PARECERES

REGIME JURÍDICO DA INDÚSTRIA DE MATERIAL BÉLICO DO BRASIL – IMBEL – IMUNIDADE TRIBUTÁRIA — PARECER.

CONSULTA

A Consulente é Empresa Pública Federal, com capital social integralmente subscrito pela UNIÃO, vinculada ao Ministério da Defesa sob a supervisão do Comando do Exército, tendo sido instituída pela Lei n. 6.227, de 14.07.75, com seu Estatuto Social consolidado e aprovado pelo Decreto n. 97.752, de 16.05.89.

Sua finalidade é a produção e o desenvolvimento de material bélico, destinado prioritariamente às Forças Armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica) e às Forças Auxiliares (Polícia Federal e Polícias Militares), bem como ao mercado civil nacional e ao mercado externo, nele incluído forças armadas e polícias estrangeiras conveniadas com o Brasil, como, por exemplo, o FBI nos Estados Unidos.

Conforme dados apresentados, grande parte do faturamento da Consulente é relacionado ao fornecimento dos produtos às Forças Armadas, sendo tal fato insuficiente para afastar a crise no setor e restrições orçamentárias que, entre outros motivos, provocaram situação deficitária com endividamento de natureza tributária perante os Estados Membros (ICMS) e a própria União Federal (IPI, II, IR, PIS, COFINS, FGTS e INSS).

É de se acrescentar que trabalha a Consulente, na preparação de determinadas armas e na composição de seus explosivos, com fórmulas secretas de conhecimento e uso exclusivo das Forças Armadas Brasileiras.

É também detentora exclusiva de plantas de fabricação de componentes de explosivos essenciais do carregamento de munições de emprego militar.

Há informação, outrossim, que a Consulente tem-se submetido ao regime jurídico das empresas privadas, nos termos do art. 173, §1º, II da CF, reconhecendo as mesmas obrigações tributárias desse setor, tanto em relação aos produtos destinados às Forças Armadas e Forças Auxiliares, quanto ao mercado civil e externo.

Nesse contexto, e em razão do julgamento do RE – 281.172-6 pelo Supremo Tribunal Federal, que estendeu à Empresa de Correios e Telégrafos – ECT os privilégios conferidos à Fazenda Pública, entre os quais o da impenhorabilidade de seus bens, a Consulente indaga a respeito da real possibilidade de ter idêntico tratamento tributário, ou seja, imunidade quanto a seus produtos, bens e serviços, não só os de exclusivo fornecimento à União, em regime monopolizado ou assemelhado, como os destinados aos Estados, Municípios e até mesmo ao mercado civil e externo.

RESPOSTA

Antes de respondermos à questão formulada, teceremos considerações sobre o tratamento dado pela Constituição Federal à defesa nacional, às Forças Armadas e à Segurança Pública, passando para a interpretação do Texto Supremo no tocante à dualidade de iniciativa econômica, imunidade recíproca, conceito de serviço público para efeitos e aspectos diferenciais de direito administrativo e tributário, assim como examinando a matéria, à luz da jurisprudência da Suprema Corte. Por

fim, refletiremos sobre a possibilidade de eventual questionamento da tese, que entendemos aplicável à Consulente, perante o Poder Judiciário, acionando o controle concentrado de constitucionalidade.

A posição que assumimos já vem de longa data, razão pela qual, no princípio deste trabalho, transcrevemos comentários de um dos subscritores, que facilitarão a inteligência da questão, ao final do parecer.

De início, para nos situarmos na questão, é importante ressaltar a competência de atribuições da União, conferida pelo art. 21, *"caput"* e incisos III e VI, da Lei Suprema, em que se lê:

"Art. 21. Compete à União:
(...)
III. 'assegurar a defesa nacional';
(...)
VI – 'autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico'
(...)" (grifos nossos).

Na análise do referido inciso III depreende-se o amplo conceito de defesa nacional, que pode representar a proteção contra o inimigo externo, a guerrilha interna, ou questões relacionadas ao meio ambiente entre outras, cabendo, ainda, a participação de Estados e Municípios em sua consecução.

O primeiro subscritor deste estudo comentou o citado dispositivo, afirmando que:

"*O conceito de defesa nacional, nos termos apresentados, é novo na Constituição. A Constituição de 1967 orientou-se para o binômio que empolgava à época, a Escola Superior de Guerra, ou seja, Segurança e Desenvolvimento. Eu mesmo, em 1971, em dissertação para o curso de especialização de Ciências das Finanças da USP, em livro posteriormente editado com prefácio de Roberto de Oliveira Campos, procurei ofertar uma conformação jurídica, à luz das Ciências das Finanças, dessa política que plasmou os vinte anos de governo revolucionário. Procurei formular uma teoria do limite crítico entre a procura do desenvolvimento e as despesas de segurança vinculadas à defesa nacional.*

A Escola Superior de Guerra, por outro lado, esculpiu conceito demasiadamente amplo, ao considerar que tudo aquilo que pudesse colocar em risco as instituições do País dizia respeito a Segurança Nacional, com o que as greves, artigos políticos de contestação e formas variadas de oposição poderiam estar enquadrados entre elementos a serem neutralizados pelos defensores de tal concepção.

O Supremo Tribunal Federal, em 1968, colocou fim à discussão. Segurança Nacional referencia-se à defesa contra o inimigo externo ou a guerrilha interna, mas não contra atos contestatórios normais de qualquer democracia, visto que apresentam mera exteriorização da liberdade de pensamento.

Nem por isto os Decretos-leis deixaram de considerar, como objeto de sua abrangência, o perfil amplo e afastado pelo Supremo Tribunal Federal de Segurança Nacional.

Entendo, todavia, que a evolução do conceito referido no concernente à competência mencionada voltou a estar perfilada pela orientação do Supremo Tribunal Federal, sendo defesa nacional, fundamentalmente, a proteção contra o inimigo externo e a guerrilha interna.

Acrescente-se, também, a defesa do meio ambiente, contra problemas gerados por cataclismos, tais como terremotos, maremotos, enchentes, inundações etc.: em que a União deve fundamentalmente atuar.

O conceito de defesa nacional é, portanto, menos amplo em determinados aspectos, se comparado com aquela formulação da Escola Superior de Guerra, porém, mais amplo que o do voto do Ministro Aliomar Baleeiro em seu julgamento[1].

1 "O conceito de segurança nacional não é indefinido e vago, nem aberto ao discricionarismo do Presidente ou do Congresso. Segurança Nacional envolve toda a matéria pertinente à defesa da integridade do território, independência, sobrevivência e paz do país, nas instituições e valores materiais ou morais contra ameaças externas e internas, sejam elas atuais e imediatas ou ainda em estado potencial, próximo ou sensato" (RE 62.731, DOU, 28.6.1968, p. 2460).

Por fim, mister declarar que, se cabe à União assegurar a defesa nacional, não se prescinde do apoio de Estados e Municípios.

Outros dispositivos relacionam-se por fim com a defesa nacional, tais como a aeroespacial, civil, territorial e marítima (art. 22, XXVIII), a civil dos corpos de bombeiros militares (art. 144, § 5º), *da Pátria (art. 142, "caput") e das atividades estratégicas (art. 171, § 1º*, I), com o que se conforma uma estrutura jurídica para regular aspectos relevantes da Constituição[1].

No bojo do inciso VI, segundo o qual cabe à União a função de autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico, encontram-se as questões da responsabilidade do Estado em tal atividade e da destinação de recursos nacionais para o desenvolvimento de segmento de indiscutível interesse da Nação, seja quanto aos aspectos tecnológicos, seja em relação aos econômicos. Essa última questão se deve ao fato de que os grandes avanços de setores como da aviação, da eletrônica e até mesmo da medicina, entre outros, decorreram da disponibilização de recursos públicos para consecução dos interesses das Nações por intermédio da indústria de material bélico, recursos esses não acessíveis nas mesmas proporções no setor privado, mas que, quando transferidos, permitiram aproveitamento de toda a humanidade nos avanços obtidos[2]. É de se lembrar que hoje a Embraer é a maior exportadora brasileira, sendo suas encomendas principalmente dedicadas ao setor privado. Vale dizer, o esforço de produção de aviões militares, tendo como primeiro cliente a União, possibilitou o desenvolvimento de sua tecnologia para o setor civil.

Não há, pois, como desvincular a competência de atribuições, que pertine a União, de

1 Comentários à Constituição do Brasil, Celso Bastos e Ives Gandra da Silva Martins, 3º vol., tomo I, Ed. Saraiva, 1988, São Paulo, p. 117 a 119.

2 O primeiro subscritor deste parecer, em 1971, escreveu: "Uma das características mais importantes das despesas de segurança, na atualidade, como já frisamos anteriormente, é a possibilidade que oferece a todos os países de um profundo desenvolvimento, no campo tecnológico e econômico, pela exploração de técnicas e necessidades, que, por serem no início antieconômicas, dificilmente se fariam, pelo menos na velocidade permitida.

O mundo inteiro teve a oportunidade de acompanhar a descida do homem à lua ou o último campeonato mundial de futebol, numa extraordinária conquista, no campo das comunicações, permitida pelas despesas americanas para a sua defesa e para as pesquisas.

Com efeito, a necessidade de melhorar suas técnicas bélicas, na atmosfera ou fora dela, e de controlar os movimentos dos seus potenciais inimigos (o mesmo ocorre com a Rússia) lançou os Estados Unidos na corrida pela conquista espacial, cujos satélites de comunicação e para a paz são filhos daqueles necessários para a defesa.

Francis Lara, em comentário feito sobre a Potência Nuclear Soviética (D.C.I., 18.11.70) dizia: "Os 'experts' norte-americanos em matéria nuclear uniram-se esta semana no pentágono (17.11.70) para avaliar os dados de que dispõe Washington quanto à potência nuclear da URSS. Esses dados foram recolhidos pelos serviços norte-americanos de inteligência sobretudo *mediante os 'satélites-espiões'*" (grifos meus).

O mesmo se pode dizer em relação à eletrônica, cibernética, aviação, marinha, siderúrgica, instrumentos de precisão, medicina etc.: onde a grande técnica, que permitiu o amplo desenvolvimento da humanidade, tem sua origem primeira nas despesas de segurança.

A representação de Minas Gerais ao IV Ciclo de Conferências sobre Segurança Nacional da ADESG (1968) dizia no seu trabalho '*Fundamentos e Fatores Políticos e Psico-Sociais do Poder Nacional*' que: 'O progresso técnico científico dos últimos tempos proporciona novas oportunidades de conhecimento a parcelas cada vez maiores da população mundial e permite maior intercâmbio de costumes, idéias e reivindicações, pelo encurtamento de distâncias', só não tendo concluído que quase toda a origem deste Poder principia nas despesas necessárias para a segurança de cada nação (*Desenvolvimento Econômico e Segurança Nacional – Teoria do Limite Crítico*, José Bushatsky Editor, São Paulo, 1971, p. 107-8).

"assegurar a defesa nacional,

daquela de obtenção de meios necessários para conseguir cumprir o desiderato constitucional.

O primeiro Prêmio Nobel de Economia, James Buchanan, em sua obra "*Hacienda Publica*" (Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1968), procurou reduzir a importância das despesas militares, defendendo a transferência de recursos da indústria bélica para a indústria civil. Nada obstante ter conseguido na década de 90, o Prêmio Nobel de Economia, suas teorias sobre despesas militares foram desmentidas, visto que não só a segurança dos países é maior com a produção interna de bens e transferência posterior desta tecnologia para o setor civil, como a perpetuação de conflitos regionais durante todos os anos após a 2ª. Guerra Mundial, continuou a exigir manutenção de esforço bélico por todas as nações.

No que concerne ao outro dispositivo constitucional, incluído na competência de atribuições da União (inciso VI do art. 21), o primeiro dos subscritores comentou:

"Em meu livro 'Desenvolvimento Econômico e Segurança Nacional — Teoria do Limite Crítico' (Bushatsky, 1971), procurei formular teoria de limite crítico sobre a ação dos Estados na produção de material bélico, tentando demonstrar que, sob certos aspectos, tal destinação de recursos nacionais, quando aliada ao desenvolvimento tecnológico e econômico, termina ofertando um salto de qualidade, como ocorreu com todas as grandes descobertas da eletrônica, medicina, informática, aviação etc. neste século. É que o custo representado pelas pesquisas, se suportado apenas pelo setor privado, retiraria velocidade da evolução. Se apenas o setor privado estivesse ainda hoje explorando o desenvolvimento da aviação, estaríamos em estágio consideravelmente mais atrasado, posto que, no mundo inteiro, dois terços dos recursos destinados ao desenvolvimento da aviação vêm das encomendas bélicas ou governamentais.

Compreende-se, pois, que matéria de tal relevância teria que, necessariamente, ficar sob a responsabilidade da União, que pode autorizar a produção, fiscalizando as etapas de seu desenvolvimento.

Apesar de país que propugna pela paz, o Brasil é grande exportador — graças a uma política de estímulo tecnológico — de material bélico, tendo suprido, nas guerras regionais mais recentes, farto equipamento aos países em litígio, como de resto fizeram as grandes potências. É, portanto, item de relevo, em nossa balança comercial, a exportação de material bélico, podendo, todavia, após a guerra do Golfo, tal cenário sofrer séria contração" [1].

E, especificamente, sobre os vocábulos "autorizar" e "fiscalizar", expressos no artigo 21, VI, assim se manifestou:

"A autorização é de espectro menor, no direito administrativo, que as permissões, embora ambas concedidas sob forte controle governamental ao setor privado. Por esta razão, muitos administrativistas confundem autorização com permissão. Entendo que a autorização é concedida a título mais precário que a permissão, que pode ser concedida a prazo certo. No caso, portanto, o setor privado encarregado de produzir material bélico está mais sujeito à discricionariedade do setor público que as permissionárias em outros setores da atividade econômica vinculada ao regime de direito administrativo.

O direito de fiscalizar é inerente ao poder de polícia da União, não ofertando indagação maior no concernente ao controle desta espécie de produção e comércio. No caso, todavia, a fiscalização deve ser maior na medida em que o comércio de material bélico, dentro do próprio país, pode permitir a formação de núcleos de força paramilitar, que não interessa ao Estado. Por essa razão, deve ter a União controle absoluto de tudo o que se produz e se comercializa nesta área" [2].

1 *Comentários à Constituição do Brasil*, Celso Bastos e Ives Gandra da Silva Martins, Ed. Saraiva, 1988, São Paulo, Vol. 3 Tomo I, p. 131 a 132.

2 *Comentários à Constituição do Brasil*, Vol. 3 Tomo I, op. cit., p. 132 a 133.

Por essa razão e também por questão de segurança interna, houve por bem o constituinte, delegar à União a responsabilidade pela matéria, de forma discricionária no tocante à autorização e com exercício do poder de polícia diferenciado para fiscalizar.

Assim sendo, compete exclusivamente à União assegurar a defesa nacional (art. 21, III), bem como autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico (art. 21, VI), havendo, ainda, a possibilidade de requisitar dos Estados o auxílio das polícias militares nas situações de necessidade de manutenção da ordem pública.

É, portanto, fundamental realçar nesta etapa do parecer, em que apenas se reitera posição há muito assumida por um dos subscritores que, no que concerne à segurança nacional, é de extrema relevância que a União mantenha Forças Armadas aparatadas, de preferência com armas, equipamento e munição de sua própria produção (a Consulente é empresa pública com um único proprietário, ou seja, a União). Quando, todavia, pela mesma necessidade de estar superiormente equipada, admite produção de terceiros (nacionais ou estrangeiros), adota o mais precário dos regimes administrativos (autorização) para ser suprida, sob forte fiscalização, em face dos segredos militares envolvidos.

O primeiro dos subscritores denomina inclusive, ao regime colocado nos incisos III e VI do artigo 21, de regime "assemelhado ao monopólio" ou de "quase monopólio", pela própria delicadeza da temática envolvida. Sem ampla segurança nacional e proteção das fronteiras, não há Nação livre e nem real soberania.

Como decorrência deste ponto e conforme tem a História demonstrado, principalmente nas Guerras das Malvinas (década de 80) e do Golfo (década de 90), a configuração dos conflitos na atualidade exige um grau de modernidade das tropas e equipamentos que jamais será alcançado com desincentivo tributário e/ou econômico à indústria bélica[1].

Tal modernização permanente é fundamental para a proteção nacional (assegurar a defesa nacional), lembrando-se que o projeto Aramar (produção de um submarino nuclear) ou a instalação do sistema de radares na Amazônia (SIVAM) objetivam ofertar o que de mais importante se exige das Forças Armadas que é ter meios para garantir a defesa nacional.

Nesse contexto, insere-se a relevância do artigo 142 do Texto Supremo, que trata das Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, prevendo que tais instituições nacionais são permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, destinando-se à defesa da Pátria, garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem[2].

1 O primeiro subscritor assim se referiu a este perfil novo dos conflitos atuais: "A guerra moderna não é feita nem para principiantes, nem para reservistas, mas exige cada vez tropas mais eficientes, quando não operadores na informática de maior nível.

Uma frotilha de submarinos nucleares defende a costa de um país de melhor maneira que toda uma frota de porta-aviões, couraçados, cruzadores, destroiers, fragatas etc.: visto que esta pode ser destruída a longa distância por foguetes intercontinentais uma vez localizadas as unidades pelo satélite, enquanto os submarinos nucleares, operando a 100 metros abaixo do mar, não são detectados nem mesmo por radar, constituindo permanente elemento surpresa contra eventuais invasores. E tais submarinos exigem pessoal de elite.

O mesmo se diga da aeronáutica ou do exército". (*Comentários à Constituição do Brasil*, op. cit Vol. 5, p. 180 e 181).

2 Nos já citados Comentários, lê-se de um dos subscritores: "As forças armadas destinam-se à defesa da Pátria, em primeiro lugar. É a sua feição maior. Historicamente, desde as primitivas eras, as forças militares objetivavam, nos velhos impérios orientais (da China até o complexo de civilizações do próximo Oriente) a conquista ou a defesa.

As Forças Armadas, portanto, destinam-se precipuamente à defesa da Pátria e, em outro plano, à garantia dos poderes constituídos, devendo assegurar a lei e a ordem sempre que chamadas a intervir por solicitação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário[1].

Principalmente após os romanos, tal missão do exército ficou bem clara, visto que, pela primeira vez, utilizaram-se do direito como instrumento de conquista, aplicando-o durante os dois mil e cem anos de seu domínio (711 a.C. a 1492 d.C.).

A segunda grande missão das Forças Armadas é a garantia que ofertam aos poderes constitucionais, o que vale dizer, se o Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição, quem garante os poderes constituídos são as Forças Armadas. Quando Nélson Hungria, desconsolado, no golpe de estado que derrubou Café Filho, disse que o Supremo Tribunal Federal era um arsenal de livros, e não de tanques — e, por isso, nada podia fazer para garantir o governo, podendo apenas mostrar uma realidade, qual seja, a de que sem a garantia das Forças Armadas não há poderes constituídos —, definiu os verdadeiros papéis das duas instituições.

Por fim, cabe às Forças Armadas assegurar a lei e a ordem sempre que, por iniciativa de qualquer dos poderes constituídos, ou seja, por iniciativa dos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário, forem chamadas a intervir.

Nesse caso, as Forças Armadas são convocadas para garantir a lei e a ordem e não para rompê-las, já que o risco de ruptura provém da ação de pessoas ou entidades preocupadas em desestabilizar o Estado" (op. cit., Vol 5, p. 165-167).

1 Jarbas Passarinho em artigo publicado no jornal "O Estado de S. Paulo", de 16 de julho de 2002, apresentou retrato histórico e atual da situação das Forças Armadas. Transcrevemos alguns trechos:

"Mouros à costa

O papel das Forças Armadas foi objeto de ampla discussão durante a Constituinte de 1987/88. O debate travou-se especificamente na comissão temática que tratou da defesa do Estado. A Constituinte caracterizava-se por revogar tudo o que proviesse do passado recente. Para a esquerda, tudo – mesmo que útil – do período militar deveria ser varrido como "entulho autoritário". Decidida a vingar-se da contra-revolução de 1964, empenhava-se em retirar das Forças Armadas a responsabilidade pela ordem interna. De outro lado, os conservadores desejavam manter a redação que, com mínima variação, era a mesma desde a primeira Constituição republicana de 1891, no seu artigo 14: "As forças de terra e mar são instituições nacionais permanentes, destinadas à defesa da Pátria no exterior e à manutenção das leis no interior". A norma constitucional ganhou força de tradição, repetida que fora nas Constituições até 1988. Mantida pelo voto da maioria da comissão e confirmada no plenário, modificou-se quanto à iniciativa do poder constitucional de convocá-las, mas confirmado o comando supremo ao Presidente da República. A ambigüidade que poderia provocar disputa entre os Três Poderes, foi disciplinada por lei complementar oportunamente.

.....

Muitos anos depois, no plenário do Senado Federal, em face de igual velada censura de supostos gastos excessivos com a segurança nacional, exibi um quadro estatístico publicado pelo Centro de Estudos Estratégicos Inglês. Nele, o Brasil aparecia com o 68º país do mundo em despesas militares, considerando a relação entre os recursos orçamentários e a sua população. Era proporcionalmente também o menor investimento militar na América Latina.

.....

A aversão geral era tal que a segurança passou a ser vocábulo maldito. Passou a defesa.

Em 1992, no governo Collor, visitei o II Exército, em missão. Tomei, então, conhecimento de que os recrutas já deviam chegar ao QG com o café da manhã tomado e que eram dispensados, sem almoço, no início da tarde. Já era tempo de escassez. Guardava-se, porém, a tradição da presença de ministros militares no Ministério presidencial. Havia quatro pastas militares. Seguiu-se indisfarçável e deliberada política revanchista, depois da breve gestão de Itamar Franco. Criado o Ministério da Defesa, nenhum militar mais integrou o ministério. Restava ainda uma farda junto ao Presidente da República: a do chefe do Gabinete Militar. Já deixou de ter esse nome, trocado por outro que exclui a referência castrense.

Da perda de *status* e do advento da escassez orçamentária, chegamos aos dias de penúria de hoje, dos

Neste contexto, necessitam de equipamentos modernos, armas e munições, que, no desenho constitucional brasileiro, de preferência devem ser de produção nacional e, se de terceiros, a produção far-se-á sob rigorosa supervisão do país e em regime administrativo de contratação precária (autorização).

No que diz respeito à defesa, é importante ressaltar que, apesar de o objetivo das sociedades ser a paz, os conflitos armados fazem parte da história do relacionamento das nações[1], gerando ainda hoje efeitos positivos e negativos nas economias, ora de caráter recessivo, ora incentivador, dependendo tais fatores da necessidade ou não de importação de material bélico, provocadora ou da transferência de recursos a outras nações, ou da manutenção das indústrias nacionais fornecedoras[2].

Há, portanto, uma intensa relação entre desenvolvimento econômico, segurança nacional e *despesas militares ocorridas dentro do próprio país*, tendo este aspecto sido o ponto fulcral da tese apresentada pelo primeiro subscritor para a cadeira de Ciência das Fi-

cortes injustificáveis de recursos de manutenção das Forças Armadas. O comandante do Exército sentiu-se obrigado a propor ao ministro da Defesa o licenciamento, ao fim deste mês, de 44 mil recrutas (90% do contingente incorporado em março), o que se daria só ao final de novembro, e a adiar a convocação do segundo grupo do serviço militar obrigatório. Isso como parte apenas das medidas de contenção, que ainda incluem a suspensão de alguns dos benefícios legais de que desfrutam normalmente os civis e a redução das despesas – já mínimas – de comemoração de efemérides que são parte indissociável da História pátria.

.....

Mais do que mudar o papel das Forças Armadas, querem suprimi-las os que as julgam desnecessárias, ou trêfegos comentaristas de TV que reclamam sejam elas destinadas a ajudar o desenvolvimento econômico e social do País em missões que eles não sabem sequer definir. Há mouros à costa".

1 Raymond Aron esclarece: "Adotei a guerra como ponto de partida porque a conduta estratégica-diplomática se refere à eventualidade do conflito armado: porque é, por assim dizer, o desfecho das 'operações a crédito' no relacionamento internacional. Desta vez tomaremos como ponto de partida a paz porque este é o objetivo razoável de todas as sociedades.

Esta afirmativa não contradiz o princípio da unidade da política externa, do intercâmbio contínuo entre as nações. Quando se recusa a recorrer aos meios violentos, o diplomata não se esquece da possibilidade e das exigências da arbitragem pelas armas. A rivalidade entre as coletividades políticas não se inicia com o rompimento de tratados, nem se esgota com a conclusão de uma trégua. Contudo, qualquer que seja o objetivo da política externa — posse do solo, domínio sobre populações, triunfo de uma idéia-, este objetivo nunca é a *guerra em si*. Alguns homens amam a luta por si mesma; alguns povos praticam a guerra como um esporte. No nível das civilizações superiores, contudo, quando os Estados se organizam legalmente, a guerra não pode ser mais do que um meio (quando é deliberada conscientemente) ou uma calamidade (se foi provocada por causa desconhecida dos atores).

Até hoje a paz nos tem aparecido como *a suspensão, mais ou menos durável, das modalidades violentas da rivalidade entre os Estados*" (*Paz e Guerra entre as Nações*, 7ª Ed. UnB, 1979, p. 169).

2 O primeiro subscritor deste parecer escreve: "As despesas militares podem, portanto, ser incentivadoras da economia, que lhes fornece os ingressos, ou constituir em efetivo ônus para os países que as fazem.

No caso, por exemplo, do Irã, que importa quase todo o seu material bélico, é evidente que a subjetividade das suas necessidades equipamentais é extremamente nociva ao país, pois ao lado de não incentivar o desenvolvimento econômico e tecnológico, provoca a transferência de recursos fundamentais a outros setores para as, neste caso, improdutivas despesas militares.

O mesmo se pode dizer do Peru.

Não, todavia, em relação aos países, onde a necessidade objetiva —e mesmo quando apenas subjetiva, desde que não ultrapassando o limite crítico — permita fazer de suas despesas uma forma de manter, em pleno funcionamento, as próprias indústrias fornecedoras" (*Desenvolvimento Econômico e Segurança Nacional — Teoria do Limite Crítico*, op. cit., p. 89/90).

nanças da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na formatação de um limite crítico entre a utilidade e a inutilidade de tais gastos. Assim se manifestou:

"As despesas de segurança são impulsionadoras do desenvolvimento econômico e tecnológico de uma nação, quando seus quatro componentes (mão-de-obra, manutenção, compras e pesquisas) realizam-se dentro dos próprios limites soberanos, não provocando, por outro lado, déficits orçamentários cobertos por recursos inflacionários, exceção feita a aqueles déficits, cuja cobertura com recursos inflacionários controlados possam acarretar, a curto e médio prazo, efetivo incentivo econômico, ou àquelas reversões de gastos que representem superior redução de desenvolvimento nacional"[1].

Tal ponto é essencial para se compreender a relevância da atividade de produção de equipamentos, armas e munições dentro do próprio território nacional por empresa pública da União, objetivando, simultaneamente, "assegurar a defesa nacional" e promover o "desenvolvimento econômico e tecnológico".

Ainda como aspecto preambular da exegese que estamos ofertando ao Texto Supremo para efeitos deste parecer, é de se considerar a questão da segurança pública à luz do tratamento ofertado pelo artigo 144 da Constituição Federal[2].

1 *Desenvolvimento Econômico e Segurança Nacional – Teoria do Limite Crítico*, op. cit., p. 103/104.

2 O artigo 144 tem a seguinte dicção: "Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I. polícia federal;

II. polícia rodoviária federal;

III. polícia ferroviária federal;

IV. polícias civis;

V. polícias militares e corpos de bombeiros militares.

§ 1.º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

I. apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

II. prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

III. exercer as funções de polícia marítima, aérea e de fronteiras;

IV. exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

§ 2.º A polícia rodoviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais.

§ 3.º A polícia ferroviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais.

§ 4.º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

§ 5.º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

§ 6.º As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

§ 7.º A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.

§ 8.º Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.

A matéria relacionada à segurança pública está definida na própria Constituição como dever do Estado em prestá-la. É um "poder-dever" do Estado. Todos têm o "direito" a dela se beneficiar. A "responsabilidade" em sua manutenção pertine aos Poderes constituídos, razão pela qual figura, como seu corolário, a preservação da ordem também pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Há, dessa forma, divisão de responsabilidade entre Estado e os cidadãos com maior peso para aquele.

O grande obstáculo, que se apresenta hoje neste campo, é como conferir eficácia a este comando constitucional de "poder-dever" do Estado e direito dos cidadãos à segurança, em face da situação de total insegurança em que vive o povo brasileiro, principalmente nos grandes centros urbanos[1].

Não é de se esquecer que o Título V da Lei Suprema é totalmente dedicado à Defesa do Estado e das Instituições Democráticas. A relevância ofertada pelo constituinte à segurança do Estado é tão evidente que dedicou as disposições da Carta Magna sobre a matéria título separado dos demais, dividindo-o em quatro partes (Estado de Defesa, Estado de Sítio, Forças Armadas e Segurança Pública). Alguns juristas denominam tal complexo de comandos normativos supremos de "Regime Constitucional das Crises", como o fez Aricê Amaral dos Santos.

No tocante às polícias, que são órgãos garantidores da segurança pública, principalmente a federal e as militares e civis dos Estados, é importante ressaltar sua íntima relação com as Forças Armadas, assim como com a União, em sua atividade de produção de material bélico.

Com efeito, à polícia federal compete o combate à marginalidade estrutural, a repressão ao crime de fronteira (contrabando), a luta contra o narcotráfico e os crimes fiscais federais entre outros, podendo ser auxiliada pelas Forças Armadas em casos específicos e com autorização do Ministro da Justiça[2].

§ 9º A remuneração dos servidores policiais integrantes dos órgãos relacionados neste artigo será fixada na forma do § 4º, do art. 39".

1 Wolgran Junqueira Ferreira a esse respeito assim se manifesta: "Fundamentalmente a segurança pública é dever do Estado e direito de todos. Subjetivamente seria responsabilidade de todos. Mas é ônus que o Estado deve arcar com o intuito de preservar a ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio.

O brasileiro vive, hoje, em conseqüência da situação econômica, uma contínua falta de tranqüilidade. Os assaltos sucedem-se e a onda de seqüestros em busca de resgate já têm sua triste história. O desempregado que passa fome, e que vê a família passar fome, apela para o roubo. O Estado se vê impossibilitado de por cabo à situação reinante. Viver nas capitais e nas grandes cidades tornou-se uma verdadeira loucura.

Segurança pessoal, nenhuma. Portanto a Constituição afirmar que a segurança pública é direito de todos, quando isto já foi um direito objetivo, passou a ser subjetivo" (*Comentários à Constituição de 1988*, volume 2, Ed. Julex Livros, 1989, p. 836).

2 O primeiro subscritor comenta o inciso I do art. 144 da Lei Maior nos seguintes termos: "A polícia federal é o primeiro organismo elencado pelo constituinte para ofertar segurança pública. Sua função é cuidar, fundamentalmente, do combate a marginalidade estrutural que afeta todo o País. Cuida menos de manter a paz, tarefa própria da polícia estadual, e mais de reprimir o crime, seja na fronteira (contrabando), seja no âmbito interno, com o combate ao narcotráfico, aos crimes fiscais federais (os afamados crimes do 'colarinho branco'), aos crimes contra a natureza etc. ...

Em sua função de repressão aos crimes de caráter nacional, exerce atividade principal, podendo ser auxiliada pelas Forças Armadas, quando representadas pelo poder competente, ou auxiliá-las, se estas pedirem colaboração ao Ministro da Justiça, que a controla.

Têm, pois, as forças militares, homens em armas no Exército, na Marinha e na Aviação, e o Ministro da Justiça, homens em armas na polícia federal, que lhe está subordinada.

Nessas atividades, é de se lembrar que a polícia federal pode também auxiliar as polícias estadual

Neste raciocínio, que liga indefectivelmente as polícias às Forças Armadas, é de se ressaltar o § 6º do art. 144 da Constituição Federal, assim redigido:

"§ 6º As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios" (grifos nossos).

Por tal dispositivo, as polícias militares e corpos de bombeiros militares são forças auxiliares e reservas do Exército, podendo ser convocados nessa condição para, nas situações de instabilidade interna ou perigo externo, atuarem, até mesmo em conjunto com a polícia civil, apesar de esta não constituir formalmente a referida reserva e força auxiliar.

As polícias civis estaduais, por sua vez, compõem o corpo maior de tropas destinado principalmente à garantia da segurança pública interna do país que, por conseqüência, se relaciona ao combate ao crime organizado, atualmente, bem aparelhado, inclusive com armamento exclusivo das Forças Armadas[1].

Freqüentemente, entretanto, a polícia civil atua em conjunto com a União nas ações relacionadas ao narcotráfico, que mobiliza quantias imensas de recursos nunca sujeitos à tributação[2].

Diante do tratamento ofertado à defesa nacional, às Forças Armadas e à Segurança Pública, é forçoso concluir que os valores constitucionais atribuídos a tais matérias induzem ao entendimento pelo qual a Consulente desempenha papel fundamental no arquétipo da

e municipal, sempre que pelos poderes competentes solicitada, toda vez que a situação o exija, não se desconsiderando sua participação quase que obrigatória nos estados de defesa e de sítio.

Sua função é, todavia, mais repressiva que preventiva, muito embora a fiscalização dos aeroportos e portos e a concessão de passaportes sejam típicas funções preventivas e burocráticas.

Seus contingentes são menores que os das polícias estaduais, embora teoricamente mais preparados, em face do combate mais relevante ao crime organizado.

A polícia federal é necessariamente civil. Possui, a União, Forças Armadas, que são forças militares, não precisando, como os Estados, de força pública para suprir as dificuldades de sua polícia civil" (grifos nossos) (*Comentários à Constituição do Brasil*, op. cit., vol. 5, p. 225 a 227).

1 Cretella critica a utilização da expressão "*garantir a segurança*", dizendo no que concerne a segurança jurídica que: "Comentamos, neste livro, o ideal dos constituintes, expresso no Preâmbulo, de 'assegurar o exercício dos direitos, sociais e individuais, como a segurança', repetindo-se, agora, no art. 6º, que 'a Constituição assegura a inviolabilidade dos direitos concernentes à segurança'. Nos dois passos da Constituição, podemos observar os vocábulos 'assegurar a segurança', o que reflete a falta de cuidado com a linguagem e o estilo do diploma mais importante e significativo da Nação Brasileira. *Garantir a segurança é, de fato, garantir o exercício das demais liberdades, porque a vis inquietativa impede o homem de agir*" (grifos nossos) (*Comentários à Constituição 1988*, volume I, Ed. Forense Universitária, 1989, p. 185).

2 O primeiro subscritor do presente parecer comenta o inciso IV do art. 144 da Lei Maior nos seguintes termos: "Não poucas vezes, todavia, a polícia civil é chamada a colaborar com a União e com seus órgãos de segurança na luta contra aquele tipo de criminalidade que põe em risco a estabilidade do País, como é o caso da luta contra o narcotráfico, que exige, enquanto violação de fronteiras, combate pela esfera federal e, enquanto crime contra a pessoa, combate pela polícia estadual, pressupondo, por conseqüência, união de forças e de técnicas.

Assim é que, no Rio de Janeiro, a pedido de seu Governador, na luta contra o narcotráfico espalhado pelos morros da cidade, o Exército foi chamado a dar sua participação, sem decretação de estado de defesa ou de sítio. Agiu, o Exército, sem prescindir da colaboração da polícia civil do Estado, muito embora o comando supremo das operações tenha ficado com as Forças Armadas, e não com os policiais civis. E tal colaboração, enquanto durou, mostrou-se útil e propiciou bons resultados" (*Comentários à Constituição do Brasil*, vol. 5, op. cit p. 240).

Lei Maior, descabendo a oneração tributária em suas atividades, por força da interpretação sistemática e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, podendo ser acrescentado que até mesmo por questão de coerente política tributária, deveria ser desonerado de imposições fiscais[1].

Mais do que em relação a outras atividades, inclusive a dos correios e telégrafos, objeto do RE n. 281.172-6, que comentaremos adiante, a atividade da Consulente confunde-se com a própria essência da atividade estatal, cuja primeira obrigação é ofertar garantia à defesa nacional, protegendo povo e Estado contra os inimigos externos e internos. Nada é mais importante que a garantia de incolumidade nacional.

Estabelecida a relevância da atuação do Estado na manutenção das Forças Armadas e Policiais para a segurança nacional, que só podem atuar SE DEVIDAMENTE EQUIPADAS E COM MUNIÇÃO ADEQUADA, com o que se confunde a própria função exercida com aquela de produção equipamental, de armas e munições, passaremos a tecer considerações sobre o regime jurídico na ordem econômica aplicável a Consulente.

De início, é fundamental que se compreenda o perfil da dualidade de iniciativa econômica, plasmada na Constituição, assim como o desenho da imunidade recíproca e o conceito de serviço público, à luz do direito administrativo, tendo em vista tratarem-se de aspectos úteis à exegese da Lei Maior, necessária à reposta da questão elaborada pela Consulente.

O primeiro ponto a ser refletido diz respeito à dualidade de iniciativa econômica.

Essa matéria foi discutida, à luz da Constituição anterior, no 1º Simpósio Nacional de Direito Econômico do Centro de Extensão Universitária, tendo do referido encontro se originado a conclusão de que a ordem econômica comporta duas modalidades nas atuações de seus agentes, quais sejam: a exploração de atividades de conteúdo mercantil nas quais se enquadrariam os serviços e: a prestação de serviços públicos com densidade econômica.

Na exploração de atividades de conteúdo mercantil as normas prevalecentes seriam as de direito privado, com a presença indireta dos ramos de direito público relacionados e, na hipótese de prestação de serviços públicos com densidade econômica, prevaleceriam as regras do direito público, com ênfase as de direito administrativo, havendo, entretanto, a influência indireta do direito privado.

Ressalte-se que referidas conclusões se deram quando a ordem constitucional vigente não comportava o direito econômico como ramo da ciência jurídica[2].

1 A respeito dos elementos norteadores da política tributária, o segundo subscritor asseverou que: "A política tributária, conforme já verificamos, configura-se em uma análise da qual resultará uma conduta por parte do agente tributário visando uma imposição fiscal ou não (fiscalidade/extrafiscalidade – política ativa/passiva).

Ao ponderar qual será a política tributária adequada, o primeiro requisito que o administrador fiscal deve ter em mente é o de analisar o fenômeno tributário confrontando e relacionando todas as esferas em que irá repercutir.

Assim é que, ao elaborar uma política tributária, deve o agente impositivo analisar e inter-relacionar os fatores jurídicos, econômicos, sociais, administrativos e políticos que envolvem o tributo, sob pena de se praticar políticas reducionistas e dissociadas da realidade nacional, sendo estas, na maioria das vezes, prejudiciais ao desenvolvimento pátrio.

O fenômeno tributário não se resume ao espectro jurídico nem tampouco às leis econômicas. Como vimos anteriormente, a atividade financeira do Estado, sempre realçada na atividade tributária, é interdisciplinar e constitui objeto de pesquisa de vários ramos do conhecimento, razão pela qual a política tributária tem de levá-los em consideração conjugando-os.(*A defesa do contribuinte no direito brasileiro*. Coordenação Ives Gandra da Silva Martins e Rogério Vidal Gandra da Silva Martins. Ed. IOB, São Paulo – 2002, p.39).

2 O Caderno n. 1 de Direito Econômico do Centro de Extensão Universitária e Editora Resenha

Tal interpretação foi incorporada ao Texto Supremo de 1988, do qual consta a opção pela economia de mercado com a valorização do aspecto social, nos termos do que dispõe seu art. 170, que prevê como fundamentos da ordem econômica "a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa"[1].

A livre iniciativa, por sua vez, só se viabiliza pela livre concorrência, prevista no inciso IV do referido art. 170, e com os parâmetros de vedação de desvios revelados na proteção contra o abuso do poder econômico, prevista no art. 173, § 4º da C.F. e geradora de efeitos na ponta da produção e circulação de mercadorias e serviços, bem como na proteção ao direito do consumidor prevista no art. 5º, inciso XXXII e 170, inciso V, todos da C.F. que gera efeitos na ponta do consumo.[2]

Disto, infere-se que a ordem econômica está eivada de um liberalismo-social ou um socialismo liberal, que compõe a terceira via da economia moderna conforme entendem Miguel Reale e Oscar Corrêa[3]. Prevalece, entretanto, a opção pela economia de mercado, conforme o disposto no artigo 174, "caput", da Lei Maior, assim redigido:

"Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e *indicativo* para o setor privado" (grifos nossos).

Por tal dispositivo, o planejamento do Estado é apenas indicativo para o segmento privado e obrigatório para o setor público[4].

Tributária, coordenado pelo primeiro subscritor, sob o título "Disciplina Jurídica da Iniciativa Econômica", hospedou trabalhos dos seguintes autores: Áttila de Souza Leão Andrade Jr., Edvaldo Brito, Eros Roberto Grau, Fábio Nusdeo, Geraldo de Camargo Vidigal, Ives Gandra da Silva Martins, Jamil Zantut, José Carlos Graça Wagner, José Tadeu de Chiara, Luiz Felizardo Barroso, Raimundo Bezerra Falcão, Roberto Rosas e Washington Peluso Albino de Souza (São Paulo, 1983).

1 Vide Miguel Reale, "O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias", Ed. Saraiva, 1998 e Oscar Corrêa, "*O Sistema Político-Econômico do Futuro: O Societarismo*", Ed. Forense Universitária, 1994.

2 Os dispositivos estão assim redigidos: "Art. 170 A ordem econômica, fundada *na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa*, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: ...IV. *livre concorrência; V. defesa do consumidor*";

"Art. 173 .... § 4º — A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros";

"Art. 5º .... XXXII. O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor"(grifos nossos).

3 Miguel Reale escreve: "Como se verá, a Queda do Muro de Berlim somente surpreendeu os intelectuais dominados pelo ópio do marxismo, porquanto a precariedade do regime soviético já havia sido mais do que demonstrada pelos novos doutrinadores do liberalismo, os quais também puseram à mostra todos os equívocos em que se enredavam os partidários da Social-Democracia, cada vez mais incapaz de se afirmar como solução plausível e segura, visto padecer do mesmo mal do comunismo, que era a vinculação às idéias marxistas da luta de classes e da economia dirigida, posta como fundamento único e legitimador do Estado.

Foi assim que, se, de um lado, os liberais extremados se deixavam fascinar pelos sortilégios da livre concorrência, apontada como única fonte de bem-estar, de outro, os social-democratas mais conscientes deram-se conta da necessidade de proceder à revisão de suas diretrizes básicas.

É desse contraste ou entrechoques de idéias que iria emergir o fato político mais relevante de nosso tempo, o da convergência das ideologias, não no sentido de uma solução única, mas sim no sentido de recíprocas influências entre elas, levando a diversos programas revisionistas" (op. cit., p. XI/XII).

4 Manoel Gonçalves Ferreira Filho comenta o dispositivo: "PLANEJAMENTO: Como se sabe, há dois tipos de planejamento. Um, de caráter indicativo, visa a orientar os agentes econômicos, propondo metas, indicando investimentos, mormente estatais etc. Este é compatível com a economia social de mercado, embora seja renegado pelo liberalismo clássico.

Do "caput" do artigo 173 da Lei Maior, inalterado pela E.C. n. 19/98, consta que:

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

Referida dicção denota que a exploração da atividade econômica pelo Estado só se justifica para atender a:

1) interesse coletivo relevante

ou

2) imperativos da segurança nacional,

prevalecendo em ambas situações os comandos normativos próprios do direito privado.

O artigo 173 da Lei Maior, modificado pela Emenda n. 19/98, assemelha-se aos §§ 1° e 2° do art. 170 do Texto Supremo de 1967, com redação dada pela Emenda n. 1 de 1969, restando mais ampla a prevalência das normas de direito privado na ordem constitucional pretérita em relação à atual, visto que esta tem, no texto da E.C. n. 19/98 (art.173, § 1°), a determinação expressa de aplicabilidade de normas do direito administrativo[1].

E é de se compreender, visto que o interesse coletivo ou os imperativos de segurança nacional ("lato sensu") têm sua conformação vinculada ao poder discricionário do Estado.

As dicções dos parágrafos constantes do Texto Supremo anterior e posterior a EC 19/98 são as seguintes:

Constituição de 1988 (redação original): "Art. 173 ...

§ 1°. A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.

§ 2°. As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado";

E.C. n. 19/98: "Art. 173

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

I. sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

O outro, o planejamento de caráter compulsório, aqui chamado de determinante — mas por muitos designado por planificação para fácil distinção em relação ao primeiro-, é típico da economia centralizada. Por meio dele, procura-se substituir o mercado por avaliações administrativas de que defluem ordens sobre o cálculo de quantidades físicas e valores de caráter meramente contábil (cf. meu *Direito Constitucional Econômico*, cit., p. 10).

Difícil é conceber a possibilidade de um planejamento compulsório, ainda que apenas para o chamado setor público da economia, no quadro de um economia de mercado, a qual indiscutivelmente resulta da Constituição em estudo" (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. 4, Ed. Saraiva, 1995, p. 15).

1 Celso Ribeiro Bastos preleciona: "Este preceito, muito embora tenha sido modificado pela Emenda n. 19/98, ainda assim guarda grande similitude com o § 2° do art. 170 da Constituição de 1967, que recebeu nova redação com a Emenda n. 1, de 1969, que rezava: '§ 2° Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações'.

É um parágrafo muito importante para revelar a índole da organização jurídica da nossa economia. Ele desempenha um papel de ordem sistemática que transcende em muito o comando que encerra.

Neste parágrafo, especificamente no seu inc. II, agasalha-se a idéia de que é possível ao Estado, através de pessoas descentralizadas, desempenhar um papel assemelhado àquele cumprido pelas empresas privadas. Fixou-se no nosso direito crença de que essa convivência é possível. Assim o que se procura é que as empresas públicas, as sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica submetam-se ao regime jurídico previsto para as empresas privadas" (Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva Martins, *Comentários à Constituição do Brasil*, 7° vol., Ed. Saraiva, 2000, p.67).

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

III. licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

IV. a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V. os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores". (grifos nossos)

É importante ressaltar que consta deste artigo 173 apenas a exploração de atividade econômica com a prevalência do direito privado, enfatizando-se que o § 1°, com redação dada pela E.C. n. 19/98, refere-se à:

a) exploração de atividade econômica

b) de produção e comercialização

c) de bens

d) ou prestação de *serviços* sem qualquer adjetivação[1].

Não há no referido dispositivo constitucional, portanto, qualquer menção expressa à exploração de *serviços públicos*. O Estado pode prestar serviços ou comercializar bens caso convenha ao *interesse coletivo relevante* ou aos *imperativos de segurança nacional*, sem que tais atividades se caracterizem como *serviços públicos*.

Destarte, pela exegese da Lei Maior, é possível concluir que, por *imperativos de segurança nacional e interesse público relevante*, pode haver a exploração de atividades econômicas de *serviço*, que não são públicos, nos termos do texto constitucional.

O outro regime jurídico existente para atuação do Estado na prestação, agora, de *serviços públicos* com densidade econômica, está delineado no "caput" do artigo 175 da C.F., assim redigido:

"Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos" (grifos nossos)

Nesse dispositivo, os *serviços públicos* mencionados seguem o regime de direito administrativo aplicável, também, às empresas privadas que atuarem em sua exploração, ao contrário do § 1° do artigo 173 que trata de *serviços* consistentes em atividade econômica com a prevalência do direito privado[2].

1 No volume 7 dos *Comentários à Constituição Federal* que Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Martins elaboraram (Ed. Saraiva, 2000), lê-se como nota de roda-pé n. 1 na pagina 67 o seguinte: "No direito francês, por exemplo, há dois tipos clássicos de empresas públicas. Em primeiro lugar aparecem aquelas com estatuto de sociedade; em segundo vêm as empresas com estatuto de estabelecimento público.

A distinção baseia-se, fundamentalmente, na natureza do serviço que uma e outra prestam. Justamente em função da natureza das tarefas levadas por essas empresas é que se vai descobrir qual o regime jurídico aplicável, numa graduação que vai desde um regime quase puro de direito público (caso dos estabelecimentos públicos desempenhando serviço público) até um regime quase puro de direito privado (sociedades públicas de caráter comercial e industrial, que atuam paralelamente, no mercado, com as empresas privadas). Vale dizer que tal critério foi criado pela doutrina francesa, não constando em texto legal algum (cf. a respeito Luís S. Cabral de Moncada, *Direito Económico*, 2ª. ed., Coimbra Ed., p. 190, nota de rodapé)".

2 Diogo de Figueiredo esclarece: "Os instrumentos de intervenção do Estado na ordem econômica, por estarem estabelecidos como exceções aos princípios constitucionais da democracia econômica, tidos como fundamentais, para a nação brasileira (art. 1°, IV) e gerais para toda a atividade econômica (art. 170, caput — livre iniciativa — e inciso IV — livre concorrência), estão taxativamente previstos na própria Carta Magna.

Mas, diferentemente da sistemática utilizada para a enunciação dos princípios gerais da atividade econômica, os preceitos definitórios das instituições interventivas na economia ficaram disseminados em vários Capítulos, de quatro distintos Títulos (IV, VII, VIII e IX) da Constituição.

Essas instituições interventivas se classificam em quatro tipos: regulatórias, concorrenciais, monopolistas e sancionatórias. Pela intervenção regulatória, o Estado impõe uma ordenação coacta aos processos econômicos; pela intervenção concorrencial, o Estado propõe-se a disputar com a sociedade no desem-

Tais regimes são distintos e inconfundíveis pois, no primeiro, o Estado atua como agente vicário na exploração característica da atuação particular com regulação de normas de direito privado e, no segundo, o setor privado tem a prerrogativa de atuar como agente acólito do Estado na prestação de serviços públicos, totalmente distintos das características constantes do artigo 173[1].

Na resposta à questão formulada, essa interpretação da Carta Magna deve ser aliada ao aspecto da imunidade de impostos para os serviços das entidades federativas, prevista no artigo 150, inciso VI, letra "a", da Carta Magna, que consagra a imunidade recíproca nos seguintes termos:

"Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

...

VI. instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros"[2].

penho de atividades econômicas empresariais: pela intervenção monopolista, o Estado se impõe em exclusividade na exploração econômica de certos bens ou serviços; e pela intervenção sancionatória, o Estado pune os abusos e excessos praticados contra a ordem econômica e financeira, a economia popular e certos interesses gerais de índole econômica" (*Curso de Direito Administrativo*, Ed. Forense, 11ª. ed., 1996, p. 365/366).

1 O primeiro subscritor escreve: "O Estado, sobre não poder ter qualquer espécie de preferência na sua atuação econômica em relação ao setor privado, somente é chamado a participar de tal processo para suprir, complementar, preencher áreas não atendidas pelo mais vocacionado a tal atividade, que é a livre iniciativa.

À tal atuação vicária, sem privilégios, denomina a doutrina de 'intervenção concorrencial', no que me parece que bem rotulou tal secundária participação do Estado na Economia.

Pelo artigo 175, o regime jurídico do serviço público, com densidade econômica, faz do Estado o agente principal e o sujeito privado mero coadjuvante, pelos mecanismos da concessão, permissão e autorização" (*A Constituição Aplicada* 7, Ed. CEJUP, 1993, p. 112-113).

2 A respeito da matéria o primeiro subscritor preleciona: "O art. 150, VI, 'a', cuida das imunidades recíprocas. Os entes federativos não podem tributar o patrimônio, a renda e os serviços uns dos outros.

A redação que reproduz o texto da Emenda n. 1/69, art. 19, III, a, permanece insuficiente.

A própria Constituição distingue o fornecimento de bens e a prestação de serviços, na secção do sistema tributário, com o que a menção apenas aos serviços poderia ensejar a interpretação que o fornecimento de bens estaria excluído da proteção suprema.

Os que advogam tal postura argumentam inclusive que, se o fornecimento de bens estivesse incluído ou no 'patrimônio' ou na 'renda', incluída também estaria a prestação de serviços, com o que a expressão "serviços" seria despicienda.

Parece-me que, nada obstante a redação insuficiente, o problema inexiste. A distinção que a Constituição Federal faz entre prestação de serviços e fornecimento de mercadorias — para efeitos de distinguir campos de imposição tributária exclusiva— não é daquelas que inviabilize, como já demonstrei no passado, seja considerado prestação de serviços, inclusive, o fornecimento de mercadorias, posto que não há circulação de mercadorias que não implique prestação de serviços, nem prestação de serviços que não se utilize de bens materiais.

A distinção clássica entre bens e mercadorias para efeitos tributários, sendo a mercadoria o bem destinado ao consumo em operação mercantil, não se aplica à espécie.

O constituinte pretendeu, na hipótese, considerar serviço aquele tido por 'público', seja periférico ou essencial, excluído o 'serviço concorrencial', em que o art. 173 veda tratamento diferencial em relação à iniciativa privada.

Ora, no conceito de serviço público 'lato sensu', segundo a doutrina mais festejada, está o da prestação de serviços propriamente dito e o do fornecimento de bens ou mercadorias.

Por outro lado, em interpretação extensiva –aplicável à exegese das imunidades — não se poderia admitir restrição exegética ao termo" (*Comentários à Constituição do Brasil*, 6º vol., op. cit. p. 192 a 194).

Já se encontra superado o debate a respeito do limite semântico do vocábulo "serviços" para a hipótese, prevalecendo neste sentido exegese abrangente não só da prestação de serviços propriamente ditos, assim como do fornecimento de bens, nos termos em que consta do decidido na AÇÃO DIRETA DE INCONTITUCIONALIDADE nº 939-7, cujo Relator foi o Ministro SIDNEY SANCHES.

Ressalte-se que a matéria tratada na referida ação foi a da inaplicabilidade ao IPMF do princípio da imunidade recíproca, com especial enfoque à violação do artigo 150, inciso III, letra "b" da Lei Suprema[1], que o § 2º do

1 "AÇÃO DIRETA DE INCONTITUCIONALIDADE n. 939-7 DISTRITO FEDERAL
RELATOR: MINISTRO SIDNEY SANCHES
REQTE: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NO COMÉRCIO
ADVS. : BENON PEIXOTO DA SILVA E OUTRO
REQDO. : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
REQDO. : CONGRESSO NACIONAL
EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade (medida cautelar).

I.P.M.F. (Imposto sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira).

Emenda Constitucional n. 3, de 17.03.1993 (art. 2º, § 2º). Lei Complementar nº 77, de 13.07.1993.

Art. 60, § 4º, inciso IV, c/c arts. 5º, § 2º e 150, III, 'b', da Constituição.

Preliminar de inépcia da inicial.

Legitimidade ativa (art. 103, IX, da Constituição Federal).

Legitimidade passiva.

1. Se o texto completo da inicial se verifica que impugna a Emenda Constitucional que permitiu a criação do imposto, e a Lei Complementar que o instituiu, torna-se irrelevante o fato de, ao final, referir-se apenas, inadvertidamente, à inconstitucionalidade da lei.

2. Sendo a C.N.T.C. uma Confederação Sindical, tem legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade (art. 103, IX, da Constituição Federal).

3. Nessa espécie de ação, a União não é parte e nem se pode deduzir, contra ela, pretensão à restituição de tributos, o que só se admite em ação de outra natureza e no foro competente.

4. Estando caracterizada a plausibilidade jurídica da ação ('fumus boni iuris'), ao menos quanto à alegação de violação do disposto no artigo 60, § 4º, inciso IV, c/c arts. 5º, § 2º e 150, III, 'b', todos da Constituição, é de se deferir medida cautelar para suspensão da eficácia do art. 2º e seus parágrafos da Emenda Constitucional nº 3/93, que autorizou a criação do I.P.M.F., bem como de toda a Lei Complementar nº 77/93, que efetivamente o instituiu.

5. Hipótese em que a suspensão deve vigorar até 31.12.1993, reservando o Tribunal para, antes do início do recesso judiciário (19.12.1993), examinar se a estenderá (a suspensão) ao exercício de 1994, apreciando, inclusive, os demais fundamentos de ação, caso até essa data não tenha sido ela julgada pelo mérito.

ACORDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em rejeitar a preliminar de inépcia da inicial, suscitada pelo ministro CARLOS VELLOSO, VENCIDOS S. Exa. e o Ministro ILMAR GALVÃO. Por votação unânime, o Tribunal exclui do processo a União Federal, por ilegitimidade passiva e, em conseqüência, a parte do pedido que contra ela se deduziu. Votou o Presidente. Em seguida, conhecendo, em parte, da ação, o Tribunal passou ao exame do requerimento de medida cautelar, deferindo-a, pelo voto médio, para suspender, até 31.12.1993, os efeitos do art. 2º e seus parágrafos, da Emenda Constitucional nº 03, de 17.03.1993, bem como da Lei Complementar nº 77, de 13.07.1993. Vencidos, em parte, os Ministros MARCO AURÉLIO e CELSO DE MELLO, que deferiram em maior extensão a cautelar, nos termos enunciados em seus votos; e os Ministros FRANCISCO REZEK, MOREIRA ALVES e Presidente (Ministro OCTÁVIO GALLOTTI), que a indeferiram. Ressalvou, ainda, o Tribunal, que, não podendo ser pronunciada, até 31.12.1993, a decisão definitiva, serão os autos trazidos a Plenário, pelo Relator, em questão de ordem, para que se delibere sobre a subsistência e se reavalie a extensão da medida cautelar.

Brasília, 15 de setembro de 1993.

artigo 2° da E.C. n. 3/93 procurara afastar para efeitos de incidência imediata do novo tributo.

Na exegese da Lei Maior, portanto, o gozo da imunidade recíproca, que veda a incidência de impostos sobre patrimônio, renda ou serviços das entidades federativas, é de se entender extensível aos serviços concebidos de forma ampla, vale dizer, pela prestação de serviços em sentido estrito e o fornecimento de bens[1].

Cabe ressaltar, entretanto, o disposto no § 3° do artigo 150 da Carta Magna, em que se lê:

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

Deve-se, ao interpretar esse dispositivo, analisar, outrossim, seu § 2°, assim redigido:

"A vedação do inciso VI, a, é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes".

O aludido § 2° estende a imunidade às autarquias e fundações, ao passo que o § 3° veda o alargamento para as atividades sujeitas ao regime jurídico de direito privado inseridas no disposto no artigo 173 da Constituição Federal, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário[2].

OCTÁVIO GALLOTI — PRESIDENTE

SIDNEY SANCHES — RELATOR" (Supremo Tribunal Federal — D.J. 17.12.93, Ementário n. 1730 – 10).

1 Pinto Ferreira comenta: "IMUNIDADE INTERGOVERNAMENTAL OU IMUNIDADE RECÍPROCA

As pessoas jurídicas de direito público gozam da imunidade intergovernamental (expressão proveniente do direito norte-americano – 'intergovernamental immunity') ou imunidade recíproca, como é denominada no direito pátrio.

Elucida Yoshiaki Ichihara: 'No item VI, letra "a", do art. 150 está prevista a imunidade das pessoas jurídicas de direito público. Não se pode instituir impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros, o que quer dizer: a União não poderá instituir impostos sobre a renda ou patrimônio dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios; que o Município não poderá instituir e cobrar impostos sobre serviços dos Estados, da União, etc., ou vice-versa. Em outras palavras, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não poderão instituir impostos sobre o patrimônio, a renda ou os serviços para serem cobrados das pessoas jurídicas de direito publico relacionadas no 'caput' do art. 150 da CF. Esta imunidade é também conhecida por imunidade recíproca'.

O art.150, § 1°, 'a', ora sob comento, refere-se às 'imunidades recíprocas' ou 'imunidades intergovernamentais': os entes federativos não têm capacidade impositiva ou poder de cobrar tributos sobre 'o patrimônio, a renda e os serviços uns dos outros' (*Comentários à Constituição Brasileira*, vol. 5, p.324/325).

2 Hugo de Brito Machado surpreende-se com o texto, ao dizer: "Pode-se argumentar, é certo, que a expressão ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, apenas se presta, no caso, para qualificar a atividade como de natureza econômica, e assim, afastar a imunidade, evitando disputas em torno do que seja uma atividade econômica. Ocorre que, se a cobrança de preços ou tarifas qualifica a atividade como de natureza econômica, neste caso o alcance da ressalva será igualmente amplo, posto que, havendo tal cobrança, não se há de perquirir a respeito da natureza da atividade. Basta a cobrança para qualificá-la como de natureza econômica. Havendo cobrança de contraprestação, de preços ou de tarifas, não há imunidade, seja qual for a natureza da atividade desenvolvida pela entidade estatal.

Esperamos que essa interpretação ampliativa da ressalva, que em matéria de serviços praticamente

Nesse ponto a interpretação deve ser acurada, evitando-se a conclusão de que todos os serviços públicos remunerados por tarifas ou preços públicos estariam fora da imunidade dos impostos, sejam os pertencentes ao regime do art. 173, sejam os pertencentes ao regime do art. 175 da Lei Maior, evitando-se, ainda, como fundamento da conclusão apressada, o fato de que o § 2º não tratou das empresas públicas, sociedades de economia mista e outras formas de administração indireta.

Assim sendo, resta claro que essa interpretação não pode prevalecer em relação a serviços públicos *monopolizados* ou de regime jurídico assemelhado, para os quais, em seu núcleo essencial, não oferta o constituinte ou o legislador alternativa válida, característica fundamental para a distinção entre serviços, públicos ou não[1].

Ora, a garantia de eficiência das Forças Armadas e das polícias militares e civis, no cumprimento de sua missão, decorre, fundamentalmente, da garantia de que o próprio Estado assegure o fornecimento de equipamentos, armas e munições para as suas atividades essenciais, como ocorre com as atividades da Consulente.

A presença de empresas particulares de menor expressão ou a aquisição de equipamentos mais modernos no exterior são apenas complementares, visto que o grosso do material bélico necessário é fornecido pelo complexo empresarial IMBEL.

Há, portanto, dois tipos de serviços públicos previstos no artigo 175: primeiro, os que convivem com outros não prestados pelo Estado, concessionários, permissionários e autorizados, vale dizer, com alternativa válida, e os *monopolizados ou de regime jurídico assemelhado*, com características distintas, para os quais inexiste outra via de densidade idêntica[2].

anula a regra imunizante, deixando imunes apenas os serviços gratuitos, não prevaleça" (*Curso de Direito Tributário*, 5ª. ed., Editora Forense, 1992, p. 185/186).

1 O primeiro subscritor a esse respeito escreve: "Os administrativistas, quando examinam a natureza jurídica dos serviços públicos, dividem-nos em duas grandes categorias, ou seja, os serviços públicos essenciais ou institucionais e os serviços públicos periféricos ou criados pelo Sistema.

Não se pode negar, por exemplo, que manter as fronteiras do país pelo trabalho das forças armadas, a segurança interna pelas estruturas policiais ou administrar justiça sejam serviços públicos essenciais, posto que, sem qualquer deles, o próprio Estado não subsistiria. No exemplo, entretanto, que ofertamos, de monopólio criado por motivos de segurança nacional, a eleição legal de tal atividade como produtora de serviço público decorre de ato do Governo e não de necessidade do Estado.

Assim sendo, poderíamos, nessa primeira conclusão afirmar que os serviços públicos são essenciais sempre que sua natureza decorrer de atividades, necessariamente econômicas (mesmo se provocadas por deseconomias externas ou internas), mas indeclináveis por parte do *Estado* (defesa externa, segurança interna, administração de justiça, etc.) e são periféricos sempre que sua natureza decorrer de atividades semelhantes, *como tais*, escolhidas pelo *Governo*, na representação do *Estado*.

Por tal concepção, os elementos subjetivos, objetivos e formais ficam necessariamente interligados, em face de exame estrutural e formal do tipo de atividade que provocará o serviço (Caderno de Pesquisas Tributárias, vol. 10, Taxa e Preço Público, 2ª. tiragem, 1991, co-ed. Centro de Estudos de Extensão Universitária e Ed. Resenha Tributária, p. 169/170) (grifos originais)

2 O X Simpósio Nacional de Direito Tributário do Centro de Estudos de Extensão Universitária chegou a propor que a falta de alternativa válida poderia facilitar a compreensão dos elementos diferenciais entre taxa e preço público. Hoje, admite-se que os serviços monopolizados podem ser remunerados por preços públicos. A conclusão daquele Simpósio foi a seguinte:

"1ª Questão: Em nosso ordenamento positivo, há critério jurídico para distinguir as taxas dos preços públicos? Em caso afirmativo, qual?

Resposta: Sim. As taxas remuneram os serviços públicos. Demais serviços que não têm tal natureza serão remunerados por preço, chamados públicos, por serem cobrados pelo Poder Público, direta ou indiretamente.

Caso o serviço público pertencente ao regime jurídico do artigo 175 seja *monopolizado ou tenha regime jurídico assemelhado*, a conduta dos agentes da atividade não está jungida às normas do artigo 173; tal serviço está fora das determinações constitucionais dos §§ 2° e 3° do artigo 150, mas, sim, incluído no próprio inciso VI, letra "a", desse dispositivo, por ser o **serviço** próprio, peculiar, da entidade federativa que o explora, no caso em análise, da União Federal.

Vale dizer, no caso dos serviços monopolizados ou de regime jurídico assemelhado, o que prevalece é a imunidade do artigo 150, inciso VI, letra "a", pois, ao contrário dos demais serviços públicos, esses só podem ser prestados de forma exclusiva pela própria entidade federativa, ou outra entidade submetida ao mesmo regime jurídico, por interesse, oportunidade e conveniência da Administração. E a prestação dos serviços pelas Forças Armadas e Polícias Militares e Civis é de exclusiva responsabilidade do Estado, *só possível — repita-se- com o fornecimento de equipamentos, armas e munições do complexo empresarial da União, ora Consulente.*

Conclui-se, portanto, que a hipótese do § 3° do artigo 150, que desprotege da imunidade os serviços públicos prestados por empresas públicas ou sociedades de economia mista, não se aplica no caso dos serviços monopolizados ou de regime jurídico assemelhado, que são regidos pelo artigo 150, inciso VI, letra "a", principalmente, os da Consulente, de indiscutível relevância –talvez a mais relevante- e importância para a segurança nacional[1].

São serviços públicos aqueles inerentes ao Estado, denominados essenciais, além daqueles cuja atividade econômica não compete originariamente à iniciativa privada (art. 8°, XV da C.F.), dependendo da disciplina legal.

Atividade monopolizada não possibilita a cobrança de taxa, assim como a atividade econômica prevista no art. 170 da C.F.", sem excluir conformação mais abrangente por mim exposta nos seguintes termos:

"As taxas são tributos vinculados a uma atuação estatal, expressiva de serviço público prestado ou posto à disposição dos administrados, a cargo de entidades governamentais investidas de personalidade jurídica de direito público. Os preços são receitas expressivas de serviços públicos prestados ou postos à disposição dos administrados, a cargo de entidades governamentais ou não governamentais investidas de personalidade de direito privado.

No ordenamento legal brasileiro há critério jurídico para distinguir as Taxas de Preços Públicos, a partir da exigência:

a) de relação de subordinação no primeiro tipo de remuneração e não no segundo;

b) de não possuir o usuário alternativa de não utilização ou de não pagamento para as taxas e possuir tal faculdade aos preços públicos;

c) de ser a taxa remuneratória de serviços essenciais ou periféricos específicos e divisíveis, só o sendo o preço público, em não ocorrendo as hipóteses enunciadas nos itens "a" e "b"" (*Caderno de Pesquisas Tributárias*, Vol. 11, *O Fato Gerador do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza*, co-ed. Ed. Resenha Tributária/Centro de Estudos de Extensão Universitária, 1986, p. 575/576).

1 Toshio Mukai escreve: "Vista, no item anterior, a noção de serviço público, torna-se, para fins do presente trabalho, fundamental que se faça a distinção entre serviço público e atividade econômica do Estado.

Tal distinção, fizemo-la ao conceituar o serviço público: 'E, atividade econômica do Estado é aquela que ele resolve assumir, dentro da Ordem Econômica, por julgar que tal atividade consulta ao interesse público da mesma Ordem (interesse público subjetivo)'.

O Prof. Roberto Ribeiro Bazilli também adota a mesma orientação: 'O serviço industrial ou comercial apresenta um interesse público objetivo, na medida em que a atividade prestada pelo Estado contém em si mesma, pelas suas próprias características, claro interesse público, ou seja, é de necessidade coletiva. Já a atividade econômica desenvolvida pelo Estado também apresenta interesse público, só que subjetivo, na medida em que depende da valorização da Administração; não traz em si mesma o interesse público;

Não há, pois, alternativa válida para o beneficiário da segurança pública e da defesa nacional que não receber tais serviços do Poder Público, sendo tais serviços apenas possíveis com os equipamentos, armas e munições fornecidas pela Consulente.

Caracteriza-se, pois, como imune a prestação desse tipo de serviço público, afastando-se o regime do artigo 173 e aplicando-lhe o inciso VI, letra "a" e §§ 2º e 3º do artigo 150, conjugado ao regime do artigo 175 do Texto Supremo.

A Suprema Corte, ao entender recepcionado pela Constituição de 1988 o D.L. 509/69, encampou esse entendimento, nos termos da seguinte ementa:

"27.3.2001 – 1ª Turma

Recurso Extraordinário n. 281.172-6 Pernambuco

Relator: Min. Moreira Alves – Recorrente: Município de Fortaleza – Adv.: Francisco Ronaldo Duarte de Lima – Recorrida: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT – Advs.: Ana Paula Ximenes Ribeiro e outros.

EMENTA: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Execução.

- Ao terminar o julgamento do RE 220.906 que versava a mesma questão, *o Plenário desta Corte decidiu que foi recebido pela atual Constituição o D.L. 509/69, que estendeu à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos os privilégios conferidos à Fazenda Pública, dentre os quais o da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, devendo a execução contra ela fazer-se mediante precatório, sob pena de ofensa ao disposto no art. 100 da Carta Magna.*

- Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido.

Recurso extraordinário não conhecido.

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da 1ª Turma do STF, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, em não conhecer do recurso extraordinário.

Brasília, 27 de março de 2001.

MOREIRA ALVES – Presidente e Relator"[1]. *(grifos nossos)*

O acórdão claramente declara que todo o D.L. 509/69 foi recepcionado pela vigente Constituição

("... o Plenário desta Corte decidiu que foi recebido pela atual Constituição o D.L. 509/69").

O artigo 12 do aludido Decreto-Lei refere-se à *imunidade* dos serviços prestados por empresa pública pertencente à União Federal e 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 à imunidade tributária, direta ou indireta', impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, quer no concernente a foro, prazos e custas processuais" (grifos nossos).

Tal dispositivo, de forma cristalina, determina que a empresa pública ECT gozará de: a) isenção de direitos de importação de materiais e equipamentos destinados a seus serviços; b) privilégios concedidos à Fazenda Pública quanto:

- a imunidade tributária, direta ou indireta;
- a impenhorabilidade de bens, rendas e serviços; e
- foro, prazos e custas processuais.

No caso, a ECT foi considerada "*longa manus*" da União Federal, tendo em vista a recepção do D.L. 509/69, gozando, portanto, de todos os privilégios e garantias imanentes à Fazenda Pública, tendo esse reconhecimento se dado pela Suprema Corte a quem cabe a guarda da Constituição, nos termos do art. 102, "*caput*", da C.F.[2]

mas se lhe atribui um interesse público' (*Direito Administrativo Sistematizado*, Ed. Saraiva, 1999, p. 408/409).

1 Coord. de Análise de Jurisprudência, D.J. 14.5.2001, Ementário n. 2030-6, Republicação D.J. 18.5.2001.

2 O artigo 102, "*caput*," está assim redigido em seu início: "*Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, ...*" (grifos nossos).

Nesse contexto, resta nítido que, para o S.T.F., os serviços *monopolizados ou de regime assemelhado,* aduzidos no D.L. n. 509/69, são serviços públicos imunes de impostos, lembrando-se que a interpretação das imunidades deve ser, ao contrário das isenções, quase sempre extensiva. Nesse sentido a ementa do REO n. 80.603-SP:

"PAPEL DE IMPRENSA — ATO INEXISTENTE — INTERPRETAÇÃO LITERAL.

Não são as dimensões (variáveis segundo o método industrial adotado) que caracterizam o papel para impressão. Ao contrário da isenção tributária, cujas regras se interpretam literalmente, a imunidade tributária admite ampla inteligência"[1] *(grifos meus).*

Ora, de longe, garantir a segurança interna e externa – função primordial do Estado — é mais relevante que os serviços de correios e telégrafos, nada obstante a transcendental importância desta forma de comunicação. E a defesa do território nacional e a manutenção da ordem pública só são possíveis com a utilização de equipamentos, armas e munições fornecidos pela Consulente, sendo a eventual compra de material bélico no mercado interno e externo de outros fornecedores apenas complementar, quando necessária. É que sem a Consulente, de longe a principal fornecedora deste material, pode-se afirmar que as *forças armadas seriam forças desarmadas.*

No delineamento, pois, da "imunidade direta e indireta", da referida decisão do S.T.F., a inteligência correta é de que se refere a impostos diretos e indiretos, ou seja, reais e pessoais.

O Decreto-lei n. 509/69, portanto, cuida dos serviços postais que estão na competência privativa e exclusiva da União, conforme o disposto no artigo 21 inciso X da Lei Suprema, ou seja, na mesma situação constitucional da competência conferida pelos incisos III e VI do mesmo art. 21 da Carta Magna, que tratam da defesa nacional e da competência para autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico[2].

Ora, por tais razões, à luz da interpretação dada à matéria pelo Supremo Tribunal Federal, não é possível que os serviços privativos, monopolizados ou de regime jurídico assemelhado pela União sejam tributados por impostos circulatórios, tendo em vista a imunidade do inciso VI, letra "a", do artigo 150 do Texto Supremo.

Tais serviços estão, pois, fora da competência sobre impostos exercida pela União, Estados e Municípios.

1 DJU de 24.5.79, p. 4090.

2 Em acórdão não publicado e obtido por transcrição de julgamento por assistentes, o Ministro Maurício Corrêa faz menção a que: "A recorrente é empresa pública criada pelo D.L. n. 509, de 10.3.1969, com capital constituído integralmente pela União Federal (art. 6°), gozando de privilégios equivalentes aos da Fazenda Pública.

2. Preceitua o artigo 12 do D.L. n. 509/69, *'verbis'*: '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'.

3. No caso *sub examine* trata-se de pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, que explora serviço de competência da União (CF, art. 21, X).

4. Assinalo que a Primeira Turma desta Corte já se manifestou sobre a matéria por ocasião do julgamento do RE n. 100.433-RJ, de que foi relator o eminente Ministro Sydney Sanches, em acórdão assim ementado, *'verbis'*: 'EMENTA: EXECUÇÃO FISCAL. Impenhorabilidade de bens de empresa pública (ECT) que explora serviço monopolizado (§ 3° do art. 170 da C.F., EC 1/69), reservado exclusivamente à União (art. 8°, inc. XII, da C.F. – E.C. 1/69).

Recurso Extraordinário não conhecido" (RTJ 113/786).

"Ante o exposto, tenho como recepcionado o D.L. 509/69, que estendeu à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos os privilégios conferidos à Fazenda Pública, dentre eles o da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, devendo a execução fazer-se mediante precatório, sob pena de vulneração ao disposto no art. 100 da Constituição de 1988. Por conseguinte, conheço do recurso extraordinário e dou-lhe provimento" (grifos nossos).

Tal imunidade consiste, desta forma, no afastamento de incidências de impostos de outros entes da federação e do próprio a que pertence a entidade imune, abrangendo qualquer serviço, renda ou patrimônio. Isto se infere da expressão "imunidade direta ou indireta" do recepcionado artigo 12 do D.L. 509/69, que afasta, por decorrência, o entendimento de que esta forma desonerativa se aplicaria, apenas, às áreas de atuação de outra entidade federativa, e não da própria.

A conclusão a que se chega é de que as atividades da Consulente, pela interpretação sistemática da Lei Maior sobre o tipo de serviços prestados, na exegese ofertada pela Suprema Corte a respeito dos serviços *monopolizados ou de regime jurídico assemelhado*, devem ser consideradas imunes, com adequação ao mesmo regime jurídico que pertine à Administração Direta.

Após tais considerações, passamos a responder especificamente à questão formulada, nos seguintes termos:

A Consulente, sendo Empresa Pública Federal com capital social integralmente subscrito pela UNIÃO, vinculada ao Ministério da Defesa e cuja finalidade exclusiva é a produção e o desenvolvimento de material bélico destinado prioritariamente às Forças Armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica), e às Forças Auxiliares (Polícia Federal e Polícias Militares), bem como ao mercado civil nacional e ao mercado externo, presta, na verdade, serviços públicos *em regime jurídico assemelhado aos monopólios.*

O regime jurídico compatível, portanto, não é o mesmo dos demais serviços públicos não *monopolizados ou assemelhados*, mas o da própria ação da Administração Pública, sendo este fato aquele que determina o tratamento tributário aplicável, e não a formatação jurídica da sociedade, razão pela qual extensíveis à Consulente os privilégios concedidos à Fazenda Pública.

Da mesma forma que a Suprema Corte entendeu, pela recepção na Lei Maior do D. L. 509/69, ser a ECT imune, nos termos do artigo 150, inciso VI, "a", da C.F., também à Consulente tal entendimento deve ser aplicado, principalmente por tratarem, suas atividades, de serviços públicos de *regime assemelhado ou monopolizado* (art. 150, § 3º da C.F.)[1].

1 Assim se manifesta o Ministro Moreira Alves no RE 281.172-6-PE (Relatório e Voto): "É este o teor do acórdão que negou provimento ao agravo de instrumento: 'Quanto à rejeição dos embargos ou sua procedência, objeto de argüição das partes em suas razões, ressalte-se, por oportuno, que não serão discutidas aqui, em sede de agravo de instrumento, e sim por ocasião do julgamento dos embargos, porquanto se tratar de matéria atinente ao mérito da demanda.

Cuida-se aqui de saber se a ECT goza ou não dos privilégios de Fazenda Pública, para efeito de impenhorabilidade de seus bens. Tal questão, entretanto, cinge-se a recepção do D.L. n. 509/69 (que criou a equiparação), pelo sistema constitucional instituído pela Carta Magna de 1988.

Esta e. Corte já se manifestou sobre a matéria, através da terceira turma, por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento n. 5885/CE, em 06.03.97, Relator juiz Geraldo Apoliano, Publ. D.J. 09.05.97, p. 32.213, o qual transcrevo: 'CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. EMPRESA PÚBLICA. ECT, EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA DE BENS, LEI 6.830, DE 1980. IMPOSSIBILIDADE.

1) Muito embora a partir da novel Carta Política, as empresas públicas não mais possam usufruir de privilégios fiscais não extensivos ao setor privado, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos presta típico serviço público, decorrente do monopólio postal reservado à União.

2) Recepção, pela ordem jurídica exsurgida com a promulgação Texto Magno de 1988, do D.L. n. 509/69, a teor do qual, os bens da ECT são impenhoráveis. Inaplicabilidade da Lei 6.830, de 1980, *às execuções movidas contra a ECT, empresa cujos bens, por expressa disposição normativa, acham-se equiparados aos da própria Fazenda Pública.*

3) Decisão singular mantida, agravo improvido'.

A e. 2ª Turma também se pronunciou no mesmo sentido: 'PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL CONTRA A EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS.

Impenhorabilidade prevista no D.L. 509/69, que não se confunde com imunidade, nem com isenção. Dada a regra de equiparação da ECT à fazenda pública, é de se adotar o rito do artigo 730, CPC.

Agravo improvido" (Agravo de Instrumento n. 9966/CE, Rel. juiz Lázaro Guimarães, julgado em

sobre serem suas atividades, para efeitos de segurança interna e soberania, mais relevantes que os demais serviços que gozam de imunidade.

São imunes os serviços públicos em sua concepção ampla de atividade da própria administração direta na produção e comercialização de bens essenciais à defesa nacional, e imune, também, o seu patrimônio[1].

Em outros termos, ao se interpretar sistematicamente a Constituição Federal é possível se dividir os serviços e atividades explorados pelo Estado em:

1) atividades e serviços sob o regime de direito privado, à luz do artigo 173 da C.F.;

2) serviços públicos não imunes, pertencentes ao regime de direito público, do artigo 175 da C.F.;

3) serviços públicos *monopolizados ou de regime assemelhado,* instituídos conforme regime jurídico do artigo 175 da C.F., protegidos pela imunidade do artigo 150, VI, "a", da Lei Suprema, nos termos da decisão do guardião da Constituição (RE 281.176-6-PE retrocitado).

Assim, os serviços constantes do artigo 21, inciso III, e, principalmente, inciso VI da Constituição Federal são imunes, pois prestados na forma de serviços de regime assemelhados aos monopólios e não seguirem o regime jurídico do artigo 173, mas sim o do artigo 175 da Lei Suprema, razão pela qual devem ser afastadas as incidências de impostos. Reiteramos que muitas das fórmulas de produção das munições e das técnicas de fabricação de armas e equipamentos são "segredo" de Estado e de único conhecimento da Consulente, controlada em 100% pela União, através do Ministério da Defesa.

Por serem as atividades da Consulente garantidoras da defesa nacional, pela produção e o comércio de material bélico, devem ser consideradas serviços assemelhados ou monopolizados pela União, exclusivos e privativos deste ente federativo e, portanto, imunes.

Também é imune o patrimônio da União correspondente a seu controle da empresa pública, viabilizadora dos referidos serviços, assim como sua renda, razão pela qual a Consulente é protegida pela imunidade recíproca.

05.08.97, publ. 05.09.97, DJ, p. 71.562).

...

"VOTO – O SR. MIN. MOREIRA ALVES (Relator): 1. Ao terminar o julgamento do RE 220.906 que versava a mesma questão, o Plenário desta Corte decidiu que foi recebido pela atual Constituição o D.L. n. 509/69, *que estendeu à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos os privilégios conferidos a Fazenda Pública, dentre os quais o da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, devendo a execução contra ela fazer-se mediante precatório, sob pena de ofensa ao disposto no art. 100 da Carta Magna.*

Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido.

2. Em face do exposto, não conheço do presente recurso".

(Supremo Tribunal Federal, 27.3.2001) (grifos nossos).

1 Lê-se na decisão do TRT da 15ª Região, pelo voto do Juiz Relator Ricardo Anderson Ribeiro que: "VOTO: Conheço.

No mérito, com razão o inconformismo da agravante. *Trata-se de empresa pública, que não pode ter os seus bens penhorados.* E execução há de seguir os ditames previstos no art. 730 do CPC. Nesse sentido já decidiu o C. Tribunal Superior do Trabalho, em processo análogo: '983. A ECT, por determinação expressa contida no art. 12, do D.L. n. 509/69, tem direito líquido e certo à impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços. Segurança concedida' (TST, ROMS 111.613/94.8, Ney Doyle, Ac. SDI 4.844/94 – *in* Nova Jurisprudência em Direito do Trabalho – Valentim Carrion, 1995, 2º Semestre, p. 177).

E o citado art. 12 do D.L. n. 509/69, tem a seguinte redação: "Art. 12 A ECT gozará de isenção de direitos de importação de materiais e equipamentos destinados aos seus serviços, dos privilégios concedidos à Fazenda Pública, *quer em relação à imunidade tributária, direta ou indireta, impenhorabilidade* de seus bens, rendas e serviços, quer no concernente a foro, prazos e custas processuais" (Boletim AASP 2015, 11.8.1997, via Internet) (grifos nossos).

Destarte, é nosso entendimento, portanto, que a Consulente goza da imunidade prevista no artigo 150, inciso VI, letra "a", da Constituição Federal, na prestação dos serviços mencionados no artigo 21, inciso III e VI da Constituição Federal, descabendo a incidência de qualquer dos 13 impostos do sistema constitucional brasileiro, tendo-se em vista a imunidade absoluta sobre suas atividades.

Em face do exposto concluímos que:

— por tratar-se o presente estudo de parecer jurídico veiculador do entendimento de seus subscritores, é aconselhável sua apresentação ao Secretário da Receita Federal, titular de competência para expedição de Instrução Normativa nesse sentido, esvaziando, por conseqüência, a necessidade de discussões administrativas e judiciais da matéria.

— É importante ressaltar que, nos moldes do mencionado entendimento do Supremo Tribunal Federal para a ECT, todos os privilégios da Fazenda Pública podem ser garantidos à Consulente, podendo o Poder Judiciário assegurar, inclusive, a desoneração para todos os tributos que a Fazenda Pública não paga (COFINS, PIS, CPMF etc.).

— No tocante ao eventual embate jurídico com a União ou os Fiscos estaduais e municipais, em nível de controle concentrado merece exame, inclusive, o mecanismo processual conformado pela Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, prevista na Lei n. 9.882/99 e pela qual é possível provocar o Supremo, cuja decisão tem eficácia "*erga omnes*", ou seja, aplicável a todos, bem como efeitos extensivos ao passado ("*ex tunc*") e vinculantes aos órgãos públicos.[1]

Os preceitos fundamentais referem-se a direitos e garantias contidos na Lei Maior, dentre os quais a imunidade abordada no presente parecer faz parte, tendo em vista tratar-se de princípio e, como tal, protegido pelo disposto no § 2º do art. 5º desse diploma, assim redigido:

"*§ 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*".

Acrescente-se que o próprio enunciado no "*caput*" do artigo refere-se aos comandos supremos perfilados no artigo 150 como concernente a direitos e garantias individuais.

Reza, pois, o comando:

"Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, *à segurança,* à propriedade, nos termos seguintes" (grifos nossos).

Vale dizer, o princípio abordado concernente à imunidade é direito individual do contribuinte que não pode ser extinto ou afrontado, tratando-se de "*cláusula pétrea*" merecedora de proteção pretoriana por intermédio de variados instrumentos processuais, inclusive o de argüição, previsto no §1º do art. 102 da Constituição Federal[2].

S.M.J.

São Paulo, 09 de Agosto de 2002

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

ROGÉRIO VIDAL GANDRA DA SILVA MARTINS

JOSÉ RUBEN MARONE

1 Alexandre de Moraes, sobre o meio processual citado, comenta: "A decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de argüição de descumprimento de preceito fundamental terá eficácia contra todos –'erga omnes'–, efeitos retroativos ('ex tunc') e vinculantes relativamente aos demais órgãos do poder público, cabendo, inclusive, reclamação para garantia desses efeitos.

Uma vez julgada a ação, as autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados serão comunicados, fixando-se as condições e o modo obrigatórios de interpretação e aplicação do preceito fundamental, em face de seus efeitos vinculantes" (*Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análise à Luz da Lei n. 9.882/99*, organizado por André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg, Ed. Atlas, 2001, p. 33).

2 Determina o § 1º do artigo 102 da C.F.: "§ 1º A argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei".