

Uma breve reflexão sobre a imunidade recíproca no âmbito de concessões de serviços públicos

por Tanius Ferreira Schafer Filho – NWADV/PORTO ALEGRE

Em tempos que o governo federal apresenta um ambicioso plano para modernizar a infraestrutura brasileira, baseado na modalidade de concessão à iniciativa privada, ganha especial relevo as medidas tributárias que poderiam de alguma forma contribuir economicamente para esta modernização em área tão sensível ao desenvolvimento nacional.

Nesse sentido, vou dirigir minha atenção à imunidade recíproca, prevista no art. 150, VI, a, e §§ 2º e 3º da CF, a partir de decisões do Supremo Tribunal que reconheceram, por exemplo, a imunidade de impostos à Empresa Brasileira de Correios e Telegrafos¹ e à INFRAERO². Em resumo, o suporte jurídico que amparou estas decisões consiste no fato de que tais empresas exercem um serviço público de prestação obrigatória e exclusiva por parte do Estado e, ainda que haja contraprestação pecuniária por estes serviços, estão estes ao abrigo da imunidade recíproca justamente por não constituírem atividade econômica privada desenvolvida num regime de livre concorrência (atividade econômica em sentido estrito), mas sim prestação de serviço público, na forma do art. 175 da CF.

Então, torna-se evidente que o desenvolvimento de uma atividade que possa se enquadrar como serviço público de prestação privativa por parte do Estado passa a ser o fator decisivo para viabilizar a aplicação ou não da imunidade recíproca. Sem pretender entrar aqui na questão de apresentar os caracteres definidores de serviço público, parece não haver dúvida de que, quando a própria Constituição Federal incumbe ao Estado o exercício de certas atividades, estamos na inequívoca presença de um serviço público por força de expressa previsão constitucional.

No que pertine ao objeto do presente comentário, o art. 21 da Constituição Federal elencou uma série de serviços em matéria de infraestrutura, que incumbe à União explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão. Portanto, por exemplo, no inciso X, alínea “f”, do art. 21 da CF, tem-se a

1 STF, RE nº 354897/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 03/09/2004.

2 STF, RE nº 363412 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, julgado em 07/08/2007, DJe-177 18-09-2008 PUBLIC 19-09-2008.

infraestrutura de portos marítimos, fluviais e lacustres. Recentemente, a Lei nº 12.815/2013, que dispõe sobre a exploração dos portos e instalações portuárias, estabeleceu o regramento com vistas à modernização e otimização da infraestrutura portuária brasileira, estabelecendo importantes diretrizes à consecução dos respectivos contratos de concessão à iniciativa privada.

E justamente uma destas diretrizes diz respeito à garantia da modicidade e da publicidade das tarifas e preços praticados, o que revela a manifesta intenção de se propiciar um serviço público que atenda ao desejável equilíbrio de custo e benefício. Então, indaga-se: por que não estender às concessionárias de serviços públicos a imunidade recíproca, de modo a reverter os valores que seriam pagos em função dos impostos num incentivo à modicidade das tarifas ou mesmo na obrigatoriedade de empregar tais recursos em investimentos na melhoria das estruturas?

Ora, é regra antiga de aplicação do direito que *Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*, isto é, onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de direito. É que quando o Estado explora diretamente e de forma privativa um serviço público goza da imunidade, justamente para o fim de lhe facilitar o tanto quanto possível a prestação dos serviços; então, esta mesma regra deveria ser aplicada no caso da prestação se dar indiretamente, via concessão ou permissão, porque, a rigor, o fato de se transferir a exploração à iniciativa privada não desnatura a essência do serviço, que permanece público e de titularidade estatal.

A objeção de que as concessionárias de serviços públicos exercem, via de regra, outras atividades econômicas privadas em regime de concorrência e que, portanto, a imunidade recíproca poderia representar uma quebra de igualdade em face de seus concorrentes, não resiste a uma melhor análise. Em verdade, o fundamental é que se assegure uma igualdade de condições no momento de feitura das propostas comerciais para fins de participação do certame licitatório da concessão pública, isto é, que a imunidade seja prevista para todos licitantes e que estes tenham ciência desta circunstância para formular adequadamente a composição dos custos que embasará a proposta comercial.

De outro lado, para tornar mais transparente o controle da imunidade, evitando-se que o concessionário se utilize indevidamente da imunidade em outras atividades econômicas por ele desenvolvidas, pode-se estabelecer a obrigatoriedade de concessionário constituir uma Sociedade de Propósito Específico para figurar no

contrato de concessão, de modo a permitir que o faturamento da atividade concedida seja contabilizada à parte de outras atividades econômicas, facilitando, pois, o controle e a transparência da imunidade.

Então, na esteira da jurisprudência que a Suprema Corte vem empregando em relação a empresas estatais que prestam serviço público, é de ser fomentado o debate acerca da extensão da imunidade recíproca a empresas concessionárias de serviço público, sobretudo quando se trata de serviço a ser prestado em caráter exclusivo pelo Estado.

Realmente, se atualmente chegou-se à conclusão de que, apesar da pesada carga tributária imposta aos brasileiros, o Estado não foi competente para suprir diretamente o serviço público de infraestrutura indispensável para o desenvolvimento econômico, não podendo, pois, prescindir da iniciativa privada para propiciar a modernização e otimização deste serviço, talvez também seja o momento de concluirmos que urge o abrandamento da carga tributária, principalmente em situações que visem à implantação da infraestrutura necessária à minimização do denominado “custo Brasil”, expressão cunhada para representar as mazelas que diminuem a competitividade do produto brasileiro no mercado internacional, dentre elas, a inoperante infraestrutura de logística nacional.