

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

Excelentíssimo Senhor Ministro EDSON FACHIN, Relator da Ação
Cível Originária nº 2.730/ES

A UNIÃO, representada por seu Advogado-Geral (art. 4º, inciso III, da Lei Complementar n.º 73/93), nos autos da presente ação cível originária movida pela COMPANHIA ESPIRITO SANTENSE DE SANEAMENTO - CESAN, vem à presença de Vossa Excelência, apresentar sua

CONTESTAÇÃO

nos termos a seguir:

I – DO CASO DOS AUTOS

Trata-se de ação cível originária em que a Companhia Espírito Santense de Saneamento – CESAN sustenta possuir imunidade tributária recíproca, pelo que requer a declaração desse benefício fiscal e seus respectivos efeitos, a teor do disposto no art. 150, VI, “a”, da CRFB e, por consequência, a declaração da inexistência da relação jurídico-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 a declaração de sujeição da CESAN ao regime cumulativo de PIS/PASEP e COFINS.

A CESAN requereu, ainda, a repetição do indébito relacionada aos 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, por meio da SELIC, a partir da data do recolhimento, a ser apurado em fase de liquidação da sentença.

O Ministro relator, em despacho inicial, requereu diligências à autora (ainda não cumpridas, ressalte-se), e determinou a citação da União, a qual vem apresentar sua contestação.

II- AUSÊNCIA DE CONFLITO FEDERATIVO A ENSEJAR A COMPETÊNCIA DESSA SUPREMA CORTE

De início, cabe esclarecer, em sede preliminar, que não há conflito federativo envolvido. No caso, trata-se de ação movida pela Companhia Espírito Santense de Saneamento, sociedade de economia estadual, contra a União, sem nenhuma intervenção do Estado do Espírito Santo, em que se discute imunidade tributária. A jurisprudência da Corte

firmou-se no sentido de que o art. 102, I, f, da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB deve ser interpretado restritivamente, sendo sua competência admitida em hipóteses excepcionais. Nesse sentido:

EMENTA: AÇÃO DE EXECUÇÃO MOVIDA POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA CONTROLADA PELO ESTADO DE SÃO PAULO CONTRA O ESTADO DO MARANHÃO - INCOMPETÊNCIA DO STF - INTELIGÊNCIA DO ART. 102, I, F, DA CONSTITUIÇÃO - INEXISTÊNCIA DE CONFLITO FEDERATIVO - PEDIDO NÃO CONHECIDO. - O art. 102, I, f, da Constituição confere ao STF a posição eminente de Tribunal da Federação, atribuindo-lhe, nessa condição, o poder de dirimir as controvérsias que, irrompendo no seio do Estado Federal, oponham as unidades federadas umas as outras. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, na definição do alcance dessa regra de competência originária da Corte, tem enfatizado o seu caráter de absoluta excepcionalidade, restringindo a sua incidência as hipóteses de litígios cuja potencialidade ofensiva revele-se apta a vulnerar os valores que informam o princípio fundamental que rege, em nosso ordenamento jurídico, o pacto da Federação. Ausente qualquer situação que introduza a instabilidade no equilíbrio federativo ou que ocasione a ruptura da harmonia que deve prevalecer nas relações entre as entidades integrantes do Estado Federal, deixa de incidir, ante a inocorrência dos seus pressupostos de atuação, a norma de competência prevista no art. 102, I, f, da Constituição. - Causas de conteúdo estritamente patrimonial, fundadas em títulos executivos extrajudiciais, sem qualquer substrato político, não justificam se instaure a competência do Supremo Tribunal Federal prevista no art. 102, I, f, da Constituição, ainda que nelas figurem, como sujeitos da relação litigiosa, uma pessoa estatal e um ente dotado de paraestatalidade.

(ACO-QO 359, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 04/08/1993, publicado em 11/03/1994, Tribunal Pleno)

Ademais, o objeto da discussão é única e exclusivamente de direito tributário (imunidade). Nesse sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO

FISCAL. NÃO INCIDÊNCIA DO DISPOSTO PELO ARTIGO 102, I, f, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O MERO CONFLITO PATRIMONIAL ENTRE ENTES FEDERATIVOS NÃO É CAUSA BASTANTE A JUSTIFICAR A COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DESTA CORTE. PRECEDENTES. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A competência constitucional originária do Supremo Tribunal Federal para a ação prevista no art. 102, I, f, da Constituição Federal demanda a existência de situação de conflito capaz de abalar o pacto federativo. Precedentes: ACO 1.364, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, DJe de 6/8/2010; ACO 1.140, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 26/5/2010; ACO 1.295-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Pleno, DJe de 2/12/2010; ACO 1.480 QO, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 20/08/2010; Rcl 3.152, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 13/03/2009; RE 512.468 AgR, Rel. Min. Eros Grau, DJe de 06/06/2008. 2. In casu, verifica-se que o objeto do pedido revela interesse eminentemente patrimonial, dissociado de qualquer questão capaz de por em risco o princípio federativo, não se justificando a competência originária do STF. 3. Agravo regimental DESPROVIDO.

(ACO 1427 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 24/03/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-070 DIVULG 14-04-2015 PUBLIC 15-04-2015)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA CONTRATADA. COMPETÊNCIA DO STF. CONFLITO FEDERATIVO. INEXISTÊNCIA. A pretensão recursal contempla uma discussão de cunho essencialmente patrimonial, decorrente da relação tributária estabelecida entre a União e o Estado, circunstância incapaz de atentar contra os valores fundamentais que amparam o pacto federativo. A controvérsia in loco sobre o crédito tributário não importa, necessariamente, abalo ao federalismo fiscal. Agravo regimental a que se nega provimento.

(RE 821507 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 10/02/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-043 DIVULG 05-03-2015 PUBLIC 06-03-2015)

Desse modo, o Supremo Tribunal Federal não possui competência para o processamento e o julgamento da ação.

III – MÉRITO – IMUNIDADE RECÍPROCA NÃO ALCANÇA A EMPRESA AUTORA

Quanto ao mérito, esse Supremo Tribunal Federal, sob a sistemática da repercussão geral, no RE nº 600.867, em julgamento ainda não concluído, entendeu até o momento (**seis votos** pelo desprovimento do recurso) que a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – SABESP **não tem direito à imunidade tributária recíproca** prevista no art. 150, inciso VI, a, da CRFB. O caso, como se nota, é idêntico ao aqui discutido.

No caso, o acórdão recorrido, naquela repercussão geral, entendeu que a empresa recorrente **não pode gozar de benefícios fiscais não extensivos ao setor privado**. A ministra Rosa Weber entendeu que não haveria risco de abalo ao sistema federativo tributar uma sociedade de economia mista que explora atividade econômica. Ao contrário, conferir imunidade, no caso, seria afrontar a Constituição.

Como já foram proferidos seis votos (ainda não disponibilizados) pelo desprovimento do recurso da SABESP, a não ser que algum dos ministros reveja a sua posição até o final do julgamento, **prevalecerá a tese fazendária no sentido de que não há, em tais hipóteses, direito à imunidade recíproca**, o que ensejará a improcedência dos pedidos na presente ação.

Ademais, entende a União, por intermédio de seus órgãos fazendários, que se mostra totalmente inconstitucional a concessão de imunidade recíproca às sociedades de economia mista, como é o caso da CESAN.

Quanto à questão, basta a leitura da Súmula nº 76 dessa Egrégia Suprema Corte:

“As sociedades de economia mista não estão protegidas pela imunidade fiscal do art. 31, V, "a", Constituição Federal.”

Ainda que pré-constitucional, o enunciado nº 76 da Súmula do Supremo Tribunal Federal traduz o entendimento da Corte sobre a matéria, já que o art. 31 da Constituição de 1946, vigente à época, previa imunidade recíproca tal qual a atual¹.

No RMS 7.745/SP, relator o ministro Sampaio Costa, que serviu de base à formulação do enunciado acima, destacou o relator que *“em se tratando de privilégio ou isenção a interpretação há que ser estrita”*. Aduziu, também, que *“o fato do Estado ser o maior acionista não modifica a sua natureza de sociedade de direito privado”*.

As sociedades de economia mista, como o próprio nome sugere, servem **para que o Estado atue como se particular fosse**. Diferem da empresa pública, que pode gozar de imunidade quando atue exclusivamente na execução de serviços públicos monopolizados.

O caso da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT (ACO 765-AgR/RJ, Relator para o acórdão ministro Joaquim Barbosa), por exemplo, não pode ser analogicamente aplicado às sociedades de economia mista.

Quando o artigo 173, § 2º, da CF estabelece que as empresas públicas e as sociedades de economia mista que exploram atividade

¹ Art 31 - A União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios é vedado:

V - lançar impostos sobre:

a) bens, rendas e serviços uns dos outros, sem prejuízo da tributação dos serviços públicos concedidos, observado o disposto no parágrafo único deste artigo;

(...)

Parágrafo único - Os serviços, públicos concedidos, não gozam de isenção tributária, salvo quando estabelecida pelo Poder competente ou quando a União a instituir, em lei especial, relativamente aos próprios serviços, tendo em vista o interesse comum.

econômica não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado, **não está a estabelecer que, em lógica inversa, todas que não explorem atividade econômica tenham direito a tais privilégios.**

Para que as empresas estatais se beneficiem da imunidade recíproca **é necessário que concorram duas situações**: a) que sejam prestadoras de serviço público e; b) que tenham caráter eminentemente público, se confundindo com o próprio ente federado.

Esse segundo aspecto não socorre as sociedades de economia mista, que são uma forma de atuação na qual o Estado age por meio de uma companhia, com ações livremente negociadas, muitas vezes cobrando tarifas ou recebendo contraprestação, **o que configura a exploração de atividade econômica em sentido amplo.**

É necessário distinguir, portanto, as empresas públicas das sociedades de economia mista². É quase um lugar comum o fato de que a sociedade de economia mista é uma sociedade na qual há colaboração entre o Estado e os particulares, ambos reunindo recursos para a realização de uma finalidade, sempre de objetivo econômico³.

² Destacamos, aqui, as palavras de Juliano Santiago: “Em relação às diferenças o que distingue a empresa pública da sociedade de economia mista é que, **naquela, o capital é exclusivo das entidades governamentais, ao passo que nas sociedades de economia mista existe colaboração entre o Estado e os particulares**, ambos reunindo recursos para a realização de uma finalidade sempre econômica. Como nem sempre o Estado dispõe de recursos suficientes para aplicar num determinado empreendimento que, direta ou indiretamente, apresenta interesse social, ele se associa aos particulares, estes motivados pelo lucro, para a realização dos objetivos colimados. **A sociedade de economia mista é sempre pessoa jurídica de direito privado, não tendo, portanto, os privilégios das pessoas públicas, não usufruindo de isenções fiscais ou de foro privilegiado.** A sociedade de economia mista será sempre uma sociedade anônima, e o Estado poderá ter uma participação majoritária ou minoritária; entretanto, mais da metade das ações com direito a voto devem pertencer ao Estado, com o objetivo de conservar, para o Estado, o domínio do destino da empresa. Já as empresas públicas podem assumir qualquer forma admitida no direito.”

³ 44. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2002, p. 168): “*Sociedade de economia mista federal* há de ser entendida como a pessoa jurídica cuja criação é autorizada por lei, como um instrumento de ação do Estado, dotada de personalidade de Direito Privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes desta sua natureza auxiliar da atuação governamental, constituída sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou entidade de sua Administração indireta, sobre remanescente acionário de *propriedade particular*.”

Destacando as diferenças entre as empresas públicas, diz Celso Antônio Bandeira de Mello (2002, p. 168):

Os pontos diferenciais entre elas, que merecem realce, são os seguintes:

a) enquanto o capital das empresas públicas é constituído por recursos integralmente provenientes de pessoas de Direito Público ou de entidades de suas Administrações indiretas, nas sociedades de economia mista há conjugação de recursos particulares com recursos provenientes de pessoas de Direito Público ou de entidades de suas Administrações indiretas, com prevalência acionária votante da esfera governamental;

b) empresas públicas podem adotar qualquer forma societária dentre as em Direito admitidas (omissis), ao passo que as sociedades de economia mista terão obrigatoriamente a forma de sociedade anônima (art. 5º do Decreto-lei 200);

c) os feitos em que empresas públicas sejam parte, na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes (salvo algumas exceções), são processados e julgados perante a Justiça Federal (art. 109, I, da Constituição), enquanto as ações relativas a sociedades de economia mista são apreciáveis pela Justiça estadual nas mesmas hipóteses em que lhe compete conhecer das lides concernentes a quaisquer outros sujeitos;

O ponto “c”, do referido pelo autor, é muito didático por demonstrar que, se as sociedades de economia mista pudessem ser confundidas com o ente público, aquelas criadas pela UNIÃO seriam julgadas pela Justiça Federal, como acontece com as empresas públicas. Ocorre que, pelo contrário, como essas entidades são equiparadas a particulares, são julgadas perante a justiça comum estadual.

Dessa forma, **a sociedade de economia mista é uma pessoa jurídica que não se confunde com o ente público** que possui maioria do seu capital votante e que, portanto, não se beneficia de isenções fiscais ou de foro privilegiado.

Da sociedade de economia mista participam particulares.

Mesmo que hoje uma determinada sociedade não possua particulares como acionistas, nada impede que, reconhecida a imunidade recíproca, no outro dia essa sociedade ofereça ações no mercado de capitais.

As empresas públicas, diferentemente, são formadas por capital estatal, seja de um único ente, seja de vários entes. A incidência de imunidade recíproca, portanto, é devida porque acaba por abranger, no fundo, o próprio Estado.

As sociedades de economia mista podem possuir quase metade de capital votante pertencente a particulares, que compraram suas quotas em negociação aberta de ações. Não é possível, portanto, que esses acionistas privados se beneficiem de uma imunidade que deveria abranger exclusivamente os próprios entes estatais.

Se a imunidade recíproca é do tipo subjetiva, sua razão de existir não é a atividade que está sendo exercida. Ou seja, não é determinante o fato de a sociedade de economia mista explorar atividade econômica ou atuar na prestação de serviço público. Esse fato seria relevante em hipótese de imunidade objetiva. Sendo uma imunidade subjetiva a prevista no art. 150, VI, a, da CF, o que deve ser aferido é o caráter público do beneficiado.

Outra razão que pode ser somada à presente argumentação diz respeito ao fato de **prestação de serviço público não poder ser confundida com atividade sem fins lucrativos**, já que se trata de atividade de natureza econômica, como já demonstrado.

Diferente disso é a situação de um serviço público monopolizado, como é o caso da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos ou da Casa da Moeda do Brasil.

Exemplificando-se, quando do julgamento do **Tema 644 da repercussão geral – RE nº 773.992**, essa Casa manifestou-se no sentido de que a ECT possui características *sui generis*, uma vez que **presta serviço público de prestação obrigatória e exclusiva**. Veja-se:

REPERCUSSÃO GERAL. TRIBUTÁRIO. IPTU. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS (ECT). IMUNIDADE RECÍPROCA (ART. 150, VI, A, CF). RELEVÂNCIA ECONÔMICA SOCIAL E JURÍDICA DA CONTROVÉRSIA. RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO. PRECEDENTES DA CORTE. RECONHECIMENTO DA IMUNIDADE RECÍPROCA. RATIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO PROCEDIMENTO DA REPERCUSSÃO GERAL (ART. 543-B, CPC).

1. Perfilhando a cisão estabelecida entre prestadoras de serviço público e exploradoras de atividade econômica, esta Corte sempre concebeu a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos como uma empresa prestadora de serviços públicos de prestação obrigatória e exclusiva do Estado. Precedentes.

(...)

6. Mesmo no que concerne a tributos cuja materialidade envolva a própria atividade da ECT, tem o Plenário da Corte reconhecido a imunidade tributária a essa empresa pública, como foi o caso do ISS, julgado no RE nº 601.392/PR, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, redator para acórdão o Ministro Gilmar Mendes, julgado em 1/3/13.

7. Manifesto-me pela existência de repercussão geral da matéria constitucional e pela ratificação da pacífica jurisprudência deste Tribunal sobre o assunto discutido no apelo extremo e, em consequência, conheço do agravo, desde já, para negar provimento ao recurso extraordinário.

A jurisprudência da Corte é totalmente contrária à incidência da imunidade quando se trata de serviço público sujeito à liberdade concorrencial. Sobre o tema, vide os seguintes precedentes:

MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA PARA ILUMINAÇÃO PÚBLICA. ICMS. IMUNIDADE INVOCADA PELO MUNICÍPIO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 150, INCISO VI, LETRA "A". (...)

Condição inexistente no caso, visto que, de acordo com o acórdão recorrido, o fornecedor da iluminação pública não é o Município, mas a Cia. Força e Luz Cataguases, que paga o ICMS à Fazenda Estadual e o inclui no preço do serviço disponibilizado ao usuário. A imunidade tributária, no entanto, pressupõe a instituição de imposto incidente sobre serviço, patrimônio ou renda do próprio Município. Ademais, de acordo com o art. 155, § 3º, da Magna Carta, o ICMS é o único imposto que poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica. Medida cautelar indeferida. (AC 457-MC/MG, Rel. Min. Carlos Britto).

Ação Cível originária. Imunidade fiscal com base no disposto no artigo 150, VI, "a", e seu parágrafo 2º. Natureza jurídica do Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul - BRDE. (...)

- No mérito, esta Corte já firmou o entendimento (assim, no RE 120932 e na ADI 175) de que o Banco-autor não tem a natureza jurídica de autarquia, mas é, sim, empresa com personalidade jurídica de direito privado. Conseqüentemente, não goza ele da imunidade tributária prevista no artigo 150, VI, "a", e seu parágrafo 2º, da atual Constituição, não fazendo jus, portanto, à pretendida declaração de inexistência de relação jurídico-tributária resultante dessa imunidade.

Ação que se julga improcedente. (ACO 503/RS, Rel. Min. Moreira Alves)

É importante frisar, ademais, que esse caráter privado está presente ainda que, no caso concreto, os acionistas sejam preponderantemente ou unicamente Pessoas Jurídicas de Direito Público. Isso porque essas pessoas optam por instituir uma companhia (sociedade anônima) no intuito de **competir em setor economicamente viável**. Assim, se estão se lançando no mercado, recebendo bônus por tal empreitada, devem suportar também o ônus gerado pela atuação privada.

Além disso, nada impede que as ações, lançadas no mercado de capitais, sejam futuramente compradas por particulares. Assim, a existência casual de 100% (cem por cento) de capital público deve ser encarado como algo transitório. Essas são decisões gerenciais que não têm garantia de perpetuação. **Uma sociedade de economia mista que hoje não possui participação de particulares pode passar a ter no futuro.**

Quanto ao julgamento do Recurso Extraordinário nº **580.264** (**tema 115 da repercussão geral**) Relator Ministro Joaquim Barbosa, que supostamente teria julgado a questão referente à imunidade recíproca das sociedades de economia mista, deve ser feita uma observação.

Ao longo do julgamento de mérito do referido recurso extraordinário foi exposta uma situação peculiar: o caso submetido à repercussão geral, em verdade, possuía tantas especificidades que sequer seria justificado o reconhecimento da repercussão geral no processo.

A empresa recorrente no RE nº 580.264 não havia sido criada por lei. Assim, **não era sociedade de economia mista e nem mesmo empresa pública.** Ela se encontrava em uma situação bem específica, de empresa cujas ações pertenciam, quase que totalmente, à União. E toda a discussão no caso seguiu essa premissa, não invadindo a seara da distinção entre as empresas públicas e as sociedades de economia mista no que toca às imunidades.

Essa situação foi destacada pelos próprios ministros durante o julgamento Plenário. Muitos cogitaram retirar a repercussão geral anteriormente reconhecida, já que se tratava de feito individualizado. Essa hipótese foi descartada, pois sem a repercussão geral o recurso teria seu seguimento negado, sendo que vários votos de mérito já haviam sido proferidos.

Como solução, salientaram diversos ministros, a decisão teria que ser aplicada apenas nas hipóteses exatamente idênticas àquele caso, o que é praticamente impossível, já que a situação da recorrente era muito excepcional. A própria ministra relatora deste recurso extraordinário, Ellen Gracie, fez questão de destacar, naquele julgamento, que somente em casos idênticos poderia ser aplicada aquela decisão. Extraímos do sítio do Supremo Tribunal Federal o seguinte trecho de notícia, veiculada em 16 de dezembro de 2010:

A ministra Ellen Gracie fez questão de salientar que, tendo em vista que foi reconhecida Repercussão Geral no RE, a decisão desta quinta-feira só deve se aplicar em casos idênticos.

Não é possível, assim, aplicar tal precedente de forma generalizada às sociedades de economia mista.

Ademais, como já salientado acima, a definição do tema está sendo realizada no RE nº 600.867, com seis votos já proferidos no mesmo sentido do entendimento da União.

Assim sendo, o pedido merece ser julgado improcedente.

IV – DO PEDIDO

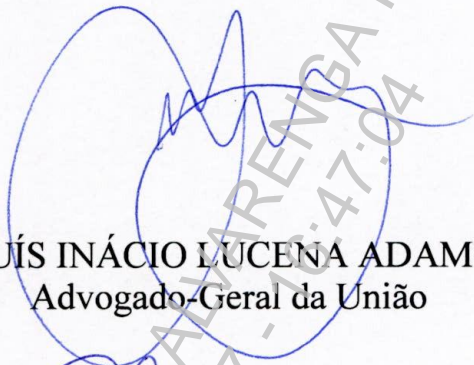
Pelo exposto, a União requer, preliminarmente, o reconhecimento da incompetência do STF para o julgamento da demanda;

Acaso ultrapassada a preliminar acima, requer o sobrestamento do feito, aguardando-se a conclusão do julgamento da RG RE nº 600.867;


Por fim, que seja julgada improcedente a presente ação cível originária, face a inaplicabilidade da imunidade recíproca, com as condenações de estilo.

São os termos em que pede deferimento.

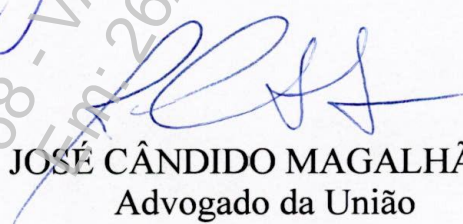
Brasília, 27 de outubro de 2015.



LUÍS INÁCIO LUCENA ADAMS
Advogado-Geral da União



GRACE MARIA FERNANDES MENDONÇA
Secretária-Geral de Contencioso⁴



JOSÉ CÂNDIDO MAGALHÃES
Advogado da União

Altair Roberto de Lima
Secretário-Adjunto da
Secretaria-Geral de Contencioso - SGC

⁴ Conforme Portaria de delegação nº 476/AGU, publicada no DOU de 17.05.07.