

AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA 1.460 SANTA CATARINA

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI
AUTOR(A/S)(ES) : COMPANHIA CATARINENSE DE ÁGUAS E
SANEAMENTO - CASAN
ADV.(A/S) : HANERON VICTOR MARCOS E OUTRO(A/S)
RÉU(É)(S) : UNIÃO
ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

DECISÃO:

Vistos.

Cuida-se de ação declaratória c/c repetição de indébito, recebida nesta Corte como ação cível originária, proposta pela Companhia Catarinense de Águas e Saneamento - CASAN, em face da União, por meio da qual requer o reconhecimento de sua imunidade tributária sobre os serviços públicos essenciais de tratamento e distribuição de água potável e coleta, disposição e tratamento de esgoto, bem como a condenação da União à restituição das quantias pagas indevidamente nos últimos 5 (cinco) anos antes do ajuizamento da ação.

A ação foi ajuizada, originalmente, na Justiça Federal do Estado de Santa Catarina, no entanto, em 15/9/09, o Juiz Federal Substituto da 1ª Vara Federal de Florianópolis acatou preliminar suscitada pela União e declinou da competência, remetendo os autos a esta Suprema Corte, em razão do art. 102, inciso I, alínea "f", da Constituição Federal (fls. 154 a 154-v).

Em defesa de seu pleito, aduz, em breve síntese que:

(i) caracteriza-se como sociedade de economia mista, membro da Administração Indireta do Estado de Santa Catarina, sendo responsável pela execução de "serviços públicos de natureza essencial, notadamente água e esgoto" (fl. 2), desempenhando-os "sem fins econômicos, reaplicando o arrecadado em prol da melhoria e da consecução das atividades que envolvem a captação, tratamento e distribuição de água potável, assim como a coleta, disposição e tratamento de esgotos sanitários" (fl. 3);

(ii) "Ainda que outras atividades possam vir a ser desempenhadas pela autora, a imunidade reclamada só recairá, e assim resume-se o

pedido, sobre a arrecadação oriunda da prestação dos serviços públicos de água e esgoto” (fl. 6);

(iii) pelo fato de desempenhar serviço público, sem qualquer intenção de explorar atividade econômica ou auferir lucros, a ela não lhe devem ser aplicados o art. 173, § 1º e o art. 150, § 3º da Constituição Federal;

(iv) “Da mesma forma, não procede a aplicabilidade com base na *contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário*, posto que há, aí, ideia de remuneração, de ganho e riqueza do privado, quando os usuários utilizam de um serviço vinculado cujas taxas e tarifas não são equivalentes ao proveito obtido, tampouco permitem sobras que atendam ao benefício privado, não assumindo assim caráter de pagamento” (fl. 9);

(v) a imunidade recíproca tratada no art. 150, inciso VI, alínea “a”, da CF/88 abrange as sociedade de economia mista que desempenham serviço público essencial;

(vi) há, no Supremo Tribunal Federal, “entendimento firme no sentido de que já pacificado nesta Egrégia Corte de que a empresa pública prestadora de serviço público esta abrangida pela imunidade tributária prevista no artigo 150, VI, “a” da Constituição Federal” (fl. 15).

Por fim, argumenta

“Ve-se, então, a autora como um braço do Estado. O Poder Público, representado pelo Estado de Santa Catarina, realiza serviços de água e esgoto (indiscutivelmente essenciais) por intermédio de um ente legalmente criado, que não tem capacidade contributiva e não desempenha atividade típica econômica e comercial. Por conseguinte, cobra-se o respeito ao princípio federativo e seus desdobramentos, em fundamental o da imunidade tributária colhida do art. 150, VI, *a*, da CRFB, especificamente sobre a receita advinda da prestação de serviços públicos de água e esgoto.” (fl. 19).

Requer o reconhecimento da “imunidade tributária da autora sobre os serviços públicos essenciais de tratamento e distribuição de água

potável e coleta, disposição e tratamento de esgoto” e a condenação da União a “restituir as quantias pagas indevidamente pela autora nos últimos 05 anos, a montante a ser apurado em liquidação de sentença” (fl. 22).

Em contestação, a União arguiu, preliminarmente, a competência do Supremo Tribunal Federal para dirimir a controvérsia instaurada e, no mérito, alega que as sociedades de economia mista não podem ser abrangidas pela imunidade recíproca, o que resta demonstrado pela inexistência de jurisprudência colegiada da Suprema Corte acerca do caso (fls. 98 a 110).

Após pedido de diligência do MPF, a autora esclarece, em petição, que a imunidade tributária refere-se ao IRPJ e ao ITR, impostos de competência da União Federal, vinculados às suas finalidades essenciais ou delas decorrentes (fls. 190 a 194).

Não havendo mais provas a produzir, seguiram-se os autos à Procuradoria-Geral da República, a qual opinou pela procedência do pedido, em parecer assim ementado:

“AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. IMUNIDADE RECÍPROCA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA PRESTADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS.

A Companhia Catarinense de Águas e Saneamento ajuizou ação cível originária em que postula o reconhecimento da incidência do preceito imunizador do art. 150, VI, “a”, da Constituição em relação aos impostos sobre rendas e proventos de qualquer natureza – IR e sobre a propriedade territorial rural – ITR. Pede, ainda, a repetição do indébito tributário a contar de cinco anos antes do ajuizamento da ação. Prestação de serviço público essencial. Ausência de finalidade lucrativa da empresa. Imunidade incidente na espécie. Precedentes.

Parecer pela procedência da ação.” (fl. 455)

É o relatório. Decido.

De início, reconheço a competência originária do STF para apreciação da matéria, vez que esta Corte já decidiu que as questões

patrimoniais, como as que envolvem pagamento de tributos ou direito à imunidade tributária, atraem a competência prevista no artigo 102, inciso I, “f”, da Constituição, na medida em que verificado o conflito federativo. Confira-se:

“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 nº 515/DF-QO, Tribunal Pleno, Relatora a Ministra **Ellen Gracie**, DJ de 27/9/02).

Essa posição tem sido adotada por esta Suprema Corte mesmo em situações nas quais a postulação da imunidade tributária recíproca envolva ente revestido de personalidade jurídica de direito privado, de que são exemplos os julgados: ACO nº 790/SC, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**; ACO nº 797/DF, Relator o Ministro **Eros Grau**; e ACO nº 803-TA/SP, Relator o Ministro **Celso de Mello**.

In casu, o pedido de reconhecimento da imunidade tributária advém da Companhia Catarinense de Águas e Saneamento – CASAN, sociedade de economia mista, órgão da Administração Indireta do Estado de Santa Catarina, pelo que se verifica do art. 1º de seu Estatuto Social:

“Art. 1º – A COMPANHIA CATARINENSE DE ÁGUAS E SANEAMENTO, que usa a sigla CASAN, é uma Sociedade de economia mista, constituída em 02 de julho de 1971, na

conformidade da Lei Estadual nº 4.547, de 31 de dezembro de 1970 e Decreto nº SSP-30.04.71/58, e se rege pelas disposições legais aplicáveis e normas do presente Estatuto Social.” (fl. 52).

O Supremo Tribunal Federal já adotou entendimento no sentido de que as sociedades de economia mista que prestam serviços públicos são alcançadas pela imunidade tributária disciplinada no artigo 150, inciso VI, alínea “a”, da Carta Magna. Nesse sentido:

“TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE RECÍPROCA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA CONTROLADA POR ENTE FEDERADO. CONDIÇÕES PARA APLICABILIDADE DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL. ADMINISTRAÇÃO PORTUÁRIA. COMPANHIA DOCAS DO ESTADO DE SÃO PAULO (CODESP). INSTRUMENTALIDADE ESTATAL. ARTS. 21, XII, f, 22, X, e 150, VI, a DA CONSTITUIÇÃO. DECRETO FEDERAL 85.309/1980. 1. IMUNIDADE RECÍPROCA. CARACTERIZAÇÃO. Segundo teste proposto pelo ministro-relator, a aplicabilidade da imunidade tributária recíproca (art. 150, VI, a da Constituição) deve passar por três estágios, sem prejuízo do atendimento de outras normas constitucionais e legais: 1.1. A imunidade tributária recíproca se aplica à propriedade, bens e serviços utilizados na satisfação dos objetivos institucionais iminentes do ente federado, cuja tributação poderia colocar em risco a respectiva autonomia política. Em consequência, é incorreto ler a cláusula de imunização de modo a reduzi-la a mero instrumento destinado a dar ao ente federado condições de contratar em circunstâncias mais vantajosas, independentemente do contexto. 1.2. Atividades de exploração econômica, destinadas primordialmente a aumentar o patrimônio do Estado ou de particulares, devem ser submetidas à tributação, por apresentarem-se como manifestações de riqueza e deixarem a salvo a autonomia política. 1.3. A desoneração não deve ter como efeito colateral relevante a quebra dos princípios da livre-concorrência e do exercício de atividade profissional ou

econômica lícita. Em princípio, o sucesso ou a desventura empresarial devem pautar-se por virtudes e vícios próprios do mercado e da administração, sem que a intervenção do Estado seja favor preponderante. 2. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. EXPLORAÇÃO DE SERVIÇOS DE ADMINISTRAÇÃO PORTUÁRIA. CONTROLE ACIONÁRIO MAJORITÁRIO DA UNIÃO. AUSÊNCIA DE INTUITO LUCRATIVO. FALTA DE RISCO AO EQUILÍBRIO CONCORRENCIAL E À LIVRE-INICIATIVA. Segundo se depreende dos autos, a Codesp é instrumentalidade estatal, pois: 2.1. Em uma série de precedentes, esta Corte reconheceu que a exploração dos portos marítimos, fluviais e lacustres caracteriza-se como serviço público. 2.2. O controle acionário da Codesp pertence em sua quase totalidade à União (99,97%). Falta da indicação de que a atividade da pessoa jurídica satisfaça primordialmente interesse de acúmulo patrimonial público ou privado. 2.3. Não há indicação de risco de quebra do equilíbrio concorrencial ou de livre-iniciativa, eis que ausente comprovação de que a Codesp concorra com outras entidades no campo de sua atuação. 3. Ressalva do ministro-relator, no sentido de que cabe à autoridade fiscal indicar com precisão se a destinação concreta dada ao imóvel atende ao interesse público primário ou à geração de receita de interesse particular ou privado. Recurso conhecido parcialmente e ao qual se dá parcial provimento” (RE nº 253.472/SP, Tribunal Pleno, Relator para o acórdão o Ministro **Joaquim Barbosa**, DJe de 1º/2/11).

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. IMUNIDADE RECÍPROCA. ART. 150, INC. VI, ALÍNEA A, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. EXTENSÃO A SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. PRECEDENTE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO (RE nº 647.881/RS-AgR, Segunda Turma, Relator a Ministra **Cármem Lúcia**, DJe de 5/10/12).

No mesmo sentido: ARE nº 640.788/PR, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, DJe de 28/3/12, e RE nº 596.744/PR, Relator o Ministro **Ayres Britto**, DJe de 3/2/12.

Tais precedentes, contudo, porque originalmente voltados à apreciação de situações específicas de determinadas sociedades de economia mista, não autorizam a extensão imediata da imunidade a toda e qualquer entidade daquela natureza, ainda que prestadora de serviço público. Tanto assim que, acerca do tema, há nesta Corte ao menos dois recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida: 1) RE nº 594.015/SP (imunidade tributária recíproca a sociedade de economia mista ocupante de bem público); e 2) RE nº 600.867/SP (imunidade tributária recíproca para sociedade de economia mista com participação acionária negociada em bolsa de valores).

A multiplicidade de particularidades a envolver a concessão de imunidades a sociedades de economia mista, portanto, exige desta Corte apreciação individualizada de pleitos dessa natureza.

Nos autos da ACO 2243/DE, apreciei requerimento de liminar da companhia de saneamento de Alagoas – CASAL, tendo deferido parcialmente a medida, sob os seguintes fundamentos, em resumo: (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**.

No caso sob exame, depreende-se da Lei estadual nº 4.547/1970, dos Decretos SSP-30.4.71/58 e nº 1.035/2008, bem assim do estatuto social da CASAN, a estes autos juntados, que a autora da demanda, em que pese ostentar a natureza de ente privado, executa **serviço público** de abastecimento de água e tratamento de esgoto, em convênio com os municípios do Estado.

Todavia, pela análise de seu controle acionário – certidão juntada aos autos (referenciada como Anexo III – fl. 69) – verifica-se que o percentual

de **participação do Estado de Santa Catarina** no capital social da empresa é de apenas **61,25%**, **outros 20,4%** são atribuídos à **Celesc** e à **Codesc**, órgãos da administração indireta catarinense e outros **18,35%** são da **SC Parcerias**, sociedade anônima vinculada ao Gabinete do Governador do Estado de Santa Catarina, e o restante, que não chega a representar **0,01%** das ações pertencem a **acionistas diversos** (pessoas físicas e jurídicas).

Diferentemente, portanto, do que se deu com a situação constante da ACO nº 2243/DF, nestes autos, para se alcançar 99,99% do capital social, é necessário somar a participação do ente federativo com a de outros três entes da Administração Pública do Estado: duas sociedades de economia mista e uma sociedade anônima vinculada ao Gabinete do Governador, que juntas totalizam 38,75% do capital social da CASAN.

Essa análise guarda extrema relevância à identificação do direito à imunidade, uma vez que, a teor do art. 150, § 3º, da CF, a salvaguarda em questão não se presta à proteção de aumento patrimonial relacionado com exploração de atividades econômicas ou lucrativas; sendo oportuno destacar que esta Corte já consignou que “a imunidade recíproca opera como um instrumento de proteção de instrumentalidades estatais e, portanto, não pode ter como efeito jurídico colateral (...) o benefício de entidade particular, voltada à exploração econômica e lucrativa de qualquer objeto.” (RE nº 285.716/SP-AgR, Relator o Ministro **Joaquim Barbosa**).

Dito de outro modo: a concessão de imunidade à sociedade de economia mista pleiteante não pode ter o condão de gerar benefícios a empresas (ainda que da Administração Indireta) que participem de seu capital social, mas que ostentem escopo lucrativo ou desempenhem atividade econômica, sob pena de desvirtuamento da finalidade da garantia constitucional.

Nessa seara, chama atenção, no presente caso, o fato de que a **CELESC – Centrais Elétricas de Santa Catarina** conta com apenas **20,04%** do seu capital social **sob poder do Estado**, sendo o seu segundo maior acionista a **PREVI (14,46%)** e o terceiro a **TARPON (13,43%)**, ambas entidades privadas, detentoras de investimentos diversos, com

intento lucrativo (informações retiradas de seu sítio eletrônico: <http://novoportal.celesc.com.br/portal/>).

A CELESC, ademais, se estrutura em forma de **holding** e mantém participação acionária em empresas afins do setor elétrico e da área de infraestrutura (tal como a CASAN, mas não somente), o que denota a persecução por retorno financeiro (e não apenas prestação de serviço público) através de investimentos nesses setores. Detém, por exemplo, 23,03% da composição acionária da DFESA – Dona Francisca Energia S.A. – concessionária produtora independente de energia elétrica, cujo maior acionista é um ente privado, a Gerdau (com 51, 82%).

A CODESC, por sua vez, apesar de possuir distribuição acionária significativamente entregue ao Estado de Santa Catarina, 98,7%, tem em seu estatuto social a expressa previsão de obtenção de lucros (em seus arts. 13, III, 41 e 9º, I).

Há, ainda, participação acionária da **SC Parcerias/SA - SCPar**, sociedade anônima vinculada ao gabinete do Governador do Estado. A lei estadual nº 15.500/11 autoriza o Estado de Santa Catarina a outorgar a essa sociedade anônima os direitos de exploração de rodovias, portos, aeroportos, ferrovias e demais bens e serviços de que for detentor (art. 4º, caput). Dentre os objetivos da SCPar, embora se destaque a promoção à geração de investimentos no Território Catarinense, insere-se também: **comprar e vender participações acionárias, podendo constituir empresas com ou sem propósito específico, firmar parcerias e participar do capital de empresas públicas ou privadas** (art. 3º, III, da lei 15.500/11), tudo a demonstrar a atuação econômica da aludida sociedade.

Observe-se, por fim, que o estatuto social da CASAN dispõe, quanto a seu capital social, que a “sociedade, dentro do limite do capital autorizado, e de acordo com plano aprovado pela Assembleia Geral, poderá outorgar opção de compra de ações a seus administradores ou empregados, ou a pessoas naturais que prestem serviços à Sociedade ou à outra Sociedade sob seu controle, na forma prevista em lei” (art. 5º, § 2º) e prevê, mais adiante, a divisão dos seus lucros, atribuindo-se ao menos 25% (vinte e cinco por cento) aos seus acionistas (art. 34, a).

ACO 1460 / SC

Ainda, o parágrafo 3º do artigo 5º, do mesmo estatuto, prevê a possibilidade de que aumentos do capital da CASAN sejam deliberados com a exclusão do direito de preferência dos acionistas à subscrição de novos valores mobiliários emitidos pela Sociedade, cuja colocação seja feita **mediante venda em Bolsa de Valores**, o que denota não se tratar de sociedade de capital fechado.

Nessa conformidade, descabida se torna a concessão de imunidade tributária à autora.

Por todo exposto, julgo improcedente a presente ação cível originária. Custas na forma da lei. Fixo os honorários em R\$ 1.000,00 (mil reais), atendidos os pressupostos do art. 20, § 4º, do CPC.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 5 de março de 2015.

Ministro **DIAS TOFFOLI**

Relator

Documento assinado digitalmente