

Editor: Fernando Aurelio Zilveti
Editor-assistente: Michell Przepiorka Vieira

ISSN 1415-8124

REVISTA DIREITO TRIBUTÁRIO ATUAL

RD TA

42

2^o Semestre 2019

Current Issues of Tax Law Review

N. 42 – 2019 / 2nd Semester



INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO

O DESCABIMENTO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA EM FACE DA CORREIOS CELULAR SOB O PRISMA DO PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA

THE IMPOSSIBILITY OF THE RECIPROCAL TAX IMMUNITY IN FAVOR OF CORREIOS CELULAR UNDER THE PRINCIPLE OF FREE COMPETITION

André Santos Ferraz

Especialista em Direito Tributário e Finanças Públicas pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (Uniceub). Bacharel em Ciências Econômicas pela Universidade de Brasília (UNB). Advogado em São Paulo. E-mail: andreferraz.adv@hotmail.com

Recebido em: 15-08-2019

Aprovado em: 17-10-2019

RESUMO

A imunidade tributária recíproca dispõe ser vedado à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios instituir impostos sobre patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros (art. 150, VI, "a", da CF/1988). Contudo, seu escopo é limitado pelo § 3º do art. 150, da CF/1988. A exceção prevista neste dispositivo ensejou o surgimento de uma concepção teórica que defende o descabimento da imunidade tributária recíproca em face de empresas públicas que exploram atividades econômicas em que haja atuação direta de agentes privados, tendo em vista que tal benefício tributário desequilibraria a concorrência em favor do ente estatal, contrariando diretamente ao princípio da livre concorrência. Assim, tendo em vista que os negócios da Correios Celular extrapolam as atividades relacionadas ao serviço postal, é perfeitamente cabível afirmar que a EBCT, ao ofertar os serviços da Correios Celular, desempenha atividade eminentemente econômica e, portanto, não deve fazer jus aos benefícios relativos à imunidade tributária recíproca.

PALAVRAS-CHAVE: IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA, PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA, CORREIOS CELULAR

ABSTRACT

The reciprocal immunity in CF/1988 establishes that the Federal Government, the states, the Federal District and municipalities are not allowed to impose taxes on property, income or services of each other (article 150, VI, "a", CF/1988). However, its scope is limited by § 3 of art. 150, CF/1988. This exception led to theoretical conception that defends the disregard of reciprocal tax immunity of public companies that exploit economic activities in which there is direct action of private agents, considering that the concession of this benefit would unbalance the competition in favor of such state entity, what would directly confront the principle of free competition. Thus, considering that the businesses developed by Correios Celular extrapolate the activities related to the postal service, it is perfectly reasonable to state that EBCT, by offering the services of Correios Celular, performs economic activity and, therefore, not entitled to the reciprocal immunity conferred on EBCT.

KEYWORDS: RECIPROCAL IMMUNITY, PRINCIPLE OF FREE COMPETITION, CORREIOS CELULAR

INTRODUÇÃO

No Brasil, o instituto da imunidade tributária passou por momentos evolutivos importantes em virtude, principalmente, das Constituições promulgadas ou outorgadas ao longo da história do país, cada uma com as suas peculiaridades, as quais eram consequências dos momentos social e político ora vividos.

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ("CF/1988"), agentes privados foram promovidos ao patamar de principais fomentadores da economia, posição, até então, do Estado. A livre iniciativa e a valorização do trabalho foram colocadas como fundamentos da ordem econômica com o objetivo de assegurar a todos existência digna, devendo, entretanto, ser observados alguns princípios (art. 170 da CF/1988), dentre os quais o princípio da livre concorrência (art. 170, IV, da CF/1988).

Na seara tributária, a CF/1988 limitou o poder de tributar dos entes públicos por intermédio de princípios e das imunidades tributárias. Uma das limitações ao poder estatal de tributar estabelecida pela referida Carta Magna foi a imunidade tributária recíproca, introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891 ("Constituição de 1891"), a qual também instituiu o federalismo no país.

A imunidade tributária recíproca prevista na CF/1988 dispõe ser vedado à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir impostos sobre patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros (art. 150, VI, "a", da CF/1988). No entanto, o texto constitucional ainda prevê, em seu § 3º do art. 150, uma exceção à imunidade em tela no sentido de que a mesma não se aplica, por exemplo, ao patrimônio, à renda e aos serviços relacionados à exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados.

Essas previsões constitucionais relativas à extensão do cabimento da imunidade tributária recíproca em face da exploração de atividades econômicas por entes públicos, como, por exemplo, empresas públicas, são alvo de diversos debates doutrinários e jurisprudenciais. Nesse sentido, verifica-se a existência de uma concepção teórica que defende o descabimento da imunidade tributária recíproca em face de empresas públicas que exploram atividades econômicas em que haja também a atuação direta de agentes privados, tendo em vista que a concessão desse benefício tributário desequilibraria a concorrência em favor de tal ente estatal, afrontando diretamente o princípio da livre concorrência e, até mesmo, o fundamento da livre iniciativa, o qual, conforme será apresentado adiante pelo presente artigo, não é absoluto no ordenamento jurídico pátrio.

A partir disso, buscar-se-á expor o possível descabimento da imunidade tributária recíproca em relação às atividades desenvolvidas pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (“EBCT” ou “Correios”) por intermédio da Correios Celular, a qual oferta, atualmente, *chips* e planos pré-pagos de telefonia móvel.

Para se atingir tal objetivo, abordar-se-ão, inicialmente, as previsões da CF/1988 relativas à ordem econômica e à imunidade tributária recíproca, sendo pormenorizados os fundamentos que sustentam a ideia de que empresas públicas prestadoras de atividades eminentemente econômicas não devem gozar dos benefícios da referida imunidade, pois essa situação afrontaria o princípio constitucional da livre concorrência ao desequilibrar a competição entre tais empresas públicas e seus concorrentes privados.

Em seguida, serão feitas considerações a respeito da exploração de Serviço Móvel Pessoal por meio de Rede Virtual, modelo de prestação de serviço popularmente conhecido no mundo como *Mobile Virtual Network Operator* (“MVNO”), regulamentado no Brasil por meio da Resolução Anatel n. 550, de 22 de novembro de 2010. Tais considerações são essenciais para entender o posicionamento da Correios Celular no mercado.

Então, desenvolver-se-á uma breve análise das atividades da EBCT e da Correios Celular, para, a partir disso, demonstrar que os serviços ofertados por esta extrapolam os serviços postais prestados por aquela.

Pretende-se, por último, demonstrar o descabimento da imunidade tributária recíproca em face dos serviços ofertados pela Correios Celular, tendo em vista que estes dizem respeito à atividade eminentemente econômica desempenhada pela EBCT em um mercado com a presença de outros concorrentes privados.

1. A ORDEM ECONÔMICA E A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA NA CF/1988

1.1. A ordem econômica na CF/1988

O Título VII da Constituição Federal foi o responsável por trazer as novas diretrizes da ordem econômica brasileira¹, caracterizando a nova Carta Magna por aquilo que a doutrina convencionou denominar de Constituição Econômica². Pela primeira vez, se observou, em uma Constituição brasileira, a separação entre a Ordem Econômica e Financeira (Título VII da CF/1988) e a Ordem Social (Título VIII da CF/1988)³.

O primeiro artigo do Título VII da Constituição Federal de 1988 (art. 170)⁴ é o responsável por determinar os fundamentos, os objetivos e os princípios da “Ordem Econômica e Financeira” nacional⁵.

A partir da leitura do referido artigo, depreende-se que a ordem econômica brasileira tem como fundamentos “a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa”⁶. Além disso, o mesmo artigo ainda indica, como objetivo da ordem econômica, “assegurar, a todos, existência digna, conforme os ditames da justiça social”⁷.

Para alcançar a existência digna de toda população, alguns princípios, os quais seriam os elementos pelos quais a ordem econômica se efetivará⁸, devem ser observados: o da soberania nacional; o da propriedade privada; o da função social da propriedade; o da livre concorrência; o da defesa do consumidor; o da defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; o da redução das desigualdades regionais e sociais; o da busca do pleno emprego; e o do tratamento favorecido para as empresas de pequeno

1 Eros Roberto Grau adverte a respeito da polissemia da expressão “ordem econômica” (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 17. ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2015). Sem prejuízos, o presente trabalho utilizará a referida expressão para indicar o modo de ser da economia, a articulação do econômico, como fato entre os indivíduos.

2 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial – as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998.

3 PROENÇA, José M. M. *Concentração empresarial e o direito da concorrência*. São Paulo: Saraiva, 2001.

4 “Art. 170, CF/1988. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I – soberania nacional;

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade;

IV – livre concorrência;

V – defesa do consumidor;

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII – busca do pleno emprego;

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 1º ago. 2019)

5 SOUZA, Washington P. Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

6 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 1º ago. 2019.

7 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 1º ago. 2019.

8 SOUZA, Washington P. Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Tendo em vista o cunho neoliberal da Constituição de 1988, o Estado, observando esses princípios, passa a intervir sobre o domínio econômico, buscando garantir direitos que atinjam a função social da ordem econômica⁹.

Nota-se a intenção do legislador originário em apontar, de forma específica, o objetivo que deve ser alcançado pela ordem econômica. Em outras palavras, o legislador originário estabelece uma diretriz almejada¹⁰. No entanto, essa diretriz não deve ser confundida com os princípios, os quais deveriam ser observados não porque viabilizam ou asseguram a busca de determinadas situações econômicas, “mas, sim, porque a sua observância corresponde a um imperativo de justiça”¹¹.

Dessa forma, a existência digna de toda a população seria a diretriz da ordem econômica nacional (art. 170 da CF/1988), enquanto a observância dos princípios listados, no referido artigo, garantiria essa existência digna e corresponderia, conforme já afirmado, a um imperativo de justiça.

Vale ressaltar, ainda, a possível distinção entre princípios e regras. As regras delimitariam exaustivamente as condições em que serão aplicadas; ao passo que, os princípios não, já que buscariam apenas definir uma direção a ser seguida¹², corroborando a ideia que o art. 170 da CF/1988 lista os princípios que devem ser observados. No mesmo sentido, pode-se afirmar que os princípios possuem maior grau de abstração que as regras, as quais ainda poderiam ser aplicadas diretamente no caso concreto; enquanto os princípios não, pois demandam algum tipo de mediação antes de sua aplicação¹³.

Portanto, parece ser bastante razoável afirmar que a soberania nacional, a função social da propriedade, a livre concorrência etc. são realmente os princípios da ordem econômica brasileira. A observação deles não tem a pretensão de criar uma solução específica para um caso concreto. A intenção desta observação é buscar direcionar a tomada de decisão do legislador derivado, do aplicador de política pública ou de um juiz, por exemplo¹⁴.

1.1.1. Livre iniciativa e livre concorrência

9 RAGAZZO, Carlos E. J. Notas introdutórias sobre o princípio da livre concorrência. *Scientia Iuris* v. 10, 2006, p. 83-96.

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

11 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 17. ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 153.

12 LEITE, Gisele; e HEUSLER, Denise. Considerações principiológicas sobre a Constituição Federal Brasileira. *Scientia Iuris* v. 16 (1), 2012, p. 45-66.

13 LEITE, Gisele; e HEUSLER, Denise. Considerações principiológicas sobre a Constituição Federal Brasileira. *Scientia Iuris* v. 16 (1), 2012, p. 45-66.

14 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

Quando a doutrina brasileira versa sobre os princípios constitucionais da ordem econômica, um destes princípios é, certamente, destacado: o da livre concorrência (art. 170, IV, da CF/1988). Esse princípio, na maioria das vezes em que é abordado, é acompanhado pelo estudo do fundamento constitucional da livre iniciativa, presente tanto no art. 1º, IV, quanto no art. 170, *caput*, da Carta Magna. Apesar dessa análise conjunta, a livre concorrência e a livre iniciativa não devem ser confundidas¹⁵.

Nesse sentido, livre iniciativa pode ser entendida como o “direito que todos têm de se lançarem ao mercado de produção de bens e serviços por sua conta e risco”¹⁶. Por sua vez, livre concorrência é compreendida como a disputa pelo mercado, a partir de um quadro de igualdade jurídico-formal, em que cada agente econômico abocanha “a parcela que lhe é devida segundo os méritos que apresentou”¹⁷.

A partir disso, ao condicionar o fundamento da livre iniciativa a diferentes princípios constitucionais, a Carta Magna afastou a concepção liberal clássica da livre iniciativa absoluta¹⁸. Dessa forma, restou reconhecida, no ordenamento jurídico brasileiro, a possibilidade de a liberdade plena dos agentes gerar distorções de mercado prejudiciais ao sistema concorrencial¹⁹.

Assim, a tutela estatal da livre concorrência aparece como um limite negativo da livre iniciativa, devendo esta necessariamente se submeter àquela²⁰. Nesse sentido, é possível afirmar que a livre concorrência passou a ser vista como um meio, um verdadeiro instrumento, para se alcançar um bem maior da sociedade em geral, e não apenas dos agentes de determinado mercado²¹.

Logo, o texto constitucional permite concluir que se pretende criar e preservar um “ambiente no qual as empresas tenham efetivos incentivos para competir, inovar e satisfazer as demandas dos consumidores; proteger o processo competitivo; e evitar que os mercados sejam fossilizados pelos agentes com elevado grau de poder econômico”²².

15 RAGAZZO, Carlos E. J. Notas introdutórias sobre o princípio da livre concorrência. *Scientia Iuris* v. 10, 2006, p. 83-96.

16 PETTER, Lafayette J. *Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do artigo 170 da Constituição Federal*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008, p. 179.

17 PETTER, Lafayette J. *Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do artigo 170 da Constituição Federal*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008, p. 248.

18 RAGAZZO, Carlos E. J. Notas introdutórias sobre o princípio da livre concorrência. *Scientia Iuris* v. 10, 2006, p. 83-96.

19 FORGIONI, P. A. *Os fundamentos do antitruste*. 6. ed. (rev. e atual.). São Paulo: RT, 2013.

20 PROENÇA, José M. M. *Concentração empresarial e o direito da concorrência*. São Paulo: Saraiva, 2001.

21 FORGIONI, P. A. *Os fundamentos do antitruste*. 6. ed. (rev. e atual.). São Paulo: RT, 2013.

22 FORGIONI, P. A. *Os fundamentos do antitruste*. 6. ed. (rev. e atual.). São Paulo: RT, 2013, p. 189.

Em suma, o princípio da livre concorrência fornece uma base jurídica que visa impedir que os agentes, inclusive, os públicos, utilizem o princípio da livre iniciativa de forma exacerbada²³, já que, no Brasil, pode-se afirmar que, em se tratando de domínio econômico, o princípio da livre iniciativa não significa liberdade absoluta de iniciativa²⁴.

1.2. A imunidade tributária recíproca na CF/1988

Em relação à matéria tributária, a CF/1988 manteve os princípios gerais presentes nas Constituições anteriores. Contudo, alterações consideráveis foram observadas na discriminação das rendas tributárias, ao adotar-se uma nova distribuição de competências. Além disso, “a seção correspondente às limitações do poder de tributar foi consideravelmente ampliada”²⁵, contemplando, por exemplo, a previsão de imunidade para Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (“ICMS”) nas prestações de serviço de comunicação nas modalidades de radiodifusão sonora e de sons e imagens de recepção livre e gratuita²⁶.

Por sua vez, comparando as Constituições brasileiras anteriores à CF/1988, verifica-se que o alcance da imunidade tributária recíproca foi encurtado²⁷, tendo em vista que ficou restrito apenas ao patrimônio, à renda e aos serviços vinculados às finalidades essencialmente estatais.

1.2.1. Imunidades tributárias na CF/1988: limitações constitucionais ao poder de tributar

Tendo em vista os efeitos produzidos pelas imunidades tributárias, as mesmas são definidas como limitações constitucionais ao poder de tributar²⁸. Nesse sentido, a própria CF/1988 inclui, na Seção II do Capítulo I do Título VI (intitulada de “Das Limitações do Poder de Tributar”)²⁹, “as imunidades tributárias propriamente ditas e os demais princípios e

23 RAGAZZO, Carlos E. J. Notas introdutórias sobre o princípio da livre concorrência. *Scientia Iuris* v. 10, 2006, p. 83-96.

24 PROENÇA, José M. M. Concentração empresarial e o direito da concorrência. São Paulo: Saraiva, 2001.

25 BALTHAZAR, Ubaldo Cezar. História do tributo no Brasil. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 181.

26 “Art. 155. CF/1988. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: [...] II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; § 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993) [...] X – não incidirá:

d) nas prestações de serviço de comunicação nas modalidades de radiodifusão sonora e de sons e imagens de recepção livre e gratuita; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003).” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 1º ago. 2019).

27 Opinião compartilhada também por: FREITAS, Leonardo B.; e BEVILACQUA, Lucas. Livre concorrência e imunidade dos Correios: limite a uma limitação. *Revista Direito Tributário Atual* v. 28. São Paulo: Dialética e IBDT, 2012, p. 132-148.

28 BALEEIRO, Aliomar. Limitações constitucionais ao poder de tributar. 8. ed. atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

29 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 1º ago. 2019.

normas reguladoras dos direitos e garantias dos contribuintes, como legalidade, irretroatividade, anterioridades, vedação do confisco e outros”³⁰.

Alguns pontos relacionados à imunidade tributária já são alvo de alguma harmonia pela doutrina majoritária e, por isso, merecem destaque:

- “1. é regra jurídica, com sede constitucional;
2. é delimitativa (no sentido negativo) da competência dos entes políticos da Federação, ou regra de incompetência;
3. obsta o exercício da atividade legislativa do ente estatal, pois nega competência para criar imposição em relação a certos fatos especiais e determinados;
4. distingue-se da isenção, que se dá no plano infraconstitucional da lei ordinária ou complementar.”³¹⁻³²

Apesar da inexistência de consenso doutrinário acerca do conceito de imunidade tributária³³, tendo em vista, por exemplo, corrente que não a enxerga como limitação constitucional às competências tributárias³⁴; é possível definir, sem prejuízos ao desenvolvimento do presente trabalho, a mesma como:

“regra constitucional expressa (ou implicitamente necessária), que estabelece a não competência das pessoas políticas da federação para tributar certos fatos e situações, de forma amplamente determinada, delimitando negativamente, por meio da redução parcial, a norma de atribuição de poder tributário. A imunidade é, portanto, regra de exceção e de delimitação de competência [...].

É norma que estabelece a incompetência. Ora, estabelecer incompetência é negar competência ou denegar poder de instituir tributos, conjunto de normas que só adquire sentido em contraste com outro conjunto que atribui ou concede poder tributário. Conjunto só inteligível, se logicamente se pressupõe um outro conjunto, por ele reduzido ou delimitado: o das normas atributivas de poder.”³⁵

30 BALEEIRO, Aliomar. Limitações constitucionais ao poder de tributar. 8. ed. atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 372.

31 BALEEIRO, Aliomar. Limitações constitucionais ao poder de tributar. 8. ed. atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 372.

32 Em relação à imunidade tributária e à isenção tributária, cumpre acrescentar que “aquilo que se convencionou chamar de imunidade (assim como acontece com isenção, no plano das leis) é regra parcial, de exceção. A imunidade e a isenção jamais serão totais ou coincidentes (no sentido negativo), no primeiro caso, com a norma atributiva de poder tributário, no segundo, com o âmbito de incidência do tributo. Se o fossem, equivaleriam à cassação da competência ou à revogação da lei tributante. Daí a explicável analogia, feita pela doutrina, entre imunidade e isenção, em que pesem as suas diferenças substanciais.” (BALEEIRO, Aliomar. Limitações constitucionais ao poder de tributar. 8. ed. atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 374)

33 HARADA, Kiyoshi. Imunidade recíproca das empresas públicas e das sociedades de economia mista. Revista Tributária e de Finanças Públicas v. 103, 2012, p. 63-77.

34 Nesse sentido, entendimento manifestado pelo Professor Paulo de Barros Carvalho (CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2017).

35 BALEEIRO, Aliomar. Limitações constitucionais ao poder de tributar. 8. ed. atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro:

FERRAZ, André Santos. O Descabimento da Imunidade Tributária Recíproca em Face da Correios Celular sob o Prisma do Princípio da Livre Concorrência. Revista Direito Tributário Atual, n.42. ano 37. p. 69-92. São Paulo: IBDT, 2º semestre 2019.

A partir da definição retrotranscrita, pode-se extrair um dos principais efeitos da imunidade tributária: limitar o poder de tributar; assim como os princípios constitucionais tributários, os quais, por sua vez, não estabelecem incompetência sobre determinadas situações fáticas e, por isso, merecem ser diferenciados daquelas³⁶.

Contudo, não é apenas o efeito de limitar o poder de tributar que aproxima as imunidades tributárias e os princípios constitucionais, tendo em vista que uma imunidade representa, na verdade, uma consequência de algum(ns) princípio(s). Em outras palavras, “as imunidades somente se explicam e se justificam se buscarmos os princípios que as inspiram”³⁷. Nesse diapasão, a imunidade tributária recíproca só pode ser plenamente entendida a partir do(s) princípio(s) que a alicerça(m), conforme buscar-se-á detalhar no tópico seguinte.

Além disso, há uma evidente aproximação entre as imunidades tributárias e os princípios em relação àquele que, possivelmente, é seu principal objetivo: “manter resguardados os direitos fundamentais”³⁸. A partir disso, verifica-se que as limitações ao poder de tributar, as quais englobam imunidades tributárias e princípios, devem ser interpretadas em face da proteção aos fundamentos da República Federativa do Brasil, dentre os quais a livre iniciativa.

1.2.2. A imunidade tributária recíproca na CF/1988

O art. 150, VI, “a”, da CF/1988³⁹, enuncia, no ordenamento jurídico brasileiro, a imunidade tributária recíproca⁴⁰. A previsão da imunidade tributária recíproca expressa, na realidade, dois princípios: o federativo e o da capacidade contributiva⁴¹. Em outras palavras, o princípio federativo e o princípio da capacidade contributiva são alicerces da imunidade tributária recíproca, em linha com entendimento já manifestado acima, o qual aproxima

Forense, 2010, p. 374.

36 BALEEIRO, Aliomar. Limitações constitucionais ao poder de tributar. 8. ed. atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

37 BALEEIRO, Aliomar. Limitações constitucionais ao poder de tributar. 8. ed. atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 380.

38 FREITAS, Leonardo B.; e BEVILACQUA, Lucas. Livre concorrência e imunidade dos Correios: limite a uma limitação. Revista Direito Tributário Atual v. 28. São Paulo: Dialética e IBDT, 2012, p. 132-148.

39 “Art. 150, CF/1988. 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.” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 1º ago. 2019)

40 Também denominada de “imunidade intergovernamental” (SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de P. Imunidade tributária recíproca e a ECT. Revista Fórum de Direito Tributário v. 26, 2007).

41 Majoritariamente, a doutrina aponta que a imunidade recíproca é fundamentada pelo princípio federativo. Contudo, há autores que preferem fundamentar a imunidade recíproca no princípio da capacidade contributiva (ou, na verdade, na ausência dela) (BALEEIRO, Aliomar. Limitações constitucionais ao poder de tributar. 8. ed. atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2010).

cada imunidade tributária de princípios constitucionais. Nesse diapasão, cumpre destacar que a imunidade tributária recíproca:

“visa proteger a Federação, como forma de garantir a isonomia entre as pessoas estatais, como também a solidariedade e o respeito mútuo, e a própria autonomia dos entes da Federação – *the power to tax is the power to destroy*, cabendo destacar que a forma federativa de Estado está amparada pela cláusula pétrea do inciso I do § 4º do art. 60, da Constituição Federal, de modo que nem emenda constitucional poderá tender a amesquinhar tal benefício.

Justifica-se, também, a imunidade recíproca pela falta de capacidade contributiva dos entes da Federação, já que suas receitas servem para custear a realização dos respectivos encargos constitucionais, sobretudo, a prestação de serviços públicos e a realização de obras públicas.”⁴²⁻⁴³

Apesar da importância da previsão disposta na alínea “a” do inciso VI do art. 150 da CF/1988, sua leitura não deve ser feita de maneira isolada, cumprindo analisar, concomitantemente, as disposições previstas nos §§ 2º e 3º do mesmo artigo⁴⁴.

Da leitura do art. 150, § 2º, da CF/1988, depreende-se que a imunidade tributária recíproca é extensiva ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados às finalidades essenciais de autarquias e fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público.

Por sua vez, o § 3º do art. 150 da CF/1988 limita o escopo da imunidade tributária recíproca no sentido de que a mesma não se aplica ao patrimônio, à renda e aos serviços relacionados à 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.

A respeito dos dois referidos dispositivos, importante mencionar as seguintes lições:

42 SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de P. Imunidade tributária recíproca e a ECT. Revista Fórum de Direito Tributário v. 26, 2007, p. 3.

43 Na mesma linha, o Supremo Tribunal Federal (“STF”) vem reiterando o entendimento de funções da imunidade tributária recíproca que condicionam seu alcance: “i. a imunidade recíproca opera como salvaguarda do pacto federativo, para evitar que a tributação funcione como instrumento de coerção ou indução de entes federados; ii. imunidade recíproca deve proteger atividade desprovida de capacidade contributiva, isto é, atividades públicas em sentido estrito, executadas sem intuito lucrativo.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 601.392/PR. Voto do Ministro Relator Joaquim Barbosa, p. 1 e 2. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3921744>>. Acesso em: 1º ago. 2019)

44 “Art. 150, § 2º, da CF/1988. 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. Art. 150, § 3º, CF/1988. 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.” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 1º ago. 2019)

“Dos dois dispositivos acima mencionados, observa-se nitidamente que a imunidade recíproca alcança autarquias e fundações públicas. Não abrange, em regra, empresas públicas e sociedades de economia mista. Além disso, é mister que o patrimônio, a renda e os serviços ligados a sua finalidade essencial.

Acresce-se a isso o fato de que se o patrimônio, a renda e os serviços estiverem relacionados com a exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados também não cabe a imunidade, eis que tal benefício desequilibraria a concorrência a favor dos entes estatais, em manifesto prejuízo ao princípio da livre concorrência (artigo 170, IV, da CF) dentro da opção fundamental de nosso modelo econômico que é o da livre iniciativa.”⁴⁵

Ou seja, verifica-se na doutrina a existência de uma concepção teórica que defende o descabimento da imunidade tributária recíproca em face de empresas públicas que exploram atividades econômicas em que haja atuação direta de agentes privados, tendo em vista que a concessão desse benefício tributário desequilibraria a concorrência em favor de tal ente estatal, afrontando diretamente o princípio da livre concorrência e, no limite, o fundamento da livre iniciativa, o qual, conforme visto acima, não seria absoluto no ordenamento jurídico pátrio.

1.2.3. Imunidade tributária recíproca das empresas públicas

A partir da restrição amparada pelo § 3º do art. 150 da CF/1988, percebe-se que pode haver tributação em relação às pessoas que, em regra, se enquadrariam na imunidade tributária recíproca prevista no *caput* do referido artigo⁴⁶. Assim, empresas públicas que exploram atividades econômicas em que haja atuação direta de agentes privados devem prestar ao Estado contribuições tributárias na mesma medida em que seus concorrentes prestam, conforme já adiantado acima.

Essa visão guarda íntima relação com os já mencionados princípios constitucionais que são os alicerces da imunidade tributária recíproca (o princípio federativo e o princípio da capacidade contributiva), pois “a imunidade recíproca não se presta a assegurar ao ente federado vantagens contratuais ou de mercado, para, pura e simplesmente, permitir-lhe contratar e remunerar em condições mais vantajosas”⁴⁷.

“O essencial, portanto, é examinar se o serviço prestado tem caráter de serviço público, ou se é compatível com um negócio privado.”⁴⁸ Verifica-se, assim, a necessidade de examinar o

45 FREITAS, Leonardo B.; e BEVILACQUA, Lucas. Livre concorrência e imunidade dos Correios: limite a uma limitação. Revista Direito Tributário Atual v. 28. São Paulo: Dialética e IBDT, 2012, p. 139.

46 FREITAS, Leonardo B.; e BEVILACQUA, Lucas. Livre concorrência e imunidade dos Correios: limite a uma limitação. Revista Direito Tributário Atual v. 28. São Paulo: Dialética e IBDT, 2012, p. 132-148.

47 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 601.392/PR. Voto do Ministro Relator Joaquim Barbosa, p. 2. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3921744>>. Acesso em: 1º ago. 2019.

48 FREITAS, Leonardo B.; e BEVILACQUA, Lucas. Livre concorrência e imunidade dos Correios: limite a uma limitação. Revista Direito Tributário Atual, n.42. ano 37. p. 69-92. São Paulo: IBDT, 2º semestre 2019.

caso concreto para verificar quais são, de fato, os bens e/ou serviços ofertados por empresa pública, a qual gozaria, *a priori*, da imunidade tributária recíproca.

Para tanto, resta necessário apresentar a distinção entre serviços públicos econômicos e atividades eminentemente econômicas⁴⁹, estabelecida, principalmente, a partir do interesse público ou social. Nesse sentido, serviços públicos econômicos seriam aqueles desenvolvidos a fim de atender necessidades objetivas de interesse público ou social. Ou seja, o Estado os presta, diretamente ou indiretamente – através do regime de delegação –, para que determinadas demandas objetivas da coletividade sejam satisfeitas. Por sua vez, atividades eminentemente econômicas são aquelas pertencentes, em regra, “à iniciativa privada, somente podendo ser exploradas pelo Estado nos casos com expressa autorização pela Constituição Federal (artigo 173)”⁵⁰. Estas atividades são desenvolvidas pelo Estado quando este resolve prestá-las a partir de uma decisão administrativa, em princípio, imotivada por demandas objetivas da coletividade.

No entanto, nem sempre é possível precisar com exatidão o que seriam serviços públicos econômicos e o que seriam atividades privadas eminentemente econômicas, fazendo com que surjam importantes divergências doutrinárias e jurisprudenciais quanto ao enquadramento em tela.

Nesse sentido, destaca-se, por exemplo, a divergência quanto ao serviço postal, atividade que é desempenhada pela própria EBCT⁵¹. Por exemplo, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 46 (“ADPF n. 46”), os ministros do Supremo Tribunal Federal (“STF”) apresentaram votos divergentes quanto à extensão do sentido de “serviço postal”, prevalecendo a tese que adotou um sentido mais amplo para o mesmo, conforme se verifica da ementa da referida ADPF n. 46:

“O serviço postal – conjunto de atividades que torna possível o envio de correspondência ou objeto postal, de um remetente para endereço final e

Tributário Atual v. 28. São Paulo: Dialética e IBDT, 2012, p. 139.

49 A terminologia utilizada pela doutrina é variada. Nesse sentido, “serviços públicos econômicos” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 25. ed. rev., ampl. e atual. até a Lei n. 12.587/2012. São Paulo: Atlas, 2012) também são referidos como, simplesmente, “serviços públicos” (GRAU, Eros Roberto. Elementos de direito econômico. São Paulo: RT, 1981; JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016) ou como “serviços públicos comerciais e industriais” (MUKAI, Toshio. Direito administrativo e empresas do Estado. São Paulo: Forense, 1984). Por sua vez, “atividades eminentemente econômicas” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 25. ed. rev., ampl. e atual. até a Lei n. 12.587/2012. São Paulo: Atlas, 2012) também são referidas como “atividades econômicas em sentido estrito” (GRAU, Eros Roberto. Elementos de direito econômico. São Paulo: RT, 1981) ou como “atividades econômicas propriamente ditas” (JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016).

50 SCHIRATO, Vitor R. Livro iniciativa nos serviços públicos. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

51 O serviço é disciplinado pela Lei Federal n. 6.538/1978, sendo executado, em monopólio federal, pela EBCT – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, criada pelo Decreto-lei n. 509/1969, a quem foi atribuída a exclusividade de execução.

determinado – não consubstancia atividade econômica em sentido estrito. Serviço postal é serviço público.”⁵²

Apesar de o julgamento da ADPF n. 46 ser bastante importante na jurisprudência do STF, o principal ponto de divergência entre os ministros naquela ocasião – quanto à extensão do serviço postal – não exige, por ora, maior aprofundamento, dado que mesmo a concepção mais ampla adotada não é capaz de abranger os serviços prestados pela Correios Celular, conforme ainda será explorado⁵³.

Nesse sentido, apesar das possíveis divergências quanto ao enquadramento das atividades desenvolvidas por determinada empresa pública como serviços públicos econômicos ou como atividades eminentemente econômicas, propõe-se, nesse momento, apenas estabelecer que aquelas empresas públicas que prestam atividades eminentemente econômicas, a partir da concepção exposta acima, não gozem dos benefícios da imunidade tributária recíproca, conforme aquilo que é disposto pelo § 3º do art. 150 da CF/1988.

1.3. Livre concorrência e livre iniciativa como limites à imunidade tributária recíproca de empresas públicas

É cediço, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, que as normas constitucionais não podem ser interpretadas individualmente. Nesse sentido, qualquer juízo quanto às atividades econômicas deve observar os fundamentos e os princípios da ordem econômica dispostos pela CF/1988.

A partir disso, em análises relativas a questões referentes aos limites da imunidade tributária recíproca de empresas públicas, devem ser consideradas, concomitantemente, as disposições constitucionais sobre a ordem econômica. Esse entendimento é, inclusive, compartilhado por doutrinadores que versam sobre o tema, cumprindo destacar os seguintes posicionamentos:

“As regras constitucionais que tratam das imunidades não podem ser entendidas de maneira absoluta, devendo haver um equilíbrio quando confrontadas com outros princípios fundamentais da Constituição Federal, especialmente o da livre concorrência, previsto nos artigos 170, IV, e 173, que asseguram a proteção do mercado.”⁵⁴

52 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 46/DF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608504>>. Acesso em: 1º ago. 2019.

53 Também cumpre mencionar que o referido julgamento recepcionou a Lei Federal n. 6.538/1978 (“Lei Postal”) pela CF/1988.

54 FREITAS, Leonardo B.; e BEVILACQUA, Lucas. Livre concorrência e imunidade dos Correios: limite a uma limitação. Revista Direito Tributário Atual v. 28. São Paulo: Dialética e IBDT, 2012, p. 144.

“No exame da imunidade recíproca das empresas públicas e das sociedades de economia mista, há imperiosa necessidade de atentar para os princípios que regem a atividade econômica, esculpidos no art. 170 e ss. da CF/1988 [...]”⁵⁵

Nesse sentido, apesar de paradoxal, o fundamento constitucional da livre iniciativa e o princípio constitucional da livre concorrência limitam a imunidade tributária recíproca relativa às atividades desenvolvidas por empresas públicas.

Sendo assim, é possível afirmar ser “inadmissível que, sob o argumento da fruição da imunidade tributária recíproca, venha uma empresa pública federal a atingir exagerada vantagem concorrencial”⁵⁶. Ou seja:

“A imunidade tributária recíproca das empresas estatais só é aplicável se tais entes exercem serviço público, nunca quando realizarem atividade econômica. A razão jurídica e econômica de tal tratamento diferenciado reside na ordem constitucional econômica, fundamentada na livre iniciativa e que tem como um de seus pilares o princípio da livre concorrência. Ora, conferir privilégio fiscal a empresas do Estado em detrimento das empresas privadas pode afrontar o conceito de liberdade econômica, tal como ele vem inserto no Texto Constitucional, já que poderia ferir de morte a liberdade concorrencial, alicerce necessário e imprescindível na construção do nosso sistema constitucional econômico.”⁵⁷

No mesmo sentido:

“O que não é possível constitucionalmente é que uma pessoa jurídica de direito privado, sob a capa de empresa revestida de estatalidade e, portanto, sob a proteção da imunidade recíproca, venha desenvolver atividade econômica lucrativa, contornando o princípio constitucional da livre concorrência.”⁵⁸

Portanto, a partir do momento em que a EBCT desenvolve atividades que extrapolam o denominado serviço postal, a estatal invadiria esfera reservada ao campo da livre iniciativa, ficando, portanto, sujeita ao princípio da livre concorrência, norteador da ordem econômica nacional⁵⁹.

55 HARADA, Kiyoshi. Imunidade recíproca das empresas públicas e das sociedades de economia mista. *Revista Tributária e de Finanças Públicas* v. 103, 2012, p. 68.

56 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 601.392/PR. Voto-vista do Ministro Luiz Fux, p. 6 e 7. Disponível em: <<http://redir.stfjus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3921744>>. Acesso em: 1º ago. 2017.

57 FREITAS, Leonardo B.; e BEVILACQUA, Lucas. Livre concorrência e imunidade dos Correios: limite a uma limitação. *Revista Direito Tributário Atual* v. 28. São Paulo: Dialética e IBDT, 2012, p. 133.

58 HARADA, Kiyoshi. Imunidade recíproca das empresas públicas e das sociedades de economia mista. *Revista Tributária e de Finanças Públicas* v. 103, 2012, p. 73.

59 FREITAS, Leonardo B.; e BEVILACQUA, Lucas. Livre concorrência e imunidade dos Correios: limite a uma limitação. *Revista Direito Tributário Atual* v. 28. São Paulo: Dialética e IBDT, 2012, p. 132-148.

Sendo assim, torna-se plausível a discussão sobre o descabimento de imunidade recíproca aos serviços atípicos prestados pela EBCT em regime concorrencial⁶⁰, conforme buscar-se-á defender a seguir, especificamente, em relação à atuação da Correios Celular, tendo em vista que suas atividades não guardam qualquer relação ao serviço postal.

2. O SERVIÇO MÓVEL PESSOAL POR MEIO DE REDE VIRTUAL

Para entender as atividades desenvolvidas pela Correios Celular, isto é, sua oferta de *chips* e planos pré-pagos de telefonia móvel, é necessário fazer uma breve contextualização a respeito da forma pela qual é operacionalizada. Nesse sentido, torna-se imprescindível descrever, ainda que brevemente, como ocorre, no Brasil, a exploração de um Serviço Móvel Pessoal (“SMP”) por meio de Rede Virtual (“RRV-SMP” ou, em inglês, “MVNO”), regulamentada pela Resolução Anatel n. 550, de 22 de novembro de 2010 (“Resolução n. 550” ou “Resolução”), e, conforme observar-se-á a seguir, modalidade de exploração desenvolvida pela Correios Celular.

Segundo o art. 3º da referida Resolução, a exploração de RRV-SMP caracteriza-se:

“pelo oferecimento do Serviço à população, segmentado ou não por mercado, com as características do SMP de interesse coletivo, isonomia e permanência, permitindo, por meio de processos simplificados e eficientes, a existência de um maior número de ofertantes do Serviço no mercado, com propostas inovadoras de facilidades, condições e relacionamento com os Usuários do SMP, agregando, entre outros, volumes e Serviços de Valor Adicionado.”⁶¹

A leitura do dispositivo regulatório retrotranscrito permite concluir que a regulamentação do RRV-SMP no Brasil objetiva aumentar o número de ofertantes de serviços móveis de telecomunicações. Assim, permite-se, por exemplo, que um agente que desenvolva RRV-SMP ofereça serviços de telefonia móvel ao mercado consumidor em geral.

Além disso, a Resolução n. 550 estabelece duas modalidades distintas de exploração de RRV-SMP: a autorização e o credenciamento. Ambas as modalidades são devidamente especificadas pela Resolução em tela, a qual também descreve os agentes que desenvolvem tais modalidades de exploração de RRV-SMP, em seu art. 2º⁶².

60 HARADA, Kiyoshi. Imunidade recíproca das empresas públicas e das sociedades de economia mista. *Revista Tributária e de Finanças Públicas* v. 103, 2012, p. 63-77.

61 BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. Resolução Anatel n. 550, de 22 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2010/46-resolucao-550>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

62 “Art. 2º, II. Credenciado de Rede Virtual (Credenciado): é a pessoa jurídica, credenciada junto à Prestadora Origem, apta a representá-la na Prestação do Serviço Móvel Pessoal, devendo ser empresa constituída segundo as leis brasileiras, com sede e administração no País; Art. 2º, III. Autorizada de SMP por meio de Rede Virtual (Autorizada de Rede Virtual): é a pessoa jurídica, autorizada junto à Anatel para prestação do Serviço Móvel Pessoal que se utiliza de compartilhamento de rede com a Prestadora Origem.” (BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. Resolução Anatel n. 550, de 22 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2010/46-resolucao-550>>. Acesso em: 24 jul. 2019)

Essas considerações referentes à regulamentação do RRV-SMP já são suficientes para compreender o posicionamento da Correios Celular no mercado de telefonia móvel, a qual firmou contrato de representação com a empresa EuTV (Surf Telecom), permitindo “à estatal atuar como operadora de telefonia móvel por meio de rede virtual (MVNO) e no modelo credenciado, seguindo a regulamentação nº 550/2010 da Anatel”⁶³.

Além disso, deve-se ressaltar que a EuTV também é uma RRV-SMP, ou seja, não detém infraestrutura própria e se baseia na rede de uma operadora de SMP detentora de infraestrutura, no caso, a Tim. Em outras palavras, é possível afirmar que a Correios Celular é uma RRV-SMP de outra RRV-SMP, utilizando a infraestrutura detida pela Tim para operar e fornecer seus serviços de telefonia móvel ao consumidor final.

Dessa forma, a Correios Celular é capaz de faturar sem realizar qualquer tipo de investimento em infraestrutura de rede, fato que, inclusive, é destacado no próprio sítio eletrônico da empresa pública, *in verbis*:

“Com a prestação do serviço, os Correios já arrecadaram mais de R\$ 1 milhão sem a necessidade de nenhum investimento. A expectativa é de que o Correios Celular chegue a todo o Brasil até o final de 2018, com retorno de R\$ 12 milhões para a empresa.”⁶⁴

Portanto, na prática, independentemente da modalidade de exploração desenvolvida pela Correios Celular, a mesma se apresenta aos consumidores como uma operadora de telefonia móvel que oferta planos pré-pagos⁶⁵, assim como operadoras que detêm infraestrutura própria, como Claro, Oi, Tim e Vivo, devendo ser entendida, por isso, como concorrente direta de tais agentes privados.

Mesmo que, no limite, a Correios Celular não seja vista como concorrente direta dos quatros referidos agentes privados, em razão de ser uma RRV-SMP, enquanto os demais são operadoras de SMP detentoras de infraestrutura própria, aquela deve ser considerada, pelo menos, concorrente direta de outros *players* privados que atuam como RRV-SMP, caso da Porto Seguro Conecta e de outras MVNO ofertantes de serviços de telefonia móvel que, certamente, ainda surgirão.

Sendo assim, para o presente artigo, cumpre destacar duas importantes características da Correios Celular e de suas atividades:

63 BRASIL. EBCT. Correios assina Parceria para oferecer Serviços de Telefonia Móvel. Blog dos Correios, 30 de maio de 2016. Disponível em: <<http://blog.correios.com.br/correios/?p=16244>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

64 BRASIL. EBCT. Correios Celular completa um Ano com Novos Planos. Brasília, 7 de março de 2018. Disponível em: <<https://www.correios.com.br/noticias/correios-celular-completa-um-ano-com-novos-planos>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

65 Conforme apresentado em seu sítio eletrônico, os pacotes ofertados pela Correios Celular incluem Whatsapp grátis e acesso à internet sem cortes por 30 dias, além de oferecem diversas combinações de planos para ligações e de dados. Disponível em: <<http://www.correioscelular.com.br>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

- i. fornece serviços de telefonia móvel, concorrendo diretamente com outros *players* privados; e
- ii. não realizou investimentos robustos para entrada no mercado, conforme destacado pela própria estatal em seu sítio eletrônico.

3. O DESCABIMENTO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA EM FACE DA CORREIOS CELULAR SOB O PRISMA DO PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA

3.1. O regime jurídico da EBCT

A CF/1988 dispõe, em seu art. 21, X, que compete à União manter o serviço postal⁶⁶, regulamentado, por sua vez, pela Lei Federal n. 6.538/1978 (“Lei Postal”), a qual, no entendimento manifestado pelo STF no julgamento da ADPF n. 46, foi recepcionada pela Carta Magna vigente. Além disso, cabe mencionar o Decreto-lei n. 509/1969, o qual foi o responsável por transformar a EBCT em empresa pública⁶⁷.

Além de prever, em seu art. 9º, que o recebimento, o transporte e a entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de carta, cartão-postal e correspondência agrupada são atividades postais exploradas pela União em regime de monopólio, assim como a emissão de selos e o franqueamento postal⁶⁸, a Lei Postal ainda traz outros dispositivos que estabelecem os conceitos dos termos empregados em seu art. 9º e, ainda, outros conexos aos mesmos. O Quadro 1 compila esses conceitos:

Quadro 1. Conceitos estabelecidos pela Lei Postal.

• *Objeto Postal*: qualquer objeto de correspondência, valor ou encomenda encaminhado por via postal.

Serviço Postal relativo a Valores: remessa de dinheiro através de carta com valor declarado; remessa de ordem de pagamento por meio de vale-postal; recebimento de tributos, prestações, contribuições e obrigações pagáveis à vista, por via postal.

66 “Art. 21 da CF/1988. Compete à União:

X – manter o serviço postal e o correio aéreo nacional.” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 1º ago. 2017)

67 “Art. 1º do Decreto-lei n. 509/1969. O Departamento dos Correios e Telégrafos (DCT) fica transformado em empresa pública, vinculada ao Ministério das Comunicações, com a denominação de Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT; nos termos do artigo 5º, item II, do Decreto lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.” (BRASIL. Decreto-lei n. 509, de 20 de março de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0509.htm>. Acesso em: 1º ago. 2019)

68 “Art. 9º da Lei Federal n. 6.538/1978. São exploradas pela União, em regime de monopólio, as seguintes atividades postais:
I – recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de carta e cartão-postal;
II – recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de correspondência agrupada;
III – fabricação, emissão de selos e de outras fórmulas de franqueamento postal.” (BRASIL. Lei Federal n. 6.538/1978, de 22 de junho de 1978. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6538.htm>. Acesso em: 1º ago. 2019)

	<i>Encomenda</i> : objeto com ou sem valor mercantil, para encaminhamento por via postal.
	<i>Correspondência</i> : toda comunicação de pessoa a pessoa, por meio de carta, através da via postal, ou por telegrama.
Monopólio	<i>Carta</i> : objeto de correspondência, com ou sem envoltório, sob a forma de comunicação escrita, de natureza administrativa, social, comercial, ou qualquer outra, que contenha informação de interesse específico do destinatário.
	<i>Cartão-postal</i> : objeto de correspondência, de material consistente, sem envoltório, contendo mensagem e endereço.
	<i>Correspondência Agrupada</i> : reunião, em volume, de objetos da mesma ou de diversas naturezas, quando, pelo menos um deles, for sujeito ao monopólio postal, remetidos a pessoas jurídicas de direito público ou privado e/ou suas agências, filiais ou representantes.
Concorrência	<i>Pequena Encomenda</i> : objeto de correspondência, com ou sem valor mercantil, com peso limitado, remetido sem fins comerciais.
	<i>Impresso</i> : reprodução obtida sobre material de uso corrente na imprensa, editado em vários exemplares idênticos.
	<i>Cecograma</i> : objeto de correspondência impresso em relevo, para uso das pessoas cegas. Considera-se também cecograma o material impresso para uso das pessoas cegas.

Fonte: Nota Técnica n. 8/2017/CGAA4/SGA1/SG/Cade⁶⁹, com adaptações.

Ademais, a Lei Postal ainda prevê duas exceções ao regime de monopólio estabelecido por seu art. 9º: (a) o transporte cativo entre dependências da mesma pessoa jurídica, em negócios de sua economia, por meios próprios e sem intermediação comercial; e (b) o transporte e a entrega eventuais e sem fins lucrativos⁷⁰.

69 BRASIL. Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Nota Técnica n. 8/2017/CGAA4/SGA1/SG/Cade. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?nQOVZD7vhBTEYja-QrhMYGTVQH5-xTh8bjBygu-nHe1CgF4q4FLBwoG5ktiPA_Kb4c2Vj0f2DR_mHZQtniigg,>. Acesso em: 3 ago. 2019.

70 “Art. 9º, § 2º, da Lei Federal n. 6.538/1978. Não se incluem no regime de monopólio:
 a) transporte de carta ou cartão-postal, efetuado entre dependências da mesma pessoa jurídica, em negócios de sua economia, por meios próprios, sem intermediação comercial;
 b) transporte e entrega de carta e cartão-postal; executados eventualmente e sem fins lucrativos, na forma definida em regulamento.”

FERRAZ, André Santos. O Descabimento da Imunidade Tributária Recíproca em Face da Correios Celular sob o Prisma do Princípio da Livre Concorrência. Revista Direito Tributário Atual, n.42. ano 37. p. 69-92. São Paulo: IBDT, 2º semestre 2019.

Contudo, o presente trabalho não pretende aqui discutir se encomenda, por exemplo, é ou não serviço postal. Em outras palavras, não se pretende aqui discutir a respeito da extensão do serviço postal, a qual foi objeto de intensas discussões no âmbito do julgamento da ADPF n. 46. Irrefutável, no entanto, é que a atividade desempenhada pela Correios Celular não pode ser enquadrada, de modo algum, como serviço postal e, ademais, não é desempenhada pelo Estado em regime de monopólio, devendo, portanto, obedecer às normas aplicáveis a empreendimentos privados na exploração de atividades econômicas, tendo em vista que se trata de atividade eminentemente econômica desempenhada pela EBCT.

3.1.1. A Correios Celular

Em março de 2017, a EBCT iniciou sua operação na área de telefonia móvel, sob a denominação de Correios Celular. Conforme já descrito anteriormente, a Correios Celular oferta, na prática, *chips* para celulares e planos pré-pagos⁷¹. Ou seja, a Correios Celular atua como concorrente de operadoras de telefonia móvel privadas que não gozam de imunidade tributária.

Nesse sentido, é translúcido que as atividades desenvolvidas pela Correios Celular extrapolam as atividades relacionadas ao chamado serviço postal, independentemente do entendimento adotado a respeito da abrangência deste. Logo, é perfeitamente cabível afirmar que a EBCT, ao ofertar os serviços da Correios Celular, desempenha atividade eminentemente econômica.

Por conseguinte, entender ser cabível a imunidade tributária recíproca aos serviços prestados pela Correios Celular, os quais são, claramente, prestados em regime de livre concorrência, representa vantagem competitiva a esta empresa perante os seus concorrentes privados, conforme buscar-se-á expor a seguir.

3.2. O descabimento da imunidade tributária recíproca em face da Correios Celular sob o prisma do princípio da livre concorrência

Inicialmente, cumpre analisar, para efeito do cabimento ou não da imunidade tributária recíproca, o tipo de atividade prestado pela Correios Celular: se serviço público, obrigatório e exclusivo da União; ou se atividade eminentemente econômica, em regime de livre concorrência.

Nesse sentido, é público e notório que, atualmente, a EBCT não limita sua atuação apenas no âmbito da atividade-fim (serviço postal) que justificou sua criação pela Lei Federal n.

(BRASIL. Lei Federal n. 6.538/1978, de 22 de junho de 1978. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6538.htm>. Acesso em: 1º ago. 2019)

71 BRASIL. EBCT. Correios inicia Operação na Telefonia Celular. Blog dos Correios, 6 de março de 2017. Disponível em: <<http://blog.correios.com.br/correios/?p=25751>>. Acesso em: 3 ago. 2019.

6.538/1978 c/c o Decreto-lei n. 509/1969. Dessa forma, a referida empresa pública vem ofertando “serviços que nada têm de público”⁷².

Por sua vez, conforme afirmado acima, parece ser indiscutível que as atividades desenvolvidas pela Correios Celular extrapolam as atividades relacionadas ao chamado serviço postal, independentemente do entendimento adotado a respeito de sua abrangência. Ou seja, a Correios Celular desempenha atividade eminentemente econômica em regime de livre concorrência.

Além disso, contrapondo-se, ainda que pontualmente, a alguns argumentos que serviram para sustentar o posicionamento majoritário do STF no julgamento do Recurso Extraordinário n. 601.392/PR⁷³, não há que se falar em objetivo de integrar nacionalmente os serviços de telecomunicações por intermédio da Correios Celular, tendo em vista que a mesma utiliza infraestrutura já existente de uma operadora de telefonia móvel (no caso, da Tim). Em outras palavras, qualquer ampliação da infraestrutura de rede da Correios Celular não depende de si, mas sim da Tim.

Portanto, a EBCT não fez e não fará investimentos para que os cidadãos de comunidades longínquas tenham acesso à telefonia móvel; diferentemente do que ocorre, por exemplo, no desenvolvimento de suas atividades relacionadas ao serviço postal, o qual exige investimentos em regiões em que a operação será deficitária e, por conseguinte, não atrai, em princípio, investimentos de agentes privados.

Nesse contexto, defende-se que as atividades desenvolvidas pela Correios Celular não poderiam ser atingidas pelos benefícios da imunidade tributária recíproca que atingem o serviço postal prestado pela EBCT, tendo em vista que, caso observados, tais benefícios consistiriam em uma afronta direta ao princípio constitucional da livre concorrência.

Cabe mencionar, contudo, a existência de relativa dificuldade em separar todos os serviços prestados pela EBCT para fins tributários, já que uma agência da referida empresa, além de prestar serviço postal, também ofertaria *chips* e planos pré-pagos relativos às atividades da Correios Celular.

Porém, ao mesmo tempo em que se verifica tal dificuldade, parece não ser razoável estender aos negócios da Correios Celular os benefícios da imunidade tributária recíproca derivados da prestação de serviço postal pela EBCT. Novamente, a concessão dos referidos benefícios desequilibraria a concorrência em um mercado com a presença ativa de diversos *players* privados, afrontando, por fim, o princípio da livre concorrência e, por conseguinte,

72 HARADA, Kiyoshi. Imunidade recíproca das empresas públicas e das sociedades de economia mista. *Revista Tributária e de Finanças Públicas* v. 103, 2012, p. 71.

73 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 601.392/PR. Voto-vista do Ministro Luiz Fux, p. 6 e 7. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3921744>>. Acesso em: 1º ago. 2019.

a livre iniciativa, a qual, conforme defendido anteriormente, é limitada por aquele princípio.

Ou seja, a Correios Celular pode, baseada no fundamento constitucional da livre iniciativa, atuar no mercado de telefonia móvel. No entanto, a partir do momento em que goza de benefícios da imunidade tributária relacionados ao serviço postal prestado pelos Correios, estaria afrontando o princípio da livre concorrência, o qual deveria, nesse caso, atuar como um limite negativo da livre iniciativa, fazendo com que as atividades desenvolvidas pela Correios Celular não gozem de imunidade tributária recíproca.

CONCLUSÕES

A imunidade tributária recíproca disposta na CF/1988 afirma ser vedado à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios instituir impostos sobre patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros (art. 150, VI, “a”, da CF/1988). Contudo, o escopo da imunidade tributária recíproca é limitado no sentido em que a mesma não se aplica ao patrimônio, renda e serviços relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel (art. 150, § 3º, da CF/1988).

A referida exceção quanto à extensão da imunidade tributária recíproca ensejou o surgimento de uma concepção teórica que defende o descabimento da imunidade tributária recíproca em face de empresas públicas que exploram atividades econômicas em que haja atuação direta de agentes privados, tendo em vista que a concessão desse benefício tributário desequilibraria a concorrência em favor de tal ente estatal, o que, por conseguinte, afrontaria diretamente o princípio da livre concorrência e, até mesmo, o fundamento da livre iniciativa.

Assim, tendo em vista que as atividades desenvolvidas pela Correios Celular extrapolam as atividades relacionadas ao chamado serviço postal, independentemente do entendimento adotado a respeito da abrangência deste, é perfeitamente possível afirmar que a EBCT, ao ofertar os serviços da Correios Celular, desempenha atividade eminentemente econômica.

Nesse sentido, não é cabível que os negócios da Correios Celular sejam beneficiados pela imunidade tributária recíproca derivada da prestação de serviço postal pela EBCT. A concessão de tal benefício desequilibraria a concorrência em um mercado com a presença ativa de diversos *players* privados, afrontando, por fim, o princípio da livre concorrência.

A partir de todo o exposto, conclui-se pelo descabimento da imunidade tributária recíproca em face da Correios Celular sob o prisma do princípio da livre concorrência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios* – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 8. ed. atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BALTHAZAR, Ubaldo Cezar. *História do tributo no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 1º ago. 2019.

_____. Decreto-lei n. 509, de 20 de março de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0509.htm>. Acesso em: 1º ago. 2019.

_____. Lei Federal n. 6.538/1978, de 22 de junho de 1978. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6538.htm>. Acesso em: 1º ago. 2019.

_____. Agência Nacional de Telecomunicações. Resolução Anatel n. 550, de 22 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2010/46-resolucao-550>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

_____. EBCT. Correios assina Parceria para oferecer Serviços de Telefonia Móvel. *Blog dos Correios*, 30 de maio de 2016. Disponível em: <<http://blog.correios.com.br/correios/?p=16244>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

_____. EBCT. Correios Celular completa um Ano com Novos Planos. Disponível em: <<https://www.correios.com.br/noticias/correios-celular-completa-um-ano-com-novos-planos>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

_____. EBCT. Correios inicia Operação na Telefonia Celular. *Blog dos Correios*, 6 de março de 2017. Disponível em: <<http://blog.correios.com.br/correios/?p=25751>>. Acesso em: 3 ago. 2019.

_____. Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Nota Técnica n. 8/2017/CGAA4/SGA1/SG/Cade. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?q=VZD7vhBTEYja-QrhMYGTVQH5-xTh8bjBygu-nHe1CgF4q4FLBwoG5ktiPA__Kb4c2Vjof2DR_mHZQtniigg,,>. Acesso em: 3 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 46/DF. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608504>>. Acesso em: 1º ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 601.392/PR. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3921744>>. Acesso em: 1º ago. 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. rev. ampl. e atual. até a Lei n. 12.587/2012. São Paulo: Atlas, 2012.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FORGIONI, P. A. *Os fundamentos do antitruste*. 6. ed. (rev. e atual.). São Paulo: RT, 2013.

FREITAS, Leonardo B.; e BEVILACQUA, Lucas. Livre concorrência e imunidade dos Correios: limite a uma limitação. *Revista Direito Tributário Atual* v. 28. São Paulo: Dialética e IBDT, 2012.

GRAU, Eros Roberto. *Elementos de direito econômico*. São Paulo: RT, 1981.

_____. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 17. ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2015.

HARADA, Kiyoshi. Imunidade recíproca das empresas públicas e das sociedades de economia mista. *Revista Tributária e de Finanças Públicas* v. 103, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016.

LEITE, Gisele; e HEUSLER, Denise. Considerações principiológicas sobre a Constituição Federal Brasileira. *Scientia Iuris* v. 16 (1), 2012.

MUKAI, Toshio. *Direito administrativo e empresas do Estado*. São Paulo: Forense, 1984.

PETTER, Lafayete J. *Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do artigo 170 da Constituição Federal*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008.

PROENÇA, José M. M. *Concentração empresarial e o direito da concorrência*. São Paulo: Saraiva, 2001.

RAGAZZO, Carlos E. J. Notas introdutórias sobre o princípio da livre concorrência. *Scientia Iuris* v. 10, 2006.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial – as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de P. Imunidade tributária recíproca e a ECT. *Revista Fórum de Direito Tributário* v. 26, 2007.

SCHIRATO, Vitor R. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SOUZA, Washington P. Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.