



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO**

CARLOS ALBERTO CARVALHO DE BRITO

**A NATUREZA JURÍDICA ANÔMALA DAS EMPRESAS PÚBLICAS
PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO: ASPECTOS MATERIAIS E
PROCESSUAIS**

**SOUSA
2020**

CARLOS ALBERTO CARVALHO DE BRITO

**A NATUREZA JURÍDICA ANÔMALA DAS EMPRESAS PÚBLICAS
PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO: ASPECTOS MATERIAIS E
PROCESSUAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande - UFCG, como exigência parcial para obtenção do título de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Me. Osmando Formiga Ney

SOUSA

2020

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA NA FONTE
Biblioteca Setorial de Sousa UFCG/CCJS
Bibliotecária – Documentalista: MARLY FELIX DA SILVA – CRB 15/855

B862n

Brito, Carlos Alberto Carvalho de.

A natureza jurídica anômala das Empresas Públicas prestadoras de serviço público: aspectos materiais e processuais. / Carlos Alberto Carvalho de Brito. - Sousa: [s.n], 2020.

47 fl.

Monografia (Curso de Graduação em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais - CCJS/UFCG, 2020.

Orientador: Prof. Me. Osmando Formiga Ney.

1. Empresas Públicas. 2. Direito do Estado. 3. Serviço Público.
4. Monopólio. I. Título.

Biblioteca do CCJS - UFCG

CDU 35(043.1)

CARLOS ALBERTO CARVALHO DE BRITO

**A NATUREZA JURÍDICA ANÔMALA DAS EMPRESAS PÚBLICAS
PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO: ASPECTOS MATERIAIS E
PROCESSUAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande - UFCG, como exigência parcial para obtenção do título de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovado em 26 / 11 / 2020

Orientador: Prof. Me. Osmando Formiga Ney

Prof. Me. Marília Daniella Freitas Oliveira Leal

Prof. Dr. Paulo Abrantes de Oliveira

SOUSA
2020

*“Nada está acima do nosso mérito, nem
abaixo do nosso vitupério. Somos
realmente e somente aquilo que somos
e que Deus sabe que somos.
Madre Feitosa*

AGRADECIMENTOS

“Cum Maria Matre Iesu”

Se posso destacar uma das pedras fundamentais que me serviram de alicerce durante todos esses anos na graduação, tenho que falar da presença da Virgem Maria. Nossa Senhora se fez presente em minha vida logo muito cedo, aos 10 anos de idade quando minha avó me levava à catedral da minha cidade, Crato- CE. Daí nasceu uma grande devoção e amizade, sempre direcionada ao maior sentido da vida: Jesus Cristo.

Tive a sorte de nascer em uma família que sempre buscou me apoiar em todos os sentidos para o bem, e por isso, sou muito grato a minha mãe Veraci Lopes, que com seu amor incondicional me ensina à praticar o bem. Minha avó, dona Nancy Lopes, mulher forte, de fé e esperança em tempos melhores, a ela devo tudo o que sou. Meu pai, Raimundo Evaldo de Brito, que com sua intelectualidade de escritor me inspira a buscar novos caminhos. Meu primo, George Lopes (que na verdade mesmo, considero um irmão), sempre me ajudou com seus conselhos maduros de quem sabe viver a vida da maneira correta.

De maneira especial, gostaria de destacar a presença de uma segunda mãe em minha vida, umas das pessoas mais especiais que já passaram por ela, detentora de um amor supremo pelo próximo e pela caridade. Madre Maria Carmelina Feitosa, não apenas uma religiosa, uma educadora, uma verdadeira mãe. Seus ensinamentos estarão sempre presentes em meu coração.

Destaco também as instituições por onde passei antes da graduação, de maneira especial, a Escola Professor Natanael Cortez, o Colégio Pequeno Príncipe e o Colégio Objetivo, todos em Crato-CE. Na mesma esteira, agradeço à Diocese de Crato, instituição muito importante que sempre ajudou os jovens cratenses à alcançarem os seus objetivos de vida. Lembro aqui da memória do terceiro bispo, Dom Vicente de Paulo Araújo Matos, o maior bem feitor de minha cidade, que sempre investiu na educação e na qualidade de vida do povo cratense. Da mesma forma a Dom Francisco Edimilson Neves Ferreira, fiel trabalhador da vinha do senhor e pai espiritual.

Não posso esquecer dos grandes amigos que passaram ao longo de minha vida e me inspiraram e ajudaram na conclusão desse sonho, os amigos

do Crato: João Emanuel, Oscar Puentes, Lindalva Brito, Rudá Tavares, Ieda Silvestre, Gerbesom Sampaio, Clarissa Bezerra, Davi Teles, Rodrigo Braga, Celso Luiz. Sem eles, a caminhada seria muito mais difícil.

Tive a grande sorte de encontrar não apenas amigos, mas verdadeiros irmãos na caminhada da graduação. Destaco a importância de pessoas especiais, minha família sousense, Franciny Clementino (a quem guardo muito carinho e admiração por todo o seu companheirismo em momentos bons e ruins); Renata Nobre (fiel companheira de estudos e trabalhos acadêmicos), Jancalle Raone (ajudar é seu lema de vida); José Evandro (pessoa dedicada aos estudos e aos amigos), Dyego Estrela (irmão sousense e futuro parlamentar da Câmara de Vereadores de Sousa), Raynara Frutuoso (sempre disposta à ajudar os seus amigos) e Fernanda Lima (cratense guerreira que sempre me inspira a ser uma pessoa melhor).

Agradeço também aos meus professores, verdadeiros mestres e grandes juristas, na pessoa do meu orientador, o professor Osmando Formiga Ney, por toda o seu empenho no desenvolvimento desse trabalho e por despertar em seus alunos o interesse pelo direito público, ao lecionar as três disciplinas de direito administrativo para nossa turma.

RESUMO

A administração indireta, fruto da descentralização administrativa, nos revela uma outra faceta do Estado, voltada à satisfação das necessidades primordiais da nossa sociedade. Nesse sentido, o Estado cria Autarquias, Fundações (com personalidade jurídica de direito público ou de direito privado), Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista. Nesta senda, as empresas públicas assumem um papel fundamental, na medida em que não apenas exploram atividade econômica, auferindo receitas ao erário de maneira originária, mas precipuamente presta serviços públicos e é com fulcro nessa indumentária jurídica (prestação de serviços públicos), que o presente estudo se dedica a analisar. Ao prestar serviços públicos e mais que isso, ao prestar serviços públicos em regime de monopólio, algumas Empresas Públicas são qualificadas com uma transfiguração jurídica, de maneira que o ordenamento jurídico, bem como as decisões dos nossos pretórios tribunais superiores, conferem a essas entidades privilégios e benefícios de natureza material e processual, prerrogativas que, até mesmo para outras Empresas Públicas não são reconhecidas nem pelo arcabouço jurídico, nem pelos precedentes das nossas Cortes Superiores. O objetivo do presente estudo se traduz na análise dessa “anomalia jurídica” que ao passar do tempo se criou em nosso ordenamento jurídico e que no dia a dia forense é tão discutida por diversos operadores do direito, sejam advogados, membros do ministério público, magistrados e os que trabalham diariamente com o tema, os procuradores. Para que se fosse alcançado tal objetivo foi-se utilizado o método investigativo dedutivo, com fulcro em diversas pesquisas bibliográficas, legislativas e jurisprudenciais. A partir dessa análise, ao longo do estudo é evidenciado a importância dessas entidades, na medida em que nosso país, de dimensões continentais e rico em desigualdades sociais, principalmente as de natureza geográfica, a prestação de serviços caracterizados como essenciais, devem ser prestados pelas Empresas Públicas, pois onde a iniciativa privada não se propõe a explorar, o Estado se propõe a implementar o princípio da dignidade da pessoa humana nos rincões de nosso país.

Palavras-Chave: Direito do Estado, Empresas Públicas, Monopólio.

ABSTRACT

Indirect administration, the result of administrative decentralization, reveals to us another facet of the State, aimed at satisfying the primordial needs of our society. In this sense, the State creates Autarchies, Foundations (with legal personality under public law or private law), Public Companies and Mixed Economy Societies. Along this path, public companies assume a fundamental role, in that they not only exploit economic activity, earning revenue from the treasury in an original way, but mainly provide public services and it is with a focus on this legal outfit (provision of public services) that the This study is dedicated to analyzing. When providing public services and more than that, when providing public services under a monopoly regime, some Public Companies are qualified with a legal transfiguration, so that the legal system, as well as the decisions of our superior courts, give these entities privileges and benefits of a material and procedural nature, prerogatives that, even for other Public Companies, are not recognized either by the legal framework or by the precedents of our Superior Courts. The objective of the present study is the analysis of this “legal anomaly” that, over time, has been created in our legal system and that in daily forensics is so discussed by several legal operators, whether they are lawyers, members of the public ministry, magistrates and those who work daily with the topic, the prosecutors. In order to achieve this objective, the deductive investigative method was used, with a focus on several bibliographic, legislative and jurisprudential researches. From this analysis, the importance of these entities is evidenced throughout the study, as our country, of continental dimensions and rich in social inequalities, mainly those of a geographical nature, the provision of services characterized as essential, must be provided by the Public Companies, because where the private sector does not propose to explore, the State proposes to implement the principle of human dignity in the corners of our country.

Keywords: State Law, Public Companies, Monopoly.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF/88: Constituição Federal de 1988

CPC: Código de Processo Civil

CDC: Código de Defesa do Consumidor

CC: Código Civil

ECT: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos

INFRAERO: Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
2 EMPRESA PÚBLICA	13
2.1 Usuário do Serviço Público	13
3 MONOPÓLIO	20
3.1 Tratamento Constitucional.....	22
3.2 A Casa da Moeda do Brasil.....	22
3.3 A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.....	24
3.4 A Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária- INFRAERO	27
3.5 Peculiaridades da Empresas Públicas Prestadoras de Serviço Público.....	28
4 EQUIPARAÇÃO AO REGIME DE FAZENDA PÚBLICA	33
4.1 Conceito de Fazenda Pública.....	34
4.2 As Empresas Públicas Prestadoras de Serviço Público em Regime de Monopólio e a Sua Equiparação ao Regime de Fazenda Pública	37
4.3 A Tributação Das Empresas Públicas Prestadoras de Serviço Público em Regime de Monopólio.....	40
CONSIDERAÇÕES FINAIS	44
REFERÊNCIAS	45

INTRODUÇÃO

Este estudo objetiva a natureza anômala das empresas públicas prestadoras de serviço público em regime de monopólio, destacando os elementos materiais e processuais. O monopólio é uma questão que afeta de forma muito significativa a sociedade, mas que, no entanto, como tantas outras questões, não é discutida pelos cidadãos. Parece que as únicas questões que precisam ser discutidas são aquelas que nos são impostas por políticos ou por alguma mídia.

O monopólio existe quando uma empresa possui grande poder de mercado e, portanto, pode influenciar o preço de um bem. Esta situação ocorre sempre nas empresas prestadoras de serviço de água, embora também ocorra de forma real e eficaz, embora não formal, com as empresas de energia elétrica e com as empresas de combustíveis. Hoje, em face à crise econômica que se encontra, alguns falam também em proceder à nacionalização dos bancos, como se isso tivesse um efeito benéfico no mercado.

Os principais problemas em uma situação de monopólio costumam ser a ineficiência em todos os aspectos da empresa e, portanto, do serviço, pois aprender a ser mais eficiente se tudo está vendido e ao preço que foi solicitado. Não é necessário que a empresa melhore a qualidade do produto, pois não há concorrência. Se houver uma falha, ela será reparada, nenhum cliente será perdido. Estão todos vinculados à empresa por contrato e sem alternativa. Se os clientes protestam, eles protestam, não importa. Quanto aos trabalhadores, porque incentivá-los ou treiná-los melhor ou participarem mais da empresa, se é assim mesmo, só interessa os benefícios e ficar bem com os políticos, porque na falta de regulamentação.

E isto é verdade tanto para as empresas que exercem um monopólio como as empresas de água, públicas ou privadas, como as que simulam cartéis como as empresas de eletricidade e os fornecedores de combustível, porque aceitando que pode-se mudar de empresa de eletricidade ou colocar combustível no posto desejado, grande parte das empresas, as mais importantes, parecem fixar preços de forma consensual e as empresas de linha branca dão a sensação de que os seguem.

Portanto, embora existam vários players em cada mercado, não há concorrência real entre eles. Por isso, o mercado deve ser regulado para que aconteça o que aconteceu com as operadoras de telefonia, que, embora muito lentamente, têm

acionado mecanismos de sobrevivência e competitividade e estão começando a ganhar um pouco de vida mais fácil.

2 EMPRESA PÚBLICA

Empresas Públicas são pessoas jurídicas de direito privado criadas para a prestação de serviço público ou para a exploração de atividade econômica, contando com um capital exclusivamente público e constituídas sob qualquer modalidade empresarial.

A descentralização do serviço público só se faz por delegação (só transfere a execução do serviço público). Com relação à exploração de atividade econômica devem se submeter aos princípios da ordem econômica (art. 170 e 173, §1º da CF).

Sendo a Empresa Pública pessoa jurídica de direito privado, a lei autoriza a sua criação. Adquirirão personalidade jurídica com o registro de seus estatutos no órgão competente.

A lei deve ser específica, assim para cada Empresa Pública deve existir uma lei. “Somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo a lei complementar, neste último caso, definir as áreas de atuação” (art. 37, XIX da CF).

Privilégios processuais (art. 188 do CPC): As Empresas Públicas não têm privilégios processuais, pois estes só são conferidos à Fazenda Pública, expressão esta que só abrange as pessoas jurídicas de direito público. Privilégios tributários (art. 150, §3º da CF):

- Quando explorarem atividade econômica: Não terão privilégios tributários. Não serão imunes a impostos.
- Quando prestarem serviços públicos: Não terão privilégios, salvo se não cobrarem tarifas dos usuários.

“As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado” (art. 173, §2º da CF).

2.1 Usuário do Serviço Público

Comumente quando se refere ao serviço público, encontra-se problemas generalizados, muitos de forma latente e evidente no recebimento da prestação do serviço estatal, que resulta em má qualidade. Segundo Carmo (2014, p. 23):

A Administração Pública não é mero aparato de sustentação de um determinado governo, é sim, em primeiro plano, é uma instituição regrada e regulamentada; capaz de existir independentemente do governo, até porque, o ente Estado é impessoal. E de tal maneira, fundou-se e instituiu-se a Teoria do Órgão, aquela em que a pessoa jurídica não se confunde com seus órgãos gestores, sendo estes sem personalidade jurídica, mas, que devem funcionar coerentemente, organicamente saudáveis, sob pena de causar a falência do sistema como um todo.

Cardozo (2009, p. 166) reconhece que:

Ser eficiente exige primeiro da Administração Pública o aproveitamento máximo de tudo aquilo que a coletividade possui, em todos os níveis, ao longo da realização de suas atividades. Significa racionalidade e aproveitamento máximo das potencialidades existentes. Mas não só. Em seu sentido jurídico, a expressão, que consideramos correta, também deve abarcar a ideia de eficácia da prestação, ou de resultados da atividade realizada. Uma atuação estatal só será juridicamente eficiente quando seu resultado quantitativo e qualitativo for satisfatório, levando-se em conta o universo possível de atendimento das necessidades existentes e os meios disponíveis.

Diante de tal perspectiva, torna-se óbvio que a Administração do Estado se torna com o tempo, indireta e descentralizada já que a nível social, os anseios e desejos democráticos iam para tal direção. Neste caso as empresas públicas, as sociedades de economia mista, as fundações satisfazem tais anseios e desejos. Conseqüentemente essas criações anteriormente citadas estarão expostas às novas mudanças que ocorrem na sociedade.

Se tais mudanças ansiarem por "terceirização", assim será; se por privatização parcial ou total, assim será. As estas mudanças, às vezes, como mostra a História, não são tão sociais assim, simplesmente porque quem as promove serão "*alguéns*" e a massa irá mais na onda, por ignorância, indiferença ou consciência.

Deixando de lado tudo isso, deve-se admitir que esses órgãos da Administração Indireta são úteis ao movimentar dinâmico social, pois conseguem atender, ainda que às vezes mal administrados, se não toda ao menos uma demanda significativa proveniente das necessidades humanas e sociais.

A atividade financeira do Estado consiste, na procura de meios para satisfazer as necessidades públicas. E como são infinitos tais necessidades, como já se disse, impreterível se faz a arrecadação de capital para que haja um dispêndio visando a uma finalidade de interesse público. As despesas públicas podem ser efetuadas tanto pela administração direta quanto indireta. (FORTE, 2006)

Sendo que estas são compostas pelas autarquias, fundações, empresa pública e empresa de economia mista. A administração indireta que busca realizar os serviços públicos são um alongamento do ente estatal ou de utilidade pública. É o tipo de administração adotada pelo Estado do séc. XX que atualmente se encontra em conflito por perder-se entre o *Welfare State* e o neoliberalismo. A partir da segunda metade dos anos setenta tornou-se quase obrigatório para os analistas de mercado ressaltar a potencialidade transformadora das novas formas de gerenciamento Público.

O isolamento da instância decisória chave no interior do sistema governamental foi realizado através de uma verdadeira depuração dos ramos do aparelho econômico do Estado, seja eliminando os mecanismos de representação corporativa presentes nos principais conselhos setoriais de política econômica, seja dificultando ao máximo que os interesses de um setor ou grupo em particular atingissem diretamente os escalões superiores da administração pública. Esse foi o meio encontrado pelo novo governo para afastar e/ou disciplinar a influência das disputas políticas entre frações e grupos presentes no interior do processo decisório e responsável por uma considerável desordem interna das rotinas burocráticas.

Através da concentração burocrática e da centralização administrativa que reuniu, em uma única instância, as decisões mais importantes todas as rotinas decisórias mais importantes do "setor público", o que permitiu, por sua vez, uma maior integração vertical entre as estruturas do Estado e uma unidade mais completa de atuação dos seus aparelhos econômicos, negando, ou melhor, procurando mediar a competição intra-burocrática numa instância única, de tal forma que fosse possível garantir a coesão do sistema estatal no seu conjunto caracterizado por uma multiplicidade de lógicas internas de funcionamento administrativo, que terminavam numa estrutura segmentada.

Na esteira deste processo, o zelo demasiadamente centrado nas questões de ordem política e econômica têm sujeitado a segundo plano questões importantes como o aparelho administrativo, estrutura indispensável à manutenção da administração pública no plano local. No que tange a esse aspecto pouca atenção tem sido dispensada à sua adequada formatação, qualificação e quantificação.

Torna-se óbvio que a Administração do Estado se torna com o tempo indireta e descentralizada já que a nível social, os anseios e desejos democráticos iam para tal direção. Neste caso as empresas públicas, as sociedades de economia mista, as fundações satisfazem tais anseios e desejos. Consequentemente essas criações

anteriormente citadas estarão expostas às novas mudanças que ocorrem na sociedade.

A situação atual supõe uma forte burocratização (formalismos, procedimentos, etc.) descoordenação-fragmentação institucional, baixa continuidade das políticas (alta rotatividade nas posições de comando entre 1990 e 1994) e baixa motivação-produtividade dos funcionários. Dentro desse quadro geral de ineficiência, existem algumas ilhas de eficiência que garantem a continuidade do Estado.

O Estado gerencial supõe uma reforma profunda do Estado com aumento dramático de sua eficiência e com uma qualificação estendida dos seus funcionários, porém com insuficiência de orientação universalista devido à subordinação excessiva as dinâmicas de mercado. Nesse modelo, o Estado tende mais a reproduzir do que a atenuar as assimetrias e iniquidades produzidas pelo mercado.

Já o Estado Gerencial-Público necessita de uma reforma profunda do Estado com aumento dramático de sua eficiência, com qualificação estendida dos seus funcionários e com clara orientação universalista. Nesse cenário, o Estado atenua parcialmente as iniquidades e assimetrias produzidas pelo mercado. Esse pode ser um dos resultados da atual reforma em curso, caso se processe uma transformação dos alinhamentos, e uma parte significativa do funcionalismo e das forças progressistas passem a favorecer abertamente o processo de reforma.

A literatura na área de políticas públicas é pródiga na discussão da governabilidade, sendo importante, assim, atentar para a diversidade de sentidos que esse conceito vem tomando no decorrer do tempo. A acepção que se quer privilegiar, aqui, refere-se à construção da governabilidade em contextos democráticos, ou em vias de democratização, tendo como suposto a participação de uma pluralidade de atores e interesses organizados. Nessa perspectiva, as ideias aqui expostas se fundamentam principalmente nos paradigmas constitutivos da concepção de preparo para gestão pública. (Fisher, 1996).

Segundo Teixeira (1994) tem-se visto que os governos arraigados ao desconhecimento gastam mal os recursos que arrecadam e têm grandes dificuldades para solucionar os problemas relativos à eficiência e eficácia das suas ações em benefício do cidadão-contribuinte, pois a prática indica que as forças negativas são superiores às forças propulsoras da modernidade.

É dever do administrador agir de conformidade com o ordenamento jurídico, com a moral administrativa e com o princípio da boa administração pública. Di Pietro

(1999) apresenta dois aspectos frente a gestão pública, podendo tanto ser considerado em relação à forma de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atuações e atribuições, para lograr os resultados melhores, como também em relação ao modo racional de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, idem quanto ao intuito de alcance de resultados na prestação do serviço público.

A eficiência é princípio que se soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito.

A atual situação do Serviço Público nada mais é do que o pleno reflexo das condições gerais do País, em especial no que se refere à estrutura econômica, à disparidade na distribuição de rendas, aos desequilíbrios regionais e a fatores de ordem sociocultural e políticos.

Assim, a ineficiência do Serviço Público constitui também um reflexo dessas condições gerais. Para melhorar a eficiência do Estado, em geral, é necessário conter a sua atuação dentro dos limites de suas finalidades específicas e dentro de sua verdadeira capacidade, utilizando-se princípios da gestão da qualidade no setor público.

A forma de execução desses processos de gestão são aqueles disponíveis na administração pública, previstos nas leis, e para cuja execução basta, apenas, vontade política definida e competência técnica.

Segundo Guimarães (2006) a busca da qualidade não é nada nova, já que os bons profissionais sempre se preocuparam em obtê-la. Porém, assim como se desenvolveram métodos, no passado, para gerir os custos e controlar os prazos, a gestão da qualidade, é algo relativamente novo.

Nos casos em que se conta com uma ampla experiência não é necessário montar nenhum sistema de gestão da qualidade, já que, nele, a correta execução dos trabalhos fica assegurada, por uma boa prática de caráter tradicional, que foi herdada das gerações anteriores. Porém, os avanços tecnológicos e a rápida evolução que vêm experimentando tanto os materiais, como os métodos e processos, obrigam a uma especialização crescente, o que acarreta uma organização dos serviços cada vez mais complexa. Surge, então, a necessidade de dedicar esforços particulares à gestão da qualidade, especialmente em projetos / processos de certa importância.

Por outro lado, é certo que em todas as organizações ocorrem perdas de tempo e dinheiro como resultados de erros, enganos ou, simplesmente, por não se fazer bem as coisas, na primeira vez, sem mencionar os casos de patologias, durante o uso, e, inclusive, de falhas de execução, a curto ou longo prazo.

Muitos teóricos buscam distinguir o conceito de usuário de consumidor nos Serviços Públicos. Para Mendes (2013, p. 2) esta distinção:

(...) entre a relação de consumo e a de serviço público é interessante, realmente abordagem sobre a diferença entre usuário de serviço público e consumidor é importante por ser questão que traz muita dúvida para o contexto geral de direitos e deveres no dia-a-dia de pessoas que se depreendem, ora com relação jurídica de serviço público, ora com a relação de consumo. Na ótica jurídica, parece-me que incorrem em constante equívoco alguns desavisados gestores públicos quando afirmam que o usuário de serviço público é um consumidor. A relação jurídica entre concessionária e usuário não pode ser equiparada a existente entre duas pessoas privadas, que atuam na defesa de seus interesses específicos.

A aplicação tida ao usuário de serviço público pela Constituição e pela lei é diverso do dispensado ao consumidor. A Constituição Pátria trata dos dois assuntos em dispositivos diferentes, a concessão, basicamente no artigo 175 e a proteção ao consumidor, nos artigos 5º, XXXII, e 170, V. Tem-se que o serviço público, no qual o exercício é atribuído à concessionária, continua na titularidade e sob a responsabilidade do poder concedente. Frente a relação de consumo, diversamente, o Poder Público atua como protetor da parte considerada hipossuficiente, que, em regra, é o consumidor. (MENDES, 2013)

Não existem apenas os que defendem a não aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações entre o usuário de serviço público e a concessionária, em verdade, há também quem defenda que essa aplicação seria apenas provisória e há, ainda, os adeptos à interpretação ampliada do art. 22 do Código de Defesa do Consumidor.

Sendo assim, os serviços *os quais a cobrança seja realizada por meio de taxa* serviços *uti universi* que, não estão sujeitos à aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Amaral (2004, p.133) indica que:

Considerar o usuário como consumidor do serviço público a ele prestado pela concessionária talvez seja possível sob a ótica econômica. Mas sob a ótica jurídica o usuário de serviço público e o consumidor estão em situações

distintas. Uma coisa é a relação jurídica de serviço público. Outra a de consumo.

Os que defendem a não utilização do Código de Defesa do Consumidor na tutela do usuário de serviço público, ou sua aplicação provisória apenas enquanto não se disciplinar a matéria em legislação própria, conforme previu a EC nº19 de 1998 em seu artigo 27.

Serviço público consiste em qualquer atividade prestada pelo Estado de forma direta ou indireta através que ele delegou buscando satisfazer necessidades da população, podendo estes serem essenciais ou mesmos secundários, esteando e sujeitos a um regime jurídico administrativo, mesmo que lhe seja próprio. Como qualquer serviço, artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor, que em seu parágrafo 2º indica que:

Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

De acordo com Filomeno (2001, p. 44):

Importante salientar-se, desde logo, que aí não se inserem os 'tributos', em geral, ou 'taxas' e 'contribuições de melhoria', especialmente, que se inserem no âmbito das relações de natureza tributária. Não há que se confundir, por outro lado, referidos tributos com as 'tarifas', estas, sim, inseridas no contexto de 'serviços' prestados diretamente pelo Poder Público, ou então mediante sua concessão ou permissão pela iniciativa privada. O que se pretende dizer é que o 'contribuinte' não se confunde com 'consumidor', já que no primeiro caso o que subsiste é uma relação de Direito Tributário, inserida a prestação de serviços públicos, genérica e universalmente considerada, na atividade precípua do Estado, ou seja, a persecução do bem comum.

Têm-se que os serviços públicos, sendo estes remunerados de forma direta ou indiretamente estão sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, sendo que os serviços públicos aplicados sem a exigência de uma remuneração pelo consumidor, não tem enquadramento como relação de consumo, não se existindo aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

3 MONOPÓLIO

Uma questão relevante se vislumbra na celeuma que se criou em torno da prática do monopólio em nosso país. Durante anos (e, inclusive na atualidade), foi-se discutido o papel que tal mecanismo assume, bem como a sua natureza e impactos na nossa economia.

Constatou-se que o monopólio e suas subdivisões, quando utilizados pelo setor privado e entregues ao bel desígnio da “mão invisível” do mercado, seria como uma verdadeira autofagia do sistema econômico liberal, que têm por preceito fundamental a livre concorrência dos particulares. Ocorre que, quando tal prática é implementada na sociedade, verifica-se também o extermínio da concorrência e, por consequência, uma dominação da exploração das atividades econômicas, acarretando o aumento das desigualdades e a diminuição do desenvolvimento econômico do país ao qual tal prática foi instalada.

A figura do monopólio em nosso ordenamento jurídico é de certa forma controversa, pois devemos entender tal exclusividade sobre duas vertentes. Uma no que diz respeito à sua face privada, e a outra no que tange o uso desse mecanismo pelo Estado (monopólio Estatal). O monopólio consiste em uma verdadeira exclusividade sobre determinado objeto, produto, serviço etc.

Segundo Carvalho (2020, p. 1252):

“Conforme dispõe a ciência econômica, o monopólio configura situação na qual existe apenas um fornecedor de determinado bem ou serviço, não havendo preço de mercado, haja vista a imposição do preço pelo monopolista. O monopólio privado é vedado pela Constituição, uma vez que permite a dominação do mercado e a eliminação da concorrência, o que pode ser considerado danoso à ordem econômica, denotando abuso de poder”.

Para Alexandre (2018, p. 1940):

O monopólio é a exclusividade na exploração de determinado bem, serviço ou atividade econômica. O monopólio privado é vedado pelo ordenamento jurídico porque tende a aumentar o aumento arbitrário dos lucros em prejuízo do consumidor ou usuário. O mesmo não se passa com o monopólio estatal, que tem a proteção pelo interesse público sendo admitido apenas nas hipóteses previstas na constituição.

Determinada empresa detém desse meio exclusivo, para somente ela explorar a atividade e auferir riquezas, sem possibilidade de concorrência. Dito isso, há que se

asseverar que o monopólio na sua faceta privada é definitivamente proibido pelo nosso ordenamento jurídico, “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (Brasil, Art. 173, parágrafo 4º da CF/88)

Nessa mesma esteira, há que se constatar o que é conhecido como “variação do monopólio”. Tal prática se implementa quando mesmo em um mercado em que há concorrência, um conglomerado empresarial, hegemonicamente controla quase que em sua totalidade a atividade de produção de bens e prestação de serviços, deixando apenas uma pequena porção para os concorrentes.

Tal prática de mercado é, de longe, abominada pelos Estados, seja ele liberal ou de bem estar social, pois o domínio exclusivo das atividades de produção e circulação de bens e serviços trazem enormes desvantagens à sociedade onde o monopólio prevalece. Nesse diapasão, a prática monopolista acarreta uma subida descontrolada dos preços, pois não havendo manifestação de concorrência, a empresa que detém o privilégio de explorar sozinha a atividade econômica estabelece preços dos seus produtos de maneira desarrazoada, sem promoções ou barateamento.

Também pode-se destacar que quando, somente uma entidade controla o setor produtivo e comercial, ocorre uma diminuição da qualidade do bens disponibilizados à venda e dos serviços prestados, pois mais uma vez, sem concorrência não há estímulo para a qualificação do que é oferecido e os consumidores ficarão de mãos atadas para exercer controle de qualidade.

Em sentido econômico, o monopólio é caracterizado por algumas práticas, são elas: O cartel, o truste e o holding. A prática do cartel é uma velha conhecida da sociedade brasileira, pois é usada (de maneira velada), no setor de postos de gasolina e consiste na união de várias empresas exploradoras do mesmo ramo comercial, com o objetivo de estabelecer preços para que todas saiam lucrando sem que sejam afetadas pelos “benefícios da concorrência”. O truste também já foi muito utilizado no Brasil e se traduz na fusão de empresas, com o interesse escuso da dominação completa do mercado que exploram.

Por fim temos o holding, consistente na atuação de uma empresa controladora em diversas outras do mesmo setor, favorecendo a concentração do capital em suas mãos. Em via diametralmente oposta da que caminha o monopólio de atividades econômicas pelo setor privado, ao Estado, chancelado pela Constituição Federal, é

permitido explorar certas atividades em caráter exclusivo, visando a promoção do bem comum e o interesse da coletividade, fazendo com que chegue à cada cidadão ,serviços considerados essenciais que, se por ventura fossem prestados por entidades privadas, talvez não se alcançaria êxito em implementá-los à toda população.

3.1 Tratamento Constitucional

A Constituição Federal de 1988 com o intuito de salvaguardar o interesse público e universalizar a prestação de serviços públicos considerados essenciais e indispensáveis para a sociedade brasileira, previu em vários de seus dispositivos, hipóteses em que a União é detentora do monopólio de determinadas atividades. Dentre elas e com base no objetivo do presente trabalho, destaca-se: a emissão de moeda (Art. 21, VII), o serviço postal e o correio aéreo nacional (Art. 21, X), a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária (Art. 21, XII).

Com o objetivo de otimizar a prestação desses serviços públicos, houve então a necessidade de se criar pessoas jurídicas (através da chamada descentralização administrativa), diferentes da detentora do monopólio (União), para que, de forma especializada, assumissem a prestação do serviço.

Sabemos que, no Brasil, a única forma de monopólio permitida é a Estatal e, nos termos estritos da Constituição. Com base nisso, quando uma empresa pública é criada para prestar serviço público de natureza essencial, tal entidade não é detentora do monopólio daquela prestação, mas sim, possui o privilégio dessa exploração. Como bem preleciona Meireles (2015, p. 773):

Monopolizado pela União um bem ou atividade do domínio econômico, nada impede que ela confira o privilégio de sua exploração a autarquias, fundações ou empresas estatais, a concessionários ou permissionários que satisfaçam as exigências do interesse público. O monopólio não se confunde com o privilégio. Monopólio é a detenção exclusiva do bem ou da atividade por uma só pessoa; privilégio é a delegação do direito de exploração do bem ou da atividade monopolizada a um ou alguns interessados.

3.2 A Casa da Moeda do Brasil

Baseado nesse raciocínio, houve a criação da Casa da Moeda do Brasil, responsável pela impressão da moeda e do papel moeda oficiais, além da emissão de passaportes e selos, conforme dispõe o Art. 21, VII, da nossa Carta Maior: “Art. 21. Compete à União: VII. Emitir Moeda;” e, também delimitando a atuação da referida empresa, o Art. 2º da lei de transformação dispõe que:

A Casa da Moeda do Brasil terá por finalidade, **em caráter de exclusividade**, a fabricação de papel moeda e moeda metálica e a impressão de selos postais e fiscais federais e títulos da dívida pública federal. (BRASIL, 1988)

Para que tal imperativo constitucional fosse implementado, e optando a administração em não prestar esse serviço de forma direta, usou da sua prerrogativa da descentralização administrativa. A partir disso, foi autorizada pelo Congresso Nacional a transformar a então autarquia em empresa pública. A lei nº 5.895/1973 em seu Artigo 1º assim dispõe:

Art. 1º- Fica o Poder Executivo autorizado a transformar a autarquia Casa da Moeda em empresa pública, sob a denominação de "Casa da Moeda do Brasil," dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e autonomia administrativa, vinculada ao Ministério da Fazenda. (BRASIL, 1973)

Tal empresa, em seus primórdios, estava longe de ser caracterizada como uma empresa pública. Logo quando fundada, o Brasil sequer era um país independente, sendo ainda colônia de Portugal, em 8 de março de 1694. Interessante ressaltar que primeiramente foi criada sob a natureza jurídica de autarquia. Só então em 1973, com o advento da lei nº 5.895, foi transformada em empresa pública, prestadora desse serviço essencial que é a emissão de moeda.

A Casa da Moeda do Brasil, como Empresa Pública (portanto, com personalidade jurídica de direito privado), guarda especial relevância para este trabalho, no momento em que, para ela, em sua lei de transformação são resguardadas prerrogativas *sui generis*, por ser prestadora de serviços públicos em caráter de privilégio, derivado do monopólio constitucional da União.

O legislador, ao estipular a prerrogativa de que à Casa da Moeda está resguardada a isenção de tributos federais relativos ao seu “patrimônio, renda e serviços relacionados com a sua atividade monopolizada” (Art. 11), buscou dar uma roupagem distinta das outras empresas públicas, caracterizando-a como uma espécie anômala

de empresa pública. Entretanto, como verificaremos mais adiante no trabalho, este entendimento de que há uma isenção para a referida empresa, já foi superada pelos entendimentos dos Tribunais Superiores pátrios. Ocorre que, na época de edição da referida lei (1973), os referidos pretórios ainda não tinham apreciado a temática da imunidade tributária recíproca, prevista no Art. 150, VI, “a” da Constituição Federal, extensiva às empresas públicas prestadoras de serviço público em caráter de privilégio.

3.3 A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos

Da mesma forma, por intermédio do Decreto lei nº 509 de 1969 foi transformado o Departamento dos Correios e Telégrafos na Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, responsável pela prestação dos serviços postal e o correio aéreo nacional, a popular e polêmica ECT. A Constituição Federal, em seus artigos 21, X, e 22, V dispõe que “Compete à União: manter o serviço postal e o correio aéreo nacional”, e legislar sobre: serviço postal”.

De forma infraconstitucional, o legislador (lei nº 6.538 de 1978), também previu que a União exploraria, em regime de monopólio determinadas atividade postais. São elas:

- a) O recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de carta e cartão postal;
- b) O recebimento, transporte e entrega, no território nacional e a expedição, para o exterior, de correspondência agrupada;
- c) A fabricação, emissão de selos e de outras fórmulas de franqueamento postal

Bastante controversa é a questão do monopólio do serviço postal em nosso país. Embora o texto constitucional seja, de certa forma claro, em relação a esse assunto, muito se discute sobre a viabilidade e o encaixe do serviço postal como atividade exclusiva dos Correios.

Nas palavras de Gaban (2012, p. 64):

O principal argumento econômico utilizado para defender a ideia de que os serviços postais deveriam ser realizados sob o modelo de monopólio legal é reconhecer-lhes como sendo um monopólio natural. Daí decorrem, essencialmente outros tantos argumentos jurídicos e econômicos no sentido de que, *e.g.*, a aplicação do regime de monopólio legal aos serviços postais

implicaria maior atendimento aos primados do interesse público e do interesse nacional.

Em contraponto, a Associação Brasileira das Empresas de Distribuição-ABRAED, em 2003 ajuizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental-ADPF nº 46 do Distrito Federal, tendo como alvo os Correios, objetivando a quebra do reconhecimento do regime de monopólio referente aos serviços de entrega de correspondências. O Supremo julgou como improcedente a ação constitucional, entendendo pela recepção da lei nº 6.538/1978, no sentido de que aos Correios é admitida à exclusividade (derivada do monopólio constitucional da União), para o serviço de entrega de correspondências. Brasil.

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviços Postal. Controvérsia Referente à Lei Federal 6.538/1978. Ato Normativo Que Regula Direitos e Obrigações Concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções na Hipótese de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de Afronta ao Disposto nos Artigos 1º, inciso IV, 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo Único e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa Não caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação Conforme A Constituição Conferida ao Artigo 42 da lei 6.538. Que Estabelece Sanção, Se Comprovada a Violação do Privilégio Postal da União. Aplicação às Atividades Postais Descritas no Artigo 9 da Lei. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009)

Outra relevante discussão se mostra presente em relação aos serviços prestados serem ou não de natureza universal. Trata-se de questão bastante sensível, pois tal prestação de serviço para os usuários localizados no bairro Aldeota em Fortaleza por exemplo, não pode ser vista com a mesma ótica do serviço prestado pela agência dos Correios no Município de Araripe-CE. Ocorre que, as agências dos Correios, além de prestar serviços de natureza postal (em regime de exclusividade, portanto), também prestam serviços de natureza bancária, como abertura de contas, saques, depósitos e transferências. O usuário do serviço localizado em Fortaleza é servido não apenas pela ECT no que se relaciona a atividades bancárias.

Para ele é ofertada toda uma gama de concorrência, como diversas outras instituições financeiras, casas lotéricas, correspondentes bancários, poupa tempo etc. Já para o usuário do serviço localizado em Araripe, dispõe somente da agência dos Correios local para que faça suas atividades bancárias, receba a parcela dos seus benefícios, efetue pagamentos, sendo que, sua alternativa de ir a uma agência

bancária mais próxima, que fica no Município de Campos Sales, já foi “estourada” pelo crime organizado nos assaltos à banco que assolam o interior cearense. De acordo com Alexandre (2019, p.221):

A prestação do serviço postal vem passando por um momento histórico de baixa, sendo paulatinamente esvaziada pela utilização de novas tecnologias, principalmente a internet, o que tem tornado obsoleta, por exemplo, a comunicação por carta e por telegrama. Sendo assim, a redação do dispositivo constitucional atribuindo à União Federal a competência de manter o serviço postal e o correio aéreo nacional, deve ser entendida como obrigação de manter tal serviço, mesmo que ele deixe de ser lucrativo.

Uma polêmica que atualmente se instalou no seio da sociedade é a da possibilidade da privatização dos Correios. Dentre os argumentos favoráveis à privatização estão algumas questões relevantes, outras nem tanto. A péssima prestação do serviço vem em primeiro lugar, pois sustenta-se a ideia de que quando uma atividade é prestada em regime de monopólio, sem concorrência portanto, a eficiência do serviço não evolui, pelo contrário, verifica-se que tal prestação torna-se obsoleta, oferecendo para o usuário do serviço (no caso o cidadão brasileiro), uma entrega sem qualidade e eficiência. Para Gaban (2017, p. 72):

Os “investidores das empresas públicas (os tesouros nacionais, no caso), não realizam um monitoramento constante das atividades desempenhadas por elas, tal como o fariam seus acionistas controladores para assegurar taxas de retorno satisfatórias de seus investimentos. O controle exercido sobre a empresa pública prestadora de serviço postal normalmente não confere ao seu titular a habilidade de interferir na governança da empresa por intermédio de sistemas de controle de eficiência.

Um segundo argumento é o de que a empresa pública nada mais é que um “cabide de empregos”, pois alguns cargos de direção e chefia são usados como moeda de troca no sistema presidencialista de coalisão ao qual o Brasil é submetido. Isso leva a práticas de corrupção, desvirtuando as verdadeiras finalidades para as quais a empresa foi criada e se distanciando dos mandamentos constitucionais dos imperativos de segurança nacional e relevante interesse público.

Por fim e não menos importante verifica-se a questão das constantes greves dos seus empregados, que, deveras atrapalha o bem desenvolvimento do usufruto do serviço postal, caracterizado como um serviço de natureza universal e imprescindível. As constantes deflagrações de greves colidem frontalmente com os princípios da

supremacia do interesse público e o da continuidade do serviço público. Segundo Carvalho Filho (2017, p. 56):

Os serviços públicos buscam atender aos reclamos dos indivíduos em determinados setores sociais. Tais reclamos constituem muitas vezes necessidades prementes e inadiáveis da sociedade. A consequência lógica desse fato é a de que não podem os serviços públicos ser interrompidos, devendo, ao contrário, ter normal continuidade. Ainda que fundamentalmente ligado aos serviços públicos, o princípio alcança toda e qualquer atividade administrativa, já que o interesse público não guarda adequação com descontinuidades e paralisações na Administração.

No dia 15 de outubro de 2020, foi protocolado pelo Ministro das Comunicações, Fábio Faria, um projeto de lei na Secretaria de Assuntos Jurídicos da Presidência da República, com o objetivo de se promover a quebra do monopólio da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos e conseqüentemente a sua privatização.

Ocorre que, na origem, o projeto de lei pode ser considerado natimorto. Pois, o monopólio usufruído pela empresa trata-se de uma atribuição constitucional, que somente poderia ser modificado, se por ventura fosse apresentada uma proposta de emenda à constituição- PEC, não sendo, portanto, matéria pertinente à lei. Sem dúvidas a ECT constitui uma empresa que presta relevantes serviços para a sociedade, como a entrega de cartas, encomendas, e inclusive, serviços bancários alternativos que lhe conferem ainda mais uma relevância ao ser estudada.

3.4 A Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária- INFRAERO

Nessa mesma esteira, com base no mandamento constitucional do Art. 21, XII, “c”, foi constituída pela lei nº 5.862, de 12 de dezembro de 1972, a empresa pública denominada Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária- INFRAERO, com o intuito de gerir os aeroportos nacionais, conforme preleciona o artigo 2º da referida lei: “ A Infraero terá por finalidade implantar, administrar, operar e explorar industrial e comercialmente a infraestrutura aeroportuária que lhe for atribuída pela Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República”.

A INFRAERO também é alvo de muitas críticas na atualidade, inclusive, foi-se deflagrada no dia 23 de outubro de 2020 a operação intitulada “ Índia”, realizada em cinco Estados da Federação, quais sejam, São Paulo, Rio de Janeiro, Bahia, Paraná e Rio Grande do Norte, que apura irregularidades e fraudes em procedimentos

licitatórios nos aeroportos administrados pela referida empresa, para contratos celebrados entre os anos de 2016 e 2018. Trata-se de contratos que versavam sobre instalações de quiosques e praças de alimentação, considerados de maior interesse do setor aéreo brasileiro. Aqui mais uma vez tem que ser destacado a questão do uso das empresas públicas como instrumento de interesses escusos para a implementação de uma prática de corrupção sistêmica e desastrosa.

Tal entidade está fadada à extinção, pois até o ano de 2022, a Secretaria Especial para a Desestatização planeja conceder todos os aeroportos que estão sendo geridos pela INFRAERO e também, planeja-se a criação da Sociedade de Economia Mista chamada NAU BRASIL SERVIÇOS DE NAVEGAÇÃO S.A; para a qual pretende serem concedido os poucos aeroportos que sobraram do leilão que ocorreu em 2019.

3.5 Peculiaridades da Empresas Públicas Prestadoras de Serviço Público

As empresas públicas, de modo geral se submetem a um regime jurídico um tanto quanto peculiar. Em todos os casos ela é uma pessoa jurídica de direito privado pertencente à administração pública.

Segundo Carvalho (2020, p. 217):

Seguem regime misto, haja vista não poderem gozar de prerrogativas inerentes ao Estado, submetendo-se, entretanto, às limitações do Estado que decorrem dos princípios administrativos.

O que se verifica é que às empresas públicas é concedido um regime considerado misto, com características reservadas ao direito privado e outras com facetas de direito público. Misto pelo fato de que, mesmo sendo pessoa jurídica de direito privado, por ter o seu capital integralizado totalmente por recursos carreados do Poder Público, faz-se necessário a observância do princípio da indisponibilidade do interesse público.

A Constituição Federal em seu artigo 173, parágrafo 1º dispõe que a lei deverá estabelecer o que nominou por Estatuto Jurídico da Empresa Pública, das sociedades de economia mista e das subsidiárias que explorem atividade econômica. Estipulou o constituinte que tal lei deveria versar sobre:

- a) A sua função social e as formas de fiscalização a serem exercidas tanto pelo Estado, quanto pela sociedade em geral.
- b) Uma sujeição ao regime específico de direito privado, no que tange direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias.
- c) Licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, sempre observando os princípios da administração pública.
- d) Formação e manutenção dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas majoritários (para as sociedades de economia mista).
- e) Os mandatos, avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

Há que se destacar que as empresas públicas independentemente de serem prestadoras de serviço público ou exploradoras da atividade econômica, são passíveis de fiscalização e controle, segundo o mandamento constitucional citado alhures. Primeiramente elas sofrem o chamado controle finalístico, este limita-se apenas no que diz respeito ao cumprimento das finalidades que levaram à sua autorização e conseqüentemente criação. Essa fiscalização é exercida pelo ente da administração direta ao qual a empresa está vinculada, como por exemplo, no caso da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária, o controle é exercido por parte do Ministério da Infraestrutura.

Na mesma esteira, as empresas públicas (de modo geral), são submetidas à controle por parte do Poder Legislativo, ao qual é auxiliado pelo Tribunal de Contas da União, pelo fato de a totalidade do capital dessas entidades serem do Tesouro Nacional.

Assim dispõe o Artigo 71, II e III, da Constituição Federal:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

II - Julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório. (BRASIL, 1998)

No mesmo sentido, o Excelso Supremo Tribunal Federal, ao analisar toda a celeuma em sede de Mandado de Segurança, porém em entendimento consolidado, entendeu que as referidas entidades, por serem pertencentes à administração indireta, estão sim sujeitas ao controle por parte do Tribunal de Contas da União, mesmo em que pese à sua subordinação ao regime das empresas privadas, bem como seus funcionários serem submetidos ao regime celetista.

Ementa: Mandado de Segurança. Constitucional. Competência. Tribunal de Contas da União. Art. 71, III, Da Constituição Do Brasil. Fiscalização de Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista. Possibilidade. Irrelevância do Fato de Terem ou Não Sido Criadas Por Lei. Art. 37, XIX, Da Constituição do Brasil. Ascensão Funcional Anulada pelo TCU Após 10 Anos. Ato Complexo. Inexistência. Decadência Administrativa. Art. 54 da Lei nº 9.784/99. Ofensa Ao Princípio da Segurança Jurídica e da Boa FÉ. Segurança Concedida. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009)

Depois de um longo intervalo de tempo entre a estipulação constitucional para a edição do Estatuto das Estatais, inclusive, ficando essas entidades submetidas ao regime de licitações e contratos definidos pela lei nº 8.666/1993, finalmente em 2016 foi sancionada a lei nº 13.303, a qual é responsável por disciplinar todas essas questões que o constituinte e prelecionou para as estatais. Segundo Ricardo Alexandre (2018, 278):

O princípio da indisponibilidade do interesse público também está implícito na Constituição Federal. Como a administração pública é mera gestora de bens e interesses públicos, que em última análise pertencem ao povo, estes não se encontram à livre disposição do administrador, devendo o agente público geri-los, curá-los, da forma que melhor atenda ao interesse da coletividade. Com efeito, a Administração não pode renunciar à busca incessante da satisfação do interesse público primário (bem comum) nem da conservação do patrimônio público (interesse público secundário).

Nesse sentido, as empresas públicas, tanto prestadoras de serviço público, quanto exploradoras da atividade econômica, estão submetidas à licitação para que possam firmar contratos; para a admissão de pessoal, mesmo sendo regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, é necessário que sua admissão passe pelo concurso de provas ou de provas e títulos.

Art. 28. Os contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas e às sociedades de economia mista, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio ou à execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como à implementação de ônus

real sobre tais bens, serão precedidos de licitação nos termos desta Lei, ressalvadas as hipóteses previstas nos arts. 29 e 30. (BRASIL, 2016)

No que concerne às empresas públicas exploradoras de atividade econômica, que competem juntamente com o setor privado no mesmo mercado, se verifica uma maior atração para o regime jurídico de natureza privado. Por outro lado, se prestadora de serviço público em regime de monopólio, haverá atração para o regime jurídico de direito público, com prerrogativas de fazenda pública.

Questão relevante se manifesta em relação a natureza jurídica dos bens das empresas públicas, se são bens públicos ou privados. O Código Civil de 2002, em seu artigo 98, preleciona que somente serão considerados como bens públicos aqueles pertencentes a pessoas jurídicas de direito público. Como as empresas públicas são pessoas jurídicas de direito privado, segundo tal entendimento, o argumento de que os bens dessas entidades são públicos caem por terra.

Entretanto, no mundo dos fatos ocorrem situações *sui generis*, que exigem que se faça uma diferenciação entre os tipos de empresas públicas e a sua afetação à prestação desses serviços, bem como se elas somente exploram atividade econômica. Se prestadoras de serviço público em regime de monopólio por exemplo, os bens que se destinam à prestação desses serviços essenciais assumem uma roupagem pública, ou seja, a eles é admitido um caráter de Fazenda Pública, sendo, portanto impenhoráveis (em eventual processo de execução), e imprescritíveis (insuscetíveis de serem usucapidos, por exemplo). Segundo Carvalho (2020, p. 221):

Os bens das empresas estatais não ostentam a qualidade de bens públicos, no entanto, em relação aos bens que estejam atrelados à prestação de serviços públicos, se aplicam algumas prerrogativas inerentes aos bens públicos, como a imprescritibilidade e a impenhorabilidade. No que tange às empresas públicas que atuam na exploração da atividade econômica, não se pode entender da mesma forma, ou seja, seus bens não gozam de quaisquer garantias públicas e são bens privados para todos os efeitos, sendo, inclusive passíveis de penhora e oneráveis com direito reais de garantia.

Seguindo esse raciocínio, caso uma eventual ação de execução for proposta contra uma empresa pública que presta serviço público em regime de monopólio, sendo portanto reconhecido que aos seus bens recai uma proteção de natureza fazendária, com prerrogativas de impenhorabilidade, cabe se fazer uma pergunta: e como se dará o pagamento do crédito exigido nessa ação?

Nesse caso, conforme entendeu o Excelso Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso no Recurso Extraordinário nº 852302 / Alagoas, nesse caso *sui generis*, a implementação do pagamento do crédito exigido será conforme o Artigo 100 da nossa Constituição Federal, a qual preleciona que os créditos exigidos contra a fazenda pública serão adimplidos pelo sistema de precatórios.

Agravo regimental no recurso extraordinário. Constitucional. Sociedade de economia mista. Regime de precatório. Possibilidade. Prestação de serviço público próprio do Estado. Natureza não concorrencial. Precedentes. 1. A jurisprudência da Suprema Corte é no sentido da aplicabilidade do regime de precatório às sociedades de economia mista prestadoras de serviço público próprio do Estado e de natureza não concorrencial. 2. A CASAL, sociedade de economia mista prestadora de serviços de abastecimento de água e saneamento no Estado do Alagoas, presta serviço público primário e em regime de exclusividade, o qual corresponde à própria atuação do estado, haja vista não visar à obtenção de lucro e deter capital social majoritariamente estatal. Precedentes. 3. Agravo regimental não provido. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015)

4 EQUIPARAÇÃO AO REGIME DE FAZENDA PÚBLICA

No cotidiano jurídico e acadêmico, por vezes é comum de se escutar a velha máxima que diz “nada no direito é absoluto”. Tendo essa máxima em mente e sabendo que no âmbito jurídico as causas variam de acordo com a situação fática, é que podemos perscrutar a transfiguração que as empresas públicas prestadoras de serviço público passam de “reles” pessoas jurídicas de direito privado, submissas a esse regime jurídico, para uma equiparação ao regime de fazenda pública, com prerrogativas de natureza materiais e processuais.

O que aprioristicamente se manteve resguardado aos entes políticos, autarquias e fundações públicas de direito público, também chamadas de autarquias fundacionais, tornou-se extensivo para pessoas jurídicas de direito privado, mas não qualquer entidade privada, mas sim uma verdadeira entidade privada com natureza jurídica anômala que, por entendimento dos Excelso Tribunais Superiores, são tratadas como verdadeiras autarquias.

As chamadas prerrogativas da fazenda pública (ou do poder público), são garantias tipicamente previstas para pessoas jurídicas de direito público. Pensando dessa forma, nos levaria a cair no entendimento absoluto de as pessoas jurídicas de direito privado não podem gozar de tais privilégios. Segundo Melo de Barros (2017, p. 26):

As prerrogativas decorrem da personalidade jurídica de direito público, não sendo necessário qualquer ato processual para tanto. Fora desse conceito estão as pessoas jurídicas de direito privado, ainda que haja a participação societária do Poder Público. Sociedade de economia mista e empresa pública são pessoas jurídicas de direito privado, criadas para exercer atividade econômica, ao lado dos particulares (CR, art. 173, parágrafo 2º). Não podem usufruir de prerrogativas não extensíveis aos seus pares no mercado.

Contudo, como a velha máxima jurídica citada no início do capítulo nos leva a refletir que nem sempre as empresas públicas não poderão usufruir das prerrogativas e privilégios de que gozam as pessoas jurídicas de direito público. Mostrando essa relatividade, ainda preleciona Melo de Barros (2017, p.27):

Há exceção. É a questão peculiar da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT). Seu diploma de regência é o decreto-lei nº 509/1969, cujo artigo 12 está assim redigido: A ECT gozará de isenção de direitos de importação de materiais e equipamentos destinados aos seus serviços, dos

privilégios concedidos à Fazenda Pública, quer em relação a imunidade tributária, direta ou indireta, impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, quer no concernente a foro, prazos e custas processuais.

O que ocorre aqui, trata-se de uma colisão entre o que está disposto pela legislação de 1969, aos estipular prerrogativas processuais e isenção tributária para a ECT, e a disposição constitucional (CR, art. 173, parágrafo 2º), que é clara e direta ao proibir tratamento privilegiado em relação às empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista).

4.1 Conceito de Fazenda Pública

O termo Fazenda Pública no âmbito jurídico e também em outras ciências, como a economia e a administração pública, é muitas vezes confundido com frequência, pois tal expressão está ligada a dois vetores. Um no que diz respeito ao sistema financeiro dos entes políticos, como é o caso do Ministério da Fazenda (hoje Ministério da Economia), Secretarias da Fazenda Estaduais, inclusive, correlaciona-se à cargos públicos, como é o caso dos procuradores da fazenda nacional e os chamados fiscais fazendários. Todas essas terminações e até mesmo cargos públicos estão relacionados a um sentido de fazenda pública, o chamado sentido amplo. Nos dizeres de Carneiro da Cunha (2017, p.2):

A expressão Fazenda Pública identifica-se tradicionalmente como a área da administração pública que trata da gestão das finanças, bem como da fixação e implementação de políticas econômicas. Em outras palavras, Fazenda Pública é expressão que se relaciona com as finanças estatais estando imbricada com o termo Erário, representando o aspecto financeiro do ente público.

Empiricamente, no dia a dia forense foi-se costumeiramente utilizando a expressão fazenda pública, quando um ente com personalidade jurídica de direito público ingressava ou era acionado em juízo. Isso ocorre com muita frequência e chega até mesmo ser impossível de se lançar mão de uma expressão que tanto é utilizada nas efemérides judiciais.

Tal expressão, em seu sentido estrito, ou seja, quando há um ente do Poder Público em juízo, é tão tipicamente utilizada que o legislador (que na maioria das vezes utiliza-se de agências jurídicas), tanto no revogado Código de Processo Civil

de 1973, quanto no de 2015, utilizou-se da expressão para designar as situações em que as entidade públicas pudessem interagir no processo.

Art. 578. A execução fiscal (art. 585, VI) será proposta no foro do domicílio do réu; se não o tiver, no de sua residência ou no do lugar onde for encontrado. Parágrafo único. Na execução fiscal, a **Fazenda Pública** poderá escolher o foro de qualquer um dos devedores, quando houver mais de um, ou o foro de qualquer dos domicílios do réu; a ação poderá ainda ser proposta no foro do lugar em que se praticou o ato ou ocorreu o fato que deu origem à dívida, embora nele não mais resida o réu, ou, ainda, no foro da situação dos bens, quando a dívida deles se originar. (BRASIL, 1973)

Com base nesse excerto, podemos perceber que a expressão utilizada pelo legislador processualista de 1973, realmente se utilizou da expressão fazenda pública para se referir a todos os entes com personalidade jurídica de direito público. Ademais, podemos notar ainda, que a expressão foi utilizada no contexto de Execução Fiscal, ação por meio da qual o Poder Público exerce a cobrança judicial da sua dívida ativa, sejam elas tributárias ou não. A título de conhecimento, a matéria de execução fiscal está hoje regida pela lei nº 6.830/1980, e é interessante ressaltar que tal diploma também elenca em vários de seus artigos a expressão fazenda pública.

Art. 2º - Constitui Dívida Ativa da **Fazenda Pública** aquela definida como tributária ou não tributária na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

§ 1º - Qualquer valor, cuja cobrança seja atribuída por lei às entidades de que trata o artigo 1º, será considerado Dívida Ativa da **Fazenda Pública**.

§ 2º - A Dívida Ativa da **Fazenda Pública**, compreendendo a tributária e a não tributária, abrange atualização monetária, juros e multa de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato. (BRASIL, 1980)

O novo Código de Processo Civil de 2015 não alterou esse entendimento, mostrando uma forte tendência de ainda ser utilizada por muito tempo no dia a dia forense.

Art. 91. As despesas dos atos processuais praticados a requerimento da **Fazenda Pública**, do Ministério Público ou da Defensoria Pública serão pagas ao final pelo vencido.

§ 1º As perícias requeridas pela **Fazenda Pública**, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública poderão ser realizadas por entidade pública ou, havendo previsão orçamentária, ter os valores adiantados por aquele que requerer a prova. (BRASIL, 2015)

Entretanto, com o passar do tempo e levando em conta o caráter dinâmico do processo em si, foi-se constatando que a participação processual da fazenda pública não estava restrita apenas a causas de natureza fiscais e/ou tributárias, mas também em diferentes matérias, como responsabilidade civil, patrimônio histórico e público, questões ambientais, execução de contratos etc. Conforme preleciona Carneiro da Cunha (2017, p.3):

A expressão fazenda pública é utilizada para designar as pessoas jurídicas de direito público que figurem em ações judiciais, mesmo que a demanda não verse sobre matéria estritamente fiscal ou financeira. Quando a legislação processual se utiliza do termo Fazenda Pública está a referir-se à União, aos Estados, aos Municípios, ao Distrito Federal e às suas respectivas autarquias e fundações.

Nesse sentido, fazem parte da fazenda pública os chamados entes políticos, União, Estados, Municípios e o Distrito Federal, como também as entidades autárquicas e fundacionais de direito público que fazem parte da administração indireta.

Cabe salientar que aos órgãos públicos, que não possuem personalidade jurídica, portanto não podem ingressar ou serem acionadas em juízo, o que deve ocorrer é a sua representação por parte do ente político ao qual o órgão está vinculado. É muito comum o indeferimento de petições iniciais em que o patrono da parte direciona como parte ré da ação órgãos públicos despersonalizados e não ao ente político ao qual se subordina. Por exemplo, determinada demanda é proposta contra a Polícia Militar do Estado do Ceará. Tal exordial está fadada à emenda ou até mesmo ao indeferimento, pois, quem na verdade deveria contar como parte requerida seria o Estado do Ceará, ente político ao qual a Polícia Militar está Vinculado, não se falando também em Secretaria de Segurança Pública, pelo fato de também se constituir em um órgão da administração direta. Sobre isso, preleciona Carneiro da Cunha (2017, p.2):

A organização da administração pública, no Brasil, segue as linhas tracejadas pelo Decreto-lei nº 200/1967, de cujos dispositivos se extrai a divisão da administração direta e indireta. Integram a administração direta os órgãos os órgãos componentes dos entes federativos.

No mesmo sentido, estão abrangidas pelo conceito de fazenda pública as autarquias e as fundações públicas. Portanto, gozam de privilégios processuais, da mesma forma que os entes políticos o INSS, o INPE, as Universidade Públicas etc.

No que tange às fundações públicas instalou-se uma distinção, pois, de acordo com entendimentos jurisprudenciais, somente será reconhecida a equiparação ao regime de fazenda pública as Fundações Públicas com personalidade jurídica de direito público, excluídas desse entendimento as chamadas fundações governamentais, que têm personalidade jurídica de direito privado e se subordinam a esse regime jurídico. Na mesma esteira entende Carneiro da Cunha (2017, p.2):

Ora, se a expressão fazenda pública se identifica com as pessoas jurídicas de direito público, somente estão nela abrangidos a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações públicas. Quanto as Fundações públicas, a jurisprudência vem entendendo que, conquanto detenham tal denominação, aquelas tidas como de direito público, são criadas por lei para exercerem atividade próprias de estado, desincumbindo-se de atribuições descentralizadas dos serviços públicos e sendo geridas por recursos orçamentários.

Supera essa questão das fundações públicas e suas personalidades jurídicas, encontramos o que se traduz na maior celeuma jurídica em relação ao tema, a questão das empresas públicas prestadoras de serviço público, como pessoas jurídicas de direito privado serem equiparadas sob termos processuais ao regime de Fazenda Pública.

4.2 As Empresas Públicas Prestadoras de Serviço Público em Regime de Monopólio e a Sua Equiparação ao Regime de Fazenda Pública

Questão extremamente peculiar em nosso ordenamento jurídico é a do encaixe das empresas públicas prestadoras de serviço público em regime de exclusividade no conceito de fazenda pública. O carro chefe que primeiro guia o entendimento favorável a esse encaixe é o caso da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. De acordo com a sua lei de regência, a ECT está sujeita a algumas garantias.

A ECT gozará de isenção de direitos de importação de materiais e equipamentos destinados aos seus serviços, dos privilégios concedido à fazenda pública, quer em relação a imunidade tributária, direta ou indireta, impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, quer no concernente a foro, prazos e custas processuais. (BRASIL, 1969)

De acordo com o excerto de lei acima verificamos que essas garantias e privilégios asseguradas à ECT poderiam ser entendidas como:

- a) Prazo em dobro para manifestação processual.
- b) Reexame necessário nos casos em que venha a sucumbir.
- c) Intimação na pessoa de seu representante legal.
- d) Pagamento de créditos processuais pelo regime de precatórios (art. 100 da Constituição Federal).
- e) Restrições a concessão de liminares e tutelas antecipadas etc.

Diante disso, muitas demandas foram ajuizadas com o intuito de se quebrar esse reconhecimento legal concedido à ECT, sob o argumento de que tal dispositivo da lei não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, pois em seu art. 173, parágrafo 2º, onde preleciona que as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos ao do setor privado.

A questão chegou aos Tribunais Superiores no qual prevaleceu o entendimento de que, por serem entidades que prestam serviço público de natureza universal e indispensável ao funcionamento do interesse público, é acertada a sua inclusão do conceito de fazenda pública, gozando das garantias e privilégios a ela inerentes.

A empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, empresa pública federal, entidade da administração indireta da União, criada pelo Decreto-lei nº 509/1969, presta em exclusividade o serviço postal, que é um serviço público, não consubstanciando atividade econômica. Por essa razão, goza de algumas prerrogativas da fazenda pública, como prazos processuais, custas, impenhorabilidade de bens e imunidade recíproca. (BRASIL, 2013)

O Supremo Tribunal Federal entende que a referida lei foi sim recepcionada pela Constituição Federal de 1988, inadmitindo a tese de não recepção alegada pelos opositores da extensão da equiparação para este tipo de empresa.

A prestação do serviço postal consubstancia serviço público (art. 175 da CB/88). A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é uma empresa pública, entidade da administração indireta da União, como tal tendo sido criada pelo Decreto-lei nº 509/1969. O pleno do STF declarou, quando do julgamento RE 220.906, relator Min. Maurício Corrêa, DJ 14/11/2002, à vista do disposto no artigo 6º do decreto-lei nº 509/1969, que a empresa brasileira de correios e telégrafos é "pessoa jurídica equiparada à fazenda pública, que explora serviço de competência da União (CF, artigo 21, x) (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2008)

Entretanto, mesmo se tratando de matéria pacificada nos Tribunais Superiores, o que ocorre no primeiro grau é um entendimento diferente, mesmo os juízes estando vinculados aos precedentes que emanam desses pretórios. Há juízes que entendem por conceder tratamento paritário ao de fazenda pública à ECT, e outros indeferem tal postulado.

Tal tratamento de equiparação ao regime de fazenda pública conferido à ECT não é o mesmo dispensado à INFRAERO. No caso da empresa de Correios o que se verifica é uma disposição legal (Decreto-lei nº 509/1969), que prevê tais prerrogativas fazendárias. No caso da empresa aeroportuária, não há disposição legal que resguarda garantias e privilégio processuais.

O Supremo Tribunal Federal, em decisão recente (2019), não reconheceu à INFRAERO a isenção de custas processuais, no que se refere ao preparo recursal.

DECISÃO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. PREPARO RECURSAL. INFRAERO. NATUREZA JURÍDICA. ISENÇÃO DE CUSTAS. IMPOSSIBILIDADE. JULGADO RECORRIDO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1 DESERÇÃO. RECURSO DE REVISTA DA INFRAERO. NÃO PROVIMENTO. Não merece reforma a decisão monocrática que, confirmando decisão denegatória do recurso de revista, julgou deserto o recurso de revista da reclamada, porquanto ilegível a guia de recolhimento do depósito recursal enviada juntamente com as razões do apelo. Cumpre ressaltar, que a Infraero não dispõe das mesmas prerrogativas processuais dispensadas à Fazenda Pública e ao ECT. Agravo a que se nega provimento” (fl. 1, doc. 45). (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019)

Como se vê, o entendimento pretoriano não demonstra ser coerente pois, as duas empresas públicas ostentam características análogas, ambas são empresas públicas que detêm personalidade jurídica de direito privado, que prestam serviços públicos essenciais em regime de privilégio, porém não são tratadas com a mesma analogia pelos Tribunais no que diz respeito os aspectos processuais. Mas como diz uma outra máxima jurídica, “o direito é a ciência das verdades transitórias”, cabe aos operadores do direito e até mesmo a sociedade, pois constitui matéria de interesse público, fiquem atentos às constantes deliberações da nossa Suprema Corte em relação a esse tema que levanta muitas indagações.

4.3 A Tributação Das Empresas Públicas Prestadoras de Serviço Público em Regime de Monopólio

Uma das questões mais interessantes do direito tributário reside no tema das chamadas imunidades tributárias. Tal tema transcende o direito tributário em si, e se configura como uma verdadeira pedra de toque constitucional. Segundo Paulsen (2017, p.107):

As regras constitucionais que proíbem a tributação de determinadas pessoas, operações, objetos ou de outras demonstrações de riqueza, negando, portanto, competência tributária, são chamadas de imunidades tributárias. Isso porque tornam imunes à tributação as pessoas ou base econômicas nela referidas relativas a tributos que a própria regra constitucional negativa de competência específica.

Ainda mais interessante é o estudo das hipóteses de imunidades genéricas previstas na Constituição Federal. A imunidade recíproca, a dos templos de qualquer culto, a dos partidos políticos, suas fundações, entidade sindicais dos trabalhadores, instituições de educação sem fins lucrativos e as instituições de assistência social sem fins lucrativos, a imunidade cultural, que abrange livros, jornais e periódicos e a imunidade das músicas nacionais.

Neste tópico, mais especificamente será abordado a temática da imunidade recíproca, aquela que está relacionada com o patrimônio, a renda ou os serviços dos entes políticos: União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

A imunidade tributária deve ser entendida com uma norma de proteção constitucional. É uma norma de proteção porque tutela determinados pessoas da sujeição passiva de adimplir a obrigação tributária referente a impostos (no caso da imunidade genérica). São norma verdadeiramente de incompetência tributária, aniquilando por isso, a pretensão do ente político da instituição dos impostos referidos no dispositivo constitucional.

Assim preleciona Sabbag (2009, p.239):

Imunidade tributária é a norma constitucional de desoneração tributária, que, justificada no plexo de valores proclamados no texto constitucional, inibe a atribuição de competência impositiva e credita ao beneficiário o direito público subjetivo de “não incomodação” perante o ente tributante.

Como dito, o presente tópico dedica-se a uma análise de uma das modalidades de imunidade tributária, a chamada imunidade tributária recíproca, prevista na alínea “a” do inciso VI do artigo 150 da nossa Constituição federal, ao qual dispõe que é “vedado à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, instituir impostos sobre o patrimônio, a renda ou serviços uns dos outros”.

Ao analisar tal dispositivo, é inegável admitir que a sua leitura nos faz remeter ao princípio federativo (ou pacto federativo), como se o constituinte estivesse reafirmando que a Carta Constitucional tutela a autonomia político-administrativa dos entes federados e fazendo questão de instituir um instrumento de proteção tão importante para esses entes, afastando, por assim dizer, uma presumida submissão entre eles na Federação. Vale ressaltar que que tal previsão, por se tratar de imunidade genérica, ela recai apenas no que diz respeito aos impostos.

Não satisfeito, o constituinte avança e no parágrafo segundo do mesmo artigo proclama uma verdadeira extensão dessa regra de desoneração para as autarquias e as fundações públicas com personalidade jurídica de direito público(aquelas instituídas e mantidas pelo Poder Público), também direcionadas ao patrimônio, a renda e os serviços, desde que estejam vinculados às finalidades essenciais para as quais foram criadas através da chancela legal.

Nesse Sentido, arremata Alexandre (2019, p.215):

Por força do disposto no parágrafo 2º do artigo 150, a imunidade recíproca estende-se às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, a renda e aos serviços vinculados às suas finalidades essenciais ou delas decorrentes.

Dito isso, ao analisar as situações fáticas em que as autarquias e fundações públicas estão tributariamente envolvidas, há que se verificar se essas entidades estão efetivamente exercendo atividades voltadas para os específicos fins delimitados nas suas leis criadoras, diferentemente do que ocorre com os entes políticos, que podem dar funções aos seus bens como bem entender. Explica-se, se a União, por ventura entender que há um terreno que lhe pertença queira transforma-lo em um campo de futebol, desonerado de tributação o bem estará, entretanto, se a FUNAI agir com a mesma conduta, onerada pela tributação a entidade estará, não podendo alegar que está protegida pelo manto da imunidade tributária, pois descumprida estaria a condição de finalidade imposta pelo constituinte.

Conforme preleciona Sabbag (2009, p.258):

A propósito, entende-se que finalidade essencial se liga ao intento inerente à própria natureza da entidade autárquica ou fundacional, enquanto a finalidade decorrente da essencial se traduz no objetivo relacionado com o propósito principal da entidade, guardando com esta certa correspondência. Posto isso, é possível afirmar-se, pelo menos em tese, que deve incidir IPTU sobre prédio pertencente a uma autarquia federal que não seja utilizado para a consecução dos precípuos objetivos autárquicos; ou mesmo, que deve incidir IPTU sobre o terreno baldio de propriedade de autarquia.

Logo após a previsão de que as entidades autárquicas e fundacionais, estas respeitadas as devidas finalidades constitucionalmente impostas, o constituinte impossibilitou que as empresas públicas e as sociedades de economia mista fosse privilegiadas com tal benefício, uma vez que elas detêm personalidade jurídica de direito privado e estão submetidas a um regime de natureza concorrencial. Entretanto, como já explicitado neste estudo, “no direito nada é absoluto” e tudo pode ser objeto de variação ou relativismo, principalmente em matéria jurisprudencial.

Com base nisso, o Supremo Tribunal Federal compreendeu o que poderia ser chamado de uma extensão da extensão, da regra imunizante que consta na alínea “a” do inciso VI do artigo 150. O que ocorre é que por serem prestadoras de serviço público em caráter exclusivo, algumas empresas públicas (e, inclusive sociedade de economia mista), estariam salvaguardadas da oneração tributária referente aos impostos incidentes sobre a sua renda, bens ou serviços, não tendo que se preocupar com a importunação reacional do Estado. Conforme doutrina Alexandre (2019, p.216):

A origem do entendimento remonta ao RE 407.099/RS, no âmbito do qual a corte foi instada a apreciar a possibilidade de extensão da imunidade recíproca à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. A conclusão a que o Tribunal chegou foi a de que a ECT, apesar de ser empresa pública (e não autarquia ou fundação pública) e de cobrar preços ou tarifas de seus serviços, goza de imunidade recíproca, pois presta serviço público de prestação exclusiva e obrigatória do Estado.

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela extensão da imunidade recíproca à Empresa Brasileira de Administração Aeroportuária, no sentido de que a entidade seria imune à cobrança de IPVA da sua frota de veículos utilizados em um aeroporto.

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Tributário. Imunidade recíproca. INFRAERO. Empresa pública prestadora de serviço público. Imunidade recíproca. Extensão. Data do fato gerador. Necessidade de reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes. 1. O Supremo

Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, reafirmou seu entendimento jurisprudencial e concluiu pela possibilidade de extensão da imunidade tributária recíproca à Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária INFRAERO, na qualidade de empresa pública prestadora de serviço público. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016)

Superada a celeuma que se criou em relação a essa extensão e a alegada(e sucumbente) narrativa de que sua concessão afrontaria o artigo 173, parágrafo 2º, que diz que “as empresas públicas e sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensíveis às do setor privado”, veio à gênese outra discussão, a de que, a ECT não é apenas prestadora de serviços públicos, mas também explora atividade econômica, na medida em que presta serviços de encomendas.

A questão foi parar no Supremo Tribunal Federal, que entendeu no sentido de que é irrelevante se a Empresa de Correios e Telégrafos além da prestação de serviços de natureza universal e portanto em regime de monopólio e na mesma esteira explora atividade econômica, pois está exploração está diretamente ligado a uma prestação de serviço indispensável e que abrange diferentes localidades não privilegiadas pela ação concorrencial do mercado.

Distinção para fins de tratamento normativo, entre empresas públicas prestadoras de serviço público e empresas públicas exploradoras da atividade econômica. Exercício simultâneo de atividades em regime de exclusividade e em concorrência com a iniciativa privada. Irrelevância. Existência de peculiaridade no serviço postal. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2013)

Portando, mas uma vez se faz demonstrada a interessante natureza jurídica dessas entidades da administração indireta. Isso só mostra o quanto o direito pátrio, apesar de se parecer um pouco contraditório, se mostra sob outra ótica uma feição de riqueza jurídica, o que instiga os estudantes e apaixonados por essa ciência a se debruçar cada vez mais no estudo do direito público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atividade estatal, mais especificamente a que está ligada ao Poder Executivo, está diretamente ligada aos anseios da sociedade. A prestação de serviços públicos, ficou incumbida, por ordem do constituinte, ao Estado e/ou seus colaboradores, aqui entendidos como entidades da administração indireta e até os concessionários e permissionários de serviços públicos.

A relevância das entidades da administração indireta é altíssima, na medida em que tais entes aglutinam a prestação de serviços considerados essenciais que não são prestados de maneira direta pelo Estado.

Alguns serviços são de tamanha importância e eivados de complexidade econômica e logística, que pela sua natureza, a Constituição Federal de 1988, delimitou a sistemática do monopólio estatal para a prestação desses serviços e com a finalidade da consecução do bem comum da sociedade.

Algumas Empresas Públicas ficaram incumbidas de prestar esses serviços, por expressa determinação Constitucional, e ao assumir essa responsabilidade, adquirem uma condição jurídica anômala, diferente daquela empregada as que exploram atividade econômica e as empresas privadas.

Ao longo do estudo, restou-se evidente a importância dessas entidades não apenas no que tange à prestação dos referidos serviços de natureza essencial, mas mais do que isso, garantir a essas entidades prerrogativas de fazenda pública se traduz em uma verdadeira implementação do princípio da isonomia, sendo esse reconhecimento, conforme as decisões das nossas Cortes Superiores, enxertadas no presente trabalho, perfeitamente constitucional, garantindo a elas uma maior proteção, pela natureza da prestação dos seus serviços.

Através das pesquisas bibliográficas, jurisprudenciais e legais, e do método dedutivo, foi possível inferir que tanto os aspectos materiais, quanto os processuais, são legítimos, e estão aí para salvaguardar esta tão importante equiparação à fazenda pública, que podemos caracterizar as Empresas Públicas prestadoras de serviço público em regime de monopólio como verdadeiras “empresas autárquicas”.

Entretanto, isso não exclui a efetivação de parcerias com a iniciativa privada com o objetivo de implementar o princípio da eficiência, para que chegue ao cidadão, pagador de tributos ou não, um serviço que se equipare à dignidade conferida na nossa Carta Maior.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário**. 13. ed. Salvador-Bahia: Juspodvm, 2019.

ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. **Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Método, 2018.

AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. Distinção entre usuário de serviço público e consumidor. **Revista Brasileira de Direito Público**. Belo Horizonte: Fórum, ano 2, n.5, p.133-138, abr./jun., 2004.

BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Poder Público Em Juízo**. 8. ed. Salvador-Bahia: Juspodvm, 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 09 nov. 2002.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 09 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 5.862, de 12 de dezembro de 1972**. Autoriza o Poder Executivo a constituir a empresa pública denominada Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - INFRAERO, e dá outras providências. Brasília, 12 dez. 1992.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, 11 jan. 1973. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5869-11-janeiro-1973-357991-publicacaooriginal-1-pl.html#:~:text=Institui%20o%20C%C3%B3digo%20de%20Processo%20Civil.&text=Art.,disposi%C3%A7%C3%B5es%20que%20este%20C%C3%B3digo%20estabelec> e. Acesso em: 09 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980**. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Brasília, 22 set. 1980. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm. Acesso em: 09 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF, 21 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 09 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agrg no Resp nº 1308820**. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Brasília, DF, 04 de junho de 2013. Brasília, 04 jun. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. A G. **Reg. no Recurso Extraordinário Com Agravo nº 987.398**. Relator: Min. Dias Tofolli. Brasília, DF, 28 de outubro de 2016. **Dje**. Brasília, 28 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Aco nº 765**. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, DF, 01 de junho de 2005. Brasília, 01 jun. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 46**. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, DF, 05 de agosto de 2009. **Dje**. Brasília. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608504>. Acesso em: 01 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 26117**. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, DF, 20 de maio de 2009. **Dje**. Brasília, 20 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1195916**. Relator: Carmem Lúcia. Brasília, DF, 03 de setembro de 2019. Brasília, 03 set. 2019. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000219358&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 09 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 601.392**. Relator: MIN. JOAQUIM BARBOSA. Brasília, DF, 20 de fevereiro de 2013. **Dje**. Brasília, 20 fev. 2013. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3921744>. Acesso em: 09 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 852302**. Relator: Min. Dias Tofolli. Brasília, DF, 15 de dezembro de 2015. **Dje**. Brasília, 15 dez. 2015. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10361541>. Acesso em: 09 nov. 2020.

CARDOZO, J. E. M. Princípios Constitucionais da Administração Pública (de acordo com a Emenda Constitucional n.º 19/98). IN MORAES, Alexandre. **Os 10 anos da Constituição Federal**. São Paulo: Atlas, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 7. ed. Salvador-Bahia: Juspodvm, 2020.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GABAN, Eduardo Molan. **Regulação do Setor Postal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENDES, Francisval. **Distinção entre usuário de serviço público e consumidor Conteudo Juridico, Brasilia-DF**: 01 nov 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/33545/distincao-entre-usuario-de-servico-publico-e-consumidor>. Acesso em: 01 nov 2020.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário Completo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 560 p.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2009. 1090 p.