

AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA 2.757 RIO DE JANEIRO

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

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.

DECISÃO: Trata-se de Ação Cível Originária proposta pela Companhia Estadual de Águas e Esgotos – CEDAE, ente da administração pública indireta do Estado do Rio de Janeiro, em face da União, na qual se pretende seja reconhecido seu direito à imunidade tributária prevista no art. 150, IV, 'a', da CRFB/88, bem como seu direito à restituição dos valores pagos a título de impostos federais nos 5 (cinco)

ACO 2757 / RJ

anos anteriores à propositura desta ação e durante seu curso.

Em suas alegações, a autora aduz, em síntese, que: (i) a imunidade recíproca aplica-se não só aos entes políticos e às suas autarquias e fundações, mas também às empresas públicas e às sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos essenciais; (ii) os serviços prestados pela CEDAE, voltados ao fornecimento de água e à coleta e ao tratamento de esgotos sanitários, são públicos, indisponíveis e prestados em regime de exclusividade, por delegação legal direta (sem licitação); (iii) a não violação do princípio da livre concorrência.

Citada, a União apresentou contestação sustentando: a) a incompetência do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar originariamente o feito; b) a improcedência do pedido autoral com fundamento nas manifestações dos Ministros nos autos do RE 600.867; e c) a impossibilidade de aplicação à promovente de benefícios não extensíveis às demais entidades de direito privado.

Saneado o feito, as partes manifestaram-se em razões finais, oportunidade em que reafirmaram os argumentos anteriormente apresentados.

É o relatório. Decido.

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

ACO 2757 / RJ

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 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).

Com efeito, esse contexto constitucional federativo afirma-se com base na igualdade político-jurídica entre os entes federativos, o que no campo tributário enseja a estipulação constitucional da *imunidade tributária recíproca* (art. 150, VI, a, da CRFB/88). É que, 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.

Deveras, como destacou o Min. Celso de Mello em seu voto proferido na ADI 939 (rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgamento em 15/12/1993), *“desse vínculo isonômico, que parifica as pessoas estatais dotadas de capacidade política, deriva, como uma de suas consequências mais expressivas, a vedação – dirigida a cada um dos entes federados – de instituição de impostos sobre o patrimônio, a renda e os serviços, uns dos outros”*,

ACO 2757 / RJ

de modo a se afirmar “*um fator indispensável à preservação institucional das próprias unidades integrantes da Federação*”.

É nesse sentido que, diante do potencial conflito federativo envolvido na espécie, se justifica a competência originária do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, I, ‘f’, da CRFB/88. Rejeito, portanto, a preliminar de incompetência arguida pela União.

Quanto ao mérito, a princípio, a interpretação literal das previsões constitucionais parece 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).

Entretanto, no afã de melhor tutelar o interesse público e os serviços desenvolvidos para o seu atendimento, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se orientado no sentido de que a imunidade tributária recíproca é também aplicável às empresas públicas e às sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos, notadamente quando prestados com cunho essencial e exclusivo. Nesse sentido, veja-se 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 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

ACO 2757 / RJ

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 conseqüência, 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 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 à autoridade fiscal indicar com precisão se

ACO 2757 / RJ

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 mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada. 3. Considerado o trabalho adicional realizado em grau recusal, 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

ACO 2757 / RJ

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 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

ACO 2757 / RJ

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 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, trata-se de companhia estadual criada pelo Decreto-lei estadual nº 39/75, prestadora dos serviços de saneamento e água. Mais especificamente, a autora empreende serviços de tratamento, adução e distribuição de água, bem como a coleta, o transporte e o tratamento de esgotos nas áreas de sua atuação. Trata-se, portanto, de indubitoso 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 irrelevante a participação de capital privado em seu quadro societário. Não se trata, portanto, de “*exploração de atividades econômicas regidas pelas normas*

ACO 2757 / RJ

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, é possível que a imunidade tributária recíproca alcance a Companhia Estadual de Águas e Esgotos – CEDAE, pois, apesar de constituída como sociedade de economia mista a autora: (i) executa serviço público de abastecimento de água e tratamento de esgoto; (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, destaco não haver 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.

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 iminentes 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.

Por fim, destaco que esse entendimento foi por vezes perfilado por esta Corte em casos especificamente relativos a sociedades de economia mista estaduais prestadoras dos serviços de água e esgoto. A propósito, destaco os seguintes precedentes, *verbis*:

“AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO CÍVEL
ORIGINÁRIA. DIREITO TRIBUTÁRIO. LIMITAÇÕES
CONSTITUCIONAIS AO PODER DE TRIBUTAR.

ACO 2757 / RJ

IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA. TRIBUTOS FEDERAIS. SERVIÇO PÚBLICO DE CUNHO ESSENCIAL E DE EXPLORAÇÃO EXCLUSIVA. SANEAMENTO. TRATAMENTO DE ÁGUA. COMPANHIA ESPÍRITO SANTENSE DE SANEAMENTO. 1. A imunidade tributária recíproca pode ser estendida a empresas públicas ou sociedades de economia mista prestadoras de serviço público de cunho essencial e exclusivo. Precedente: RE 253.472, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator para o acórdão Min. Joaquim Babosa, Pleno, DJe 1º.02.2011. 2. Acerca da natureza do serviço público de saneamento básico, trata-se de compreensão iterativa do Supremo Tribunal Federal ser interesse comum dos entes federativos, vocacionado à formação de monopólio natural, com altos custos operacionais. Precedente: ADI 1.842, de relatoria do ministro Luiz Fux e com acórdão redigido pelo Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 16.09.2013. 3. A empresa estatal presta serviço público de abastecimento de água e tratamento de esgoto, de forma exclusiva, por meio de convênios municipais. Constata-se que a participação privada no quadro societário é irrisória e não há intuito lucrativo. Não há risco ao equilíbrio concorrencial ou à livre iniciativa, pois o tratamento de água e esgoto consiste em regime de monopólio natural e não se comprovou concorrência com outras sociedades empresárias no mercado relevante. Precedentes: ARE-AgR 763.000, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 30.09.2014 (CESAN); RE-AgR 631.309, de relatoria do Ministro Ayres Britto, Segunda Turma, DJe 26.04.2012; e ACO-AgR-segundo 2.243, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 27.05.2016. 4. A cobrança de tarifa, isoladamente considerada, não possui aptidão para descaracterizar a regra imunizante prevista no art. 150, VI, "a", da Constituição da República. Precedente: RE-AgR 482.814, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 14.12.2011. 5. Agravo regimental a que se nega provimento, com majoração de honorários advocatícios, nos termos do art. 85, § 11, do CPC." (ACO 2.730-AgR, rel. Min.

ACO 2757 / RJ

Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe de 03/04/2017)

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. SERVIÇO DE SANEAMENTO. IMUNIDADE RECÍPROCA RECONHECIDA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. APLICAÇÃO DA SÚMULA 279/STF. É firme o entendimento desta Corte no sentido de que a imunidade recíproca é aplicável às sociedades de economia mista prestadoras de serviço de distribuição de água e saneamento, tendo em vista que desempenham atividade de prestação obrigatória e exclusiva do Estado. As instâncias ordinárias assentaram que a companhia é controlada pelo Governo do Estado do Espírito Santo e que tem por finalidade essencial os serviços de abastecimento de água e esgotos sanitários, razão pela qual as taxas cobradas a título de serviço teriam por escopo cobrir os custos operacionais, sem qualquer finalidade lucrativa. Dessa forma, o acolhimento da pretensão encontra óbice na Súmula 279/STF. Agravo regimental a que se nega provimento” (ARE 763.000-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma DJe de 30/09/2014)

Dessarte, configurada a natureza pública, essencial e exclusiva do serviço prestado pela autora, bem como seu caráter não lucrativo, é de incidir a imunidade recíproca ao caso, de modo a resguardar os objetivos constitucionais para os quais desenhado o referido instituto.

Ex positis, **julgo procedente** o pedido formulado na presente ação, nos termos do art. 487, I, do CPC/2015 e do art. 21, § 1º, do Regimento Interno do STF, no sentido de **reconhecer a aplicação da imunidade tributária recíproca** (art. 150, VI, ‘a’, da CRFB/88) à autora em relação ao patrimônio, aos bens e aos serviços utilizados na prestação dos serviços públicos que realiza; bem como para **reconhecer seu direito à repetição** dos valores pagos a título de impostos federais nos 5 (cinco) anos anteriores à propositura da ação (art. 168 do CTN), bem como aqueles cujos fatos geradores ocorreram durante o seu trâmite, nos limites do que

ACO 2757 / RJ

determinado por essa decisão. Ficam prejudicados eventuais recursos e/ou incidentes formulados no feito.

Condeno o réu ao pagamento das custas processuais e em honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 3º, I e II, do CPC/2015.

Publique-se. Int..

Brasília, 11 de maio de 2017.

Ministro **LUIZ FUX**

Relator

Documento assinado digitalmente

*Impresso por: 102.266.937-08 ACO 2757
Em: 12/05/2017 - 11:58:49*