



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

Nº 41840/2016 – ASJCIV/SAJ/PGR

Ação Cível Originária 2730 – DF

Relator: Ministro **Edson Fachin**

Autor: Companhia Espírito Santense de Saneamento –
CESAN

Ré: União

AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. SANEAMENTO BÁSICO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO TÍPICO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA.

1 – O elemento fático que permite a avaliação da concessão ou não da imunidade tributária recíproca a ente estatal é a exclusividade na prestação de serviços públicos.

2 – Deve-se reconhecer à entidade que se presta a administrar os recursos hídricos regionais, que são, notadamente, bem públicos estaduais, como estabelecido no art. 26 do texto constitucional, as características próprias de serviço público.

3 – Parecer pela procedência do pedido.

Trata-se de ação cível originária proposta pela Companhia Espírito Santense de Saneamento – CESAN em face da União com o propósito ver declarada pelo Supremo Tribunal Federal a imunidade tributária recíproca sobre os impostos federais incidentes sobre bens, rendas e serviços.

A petição inicial informa que a autora é sociedade de economia mista do Estado do Espírito Santo, criada pela Lei Estadual

2.282/67, e tem como função *prestar serviços públicos de abastecimento de água e esgotos sanitários*.

Afirma, ainda, que a companhia estadual foi criada no contexto do Plano Nacional de Água e Saneamento – PLANASA, instituído na década de 60, que destinava recursos a estados que constituíssem suas próprias companhias de saneamento, sendo seu capital, à época, constituído integralmente pelo Estado do Espírito Santo. Diz que, atualmente, o ente estadual detém 99,75% do capital da autora.

Nessa linha de ideias, consigna que a CESAN atua de acordo com os preceitos da lei de concessão de serviços públicos (Lei 8.987/95) e que, *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 publico essencial de fornecimento de água e tratamento de esgoto, que se situa fora da livre exploração e concorrência*.

Assevera que também a Lei 11.445/07, marco regulatório dos serviços públicos de saneamento básico, deixaria evidenciado tratar-se o referido serviço dos chamados monopólios naturais, fora do ambiente concorrencial, cuja prestação exige custos fixos extremamente altos, com redução do custo à medida que a escala da atividade se eleva. Alega, assim, que sua atividade consubs-

tancia-se em prestação de serviço público e não exploração de atividade econômica.

Diante desse panorama, a requerente busca o reconhecimento da imunidade tributária recíproca e, por fim, a exoneração dos impostos federais incidentes sobre o patrimônio, a renda e os serviços prestados, 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.

A União apresentou contestação, em que sustentou, preliminarmente, a ausência de conflito federativo apto a ensejar a competência do Supremo Tribunal Federal. No ponto, defende que o art. 102, I, *f*, do texto constitucional deve ser interpretado restritivamente e que o objeto da demanda é única e exclusivamente de direito tributário, o que afastaria a ação do âmbito de competência da Suprema Corte.

No mérito, invoca o RE 600867, em que discutida, sob a sistemática da repercussão geral, o direito à imunidade tributária recíproca da Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – SABESP, dizendo que, até o momento (o julgamento encontra-se pendente), entendeu o Supremo Tribunal Federal pela inexistência do mencionado benefício. Neste aspecto, faz as seguintes considerações:

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.

Além disso, defende a inconstitucionalidade da concessão da imunidade tributária recíproca a sociedade de economia mista ante a vedação da Súmula 76 do STF¹, cujo entendimento fora extraído do art. 31 da Constituição Federal de 1946, que regulava da mesma forma a matéria.

Deduz que a natureza privada da sociedade de economia mista não permite o gozo de benefício atribuível a empresa pública, notadamente quando atue exclusivamente na execução de serviços públicos monopolizados, como a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT).

Pontua, ademais que, 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

¹ As sociedades de economia mista não estão protegidas pela imunidade fiscal do art. 31, V, “a”, Constituição Federal.

tenham caráter eminentemente público, se confundindo com o próprio ente federado. Diz que as sociedades de economia mista não se adequam ao segundo critério, tendo em vista 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.*

Considerando que a Companhia Espírito Santense de Saneamento – CESAN é sociedade por ações de economia mista, nos termos do Decreto 2.575/67, despachou o eminente Relator, intimando a autora para que esclarecesse se a empresa é de capital aberto ou fechado.

Em atenção ao mencionado despacho, manifestou-se a CESAN para informar tratar-se a autora *de uma sociedade de economia mista de capital fechado, não admitindo a sua lei de criação, o seu decreto regulamentador e o seu estatuto que os valores mobiliários de sua emissão sejam negociados no mercado de valores mobiliários.*

Em seguida, vieram os autos à Procuradoria-Geral da República para parecer.

Relevante, inicialmente, verificar a competência desse Supremo Tribunal Federal para o conhecimento e julgamento da presente ação, na forma do art. 102, I, *f*, da Constituição Federal².

O litígio estabelecido entre a CESAN, de um lado, e a União, de outro, tem por centro a discussão acerca da intangibilidade tributária incidente sobre seu patrimônio, sua renda e seus serviços, dada a ocorrência da regra de imunidade tributária recíproca, calada no art. 150, VI, *a*, da Constituição Federal.

Essa situação está a delinear, portanto, um conflito federativo, na medida em que a pretensão federal de lançar e cobrar impostos choca-se com a regra constitucional imunizadora dessa espécie tributária para as entidades públicas ou que desempenham funções tipicamente estatais.

Trata-se, desse modo, de potencial conflito intrafederativo entre os entes políticos em questão, apto a gerar desequilíbrios no particular modelo constitucional brasileiro de federalismo e, em consequência direta, suscitar a competência da Corte Suprema para, no exercício da sua atribuição de Tribunal da Federação, sanar a presente controvérsia.

2 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; [...]

Esse é o atual posicionamento jurisprudencial da Corte Suprema que, por ocasião de julgamento sobre a imunidade tributária da Empresa de Correios e Telégrafos, assim se manifestou:

CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. ART. 102, I, "F", DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - EBCT. EMPRESA PÚBLICA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO POSTAL E CORREIO AÉREO NACIONAL. SERVIÇO PÚBLICO. ART. 21, X, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. A prestação do serviço postal consubstancia serviço público [art. 175 da CB/88]. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é uma empresa pública, entidade da Administração Indireta da União, como tal tendo sido criada pelo decreto-lei nº 509, de 10 de março de 1969. 2. O Pleno do Supremo Tribunal Federal declarou, quando do julgamento do RE 220.906, Relator o Ministro MAURÍCIO CORRÊA, DJ 14.11.2002, à vista do disposto no artigo 6º do decreto-lei nº 509/69, que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é "pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, que explora serviço de competência da União (CF, artigo 21, X)". 3. Impossibilidade de tributação de bens públicos federais por Estado-membro, em razão da garantia constitucional de imunidade recíproca. 4. O fato jurídico que deu ensejo à causa é a tributação de bem público federal. A imunidade recíproca, por sua vez, assenta-se basicamente no princípio da Federação. Configurado conflito federativo entre empresa pública que presta serviço público de competência da União e Estado-membro, é competente o Supremo Tribunal Federal para o julgamento da ação cível originária, nos termos do disposto no artigo 102, I, "f", da Constituição. 5. Questão de ordem que se resolve pelo reconhecimento da competência do Supremo Tribunal Federal para julgamento da ação.

(ACO 765 QO, Rel.: Ministro MARCO AURÉLIO, Rel.: p/ Acórdão: Ministro EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 1 jun. 2005, *DJe* 6 nov. 2008)

Instalada a competência da Suprema Corte, conclui-se pela procedência do pedido da autora.

A citada sociedade de economia mista foi criada pela Lei Estadual 2.282/67, que deferiu à entidade as seguintes funções:

Art. 3º – São objetivos da companhia:

I – planejar, projetar, executar, ampliar, remodelar e explorar industrialmente, serviços de abastecimentos de água e esgotos sanitários;

II – promover investigações, pesquisas, levantamentos, estudos econômicos e financeiros relacionados com projetos de serviços de água e esgotos;

III – exercer quaisquer atividades e aperfeiçoamento da operação e manutenção dos serviços;

IV – fixar tarifas dos diversos serviços e reajustá-los periodicamente, de modo que atendam tanto quanto possível, à amortização do investimento inicial, pagamento dos custos de operação e manutenção e acúmulo de reservas para o financiamento da expansão;

V – cumprir a política de saneamento formulada pelo órgão competente e divulgá-la, através de programas educativos;

VI – arrecadar as importâncias devidas pela prestação de seus serviços;

VII – prestar serviços técnicos e industriais, remunerados, inclusive particulares, ligados ao seu objetivo principal.

Diante de uma leitura contextualizada da Constituição Federal, não é possível recusar à entidade que se presta a administrar os

recursos hídricos regionais, que são, notadamente, bem públicos estaduais, como estabelecido no art. 26 do texto constitucional, as características próprias de serviço público.

Não se desconhece que à locução 'serviço público' reservaram-se inúmeras acepções jurídicas, umas mais expandidas e outras mais restritivas. Sabe-se, contudo, que a aplicação desse termo para designar determinada função propriamente estatal depende essencialmente da forma de Estado, variável no tempo e no espaço, e da essencialidade da incumbência atribuída aos órgãos estatais.

Pela evidente relevância, o tema ligado a gestão ou gerenciamento de recursos hídricos é recorrente nos assentos constitucionais, podendo ser observadas: (i) a competência da União para instituição de sistema nacional de administração de recursos hídricos e definição de outorga de direito de uso (art. 21, XIX); (ii) a competência comum dos entes federados para registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direito de pesquisa e exploração de recursos hídricos em seus correspondentes territórios (art. 23, XI); (iii) a competência exclusiva do Congresso Nacional para autorizar o aproveitamento de recursos hídricos em terras indígenas (art. 49, XVI), entre outras regulações mais genéricas³.

³ Tais normas constitucionais reverberaram suas orientações na Lei Federal 9.433/97, que instituiu o sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos, e na Lei Estadual 14.844/2010, que articulou a política estadual

Por sua vez, a doutrina oferece alguns predicados que permitem afirmar com certa precisão se dada atividade merece ser denominada de serviço público. O primeiro deles é o oferecimento de determinada utilidade ou comodidade à coletividade. A um só tempo, esse quesito está a evidenciar a indispensabilidade do bem fornecido e, concomitantemente, da sua efetiva prestação pelos órgãos públicos, identificando uma obrigação clara e incontornável e os respectivos obrigados.

A segunda característica é o regime jurídico estritamente de direito público, “consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo”, como bem assinala Celso Antônio Bandeira de Mello⁴.

Diante desse quadro normativo e da importância do gerenciamento de águas e esgotos sanitários, evidenciando a indispensável participação do ente estadual nesse mister, a distribuição hídrica faz parte do rol de responsabilidades estatais e deve ser incluída na lista de serviços públicos típicos, mormente quando a falta de sua prestação puder dar causa a inúmeras violações a direitos fundamentais, tal como a vida, a saúde e a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

de recursos hídricos.

⁴ Curso de Direito Administrativo, 19ª ed. revista e atualizada, Malheiros, 2005, p. 632.

Ademais, o fato de a autora ser sociedade de economia mista não é causa suficiente para obstar a concessão do benefício tributário, uma vez que a lógica inerente ao sistema tributário é a de não permitir benesses a pessoas jurídicas que, ostensivamente, praticam atividades próprias de empresa e que, em sua essência, perseguem o lucro.

Portanto, a despeito do formato jurídico conferido ao ente público, o elemento fático que permite a avaliação da concessão ou não da imunidade tributária recíproca é a exclusividade na prestação de serviços públicos. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, já sufragou esse entendimento em inúmeras oportunidades:

DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. IPTU. IMUNIDADE. ART. 150, VI, “A” DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. PRECEDENTES. CONSONÂNCIA DA DECISÃO RECORRIDA COM A JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO QUE NÃO MERECE TRÂNSITO. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 11.6.2014.

1. O entendimento adotado na decisão agravada reflete a jurisprudência firmada no âmbito deste Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a imunidade tributária prevista na alínea “a” do art. 150, VI, da Constituição Federal alcança a sociedade de economia mista prestadora de serviço público essencial, sem caráter concorrencial. 2. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada. 3. Agravo regimental conhecido e não provido.

(RE 918704 AgR, Rel.: Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, *DJe*-247 de 7 dez. 2015)⁵

Por outro lado, a existência de acionistas privados, por si só, não deve constituir empecilho à concessão da imunidade tributária, sobretudo no caso da autora.

Primeiramente, aqui o capital é quase que totalmente público (99,75%). Além disso, não há registro de distribuição de dividendos ou lucros aos mencionados acionistas e a modalidade de sociedade anônima é fechada, não havendo a disponibilização de títulos em bolsas de ações ou mercados de balcão.

Outro ponto digno de nota é a alegada transitoriedade do capital acionário nas mãos do Estado. Se, de um lado, essa afirmação é verdadeira para as sociedades de economia mista, por outro, nada impede a conversão do formato jurídico da empresa pública

5 Na mesma linha. ACO 1460 AgR, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno; ARE 861545 AgR, Relator Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, ACO 879, Relator Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno; ARE 763000 AgR, Relator Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma; ARE 816120 AgR, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma; AI 712802 AgR-ED-ED, Relatora Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma; RE 749006 AgR, Relator Min. LUIZ FUX, Primeira Turma; RE 601392, Relator Min. JOAQUIM BARBOSA, Relator(a) p/ Acórdão Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno; RE 462704 AgR, Relator Min. LUIZ FUX, Primeira Turma; AI 558682 AgR, Relator Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma; RE 631309 AgR, Relator Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma; RE 265749 ED-ED, Relator Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma; AI 351888 AgR, Relator Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma; AI 551556 AgR, Relator Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma; RE 580264, Relator Min. JOAQUIM BARBOSA, Relator(a) p/ Acórdão Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, entre outros.

no curso da fruição da imunidade tributária, de modo a, alterando sua finalidade pública, permitir o desempenho de atividades típicas do setor privado.

Portanto, diversamente do que defendido pela União, esse benefício tributário deve incidir enquanto a prestação de serviços públicos persistir, já que são essencialmente complementares. Se, porventura, o objeto social dessa sociedade for alterado para prever a intervenção econômica no setor, por óbvio, o benefício deve ser imediatamente retirado.

Portanto, a concessão da imunidade tributária liga-se mais fortemente à consecução do objeto social da pessoa jurídica e a eventual distribuição de lucros. Deter ações de sociedade anônima que não distribui dividendos aos seus acionistas não deve ser critério relevante para a aferição da concessão do favor constitucional.

Por fim, a vedação da cobrança de tarifas dos usuários dos serviços prestados pela autora para a fruição da imunidade tributária, nos moldes do § 3º do art. 150 da Constituição Federal, deve ser vista com moderações, tendo em conta o alto custo dos serviços prestados em massa pelo Estado.

Sensível a essa aparente antinomia, a Suprema Corte resolveu pela viabilidade de concessão da benesse tributária independente-

mente de cobrança de tarifa como contraprestação, como ressaltado no seguinte julgado:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE. ART. 150, VI, A, DA CF. PATRIMÔNIO, RENDA OU SERVIÇOS. ATIVIDADES IMANENTES AO ESTADO. EXECUÇÃO POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA OU EMPRESAS PÚBLICAS. COBRANÇA DE TARIFAS COMO CONTRAPRESTAÇÃO. ABRANGÊNCIA. ATENDIMENTO DAS CONDIÇÕES INDICADAS NO RE 253.472/SP. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL E DE PROVAS. EVENTUAL OFENSA SERIA INDIRETA. SÚMULA 279 DO STF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – Esta Corte já fixou entendimento no sentido de que a imunidade prevista no art. 150, VI, a, da Constituição se aplica ao patrimônio, renda ou serviços inerentes ao desempenho de atividades imanentes ao Estado, ainda que sejam executadas por sociedades de economia mista ou empresas públicas e independentemente da cobrança por elas de tarifas como contraprestação. II – Para se chegar à conclusão contrária à adotada pelo acórdão recorrido, quanto ao preenchimento das condições indicadas no julgamento do RE 253.472/SP e quanto à titularidade do bem abarcado pela imunidade, faz-se necessário o exame do conjunto fático-probatório dos autos, bem como a análise de normas infraconstitucionais, o que inviabiliza o extraordinário com base na Súmula 279 do STF ou porque a afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta. III – Agravo regimental a que se nega provimento.

(ARE 816120 AgR, Rel.: Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 21 ago 2014)

Não se desconhece que a mesma matéria está em exame no julgamento do RE 600867-SP⁶, na qual é recorrente a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – SABESP.

Aquele julgamento ainda não foi concluído, encontrando-se o processo com vista para a Ministra Cármen Lúcia. Ali a Procuradoria-Geral da República manifestou-se no sentido de que a imunidade tributária recíproca não abrange as sociedades de economia mista que desenvolvam atividade econômica, como a prestação de serviços de saneamento básico, e tenham fração expressiva de seu capital – 49,7% das ações – em posse da iniciativa privada, que a adquiriu em bolsas de valores nacionais e estrangeiras.

São, portanto, três características que a empresa deve preencher para afastar a imunidade tributária recíproca: a) constituir-se como sociedade de economia mista, b) desenvolvimento de ativi-

6 Parecer 18700 – OBF – PGR, assim ementado:

Recurso extraordinário. Embargos à execução fiscal. IPTU incidente em imóvel de sociedade de economia mista destinada à prestação de serviços de saneamento básico. Pretensão de reconhecimento da imunidade recíproca prevista no art. 150, vi, a, da Constituição. Sabesp.

A imunidade tributária recíproca não abrange as sociedades de economia mista que desenvolvam atividade econômica, como a prestação de serviços de saneamento básico, e tenham fração expressiva de seu capital – 49,7% das ações – em posse da iniciativa privada, que a adquiriu em bolsas de valores nacionais e estrangeiras.

Parecer pelo desprovimento do recurso.

dade econômica, c) fração expressiva de seu capital em posse da iniciativa privada.

Cumpre estabelecer esse *distinguishing* porque a a autora desta ação possui características bem diversas da SABESP. E disso resulta o afastamento, naquele caso, da imunidade tributária recíproca.

Por tudo o que foi consignado nos autos, deve prevalecer o direito da autora à imunidade tributária recíproca.

Ante o exposto, opina a Procuradoria-Geral da República pela procedência do pedido da autora.

Brasília (DF), 08 de março de 2016.

Rodrigo Janot Monteiro de Barros
Procurador-Geral da República

JCCR/VCM