

EXMO. SR. MINISTRO DIAS TOFFOLI
EMINENTE RELATOR DO AG. REG. NA AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA N.º 1460/SC

COMPANHIA CATARINENSE DE ÁGUAS E SANEAMENTO - CASAN, já qualificada nos autos, por seu advogado in fine assinado, nos autos de *Ação Cível Originária* acima epigrafada, onde contende com a **UNIÃO**, também já qualificada, vem, respeitosamente, com fulcro nos artigos 535 do CPC; art. 8º, I, art. 71, art. 76 e art. 337 do Regimento Interno deste e. STF, interpor

EMBARGOS DECLARATÓRIOS

Em face do acórdão prolatado em sede de Agravo Regimental na Ação Cível Originária n.º 1460/SC, ante os vícios de omissão e contradição, requerendo-se o saneamento dos referidos vícios com a concessão excepcional de efeitos infringentes, mediante as razões de direito adiante articuladas:

-I-

DA TEMPESTIVIDADE

O acórdão embargado foi disponibilizado no Diário Oficial de 10/12/2015, considerando-se publicado no dia 11/12/2015 (sexta-feira), iniciando-se o prazo no dia 14/12/2015 (segunda-feira). Desta forma, considerando o prazo legal/regimental de 5 (cinco) dias para interposição do presente recurso, conforme as regras legais processuais (art. 536 do CPC), o termo *ad quem* somente se esgotaria no dia 18/12/2015 (sexta-feira), pelo que o presente supedâneo recursal é tempestivo.

-II-

PRELIMINARMENTE:

DA OMISSÃO, DA CONTRADIÇÃO E DA OBSCURIDADE:

(I) JURISPRUDÊNCIA INVOCADA PARA JUSTIFICAR A DECISÃO MONOCRÁTICA NOS TERMOS DO ART. 21 § 1º DO RISTF NÃO ESTÁ CONSOLIDADA:

- RE 253.472/SP AINDA NÃO TEVE SEU JULGAMENTO CONCLUÍDO
- ACO 2243/DF TEVE APENAS DECISÃO MONOCRÁTICA DO MESMO RELATOR DESTES PROCESSOS, MIN. TOFFOLI
- RE 600.867/SP, COM REPERCUSSÃO GERAL, AINDA NÃO TEVE JULGAMENTO CONCLUÍDO

(II) DA NULIDADE DA DECISÃO MONOCRÁTICA INICIALMENTE AGRAVADA

ERROR IN PROCEDENDO GERADOR DE CERCEAMENTO DE DEFESA E
VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

MÉRITO QUE TEVE DE SER LEVADO AO PLENÁRIO VIA AGRAVO, CUJO RITO
IMPEDE SUSTENTAÇÃO ORAL (ART. 131 § 2º RISTF)

O julgamento colegiado da presente ACO 1460/SC foi provocado por Agravo Regimental, previsto no art. 317 do RISTF, em que era cabível a retratação direta do Relator (art. 317 § 2º RISTF), com submissão, em não acatando as razões do agravo, ao Pleno ou Turma.

Mas a questão de ordem processual que se impôs no caso, e que foi arguida em preliminar no Agravo Regimental, reside na violação às regras regimentais de competência de que trata o art. 5º, IV do RISTF, que determina ser **competência do Plenário** o processo e julgamento originário “as causas e conflitos entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios ou entre uns e outros, inclusive os respectivos órgãos da administração indireta”

Por seu turno, o art. 250 do RISTF, ao delimitar o procedimento previsto para a Ação Cível Originária (art. 247 a 251 RISTF), determina que:

Art. 250. Findos os prazos do artigo anterior, o Relator lançará nos autos o relatório, do qual a Secretaria remeterá cópia aos demais Ministros, e pedirá dia para julgamento.

Com efeito, o julgamento deveria ter sido no Plenário, em sessão pública de julgamento, concedendo-se a palavra às partes e ao Procurador-Geral por trinta minutos cada, prorrogável pelo Presidente, conforme art. 251:

Art. 251. Na sessão de julgamento, será dada a palavra às partes e ao Procurador-Geral pelo tempo de trinta minutos, prorrogável pelo Presidente.

O julgamento monocrático que dera azo a interposição do Agravo Regimental, portanto, foi *data vênia* nulo por *error in procedendo*, tendo havido claro descompasso entre a forma com que foi prolatada a decisão agravada e as regras regimentais aplicáveis para a Ação Cível Originária. É que, julgando monocraticamente a ação cível originária, a única saída processual para se levar o mérito da causa ao Plenário se dá através da interposição do agravo (art. 317 RISTF) – rito que, por seu turno, impede que o advogado faça sustentação oral. É o que veda o art. 131 § 2º do RISTF:

Art. 131. Nos julgamentos, o Presidente do Plenário ou da Turma, feito o relatório, dará a palavra, sucessivamente, ao autor, recorrente, peticionário ou impetrante, e ao réu, recorrido ou impetrado, para sustentação oral.
(...)

§ 2º Não haverá sustentação oral nos julgamentos de agravo, embargos declaratórios, arguição de suspeição e medida cautelar.

O efeito é claro: a decisão agravada é *data vênia* nula por contrariar o princípio constitucional da ampla defesa (art. 5º, LV da CF), já que impede que a Agravante seja representada por advogado em tribuna na sessão de julgamento.

Conclusão:

- i) a ação cível originária deveria ser pautada para julgamento em sessão do Plenário (art. 5º, IV do RISTF), o que permitiria sustentação oral;
- ii) ao julgar monocraticamente, Vossa Excelência *data vênia* não seguiu o regimento deste e. STF;
- iii) tendo julgado monocraticamente, o único meio de levar a questão de mérito ao Plenário se dá através de agravo (art. 317 RISTF);
- iv) o agravo, contudo, não admite sustentação oral (art. 133 § 2º RISTF);

Caracterizada está, portanto, a violação ao princípio da ampla defesa (art. 5º, LV da CF), ante o *error in procedendo*, o que deveria impor a decretação de nulidade da decisão agravada.

No entanto, quando do julgamento colegiado da presente ACO 1460/SC, para tratar do Agravo Regimental, prevaleceu o voto do Eminent Relator, Min. Dias Toffoli que, ao analisar a preliminar de nulidade, assim discorreu:

De início, quanto à alegação de *error in procedendo*, cumpre observar que o regimento interno prevê, em seu art. 21, § 1º, que “[p]oderá o(a) relator(a) negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante ou à súmula do Tribunal”, sem qualquer ressalva quanto à espécie de demanda posta à apreciação desta Corte.

A interpretação sistemática do Regimento Interno desta Corte, desse modo, impõe a conclusão de que, instruídos os autos, o relator da ação cível originária lançará o relatório e pedirá dia para julgamento plenário (art. 250), ocasião na qual, as partes e o Ministério Público disporão da palavra (art. 251); competindo ao relator, contudo, decidir, monocraticamente, e, portanto, sem necessidade de submissão ao órgão colegiado, pretensões inadmissíveis, improcedentes ou contrárias à jurisprudência da Corte (art. 21, § 1º).

Sob esse poder de relatoria, foram proferidos, dentre outros, os seguintes julgados monocráticos: ACO nº 1.196/SC (Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 17/4/15), ACO nº 860/PI (Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 15/4/15), ACO nº 721/SP (de minha relatoria, DJe de 10/4/2015), ACO nº 1.568/DF (Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 5/3/2014).

Inexistente, desse modo, o alegado erro de procedimento, uma vez que, conforme demonstra a transcrição da decisão agravada, as razões de decidir nela adotadas se embasaram em jurisprudência desta Corte.

De fato, e já adentrando no exame de mérito deste agravo, nos autos do **RE nº 253.472/SP** (Tribunal Pleno, Relator para o acórdão o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 1/2/11) esta Corte firmou o entendimento de que é possível a extensão da imunidade tributária recíproca às sociedades de economia mistas prestadoras de serviço público, desde que observados os seguintes parâmetros: (i) a imunidade tributária recíproca, quando reconhecida, se aplica apenas à propriedade, bens e serviços utilizados na satisfação dos objetivos institucionais iminentes do ente federado; (ii) atividades de exploração econômica, destinadas primordialmente a aumentar o patrimônio do Estado ou de particulares, devem ser submetidas à tributação, por se apresentarem como manifestações de riqueza e deixarem a salvo a autonomia política; e c) a desoneração não deve ter como efeito colateral relevante a quebra dos princípios da livre concorrência e do livre exercício de atividade profissional ou econômica lícita.

Nesses mesmos autos, no qual se apreciava a situação da Companhia Docas do Estado de São Paulo (CODESP), esta Corte reafirmou sua jurisprudência no sentido de que a exploração dos portos marítimos, fluviais e

lacustres caracteriza-se como serviço público; e, para verificar o atendimento por aquela empresa dos demais pressupostos traçados, analisou o seu controle acionário (tendo observado que 99,97% de suas ações pertenciam à União) e apreciou os autos, para concluir não haver indicação de risco de quebra do equilíbrio concorrencial ou da livre iniciativa, pois ausente a comprovação de que a CODESP concorresse com outras entidades em seu campo de atuação.

Seguindo essa mesma jurisprudência, nos autos da **ACO nº 2243/DF, apreciei requerimento de liminar de companhia de saneamento, mais precisamente da Companhia de Saneamento de Alagoas (CASAL), tendo deferido parcialmente a medida**, também para reconhecer que: (i) a referida sociedade de economia mista executava serviço público de abastecimento de água e tratamento de esgoto; (ii) o fazia de modo exclusivo; (iii) o percentual de participação do Estado de Alagoas no capital social da empresa era de 99,96%, o que assegurava ao ente político o controle acionário da empresa; e (iv) tratava-se de empresa de capital fechado, o que indicava a não distribuição de eventual superávit entre terceiros.

A **omissão**, a **contradição** e a **obscuridade** que decorrem desse excerto inicial são as seguintes:

- **Omissão:** o RE 253.472/SP foi tido como jurisprudência para justificar o presente julgamento monocrático. Porém, o julgamento do RE 253.472/SP foi concluído?

É que se infere do andamento processual no site do STF que não. Confira em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1775353>.

- **Obscuridade:** tendo o Eminentíssimo Min. Toffoli justificado o julgamento monocrático do art. 21 do RISTF pela contrariedade da pretensão da Embargante à *jurisprudência dominante*, mas justificado a partir de **julgamentos monocráticos**, não há como afirmar que o Pleno do STF possua jurisprudência firmada sobre o tema.
- **Contradição:** o acórdão embargado resume-se a abordar os 0,0046% que são negociados em Bolsa, para afirmar que tal informação é irrelevante, já que essa *análise da extensão da imunidade tributária recíproca para sociedades de economia mista com participação acionária negociada em bolsa de valores, que ainda pende de definição por esta Corte nos autos do RE n.º 600.867 (com repercussão geral reconhecida), foi acessória na decisão agravada, surgindo apenas como reforço à conclusão de que a CASAN não direciona seus recursos financeiros exclusivamente a si e a suas finalidades essenciais (...).*

No entanto, reside aqui vício de contradição, na medida em que o requisito (iv) da ACO 2243/DF, tida pelo próprio Relator como precedente para permitir o julgamento monocrático por supostamente haver *jurisprudência dominante*, exigia que a sociedade de economia mista tivesse capital fechado – e esse requisito restou devidamente comprovado no caso em tela.

Tanto não há jurisprudência dominante quanto a matéria vertente, que pudesse justificar o julgamento monocrático pelo art. 21 do RISTF, **que esta Suprema Corte está**

no meio do julgamento do RE 600.867/SP, com REPERCUSSÃO GERAL – citado, inclusive, pelo Sr. Ministro Roberto Barroso, ao inaugurar divergência no julgamento do regimental desta ACO 1460/SC.

É dizer: estando esta Suprema Corte no meio de um julgamento, **com repercussão geral**, que trata **exatamente do tema aqui debatido**, é evidente que **não há jurisprudência dominante deste STF, no sentido hermenêutico-teleológico da palavra**. Há que se integrar o julgamento para reconhecer esta omissão sobre ponto de extrema relevância para o enfrentamento da preliminar de *error in procedendo*.

Uma orientação que *domina/predomina*, dentro de um órgão **colegiado**, não pode decorrer de julgados monocráticos. Fosse assim, os tribunais não seriam divididos em Câmaras/Turmas/Seções/Órgão Especial/Pleno, mas sim, os julgamentos se dariam monocraticamente, apenas pelas convicções isoladas dos julgadores sorteados.

As revisões propulsadas pelo sistema recursal brasileiro primam pelo postulado da colegialidade, sendo direito da parte obter revisão/confirmação de uma decisão monocrática por uma junta de juízes, que podem, mediante debates na sessão de julgamento, afinarem suas ideias em direção a uma conclusão unânime, representando – aí sim – *jurisprudência do Tribunal*, que para se tornar dominante, necessita ser reiterada por julgamentos posteriores acerca do tema.

As omissões e a obscuridade aqui apontadas, portanto, possuem o condão de gerar a **concessão excepcional de efeitos infringentes**, tendentes a **anular o julgamento** por conta das nulidades processuais apontadas no Agravo Regimental e aqui reiteradas.

O provimento destes *aclaratórios*, com a concessão dos efeitos infringentes aqui almejados, deverá convergir para a aplicação do art. 249 § 1º do CPC, à vista do tolhimento inconstitucional da garantia constitucional da **ampla defesa – que, dentro do Regimento Interno do STF, se materializa na possibilidade de se fazer uso da TRIBUNA do Plenário desta Suprema Corte, bem como de antever, mediante publicação na Imprensa Oficial, da data do julgamento.**

Não houve justa causa para o julgamento monocrático na forma do art. 21 do RISTF, pelo que a concessão excepcional de efeitos infringentes aos presentes *aclaratórios* é medida que se requer com o fim de ser decretada a nulidade do julgamento – o que deve gerar, como consequência, designação de nova sessão de julgamento, com intimação prévia da Embargante para poder usufruir das prerrogativas processuais do art. 131 § 2º do RISTF, que não inclui a Ação Cível Originária no rol dos processos impedidos de sustentação oral.

**-III-
PRINCÍPIO DA EVENTUALIDADE**

DOS PONTOS OMISSOS RELEVANTES

- (i) REVISÃO TARIFÁRIA AUTOMÁTICA EM BENEFÍCIO DOS USUÁRIOS E/OU EXPANSÃO DAS METAS E CRONOGRAMAS PELOS MUNICÍPIOS PARCEIROS
- (ii) TODA A AÇÃO DA EMBARGANTE É REGIDA A PARTIR DE POLÍTICA TARIFÁRIA DEFINIDA POR AGÊNCIA REGULADORA
- (iii) A DESONERAÇÃO TRIBUTÁRIA NÃO REFLETE “MAIOR LUCRO” À ESTATAL, MAS SIM, A MODICIDADE DAS TARIFAS E/OU EXPANSÃO DE AÇÕES EXECUTIVAS DE EXPANSÃO DOS SERVIÇOS POR PROVOCAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E DOS MUNICÍPIOS PARCEIROS

Na eventualidade de não ser o julgamento anulado pelo vício de procedimento (*error in procedendo*) que tolheu a garantia constitucional da ampla defesa ao se julgar monocraticamente a demanda sem justa causa (impedindo a Embargante de sustentar oralmente em Tribuna, bem como de ser previamente intimada da sessão de julgamento), há que se apontar, no mérito, os vícios de omissão e contradição que maculam o acórdão embargado.

No Agravo Regimental, a Embargante apresentou uma série de apontamentos, devidamente escalonados em tópicos específicos que, com a devida *vênia*, não foram enfrentados pelo acórdão embargado, resumindo-se o acórdão a repisar a decisão monocrática inicialmente impugnada.

Faz-se, assim, o apontamento de cada um dos pontos omissos relevantes, cotejando-os com os tópicos delineados pela Embargante em seu Agravo Regimental:

(1)

Item III.1.B do Agravo Regimental:

O fato de a imunidade tributária refletir diretamente na revisão tarifária e/ou das metas e cronogramas assumidos pela Embargante perante os municípios parceiros (art. 2º, I e art. 38 da Lei 11.445/2007; art. 11 da Lei 8.987/95).

O acórdão foi omissos nesse ponto, uma vez que, independentemente de estar ou não sob participação de acionistas privados, não são eles quem determinariam quais os valores tarifários a serem cobrados, mas sim, a agência reguladora.

Logo, quanto menos ônus tributários e financeiros a prestadora do serviço possuir, menos reajustes serão necessários, desonerando, paulatinamente, o usuário – verdadeiro beneficiário da imunidade tributária ora pleiteada.

A omissão nesse ponto acaba permitindo que a decisão embargada restrinja uma garantia constitucional (cláusula pétrea) unicamente à qualificação do beneficiário imediato – **sem analisar que os beneficiários indiretos (finais) são os usuários, que desfrutarão de desoneração das tarifas**, na medida em que não serão necessários reajustes tão elevados para custear a ampliação dos sistemas de água e esgotamento sanitário.

* * *

(2)

Item III.1.C do Agravo Regimental:

A decisão embargada também é omissa no que toca ao fato de não ser a Embargante quem determina o percentual de reajuste das tarifas, mas sim, as agências reguladoras.

É dizer: a decisão embargada não se pronuncia acerca dessa prerrogativa, insculpida no art. 23, IV da Lei Federal 11.445/2007, nem tampouco no art. 38 § 4º do mesmo diploma legal.

No Agravo Regimental, a Embargante já advertira que um dos pontos que caracteriza o capitalismo é o controle do preço pelo fornecedor do produto ou prestador de serviço, submetido ao crivo do mercado, que pode aceitá-lo ou rejeitá-lo, ajustando-se a partir de uma série de variantes, como a concorrência, os encargos tributários etc.

Contudo, no caso da prestação de serviço público em regime de monopólio (já que a Embargante detém a condição de prestadora do serviço com exclusividade nos municípios conveniados com o Estado), com forte regulação a cargo de agências, o preço (chamado de tarifa) não é fixado ao bel prazer do prestador do serviço, mas sim, submetido ao crivo das agências reguladoras a partir da necessidade de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

A decisão embargada, portanto, olvidou-se de enfrentar o fato de que, não detendo o controle do preço a ser praticado, certo é que o que exceder dos gastos com manutenção e investimentos revela uma gestão eficiente do sistema, e não uma causa excludente do direito à imunidade recíproca. Auferir lucros demonstra boa gestão financeira. Significa que uma estatal que atua em regime de monopólio nos municípios parceiros é bem gerida financeiramente.

Não é simplesmente permitir ou não permitir que se produza superávit. A decisão embargada se restringe a chegar até esse ponto, mas sem compreender que **lucro x desoneração tributária, quando se fala em uma atividade regulada**. Isso porque a arrecadação depende de tarifas. E quem fixa estas tarifas são as agências reguladoras, considerando estritamente as variáveis econômico-financeiras, os investimentos a serem programados, os custos de manutenção dos sistemas e outros.

O acórdão embargado, com efeito, traz fundamentação incompleta, não enfrentando o fato de que a imunidade recíproca aqui buscada, repita-se: existe para **i) desonerar o custo da prestação do serviço, ii) dividir, in casu, o ônus da**

universalização do saneamento com a União, e iii) beneficiar o usuário final, que terá à sua disposição saneamento expandido, mais qualidade, por uma tarifa consideravelmente menor.

A pretensa possibilidade de divisão de lucros, tal como garimpada pelo eminente Relator, não altera esse cenário. Se há lucro líquido para dividir, é porque houve boa gestão financeira – **o que será inclusive tributado via CSLL**. Mas a Constituição Federal expressamente exonera a sociedade de economia mista prestadora de serviço público essencial do recolhimento de impostos sobre a renda. Se há renda, é porque a gestão do saneamento, feito pela sociedade de economia mista, é dinâmica e eficiente.

* * *

(3)

Item III.1.E do Agravo Regimental:

A decisão embargada é também omissa em enfrentar o fato de que, tal como já pincelado no item III.1.B e III.1.C, é essencial para definir os rumos a serem seguidos nesse julgamento: é que não é a Embargante quem define o quanto e no quê irá investir, mas sim, é o Poder Concedente, com intervenção das agências reguladoras, que ajustam os planos de saneamento e estipulam/fiscalizam/revisam os cronogramas estipulados nos contratos de programa.

Quer dizer: desonerar a Embargante de impostos federais não vai refletir em lucro para seus acionistas¹, mas sim, em redução das tarifas para os usuários e/ou revisão das metas e cronogramas de atividades de expansão/aperfeiçoamento dos serviços públicos de saneamento básico nos municípios parceiros da CASAN.

O acórdão embargado se omitiu, com efeito, em apreciar o art. 19 da Lei Federal 11.445/2007, bem como a forma com que a Embargante atua – ou seja, como interveniente executora de convênios de cooperação para gestão associada assinados entre os municípios parceiros e o Estado de Santa Catarina, mediante assinatura de contratos de programa, na forma do art. 241 da CF c/c art. 13 da Lei 1.107/2005 e art. 10, art. 11, I, II, III e IV e § 2º da Lei Federal 1.445/2007.

O acórdão embargado, com efeito, se omite em apreciar que a Embargante, como prestadora do serviço em exatos duzentos municípios catarinenses (sendo um paranaense), é:

i) regida através de prévio planejamento pelo poder concedente, que identifica as prioridades, as metas, e o montante necessário para fazer frente aos investimentos nas obras de manutenção e de expansão dos sistemas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário; e

ii) remunerada através de tarifa, cuja política tarifária, após proposição da Agravante, é revista em periodicidade anual pelas Agências Reguladoras, que dão a última palavra no tocante ao percentual de reajuste.

¹ NOTA: todos os acionistas da CASAN, além do Estado de Santa Catarina, são estatais controladas majoritariamente pelo Estado de Santa Catarina, sem ações negociadas na Bolsa de Valores.

Com efeito, nem o que é feito com o lucro obtido (se é distribuído ou se é reinvestido) nem tampouco a composição acionária da Embargante, podem influir no reconhecimento da prerrogativa constitucional da imunidade, **já que a Embargante i) não controla as metas a serem atingidas, nem ii) a remuneração que terá para cumprir o planejamento previamente traçado.**

Tais pontos, como se exaustivamente aponta neste arrazoadado, não foram apreciados pelo acórdão embargado, resultando em vício de omissão, a que se invoca o art. 535 do CPC.

Por fim, não se perca de vista que a desoneração do custo da prestação do serviço a partir do reconhecimento da imunidade tributária aumenta o poder de investimentos da Embargante, acelerando cronogramas e metas com os municípios já conveniados, além de aumentar o potencial de investimentos estratégicos a critério do governo estadual, lembrando, sempre, que a Embargante é entidade cuja existência decorre, justamente, da competência material que incumbe, também ao Estado-membro, para execução de políticas públicas de saneamento básico.

* * *

(4)

Item III.1.F do Agravo Regimental:

O acórdão é omissos no tocante à atuação da Embargante para suprir falhas de mercado, e aplicação do subsídio cruzado – técnica de gênese constitucional típica de estados federados agrupados dentro de uma estrutura central regente.

O acórdão embargado é absolutamente omissos também nesse ponto, deixando de se pronunciar quanto ao fato de a Embargante atuar em centenas de municípios absolutamente deficitários, equacionando os resultados positivos e os negativos de forma a aplicar uma tarifa média única/regionalizada que possa equacionar i) modicidade tarifária, ii) economia de escala, com o fito de iii) viabilizar economicamente a prestação do serviço nos municípios deficitários, sem prejudicar aqueles que mais contribuem.

Não se verificou, portanto, pronunciamento desta Corte quanto a gênese constitucional do subsídio cruzado (art. 43 § 2º, I da CF), bem como dos art. 3º; art. 11 § 2º, IV, c; art. 14, I, II e III; art. 16 e art. 31, III da Lei Federal 11.445/2007. Tampouco o acórdão embargado se pronuncia a respeito das incumbências atribuídas à Embargante por Lei Estadual (Lei Complementar n.º 381/2007, art. 106) e de sua estratégica vinculação ao Gabinete do Governador do Estado, conforme preceitua o art. 119, I, b da Lei Complementar Estadual n.º 381/2007.

Igualmente, o acórdão embargado não teceu comentário acerca da forma como se operacionaliza o subsídio cruzado, explanados em didático Relatório de Auditoria do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (TCE/RS).

* * *

-IV-
DOS PONTOS OMISSOS RELEVANTES E DAS CONTRADIÇÕES:

PREENCHIMENTO, EM TODO CASO, DOS REQUISITOS (III) E (IV) DA ACO 2243/DF

Além das omissões acima denunciadas, a Embargante inaugurara, no seu Agravo Regimental, o item III.3., a fim de cotejar o caso concreto ao case da Companhia de Saneamento de Alagoas – CASAL, à vista da evidente caracterização do controle acionário da CASAN pelo Estado de Santa Catarina – o que atenderia o requisito (iii) definido na medida cautelar da ACO 2243/DF.

No entanto, o acórdão embargado padece de vícios de omissão e contradição no tocante a análise do item III.3.A e III.3.B, na forma que segue:

(5)
Item III.3.A do Agravo Regimental: omissão e contradição.

Ao fazer o cotejo do caso concreto com os balizadores traçados pelo Eminentíssimo Relator, Min. Dias Toffoli, em demanda análoga também de sua relatoria (ACO 2243/DF), a Embargante abriu tópico específico (item III.3.A) para questionar, em todo caso, a observância do caso vertente ao requisito (iii) da decisão prolatada na ACO 2243/DF.

No entanto, a decisão embargada restringe-se a repetir, rigorosamente, o que já havia sido monocraticamente arguido, sem enfrentar o fato de que:

- i) CELESC, CODESC e SC Parcerias S/A – SCPAR estão sob controle acionário majoritário do Estado de Santa Catarina, bem como é o Estado de Santa Catarina o detentor da maioria do capital social votante;
- ii) SCPAR e CODESC são, respectivamente, 100% e 98,7% controladas pelo Estado de Santa Catarina – o que soma, em números percentuais absolutos, a participação acionária do Estado de Santa Catarina no capital social da CASAN em aproximadamente 87,58%² das ações ordinárias, e 87,64%³ das ações preferenciais da CASAN.

² Estado de Santa Catarina detém 61,93% das ações ordinárias; a SCPAR tem 18,03% das ordinárias, mas é 100% controlada pelo Estado de Santa Catarina; a CODESC tem 4,56% das ações ordinárias, mas ante o controle acionário de 98,7% pelo Estado de Santa Catarina, a participação acionária do Estado de Santa Catarina na CASAN, via CODESC, é de 4,50%; a CELESC tem 15,48% das ações ordinárias, mas ante o controle acionário de 20,02% do capital total da CELESC pelo Estado de Santa Catarina, a participação acionária do Estado de Santa Catarina na CASAN, via CELESC, é de 3,126%, **totalizando, portanto, 87,58% (oitenta e sete vírgula cinquenta e oito por cento) de participação acionária efetiva do Estado de Santa Catarina.**

³ Estado de Santa Catarina detém 66,49% das ações ordinárias; a SCPAR tem 18,03% das ordinárias, mas é 100% controlada pelo Estado de Santa Catarina; a CELESC tem 15,48% das ações ordinárias, mas ante o controle acionário de 20,02% do capital total da CELESC pelo Estado de Santa Catarina, a participação acionária do Estado de Santa Catarina na CASAN, via CELESC, é de 3,126%, **totalizando, portanto, 87,64% (oitenta e sete vírgula sessenta e quatro por cento) de participação acionária efetiva do Estado de Santa Catarina.**

Outro ponto omissivo relevante que se identifica do acórdão embargado, reside na informação específica relativa à acionista CELESC, que é controlada majoritariamente pelo Estado de Santa Catarina (20,02%) além de deter **50,18% do capital votante da CELESC, ou seja: é o Estado de Santa Catarina quem detém o poder de decisão dos rumos daquela estatal**, acionista da CASAN, por seu turno, com 15,48% das ações ordinárias e, também, 15,48% das ações preferenciais.

Com efeito, além de o acórdão embargado omitir-se quanto ao enfrentamento dessas questões de fato imprescindíveis para, em todo caso, cotejar o caso concreto com os critérios defendidos pelo Eminent Relator na ACO 2243/DF, incorre o mesmo em **contradição**, na medida em que, ainda com relação ao requisito (iii) exigido pelo Eminent Relator, consta da decisão embargada o seguinte:

*“(iii) o percentual de participação do Estado de Alagoas no capital social da empresa era de 99,96%, **o que assegurava ao ente político o controle acionário da empresa**”*

A preocupação do Eminent Relator, portanto, resta sanada pela Agravante, afinal, o Estado de Santa Catarina controla diretamente 61,93% das ações ordinárias e 66,49% das ações preferenciais, e efetivamente 87,58% das ações ordinárias, e 87,64% das ações preferenciais – sendo, portanto, o acionista majoritário com ampla margem de vantagem sobre os demais; e não bastasse, os demais acionistas são controlados, igualmente, pelo Estado de Santa Catarina.

Se a preocupação do requisito (iii) da ACO 2243/DF era assegurar ao ente federado o controle acionário da empresa, tal requisito se mostra totalmente preenchido, aqui residindo a contradição ora apontada.

* * *

(6)

Item III.3.B do Agravo Regimental: **omissão e contradição**:

O acórdão embargado é também omissivo no que toca a análise do item III.3.B do Agravo Regimental – oportunidade em que a Embargante comprovara, na eventualidade, o cumprimento do requisito (iv) prescrito na ACO 2243/DF pelo Eminent Relator, Min. Dias Toffoli, cuja exigência é de que a sociedade de economia mista pretendente do reconhecimento da imunidade deve ser empresa de capital fechado.

É dizer: o acórdão foi omissivo no que toca a particularidade denunciada pela Embargante: de que **as ações pertencentes aos acionistas Estado de Santa Catarina, CELESC, CODESC e SCPAr não estão na Bolsa de Valores – lembrando que estes acionistas correspondem por 99,9977% das ações ordinárias, e 99,9954% das ações preferenciais**.

O acórdão embargado resume-se a abordar os 0,0046% que são negociados em Bolsa, para afirmar que tal informação é irrelevante, já que *essa análise da extensão da imunidade tributária recíproca para sociedades de economia mista com participação acionária negociada em bolsa de valores, que ainda pende de definição por esta Corte nos autos do RE n.º 600.867 (com repercussão geral reconhecida), foi acessória na*

decisão agravada, surgindo apenas como reforço à conclusão de que a CASAN não direciona seus recursos financeiros exclusivamente a si e a suas finalidades essenciais (...).

No entanto, reside aqui vício de contradição, na medida em que o requisito (iv) da ACO 2243/DF, tida pelo próprio Relator como precedente para permitir o julgamento monocrático por supostamente haver *jurisprudência dominante*, exigia que a sociedade de economia mista tivesse capital fechado – e esse requisito restou devidamente comprovado no caso em tela.

-V- **DOS PEDIDOS**

A questão é absolutamente rica em detalhes, não sendo possível textualizá-la em poucas laudas; é absolutamente compreensível que diversos apontamentos essenciais para que se faça um julgamento justo, acabem se perdendo diante de tantos detalhes jurídicos.

Diante do exposto, requer-se o recebimento destes Embargos de Declaração, reconhecendo-se as omissões e contradições apontadas ao longo deste arrazoado, com a concessão de efeitos infringentes, na forma da fundamentação, para, preliminarmente:

- i) Reconhecer a nulidade dos atos de julgamento até então produzidos, à vista do não preenchimento do requisito do art. 21 § 1º do RISTF a permitir que se pudesse dispensar julgamento colegiado (não há jurisprudência dominante apta a permitir que o relator profira julgamento monocrático sobre a matéria tratada nestes autos) – o que tolheu o direito à ampla defesa na forma de sustentação oral e de prévia intimação da pauta de julgamentos.
- ii) Se ultrapassada a preliminar, que no mérito sejam sanados os vícios de omissão e contradição apontados ao longo da fundamentação, para o fim de, ao final, serem concedidos excepcionalmente efeitos infringentes ao julgado tendentes a julgar PROCEDENTE a ação cível originária, com a declaração da imunidade de impostos em favor da CASAN, e a condenação da União a restituição dos impostos federais indevidamente pagos desde o lustro prescricional anterior ao ajuizamento da demanda, até a data presente, a ser apurado em liquidação de sentença.

Termos em que,
Pede deferimento.
Brasília/DF, 18 de dezembro de 2015.

BRUNO ANGELI BONEMER
PROCURADOR/CASAN – MATRÍCULA 8934-6
OAB/SC 31.266-B