

# A ACO Nº 2.658/DF: A LUTA PELA DEFESA DA SEGURANÇA DA INFORMAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO À LEALDADE NA CONCORRÊNCIA

MISABEL ABREU MACHADO DERZI

VALTER DE SOUZA LOBATO

TIAGO CONDE TEIXEIRA

## 1 Introdução. Por que a ACO nº 2.658/DF?

Deixamos de lado tantas obras acadêmicas e doutrinárias notáveis, escritas pelo Professor e Ministro Luís Roberto Barroso, e preferimos destacar, em sua homenagem, a ACO nº 2.658/DF, de que foi relator, dentre tantas decisões judiciais. É que essa relatoria marca especial influência na magistratura. Trata-se do reconhecimento da imunidade tributária recíproca em favor do Serviço Federal de Processamento de Dados (Serpro).

Estava em questão um auto de infração lavrado pelo Distrito Federal, que exigia ICMS sobre serviços de comunicação supostamente prestados pelo Serpro de janeiro de 2005 a março de 2010. Como será visto, a decisão não apenas reforçou a defesa do pacto federativo, mas também destacou a importância de se resguardar a segurança da informação, essencial para o bem-estar coletivo. A essa decisão pioneira em relação ao setor, como veremos posteriormente, seguiram-se outras no STF, igualmente concedendo-se a imunidade a empresas públicas de processamento de dados como a Celepar – Paraná (ACO nº 3.640, sendo relator o Min. Dias Toffoli) e a Dataprev (ACO nº 3.667, com relatoria do Min. Fachin).

O reconhecimento da imunidade recíproca a empresas públicas (e mesmo, eventualmente, a sociedades de economia mista) não adveio de uma interpretação singela, quase literal das normas constitucionais, constantes do art. 150, VI, alínea “a”. Efetivamente, ao longo do tempo, ela correspondeu a uma expansão objetiva, relativa aos conceitos de patrimônio, renda e serviços e a uma ampliação subjetiva dos destinatários, nela incluindo-se, não apenas os entes federativos estatais, suas autarquias e fundações, como consta literalmente do comando da Constituição, mas

ainda, preenchidos determinados requisitos, construídos pela própria Corte Suprema, as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), com o objetivo de proteger o interesse público e respeitar o propósito federativo, passou a estender tal imunidade a empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos essenciais e exclusivos. Para isso, a Suprema Corte fez uma distinção clara entre empresas públicas dedicadas à exploração de atividades econômicas e aquelas voltadas à consecução de fins públicos. Enquanto as primeiras perseguem o lucro, as últimas atuam como *longa manus* do Estado, agindo em nome deste para a consecução do bem comum. Dessa forma, embora formalmente sejam pessoas de direito privado, essas empresas do segundo grupo são, na essência, pessoas administrativas, instrumentos do Estado, equiparáveis, materialmente, a autarquias e fundações.

A imunidade recíproca, reconhecida pelo STF ao Serviço Federal de Processamento de Dados (Serpro) na Ação Cível Originária (ACO) nº 2.658/DF, sob a brilhante relatoria do eminente Ministro Luís Roberto Barroso, destacou-se em vários pontos da mais alta relevância, como a defesa do pacto federativo; a relevância do serviço público prestado pelo Serpro para a modernização de setores estratégicos da Administração Pública; a garantia da segurança da informação e ainda, finalmente, a demonstração de que a imunidade não representaria privilégio fiscal, nem abuso do poder econômico ou concorrência desleal em relação às empresas privadas, o que o art. 173 da Constituição proíbe.

Claramente deve-se observar que a imunidade recíproca dos entes políticos relativamente à renda, patrimônio e serviços uns dos outros somente inclui as rendas e serviços de suas respectivas autarquias e fundações, vinculadas a suas atividades essenciais ou às delas decorrentes, conforme expressamente dispõe o art. 150, VI, §2º. Igualmente, o Texto Constitucional exclui da imunidade qualquer exploração de atividade econômica, regida pelas normas de direito privado, em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, inerentes às concessões ou delegações de serviços públicos.

É evidente que inexistente qualquer conflito normativo na Constituição, entre o grupo de normas de imunidade, constantes das limitações ao poder de tributar, e as normas integrantes da ordem econômica e financeira. Em especial o art. 173, que expressamente dispõe no §2º: “as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado”.

Somente uma leitura muito equivocada da Constituição identificaria qualquer conflito fático ou normativo entre tais grupos de normas, o primeiro cassando a competência dos entes políticos para criar impostos sobre a renda, os serviços ou o patrimônio uns dos outros e o outro grupo, constante da ordem econômica, em especial o art. 173, que assegura o mesmo tratamento fiscal e tributário entre empresas públicas e privadas, para reprimir “o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros”.

Sem sentido, parece-nos, seria invocar critérios de superação de conflitos entre regras ou normas principiológicas, quer pelo método alexiano de ponderação ou de integridade à la Dworkin ou ainda por outros derivados de tais matrizes teóricas. A Constituição Federal de 1988, na mesma linha das anteriores, e desde sua redação original, previu esses grupos normativos que não se contradizem, mas, ao contrário, se complementam e reforçam.

Ora, quando o Supremo Tribunal Federal, seguindo as lições de Aliomar Baleeiro, em favor de uma interpretação ampliativa, põe de lado a forma autárquica e fundacional para reconhecimento dos serviços administrativos imunes, prestados por empresas públicas ou sociedades de economia mista (como se autarquias fossem), não obstante, teve de intensificar a argumentação para afastar, à vista dos casos concretos, os obstáculos ao reconhecimento da imunidade, constantes do próprio art. 150, VI, §2º, e aqueles do art. 173 da mesma Constituição.

Com isso, encontramos decisões mais ricas e plenas, de que é exemplo, exatamente o ACO nº 2.658/DF, da relatoria de nosso Ministro Barroso. Assim, antes de adentrarmos no referido julgamento, é fundamental apresentarmos breves e importantes considerações sobre a evolução jurisprudencial do instituto da imunidade recíproca. Como dissemos anteriormente, o julgamento foi pioneiro em relação ao setor. A rigor, aplicou-se longa jurisprudência consolidada em outras áreas e serviços. Como já dissemos anteriormente, no setor de processamento de dados, envolvendo a segurança nacional, ele foi pioneiro. É preciso considerar talvez o mais emblemático precedente: a imunidade da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, RE nº 601.392/Paraná, sendo relator para o acórdão o Min. Gilmar Mendes.

## 2 A imunidade recíproca e a jurisprudência do STF

A imunidade recíproca, como já defendido por Aliomar Baleeiro desde sempre, decorreu do próprio princípio federativo, consagrado pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º e presente desde a primeira Constituição republicana brasileira. Esse princípio “informa o Estado, no qual tanto as descentralizações político-jurídicas regionais e locais (Estados e Municípios) como a Federação (ou União) têm natureza estatal”.<sup>1</sup>

Isso porque, em que pese, no âmbito do direito tributário constitucional, a imunidade recíproca envolver também o aspecto financeiro, ela busca, em verdade, o fortalecimento político, sendo inerente à forma federal de estado, que é cláusula pétreia<sup>2</sup> (art. 60, §4º, inc. I, Constituição Federal de 1988):

A evolução do princípio federal, compreendido como garantia adicional da liberdade – forma de evasão da concentração de poder – e profundamente impregnada da igualdade, da redução das grandes disparidades econômico-materiais, em favor de um desenvolvimento harmonioso e solidário – federalismo cooperativo.<sup>3</sup>

Para além disso, parte da doutrina entende que a imunidade recíproca também deriva da falta de capacidade contributiva das entidades políticas, pois os recursos, todos eles, devem ser direcionados para a prestação dos serviços públicos, sua qualidade e aperfeiçoamento. Inexiste margem excedente para pagar imposto a outro ente estatal

<sup>1</sup> BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu Machado. *Direito tributário brasileiro*. 14. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 118.

<sup>2</sup> COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*. 12. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 124.

<sup>3</sup> BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu Machado. *Direito tributário brasileiro*. 14. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 122.

da federação.<sup>4</sup> Por isso, a doutrina considera a imunidade recíproca um mecanismo federativo essencial para preservar a estabilidade social.<sup>5</sup>

Vale destacar que, historicamente, o Estado federal foi concebido diante de “necessidades reais e não de teorias”.<sup>6</sup> Todavia, conforme aduz Miguel Reale, para efeitos de coercitividade, essa forma de governo foi concretizada por meio da força do direito, qualificando-o juridicamente.<sup>7</sup> Nesse contexto, Hans Kelsen dispôs que o Estado federal, diante de uma comunidade jurídica, apresenta-se como uma forma de descentralização composta, dinamicamente, por “normas centrais, válidas para o seu território inteiro e de normas locais válidas apenas para porções desse território”.<sup>8</sup> Dinamicamente, pois tal descentralização não é apenas territorial e administrativa, mas política, pois a ordem parcial válida apenas para certa parte do território (estados, por ex.) nasce da autonomia inerente aos poderes legislativos locais ou regionais.

Assim, apesar da descentralização decorrente do pacto federativo, “os Estados são membros do Estado Federal – embora também delimitados um frente ao outro – com soberania estatal própria não derivada da Federação, porém por ela reconhecida”.<sup>9</sup> Por essa razão, em defesa do Estado *lato sensu*, a imunidade recíproca se justifica em face desses referidos propósitos federativos.<sup>10</sup>

Outrossim, vale mencionar que a definição da imunidade recíproca teve origem ainda em 1819, no julgamento pela Suprema Corte norte-americana em *McCulloch v. Maryland*.<sup>11</sup> Neste caso, foram abordadas especificamente as atividades econômicas dos estados, incluindo suas empresas e investimentos em outros entes federativos.<sup>12</sup> No julgamento, reconheceu-se a igualdade entre os governos nacionais e estaduais em suas respectivas esferas, impedindo-se a tributação discriminatória entre esses entes federativos.<sup>13</sup>

Aliomar Baleeiro, ao analisar a jurisprudência norte-americana, distingue as atividades desenvolvidas pelo Estado como *government* ou *proprietary character*. As atividades de natureza governamental são aquelas essenciais e inerentes às funções do governo, enquanto as de natureza proprietária se referem às atividades de livre concorrência que o Estado pode conduzir. Assim, o entendimento da Suprema Corte norte-americana foi de que a imunidade recíproca deve ser aplicada às atividades de

<sup>4</sup> COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*. 12. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 124.

<sup>5</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 74.

<sup>6</sup> CÂMARA, Maria Helena Ferreira da. O conceito moderno de federação. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 18, n. 71, p. 23-42, jul./set. 1981. p. 23. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181297>. Acesso em: 1º jul. 2024.

<sup>7</sup> REALE, Miguel. *Teoria do direito e do Estado*. 5. ed. São Paulo: Martins, 2000. p. 117-118.

<sup>8</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 451-452.

<sup>9</sup> RICHTER; SCHUPPERT. *Casebook Verfassungsrecht*. Munique: Verlag C. H. Beck, 1987. p. 358.

<sup>10</sup> ZILVETI, Fernando Aurelio. Imunidade recíproca em sociedades estatais. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 46, p. 485-511, 2º sem. 2020. p. 494-495. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.46801/2595-6280-RDTA-46-20>. Acesso em: 6 jul. 2024.

<sup>11</sup> UNITED STATES. Supreme Court. *McCulloch v. Maryland*. 17 U.S. 316 (1819).

<sup>12</sup> Em 1791, o governo americano criou o *First Bank of the United States*, que foi sucedido pelo *Second Bank of the United States*, em 1816. Em 1817, uma filial do banco foi estabelecida em Baltimore e, posteriormente, taxada pelo Estado de *Maryland*. James *McCulloch*, caixa da filial de Baltimore, recusou-se a pagar o tributo, levando o Estado de *Maryland* a mover uma ação judicial contra ele.

<sup>13</sup> SETLOCK, Edward. Inter-governmental immunities from taxation. *The Marquette Law Review*, v. 23, n. 1, dez. 1938. p. 32.

interesse comum das diversas esferas de governo, ou seja, às funções governamentais, e não às atividades comerciais de livre mercado.<sup>14</sup>

À vista disso, com o fim de perseguir tal finalidade, o §2º do art. 150 da Carta Magna estendeu a imunidade recíproca às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, renda e serviços vinculados às suas finalidades essenciais ou delas decorrentes.<sup>15</sup> Essa disposição constitucional permite ao Estado, segundo critérios de oportunidade e conveniência, determinar as áreas em que atuará diretamente e aquelas que delegará às autarquias ou fundações por ele instituídas,<sup>16</sup> mantendo-se o caráter público.<sup>17</sup> Observa-se, contudo, que, para as autarquias e fundações, o texto constitucional impõe a condição explícita de que a atividade exercida esteja vinculada às suas finalidades.<sup>18</sup>

Com base nessas premissas, o STF ampliou a aplicação do §2º do art. 150 da Constituição Federal, na mesma linha do entendimento da Suprema Corte norte-americana, para abranger também as empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos de caráter essencial e exclusivo.<sup>19</sup> Entretanto, o STF ressaltou que “a desoneração não deve ter como efeito colateral relevante a quebra dos princípios da livre-concorrência e do exercício de atividade profissional ou econômica lícita”.<sup>20</sup>

Logo, afasta-se a ideia de beneficiar atividades, rendas ou bens que não estejam relacionados às funções essenciais das entidades estatais, especialmente aqueles de caráter especulativo ou voltados para o lucro econômico,<sup>21</sup> seja na exploração de atividades econômicas regidas pelo direito privado, seja mediante cobrança de preço ou tarifa pelos usuários.<sup>22</sup> É o que diz a Constituição.

Nesse contexto, é relevante mencionar o julgamento do RE nº 407.099/RS, ocorrido em 6.8.2004, no qual o STF diferenciou as empresas públicas prestadoras de serviço público das empresas públicas que se dedicam a atividades econômicas estritas. Nas palavras do Ministro Carlos Velloso, “a Constituição, no ponto, empresta tratamento especial às pessoas jurídicas de direito privado que prestam serviço público”.<sup>23</sup> Além disso, o ministro destacou a observação de Roque Carrazza de que as empresas que prestam serviço público obrigatório atuam como a “*longa manus* das pessoas políticas que, por meio de lei, as criam e lhes apontam os objetivos públicos a alcançar”.<sup>24</sup> Essa mesma distinção foi posteriormente reafirmada na ACO nº 959/RN, em 17.3.2008.<sup>25</sup>

<sup>14</sup> BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 385; 413.

<sup>15</sup> AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 25. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. p. 70.

<sup>16</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 51.

<sup>17</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 286.

<sup>18</sup> COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 207.

<sup>19</sup> ZILVETI, Fernando Aurelio. Imunidade recíproca em sociedades estatais. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 46, p. 485-511, 2º sem. 2020. p. 499. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.46801/2595-6280-RDTA-46-20>. Acesso em: 6 jul. 2024.

<sup>20</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário (RE) 253472*. São Paulo, Relator: Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 25.8.2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe 01.02.2011.

<sup>21</sup> BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu Machado. *Direito tributário brasileiro*. 14. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 127.

<sup>22</sup> MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Manual de direito tributário*. 12. ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 87.

<sup>23</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário (RE) 407099*. Rio Grande do Sul, Relator: Carlos Velloso, Data de Julgamento: 22.6.2004, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 06.08.2004, v. 61, 2005. p. 286-297.

<sup>24</sup> CARRAZZA, Roque. *Curso de direito constitucional tributário*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 652.

<sup>25</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Cautelar Originária (ACO) 959*. Rio Grande do Norte, Relator: Menezes Direito, Data de Julgamento: 17.3.2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 15.05.2008.

Importante ainda também destacar o entendimento firmado no RE nº 253.472/SP, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa. Neste julgamento, o STF estabeleceu critérios para aplicação da imunidade tributária recíproca às empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviço público. Esses parâmetros, que sintetizam as informações anteriormente apresentadas, têm sido frequentemente invocados em decisões mais recentes sobre imunidade recíproca. Exemplos disso podem ser observados nas decisões da ACO nº 2.757/RJ,<sup>26</sup> ACO nº 3.640/PR,<sup>27</sup> ACO nº 2.243-AgR-Segundo,<sup>28</sup> a saber:

- 1.1 A imunidade tributária recíproca se aplica apenas à propriedade, bens e serviços utilizados na satisfação dos objetivos institucionais imanentes do ente federado [...];
- 1.2. A atividades de exploração econômica, destinadas primordialmente a aumentar o patrimônio do Estado ou de particulares, devem, em regra, ser submetidas à tributação, por apresentarem-se como manifestações de riqueza e deixarem a salvo a autonomia política; e
- 1.3. A desoneração não deve ter como efeito colateral relevante a quebra dos princípios da livre concorrência e do livre exercício de atividade profissional ou econômica lícita.<sup>29</sup>

Assim, nota-se que o STF chegou a entender que, mesmo que as empresas públicas e sociedades de economia mista exerçam atividade econômica em algum grau, elas têm direito à imunidade tributária recíproca se sua atividade principal for a prestação de serviço público essencial. Nesse sentido, todas as receitas obtidas, incluindo aquelas geradas em ambiente competitivo, devem ser revertidas para o cumprimento das finalidades públicas. Esse entendimento se fundamenta na necessidade de minimizar obstáculos à realização dos objetivos públicos, inclusive por meio da desoneração tributária dos entes que buscam promover o que é instrumental para a atuação do Estado e está diretamente ligado às suas atividades essenciais.<sup>30</sup>

Por efeito, conclui-se que o STF, de maneira reiterada, reconhece que essas empresas que prestam serviço público essencial e exclusivo devem estar abrangidas pela imunidade tributária recíproca, conforme a alínea “a” do inc. VI do art. 150 da Constituição Federal.<sup>31</sup> Por outro lado, é relevante frisar que a jurisprudência do STF,<sup>32</sup>

<sup>26</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Cautelar Originária (ACO) 2757: 0006922-46.2015.1.00.0000*. Rio de Janeiro, Relator: Min. Luiz Fux, Data de Julgamento: 11.5.2017, Data de Publicação: DJe-100 15.5.2017.

<sup>27</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Cautelar Originária (ACO) 3640*. Paraná, Relator: Dias Toffoli, Data de Julgamento: 3.10.2023, Data de Publicação: 3.10.2023.

<sup>28</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Agravo Regimental na Ação Cautelar Originária (AgR-segundo ACO) 2243*. Distrito Federal, Relator: Min. Dias Toffoli, Data de Julgamento: 17.3.2016, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-108 27-05-2016.

<sup>29</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário (RE) 253472*. São Paulo, Relator: Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 25.8.2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe 01.02.2011.

<sup>30</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Cautelar Originária (ACO) 790*. Relator: Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, Data de Julgamento: 15.3.2016, Data de Publicação: DJe 15.4.2016.

<sup>31</sup> Cita-se como outros exemplos: AgR ACO nº 2.730 de 2017, ARE-AgR nº 763.000 de 2014, RE-AgR nº 631.309; e ACO nº 2.243 de 2016.

<sup>32</sup> É de se destacar também que o STF decidiu que as pessoas prestadoras de serviços de registros públicos, cartorários e notariais não são infensas à tributação; afinal, ainda que tais serviços se revistam de caráter público, eles são executados com nítido intuito lucrativo, revelando a existência de capacidade contributiva e atraindo a aplicação do art. 150, §3º, da CF (ADI nº 3.089/DF). De modo similar, o STF também vedou o gozo da imunidade recíproca sobre imóvel de pessoa jurídica cedido a pessoa jurídica de direito privado, em julgamento que decorreu da conclusão alcançada pela Corte no julgamento do RE nº 594.015/SP, mencionado acima, que envolveu a Petrobras. Lançando mão de um argumento *a fortiori*, se a imunidade não deve ser estendida à empresa pública que exerce atividade comercial em imóvel público, com muito mais razão não terá direito à desoneração a empresa privada (RE nº 601.720).

em alguns julgados recentes, adotou posições mais restritivas quanto à imunidade recíproca. No RE nº 600.867/SP, interpretou-se que as sociedades de economia mista, cuja participação acionária é negociada em Bolsas de Valores, não estão abrangidas pela regra de imunidade tributária.<sup>33</sup> Em outro caso (RE nº 1.274.304/SP), a imunidade recíproca foi negada, uma vez que a sociedade de economia mista não era dedicada à prestação de serviço público de forma exclusiva.<sup>34</sup>

Dessa forma, observa-se que é a natureza das atividades prestadas por determinada empresa pública ou de economia mista que atrai a aplicação do regime de direito público. Enquanto “as empresas públicas prestadoras de serviços públicos estão abrangidas pela imunidade”, as “empresas públicas que exerçam atividade econômica, em regime de livre iniciativa e livre concorrência, não estão abrangidas pela imunidade recíproca, até mesmo em função do disposto no art. 173, §2º, da CF/88”.<sup>35</sup>

Proteger tais empresas públicas da tributação, sendo elas essenciais ao exercício das funções estatais, faz-se necessário, eis que a garantia do pacto federativo exige não somente que se proíba qualquer interferência nas atividades dos entes federados, mas, principalmente, que se impeça a criação de medidas que possam “onerar, de qualquer maneira, diminuir ou destruir a eficácia dos instrumentos necessários ou adequados à ação dos seus órgãos na órbita constitucional da sua competência”.<sup>36</sup>

Para além disso, vale salientar que, por ser uma entidade sujeita ao regime de direito público, qualquer excedente contábil resultante de suas atividades configura-se como superávit,<sup>37</sup> uma vez que se destina à satisfação do interesse público. Dessa forma, tecnicamente, esse excedente não pode ser confundido com lucro (que é o acréscimo patrimonial alcançado pela exploração de atividade econômica e que pode ser apropriado pelos sócios): “Lucro é conceito afeto à noção de empresa, coisa que a entidade, nas referidas condições, não é, justamente porque lhe falta o fim de lucro (vale dizer, a entidade foi criada não para dar lucro ao seu criador, mas para atingir uma finalidade altruísta)”.<sup>38</sup>

Portanto, considerando que a finalidade precípua da empresa pública ou sociedade de economia mista é a prestação de serviços públicos para a qual foi instituída, indispensável ao desempenho de atividades e serviços públicos no âmbito de determinado ente federado, não se prestando à finalidade lucrativa ou ao acúmulo de capital, a sua receita excedente será, em regra, vertida à manutenção ou melhoria de seus serviços.

Diante do exposto, conforme lições do Professor Sacha Calmon, fará jus à imunidade recíproca a empresa pública ou sociedade de economia mista que prestar um serviço público, atuar como órgão da Administração indireta e não desenvolver atividades econômicas próprias das empresas privadas.<sup>39</sup> A empresa imune não pode

<sup>33</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário (RE) 600867*. São Paulo, Relator: Joaquim Barbosa, Data de Julgamento: 29.6.2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 30.9.2020.

<sup>34</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Agravo Regimental em Recurso Extraordinário (ARE) 1289782*. São Paulo, Relator: Ministro Presidente, Data de Julgamento: 17.12.2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 8.1.2021.

<sup>35</sup> MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Manual de direito tributário*. 12. ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 79.

<sup>36</sup> CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. p. 20.

<sup>37</sup> A Lei nº 4.320/1964, que trata das regras financeiras aplicáveis aos entes públicos, estabelece que o excedente entre receitas e despesas leva o nome de “superávit”.

<sup>38</sup> AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 25. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. p. 71.

<sup>39</sup> COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 207.

buscar resultados positivos, no sentido de lucros distribuíveis, com que retornar a seus investidores, o capital aplicado.

Não obstante, o precedente mais relevante do STF a ser invocado é o “Caso dos Correios” no RE nº 601.392/PR, julgado em sede de repercussão geral. Tal julgamento enfrentou diretamente a relação entre a imunidade recíproca do art. 150, VI, “a” e o art. 173, da ordem econômica.

Apesar de ser uma empresa pública, foi ponderado se o serviço de transporte de encomendas, aberto à iniciativa privada, poderia resultar em uma situação de concorrência desleal entre os Correios e outras empresas do setor, devido aos custos potencialmente menores advindos do benefício tributário. O STF, todavia, estendeu a imunidade em tela para todas as atividades desempenhadas pela estatal. Restou consignado, destarte, que “os serviços prestados pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, inclusive aqueles em que a empresa não age em regime de monopólio, estão abrangidos pela imunidade tributária recíproca” (CF, art. 150, VI, “a”, e §§2º e 3º).<sup>40</sup>

À luz dessas considerações, é oportuno considerar mais de perto o caso da ACO nº 2.658/DF, iluminado pelo relevante julgamento dos Correios.

### 3 ACO nº 2658/DF: defesa pela segurança da informação. A velha questão de uma possível afronta à lealdade da concorrência

A ACO nº 2.658/DF, de relatoria do ilustre Ministro Luís Roberto Barroso, teve como escopo a análise da imunidade tributária recíproca ao Serviço Federal de Processamento de Dados (Serpro). Como será visto, a decisão não apenas reforçou a defesa do pacto federativo, mas também destacou a importância de resguardar a segurança da informação, essencial para o bem-estar coletivo.

Como já foi referido, nesse processo, foi abordado um auto de infração lavrado pelo Distrito Federal, que exigia ICMS do Serpro, sobre serviços de comunicação de janeiro de 2005 a março de 2010. Para isso, o Distrito Federal afirmava que os serviços prestados pelo Serpro não atuavam em regime de monopólio. Mas já se sabia que outros entes estatais, como São Paulo, preparavam autuações bilionárias para cobrar da empresa ICMS sobre serviços de transporte.

Importa ainda esclarecer que a discussão se restringiu, tipicamente, à reciprocidade da imunidade (ou seja, relativamente à competência tributária de estados e municípios), pois, do ponto de vista dos tributos de competência da União, a Lei nº 4.516/64, em seus arts. 14 e 20, já concedia isenção ao serviço público prestado pelo Serpro, “inclusive as relativas a impostos, taxas, direitos aduaneiros, juros moratórios e impenhorabilidade de bens”.

Questão similar se passou com a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. De longa data, a lei ordinária (até hoje vigente) concedeu-lhe isenção dos mesmos tributos federais, além da impenhorabilidade de bens. Restava saber se a imunidade recíproca – em relação a impostos estaduais e municipais – deveria ser reconhecida. Em relação ao monopólio federal, consagrado pela Constituição, pois o serviço postal é privativo

<sup>40</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário (RE) 601392*. Paraná, Relator: Joaquim Barbosa, Data de Julgamento: 28.2.2013, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 5.6.2013.

da União, art. 22, restou ao STF conceituar o serviço postal, restringindo-o às cartas e outros instrumentos de comunicação clássicos, aos quais reconheceu-lhes a imunidade recíproca, protegendo-os contra o avanço arrecadatário e interventivo dos demais entes estatais, nas coisas da União. Tal questão foi mais simples e de solução constitucional evidente, mas parcial e restrita às atividades monopolizadas. Restava saber das demais atividades prestadas pelos Correios em campo aberto à iniciativa privada concorrente. Essa era a questão importante, que guarda vários pontos analógicos com a imunidade do Serpro.

Ao julgar o RE nº 601.392, a Corte Suprema entendeu que a imunidade recíproca dos Correios abrange todas as atividades exercidas por ela, ou seja, tanto aquelas desenvolvidas em regime de exclusividade, como aquelas exercidas em concorrência com a iniciativa privada. Vejamos.

Em defesa da incidência tributária em relação às atividades prestadas no regime da concorrência (como banco postal, protesto de títulos, vendas pela internet, Sedex e Importa Fácil), as prefeituras de Curitiba e de São Paulo, e a Associação Brasileira das Secretarias de Finanças das Capitais Brasileiras – ABRASF – como *amici curiae*, alegaram, em breve síntese, que os serviços contidos na Lista 95, anexada ao Decreto-Lei nº 56/1987, possuíam natureza privada, sendo prestados em regime de concorrência com as demais empresas do setor, e, por isso, deveriam ser tributadas porquanto: (i) ao julgar a ADPF nº 46, o STF já havia entendido que a ECT desempenha atividades em regime de exclusividade e em regime de concorrência; (ii) a ausência de tributação acarretaria concorrência desleal em favor da ECT; (iii) a incidência tributária deve ser a regra, e a imunidade, situação excepcional.

Tivemos a oportunidade de patrocinar essa causa e outras similares<sup>41</sup> em que essa mesma dualidade se apresentava: de um lado, as atividades prestadas pelas empresas públicas em regime de direito público, necessário e exclusivo, em relação às quais a imunidade se apresentava como evidência; de outro lado, as atividades prestadas pelas mesmas empresas públicas dificultando o entendimento se a elas igualmente se estenderia o manto imunitário. Mas tal dificuldade apenas aparente se dissipava sempre à vista do aprofundamento e da argumentação, por várias razões: (i) a ECT não tinha e não tem escolha na prestação dos serviços típicos, tampouco liberdade para definir seus preços, devendo atender aos princípios constitucionais da universalidade e da continuidade – nesse sentido, a ECT só pode cobrar um centavo pela carta social, em qualquer parte do território nacional, fazendo chegar ao destinatário seja em uma capital, seja em um distrito distante, amazonense, na região de Igarapés, por ex., a que se tem acesso apenas por barcos e canoas; (ii) tais serviços típicos são responsáveis por apenas 55% de seu orçamento, sendo altamente deficitários; (iii) além disso, a empresa é obrigada a criar agências (ou postos que as substituam) em milhares de municípios brasileiros, precisando valer-se de outras atividades econômicas para financiar, como benefício cruzado, suas principais atividades deficitárias, e cumprir sua função de integração do território nacional, por meio da comunicação; (iv) a *art. 173* pressupõe que são comparáveis coisas iguais ou semelhantes, por exemplo: empresas privadas trabalhando em iguais condições àquelas dos Correios. E isso não ocorre na realidade.

<sup>41</sup> Como as imunidades concedidas à Infraero; ao Serpro; à Celepar; à Dataprev, dentre outras relevantes.

Tal diferença, advinda dos fatos, ficou clara. O Sedex entrega encomendas onde for necessário, por mais difícil, distante e precária a logística. Já as empresas privadas, ao aceitarem enviar encomendas para qualquer parte do país, mesmo em locais ermos, o fazem somente levando-as por via aérea até as capitais. De lá, para fazer chegar a encomenda ao seu destino, a distritos e localidades distantes, sem aeroportos, usam a estrutura dos próprios Correios, que acabam por servir às concorrentes; (v) a prosperar a tese dos fiscos, a ECT entraria em estado de necessidade administrativo, pois todos os entes estaduais e municipais passarão a exigir impostos que ela não seria capaz de suportar. Teríamos aí o que a recíproca quer evitar: a transferência compulsória de recursos às demais pessoas estatais por meio da amputação da renda, serviços e patrimônio da União, que lhe são inerentes à prestação de serviços públicos essenciais.

Esses os argumentos que, em geral, comovem a Corte Suprema, para afastar a aplicabilidade do art. 173, da ordem econômica e financeira da Constituição, quando concedem a imunidade. Perguntas devem ser feitas: a empresa pública imune (quase um ente autárquico, no sentido material) está sujeita às leis de mercado? Pode interferir, como fazem as empresas privadas na formação dos preços, sujeitando-se às leis da oferta e da procura? Pode, dentro dessas leis de mercado, como fazem as empresas privadas, equilibrar os seus custos, manipulando, para cima ou para baixo, os preços? Se a resposta é negativa, como ocorreu no caso da ECT, e nas hipóteses do Serpro, da Celepar e da Dataprev, não se aplicam os artigos da ordem econômica e social, em especial o 173 da Constituição, que se destinam a garantir a liberdade de mercado e a livre concorrência.

Idêntica situação ocorreu em relação ao setor de processamento de dados. Destaque-se que a Lei nº 4.516/64 – posteriormente revogada pela Lei nº 5.615/70 – foi a norma jurídica que instituiu o Serpro como uma empresa pública federal, vinculando-a ao Ministério da Fazenda. A missão de tal órgão foi a de fornecer de maneira centralizada todos os serviços de processamento necessários, resultando em um indiscutível ganho de eficiência, economicidade e confidencialidade:

Art. 2º O Serviço Federal de Processamento de Dados terá por objeto a execução, com exclusividade, por processos eletromecânicos ou eletrônicos, de todos os serviços de processamento de dados e tratamento de informações necessários aos órgãos do Ministério da Fazenda; a execução de serviços congêneres que venha a contratar com outros órgãos da administração federal, estadual ou municipal; a prestação do processamento técnico a esses mesmos órgãos, no campo de sua especialidade.

A criação do Serpro visou modernizar setores estratégicos da administração e garantir a segurança da informação. As operações do Ministério da Fazenda necessitavam de um sistema informatizado confiável e seguro, sendo que a confidencialidade era primordial. Assim, o art. 17 da Lei nº 4.516/64 exigiu que administradores e funcionários do Serpro mantivessem sigilo sobre as informações. Essa preocupação persiste até hoje, refletida na Portaria SRF nº 1.098/2000, que estabelece medidas de segurança para contratos entre a RFB e o Serpro, relacionadas a dados e sistemas informatizados.

Diante disso, ainda em sede de cognição sumária, o Ministro Luís Roberto Barroso, em 12.5.2015, concedeu a antecipação de tutela, a fim de determinar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário que era objeto de impugnação.

Para isso, inicialmente, o referido ministro considerou a origem do faturamento da Serpro e o serviço público prestado. Em relação aos serviços oferecidos, verificou-se que os órgãos da Administração Pública Federal representaram 97,8% da receita bruta do Serpro em 2014. Inclusive, os principais clientes do Serpro são o Ministério da Fazenda e o do Planejamento, correspondendo a 78,5% do seu faturamento bruto em 2014.<sup>42</sup> Assim, o Serpro, por meio do atendimento residual de outras pessoas – apenas pouco mais de 2% – tentava reduzir os seus déficits elevados. Por que tal déficit?

Importa frisar que, tal como ocorre com outras empresas públicas, que prestam serviços públicos essenciais como os Correios, o Serpro está fora de mercado. Conforme art. 2º-A da Lei nº 5.615/70, alterado pela Lei nº 12.249/2010, tem o preço de seus serviços vinculado à metodologia definida por ato do Ministro da Fazenda. Em outras palavras, diferentemente do setor privado, a atuação do Serpro está estritamente limitada ao que está previsto na legislação,<sup>43 44</sup> que é bastante restrita, e lhe garante apenas déficits consideráveis. Assim, o Serpro, por meio do atendimento residual de outras pessoas do setor privado – apenas pouco mais de 2% – tentou reduzir os seus déficits elevados.

Acresce, ainda, que a concessão da tutela provisória se baseou na própria jurisprudência da Suprema Corte, conforme evidenciado pela referência ao RE nº 601.392/PR<sup>45</sup> (Correios), conforme deixamos registrado acima. O eminente ministro, ao proceder dessa maneira, seguiu o que Frederick Schauer conceitua como o princípio do *stare decisis* (vinculação aos precedentes). Esse princípio requer que as decisões anteriores sejam seguidas, mesmo que a Corte considere que o resultado do julgamento não teria sido o ideal. Isso porque a essência do *stare decisis* reside precisamente no respeito à autoridade das decisões passadas, não exatamente em sua percepção de correteza.<sup>46</sup> Quando, entretanto, a percepção de correteza se impõe, mais razão assiste ainda na adoção daquele precedente, como foi o caso Serpro, se os julgamentos conversam e são ideais.

Em terceiro, o Ministro Luís Roberto Barroso defendeu que os serviços prestados pela empresa “parecem estar direcionados a desenvolver soluções de informática com a finalidade de auxiliar as atividades desempenhadas por órgãos públicos”. Em seguida, ao analisar a lista de sistemas criados e mantidos pelo Serpro, cita, como exemplo, “SIAFI, CADIN, CPF e CNPJ, COMPRASNET, INFOVIA, SISCOMEX, RENAAM, entre outros”. Por fim, o ministro destacou que tais serviços “constituem as principais soluções de informática utilizadas por toda a Administração Pública”.<sup>47</sup>

<sup>42</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Cautelar Originária (ACO) 2658*. Distrito Federal, Número do processo 0001872-39.2015.1.00.0000, Relator: Ministro Roberto Barroso, Data de Julgamento: 12.5.2015, Data de Publicação: 14.5.2015.

<sup>43</sup> ZILVETI, Fernando Aurelio. Imunidade recíproca em sociedades estatais. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 46, p. 485-511, 2º sem. 2020. p. 504. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.46801/2595-6280-RDТА-46-20>. Acesso em: 6 jul. 2024.

<sup>44</sup> ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 286.

<sup>45</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Cautelar Originária (ACO) 2658*. Distrito Federal, Número do processo 0001872-39.2015.1.00.0000, Relator: Ministro Roberto Barroso, Data de Julgamento: 12.5.2015, Data de Publicação: 14.5.2015.

<sup>46</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. Cambridge: Harvard University Press, 2009. p. 91.

<sup>47</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Cautelar Originária (ACO) 2658*. Distrito Federal, Número do processo 0001872-39.2015.1.00.0000, Relator: Ministro Roberto Barroso, Data de Julgamento: 12.5.2015, Data de Publicação: 14.5.2015.

Posteriormente, em 6.4.2018, o Ministro Luís Roberto Barroso, ao julgar o mérito da ação, reiterou o serviço público essencial prestado pela Serpro: “presta serviços de tratamento de informações e de processamento de dados que visam modernizar e dar agilidade a setores estratégicos da Administração Pública”.<sup>48</sup>

Para isso, o eminente ministro trouxe algumas considerações quando da criação do Serpro, fundada durante as reformas administrativas e tributárias dos anos 60. Sobre tal momento, insta salientar que o propósito da criação do Serpro era promover uma ampla reestruturação do Ministério da Fazenda e da administração pública em geral, buscando, dentre outras iniciativas “o aperfeiçoamento de pessoal e melhorias dos processos mecânicos de arrecadação, assim como a racionalização dos processos de exação de tributos e instituição de instrumentos eficientes de controle de arrecadação”.<sup>49</sup>

Logo, o STF entendeu que a essencialidade do serviço prestado pelo Serpro decorre do desenvolvimento de sistemas estratégicos para a Administração Pública federal, viabilizando a execução de diversos serviços essenciais, sob confidencialidade de dados. Inclusive, os sistemas utilizados pelo Serpro são ferramentas que facilitam a cooperação entre as esferas federal, estadual e municipal, conforme Lei nº 4.516/64.

Em 2010, a promulgação da Lei nº 12.249 conferiu aos serviços oferecidos pelo Serpro aos Ministérios da Fazenda e do Planejamento o *status* de estratégicos. Isso resultou na modificação do art. 2º da Lei nº 5.615/70, que revogou a Lei nº 4.516/64, para incluir a dispensa de licitação nessas contratações, evidenciando a relevância estratégica da empresa no âmbito da Administração Pública federal.

Diante disso, é possível inferir que a decisão proferida pelo Ministro Luís Roberto Barroso reconheceu o papel central do Serpro na manutenção do pacto federativo, visto que “desenvolve atividades essenciais ao funcionamento do Estado brasileiro”, facilitando a prestação de serviços públicos essenciais e estratégicos para toda a sociedade, e assegurando, por conseguinte, a “segurança da informação em prol do bem-estar coletivo”.<sup>50</sup>

Destarte, entendeu-se que, apesar de o Serpro também atender a uma pequena parcela do setor privado (correspondente a pouco mais de 2% de seu faturamento), isso não afastaria a finalidade pública da sua criação. Essa situação se alinha à lição de Aliomar Baleeiro, que afirma que a imunidade recíproca se aplica aos “instrumentos e meios de ação para o exercício de poderes governamentais propriamente ditos”.<sup>51</sup> Aliás, é importante observar que, em tese, conforme entendimento da própria Suprema Corte, essa situação não afasta a possibilidade de concessão de toda imunidade recíproca subjetiva a uma empresa pública, desde que, ao final, a renda seja aplicada exclusivamente em seus fins.<sup>52</sup>

<sup>48</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Cautelar Originária (ACO) 2658*. Distrito Federal, Número do processo 0001872-39.2015.1.00.0000, Relator: Ministro Roberto Barroso, Data de Julgamento: 6.4.2018, Data de Publicação: 11.4.2018.

<sup>49</sup> LOBATO, Wilson Sidney. *Serpro: uma crônica de 18 anos*. Brasília: Editora Gráfica Brasileira, 1982. p. 9.

<sup>50</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Cautelar Originária (ACO) 2658*. Distrito Federal, Número do processo 0001872-39.2015.1.00.0000, Relator: Ministro Roberto Barroso, Data de Julgamento: 6.4.2018, Data de Publicação: 11.4.2018.

<sup>51</sup> BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 385; 413.

<sup>52</sup> Nesse sentido, destaca-se manifestação do Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento do RE nº 210.251/SP: “Creio que o argumento de que o reconhecimento da imunidade resulta em favorecer, no mercado, a entidade imune, data vênia, não me impressiona: toda imunidade, entre elas aquelas incidentes sobre impostos diretos,

Assim, os requisitos da jurisprudência do STF (RE nº 253.472/SP) se mostraram presentes, visto que (i) os serviços prestados pelo Serpro voltam-se à satisfação de objetivos institucionais imanentes ao Estado brasileiro (arrecadação fiscal, execução orçamentária, gestão de políticas públicas de segurança e confidencialidade etc.); (ii) as atividades realizadas não visam ao aumento do patrimônio do Estado ou de particulares; e (iii) “as atividades desenvolvidas estão fora do ambiente concorrencial”.<sup>53</sup>

Dessa forma, o Ministro Luís Roberto Barroso concluiu que o Serpro atende a todos os requisitos impostos pela jurisprudência desta Corte. Isso porque os serviços prestados pelo Serpro estão indiscutivelmente vinculados às atividades essenciais do Estado e constituem instrumentos fundamentais para a prestação de serviços públicos essenciais à coletividade:

[...] Apesar de o serviço de comunicação e de processamento de dados não ser prestado pelo Estado de forma exclusiva, da legislação apresentada e dos documentos acostados aos autos, conclui-se que o SERPRO desenvolve atividades essenciais ao funcionamento do Estado brasileiro desde a sua criação, na década de 60. Verifica-se, ainda, que os serviços desenvolvidos pelo autor envolvem também segurança da informação em prol do bem-estar coletivo.<sup>54</sup>

A importância da segurança da informação, enfatizada pelo Ministro Luís Roberto Barroso, torna-se evidente ao se considerarem as consequências graves que adviriam com a interrupção das atividades do Serpro. A paralisação dos serviços afetaria significativamente a execução orçamentária e financeira da Administração Pública, como exemplo, contribuintes não conseguiriam efetuar pagamentos de débitos federais ou transmitir declarações eletrônicas.

Outrossim, verifica-se ainda que o ministro buscou garantir um direito fundamental que posteriormente foi consagrado na Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 115/2022, reconhecendo a proteção e tratamento de dados, inclusive nos meios digitais, como norma de direito fundamental, em conjunto com outros direitos previstos no art. 5º da Constituição Federal.<sup>55</sup>

Na decisão de mérito, o Ministro Luís Roberto Barroso reafirmou a importância de se preservar a jurisprudência do STF, alinhando-se ao princípio da segurança jurídica segundo o modelo luhmanniano da teoria dos sistemas. Nessa perspectiva teórica, a confiança é essencial para assegurar a estabilidade jurídica, crucial não apenas para os

---

reais, como o IPTU, acabam beneficiando a atividade econômica de que se valha a entidade imune e tem sido reconhecida, desde que a renda se aplique exclusivamente em seus fins” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário (RE) 210251*. São Paulo, Relator: Ministra Ellen Gracie, Data de Julgamento: 26.2.2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 28.11.2003).

<sup>53</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Cautelar Originária (ACO) 2658*. Distrito Federal, Número do processo 0001872-39.2015.1.00.0000, Relator: Ministro Roberto Barroso, Data de Julgamento: 6.4.2018, Data de Publicação: 11.4.2018.

<sup>54</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Cautelar Originária (ACO) 2658*. Distrito Federal, Número do processo 0001872-39.2015.1.00.0000, Relator: Ministro Roberto Barroso, Data de Julgamento: 6.4.2018, Data de Publicação: 11.4.2018.

<sup>55</sup> MACEDO, Caio Sperandéo de. Direito fundamental à proteção de dados pessoais: necessário reprimir a normatividade tecnológica da economia digital. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 24, n. 134, p. 660-679, set./dez. 2022. p. 666. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2022v24e134-2793>. Acesso em: 26 jun. 2024.

indivíduos, mas também para a manutenção da ordem social. Assim, a sociedade precisa sentir-se segura para mitigar a complexidade social inerente aos sistemas jurídicos.<sup>56</sup>

Finalmente, diante do voto exemplar do Ministro Luís Roberto Barroso, a ACO nº 2.658/DF foi julgada parcialmente procedente, reconhecendo a aplicação da imunidade tributária recíproca para impostos estaduais e extinguindo o débito constante no auto de infração em questão. A única ressalva feita pela Suprema Corte foi a necessidade de cumprimento das obrigações acessórias, embora a entidade seja imune.

#### 4 A inexistência de violação à lealdade na concorrência

A questão da pretendida violação à lealdade na concorrência de mercado, entre Correios e Serpro (e outras do gênero) mostrou-se inteiramente falsa. Na ordem econômica e social, a Constituição protege as empresas que estão em atividades de igual natureza, submetendo-se às leis da oferta e da procura, em igualdade de condições, por isso veda que isenções e outros benefícios fiscais criem um diferencial em favor das empresas públicas que exploram atividades em busca de lucro. Ao se vedar a incidência de impostos sobre tais atividades econômicas, desenvolvidas em busca de lucros pelas empresas públicas, a lei e a jurisprudência estariam reduzindo-lhes os custos, e criando um diferencial falseador de uma concorrência justa. Daí o texto firme do art. 173 vedando os privilégios fiscais.

Decorre daí a relevância de tais indagações: a empresa pública imune (quase um ente autárquico, no sentido material) está sujeita às leis de mercado? Pode interferir, como fazem as empresas privadas, na formação dos preços, sujeitando-se às leis da oferta e da procura? Pode, dentro dessas leis de mercado, como fazem as empresas privadas, equilibrar os seus custos, manipulando para cima ou para baixo, os preços?

Ora, se a resposta é negativa, como ocorre no caso do ECT, e nas hipóteses do Serpro, da Celear e da Dataprev, a elas não se aplicam os artigos da ordem econômica e social, em especial o 173 da Constituição, pois não tem cabimento buscar o abrigo de normas que preconizam a neutralidade de tratamento no jogo do mercado. Os preços cobrados pelo Serpro são artificialmente estabelecidos pelos ministérios a que serve. Tais empresas públicas não estão submetidas às leis da oferta e da procura e apresentam déficits, que não correspondem à gestão deficiente, mas apenas a intervenções estatais, destinadas a reduzir custos, por questões orçamentárias. Os pressupostos de aplicação do art. 173 não se apresentam nem fáticos nem normativos.

#### 5 Conclusão

A decisão proferida pelo ilustre Ministro Luís Roberto Barroso na ACO nº 2.658/DF, reconhecendo a imunidade tributária recíproca ao Serpro, destaca-se como um marco significativo na jurisprudência brasileira. A decisão, além de defender o pacto federativo, reconheceu a necessidade de proteger os instrumentos essenciais à atuação do Estado, com destaque para a segurança da informação.

<sup>56</sup> BARRENI, Smith Robert. *Direito tributário e modulação: a segurança jurídica no contexto da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. 2022. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2022. p. 74-75. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/30993>. Acesso em: 11 abr. 2024.

Conforme discutido, a imunidade recíproca se originou com o objetivo de manter o equilíbrio federativo, fortalecendo a cooperação política entre os entes federados e reduzindo as grandes disparidades econômico-materiais. Além disso, de acordo com parte da doutrina, justifica-se pela ausência de capacidade contributiva, uma vez que os recursos dessas entidades são direcionados para a prestação de serviços públicos.

À vista disso, a jurisprudência da Suprema Corte, conforme consignado nos julgamentos do RE nº 601.392/PR e do RE nº 253.472/SP, estendeu esse entendimento às empresas públicas do setor de processamento de dados que se dedicam à prestação de serviços públicos exclusivos, permitindo que cumpram eficazmente suas missões. Dessa forma, distinguem-se as empresas com fins privados daquelas que, em decorrência da descentralização do ente, possuem finalidade eminentemente pública.

No caso do Serpro, sob a relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, o STF reconheceu que a empresa, apesar de atender a uma pequena parcela do setor privado, desempenha serviços públicos essenciais ao funcionamento da Administração Pública. Isso porque o Serpro desenvolve sistemas estratégicos de tratamento de informações e processamento de dados que são indispensáveis para setores estratégicos da administração. Também de forma consistente, não reverenciou um pretense e falso conflito entre as normas da imunidade recíproca, constantes do art. 150, VI, "a", e aquelas que protegem o livre jogo de mercado, para garantir igualdade de tratamento fiscal entre empresas públicas e privadas. Não era esse o caso, já que o Serpro não pode fixar o preço de seus próprios serviços (tal como ocorreu com os Correios), por isso amargando um déficit renitente, que não advém de um desempenho administrativo de gestão deficiente. O Serpro está fora de mercado, e as pessoas estatais estaduais e municipais não podem amputar-lhe a renda ou o patrimônio, transferindo para si recursos compulsórios, por meio de impostos com que prejudicariam relevantes serviços públicos federais. Por isso a imunidade recíproca.

Dessa forma, a decisão proferida pelo Ministro Luís Roberto Barroso na ACO nº 2.658/DF foi de suma importância para a segurança da informação e o bom funcionamento da Administração Pública. Este reconhecimento ressalta a importância de assegurar a imunidade recíproca para empresas como o Serpro, que são instrumentos fundamentais para a modernização e eficiência da gestão pública, preservando a eficácia das funções estatais e garantindo a continuidade do bem-estar coletivo.

Vale ainda salientar que o entendimento proferido foi em conformidade com o defendido por Frederick Schauer quanto ao princípio do *stare decisis*, que visa garantir a continuidade e a coerência jurisprudencial, bem como com o princípio da segurança jurídica segundo o modelo luhmanniano da teoria dos sistemas. A análise demonstrou que as atividades desenvolvidas pelo Serpro, como prestadora de serviço público essencial, estão de acordo com a jurisprudência do STF, assegurando a extensão da garantia prevista no art. 150, VI, alínea "a", da Constituição Federal.

A interpretação avançada, sob a relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, fortaleceu a segurança da informação em prol da coletividade, um direito fundamental posteriormente consagrado na Constituição Federal por meio da Emenda Constitucional nº 115/2022.

## Referências

- AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 25. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.
- ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu Machado. *Direito tributário brasileiro*. 14. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- BARRENI, Smith Robert. *Direito tributário e modulação: a segurança jurídica no contexto da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. 2022. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2022. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/30993>. Acesso em: 11 abr. 2024.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- CÂMARA, Maria Helena Ferreira da. O conceito moderno de federação. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 18, n. 71, p. 23-42, jul./set. 1981. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181297>. Acesso em: 1º jul. 2024.
- CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.
- CARRAZZA, Roque. *Curso de direito constitucional tributário*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.
- COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*. 12. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LOBATO, Wilson Sidney. *Serpro: uma crônica de 18 anos*. Brasília: Editora Gráfica Brasileira, 1982.
- MACEDO, Caio Sperandéo de. Direito fundamental à proteção de dados pessoais: necessário reprimir a normatividade tecnológica da economia digital. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 24, n. 134, p. 660-679, set./dez. 2022. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2022v24e134-2793>. Acesso em: 26 jun. 2024.
- MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Manual de direito tributário*. 12. ed. Barueri: Atlas, 2022.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- REALE, Miguel. *Teoria do direito e do Estado*. 5. ed. São Paulo: Martins, 2000.
- RICHTER; SCHUPPERT. *Casebook Verfassungsrecht*. Munique: Verlag C. H. Beck, 1987.
- SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.
- SETLOCK, Edward. Inter-governmental immunities from taxation. *The Marquette Law Review*, v. 23, n. 1, dez. 1938.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Cautelar Originária (ACO) 2658*. Distrito Federal, Número do processo 0001872-39.2015.1.00.0000, Relator: Ministro Roberto Barroso, Data de Julgamento: 12.5.2015, Data de Publicação: 14.5.2015.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Cautelar Originária (ACO) 2658*. Distrito Federal, Número do processo 0001872-39.2015.1.00.0000, Relator: Ministro Roberto Barroso, Data de Julgamento: 6.4.2018, Data de Publicação: 11.4.2018.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Cautelar Originária (ACO) 2757: 0006922-46.2015.1.00.0000*. Rio de Janeiro, Relator: Min. Luiz Fux, Data de Julgamento: 11.5.2017, Data de Publicação: DJe-100 15.5.2017.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Cautelar Originária (ACO) 3640*. Paraná, Relator: Dias Toffoli, Data de Julgamento: 3.10.2023, Data de Publicação: 3.10.2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Cautelar Originária (ACO) 790*. Relator: Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, Data de Julgamento: 15.3.2016, Data de Publicação: DJe 15.4.2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Cautelar Originária (ACO) 959*. Rio Grande do Norte, Relator: Menezes Direito, Data de Julgamento: 17.3.2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 15.05.2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Agravo Regimental em Recurso Extraordinário (ARE) 1289782*. São Paulo, Relator: Ministro Presidente, Data de Julgamento: 17.12.2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 8.1.2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Agravo Regimental na Ação Cautelar Originária (AgR-segundo ACO) 2243*. Distrito Federal, Relator: Min. Dias Toffoli, Data de Julgamento: 17.3.2016, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-108 27-05-2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário (RE) 210251*. São Paulo, Relator: Ministra Ellen Gracie, Data de Julgamento: 26.2.2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 28.11.2003.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário (RE) 253472*. São Paulo, Relator: Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 25.8.2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe 01.02.2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário (RE) 363412*. Bahia, Relator: Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 21.3.2007, Data de Publicação: DJ 28.3.2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário (RE) 407099*. Rio Grande do Sul, Relator: Carlos Velloso, Data de Julgamento: 22.6.2004, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 06.08.2004, v. 61, 2005.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário (RE) 600867*. São Paulo, Relator: Joaquim Barbosa, Data de Julgamento: 29.6.2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 30.9.2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário (RE) 601392*. Paraná, Relator: Joaquim Barbosa, Data de Julgamento: 28.2.2013, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 5.6.2013.

UNITED STATES. Supreme Court. *McCulloch v. Maryland*. 17 U.S. 316 (1819).

ZILVETI, Fernando Aurelio. Imunidade recíproca em sociedades estatais. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 46, p. 485-511, 2º sem. 2020. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.46801/2595-6280-RDTA-46-20>. Acesso em: 6 jul. 2024.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

DERZI, Misabel Abreu Machado; LOBATO, Valter de Souza; TEIXEIRA, Tiago Conde. ACO nº 2.658/DF: a luta pela defesa da segurança da informação. Inexistência de violação à lealdade na concorrência. In: PAULA, Fernanda de; PENCAK, Nina (coord.). *Tributação, liberdade e igualdade: as contribuições do Ministro Luís Roberto Barroso*. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 891-907. ISBN 978-65-5518-952-0.

---