

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL,
MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI**

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. SERVIÇO PÚBLICO DE ÁGUA E ESGOTO. APLICABILIDADE. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende que a sociedade de economia mista prestadora de serviço público de água e esgoto é abrangida pela imunidade tributária recíproca, nos termos da alínea "a" do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal. Precedentes. 2. Agravo regimental desprovido. (STF, RE 631309 AgR, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 27/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-081 DIVULG 25-04-2012 PUBLIC 26-04-2012)

A COMPANHIA ESPÍRITO SANTENSE DE SANEAMENTO, sociedade de economia mista estadual, inscrita no CNPJ sob o nº 28.151.363/0001-47, com sede na Avenida Governador Bley, nº 186, 3º andar, Centro, Vitória . ES, neste ato representada por seus advogados infrafirmados, com endereço profissional na sede desta companhia, comparece perante Vossa Excelência para propor a presente

AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA

em face da **UNIÃO FEDERAL**, representada pela Advocacia Geral da União, com endereço no Setor de Indústrias Gráficas (SIG), Quadra 06, Lote 800, CEP 70610-460 - Brasília-DF, para que seja reconhecida a sua imunidade recíproca de impostos, pelos motivos de fato e de direito que passa a aduzir.

1. DOS FATOS

A autorização para a criação da Companhia Espírito Santense de Saneamento - CESAN foi concedida através da Lei Estadual nº 2.282/67, regulada pelo Decreto 2.575/67, com o objetivo social de prestação dos serviços públicos de ~~%abastecimento de água e esgotos sanitários~~ (art. 3º), sendo constituído um fundo de saneamento com recursos estaduais (FAE) administrado pela Companhia (art. 8º).

A integralização do capital da Companhia foi efetuada com recursos do Departamento de Água e Esgoto . D.A.E ., autarquia Estadual, sendo seus bens incorporados ao patrimônio da Companhia e seus empregados por ela aproveitados, conforme art. 11 da Lei nº 2.282/67, c/c a art. 14 de seu Decreto regulamentador 2.575/67 (doc. 03).

A Cia. Estadual foi instituída no contexto do Plano Nacional de Água e Saneamento . PLANASA, instituído na década de 60, que passou a destinar recursos a estados que constituíssem suas próprias companhias de saneamento. Para isso, instituiu o Sistema Financeiro de Saneamento . SFS, gerido pelo Banco Nacional de Habitação . BNH. Para obter o financiamento, os estados deveriam criar, com base em seus recursos orçamentários, um Fundo de Financiamento de Águas e Esgotos (FAE).

Pelo PLANASA, em regra, a Companhia precisava obter a concessão do serviço de saneamento dos municípios para neles operar em regime de monopólio, além de, posteriormente, ter que cumprir os preceitos da Lei nº 6.528/78 e do Decreto nº 82.587/78, que tratavam de regime tarifário e outras matérias pertinentes.

Nesse sistema operou a Companhia, sendo seu capital constituído na sua integralidade pelo Estado do Espírito Santo, sendo que, nos dias atuais, 99,75% do capital da Companhia é detido pelo Estado e suas autarquias (ADERES e SUPPIN), e os dividendos atuais (juros sobre capital próprio), decorrentes do superávit obtido pela boa gestão da Companhia nos últimos anos, vêm sendo sempre reinvestidos na própria CESAN pelo Governo Estadual e as referidas entidades autárquicas (docs. 04 e 05).

Além disso, o Estado efetua frequentes aportes de capital na Companhia (doc. 05), e abre mão de diversas fontes de recursos próprios para um investimento mais amplo na infraestrutura estadual de saneamento, a exemplo da isenção do ICMS na energia elétrica fornecida para a CESAN (art. 5º, inc. CLX, do Decreto nº 1.090-R/2002 . Regulamento do ICMS/ES, com redação dada pelo Decreto nº 2.826/2011 . doc. 06), lembrando que neste caso, o sujeito passivo direto desse tributo é a fornecedora de energia elétrica - EDP Escelsa -, sendo a CESAN, porém, beneficiada pela medida, contanto que aplique esses recursos diretamente em obras de tratamento de água e esgotamento sanitário.

É importante ainda observar que os superávits financeiros obtidos pela Companhia são bastante inferiores ao montante anual investido pelo Estado do Espírito Santo na CESAN e suas Autarquias, com foco na universalização dos serviços de saneamento no Estado, conforme os seguintes dados extraídos dos documentos indicados:

Exercício	Investimento do Estado na CESAN	Superávit da CESAN no Exercício
2010	95.732.179,00	62.412.000,00
2011	78.002.129,61	32.410.000,00
2012	286.345.592,66	76.268.000,00
2013	295.568.488,58	70.747.000,00
Média anual	R\$ 188.912.097,46	R\$ 60.459.250,00

Portanto, atua a CESAN de acordo com os preceitos da lei de concessões de serviços públicos . 8.987/95, que *dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de **serviços públicos** previsto no art. 175 da Constituição*, sendo que esse artigo prevê que *incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sobre o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos*.

Assim, firmou contratos de concessão (concessão-convênio) através dos quais os municípios concedem a prestação dos serviços públicos de saneamento a esta Companhia Estadual.

Dessa forma, através de eficiente gestão dos recursos públicos, a Companhia atua, **com exclusividade**, em 52 municípios, inclusive na capital Vitória, de um total de 78 do Estado, na prestação obrigatória de serviço público essencial de fornecimento de água e tratamento de esgoto, que se situa fora da livre exploração e concorrência.

A Lei 11.445/07, marco regulatório que dispõe sobre *os **serviços públicos** de saneamento básico* (art. 2º), seguiu linha semelhante ao regime instituído pelo PLANASA, com a consciência de que esse serviço exige elevados investimentos dos entes federativos.

Observou o legislador, na mesma linha adotada à época da criação do PLANASA, que os serviços públicos de saneamento envolvem os chamados monopólios naturais, que os retiram do ambiente concorrencial, conforme será exposto em tópico específico. Ou seja, são serviços cuja prestação exige custos fixos extremamente altos, com redução do custo à medida que a escala da atividade se eleva.

Portanto, trata-se de prestação de **serviço público** . e não de exploração de atividade econômica - pelo Estado, através de uma de suas

entidades da administração indireta, sociedade de economia mista prestadora de serviço público (CESAN), **em ambiente não concorrencial**, com fundamento na integração de competência para a prestação do serviço entre Estado e Municípios.

Deste modo, a Companhia faz jus a imunidade recíproca prevista no art. 150, inc. IV, § 3º, da CF/88, de maneira que vem através desta requerer a declaração de sua imunidade em relação a impostos, bem como o afastamento da imposição do pagamento de impostos federais, e, por consequência, a aplicação do regime cumulativo de tributação do PIS/PASEP e da COFINS.

2. DO CABIMENTO DESTA AÇÃO: CONFLITO FEDERATIVO E A COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O pleito de imunidade recíproca está intrinsecamente relacionado com o pacto federativo, de maneira que envolve conflito entre os entes da federação, no caso, a União e o Estado do Espírito Santo, acionista majoritário da Companhia Espírito Santense de Saneamento, detendo, em conjunto com outras entidades da Administração Pública controladas pelo Estado, autarquias sem finalidade lucrativa, conforme Ata da Assembleia Geral Ordinária de abril de 2015, que demonstra que 99,75% das ações da CESAN são do Estado do Espírito Santo e de outros acionistas públicos do Estado (doc. 04), 99,75% de suas ações, conforme quadro abaixo, extraído da ata da Assembleia Geral Ordinária de abril de 2015:

ACIONISTAS PÚBLICOS (GOVERNO DO ESTADO E SUAS AUTARQUIAS)	Participação acionária em 30/04/2015	
	Valor das Ações (R\$)	%
Governo do Estado do Espírito Santo	1.578.222.699,00	84,53%
ADERES (Autarquia do Estado do Espírito Santo, conforme Lei Complementar 382/2007 . doc. 03)	280.687.826,00	15,03%
SUPPIN (Autarquia do Estado do Espírito Santo, conforme Lei Complementar 372/2006 . doc. 03)	3.351.253,00	0,18%
TOTAL DE ACIONISTAS PÚBLICOS	1.862.261.778,00	99,75%
TOTAL DE ACIONISTAS PRIVADOS	4.715.137,00	0,25%

Assim sendo, a tributação de atividades e rendas desta Companhia pela União afeta o patrimônio do próprio Estado do Espírito Santo, caracterizando potencial conflito entre os Entes Federativos, atraindo a incidência do art. 102, inc. I, alínea ~~VI~~, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
[...]
I - processar e julgar, originariamente:
[...]
f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, **inclusive as respectivas entidades da administração indireta**;

Nesse sentido é a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal:

AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. QUESTÃO DE ORDEM. AÇÃO DECLARATÓRIA ENVOLVENDO O BANCO CENTRAL DO BRASIL E O DISTRITO FEDERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE RECÍPROCA. AMEAÇA DE CONFLITO FEDERATIVO. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO STF. ART. 102, I, F, CF. Sendo a imunidade recíproca uma forma de manifestação do princípio federativo, possui o conflito em questão estreita ligação com o pacto da Federação, hipótese em que esta Corte tem reconhecido, excepcionalmente, sua competência originária, no exercício outorgado pelo art. 102, I, f da CF. Precedentes: ACORQO nº 477, Rel. Min. Moreira Alves e ACORQO nº 593, Rel. Min. Néri da Silveira. Questão de ordem que se resolve firmando a competência desta Corte para o julgamento da causa. (ACO 515 QO, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 04/09/2002, DJ 27-09-2002 PP-00080 EMENT VOL-02084-01 PP-00010)

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DEFERIU, SOB RESERVA DE MONOPÓLIO, À UNIÃO FEDERAL . O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO TRIBUNAL DA FEDERAÇÃO . CONSEQUENTE EXTENSÃO, A ESSA EMPRESA PÚBLICA, EM MATÉRIA DE IMPOSTOS, DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL FUNDADA NA GARANTIA DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA (CF, ART. 150, VI, ~~VI~~) . [...] . **A Constituição da República confere ao Supremo Tribunal Federal a posição eminente de Tribunal da Federação (CF, art. 102, I, ~~Í f~~), atribuindo-lhe, em tal condição institucional, o poder de dirimir controvérsias, que, ao irromperem no seio do Estado Federal, culminam, perigosamente, por antagonizar as unidades que compõem a Federação. Essa magna função jurídico-institucional da Suprema Corte impõe-lhe o gravíssimo dever de velar pela intangibilidade do vínculo federativo**

e de zelar pelo equilíbrio harmonioso das relações políticas entre as pessoas estatais que integram a Federação brasileira. A aplicabilidade da norma inscrita no art. 102, I, III, da Constituição estende-se aos litígios cuja potencialidade ofensiva revela-se apta a vulnerar os valores que informam o princípio fundamental que rege, em nosso ordenamento jurídico, o pacto da Federação. Doutrina. Precedentes. . A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), que é empresa pública, executa, como atividade-fim, em regime de monopólio, serviço postal constitucionalmente outorgado à União Federal, qualificando-se, em razão de sua específica destinação institucional, como entidade delegatária dos serviços públicos a que se refere o art. 21, inciso X, da Lei Fundamental, o que exclui essa empresa governamental, em matéria de impostos (inclusive o IPVA, de competência dos Estados-membros e do Distrito Federal), por efeito do princípio da imunidade tributária recíproca (CF, art. 150, VI, ~~parte~~), do poder de tributar deferido aos entes políticos em geral. Precedentes. . Consequente inexigibilidade, por parte do Estado-membro tributante (o Estado de São Paulo, no caso) do IPVA referente aos veículos de propriedade da ECT necessários às atividades por ela executadas na prestação dos serviços públicos: serviço postal, na espécie. (ACO 803 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 26/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-029 DIVULG 11-02-2015 PUBLIC 12-02-2015)

Esse foi também o entendimento adotado no julgamento das Ações Cíveis Originárias nº 790-SC, 765-RJ, 2243-DF (Companhia de Saneamento de Alagoas X União Federal e Município de Maceió) entre outras.

Observa-se, porém, que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ACO nº 828-MS estabeleceu, alternativamente, a necessidade de preenchimento de um dos seguintes requisitos para a configuração do conflito federativo:

Para que se caracterize o conflito federativo faz-se necessária a constatação do (i) **significativo impacto patrimonial a ser suportado pelo ente público OU** (ii) a relevância federativa da controvérsia, tomado por parâmetro as consequências da decisão no desenho políticas públicas e na formação da expectativa de entes públicos reciprocamente considerados.

No caso, ambas as hipóteses se encontram presentes, sendo certo o significativo impacto para os Entes Federativos envolvidos.

De fato, a demanda trata de vultoso montante financeiro, representando a quantia de R\$ 74.743.821,54 (setenta e quatro milhões, setecentos e quarenta e três mil, oitocentos e vinte e um reais e cinquenta e quatro centavos), na data da propositura da ação, referente aos últimos 5 (cinco) anos, fora os valores futuros que poderão deixar de ser recolhidos com o resultado favorável da ação.

Além disso, a questão da imunidade recíproca de estatais prestadoras de serviço público é reconhecida pelo STF como de relevante controvérsia federativa em diversos julgados em ações cíveis originárias, conforme transcrições jurisprudenciais acima.

Deste modo, cabe a propositura da presente Ação Cível Originária para assegurar a imunidade recíproca desta Companhia de Saneamento em relação a impostos federais, e, por consequência, a alteração do regime de recolhimento do PIS/PASEP e da COFINS para o cumulativo, **devendo a ação ser levada ao julgamento do plenário**, nos termos do art. 5º, IV e 247 a 251 do RISTF.

3. DA APLICAÇÃO DA IMUNIDADE RECÍPROCA A SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO, COMO A COMPANHIA REQUERENTE

Conforme se depreende dos fatos apresentados, está-se diante de prestação de **serviço público** . e não de exploração de atividade econômica - pelo Estado, através de uma de suas entidades da administração indireta, sociedade de economia mista prestadora de serviço público (CESAN), **em ambiente não concorrencial**, com fundamento na integração de competência para a prestação do serviço entre Estado e Municípios.

Portanto, aplica-se a imunidade recíproca em relação à instituição de impostos, prevista no art. 150, inc. IV, § 3º da Constituição, que dispõe:

Art. 150. [...] é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

VI - instituir impostos sobre: (Vide Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

[...]

§ 3º - 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, [...].

Observe-se que a exceção do art. 150, inc. VI, ~~na~~ § 3º, se refere a empresas estatais exploradoras da atividade econômica, **e não às prestadoras de serviço público, como a CESAN.**

Veja-se que a exploração da atividade econômica pelo Estado é regulada pelo art. 173 da Constituição, que não trata das atividades desta Companhia. Observa-se o teor do dispositivo referido:

Art. 173. 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.

[...]

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

A exceção da concessão da imunidade do art. 150 se justifica em razão do seguinte fato: o Estado (por sua administração direta ou indireta) só deve intervir na atividade econômica em situações excepcionais, apenas quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo, de acordo com o comando do art. 173, que, inclusive, veda a concessão de benefícios fiscais a estatais.

Portanto, para um melhor desenvolvimento da atividade econômica, esta deve ser desempenhada pela iniciativa privada, devendo o Estado

intervir apenas em hipóteses excepcionais, e, nesses casos, não deverá possuir privilégio de qualquer ordem, a fim de manter a estabilidade concorrencial e garantir o desenvolvimento do setor econômico.

A mesma razão, no entanto, não se aplica em caso de prestação de serviço público pelo Estado, diretamente ou através de entidades da administração indireta, como a CESAN. Nesse caso, não cabe proteção ao setor privado, visto que a prestação de serviço público compete precipuamente ao setor público. Este (o serviço público) é prestado basicamente de duas maneiras: a) pela administração pública direta ou indireta, neste último caso, através de delegação por meio de lei; e b) excepcionalmente, pela iniciativa privada, através de concessão, sempre através de licitação, com a celebração de contrato.

Apenas nesse último caso, quando o serviço público, precedido de licitação, é prestado pela **iniciativa privada**, é que o serviço público é tributado, por fugir do alcance do art. 150 da CF, que trata de imunidade entre entes federativos (e suas entidades da administração direta e indireta).

Desse modo, não se cuida o serviço público de saneamento de atividade econômica aberta à iniciativa privada, não havendo, portanto, razão de se incluir a atividade da CESAN, bem como suas rendas, dentre as passíveis de tributação. Caso se entendesse pela tributação, estar-se-ia tributando, ainda que indiretamente, capital e atividades do próprio Estado do Espírito Santo.

Nesse sentido, Roque Antônio Carrazza¹ escreve:

Os particulares só ingressam no campo reservado aos serviços públicos quando contratados pelo Estado, segundo as fórmulas da concessão e da permissão. Mas mesmo quando isto acontece, o Estado não se desonera do dever e da titularidade de supervisioná-los. Afinal, os

¹ CARRAZZA, Roque Antonio, *A imunidade tributária das empresas estatais delegatórias de serviços públicos*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 40.

serviços continuam sendo públicos. Não migram, por força da concessão ou da permissão, para as hostes do Direito Privado.

O que estamos querendo significar é que, do mesmo modo em que há um campo reservado à livre iniciativa (art. 170 da CF), há outro reservado à atuação estatal (art. 175 da CF).

Admite-se, porém, que o Estado intervenha no campo reservado à livre iniciativa . o que faz por intermédio de suas empresas públicas e de suas sociedades de economia mista. Todavia, quando isto acontece, deve submeter-se ao regime jurídico-tributário aplicável às empresas privadas, conforme estatui o já estudado art. 173, § 2º, da Carta Magna. [...]

Sendo, porém, delegatárias de serviços públicos, as empresas públicas ou as sociedades de economia mista, por não concorrerem com as empresas privadas, não se submetem aos ditames do precitado art. 173.

A propósito, a imunidade recíproca prevista no art. 150 da Constituição tem fundamento no princípio federativo, trazido no art. 18 da CF, sendo certo que a independência dos entes da federação também impõe a limitação da imposição tributária sobre o patrimônio, renda ou serviços de cada um.

Registra-se que a imunidade recíproca foi inspirada em instituto similar do Direito Americano, no qual a referida imunidade surgiu no caso *McCulloch vs. Maryland*, de 1819, no qual se rechaçou a tributação do Banco Nacional, considerando que *the power to tax involves the power to destroy*².

A esse respeito, Paulo de Barros Carvalho³ escreveu:

A imunidade recíproca, prevista no art. 150, VI, a, da Constituição é decorrência pronta e imediata do postulado da isonomia dos entes constitucionais, sustentado pela estrutura federativa do Estado brasileiro e pela autonomia dos Municípios. Na verdade, encerraria imensa contradição imaginar o princípio da paridade jurídica daquelas entidades e, simultaneamente, conceder pudessem elas exercer suas competências impositivas sobre o patrimônio, a renda e os serviços, umas com relação às outras. Entendemos, na linha do pensamento de Francisco Campos, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e Geraldo Ataliba, que se não houvesse disposição expressa nesse sentido, estaríamos forçados a admitir o princípio da imunidade recíproca, como corolário indispensável da conjugação do esquema federativo de Estado com a diretriz da autonomia municipal. Continuará a imunidade, ainda

² Cf. BALLEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. 7. ed. pp. 235-241.

³ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 20. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 206.

que implícita, com o mesmo vigor que a formulação expressa lhe outorgou.

Outros importantes fundamentos para a imunidade recíproca se encontram no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e na ausência de capacidade contributiva dos entes públicos. Nesse sentido, observem-se os ensinamentos da Ilustre Professora e Desembargadora Federal Regina Helena Costa⁴, em sua inestimável obra *Imunidades Tributárias: Teoria e Análise da Jurisprudência do STF*:

Em última análise, o argumento maior do qual se deduz a imunidade recíproca é a supremacia do interesse público sobre o privado, beneficiando o patrimônio, a renda e os serviços de cada pessoa política como instrumentalidades para o exercício de suas funções públicas. Em segundo lugar, fundamenta-se a imunidade em tela na ausência de capacidade contributiva das pessoas políticas. Na Federação as pessoas políticas são iguais, também em face da ausência de capacidade contributiva. Conforme já concluímos em trabalho monográfico, tais pessoas não possuem capacidade contributiva porque seus recursos destinam-se à prestação dos serviços públicos que lhes incumbem.

No caso das empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público de saneamento, tais razões para a imunidade se encontram presentes, notadamente quando se verifica a supremacia do interesse público sobre o privado envolvida, bem como a ausência de capacidade contributiva das estatais, já que seus recursos se destinam especificamente à prestação dos serviços.

A respeito da distinção das estatais quanto ao tipo de atividade, registra Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵:

⁴ COSTA, Regina Helena. *Imunidades tributárias: teoria e análise da jurisprudência do STF*. 2. ed. São Paulo, Malheiros, 2006, p. 138.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 444-445.

Uma primeira ilação que se tira do artigo 173, § 1º, é a de que, quando o Estado, por intermédio dessas empresas, exerce atividade econômica, reservada preferencialmente ao particular pelo *caput* do dispositivo, ele obedece, no silêncio da lei, a normas de direito privado. Estas normas são a regra; o direito público é exceção e, como tal, deve ser interpretado restritivamente.

Outra conclusão é a de que, se a própria Constituição estabelece o regime jurídico de direito privado, as derrogações a esse regime somente são admissíveis quando delas decorrem implícita ou explicitamente. A lei ordinária não pode derogar o direito comum, se não admitida essa possibilidade pela Constituição.

Tais conclusões, repita-se, somente se aplicam quando as empresas governamentais sejam instituídas para atuar na área da iniciativa privada.

Isso porque, como o artigo 173 cuida especificamente da atividade de natureza privada, exercida excepcionalmente pelo Estado por razões de segurança nacional ou interesse coletivo relevante, há que se concluir que as normas dos §§ 1º e 2º só incidem nessa hipótese. Se a atividade for econômica (comercial ou industrial) mas assumida pelo Estado como serviço público, tais normas não têm aplicação, incidindo, então, o artigo 175 da Constituição, segundo o qual 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.

[...]

Quando, porém, o Estado fizer a gestão privada do serviço público, ainda que de natureza comercial ou industrial, aplicam-se, no silêncio da lei, os princípios de direito público, inerentes ao regime jurídico administrativo.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁶, sobre o tema, se manifesta no seguinte sentido:

Há, portanto, dois tipos fundamentais de empresas públicas e sociedades de economia mista: exploradoras de atividade econômica e prestadoras de serviços públicos ou coordenadoras de obras públicas. Seus regimes jurídicos não são, nem podem ser idênticos, como procuramos demonstrar em outra oportunidade.

Portanto, é importante observar a diferença entre dois tipos de estatais: (a) exploradora da atividade econômica, que se submete ao regular regime de tributação; e (b) prestadora de serviços públicos: detentora de imunidade em relação a impostos sobre seu patrimônio, renda ou serviços.

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, p. 27.

A caracterização das companhias estaduais de saneamento como prestadoras de serviços públicos essenciais fica ainda mais clara quando se analisa o texto constitucional e a legislação específica de sua atuação, conforme se observará a seguir.

4. DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE SANEAMENTO POR EMPRESAS ESTATAIS: SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL, EXECUTADO COM BASE NA INTEGRAÇÃO DE COMPETÊNCIAS E ATUAÇÃO COORDENADA DOS ENTES FEDERATIVOS

A Lei nº 11.445/07 define de forma expressa, em seu art. 2º, o saneamento básico como **serviços públicos**, prevendo, em seu art. 16, que sua prestação regionalizada se dará através das entidades referidas a seguir:

Art. 16. A prestação regionalizada de **serviços públicos de saneamento básico** poderá ser realizada por:

- I - órgão, autarquia, fundação de direito público, consórcio público, empresa pública ou sociedade de economia mista estadual, do Distrito Federal, ou municipal, na forma da legislação;
- II - **empresa a que se tenham concedido os serviços.**

Também o texto constitucional não deixa dúvidas quanto à natureza desses serviços, como se observará.

Nesse sentido, cabe atentar para o fato de que o saneamento básico é indispensável para assegurar o prolongamento da existência humana e a redução das doenças e outros sofrimentos materiais e psicológicos, as condições saudáveis de meio-ambiente, e a dignidade humana.

Por essas razões, em 28 de Julho de 2010, a Assembleia Geral das Nações Unidas, através da Resolução A/RES/64/292, declarou a água limpa e segura e o saneamento um direito humano essencial para gozar plenamente a vida e todos os outros direitos humanos, e em abril de 2011, o Conselho dos Direitos

Humanos adotou, através da Resolução 16/2, o acesso à água potável e segura e ao saneamento com um direito humano; um direito à vida e à dignidade humana⁷.

Quanto à Constituição Federal, o seu art. 25, § 1º, dispõe incumbirem aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas constitucionalmente. Já o art. 30, inc. V, determina que os municípios organizem os serviços públicos de interesse local. O art. 25, § 3º, prevê que:

Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

Tem também importância o disposto no art. 241 da CF/88 (redação dada pela EC 19), conforme o qual:

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

Os dispositivos referidos trazem, de modo claro, a necessidade de integração de competências e atuação coordenada entre os entes da federação para a adequada execução dos serviços públicos, dentre os quais estão incluídos o de saneamento.

Mais especificamente, o art. 23 previu a competência comum entre todos os entes federados para cuidar da saúde e assistência pública (inc. II), para proteger o meio-ambiente e combater a poluição (inc. VI), para preservar as florestas, a fauna e a flora (inc. VII) e para acompanhar e fiscalizar a exploração de

⁷ UNITED NATIONS. *O direito humano à Água e Saneamento*. Disponível em: <http://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_media_brief_por.pdf>. Acesso em: 24. set. 2013.

recursos hídricos e minerais (inc. XI). De modo especial, o inc. IX do art. 23 se referiu à promoção da melhoria das condições de saneamento básico. Esses mesmos temas, com fundamento no art. 24 da CF, estão sujeitos à competência legislativa comum.

Já o art. 21 conferiu à União a competência para instituir o sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos (inc. XIX), bem como instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive saneamento básico (inc. XX).

Além disso, o art. 26, inc. I, da CF, inclui entre os bens dos Estados: *as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União;*

Tais dispositivos indicam a natureza de **serviços públicos** das atividades de saneamento básico, em especial as de fornecimento de água tratada e tratamento de esgoto, além de demonstrarem que a Constituição reconhece a necessidade de articulação entre os entes da federação para a sua adequada execução.

Tal necessidade de integração e articulação transcende ainda mais na região metropolitana, que teve instituição no Espírito Santo pela Lei Complementar Estadual nº 204/2001, composta pelos Municípios de Vitória, Cariacica, Serra, Viana, Vila Velha e Guarapari, sendo alterada pela Lei Complementar 325/2005, que reestruturou a Região Metropolitana.

No sentido dessa necessidade de integração foi a decisão da ADI 1.842 - RJ (28/08/2013), em relação à titularidade do serviço de saneamento em regiões metropolitanas:

Ação direta de inconstitucionalidade. Instituição de região metropolitana e competência para saneamento básico. [...]. 3. Autonomia municipal e integração metropolitana. A Constituição

Federal conferiu ênfase à autonomia municipal ao mencionar os municípios como integrantes do sistema federativo (art. 1º da CF/1988) e ao fixá-la junto com os estados e o Distrito Federal (art. 18 da CF/1988). A essência da autonomia municipal contém primordialmente (i) autoadministração, que implica capacidade decisória quanto aos interesses locais, sem delegação ou aprovação hierárquica; e (ii) autogoverno, que determina a eleição do chefe do Poder Executivo e dos representantes no Legislativo. O interesse comum e a compulsoriedade da integração metropolitana não são incompatíveis com a autonomia municipal. O mencionado interesse comum não é comum apenas aos municípios envolvidos, mas ao Estado e aos municípios do agrupamento urbano. O caráter compulsório da participação deles em regiões metropolitanas, microrregiões e aglomerações urbanas já foi acolhido pelo Pleno do STF (ADI 1841/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 20.9.2002; ADI 796/ES, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 17.12.1999). O interesse comum inclui funções públicas e serviços que atendam a mais de um município, assim como os que, restritos ao território de um deles, sejam de algum modo dependentes, concorrentes, confluentes ou integrados de funções públicas, bem como serviços supramunicipais.

4. Aglomerações urbanas e saneamento básico. O art. 23, IX, da Constituição Federal conferiu competência comum à União, aos estados e aos municípios para promover a melhoria das condições de saneamento básico. **Nada obstante a competência municipal do poder concedente do serviço público de saneamento básico, o alto custo e o monopólio natural do serviço, além da existência de várias etapas. É como captação, tratamento, adução, reserva, distribuição de água e o recolhimento, condução e disposição final de esgoto. É que comumente ultrapassam os limites territoriais de um município, indicam a existência de interesse comum do serviço de saneamento básico.** A função pública do saneamento básico frequentemente extrapola o interesse local e passa a ter natureza de interesse comum no caso de instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, nos termos do art. 25, § 3º, da Constituição Federal. Para o adequado atendimento do interesse comum, a integração municipal do serviço de saneamento básico pode ocorrer tanto voluntariamente, por meio de gestão associada, empregando convênios de cooperação ou consórcios públicos, consoante o arts. 3º, II, e 24 da Lei Federal 11.445/2007 e o art. 241 da Constituição Federal, como compulsoriamente, nos termos em que prevista na lei complementar estadual que institui as aglomerações urbanas. [...]. O parâmetro para aferição da constitucionalidade reside no respeito à divisão de responsabilidades entre municípios e estado. É necessário evitar que o poder decisório e o poder concedente se concentrem nas mãos de um único ente para preservação do autogoverno e da autoadministração dos municípios. [...]. (ADI

1842, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 06/03/2013, DJe-181 DIVULG 13-09-2013 PUBLIC 16-09-2013 EMENT VOL-02701-01 PP-00001)

Quanto ao conceito de serviço público, recorre-se aos ensinamentos de Raquel Discacciati Bello⁸, que faz excelente síntese das correntes sobre o seu conceito, notadamente quanto aos três critérios utilizados: subjetivo, material e formal:

No decorrer dos anos, a doutrina tem se debatido sobre três variantes para definir o serviço público: os critérios subjetivo, material e formal, por vezes mais ou menos intensamente presentes, conforme a conotação que se pretenda dar ao conceito.

Pelo **critério material**, busca-se a identificação dos serviços públicos pela caracterização da atividade, no caso, aquela que acolha necessidades coletivas. A história nos mostrou não ser possível reconhecer os serviços públicos exclusivamente por meio do elemento material; a teoria foi formulada à época do liberalismo, quando existia o Estado mínimo, que somente intervinha em atividades de inquestionável interesse público, de maneira que fosse bem delimitado seu âmbito de atuação.

[...]

Após a escolha, partida da sociedade, é que o Estado, por meio de lei, indicará quais atividades são serviços públicos. Entre nós, a Constituição da República é a primeira fonte de tais indicações quando traça competência e titularidade dos entes políticos, nos arts. 21, incisos X, XI, XII, XV e XXIII, 25, § 2º, e 30, inciso V.

O **critério subjetivo** fundamenta-se em duas bases: pode-se compreender o serviço público enquanto órgão, ou seja, como a estrutura estatal propriamente dita, ou pode-se ainda tomá-lo pela pessoa que o presta, ou seja, público seria o serviço prestado pelo Estado. Passando-se pelo liberalismo, assumindo o Estado muitas outras atribuições em outras searas, percebeu-se não ter condições de, sozinho, realizar todas aquelas que passava a ter como suas. Urgia, então, a necessidade de delegá-las a particulares, e de criar entes seus que as fizesse em seu nome.

A partir daí, passaram os doutrinadores a falar em ~~rise~~ na noção de serviço público; tanto o critério material quanto o subjetivo, antes tomados como absolutos, não mais justificavam, como pretendido, o serviço público. Podemos dizer que a noção de serviço público é dinâmica, oscila conforme o regime político, o momento histórico, as condições econômico-sociais etc., cabendo tão-somente ao legislador a definição de conceito tão aberto. Por certo, há de ser feita, valendo-se,

⁸ BELLO, Raquel Discacciati. *Imunidade tributária das empresas prestadoras de serviços públicos*. Revista de informação legislativa, v.33, nº 132, p. 183-192, out./dez. de 1996.

por exemplo, de interpretação sistemática das normas constitucionais, especialmente dos princípios.

O último é o **critério de natureza formal**, ou seja, pretende a caracterização do serviço público pela análise das regras às quais ele se submete. [...]

Não temos dúvidas de que todo serviço público deva ser prestado sob regime exclusivamente jurídico-administrativo. A norma constitucional que o rege é a do art. 175, que diz caber ao Estado a prestação de serviços públicos, diretamente, ou por delegação a terceiros, por contrato de concessão ou permissão. Ora, se o Estado delega suas atribuições a outrem para que as realize em seu nome, não está descaracterizando a natureza pública do serviço nem tampouco autorizando seja prestado sob regime privatístico ou, muito menos, misto.

Para nós, **a definição mais aproximada de serviço público deve conjugar três elementos: É subjetivo, material e formal**. O primeiro, significando que a prestação dos serviços públicos cabe ao Estado, ou quem o represente; o segundo, material, abrangendo atividades materiais, exercidas no desempenho da função administrativa; e o terceiro, para aplicar aos serviços públicos necessário regime publicístico. Fazendo-se a correspondente ressalva quanto à excessiva valorização da forma, podemos dizer que o serviço público é a atividade material de utilidade ou necessidade, assim prevista em lei, prestada aos administrados diretamente pelo Estado ou por quem o represente, sob regime exorbitante de direito público.

Dessa forma, por qualquer dos critérios adotados para a conceituação de serviço público, inevitavelmente se chegará à conclusão da natureza pública do serviço de saneamento básico, em especial os de fornecimento de água e esgotamento sanitário.

Reitera-se que a exceção do art. 150, inc. VI, ~~art.~~ § 3º, de inaplicabilidade da imunidade recíproca, apenas diz respeito às empresas públicas e sociedades de economia mista **exploradoras da atividade econômica**, regidas pelo art. 173 da Constituição, inaplicável às prestadoras de serviço público. Estas não se sujeitam à isonomia com os particulares. As regras do art. 173 apenas têm sentido em face do princípio da livre concorrência, quando certo setor de atividades se encontrar aberto à disputa entre agentes econômicos privados.

Note-se que quando há prestação de serviço público mediante entidade da Administração indireta não há atividade econômica *stricto sensu*.

Assim, havendo prestação de serviço público por entidade da Administração indireta, em especial em relação às sociedades de economia mista prestadoras do serviço público de saneamento básico, aplica-se o art. 175, conforme o qual *incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sobre o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos*. Porém, concessão de forma atípica, tendo em vista que não há uma concessão propriamente dita, mas sim a autorização de criação de uma entidade para prestar diretamente os serviços públicos outorgados (no caso da CESAN, a Lei 2.287/67).

Falam os autores, portanto, na chamada *concessão imprópria*, e, pela inviabilidade de competição da delegação com particulares, a licitação é inexigível.

Nesse sentido, escreve Marçal Justen Filho⁹, em seu notório parecer sobre a minuta de anteprojeto da Lei da Política Nacional de Saneamento (Lei 11.445/07):

A descentralização não configura concessão do serviço, já que os recursos aplicados continuam a ter origem pública, o regime jurídico não se altera e não se transfere a prestação do serviço para órbita estranha à da Administração Pública.

[...]

A não configuração de uma concessão conduz à ausência de obrigatoriedade de licitação para atribuição de serviços públicos a ente integrante da Administração Pública . que atue como tal.

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Parecer elaborado pelo Professor Doutor Marçal Justen Filho, versando sobre a minuta de anteprojeto da Lei da Política Nacional de Saneamento Básico*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/pareceres/saneamento_complementar_MarcalJustenFilho_1.pdf > Acesso em: 24. set. 2013, p. 60.

Quando o ente federado promove a sua descentralização, não existe transferência do serviço público para um particular. Tudo se passa tal como se o serviço público fosse prestado diretamente pelo próprio ente estatal. Ou seja, não há diferença substancial entre o desempenho do serviço pelo próprio ente federado (por meio de um órgão próprio), por via de uma autarquia ou por meio de uma entidade integrante de sua administração indireta.

Não há concessão e nem se põe o princípio da isonomia, no sentido de que a iniciativa privada disporia da garantia de competir pela outorga.

Raciocínio similar se põe quando uma pluralidade de entes federados promove convênio para melhor desenvolver as atividades administrativas. Como não há concessão, é inaplicável o princípio da isonomia e não se aplica a obrigatoriedade de licitação.

Ao discorrer sobre o tema, Raquel Discacciati Bello¹⁰ ainda registra:

É de fundamental importância o esforço, finalmente acolhido pela doutrina e jurisprudência brasileiras, de Bandeira de Mello, no sentido de reconhecer às empresas estatais dupla natureza: ou são criadas para explorar atividades econômicas, por razões extraordinárias, e suplementarmente aos particulares (art. 173, da Constituição da República), ou em regime de monopólio (arts. 176 e 177), ou prestam serviços públicos, melhor dizendo, desempenham atividade tipicamente estatal (art. 175).

As empresas públicas e as sociedades de economia mista, quando prestadoras de serviços públicos, não devem ser consideradas %concessionárias+ de serviços públicos. A primeira razão é que a concessão é delegada por meio de contrato, precedido de licitação pública, conforme exigência expressa da norma constitucional do art. 175. Ora, o Estado, quando cria (ou autoriza a criação de) uma empresa pública, por lei, outorga à nova criatura a titularidade do serviço, independente de submetê-la a qualquer procedimento licitatório, ou de, com ela, formalizar contrato. As empresas estatais não têm igual situação jurídica que a concessionária.

Deve-se ter presente ainda que um dos principais traços das concessões (próprias) é o equilíbrio econômico financeiro (art. 9º, § 2º da Lei nº 8.987/95), que também não se aplica totalmente às atividades das estatais prestadoras de serviço público, tendo em vista que ainda que não estejam em situação de equilíbrio, deverão manter a execução dos serviços estabelecidos em sua lei de criação. A esse respeito, pode-se lembrar a situação de crise extrema enfrentada por

¹⁰ BELLO, Raquel Discacciati. Imunidade tributária das empresas prestadoras de serviços públicos. *Revista de Informação Legislativa*. a 33, n. 132, out./dez, 1996, p. 189.

esta Companhia no período de 1994 a 1999, no qual operou sempre no prejuízo, mantendo, no entanto, regularmente, sua prestação de serviços.

A esse respeito, Eros Roberto Grau¹¹ lembrou:

As empresas estatais prestadoras de serviço público são constituídas visando à prestação do serviço; não são beneficiadas pela estipulação de política tarifária; não lhes assiste o direito à percepção de remuneração pela prestação do serviço, em condições de equilíbrio do tipo assegurado às empresas concessionárias de serviço público; pode inclusive o Estado (o poder concedente) sujeitá-las a regime de atuação deficitária . o que ocorre com frequência . fixando as remunerações que lhes devem ser pagas pelos usuários dos seus serviços em níveis inferiores aos que seriam necessários à reposição dos custos da prestação dos serviços.

Não é distinta a situação na qual os municípios celebram contratos de concessão com essa Companhia, considerando que a CESAN presta serviços nos entes municipais com base na referida necessidade de integração de competências e atuação coordenada entre os entes da federação para a adequada execução dos serviços públicos, dentre os quais estão incluídos o de saneamento.

Deste modo, os contratos de concessão celebrados se tratam do que a doutrina convencionou chamar de concessão-convênio, também tidos como concessões impróprias, nas quais não é exigível licitação, com base nas razões acima referidas. A esse respeito, Marçal Justen Filho¹² escreve:

XXI.4 A concessão-convênio

Situação distinta se verifica nos casos de cooperação entre entidades políticas diversas. Duas ou mais pessoas políticas podem disciplinar o exercício conjugado de atribuições, definindo fins comuns a serem atingidos por meio da aplicação coordenada de recursos próprios. Não há interesses contrapostos entre os partícipes. A atuação jurídica não se consubstancia em permuta de bens. Ao contrário, verifica-se homogeneidade de interesses. Cada associado colabora para obtenção do fim comum, exercitando atividades que se enquadram na própria competência ou desempenhando atribuições que, teoricamente,

¹¹ in RDP 6/94, pp. 275-276.

¹² Op. Cit. p. 58.

enquadrar-se-iam em competência alheia. Enfim, diversas pessoas estatais reúnem esforços e recursos para prestação de determinado serviço que interessa a todas elas.

Essa situação pode ser reconduzida à ideia de convênio.

[...]

O titular da competência para prestação dos serviços arcará com as consequências do insucesso, na proporção em que participar do empreendimento. Não haverá transferência integral dos riscos para a órbita alheia, o que é da essência da figura da concessão.

Esse é o regime aplicável a esta entidade estadual da Administração Pública indireta, sendo certo que a legislação concernente à CESAN deixa claro que suas atividades nada têm de exploração, com fito de lucro, de atividade econômica. Por isso o Estado assumiu tais atividades, autorizando a criação desta sociedade de economia mista e encarregando-a de desempenhá-las.

Esta entidade, portanto, tem suas atividades dirigidas pelo Estado, sendo vinculada a uma Secretaria de Estado (Secretaria de Estado de Desenvolvimento Urbano - SEDURB).

A propósito, o próprio STF, em diversas oportunidades, posicionou-se no sentido de restringir a mercantilização da água, obstando sua configuração como mercadoria, e entendendo o seu fornecimento como serviço público, conforme se observa a seguir:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. COBRANÇA DE ICMS INCIDENTE SOBRE O FORNECIMENTO DE ÁGUA ENCANADA. IMPOSSIBILIDADE. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido da ilegitimidade da cobrança de ICMS sobre água encanada, uma vez que **se trata de serviço público essencial e não mercadoria**. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI 682565 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 23/06/2009, DJe-148 DIVULG 06-08-2009 PUBLIC 07-08-2009 EMENT VOL-02368-17 PP-03640)

Por oportuno, registra-se que a concessão do benefício da imunidade recíproca e a alteração do regime de apuração do PIS/PASEP e da COFINS

não terá necessariamente a consequência de aumentar os superávits obtidos pela Companhia, sendo certo que a contabilidade regulatória assegura que o benefício da imunidade tributária seja revertido em favor dos usuários dos serviços, implicando reajuste ou revisão tarifária, em conformidade com os arts. 23, IV, 37 e 38 da Lei nº 11.445/07 e 9º da Lei nº 8.987/95, bem como as regras contábeis aplicáveis.

A esse respeito, destaca-se que os reajustes tarifários, em conformidade com a Nota Técnica da Consulta 001/2011, da Agência Reguladora de Serviços Públicos de Saneamento e Infraestrutura do ES (doc. 12), prevê que os reajustes serão efetuados levando em consideração as parcelas A e B. A parcela B diz respeito aos custos gerenciáveis pela Concessionária (CESSAN), sendo corrigida pelo IPCA. Já a parcela A tem relação aos custos não gerenciáveis, que independem, portanto, da gestão da concessionária, como encargos e tributos previstos na legislação. Nesse último caso, **as variações, positivas ou negativas, são integralmente repassadas à tarifa**. Nesse sentido, veja-se o seguinte trecho da referida Nota Técnica:

A Parcela A (VPA), como dito anteriormente, destina-se à cobertura dos custos chamados não gerenciáveis, cuja variação independe da concessionária, como por exemplo, os encargos e tributos legalmente fixados em legislações específicas. **As variações da Parcela A são integralmente repassadas às tarifas.**

Ela expressa os valores contabilizados e previstos relativos aos custos com Impostos e Taxas Federais, incluindo COFINS/PASEP apurada sobre as receitas, Impostos e Taxas Estaduais e Municipais, encargos regulatórios, despesas com energia elétrica e materiais para tratamento.

Portanto, trata-se a prestação de serviço público de saneamento por empresas públicas e sociedades de economia mista de serviço público essencial, executado com base na integração de competências e atuação coordenada dos entes da federação, de maneira que o patrimônio, as rendas e os serviços desta Companhia estão sob o amparo do princípio da imunidade tributária.

5. SANEAMENTO BÁSICO: MONOPÓLIO NATURAL É AUSÊNCIA DE AMBIENTE CONCORRENCIAL

O termo concorrência em economia, como competição das relações comerciais das empresas ofertantes de bens e serviços pelas preferências dos consumidores, resulta, por essas disputas, em diversas estruturas de mercado.

Oligopólios e/ou monopólios, desde que não resultantes de um processo natural de maior eficiência de mercado, são tratados à parte pelo sistema brasileiro de defesa da concorrência, reforçando os preceitos legais da Carta Magna de 1988, repressora dos abusos do poder econômico, pela dominação de mercado, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros. Em última análise, esse mercado normalmente rentável é disputado por algumas empresas que via dominação desleal, que pode causar prejuízos sociais via elevação dos preços ou redução da qualidade ou quantidade ofertada.

Nessas estruturas, normalmente cabem um grupo de empresas trabalhando por um espaço, sendo dominadas por outras empresas.

Todavia, à parte dessa estrutura, há situações onde o inverso também pode acontecer que é o caso dos setores de infraestruturas classificados como monopólios naturais. O saneamento deve ser entendido como um caso clássico de monopólio natural, resultante de uma menor eficiência quando prestado por mais de uma empresa em um mesmo município concedente.

Conforme referido anteriormente, a Lei 11.445/07, marco regulatório que dispõe sobre **os serviços públicos de saneamento básico** (art. 2º), seguiu linha semelhante ao regime instituído pelo PLANASA, tendo em consideração que esse serviço não é propriamente **rentável**, como outros, mas, sim, exige elevados investimentos dos entes federativos, com algum retorno em longo prazo.

Página 25 de 64

Observou o legislador, na mesma linha adotada à época da criação do PLANASA, que os serviços públicos de saneamento envolvem os chamados monopólios naturais, que os retiram do ambiente concorrencial. Ou seja, são serviços cuja prestação exige custos fixos extremamente altos, com redução do custo por usuário à medida que a escala da atividade se eleva.

Assim, por imposição técnica e econômica, não há como mais de uma pessoa jurídica prestar os serviços de fornecimento de água e esgotamento sanitário em uma mesma localidade, sendo inviável a realização do serviço sob o regime de competição.

Em outros termos, o monopólio natural ocorre quando o custo econômico de certa atividade é inferior se houver um único prestador do serviço. Ou seja, uma maior quantidade de prestadores gera a elevação dos custos, o que dificulta o oferecimento de maiores vantagens para os usuários¹³.

Outra característica do monopólio natural é relacionada com a dimensão da escala. Ou seja, quanto maior a escala da prestação do serviço, menor o custo individual para cada usuário, pois o custo médio seria reduzido com o aumento da produção em função dos custos fixos elevados. Isso porque o maior custo da atividade está na implantação do sistema.

Aqui, vale destacar também a característica da estrutura de redes, existentes em indústrias dependentes da estrutura de malhas para a distribuição ao consumidor. Um ponto importante a ser destacado é o fato de que há uma imprevisibilidade de demanda em certos momentos, o que obriga a manutenção eventual de uma capacidade ociosa.

¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 179-180.

Pense em uma localidade distante das grandes cidades com uma população bastante pequena. A implantação de redes deve ser construída para a referida localidade, independente do tamanho da demanda desse. Uma parte da produção estará disponível independente do uso e da viabilidade dos investimentos frente à receita resultante desse.

Veja-se que muitos municípios não dispõem de recursos para implantar as infraestruturas necessárias à prestação do serviço, principalmente os de interior, nos quais há um número menor de usuários (e, consequentemente, um menor retorno tarifário), e necessidade de construção de redes de maior extensão para o atendimento de cada usuário do serviço.

Deste modo, a solução econômica mais razoável é a dos chamados %subsídios cruzados+, através dos quais esses municípios mais carentes se integram em uma estrutura de prestação de serviços mais abrangente. Com isso, há uma diluição dos custos entre uma quantidade maior de usuários, transferindo-se os resultados econômicos satisfatórios obtidos em uma certa região (normalmente regiões metropolitanas) para usuários de áreas mais carentes.

Essa solução caminha no sentido do atendimento da legislação que trata do saneamento básico, que enfatiza o atendimento das localidades de pequeno porte, da população rural dispersa, dos pequenos núcleos urbanos isolados, dos subsídios para localidades de baixa renda e que não tenham capacidade de pagamento ou escala econômica suficiente para cobrir o custo integral dos serviços, além da universalização do acesso à água de qualidade e ao tratamento de esgoto adequado.

Nesse sentido, citam-se os seguintes dispositivos que regulam a matéria:

LEI Nº 11.445, DE 5 DE JANEIRO DE 2007.

Art. 2º Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais:

I - universalização do acesso;

Art. 48. A União, no estabelecimento de sua política de saneamento básico, observará as seguintes diretrizes:

[...]

VII - garantia de meios adequados para o atendimento da população rural dispersa, inclusive mediante a utilização de soluções compatíveis com suas características econômicas e sociais peculiares;

Art. 49. São objetivos da Política Federal de Saneamento Básico:

[...]

IV - proporcionar condições adequadas de salubridade ambiental às populações rurais e de pequenos núcleos urbanos isolados;

CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Art. 244. A política e as ações de saneamento básico são de natureza pública, competindo ao Estado e aos Municípios a oferta, a execução, a manutenção e o controle de qualidade dos serviços delas decorrentes.

[...]

§ 3º A política de saneamento básico, de responsabilidade dos Municípios, respeitadas as diretrizes do Estado e da União, garantirá:

[...]

I - o fornecimento de água potável às cidades, vilas e povoados;

LEI ESTADUAL 9.096, DE 30 DE DEZEMBRO DE 2008

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

[...]

VI - subsídios: instrumento econômico de política social para garantir a universalização do acesso ao saneamento básico, especialmente para populações e localidades de baixa renda;

Art. 15. A prestação de serviços públicos de saneamento básico por entidade que não integre a administração do titular depende da celebração de contrato, sendo vedada a sua disciplina mediante convênios, termos de parceria ou outros instrumentos de natureza precária.

§ 1º Excetuam-se do disposto neste artigo:

I - os serviços públicos de saneamento básico, cuja prestação, o Poder Público, nos termos de lei, autorizar para usuários organizados em cooperativas ou associações, desde que se limitem a:

[...]

b) localidade de pequeno porte, conforme inciso VII do artigo 3º, onde outras formas de prestação apresentem custos de operação e manutenção incompatíveis com a capacidade de pagamento dos usuários;

Art. 40. Os serviços públicos de saneamento básico terão a sustentabilidade econômico-financeira assegurada, sempre que possível, mediante remuneração pela cobrança dos serviços:

[...]

§ 2º Poderão ser adotados subsídios tarifários e não tarifários para os usuários e localidades urbanas e rurais que não tenham capacidade de pagamento ou escala econômica suficiente para cobrir o custo integral dos serviços.

§ 3º Para efeito do plano de saneamento básico, serão consideradas as áreas urbanas com viabilidade econômica para atendimento por tarifa. As demais localidades definidas como de pequeno porte e sem viabilidade econômica, deverão ter soluções próprias com investimentos públicos, sendo permitida a cobrança pelos serviços.

Art. 57. Observados os princípios básicos constantes das diretrizes nacionais e estaduais, a Política Estadual de Saneamento Básico se desenvolverá sob os seguintes objetivos:

[...]

IV - proporcionar condições adequadas de salubridade ambiental às populações rurais e de pequenos núcleos urbanos isolados;

LEI COMPLEMENTAR Nº 336/2005

Art. 1º Fica criado, no âmbito do Poder Executivo Estadual, para vigorar até o ano de 2010, o Fundo Estadual de Combate à Pobreza e às Desigualdades Sociais, de natureza orçamentária, com objetivo de viabilizar o acesso a níveis dignos de subsistência à população do Estado, em cumprimento ao disposto no artigo 82 do Ato das Disposições Transitorias da Constituição Federal.

[...]

Art. 2º

[...]

§ 2º Os recursos do Fundo serão alocados diretamente nos programas de trabalho dos órgãos, secretarias ou entidades da administração pública estadual, para financiar ações que contribuam para a consecução de seus objetivos, observando a seguinte distribuição:

I - dos recursos do Fundo, 20% (vinte por cento), no mínimo, serão aplicados em programas de saneamento básico;

Art. 3º Constituem recursos do Fundo Estadual de Combate à Pobreza e às Desigualdades Sociais:

I - o produto da arrecadação equivalente a 2 (dois) pontos percentuais adicionais à alíquota do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS incidentes sobre bebidas alcoólicas, derivados do fumo, armas e munições não se aplicando, sobre esse percentual, o disposto no artigo 158, IV da Constituição Federal;

(a Lei Complementar Estadual 615/11 manteve o Fundo, definindo, entretanto, que seus recursos seriam destinados de acordo com uma comissão de acompanhamento)

E é exatamente a prestação do serviço de saneamento em grande escala, por um único prestador, que assegura o atendimento a municípios e localidades sem escala econômica suficiente para cobrir o custo integral dos serviços, o que é assegurado através do sistema de subsídios cruzados.

Tais princípios seriam notoriamente atingidos caso a responsabilidade pela prestação dos serviços estivesse dividida entre várias prestadoras, tendo em vista que o custo individual se elevaria por usuário, e o atendimento às pequenas localidades restaria inviabilizado.

Esse sistema de subsídios cruzados fica claro quando se observa, por exemplo, o déficit ou o superávit da CESAN em cada município em que atua no Espírito Santo em 2013 (excluindo os juros sobre capital próprio reinvestidos pelo Estado), que demonstram de forma clara que o superávit em municípios maiores (em especial os da região metropolitana) o déficit e o maior investimento em municípios e localidades menores, conforme descrito a seguir (demonstração analítica . doc. 18):

Região Metropolitana:

Município	População	Déficit/Superávit
Serra	476.428	23.583.900,50
Vila Velha	465.690	15.307.055,84
Cariacica	378.915	-10.621.024,09
Vitória	352.104	21.755.764,45
Guarapari	118.056	1.178.548,97
Viana	73.318	16.950,56
Fundão	19.585	-706.331,75
TOTAL	1.884.096	50.514.864,48

Interior do Estado:

Município	População	Déficit/Superávit
Nova Venécia	49.932	-825.460,57

Barra de São Francisco	44.244	-1.480.383,05
Santa Maria de Jetibá	38.290	-592.997,66
Castelo	37.582	-1.037.117,13
São Gabriel da Palha	35.785	-1.415.907,45
Domingos Martins	34.239	-390.862,22
Afonso Claudio	32.502	-133.162,51
Conceição da barra	30.895	-1.121.172,18
Iúna	29.423	-55.952,36
Anchieta	27.145	383.713,69
Pinheiros	26.309	-898.393,96
Pedro Canário	25.916	-1.651.992,36
Ibatiba	24.913	-435.255,99
Ecoporanga	24.299	-757.059,08
Santa Teresa	23.585	-1.833.345,46
Venda Nova do Imigrante	23.313	-276.624,92
Pancas	23.273	-551.591,77
Piúma	20.395	-2.170.657,21
Montanha	19.138	-1.055.066,43
Muniz Freire	18.994	-82.117,92
Marechal Floriano	15.910	-878.992,34
Muqui	15.533	-419.290,85
Boa Esperança	15.244	-623.431,78
Mantenópolis	14.966	-640.277,36
Vila Valério	14.635	-144.850,88
Irupi	12.948	166.695,69
Santa Leopoldina	12.883	-147.714,04
Brejetuba	12.712	-49.366,29
Conceição do Castelo	12.673	-156.057,47
São Roque do Canaã	12.283	-123.194,74
Água Doce do Norte	12.094	-332.627,63
Rio Novo do Sul	12.020	-501.929,78
Laranja da Terra	11.428	-268.514,17
Presidente Kennedy	11.221	-109.664,81
Atílio Vivacqua	11.023	-64.608,80
São José do Calçado	11.000	-214.238,94
Bom Jesus do Norte	10.136	-1.151.388,50
Agua Branca	10.055	-15.229,01
Vila Pavão	9.320	-35.912,54
Apiacá	7.920	121.273,71
Alto Rio Novo	7.888	-43.436,17

Ponto Belo	7.670	-908.581,93
Dores do Rio Preto	6.859	37.207,54
Mucurici	5.897	91.263,99
Divino São Lourenço	4.669	42.786,75
TOTAL	869.159	-22.751.486,94

As informações acima demonstram claramente essa forma compensatória de subsídios cruzados, onde para a maioria dos municípios somente são justificadas as operações em saneamento, se forem feitas por uma única empresa. Isso ocorre tanto em relação ao aspecto econômico quanto do ponto de vista tecnológico, quando considerado que em alguns municípios a água deverá vir de outros municípios mais distantes que a sua fronteira.

Nos quadros acima, verifica-se que somente 11 municípios dos 52 sob concessão da CESAN, estão em condições superavitárias. Além disso, muitos dos municípios fazem uso de mananciais fora de sua área geográfica, a exemplo de Conceição da Barra (Rio Cricaré, no Município de São Mateus), Fundão (Rio do Norte, no Município de Santa Leopoldina), São Roque do Canaã (Córrego Seco, no Município de Santa Tereza), Guarapari (Rio Benevente, no Município de Anchieta), Viana, Cariacica e Vitória (Rio Jucu, no Município de Vila Velha), entre outros.

Soma-se a isso o fato de que no interior do Estado a maioria dos mananciais hídricos está bastante afastada da população, o que exige a construção de milhares de quilômetros de rede para o atendimento dos habitantes.

Assim, deve-se ter presente que os municípios não são, via de regra, inteiramente autossuficiente de fontes de captação de água, ainda que superavitários. Aliás, idealizar sistemas de saneamento restringindo-se apenas aos respectivos territórios municipais é normalmente inconcebível. A existência da Autora, por seu turno, como estatal estadual criada exatamente para executar políticas públicas

de saneamento de forma equânime pelo Estado e aproveitar os mananciais hídricos (que são bens do Estado, diga-se de passagem) se dá justamente para gerir o saneamento em economia de escala.

No caso do Espírito Santo, o Estado conta com 78 (setenta e oito) municípios, dos quais 52 (cinquenta e dois) estão sob concessão da CESAN, 25 (vinte e quatro) contam com Serviço Autônomo de Água e Esgoto . SAAE (autarquias municipais) e apenas 1 (um) conta com serviços prestados por empresa privada, o Município de Cachoeiro de Itapemirim.

No último Município referido (Cachoeiro de Itapemirim), a operação por iniciativa privada apenas foi viável por se tratar de local com intensa ocupação urbana (206.973 habitantes - 236,06 hab./km², 91,4% de população urbana), distante da Região Metropolitana da Grande Vitória e servido por afluentes de grande viabilidade de captação de água, no meio da cidade (Rio Itapemirim), o que gera natural propensão a uma situação superavitária, embora as tarifas praticadas sejam superiores às da CESAN (doc. 19).

Portanto, o amplo sistema de subsídios cruzados, a redução do custo individual por usuário com o atendimento em maior escala, e a maior viabilidade de obtenção de recursos Estaduais e Federais, por se tratar a CESAN de empresa estatal que atua visando ao alcance das diretrizes de universalização instituídas na legislação específica, fazem com que a Companhia não atue em ambiente concorrencial no Estado do Espírito Santo.

Enfatiza ainda mais essa situação a decisão da ADI 1.842 . RJ (28/08/2013), que registra a necessidade de integração de competências e atuação coordenada dos entes federativos, destacando que:

o alto custo e o monopólio natural do serviço, além da existência de várias etapas . como captação, tratamento, adução, reserva, distribuição de água e o recolhimento, condução e disposição final de esgoto . que comumente ultrapassam os limites territoriais de um município, indicam a existência de interesse comum do serviço de saneamento básico.

Reforça o atendimento a essas diretrizes citadas, por exemplo, a instituição do Programa PRO-RURAL pela CESAN, através da Resolução nº 2.745/91 (doc. 20), com o objetivo de implantar Sistemas de Saneamento Básico em locais onde não há viabilidade econômica para a operação e manutenção pela Companhia.

Pelo Programa, foram executadas 348 (trezentos e quarenta e oito) obras até 2014, sendo 303 (trezentos e três) de água e 45 (quarenta e cinco) de esgoto, totalizando 254 (duzentos e cinquenta e quatro) comunidades atendidas. Atualmente, há 7 (sete) obras em execução pelo PRO-RURAL (6 de água e 1 de esgoto), totalizando R\$ 7.784.310,68 (sete milhões, setecentos e oitenta e quatro mil, trezentos e dez reais e sessenta e oito centavos).

Tais ações tem sido conduzidas de acordo com os orientações e programas estabelecidos pelo Estado do Espírito Santo e suas entidades (que, como já demonstrado, detêm 99,7% das ações da CESAN).

Nesse sentido, cita-se como exemplo, o Decreto Estadual nº 3222-R/2013, que regulamenta o Plano Plurianual Atual, e prevê como um dos Programas Finalísticos *%viabilizar investimentos na promoção de saneamento básico (água e esgoto) para população residente em localidades de pequeno porte+*, através da ação 3538 . *%apoio à elaboração de projetos e/ou execução de obras de saneamento em localidades de pequeno porte+(Anexo I . D . Páginas 26 e 27 . doc. 21).*

Quanto à solução, o eminente Professor de Direito Tributário da UFPB, Geilson Salomão Leite¹⁴, escreve:

Outra finalidade que caracteriza a ausência de finalidade lucrativa consubstancia-se no subsídio cruzado. Os investimentos para a implantação dos serviços básicos de saneamento são relativamente fixos, independem, portanto, do tamanho do município. Em locais menores, a tarifa tenderia a ser mais alta pela menor escala, pela menor diminuição dos custos fixos de manutenção. Em locais maiores, há maior possibilidade de pagamento. Nesta lógica, os municípios menores não teriam como possuir cobertura de saneamento, por pura incapacidade de remuneração dos serviços. O subsídio cruzado é um instrumento de realização de justiça fiscal, de universalização do abastecimento, com a realização de novas obras e implantação de mais e melhores serviços. É fundamental para o saneamento ambiental dos municípios de pequeno e médio porte, pois é ele que ajuda a viabilizar as obras, principalmente tratamento e disposição final dos efluentes.

Também nesse sentido, o Professor Amadeu Carvalhaes Ribeiro¹⁵ escreve:

Para que um monopólio possa ser classificado como natural, é necessário que a demanda do respectivo mercado seja atendida preferencialmente por um único fornecedor, pois isso representará a forma menos custosa de atendimento. Essa situação se verifica quando a produção de determinado bem apresenta retornos crescentes de escala, ou seja, quando o custo médio para a produção de uma unidade adicional diminui com o aumento do montante produzido. Isso decorre principalmente da existência de elevados custos fixos de produção, que só tem como ser recuperados pela venda de um grande número de unidades. Nesses casos, a repartição da demanda entre dois ou mais fornecedores exigirá que estes cobrem um preço por unidade de produto superior ao preço que este teria se fosse vendido por um único fornecedor.

O saneamento básico é um típico exemplo de monopólio natural. Com efeito, é difícil imaginar que um Município possa ser atendido eficientemente por mais de um prestador de serviços.

¹⁴ Parecer do Professor Doutor Geilson Salomão Leite, versando sobre a incidência do imposto sobre serviços sobre as atividades da Companhia de Águas e Esgotos da Paraíba. CAGEPA, doc. 11, p. 19.

¹⁵ RIBEIRO, Amadeu Carvalhaes. A regulação do saneamento básico no Brasil. In ROCHA, Bolívar Moura (Org.). A regulação da infra-estrutura no Brasil. balanço e propostas. São Paulo: IOB. Thompson, p. 255 - 272, 2003, p. 265/266.

O monopólio natural do saneamento já foi reconhecido pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica . CADE:

Observe-se que a **exploração de serviços de saneamento básico é um monopólio natural**, de âmbito municipal, regulado e concedido pelo Poder Público. Sendo extremamente difícil a exploração deste serviço por mais de uma concessionária em uma mesma localidade, em razão dos elevados custos fixos em ativos específicos e dos reduzidos custos marginais. Este posicionamento está em consonância com a já pacificada jurisprudência do CADE (Ato de Concentração nº 08012.004618/2003-12 . Thomson S.A. e Recoton Corporation; Ato de Concentração nº 08012.004396/2004-79 . TSFB e TFIRB; Ato de Concentração nº 08012.004929/2004-12 . Yacaipa e TDS; Ato de Concentração nº 08012.006546/2005-60 . Equipav S.A. e Engenharia Comércio e Participações Ltda.; Ato de Concentração nº 08012.001044/2007-12 . Lumina Engenharia Ambiental Ltda. e Suez Environment e Ato de Concentração nº 08012.010131/2007-52 . Águas Guariroba Ambiental Ltda. e Prolagos S/A Concessionária de Serviços Públicos Águas e Esgotos- (voto do Conselheiro Vinícius Marques de carvalho no AC nº 08012.006721/2008-61) (original sem grifo)

Serviços de abastecimento de água e tratamento de águas e esgotos brasileiros, que desenvolve no âmbito das licitações organizadas pelas Administrações públicas e que **é, por suas características, um monopólio natural** (Conselheiro Relator Abraham Benzaquem Sicsú, AC nº 08012.001044/2007-12)

Portanto, as prestadoras dos serviços de fornecimento de água e tratamento de esgoto possuem monopólio natural em relação às áreas geográficas em que atuam, não se cogitando de ambiente concorrencial.

6. REGULAMENTAÇÃO DO SETOR: CARACTERIZAÇÃO DE REGIME NÃO CONCORRENCIAL

Nesse sentido, a Constituição Federal, em seu art. 241, estabeleceu a possibilidade de transferência da responsabilidade de execução dos serviços públicos de um ente federado para outro, prevendo:

Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Para viabilizar essa associação, o art. 13 da Lei nº 11.107/2005 prevê que as obrigações que um ente transfere para o outro deverão ser constituídas mediante contrato de programa, que poderá ser celebrado com as entidades de direito privado que integrem a administração indireta de qualquer dos entes envolvidos na gestão associada, dispondo:

Art. 13. Deverão ser constituídas e reguladas por contrato de programa, como condição de sua validade, as obrigações que um ente da Federação constituir para com outro ente da Federação ou para com consórcio público no âmbito de gestão associada em que haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos.

[...]

§ 5º Mediante previsão do contrato de consórcio público, ou de convênio de cooperação, o contrato de programa poderá ser celebrado por entidades de direito público ou privado que integrem a administração indireta de qualquer dos entes da Federação consorciados ou conveniados.

Para viabilizar a dispensa de licitação para a celebração de contratos de programa, o art. 17 da Lei nº 11.107/2005 introduziu o inciso XXVI no art. 24 da Lei nº 8.666/93, no seguinte sentido:

Art. 24. É dispensável a licitação:

XXVI . na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação; (redação dada pela lei nº 11.107 de 6.4.2005)

Portanto, estabeleceu-se a possibilidade de contratação de empresas de economia mista prestadoras de serviço público de saneamento básico,

por dispensa de licitação, mediante contrato de programa precedido de convênio de cooperação, a ser firmado entre Município e Estado, autorizado por lei dos entes federados.

Deste modo, é interesse comum do Município e do Estado, através das sociedades de economia mista prestadoras de serviço público de saneamento básico, a melhoria das condições de vida da população através da prestação desse serviço essencial.

Com isso, fica evidenciado que as sociedades de economia mista prestadoras do serviço público essencial de saneamento básico não atuam em ambiente concorrencial, não concorrendo com empresas privadas.

Nesse sentido, observa-se que a imunidade pretendida não implica concessão de vantagem a particulares, bem como não cria benefícios que desequilibrem a livre concorrência, visto que as atividades dessas entidades da Administração Pública Indireta estão dissociadas do regime concorrencial.

<p>7. POSIÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL SOBRE A EXTENSÃO DA IMUNIDADE RECÍPROCA A SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO, EM ESPECIAL O DE SANEAMENTO</p>

O tema tratado certamente não é novo, sendo a posição doutrinária e jurisprudencial bastante consolidada no sentido do que se expõe.

Nesse sentido são os as lições da eminente Professora da PUC/SP e Desembargadora Federal, **Regina Helena Costa**¹⁶, em sua obra magistral *Imunidade tributária: teoria e análise da jurisprudência do STF*;

¹⁶ Op. cit. p. 143-144; 245-246

Inicialmente, analisemos a situação da empresa estatal . empresa pública ou sociedade de economia mista . que recebeu a outorga, por meio de lei, da prestação de serviço público cuja competência pertence à pessoa política que a criou.

[...]

Recebendo tais entes o encargo de prestar serviço público . consoante a noção exposta -, o regime de sua atividade é o de Direito Público, o que inclui, dentre outras prerrogativas, o direito à imunidade fiscal.

O raciocínio resume-se no seguinte: se o serviço público for prestado diretamente pela pessoa política estará, indubitavelmente, imune à tributação por via de impostos. Ora, a mera delegação da execução desse serviço público, pela pessoa que é titular da competência para prestá-lo à coletividade, por meio de lei, a uma empresa por ela instituída . empresa pública ou sociedade de economia mista -, que se torna delegatária do serviço, não pode, portanto, alterar o regime jurídico . inclusive tributário . que incide sobre a mesma prestação.

A descentralização administrativa, como expediente destinado a garantir maior eficiência na prestação de serviços públicos (art. 37, *caput*, da CF), não tem o condão de alterar o tratamento a eles dispensado, consagrador da exoneração tributária concernente a impostos.

E continua a autora:

Acórdão que reflete o entendimento segundo o qual empresa estatal prestadora de serviço público goza de imunidade tributária recíproca e o proferido no RE 407.099-RS, julgado pela 2ª Turma da Corte:

[...]

Sufraga, assim, a orientação que cremos correta, porquanto a empresa estatal, extensão que é da própria pessoa política, dedicando-se à prestação de serviço público, equipara-se a esta para efeito de fruição de imunidade.

A esse respeito, **Roque Antônio Carrazza**¹⁷ escreve que:

As empresas estatais prestadoras de serviços públicos, longe de poderem se tratadas como meras concessionárias ou permissionários são delegatárias destes mesmos serviços públicos, e, assim, tem jus às prerrogativas, inclusive tributárias, das entidades políticas que as criaram.

Nesta linha, as empresas estatais prestadoras, como delegatárias, de serviços públicos foram juridicamente equiparadas as pessoas políticas,

¹⁷ CARRAZZA, Roque Antonio, *A imunidade tributária das empresas estatais delegatárias de serviços públicos*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 52.

sendo, tanto quanto estas, imunes aos impostos, *ex vi* do art. 150, VI, ~~III~~, da CF.

Sobre o tema, o mestre **Aliomar Baleeiro**¹⁸ escreveu:

O critério de interpretação aqui defendido reduz a extrema simplicidade a disputa em torno do regime fiscal das autarquias e sociedades de economia mista. Não há que distinguir entre a autarquia e o governo, que a institua, mas, precipuamente, se o fato gerador do imposto provém dos serviços públicos e das atividades da competência governamental, ou se apenas é operação de negócio de todo compatível com a empresa privada.

Nesse sentido escreve **Geraido Ataliba**¹⁹:

As digressões que fomos levados a fazer mostram que a Constituição distingue as empresas estatais que **(b)** prestam serviço público das **(a)** que exploram atividade econômica.

[...]

No caso das entidades do tipo **a** (exploradoras de atividade econômica) aplica-se o art. 173, com suas graves exigências: criação só em caráter excepcional; igualdade de regime relativamente às empresas privadas (§ 1º); proibição de privilégios e favorecimentos (§ 2º). Igualdade quase absoluta com as entidades criadas pelos particulares, para ~~exploração~~ da atividade econômica.

É que, nesse caso (exploração de atividade econômica) o princípio informador da postura constitucional é a livre concorrência (art. 170, IV) decorrente da livre iniciativa, que supõe a prevalência das leis de mercado. Por isso, o Estado não pode usar de seus poderes para dar nenhuma facilidade para essas entidades. Elas devem competir com a iniciativa privada em igualdade de condições, todas submetidas às leis de mercado.

Estas conclusões, sacadas do estudo sistemático da Constituição de 1988 . com apoio na melhor doutrina . mostram que, para fins de interpretar corretamente os preceitos constitucionais referentes ao regime tributário, é imprescindível distinguir as finalidades para que foram criadas as estatais: prestar serviço público ou explorar atividade econômica.

Isso é que determinará, de modo inexorável, o regime tributário a que ficará submetida a estatal, em cada caso. A opção em termos de regime tributário, foi feita previamente pelo contribuinte. O legislador ordinário . federal, estadual ou municipal . nada inova nesta matéria.

Os princípios e regras constitucionais tributários aplicáveis ao caso **a** não se aplicam ao caso **b** e reciprocamente. Serviço público desempenhado por delegação por empresa estatal é intributável por

¹⁸ BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

¹⁹ ATALIBA, Geraldo. *SABESP*. Serviço público . Delegação a empresa estatal . Imunidade a impostos . Regime de taxas. *Revista de Direito Público*. p. 72, v. 22, n. 92, São Paulo, out/dez, 1989, pp. 84-85.

imposto. Exploração de atividade econômica pelo estado é sempre tributável.

Semelhantes são as conclusões de **Eros Roberto Grau**²⁰, na obra *A ordem econômica na Constituição de 1988. interpretação e crítica*:

Da mesma forma, no § 1º do art. 173 a expressão conota atividade econômica em sentido estrito: determina fiquem sujeitas ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias, a empresas públicas, a sociedade de economia mista e outras entidades que atuem no campo da atividade econômica em sentido estrito; o preceito, à toda evidência, não alcança empresa pública, sociedade de economia mista e entidades (estatais) que prestam serviços públicos.

Veja-se também o entendimento de **Adílson Dallari**²¹:

Deixando de lado a questão das empresas governamentais que executam atividade econômica de natureza privada, que não é o caso deste estudo, cabe reafirmar que quando uma empresa governamental presta serviço público, atua em nome do poder público, como um seu prolongamento personalizado, desenvolvendo uma atividade que é típica, própria, específica do Poder Público, em tal caso a prestação desse serviço é regida precipuamente por normas de direito público, inclusive, e, principalmente, no tocante aos aspectos tributários.

Também nesse sentido se manifestou **Paulo de Barros Carvalho**²², em parecer sobre a imunidade tributária sobre estatal deste Estado (CETURB) prestadora de serviço público:

Considerando os objetivos do preceito imunizante, o Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo que empresas públicas prestadoras de serviços públicos fazem jus à imunidade tributária recíproca. E a imunidade, como já anotei, abrange todos os impostos incidentes sobre a renda, patrimônio e serviços, sendo inadmissível qualquer pretensão de exigir, por exemplo, IPTU, ITR, IPVA, IRPJ, ISSQN ou ICMS dessas entidades.

[...]

²⁰ GRAU, Eros Roberto. *Apud* Paulo de Barros Carvalho, em parecer sobre regime jurídico tributário aplicável à Companhia de Transportes Urbanos da Grande Vitória. CETURB-GV, anexo 11, p. 24.

²¹ DALLARI, Adílson. Imunidade de estatal delegada de serviço público. *Revista de Direito Tributário*. n. 65, 1995, p. 38-39.

²² Em parecer no qual sustenta a imunidade tributária da CETURB-GV, de 49 laudas, doc. 13, p. 46-47.

Tendo em vista que a Consulente é o ente responsável, com exclusividade, e em nome do Estado do Espírito Santo, pela prática dos serviços relacionados ao transporte intermunicipal de passageiros na Região Metropolitana da Grande Vitória, sua atividade não se enquadra naquela prevista no art. 173, § 1º, II, da Constituição. Como empresa pública estadual prestadora de serviço público de transporte intermunicipal, referido ente submete-se ao regime de direito público. Por conseguinte, a ele se aplica, sem restrições, a imunidade recíproca prescrita no art. 150, VI, a, do Texto Constitucional, sendo inadmissível a incidência de impostos sobre seu patrimônio, renda e serviços. Daí a inexigibilidade, por exemplo, do Imposto sobre a Renda e do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza.

Idêntico é o entendimento de **Raquel Discacciati Bello**²³:

As empresas estatais, como esclarecido anteriormente, integram a administração indireta, seus bens e patrimônio são públicos, a renda proveniente de suas atividades reverte-se ao custeio do próprio serviço, submete-se às normas da licitação pública para compra e alienação de bens etc.

Muito embora assumam forma de direito privado, são submetidas a inúmeras normas do regime jurídico-administrativo. Regem-se, em quase toda sua extensão, pelas normas de direito público, inclusive as relativas à tributação. É bastante intensa a presença deste regime publicístico, o que não ocorre, com igual vigor, em relação às exploradoras de atividade econômica.

Torna-se ainda mais evidente, quanto à imunidade das empresas estatais na condição de prestadoras dos serviços públicos, o fato de terem sido criadas com a expressa finalidade de atuarem em nome do Estado, em atividade tipicamente estatal. A prestação de serviços públicos, que nada mais é que uma de suas mais importantes funções na realização dos interesses coletivos.

Semelhante é a conclusão de **Ives Gandra Martins**²⁴:

A leitura mais rápida do dispositivo poderia levar à impressão que todos os serviços públicos, que sejam remunerados por tarifas ou preços públicos, não poderiam ser abrangidos pela imunidade dos impostos. Vale dizer, tanto o regime jurídico do art. 173 quanto o do 175 estariam fora da proteção da imunidade, mesmo que preço público ou tarifa remunerassem o serviço prestado.

[...]

Apenas à primeira vista, tal interpretação poderia prevalecer em relação a serviços públicos monopolizados ou aqueles essenciais, ou de

²³ BELLO, Raquel Discacciati. Imunidade tributária das empresas prestadoras de serviços públicos. *Revista de Informação Legislativa*. a 33, n. 132, out./dez, 1996, p. 191.

²⁴ MARTINS, Ives Gandra. Imunidade tributária dos correios e telégrafos. *Revista Jurídica*. n. 288, out/2001, p. 34;36.

exclusiva responsabilidade da União, lembrando-se que para estes não há necessidade da característica fundamental de outros serviços públicos, qual seja, a alternativa válida.

[...]

Para tal atuação estatal, não é o regime do artigo 173 que deve ser aplicado, mas o do artigo 175 e não os §§ 2º e 3º do artigo 150, mas o inciso VI, letra ~~a~~, do mesmo dispositivo, por serem daqueles serviços sem alternativa válida para o usuário.

Nessa esteira, o professor **Eduardo Sabbag**²⁵ escreve que:

[...] o STF tem entendido que certas empresas públicas, executoras de serviços públicos de prestação obrigatória e exclusiva do Estado, avocarão o beneplácito constitucional, uma vez que se mostram como ~~longa~~ ~~manus~~ das pessoas políticas que, por meio de lei, as criam e lhes apontam os objetivos públicos a alcançar. Vale dizer que ~~as~~ empresas públicas prestadoras de serviços públicos de prestação obrigatória pelo Estado gozam de imunidade tributária recíproca, não devendo pagar impostos sobre seus patrimônios, rendas e serviços, mesmo que estes estejam vinculados às suas finalidades essenciais.

À mesma conclusão chegou o Professor de Direito Tributário da UFPB e Doutor em Direito Tributário pela PUC/SP, **Geilson Salomão Leite**²⁶, em consulta formulada pela Companhia de Águas e Esgotos da Paraíba - CAGEPA, quanto à aplicação da imunidade recíproca sobre suas rendas e serviços:

1º) os serviços próprios do Estado, quais sejam, aqueles que só ele pode prestar, sem possibilidade de delegação, não podem, por força da imunidade recíproca, ser alcançados pelo ISS;

2º) os serviços impróprios do Estado, quais sejam, aqueles que não afetam substancialmente as necessidades da comunidade, mas satisfazem interesses comuns de seus membros, e, por isso, a Administração os presta remuneradamente, por seus órgãos ou entidades descentralizadas (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações governamentais), ou delega sua prestação a concessionários, permissionários ou autorizatários, somente se sujeitam ao ISS quando delegados a particulares, porquanto, nos termos do art. 173 da CF, o Poder Público, inclusive seus órgãos ou entidades descentralizadas, não tem por fito, em princípio, a exploração econômica ou lucrativa de atividades, embora excepcionalmente possam tê-lo por disposição expressa do seu estatuto jurídico, quando, então, e somente nesta hipótese, se sujeitarão ao referido tributo.

²⁵ SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 302.

²⁶ Em parecer no qual sustenta a imunidade tributária da Companhia de Águas e Esgotos da Paraíba - CAGEPA, de 24 laudas, doc. 11, p. 22-24.

[...]

5. Resposta aos quesitos

[...]

A imunidade recíproca alcança os serviços prestados pela consultante?

Sim, a imunidade recíproca proíbe o município de cobrar ISS incidente sobre serviços públicos desenvolvidos por uma sociedade de economia mista estadual sem finalidade lucrativa.

No mesmo diapasão segue o entendimento de **Eurípedes Brito Cunha**²⁷, em parecer sobre a aplicação da imunidade recíproca a sociedade de economia mista prestadora de serviços públicos da Bahia:

A consultante, criada por lei, com recursos do Tesouro Estadual, tem a finalidade exclusiva de executar atividades de processamento de dados para os órgãos integrantes da Administração Pública do Estado da Bahia. O Fisco Municipal, cobrando impostos e multas, está também impondo-a indiretamente ao Estado da Bahia, consequentemente, transgredindo mandamento constitucional.

[...]

A sensibilidade do Poder Judiciário saberá com certeza evitar o caos que se estabeleceria com o farpeamento dos princípios da imunidade recíproca introduzida em nossa Carta Magna desde 1981, numa linha de entendimento de ser passível de tributação, os bens, rendas e serviços dos entes federativos e suas instrumentalidades, fortalecendo um em detrimento do outro, instalando-se por conseguinte, a chamada %guerra tributária+.

Essa foi a tese acolhida pela jurisprudência, **em especial do**

STF:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. SERVIÇO PÚBLICO DE ÁGUA E ESGOTO. APLICABILIDADE. 1. **A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende que a sociedade de economia mista prestadora de serviço público de água e esgoto é abrangida pela imunidade tributária recíproca, nos termos da alínea ãoã**

²⁷ CUNHA, Eurípedes Brito. Imunidade tributária . empresa pública e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público. *Ciência Jurídica*. n. 77, set./out, 1997, p. 347-348.

do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal. Precedentes. 2. Agravo regimental desprovido.

(STF, RE 631309 AgR, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 27/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-081 DIVULG 25-04-2012 PUBLIC 26-04-2012) [CETESB - COMPANHIA DE TECNOLOGIA DE SANEAMENTO AMBIENTAL - SP]

DECISÃO: O recurso extraordinário a que se refere o presente agravo revela-se processualmente inviável, eis que se insurge contra acórdão que decidiu a causa em estrita conformidade com a orientação jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal firmou na matéria em exame. Com efeito, a colenda Primeira Turma desta Suprema Corte, ao julgar o RE 763.000-AgR/ES, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, fixou entendimento que desautoriza a pretensão de direito material deduzida pela parte ora recorrente: "AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. SERVIÇO DE SANEAMENTO. IMUNIDADE RECÍPROCA RECONHECIDA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. APLICAÇÃO DA SÚMULA 279/STF. É firme o entendimento desta Corte no sentido de que a imunidade recíproca é aplicável às sociedades de economia mista prestadoras de serviço de distribuição de água e saneamento, tendo em vista que desempenham atividade de prestação obrigatória e exclusiva do Estado.

As instâncias ordinárias assentaram que a companhia é controlada pelo Governo do Estado do Espírito Santo e que tem por finalidade essencial os serviços de abastecimento de água e esgotos sanitários, razão pela qual as taxas cobradas a título de serviço teriam por escopo cobrir os custos operacionais, sem qualquer finalidade lucrativa. Dessa forma, o acolhimento da pretensão encontra óbice na Súmula 279/STF. Agravo regimental a que se nega provimento." (grifei) O exame da presente causa evidencia que o acórdão ora impugnado ajusta-se à diretriz jurisprudencial que esta Suprema Corte firmou na análise da matéria em referência.

Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, conheço do presente agravo, para negar seguimento ao recurso extraordinário, eis que o acórdão recorrido está em harmonia com diretriz jurisprudencial prevalecente nesta Suprema Corte (CPC, art. 544, § 4º, II, "b", na redação dada pela Lei nº 12.322/2010). **(STF, RE com Agravo nº 806.589, Min. Celso de Melo, Pulicada no DJe do TJ/ES em 12/08/2015 É data do protocolo desta ação)**

[COMPANHIA ESPÍRITO SANTENSE DE SANEAMENTO É CESAN]

DECISÃO: Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que inadmitiu recurso extraordinário, fundado no art. 102, III, a, da Constituição Federal, que impugna acórdão assim ementado:

%PELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO. ISSQN. ANULAÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO. ISENÇÃO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. SERVIÇO PÚBLICO OBRIGATÓRIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. Preliminar.[...]. 2. Mérito. A questão colocada a julgamento cinge-se em estabelecer se os serviços de instalação e manutenção de hidrômetros configuram hipótese de incidência para o lançamento do ISSQN, bem como se a isenção contida no art. 11 do DL n. 406/1968 beneficia a companhia de saneamento. 2.1. Se o contrato administrativo firmado entre a municipalidade e uma sociedade empresária visava a prestação de serviços de instalação e manutenção de hidrômetros então, em tese, haveria a configuração do fato jurídico tributário: %execução por empreitada de obra hidráulica e outras semelhantes+ 2.2. Com a promulgação da CF/88, restou vedado à União %constituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios+ (CF; art. 151, III). E o artigo 41 e parágrafos do ADCT estabelece que serão %revogados após dois anos, a partir da data de promulgação da Constituição, os incentivos que não forem confirmados por lei+. É o caso dos autos. 2.3. Assim, %tratando-se de fatos geradores do imposto sobre serviços ocorridos após o biênio transitório do art. 41 do ADCT e sem que tenha havido confirmação, pela legislação municipal, da isenção anteriormente prevista em legislação federal (arts. 151, III, e 156, III, da CF), a tributação na espécie é constitucionalmente cabível+ (STF-2º T., AgRg-RE 219.694/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 01/09/2006). 2.4. **Todavia, o Supremo**

Tribunal Federal tem firmado o entendimento que a imunidade tributária recíproca prevista no art. 150, VI, I al e seu § 2º atinge não só as empresa públicas como também as sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos obrigatórios, a exemplo da CESAN. Precedentes. 2.5. Portanto, na esteira dos precedentes da Suprema Corte tem-se que incide a imunidade tributária prevista no art. 150, VI, I al e seu § 2º da CF, pois a recorrente CESAN é sociedade de economia mista prestadora de serviço público obrigatório. Por consequência, nulo é o auto de infração e inexigível é o ISSQN, e defesa é a inscrição em dívida ativa. 2.6. Honorário advocatícios majorados. 3. Apelo da recorrente CESAN provido. Unânime. 4. Apelo do recorrente Município de Vila Velha desprovido. Remessa prejudicada. Unânime.

O recorrente alega que não obstante seja a recorrida, de fato, sociedade de economia mista prestadora de serviços públicos obrigatórios, o serviço objeto dos autos não é o serviço público abarcado pela imunidade prevista no texto constitucional.

Afirma que o serviço público agasalhado pela imunidade é o de fornecimento de água e esgoto, todavia, o auto de infração impugnado trata de serviços de implantação de hidrômetros, os quais não gozam da proteção constitucional.

De início, cumpre ressaltar que o acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que vem estendendo às

sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos a imunidade recíproca de que trata o art. 150, VI, a, da Constituição Federal. Nesse sentido, além de outros, confira-se:

[...]

Quanto à alegação de que o serviço de que cuida a hipótese concreta não se identifica com o serviço público prestado pela recorrida, está correta a decisão agravada ao afirmar que o pleito demanda o exame do conjunto fático-probatório delineado nos autos.

Esta providência é incompatível com a via do recurso extraordinário, consoante o disposto pelo Enunciado 279 da Súmula da Jurisprudência do STF.

Ademais, o exame pretendido pelo recorrente encontra, também, o óbice do Enunciado 454 da Súmula da Jurisprudência desta Corte, uma vez que demandaria a análise das cláusulas do contrato celebrado entre a municipalidade e a sociedade empresária.

Diante do exposto, nego seguimento ao agravo de instrumento (art. 557, CPC, e art. 21, § 1º, RISTF). (STF, AI 813700/ES, Rel. Min. Gilmar Mendes, Julg. 27/06/2011, Publicação: 01/07/2011) **[COMPANHIA ESPÍRITO SANTENSE DE SANEAMENTO É CESAN]**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ART. 150, INC. VI, ALÍNEA A, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. **IMUNIDADE EXTENSIVA A SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA DELEGATARIAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS.** JULGADO RECORRIDO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.

[...]

Trata-se de Mandado de Segurança ajuizado pela CAGEPA - Companhia de Águas e Esgotos da Paraíba em face do Município de João Pessoa, que se insurge contra auto de infração no qual a empresa não recolhera ISSQN nos meses de Janeiro de 99 a Julho de 2003.

A matéria, devolvida em sede do Recurso de Apelação, gravita em torno da possibilidade ou não da Sociedade de Economia Mista à natureza jurídica da impetrante à ser considerada para a proteção da imunidade tributária prevista no art. 150,VI da Constituição Federal.

[...]

Quando a Constituição repele a tributação entre esferas de governo distintas, por meio do art. 150, traz a chamada imunidade recíproca cujo objetivo é o respeito ao princípio federalista que determina autonomia e cooperação entre os entes.

Entendo que tal proteção deve sim ser estendida, além das autarquias, às empresas públicas e sociedades de economia mista, desde que estas prestem serviços públicos, este serviço seja de prestação originalmente obrigatória e exclusiva do Estado, e ainda, em caráter de

monopólio. É bem distinto do caso em que, através de uma sociedade de economia mista, o Ente estivesse explorando, diretamente atividade econômica em concorrência com a iniciativa privada, ferindo o princípio constitucional da ampla concorrência.

[...]

4. Pela jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, a imunidade tributária prevista no art. 150, inc. VI, alínea a, da Constituição da República alcança as sociedades de economia mista delegatárias de serviços públicos que não atuem em ambiente concorrencial.

Na espécie vertente, tem-se a prestação exclusiva de serviço público essencial (fornecimento de água e esgoto) por ente da Administração Pública Indireta (sociedade de economia mista), e não por sociedade empresária concessionária de serviço público, circunstância que atrai a incidência da imunidade recíproca.

[...]

5. Pelo exposto, nego seguimento ao recurso extraordinário (art. 557, caput, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

(**STF**, RE 629582/PB, Rel. Min. Cármen Lúcia, Julg.: 11/11/2010, Public.

24/11/2010) [**CACEPA - COMPANHIA DE ÁGUAS E ESGOTOS DA PARAÍBA**]

DECISÃO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO . IMUNIDADE RECÍPROCA . SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO . PRECEDENTES . PROVIMENTO. 1. Sociedade de economia mista, prestadora de serviço público de abastecimento de água e remoção de esgotos sanitários, insurge-se contra acórdão no qual o Tribunal de Justiça do Paraná proclamou a ausência do direito à imunidade tributária recíproca, presente a cobrança do Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana . IPTU, relativamente ao imóvel que ocupa. O Tribunal, no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo nº 638.315/BA, da relatoria do ministro Cezar Peluso, reafirmou o entendimento jurisprudencial e concluiu pela possibilidade de extensão da imunidade tributária recíproca, nos termos do artigo 150, inciso VI, alínea ~~mat~~, da Constituição da República, à Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária . INFRAERO, na qualidade de empresa pública prestadora de serviço público. O precedente é observável quanto às sociedades de economia mista incumbidas de realização de serviços públicos, considerada a definição do alcance do artigo 173, § 2º, da Carta de 1988. 2. Diante da sedimentação do entendimento, ressalvada a óptica pessoal, conheço do agravo e o provejo, consignando o enquadramento do extraordinário no permissivo da alínea ~~mat~~ do inciso III do artigo 102 da Constituição Federal. Ante o precedente, julgo, desde logo, o recurso, nos termos do artigo 544, § 4º, inciso II, alínea ~~mat~~, do Código de Processo Civil, para, reformando o acórdão impugnado, assentar a imunidade da recorrente no tocante ao IPTU alusivo aos imóveis vinculados às finalidades

essenciais que desenvolve. 3. Publiquem. Brasília, 4 de dezembro de 2013. Ministro MARCO AURÉLIO Relator.

(ARE 655028, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 04/12/2013, publicado em DJe-251 DIVULG 18/12/2013 PUBLIC 19/12/2013)

[COMPANHIA DE SANEAMENTO DO PARANÁ É SANEPAR]

Decisão: Trata-se de recurso extraordinário interposto de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado: [...] Decido. Afasto o sobrestamento determinado à fl. 223. Entendo como suficiente ao deslinde da causa, a alegada violação ao art. 150, III, a da Constituição Federal. Observo, inicialmente, ser incontroverso que a recorrente é uma sociedade de economia mista, criada por lei para desenvolver serviço público essencial de água e esgoto. Também não se controverte que a participação acionária do Estado do Rio do Grande do Sul, no caso, é 99% (noventa e nove por cento), sendo as demais ações de propriedade de 8 (oito) Municípios. Na jurisprudência da Corte, a imunidade tributária prevista no art. 150, inc. VI, alínea a, da Constituição alcança as sociedades de economia mista concessionárias ou delegatárias de serviços públicos que não atuem em ambiente concorrencial. Na espécie, tem-se a prestação exclusiva de serviço público essencial (água e esgoto) por ente da administração pública indireta (sociedade de economia mista), e não por empresa particular concessionária de serviço público, circunstância que atrai a incidência da imunidade recíproca. Nesse sentido: [...]. Diante do exposto, dou provimento ao recurso extraordinário para reconhecer a insubsistência da cobrança do ISS, objeto da irresignação. Condene o recorrido no pagamento das custas e em honorários de advogado, nos termos do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, em R\$ 5.000,00. Publique-se. Brasília, 17 de dezembro de 2013. Ministro Dias Toffoli Relator Documento assinado digitalmente. (RE 456692, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 17/12/2013, publicado em DJe-022 DIVULG 31/01/2014 PUBLIC 03/02/2014)

[COMPANHIA RIOGRANDENSE DE SANEAMENTO É CORSAN]

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE RECÍPROCA. ARTIGO 150, VI, ~~da~~ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EXTENSÃO. EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA DELEGATÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. As empresas públicas e sociedades de economia delegatárias de serviços públicos de prestação obrigatória e exclusiva do Estado são abrangidas pela imunidade tributária recíproca prevista no artigo 150, VI, ~~da~~ da Constituição Federal. (Precedentes: RE nº 399.307-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 30/04/10; AC nº 1.851-QO, Segunda Turma Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJe de 1º/08/08; RE nº 363.412-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 19/09/08; RE nº 424.227, RE nº 603.020, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 05/08/11; AI n. 654.766, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 14/11/11. 2. Na caso sub judice, tem-se a prestação exclusiva de serviço público essencial (abastecimento de água

Página 49 de 64

e remoção de esgoto) por ente da Administração Pública Indireta (sociedade de economia mista), e não por empresa concessionária de serviço público, circunstância que atrai a incidência da imunidade recíproca. 3. In casu, o acórdão recorrido assentou: [...]. DECIDO. O recurso não merece prosperar. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que as empresas públicas e sociedades de economia delegatárias de serviços públicos de prestação obrigatória e exclusiva do Estado são abrangidas pela imunidade tributária recíproca prevista no artigo 150, VI, ~~da~~ da Constituição Federal. Na caso sub judice, tem-se a prestação exclusiva de serviço público essencial (abastecimento de água e remoção de esgoto) por ente da Administração Pública Indireta (sociedade de economia mista), e não por empresa concessionária de serviço público, circunstância que atrai a incidência da imunidade recíproca. À guisa de exemplo, cito os seguintes julgados, verbis: [...] In casu, verifica-se que o citado aresto está em harmonia com a jurisprudência desta Corte. Ex positis, NEGO PROVIMENTO ao recurso extraordinário, com fundamento no art. 21, § 1º, do RISTF. Publique-se. Brasília, 30 de abril de 2012. Ministro Luiz Fux Relator Documento assinado digitalmente.

(RE 674733, Relator(a). Min. LUIZ FUX, julgado em 30/04/2012, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-091 DIVULG 09/05/2012 PUBLIC 10/05/2012)

[COMPANHIA CATARINENSE DE ÁGUAS E SANEAMENTO É CASAN]

Decisão: Vistos. Cuida-se de **ação cível originária** proposta pela Companhia de Saneamento de Alagoas . CASAL, em face da União e do Município de Maceió, por meio da qual requer a declaração de sua imunidade tributária, nos termos do artigo 150, VI, ~~da~~ da Constituição Federal, afastando-se, especialmente, a incidência do IR, IOF e IPTU+, bem como que seja declarada a sua sujeição ~~ao~~ regime cumulativo de PIS/COFINS, em decorrência de sua natureza de autarquia, tal como prevê os artigo 8º e 10 das Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2002, respectivamente+. Consta requerimento de tutela antecipada, inaudita altera parte, com o fito de que seja ~~reconhecido~~ à Autora o direito à imunidade tributária recíproca de todos os impostos incidentes sobre o patrimônio, renda e serviços da Autora, em especial o IR, IPTU e o IOF, na forma do artigo 150, VI, ~~da~~ da Constituição de 1988, tal como que seja igualmente assegurado à Autora o direito à apuração da contribuição ao PIS e da COFINS pelo regime cumulativo, nos termos do art. 8º, V, da Lei 10.637/2002, e do art. 10, da Lei 10.833/2003; ou, alternativamente, que autorize o depósito judicial do quantum debeatur correspondente aos tributos devidos a que estão atualmente sujeitos a Autora+. [...]. No caso sob exame, depreende-se das Leis estaduais nº 2491/1962 e nº2557/1963, bem assim do regimento interno da CASAL, a estes autos juntados, que a autora da demanda, em que pese ostentar a natureza de ente privado: (i) executa serviço público de abastecimento de água e tratamento de esgoto; e (ii) o faz de modo exclusivo. Do mesmo modo, acerca do controle acionário, verifica-se, em certidão juntada aos autos (referenciada na exordial como doc. 03), que o percentual de participação do Estado de Alagoas no capital social da empresa é de 99,96%. Saliente-se, por fim, que se trata de empresa de capital fechado, consoante consta do art. 1º do seu estatuto social. A situação dos autos, portanto, em análise prefacial, em muito se assemelha à

Página 50 de 64

examinada nos autos do RE nº 253.472/SP, não se inserindo, ademais, dentre as hipóteses para as quais a Corte atribuiu repercussão geral. [...]. Desse modo, a antecipação dos efeitos da tutela, na espécie, nos termos dos precedentes citados, deve ficar restrita ao reconhecimento do direito da autora à imunidade de impostos sobre patrimônio, renda ou serviços %inculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes+ (art. 150, § 2º, da CF), excluídas, desse modo, da imunização, eventuais patrimônio, renda e serviços que visem exclusivamente ao aumento patrimonial da autora e, por consequência, dos entes que detêm o seu controle acionário. [...] Por todo exposto, concedo parcialmente a antecipação dos efeitos da tutela, para reconhecer à autora o direito à imunidade de impostos sobre patrimônio, renda ou serviços %inculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes+ (art. 150, § 2º, da CF), excluídas da imunização eventuais patrimônio, renda e serviços que visem exclusivamente ao aumento patrimonial da autora e, por consequência, dos entes que detêm o seu controle acionário. Publique-se. Brasília, 17 de outubro de 2013. Ministro Dias Toffoli. (ACO 2243 MC. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 17/10/2013, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-212 DIVULG 24/10/2013 PUBLIC 25/10/2013)

[COMPANHIA DE SANEAMENTO DE ALAGOAS É CASAL]

E M E N T A: INFRAERO - EMPRESA PÚBLICA FEDERAL VOCACIONADA A EXECUTAR, COMO ATIVIDADE-FIM, EM FUNÇÃO DE SUA ESPECÍFICA DESTINAÇÃO INSTITUCIONAL, SERVIÇOS DE INFRA-ESTRUTURA AEROPORTUÁRIA - MATÉRIA SOB RESERVA CONSTITUCIONAL DE MONOPÓLIO ESTATAL (CF, ART. 21, XII, "C") - POSSIBILIDADE DE A UNIÃO FEDERAL OUTORGAR, POR LEI, A UMA EMPRESA GOVERNAMENTAL, O EXERCÍCIO DESSE ENCARGO, SEM QUE ESTE PERCA O ATRIBUTO DE ESTATALIDADE QUE LHE É PRÓPRIO - OPÇÃO CONSTITUCIONALMENTE LEGÍTIMA - CRIAÇÃO DA INFRAERO COMO INSTRUMENTALIDADE ADMINISTRATIVA DA UNIÃO FEDERAL, INCUMBIDA, NESSA CONDIÇÃO INSTITUCIONAL, DE EXECUTAR TÍPICO SERVIÇO PÚBLICO (LEI Nº 5.862/1972) - CONSEQUENTE EXTENSÃO, A ESSA EMPRESA PÚBLICA, EM MATÉRIA DE IMPOSTOS, DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL FUNDADA NA GARANTIA DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA (CF, ART. 150, VI, "A") - O ALTO SIGNIFICADO POLÍTICO-JURÍDICO DESSA GARANTIA CONSTITUCIONAL, QUE TRADUZ UMA DAS PROJEÇÕES CONCRETIZADORAS DO POSTULADO DA FEDERAÇÃO - IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DA INFRAERO, EM FACE DO ISS, QUANTO ÀS ATIVIDADES EXECUTADAS NO DESEMPENHO DO ENCARGO, QUE, A ELA OUTORGADO, FOI DEFERIDO, CONSTITUCIONALMENTE, À UNIÃO FEDERAL - DOUTRINA - JURISPRUDÊNCIA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - AGRAVO IMPROVIDO. - A INFRAERO, que é empresa pública, executa, como atividade-fim, em regime de monopólio, serviços de infra-estrutura aeroportuária constitucionalmente outorgados à União Federal, qualificando-se, em razão de sua específica destinação institucional, como entidade delegatária dos serviços públicos a que se refere o art. 21, inciso XII, alínea "c", da Lei Fundamental, o que exclui essa empresa

Página 51 de 64

governamental, em matéria de impostos, por efeito da imunidade tributária recíproca (CF, art. 150, VI, "a"), do poder de tributar dos entes políticos em geral. Conseqüente inexigibilidade, por parte do Município tributante, do ISS referente às atividades executadas pela INFRAERO na prestação dos serviços públicos de infra-estrutura aeroportuária e daquelas necessárias à realização dessa atividade-fim. O ALTO SIGNIFICADO POLÍTICO-JURÍDICO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA, QUE REPRESENTA VERDADEIRA GARANTIA INSTITUCIONAL DE PRESERVAÇÃO DO SISTEMA FEDERATIVO. DOCTRINA. PRECEDENTES DO STF. INAPLICABILIDADE, À INFRAERO, DA REGRA INSCRITA NO ART. 150, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO. - A submissão ao regime jurídico das empresas do setor privado, inclusive quanto aos direitos e obrigações tributárias, somente se justifica, como consectário natural do postulado da livre concorrência (CF, art. 170, IV), se e quando as empresas governamentais explorarem atividade econômica em sentido estrito, não se aplicando, por isso mesmo, a disciplina prevista no art. 173, § 1º, da Constituição, às empresas públicas (caso da INFRAERO), às sociedades de economia mista e às suas subsidiárias que se qualifiquem como delegatárias de serviços públicos. (RE 363412 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 07/08/2007, DJe-177 DIVULG 18-09-2008 PUBLIC 19-09-2008 EMENT VOL-02333-03 PP-00611) (grifo nosso).

Acompanha o entendimento do Excelso Pretório a jurisprudência de outros tribunais:

EMENTA CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE. ART. 150, VI, ALÍNEA A, § 2º, DA CF/88. SERVIÇO PÚBLICO DE ÁGUA E ESGOTAMENTO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO DOS VALORES INDEVIDAMENTE RECOLHIDOS. 1. A Suprema Corte pacificou a questão no sentido de que a imunidade tributária recíproca alcança as sociedades de economia mista delegatárias de serviços públicos que não atuem em ambiente concorrencial. 2. Hipótese em que a impetrante tem como finalidade a "administração e a prestação dos serviços públicos de água e esgotos sanitários em todo o Estado do Rio Grande do Norte", fazendo jus, portanto, ao benefício tributário. 3. Não é possível a utilização de mandado de segurança como substitutivo de ação de cobrança. Súmulas 269 e 271, ambas do STF. 4. Apelações e remessa oficial improvidas. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos em que figuram como partes as acima identificadas, DECIDE a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento às apelações e à remessa oficial, nos termos do Relatório, do Voto do Relator e das Notas Taquigráficas

constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado. Recife, 08 de setembro de 2011 (data de julgamento). LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA. Desembargador Federal Relator (TRF 5, 3ª Turma, Julgado em 02/09/2011. Des. Relator Luiz Alberto Gurgel de Faria, Processo nº 0003804-05.2009.4.05.8400 . Origem: 2009.84.00.003804-5) [**CAERN É COMPANHIA DE ÁGUA E ESGOTO DO RIO GRANDE DO NORTE**]

CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO. ART. 150, VI, "A", DA CF/88. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. SERVIÇO PÚBLICO DE SANEAMENTO BÁSICO. APLICABILIDADE.

1. **O Supremo Tribunal Federal pacificou entendimento no sentido de que as sociedades de economia mista que, não objetivando lucro, prestam serviço público de saneamento básico, têm atuação correspondente à do próprio Estado, estando abrangidas pela imunidade tributária recíproca, prevista na alínea "a" do inciso VI do art. 150 da CF/88.**

2. Precedentes do STF: RE 631309 AgR, Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 27/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-081 DIVULG 25-04-2012 PUBLIC 26-04-2012 e RE 580264, AgR, Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 29/05/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-119 DIVULG 18-06-2012 PUBLIC 19-06-2012. 3. Apelação provida. (TRF 1ª Região, AC 2001.01.00.030438-3/DF, Proc. Origem: 9400081146, Rel.: Fausto Medanha Gonzaga, 6ª Turma Supl., Julg. 29/05/2012) [**COMPANHIA DE SANEAMENTO DO PARANÁ É SANEPAR**]

APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. PRELIMINAR. ISSQN. ANULAÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO. ISSENÇÃO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. SERVIÇO PÚBLICO OBRIGATÓRIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. Preliminar. Tempestividade do apelo do município de Vila Velha. Da decisão que inadmitiu o processamento do apelo, houve a interposição de agravo de instrumento (n. 3507900), que foi conhecido e provido. Saliente-se que a referida decisão transitou em julgado aos 11 de junho de 2007. Logo, é tempestivo o apelo. Preliminar rejeitada. Unânime. 2. Mérito. A questão colocada a julgamento cinge-se em estabelecer se o serviço de instalação e manutenção de hidrômetros configuram hipótese de incidência para lançamento do ISSQN, bem como se a isenção contida no art. 11 do DL nº. 406/1968 beneficia a companhia de saneamento. 2.1. Se o contrato administrativo firmado entre a municipalidade e uma sociedade empresária visava à prestação de serviço de instalação

Página 53 de 64

e manutenção de hidrômetros, então, em tese, haveria configuração do fato jurídico tributário: *%execução por empreitada de obra hidráulica e outras semelhantes+* 2.2. Com a promulgação da CF/88, restou vedado à União *%instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do DF ou dos municípios+(CF; art. 151, III). E o art. 41 e §§ do ADCT estabelece que serão %evogados após dois anos, a partir da data da promulgação da Constituição, os incentivos que não forem confirmados por lei+* É o caso dos autos. 2.3. Assim, *%tratando-se de fatos geradores do imposto sobre o serviço ocorrido após o biênio transitório do art. 41 do ADCT, e sem que tenha havido confirmação, pela legislação municipal, da isenção anterior prevista em legislação federal (artigos 151, III, e 156, III, da CF), a tributação na espécie constitucionalmente cabível+* (STF, 2ª T., AgRg-RE 219.694/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ, 01/09/06). 2.4. Todavia, o Supremo Tribunal Federal tem firmado o entendimento de que a imunidade tributária recíproca, prevista no art. 150, VI, *%at,* e seu § 2º, atinge não só as empresas públicas como também as sociedades de economia mista prestadoras de serviço público obrigatório, a exemplo da CESAN. Precedentes. 2.5. Portanto, na esteira dos precedentes da Suprema Corte, tem-se que incide a imunidade tributária prevista no art. 150, VI, *%at,* e seu § 2º, da CF, pois a recorrente CESAN é sociedade de economia mista prestadora de serviço público obrigatório. Por consequência, nulo é o auto de infração e inexigível o ISSQN, e defesa é a inscrição em dívida ativa. 2.6. Honorários advocatícios majorados. 3. Apelo da recorrente CESAN provido. Unânime. 4. Apelo do recorrente Município de Vila Velha desprovido. Remessa prejudicada. Unânime. Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Apelação Cível nº 035030161794, onde figuram como apelantes o Município de Vila Velha e a Companhia Espírito Santense de Saneamento . CESAN, e como apelados o Município de Vila Velha e a Companhia Espírito Santense de Saneamento . CESAN, acorda a Colenda 1ª Câmara Cível, na conformidade da ata e das notas taquigráficas da sessão, à unanimidade, rejeitar a preliminar argüida. No mérito, por idêntica votação, dá provimento ao apelo interposto pela Companhia Espírito Santense de Saneamento . CESAN e negar provimento ao recurso interposto pelo Município de Vila Velha, prejudicada a remessa necessária, tudo nos termos do voto do relator. Vitória (ES), 22 de setembro de 2009. Presidente Carlos Henrique do Amaral, Desembargador Relator. Conclusão: acorda a egrégia 1ª Câmara Cível, na conformidade da ata e notas taquigráficas da sessão, que integram esse julgado, à unanimidade, rejeitar a preliminar argüida. No mérito, por idêntica votação, dá provimento ao apelo interposto por Companhia Espírito Santense de Saneamento . CESAN e nega provimento ao recurso interposto pelo Município de Vila Velha, prejudicada a remessa necessária, tudo nos termos do voto do Relator. **[COMPANHIA ESPÍRITO SANTENSE DE**

SANEAMENTO É CESAN]

EMBARGOS INFRINGENTES. APELAÇÃO EM EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. SABESP. Sociedade de economia mista prestadora de serviços públicos. Imunidade tributária. Ocorrência. RECURSO NÃO PROVIDO. (TJSP; EI 0173566-15.2008.8.26.0000/50000; Ac. 6643081; Ubatuba; Décima Oitava Câmara de Direito Público; Rel. Des. Mourão Neto; Julg. 14/03/2013; DJESP 17/04/2013) **[COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO - SABESP]**

REEXAME NECESSÁRIO. TRIBUTÁRIO. IPTU. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. CASAN. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL. Imunidade tributária recíproca, prevista no art. 150, VI, "a", da CRFB/88, assegurada - Benesse constitucional restrita aos impostos, excluídas as taxas - Precedentes do STJ e deste sodalício - Repetição de indébito - Impossibilidade - Ausência de pagamento nos exercícios de 2005 a 2009 - Sucumbência recíproca configurada - Exegese do art. 21, caput, do CPC, observada a isenção de custas legais ao ente federado (art. 33, LC 156/97) e a compensação dos honorários (Súmula nº 306, STJ) . Sentença em reexame confirmada. "A casan Companhia catarinense de águas e saneamento, sociedade de economia mista prestadora de serviço público essencial, está imune à exigibilidade de IPTU (imposto predial e territorial urbano), já que 'as empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do estado são abrangidas pela imunidade tributária recíproca prevista no art. 150, VI, a, da constituição federal'. (re n. 407.099/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª turma, DJ de 6.8.2004)" (TJSC, AI n. 2010.051171-7, Rel. Des. João Henrique blasi, j. 11.4.11). (TJSC, reexame necessário n. 2012.086379-1, de tubarão, Rel. Des. Francisco oliveira neto, j. 26-02-2013). "[...]. Esta corte firmou o entendimento de que as sociedades de economia mista, prestadoras de serviço público, sujeitam-se à imunidade tributária recíproca, e de que essa imunidade é relativa apenas aos impostos". (re n. 342.314-2/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes). (TJSC; RN 2012.083763-1; Fraiburgo; Terceira Câmara de Direito Público; Rel. Des. Carlos Adilson Silva; Julg. 20/08/2013; DJSC 27/08/2013; Pág. 251) **[COMPANHIA CATARINENSE DE ÁGUAS E SANEAMENTO É CASAN]**

TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. AÇÃO DECLARATÓRIA.

Página 55 de 64

IMUNIDADE RECÍPROCA. EXTENSÃO À SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA EXPLORADORA DE SERVIÇO PÚBLICO OBRIGATÓRIO. ENTENDIMENTO PACIFICADO PELO STF. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. I. Embora o texto constitucional não tenha estendido expressamente a imunidade tributária recíproca às empresas públicas e sociedades de economia mista, o Supremo Tribunal Federal vem alargando a interpretação do art. 150, VI, "a", §2º da CF pacificando o entendimento, no sentido de que aludida imunidade é extensiva às empresas públicas e sociedades de economia mista, quando estas forem prestadoras de serviço público obrigatório. II. In casu, verifica-se que a requerente é uma sociedade de economia mista, cuja primordial atividade é a exploração do serviço público obrigatório de saneamento básico (abastecimento de água e esgotos sanitários), a que se refere o art. 23, IX da CF, sendo abrangida, portanto, pela imunidade recíproca. III. Recurso conhecido e desprovido. (TJSE; AC 2013214046; Ac. 12087/2013; Segunda Câmara Cível; Relª Juíza Conv. Iolanda Santos Guimarães; Julg. 13/08/2013; DJSE 19/08/2013) **[COMPANHIA DE SANEAMENTO DE SERGIPE É DESO]**

SF006582 . TRIBUTÁRIO . ISS . SERVIÇOS POSTAIS . EMPRESA PÚBLICA . ECT . IMUNIDADE TRIBUTÁRIA (ART. 150, VI, CF/88) RECONHECIDA POR SER A ECT EMPRESA PÚBLICA QUE NÃO EXERCITA ATIVIDADE ECONÔMICA . PENHORA DE BENS . LEI Nº 6.830/90 . IMPOSSIBILIDADE . 1. A imunidade prevista no art. 150, VI, a, da CF/88 alcança a ECT . Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, por ser esta empresa pública que não exerce atividade econômica, prestando típico serviço público, decorrente do monopólio postal reservado à União, podendo usufruir de privilégios fiscais não extensivos ao setor privado, além do que, seus bens, por expressa disposição normativa, acham-se equiparados aos da própria Fazenda Pública, sendo inaplicável a Lei nº 6.830/80 às execuções movidas contra a ECT. 2. Apelação improvida. (TRF 5ª R. . AC 122.205 . CE . 97.05.29279-5 . 2ª T. . Rel. Juiz Araken Mariz . DJU 11.06.1999 . p. 834).

No âmbito do Estado do Espírito Santo, as decisões são também sempre nesse mesmo sentido (v. docs. 07, 08 e 10).

Com base no posicionamento dos Tribunais Superiores, conforme a explanação supra, municípios capixabas têm reconhecido

administrativamente a imunidade recíproca de empresas estatais prestadoras de serviços públicos, conforme se observa na decisão anexa (Decisão 1.031/2011 . doc. 09), em que o Município de Cariacica reconheceu a aplicação da imunidade recíproca à CETURB-GV (estatal prestadora de serviço público).

Portanto, tanto a posição da doutrina quanto a da jurisprudência atualizada dão amparo ao pleito de declaração de imunidade recíproca formulado.

<p>8. DA AUSÊNCIA DE INTERESSE PÚBLICO NA TRIBUTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO, QUANDO EXECUTADO POR ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA DOS ESTADOS</p>

Cabe dizer ainda que não existe interesse público na tributação de serviços públicos, em especial os de saneamento, considerando a importância do investimento dos valores obtidos na melhoria da prestação dos serviços.

Nesse sentido, destaca-se estudo da Fundação Getúlio Vargas²⁸, que indica que a cada R\$ 1,00 (um real) investido no saneamento básico, o Estado economiza R\$ 1,67 (um real e sessenta e sete centavos), considerando os seguintes fatores: **a)** a redução do percentual de internações e de mortes decorrentes de infecções gastrointestinais, com correspondente redução da despesa com saúde pública; **b)** o aumento no aproveitamento escolar das crianças . cerca de 30%, ao passarem a ter acesso ao serviço de saneamento básico; **c)** o aumento na criação de postos de trabalho no setor turístico, gerando aumento do PIB; e **d)** a valorização dos imóveis que passam a contar com acesso à rede de saneamento.

²⁸ in PRADO, Aurélio. *Trabalho da AESBE mostra que o País só tem a ganhar com a desoneração tributária dos serviços de saneamento*. Rev. Sanear. n. 18, Jun. 2012, p. 13.

Portanto, evidencia-se a necessidade da declaração da imunidade tributária recíproca e seus respectivos efeitos, a teor do disposto no artigo 150, VI, ~~art.~~ da Constituição Federal, do seguimento doutrinário, precedentes jurisprudenciais supracitados e no posicionamento adotado pela Suprema Corte no que tange esta questão, e, por consequência, declare a inexistência de relação jurídica tributária entre a UNIÃO e a CESAN que obrigue esta ao recolhimento de impostos federais, possibilitando a restituição à CESAN dos valores que foram pagos, e os que serão pagos após a propositura desta ação a esse título, sob forma de compensação ou execução judicial.

9. DA INDEVIDA SUJEIÇÃO DA AUTORA AO REGIME DO PIS/PASEP E COFINS NÃO CUMULATIVO

Em 2002 e 2003, a União editou leis que alteraram significativamente a sistemática de apuração do PIS/PASEP e COFINS, sendo elas a leis nº 10.637/2002 (PIS/PASEP) e 10.833/2003 (COFINS).

Com as Leis 10.637/02 e 10.833/03, foi estabelecida o regime não cumulativo de apuração do PIS/PASEP e da COFINS, incidentes sobre a receita das empresas, com o aumento das alíquotas de 3% para 7,6% (COFINS) e de 0,65% para 1,65 (PIS/PASEP).

Tal sistemática, por força constitucional, já é aplicada à circulação de mercadorias, na apuração do ICMS, e à produção, na apuração do IPI.

No entanto, as leis referidas, relativas ao PIS/PASEP e COFINS, diferentemente das leis relativas ao ICMS e ao IPI, previram a possibilidade de aproveitamento de crédito de maneira bastante subjetiva, prevendo que se poderia aproveitar créditos de insumos - sem trazer uma definição legal para o termo -, embora os tributos referidos incidam sobre todo o faturamento da empresa.

Tal subjetividade deu margem a que a própria fazenda, através de prática questionável, editasse instrumentos normativos que delimitassem o conceito de insumos, dentre os quais a IN SRF 404/04 limitando esse conceito (repetindo o teor do art. 66, § 5º, da IN SRF 247/02 incluído pela IN SRF 358/03).

Ao definir o conceito de insumos, a Secretaria da Receita Federal o aproximou daquele utilizado na legislação do IPI, ou seja, mais restrito a bens consumidos ou aplicados na produção, relacionado a matéria-prima (MP), produto intermediário (PI) e material de embalagem (ME) (art. 25 da Lei nº 4.502/64 c/c o art. 226 do Decreto nº 7.212/2010). A referida instrução normativa prevê:

§ 4º Para os efeitos da alínea "b" do inciso I do **caput**, entende-se como insumos:

I - utilizados na fabricação ou produção de bens destinados à venda:

a) a matéria-prima, o produto intermediário, o material de embalagem e quaisquer outros bens que sofram alterações, tais como o desgaste, o dano ou a perda de propriedades físicas ou químicas, em função da ação diretamente exercida sobre o produto em fabricação, desde que não estejam incluídas no ativo imobilizado;

b) os serviços prestados por pessoa jurídica domiciliada no País, aplicados ou consumidos na produção ou fabricação do produto;

II - utilizados na prestação de serviços:

a) os bens aplicados ou consumidos na prestação de serviços, desde que não estejam incluídos no ativo imobilizado; e

b) os serviços prestados por pessoa jurídica domiciliada no País, aplicados ou consumidos na prestação do serviço.

Portanto, houve prejuízos de vários segmentos na implantação do sistema não cumulativo do PIS/PASEP e COFINS, notadamente do setor de serviços, o qual não apresenta tantos insumos em conformidade com a previsão da Instrução Normativa SRF nº 404/04, que traz conceito mais apropriado ao comércio e à indústria, e ajusta-se mais à apuração do ICMS e do IPI.

Assim, as companhias estaduais de saneamento foram duramente atingidas com a alteração do regime de apuração do PIS/PASEP e da

COFINS, tendo em vista que possuem pouquíssimos insumos adequados ao conceito da IN SRF nº 404/04, em vista do faturamento apresentado.

Essa foi a conclusão do consultor econômico Raul Velloso²⁹, Ph.D em economia pela Universidade de Yale, nos EUA, em seu artigo Necessidade de investimento no saneamento básico:

Ao contrário do normalmente apresentado, a carga tributária no setor de saneamento foi substancialmente majorada após a introdução da nova sistemática de cobrança do PIS/Cofins, a partir de 2002 e 2003.

O pagamento de tributos torna-se ainda mais grave diante das elevadas carências do setor e dos investimentos necessários para viabilizar a universalização do atendimento até 2030. Tomando por base o Plano Nacional de Saneamento Básico, é grande a probabilidade de não haver recursos suficientes para financiar os investimentos previstos.

Ou seja, a isenção tributária das empresas de saneamento é um instrumento fundamental para viabilizar o plano de investimentos do governo federal, elaborado com o objetivo de universalizar o atendimento de água e esgoto até 2030.

Para ilustrar o impacto referido, encaminhamos planilha comparativa da apuração pelo sistema não cumulativo e pelo sistema cumulativo (doc. 14).

No entanto, caso reconhecida a aplicação da imunidade recíproca a esta Companhia, caberá o retorno ao regime cumulativo de apuração do PIS/PASEP e da COFINS, por força do art. 8º da Lei nº 10.637/02 e 10 da Lei nº 10.833/03, que dispõem:

Art. 8º Permanecem sujeitas às normas da legislação da contribuição para o PIS/Pasep, vigentes anteriormente a esta Lei, não se lhes aplicando as disposições dos arts. 1º a 6º:

[...]

IV . **as pessoas jurídicas imunes a impostos;**

V . os órgãos públicos, **as autarquias** e fundações públicas federais, estaduais e municipais, e as fundações cuja criação tenha sido

²⁹ in VELLOSO, Raul. *Necessidades de investimento no saneamento básico*. Rev. Sanear. n. 18, Jun. 2012, p. 15-17.

autorizada por lei, referidas no art. 61 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988;

Art. 10. Permanecem sujeitas às normas da legislação da COFINS, vigentes anteriormente a esta Lei, não se lhes aplicando as disposições dos arts. 1º a 8º:

[...]

IV - **as pessoas jurídicas imunes a impostos;**

V - os órgãos públicos, **as autarquias** e fundações públicas federais, estaduais e municipais, e as fundações cuja criação tenha sido autorizada por lei, referidas no art. 61 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição;

Nesse sentido, Hiromi Higuchi³⁰, se referindo às exclusões do sistema não cumulativo, escreve: *Na exclusão subjetiva estão incluídas as pessoas jurídicas imunes a impostos*. E a imunidade prevista no art. 150, inc. VI, ~~art.~~ § 3º, da Constituição, é subjetiva, sendo objetivas as previstas na alínea ~~VI~~ do inc. VI do art. 150 da CRFB.

Portanto, seja por possuir natureza equiparada à de autarquia (por se tratar de sociedade de economia mista prestadora de serviço público essencial), seja por ser a Companhia imune a impostos (por força do art. 150, VI, ~~art.~~ da Constituição), cabe a sujeição ao recolhimento do PIS/PASEP e da COFINS através da sistemática cumulativa, com as alíquotas de 0,65% a título de contribuição ao PASEP e 3% em relação à COFINS.

10. DOS PEDIDOS

Em razão do exposto, requer de V.Ex.^a:

³⁰ HIGUCHI, Hiromi. *Imposto de Renda das empresas: interpretação e prática: atualizado até 10-01-2012*. 37. Ed. São Paulo: IR Publicações, 2012, p. 832.

1. A citação do Réu para que, querendo, responda à presente ação, sob pena de revelia;

2. Sejam julgados procedentes os pedidos, com a declaração da imunidade tributária recíproca e seus respectivos efeitos, a teor do disposto no artigo 150, VI, ~~par~~ da Constituição Federal e, por consequência, declare a inexistência de relação jurídica tributária entre a UNIÃO e a CESAN que obrigue esta ao recolhimento de impostos federais incidentes sobre os seus bens, rendas ou serviços, afastando-se, em especial, a incidência do IR e do IOF, bem como declare a sujeição da Autora ao regime cumulativo de PIS/PASEP e COFINS;

3. A condenação da Ré em repetir, em favor da Autora, os valores pagos indevidamente a título de IR, IOF, PASEP e COFINS nos últimos 5 (cinco) anos, contados da data da propositura desta ação, acrescidos de correção monetária, através da SELIC, a partir da data do recolhimento, a ser apurado em fase de liquidação de sentença.

6. A condenação da ré ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, estes na proporção de 3% a 5% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, §§ 2º e 3º da Lei 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil);

Protesta pela produção de provas por todos os meios admitidos em direito, especialmente a documental e, em caso de liquidação de sentença, pericial.

Dá à causa o valor de R\$ 74.743.821,54 (setenta e quatro milhões, setecentos e quarenta e três mil, oitocentos e vinte e um reais e cinquenta e quatro centavos).


Termos em que,

Pede Deferimento.

Vitória, 06 de agosto de 2015.


STÊNIO SANTOS SALES
OAB/ES 12.385 / CRC/ES 19.594


ROMEUSOZUA NASCIMENTO JUNIOR
OAB/ES 10.431


ANA CRISTINA MUNHÓS DE SOUZA
OAB/ES 2.970

Rol de documentos:

- 01) Procuração;
- 02) Estatuto e ata de eleição dos administradores;
- 03) Lei que autoriza a criação da CESAN, n. 2.282/67 e Decreto que a regulamenta, de n. 2.575/67, Lei Complementar 382/2007, que trata da ADERES, e Lei Complementar 372/2006, que regulamenta as atividades da SUPPIN;
- 04) Ata da Assembleia Geral Ordinária de abril de 2015, que demonstra que 99,75% das ações da CESAN são do Estado do Espírito Santo e de outros acionistas públicos do Estado;
- 05) Atas de Assembleia Geral Ordinária, que comprovam os aportes do estado dos dividendos recebidos;
- 06) Legislação referente à concessão de isenção de ICMS operações com energia elétrica destinada a empresas públicas e sociedades de economia mista estaduais prestadoras de serviço público de saneamento básico;

- 07) Decisão de 10 de fevereiro de 2011, declarando a não incidência de ISSQN no Município de Vitória sobre os serviços prestados pela CESAN, em razão da aplicação da imunidade recíproca, transitada em julgado;
- 08) Decisão de 18 de abril de 2011, da Vara da Fazenda Pública de Guarapari, anulando auto de infração que exigia ISS sobre os serviços prestados pela Companhia pelo Município;
- 09) Decisão 1.031/2011, em que o Município de Cariacica reconheceu administrativamente a aplicação da imunidade recíproca à CETURB-GV (estatal prestadora de serviço público);
- 10) Decisão nos embargos à execução fiscal nº 012.03.008621-4, de 01 de outubro de 2009, transitada em julgado, com o reconhecimento de imunidade tributária da CESAN, a anulação de cobrança de ISS sobre suas atividades e condenação do Município de Cariacica em honorários advocatícios;
- 11) Parecer do Professor Doutor Geilson Salomão Leite, versando sobre a incidência do imposto sobre serviços sobre as atividades da Companhia de Águas e Esgotos da Paraíba . CAGEPA;
- 12) A Nota Técnica da Consulta 001/2011, da Agência Reguladora de Serviços Públicos de Saneamento e Infraestrutura do ES;
- 13) Parecer do Professor Paulo de Barros Carvalho sobre regime jurídico tributário aplicável à Companhia de Transportes Urbanos da Grande Vitória . CETURB-GV;
- 14) Balanços dos últimos cinco anos da CESAN;
- 15) Planilha comparativa da apuração do PIS/PASEP e da COFINS pelo sistema não cumulativo e pelo sistema cumulativo;
- 16) DIPJs de 2010 a 2013;
- 17) DCTFs de 2014;
- 18) Demonstração analítica de déficits e superávits da CESAN em cada município em que atua no Espírito Santo em 2013;
- 19) Tabelas tarifárias.
- 20) Resolução nº 2.745/91;
- 21) Decreto Estadual nº 3222-R/2013, Anexo I . D . Páginas 26 e 27;
- 22) Relatório referente ao Livro de Apuração do Lucro Real . LALUR . 2010 a 2014;
- 23) Guia de Recolhimento da União de custas iniciais.

PLANILHA DE RESTITUIÇÃO DE PAGAMENTO INDEVIDO

IMPOSTO DE RENDA

Ano Calendário	Lucro Real (LR)	15%	(LR - 240.000) x 10%	Incentivo à cultura/esporte	Programa de Alimentação do Trabalhador	IRPJ
2010*	5.887.838,68	883.175,80	580.783,87		- 37.339,96	1.426.619,71
2011	38.689.631,57	5.803.444,74	3.844.963,16	- 131.979,27	- 106.858,22	9.409.570,40
2012	26.307.106,50	3.946.065,98	2.606.710,65	- 191.130,00	- 125.091,41	6.236.555,22
2013	59.583.942,62	8.937.591,39	5.934.394,26	- 234.430,00	- 114.653,05	14.522.902,61
2014	67.214.326,93	10.082.149,04	6.697.432,69	- 210.000,00	- 403.285,96	16.586.295,77
TOTAL						48.181.943,71

PIS-PASEP/COFINS

Ano Calendário	Não Cumulativo	Cumulativo	Pagamento a maior
2010*	15.533.000,00	10.547.410,44	2.523.511,51
2011	25.373.463,46	17.234.450,70	8.139.012,76
2012	27.429.376,52	19.216.716,15	8.212.660,37
2013	24.695.165,03	21.720.397,23	2.974.767,80
2014	29.650.425,81	24.938.500,42	4.711.925,39
TOTAL			26.561.877,83

IMPOSTO DE RENDA + PAGAMENTO A MAIOR DE PIS-PASEP/COFINS:	74.743.821,54
--	----------------------

* A partir da competência 08/2010.