

29/09/2017

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NA AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA 2.757 RIO DE JANEIRO

RELATOR	: MIN. LUIZ FUX
AGTE.(S)	: UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AGDO.(A/S)	: COMPANHIA ESTADUAL DE ÁGUAS E ESGOTOS - CEDAE
ADV.(A/S)	: SACHA CALMON NAVARRO COELHO

EMENTA: AGRAVO INTERNO NA AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ALCANCE DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA. ART. 150, VI, 'A', DA CRFB/88. NATUREZA PÚBLICA DOS SERVIÇOS DE ÁGUA E ESGOTO PRESTADOS POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA ESTADUAL. PARTICIPAÇÃO PÚBLICA CORRESPONDENTE A 99,9996% DO CAPITAL SOCIAL. SERVIÇO PRESTADO DE MANEIRA EXCLUSIVA E NÃO CONCORRENCIAL. IRRELEVÂNCIA DO CAPITAL PRIVADO PARTICIPANTE DA COMPOSIÇÃO SOCIETÁRIA DA AUTORA. JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE NO SENTIDO DE QUE A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA ALCANÇA AS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA PRESTADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS. PRECEDENTES. AGRAVO INTERNO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A imunidade tributária recíproca (art. 150, VI, 'a', da CRFB/88) é extensível às empresas públicas e às sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos, notadamente quando prestados com cunho essencial e exclusivo.

2. *In casu*, trata-se de sociedade de economia mista que executa serviço público de modo exclusivo, com capital social fechado e quase que integralmente titularizado pelo Estado do Rio de Janeiro (99,9996%), sem indicação de qualquer risco de quebra do equilíbrio concorrencial ou de livre-iniciativa, mercê da ausência de comprovação de que a CEDAE concorra com outras entidades no campo de sua atuação.

ACO 2757 AGR / RJ

3. Eventuais alterações supervenientes no quadro societário da empresa, de sua natureza societária, de seu objeto social ou mesmo de suas atribuições legais representarão fatos novos capazes de, a depender da forma pela qual exsurjam, alterar o direito reconhecido.

4. Agravo interno a que se nega provimento.

A C Ó R D ã O

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata de julgamento virtual de 22 a 28/09/2017, por maioria, negou provimento ao agravo, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio.

Brasília, 29 de setembro de 2017.

Ministro **LUIZ FUX - RELATOR**

Documento assinado digitalmente

29/09/2017

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NA AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA 2.757 RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. LUIZ FUX
AGTE.(S) : UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AGDO.(A/S) : COMPANHIA ESTADUAL DE ÁGUAS E ESGOTOS -
CEDAE
ADV.(A/S) : SACHA CALMON NAVARRO COELHO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Trata-se de agravo interno interposto pela União, contra decisão na qual julguei procedente o pedido formulado nos autos, em *decisum* assim ementado:

“AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ALCANCE DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA. ART. 150, VI, ‘A’, DA CRFB/88. NATUREZA PÚBLICA DOS SERVIÇOS DE ÁGUA E ESGOTO PRESTADOS POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. SERVIÇO PRESTADO DE MANEIRA EXCLUSIVA E NÃO CONCORRENCIAL. IRRELEVÂNCIA DO CAPITAL PRIVADO PARTICIPANTE DA COMPOSIÇÃO SOCIETÁRIA DA AUTORA. JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE NO SENTIDO DE QUE A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA ALCANÇA AS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA PRESTADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS. PRECEDENTES. PEDIDO QUE SE JULGA PROCEDENTE.”

Em suas razões, a agravante alega, em síntese: (i) impossibilidade de se reconhecer a imunidade tributária à sociedade de economia mista; (ii) existência de fato superveniente – privatização da empresa autora; (iii) efeito patrimonial da condenação – incompetência do Supremo Tribunal Federal.

É o relatório.

29/09/2017

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NA AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA 2.757 RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR). A presente irresignação não merece prosperar. Isso porque, em que pesem os argumentos expendidos no agravo, resta evidenciado das razões recursais que a agravante não trouxe nenhum fundamento capaz de infirmar a decisão hostilizada, razão pela qual deve ela ser mantida.

Ab initio, conforme já consignado na decisão agravada, destaca-se que o sistema constitucional brasileiro, ao dispor sobre o sistema tributário nacional, coloca-se dentro de uma forma de estado federalista, que, por meio da cooperação entre os entes federados, apresenta algumas definições mínimas, dentre as quais se destacam também seus aspectos tributários e financeiros, como bem se assenta em doutrina:

“Dentro dessas definições mínimas, traço importante que também deve ser destacado diz respeito à divisão constitucional de recursos financeiros, (expressão aqui adotada em sentido amplo), seja em relação à definição dos bens públicos, a atribuição de sua titularidade e a participação nos resultados de sua exploração; seja em relação às receitas públicas e sua consecutória repartição. Aliás, esse é um ponto particular de alta influência sobre o campo do Direito Financeiro, no qual se discute importante ferramenta para a execução do autogoverno, da auto-organização e da autoadministração dos entes federativos, das políticas públicas, da Federação e da própria democracia em geral: o orçamento público. Com efeito, o orçamento dos entes federados e a aplicação das receitas que lhes competem são questões diretamente ligadas ao desempenho da autonomia de cada um deles e de suas prerrogativas atribuídas pelo regime federativo. Pode-se dizer, portanto, que a definição dos bens e receitas públicos, bem como as questões financeiro-orçamentárias a ela vinculadas, constitui traço fundamental à realização e concretização de uma federação como a brasileira.” (ARABI, Abhner Youssif Mota. **Desdobramentos**

ACO 2757 AGR / RJ

Financeiros do Federalismo Fiscal: participação no resultado da exploração de petróleo e o bônus de assinatura. In: GOMES, Marcus Lívio; ALVES, Raquel de Andrade Vieira; ARABI, Abhner Youssif Mota. Direito Financeiro e Jurisdição Constitucional. Curitiba: Juruá, 2016, pp. 13/14).

É nesse contexto constitucional federativo que se justifica, a partir da igualdade político-jurídica entre os entes federativos, a previsão constitucional da *imunidade tributária recíproca* (art. 150, VI, 'a', da CRFB/88). Tal qual já há muito afirmado pela Suprema Corte dos Estados Unidos no emblemático caso *McCulloch vs. Maryland* (1819), *o poder de tributar envolve o poder de destruir*, instituindo a impossibilidade jurídica de manejo dos impostos como forma de intervenção de um ente federativo em outro.

Não é por outro motivo que se justifica, diante do potencial conflito federativo envolvido na espécie, a competência originária do Supremo Tribunal Federal para o processamento e julgamento da causa (art. 102, I, 'f', da CRFB/88).

Quanto ao mérito, renova-se o entendimento de que a interpretação literal das previsões constitucionais já é suficiente para assegurar sem qualquer dúvida a abrangência da impossibilidade de instituição de impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços, dos entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), bem como sua extensão às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes (art. 150, § 2º, da CRFB/88).

Não obstante, no afã de melhor tutelar o interesse público e os serviços desenvolvidos para o seu atendimento, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal orienta-se no sentido de que a imunidade tributária recíproca é também aplicável às empresas públicas e às sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos,

ACO 2757 AgR / RJ

notadamente quando prestados com cunho essencial e exclusivo. Nesse sentido, é que, uma vez mais, colaciono os seguintes precedentes, *verbis* (grifos nossos):

“**TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE RECÍPROCA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA CONTROLADA POR ENTE FEDERADO. CONDIÇÕES PARA APLICABILIDADE DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL. ADMINISTRAÇÃO PORTUÁRIA. COMPANHIA DOCS 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 imanentes 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**

ACO 2757 AgR / RJ

ADMINISTRAÇÃO PORTUÁRIA. CONTROLE ACIONÁRIO MAJORITÁRIO DA UNIÃO. AUSÊNCIA DE INTUITO LUCRATIVO. FALTA DE RISCO AO EQUILÍBRIO CONCORRENCIAL E À LIVREINICIATIVA. 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 a 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 253.472, rel. para o acórdão Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe 01/02/2011)

"DIREITO TRIBUTÁRIO. IPTU. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. REQUISITOS. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. SERVIÇOS PÚBLICOS. CONSONÂNCIA DA DECISÃO RECORRIDA COM A JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO QUE NÃO MERECE TRÂNSITO. RECURSO MANEJADO EM 1º.6.2016. 1. O entendimento adotado pela Corte de origem, nos moldes do assinalado na decisão agravada, não diverge da jurisprudência firmada no 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

ACO 2757 AgR / RJ

mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada. 3. Considerado o trabalho adicional realizado em grau recursal, majoro em 10% (dez por cento) os honorários anteriormente fixados, obedecidos os limites previstos no artigo 85, §§ 2º, 3º e 11, do CPC/2015. 4. Agravo regimental conhecido e não provido.” (ARE 944.558-AgR, rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe de 20/09/2016)

“Agravos regimentais em ação cível originária. Imunidade tributária recíproca. Artigo 150, VI, a, da CF/88. Possibilidade de reconhecimento a sociedade de economia mista, atendidos os pressupostos fixados pelo Supremo Tribunal Federal. Competência para apreciação da causa. Artigo 102, I, f, da CF/88. Interpretação restritiva. Exclusão de município do polo passivo. Direito a repetição do indébito e ao reenquadramento do sistema de PIS/COFINS. Matérias de ordem infraconstitucional inaptas a abalar o pacto federativo. Agravos regimentais não providos. 1. Nos autos do RE nº 253.472/SP, 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 imanentes 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 exercício de atividade profissional ou econômica lícita. 2. É possível a concessão de imunidade tributária recíproca à Companhia de Saneamento de Alagoas (CASAL), pois, em que pese ostentar, como sociedade de economia mista, natureza de ente privado: (i) executa serviço

ACO 2757 AgR / RJ

público de abastecimento de água e tratamento de esgoto; e (ii) o faz de modo exclusivo; (iii) o percentual de participação do Estado de Alagoas no capital social da empresa é de 99,96%; (iv) trata-se de empresa de capital fechado. São, ademais, tais premissas que, juntamente com o dispositivo do *decisum*, formam a coisa julgada, não havendo, destarte, que se falar que a mera possibilidade de alteração no quadro societário da empresa seria impedimento à prolação de decisão concessiva da imunidade tributária recíproca a sociedade de economia mista. 3. Em face da literalidade da norma inscrita no art. 102, I, f, da Carta Maior, não compete a esta Corte, em sede originária, processar e julgar causas na qual antagonizem sociedade de economia mista estadual e município, ainda que se trate de demanda versante sobre imunidade tributária recíproca em cujo polo passivo se situe também a União. 4. Questões referentes à repetição do indébito tributário e à mudança no regime de recolhimento do PIS e COFINS não guardam feição constitucional e não são aptas a atrair a competência do STF, ante a ausência de potencial para abalar o pacto federativo. 5. Agravos regimentais não providos.” (ACO 2.243-AgR-Segundo, rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno DJe de 27/05/2016).

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES DA TUTELA. AÇÃO CAUTELAR SUBMETIDA A REFERENDO. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE RECÍPROCA. ART. 150, VI, ‘a’, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Plausibilidade jurídica do pedido (*fumus boni juris*) diante do entendimento firmado por este Tribunal quando do julgamento do RE 407.099/RS, rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 06.8.2004, no sentido de que **as empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado são abrangidas pela imunidade tributária recíproca prevista no art. 150, VI, a, da Constituição Federal.** 2. Exigibilidade imediata do tributo questionado no feito originário, a caracterizar o risco de dano

ACO 2757 AgR / RJ

irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*). 3. Decisão cautelar referendada” (AC 1.851-QO, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 01/08/2008).

In casu, a análise do pedido e da causa de pedir da presente ação evidencia que seu objeto cinge-se à possibilidade de aplicação da imunidade prevista pelo artigo 150, VI, “a”, da Constituição Federal à Companhia Estadual de Águas e Esgotos – CEDAE. Cuida-se de companhia criada pelo Decreto-lei estadual nº 39/75, prestadora dos serviços de saneamento e água. Mais especificamente, a autora tem por finalidade “a exploração de serviços públicos e de sistemas privados de captação, produção, adução e distribuição de água e seus subprodutos, de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequada de esgotos domésticos e industriais e seus subprodutos, de tratamento e disposição final adequada de resíduos sólidos domésticos e industriais, serviços relacionados à proteção do meio ambiente e aos recursos hídricos” (Capítulo I, art. 3º, ‘a’, do Estatuto da CEDAE). Trata-se, portanto, de indubitado serviço público de natureza não concorrencial.

Ademais, cumpre ressaltar que apesar de se tratar de uma economia mista, 99,9996% de seu capital são diretamente públicos, uma vez que pertencentes ao Estado do Rio de Janeiro, de modo que é insignificante a participação de capital privado em seu quadro societário. Não se trata, portanto, de “exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados” (art. 150, § 3º, da CRFB/88), de modo que não se caracteriza eventual natureza econômica ou lucrativa dos serviços prestados.

Dessarte, revela-se possível a extensão da imunidade tributária recíproca à Companhia Estadual de Águas e Esgotos – CEDAE, pois, apesar de constituída como sociedade de economia mista a autora: (i) executa serviço público; (ii) fazendo-o de modo exclusivo; (iii) o percentual de participação do Estado do Rio de Janeiro no capital social da empresa é de 99,9996%; (iv) trata-se de empresa de capital fechado. Nessa linha, destaque não haver indicação de qualquer risco de quebra do

ACO 2757 AGR / RJ

equilíbrio concorrencial ou de livre-iniciativa, mercê da ausência de comprovação de que a CEDAE concorra com outras entidades no campo de sua atuação.

Portanto, estão preenchidos, na hipótese, os seguintes critérios fixados pelo Plenário desta Corte, de modo a possibilitar o alcance da imunidade tributária recíproca às sociedades de economia mista prestadoras de serviço público: a) a imunidade tributária recíproca se aplica apenas à propriedade, bens e serviços utilizados na satisfação dos objetivos institucionais imanescentes do ente federado; b) as atividades de exploração econômica, destinadas primordialmente a aumentar o patrimônio do Estado ou de particulares, devem, em regra, ser submetidas à tributação, por apresentarem-se 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.

Outrossim, quanto à alegação da agravante de que o Estado do Rio de Janeiro estaria em vias de privatizar a CEDAE como parte do plano de recuperação fiscal, fato que a impediria de ser beneficiada com a imunidade tributária discutida nos autos, tenho que eventuais alterações supervenientes no quadro societário da empresa, de sua natureza societária, de seu objeto social ou mesmo de suas atribuições legais representarão fatos novos capazes de, a depender da forma pela qual exsurjam, alterar o direito ora reconhecido. Tal reconhecimento se faz mediante o quadro fático-jurídico presente à época da decisão, de modo que também quanto ao ponto as alegações da União se revelam improcedentes.

Reputo, assim, não haver equívoco na decisão agravada, visto que até o presente momento a agravada mantém sua natureza jurídica e estrutura societária inalteradas e, para além disso, a decisão prolatada nos

ACO 2757 AgR / RJ

presentes autos tem efeito sobre tributos pagos em anos passados (últimos cinco anos), não impedindo que fatos futuros ensejem um novo posicionamento sobre a questão.

Ex positis, **nego provimento** ao agravo interno, mantendo a integralidade da decisão agravada.

É como voto.

AG.REG. NA AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA 2.757 RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. LUIZ FUX
AGTE.(S) : UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AGDO.(A/S) : COMPANHIA ESTADUAL DE AGUAS E ESGOTOS -
CEDAE
ADV.(A/S) : SACHA CALMON NAVARRO COELHO

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Continuo convencido de que sociedade de economia mista não goza de imunidade tributária, da imunidade recíproca da alínea "a" do artigo 150, inciso VI, da Constituição Federal, mesmo porque não pode impor tributo a quem quer que seja, e a imunidade é recíproca. A composição acionária da sociedade revela inequívoco propósito de distribuição de lucros a investidores, pouco importando, neste aspecto, a majoritária participação pública. Tem-se desenvolvimento de atividade capaz de remunerar o capital de controladores ou acionistas, públicos e privados, fato este contraditório com a própria razão de ser da imunidade recíproca prevista na alínea "a" do artigo 150, inciso VI, da Constituição Federal. Divirjo do Relator para dar provimento ao agravo.

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

AG.REG. NA AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA 2.757

PROCED. : RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. LUIZ FUX

AGTE.(S) : UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AGDO.(A/S) : COMPANHIA ESTADUAL DE ÁGUAS E ESGOTOS - CEDAE

ADV.(A/S) : SACHA CALMON NAVARRO COELHO (9007/MG)

Decisão: A Turma, por maioria, negou provimento ao agravo, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio. Primeira Turma, Sessão Virtual de 22 a 28.9.2017.

Composição: Ministros Marco Aurélio (Presidente), Luiz Fux, Rosa Weber, Luís Roberto Barroso e Alexandre de Moraes.

Disponibilizou processo para esta Sessão o Ministro Edson Fachin, não tendo participado do julgamento desse feito o Ministro Alexandre de Moraes por sucedê-lo na Primeira Turma.

Carmen Lillian Oliveira de Souza
Secretária da Primeira Turma