no capítulo 3, buscou-se fazer, no capítulo 4, uma análise da jurisprudência do STF que trata do reconhecimento da imunidade recíproca às empresas estatais. O estudo permitiu concluir que o reconhecimento da imunidade recíproca a uma empresa estatal baseado no argumento da prestação do serviço público tem sido insuficiente e gerado decisões contraditórias. A corte reconhece e afasta a imunidade para um mesmo serviço público, prestado por diferentes empresas, o que permite concluir que não é o serviço público, em si, que é causa da imunidade.

Outrossim, os argumentos relacionados ao exercício de monopólio (privilégio) e à necessidade de subsídio cruzado foram considerados insuficientes. Com relação ao primeiro argumento, nota-se que, atualmente, são poucas as hipóteses previstas na CF e que a grande maioria dos serviços públicos não é mais prestada em regime de monopólio (privilégio). No tocante ao argumento do financiamento por subsídio cruzado, concluiu-se que, embora seja uma prática salutar para o financiamento do serviço público deficitário (desde que permitida na lei do serviço público), tal subsídio não pode ser argumento para o reconhecimento da imunidade, sob pena de o serviço público deixar de ser financiado pela atividade lucrativa e passar a ser, indiretamente, financiado pelos entes federados, ferindo, portanto, o pacto federativo.

Por fim, com base na análise da jurisprudência minoritária do STF, foi possível verificar que decisões que analisam a imunidade recíproca das empresas estatais com base nos princípios que a fundamentam (princípio federativo, capacidade contributiva e livre concorrência) tendem a ser mais isonômicas e menos contraditórias do que as decisões baseadas no argumento do serviço público. Conclui-se, portanto, que as decisões com base em tais princípios promovem uma análise congruente com a realidade atual das empresas estatais brasileiras.

REFERÊNCIAS

AHARONI, Yair. The Performance of State-Owned Enterprises. In: TONINELLI, Pier Angelo (Coord.). **The Rise and Fall of State-Owned Enterprise in the Western World**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 49-72.

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BADELL & GRAU. **Constitución prevé la inmunidad tributaria de la República, los Estados y las personas jurídicas estatales creadas por estos frente a las potestades impositivas de los municípios**. Disponível em: <http://www.badellgrau.com/?pag=46&ct=1062>. Acesso em: 20 dez. 2017.

BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu Machado. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

BARRETO, Aires F.; BARRETO, Paulo Ayres. **Imunidades tributárias**: limitações constitucionais ao poder de tributar. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2001.

BELLINI, Nicola. The Decline of State-Owned Enterprise and the New Foundations of The State-Industry Relationship. In: TONINELLI, Pier Angelo (Coord.). **The Rise and Fall of State-Owned Enterprise in the Western World**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 25-48.

BORGES, José Souto Maior. **Teoria geral da isenção tributária**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal **RE nº 741.438 AgR/MG**. Relator: ministro Dias Toffoli. Data de julgamento: 5 ago. 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6904013>. Acesso em: 21 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AC nº 1.550/RO**. Relator: ministro Gilmar Mendes. Data de julgamento: 6 fev. 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=456054>. Acesso em: 22 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ACO nº 1.005 ED/GO**. Relator: ministro Luiz Fux. Data de julgamento: 24 fev. 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7994473>. Acesso em: 20 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ACO nº 1.460 AgR/SC**. Relator: ministro Dias Toffoli. Data de julgamento: 7 out. 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9999230>. Acesso em: 22 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ACO nº 2.179 TA-AgR/DF**. Relator: ministro Celso de Mello. Data de julgamento: 19 ago. 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10449869>. Acesso em: 22 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ACO nº 2.243 AgR segundo/DF**. Relator: ministro Dias Toffoli. Data de julgamento: 17 mar. 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11043740>. Acesso em: 22 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ACO nº 2.303/SP**. Relator: ministro Luís Roberto Barroso. Data do julgamento: 30 nov. 2017. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ACO%24%2ESCLA%2E+E+2304%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/kkjxwkj>. Acesso em: 22 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ACO nº 2.569 ED/MG**. Relator: ministro Luiz Fux. Data de julgamento: 24 fev. 2015. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ACO%24%2ESCLA%2E+E+2569%2ENUME%2E%29+OU+%28ACO%2EACMS%2E+ADJ2+2569%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pe49md7>. Acesso em: 20 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 2.024/DF**. Relator: ministro Sepúlveda Pertence. Data de julgamento: 3 maio 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=466214>.Acesso em: 20 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 939/DF**. Relator: ministro Sydney Sanches. Data de julgamento: 15 dez. 1993. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266590>. Acesso em: 20 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 46/DF**. Relator: ministro Eros Grau. Data de julgamento: 5 ago. 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608504>. Acesso em: 22 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI nº 351.888 AgR/SP**. Relator: ministro Celso de Mello. Data de julgamento: 21 jun. 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626331>. Acesso em: 22 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI nº 551.556 AgR/SP**. Relator: ministro Joaquim Barbosa. Data de julgamento: 1 mar. 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=621352>. Acesso em: 22 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI nº 801.464 AgR/MG**. Relator: ministro Henrique Lewandowski. Data de julgamento: 18 out. 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=616617>. Acesso em: 21 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE nº 1.020.644**. Relator: ministro Gilmar Mendes. Data de julgamento: 26 maio 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13762125>. Acesso em: 22 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE nº 763.000 AgR/ES**. Relator: ministro Luís Roberto Barroso. Data de julgamento: 19 ago. 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6826991>. Acesso em: 22 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE nº 816.538 AgR/MG**. Relator: ministro Luís Roberto Barroso. Data de julgamento: 28 out. 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7272680>. Acesso em: 22 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE nº 944.558 AgR/MG**. Relatora: ministra Rosa Weber. Data de julgamento: 9 ago. 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11679721>. Acesso em: 22 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE nº 966.497**. Relatora: ministra Rosa Webber. Data de julgamento: 16 set. 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11756954>. Acesso em: 22 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo STF nº 749**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo749.htm>. Acesso em: 22 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo STF nº 763**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo763.htm>. Acesso em: 22 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 220.906/DF**. Relator: ministro Maurício Correa. Data de julgamento: 16 nov. 2000. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=249355>. Acesso em: 20 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 220.907/RO**. Relator: ministro Carlos Velloso. Data de julgamento: 12 jun. 2001. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=249356>. Acesso em: 22 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 253.394/SP**. Relator: ministro Ilmar Galvão. Data de julgamento: 26 nov. 2002. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=258274>. Acesso em: 20 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 253.472/SP**. Relator: ministro Joaquim Barbosa. Data de julgamento: 25 ago. 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618164>. Acesso em: 22 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 285.587 AgR/RS**. Relatora: ministra Ellen Gracie. Data de julgamento: 2 ago. 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626072>. Acesso em: 21 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 285.716 AgR/SP**. Relator: ministro Joaquim Barbosa. Data de julgamento: 2 mar. 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609665>. Acesso em: 22 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 286.287 AgR/SP**. Relator: ministro Teori Zavaski. Data de julgamento: 14 maio 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3872725>. Acesso em: 22 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 354.897/RS**. Relator: ministro Carlos Velloso. Data de julgamento: 17 ago. 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261333>. Acesso em: 22 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 363.412 AgR/BA**. Relator: ministro Celso de Mello. Data de julgamento: 7 ago. 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=548673>. Acesso em: 22 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 364.202/RS**. Relator: ministro Carlos Velloso. Data de julgamento: 5 out. 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261591>. Acesso em: 22 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 398.630/SP**. Relator: ministro Carlos Velloso. Data de julgamento: 17 ago. 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261745>. Acesso em: 22 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 399.307 AgR/MG**. Relator: ministro Joaquim Barbosa. Data de julgamento: 16 mar. 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610335>. Acesso em: 20 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 407.099/RS**. Relator: ministro Carlos Velloso. Data de julgamento: 22 jun. 2004. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261763>. Acesso em: 20 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 450.314AgR/MG**. Relator: ministro Dias Toffoli. Data de julgamento: 25 set. 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2926733>. Acesso em: 20 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 482.814 AgR/SC**. Relator: ministro Ricardo Lewandowski. Data de julgamento: 29 nov. 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1627011>. Acesso em: 21 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 486.306 AgR segundo/MG**. Relatora: ministra Carmen Lúcia. Data de julgamento: 14 fev. 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1795436>. Acesso em: 21 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 580.264/RS**. Relator: ministro Joaquim Barbosa. Data de julgamento: 16 dez. 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628371>. Acesso em: 22 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 599.176/PR**. Relator: ministro Joaquim Barbosa. Data de julgamento: 5 jun. 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7065098>. Acesso em: 22 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 601.392/PR**. Relator: ministro Joaquim Barbosa. Relator para acórdão: ministro Gilmar Mendes. Data de julgamento: 28 fev. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3921744>. Acesso em: 22 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 627.051/PE**. Relator: ministro Dias Toffoli. Data de julgamento: 12 nov. 2014. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+627051%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+627051%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/npwamss>. Acesso em: 20 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 74.091/SP**. Relator: ministro Bilac Pinto. Data de julgamento: 23 mar. 1973. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=169792>. Acesso em: 21 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 75.000/SP**. Relator: ministro Antônio Neder. Data de julgamento: 27 maio 1980. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=170653>. Acesso em: 22 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 773.992/BA**. Relator: ministro Dias Toffoli. Data de julgamento: 15 out. 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7795987>. Acesso em: 22 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 88.858 AgR/SP**. Relator: ministro Rafael Mayer. Data de julgamento: 15 out. 1982. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=270761>. Acesso em: 21 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 90.470/PB**. Relator: ministro Cordeiro Guerra. Data de julgamento: 10 dez. 1981. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=184126>. Acesso em: 20 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 911.498 AgR/SP**. Relator: ministro Dias Toffoli. Data de julgamento: 15 dez. 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10350136>. Acesso em: 22 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 927.752AgR/PR**. Relator: ministro Luís Roberto Barroso. Data de julgamento: 24 maio 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11172065>. Acesso em: 22 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 944.111 AgR/SP**. Relator: ministro Dias Toffoli. Data de julgamento: 30 set. 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11866683>. Acesso em: 22 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 951.317/PR**. Relator: ministro Luís Roberto Barroso. Data de julgamento: 28 ago. 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11703259>. Acesso em: 22 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 951.445 AgR/MG**. Relator: ministro Luís Roberto Barroso. Data de julgamento: 30 set. 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11924720>. Acesso em: 22 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 98.382/MG**. Relator: ministro Moreira Alves. Data de julgamento: 12 nov. 1982. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=191298>. Acesso em: 20 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RMS nº 1.6416 AgR/GB**. Relator: ministro Aliomar Baleeiro. Data de julgamento: 31 ago. 1966. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=24818>. Acesso em: 22 dez. 2017.

CALIENDO, Paulo. Princípio da neutralidade fiscal: conceito e aplicação. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TORRES, Heleno Taveira (Coord.). **Princípios de direito financeiro e tributário: estudos em homenagem a Roberto Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 503-540.

CÂMARA. Jacintho Arruda. **Tarifa nas concessões**. São Paulo: Malheiros, 2009.

CARRAZZA¸ Roque Antônio. Empresas estatais (sociedades de economia mista e empresas públicas) delegatárias de serviços públicos ou atos de polícia: sua imunidade a impostos – exegese do art. 150, VI, *a*, da CF. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Grandes questões atuais do direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2000. v. 4. p. 217-238.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASANOVA, Gustavo J. Naveira de. **El "instrumento de gobierno" como concepto jurídico indeterminado em la jurisprudência de la Corte Suprema Argentina**. Disponível em: <http://vlex.xom/vid/instrumento-indeterminado-corte-suprema-39013253>. Acesso em: 1 jun. 2016.

CHEMERINSKY, Erwin. **Constitutional Law**: Principles and Policies. 5. ed. New York: Wolters Kluwer, 2015.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **Processo Administrativo Sancionador CVM n.º RJ2012/1131**. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2015/20150526_PAS_RJ20121131.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2017.

COMPANHIA AMBIENTAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Estatuto Social**. Disponível em: <http://cetesb.sp.gov.br/home/wp-content/uploads/sites/11/2014/11/Estatuto-Social-24-abr-14.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2017.

COMPANHIA DE ENGENHARIA DE TRÁFEGO. **Estatuto Social**. Disponível em: <http://cetsp1.cetsp.com.br/pdfs/estatuto/estatutoCETSP.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2017.

COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Estatuto Social**. Disponível em: <http://www.sabesp.com.br/sabesp/filesmng.nsf/2E2CE66D83F409BE832574CD006A6A20/$File/estatuto_social.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2017.

COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Perfil**. Disponível em: <http://site.sabesp.com.br/site/interna/Default.aspx?secaoId=505>. Acesso em: 22 dez. 2017.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Nota Técnica nº 1/2016/CGAA4/SGA1/SG/CADE**. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?RKEI6mTRs7dVeKI-f0dWvbZous8A1Z9JAsZ4pd0mCXMhLaXMPfyd6dk9Ctlzf1V6tXxQFldosAl9iHAH7TaDgA>. Acesso em: 23 out. 2017.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Processo Administrativo nº 08012.000668/98-06**. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yNOCtqxztUZDnZ1HvbQY7roLpJBmRWEWjFVvFr57Urjey6hskwkuJdZ48M2zSYlBOSBm8G50eLp_LQwfTOIBLts>. Acesso em: 12 dez. 2017.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Processo Administrativo nº 08700.009588/2013-04**. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?NJlLMKAUD29j6X1yj2GO_P27TZb287t6FyKxmleAun1Xpb6GtjhvqaTaDojl-uEp4Dq_s_7lM2PUM21NYk-dTA>. Acesso em: 23 out. 2017.

COSTA, Alcides Jorge. Algumas ideias sobre uma reforma do sistema tributário Brasileiro. **Revista de Direito Tributário Atual**, São Paulo, v. 7/8, p. 1733-1770, 1987/1988.

COSTA, Alcides Jorge. Capacidade contributiva. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, n. 55, p. 297-302, jan./mar. 1991.

COSTA, Regina Helena. **Imunidades tributárias**: teoria e análise da jurisprudência do STF. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

COSTA, Regina Helena. **Princípio da capacidade contributiva**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CUI, Wei. **Taxation of State Owned Enterprises**: A Review of Empirical Evidence from China. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2583284>. Acesso em: 10 maio 2016.

DELLA PICCA, Pablo Hernán. La inmunidad fiscal del Banco de La Provincia de Buenos Aires. **Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio Gioja"**, Buenos Aires, v. 9, n. 14, p. 77-96, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Forense, 2017.

EMPRESA METROPOLITANA DE ÁGUAS E ENERGIA S.A. **Composição acionária**. Disponível em: <http://www.emae.com.br/ri/conteudo.asp?id=ccs>. Acesso em: 21 dez. 2017.

EMPRESA METROPOLITANA DE ÁGUAS E ENERGIA S.A. **Estatuto Social**. Disponível em:

<http://www.emae.com.br/arquivos/internet/Investidores/Governanca%20Corporativa/Estatuto%20Social/ESTATUTO%20SOCIAL%20AGO%2026-04-2017.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2017.

GODOI, Marciano Seabra de. Imunidade recíproca e ordem econômica: o caso da cessão do uso de bens imóveis de propriedade de entes públicos e o IPTU. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Grandes questões atuais de direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2011. v. 15. p. 243-270.

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

GRAU, Eros Roberto. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

GRAU, Eros Roberto. **Elementos do direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

IBAÑES, André Pereira. Imunidade tributária recíproca: a experiência do direito norte-americano. In: DIFINI, Luiz Pereira Silveira (Coord.). **Imunidades tributárias e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 29-53.

JARACH, Dino. **El hecho imponible**: teoria general del derecho tributário sustantivo. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1976.

JUSTEN FILHO, Marçal. Empresas estatais e a superação da dicotomia prestação de serviço público/exploração da atividade econômica. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (Coord.). **Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 403-423.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 5. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LEWIS, Thomas T.; WILSON, Richard L. **Encyclopedia of the U.S. Supreme Court**. Pasadena: Salem Press, 2001. v. 2.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Universalização de serviços públicos e competição: o caso da distribuição de gás natural. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 223, p. 133-152, jan./mar. 2001.

MARSH, William D. Intergovernmental Tax Immunity Beyond *South Carolina v. Baker*. **Brigham Young University Law Review**, n. 1989, p. 249-260, 1989.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO. **Boletim das Empresas Estatais**. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/empresas-estatais/publicacoes/boletim-das-empresas-estatais>. Acesso em: 21 dez. 2017.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Imunidades**: contra impostos na Constituição anterior e sua disciplina mais completa na Constituição de 1988. São Paulo: Resenha Tributária, 1990.

OLIVEIRA, Yonne Dolacio de. **Imunidades tributárias na Constituição de 1988**. São Paulo: Resenha Tributária, 1992.

PINHEIRO, Armando. **A experiência brasileira de privatização**: o que vem a seguir? Rio de Janeiro: BNDES, 2000. (Texto para Discussão n. 87).

PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal**: função econômica e dilemas societários. São Paulo: Atlas, 2010.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. O Programa Estadual de Desestatização do Estado de São Paulo. **Cadernos Fundap**, n. 22, p. 69-73, 2001.

PYLEE, Moolamattom Varkey. **Constitutional Government in India**. 6th. ed. New Delhi: S. Chand & Company Ltd., 2006.

REINERT, Erick S. The Role of the State in Economic Growth. In: TONINELLI, Pier Angelo (Coord.). **The Rise and Fall of State-Owned Enterprise in the Western World**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 73-99.

ROTHMANN, Gerd Willi. Tributação, sonegação e livre concorrência. In: FERRAZ, Roberto (Coord.). **Princípios e limites da tributação 2**: os princípios da ordem econômica e a tributação. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 331-371.

SÃO PAULO (estado). **Empresas**. Disponível em: <http://www.saopaulo.sp.gov.br/orgaos-e-entidades/empresas/>. Acesso em: 21 dez. 2017.

SÃO PAULO (estado). **Nossa Caixa, há 90 anos o banco dos brasileiros de São Paulo**. Disponível em: <http://www.saopaulo.sp.gov.br/spnoticias/ultimas-noticias/nossa-caixa-ha-90-anos-o-banco-dos-brasileiros-de-sao-paulo/>. Acesso em: 21 dez. 2017.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **As empresas estatais no direito administrativo econômico atual.** São Paulo: Saraiva, 2016.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Novas anotações sobre as empresas estatais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 239, p. 209-240, jan./mar. 2005.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Imunidade tributária e ordem econômica. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Grandes questões atuais de direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2011. v. 15. p. 229-242.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Livre concorrência e tributação. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Grandes questões atuais de direito tributário**. São Paulo, Dialética, 2007. v. 11. p. 241-271.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Notas acerca da imunidade tributária: limites a uma limitação do poder de tributar. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FERNANDES, Edison Carlos (Coord.). **Tributação, justiça e liberdade**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 391-410.

SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. **Demonstrativo dos gastos governamentais indiretos de natureza tributária (gastos tributários) – PLOA 2017**. Disponível em: <https://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/renuncia-fiscal/previsoes-ploa/dgt-ploa-2017-versao-1-1.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2017.

SETSER, Vernon. The Immunities of the State and Government Economic Activities. **Law and Contemporary Problems**, n. 24, p. 291-316, 1959. Disponível em: <http://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol24/iss2/5>. Acesso em: 13 jun. 2016.

SILVEIRA, Rodrigo Maito da. **Tributação e concorrência**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. (Série Doutrina Tributária, v. 4).

SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. Tradução de Alexandre Amaral Rodrigues e Eunice Ostresnsky. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

SURREY, Stanley S. Tax Incentives as a Device for Implementing Government Policy: A Comparisson with Direct Government Expenditures. **Harvard Law Review**, v. 83, n. 4, p. 705-738, Feb. 1970.

SURREY, Stanley S. The Tax Expenditure Concept and the Budget Reform Act of 1974. **Boston College Industrial and Commercial Law Review**, v. 17, n. 5, p. 679-737, jun.1976.

TIPKE, Klaus. Princípio da igualdade e ideia de sistema no direito tributário. In: MACHADO, Brandão (Coord.). **Direito tributário**: estudos em homenagem ao prof. Ruy Barbosa Nogueira. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 517-527.

TONINELLI, Pier Angelo. The Rise and Fall of Public Enterprise: The Framework. In: _____. (Coord.). **The Rise and Fall of State-Owned Enterprise in the Western World**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

TORRES, Ricardo Lobo. **A ideia de liberdade no Estado patrimonial e no Estado fiscal**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

TORRES, Ricardo Lobo. As imunidades tributárias e os direitos humanos: problemas de legitimação. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Tratado de direito constitucional tributário**: estudos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho, São Paulo: Saraiva, 2005. p. 305-338.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**: valores e princípios constitucionais tributários. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. v. 2.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**: os direitos humanos e a tributação – imunidades e isonomia. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 3.

UNITED STATES OF AMERICA. Department of State. **Germany**: Investment Climate Statement. 2015. Disponível em: <http://www.state.gov/documents/organization/241782.pdf>. Acesso em: 10 maio 2016.

VALVERDE, Trajano de Miranda. Sociedades anônimas ou companhias de economia mista. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 429-441, abr. 1945.

VANONI, Ezio. **Natureza e interpretação das leis tributárias**. Tradução de Rubens Gomes de Sousa. Rio de Janeiro: Edições Financeiras S.A., 1952.

VELASCO JUNIOR, Licínio. **A economia política das políticas públicas**: fatores que favoreceram as privatizações no período de 1985/1994. Rio de Janeiro: BNDES, 1997. (Texto para Discussão n. 54).

VELASCO JUNIOR, Licínio. **A economia política das políticas públicas**: as privatizações e a reforma do Estado. Rio de Janeiro: BNDES, 1997. (Texto para Discussão n. 55).

ZILVETI, Fernando Aurelio. **Princípios de direito tributário e a capacidade contributiva**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.