



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

18700 - OBF – PGR

Recurso Extraordinário 600.867 – SP

Relator: Ministro Joaquim Barbosa

Recorrente: Companhia de Saneamento Básico do Estado de São
Paulo - SABESP

Recorrido: Município da Estância Balneária de Ubatuba

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.

1. Introdução

Está em causa recurso extraordinário interposto pela Companhia de Saneamento Básico de São Paulo – SABESP – contra decisão do TJSP em matéria tributária.

2. Do breve histórico do processo

O Município da Estância Balneária de Ubatuba moveu execução à SABESP para dela cobrar IPTU de imóvel afetado à consecução de suas atividades. A SABESP opôs embargos à execução, julgados procedentes pelo primeiro grau, porque a empresa se beneficiaria da imunidade do art. 150, VI, a, da Constituição. O TJSP, entretanto, reformou a sentença, em julgado que leva a seguinte ementa:

“EMBARGOS A EXECUÇÃO FISCAL – IPTU, exercícios de 2002 a 2004 – Município de Ubatuba – SABESP, sociedade de economia mista – Pretendido reconhecimento da imunidade prevista no art. 150, VI, a, da Constituição Federal – Impossibilidade – Inteligência do art. 173, § 2º, da Constituição Federal, já que as empresas de economia mista não gozam dos privilégios fiscais não extensivos ao setor privado – RECURSO PROVIDO”.

Daí a oposição de embargos de declaração e de recurso extraordinário, no qual se pretende violados os arts. 5º, *caput*, II, XXXV, LIV e LV, da Constituição. O recurso extraordinário foi admitido no TJSP.

3. Das questões da mérito

Convém afastar desde logo aquilo que parece apenas empecer a apreciação do mérito da causa, sem lhe agregar nada de relevante.

4. Da suposta ofensa ao devido processo legal e ao dever de fundamentação

A recorrente alega, de início, que o TJSP recorrido violou os arts. 5º, LV, e 93, IX, da CR, porque não se manifestou a respeito da titularidade dos serviços prestados pela SABESP, na qualidade de delegada do poder público, apesar de a tanto ter sido instado nos embargos de declaração.

A leitura do acórdão recorrido demonstra, ao contrário, que o TJSP enfrentou o ponto. Registrou as atividades da recorrente com precisão, embora de modo sintético. Entendeu que nem isso lhe daria o direito à imunidade. Não se cuida aqui de ausência de motivação, mas de fundamento contrário ao desejo ou ao entendimento da parte.

Embora em sentido contrário ao interesse da recorrente, o acórdão recorrido apresenta fundamentação suficiente. Entendeu que as empresas de economia mista, dotadas de personalidade jurídica de direito privado, embora no desempenho de serviço delegado de serviço público, estão sujeitas ao pagamento de IPTU, porque não gozam dos privilégios fiscais não extensivos à iniciativa privada. O TJSP invocou o art. 150, VI, § 3º, da CR, que afasta a imunidade recíproca do patrimônio, das rendas e dos serviços

em que haja a contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário.

Bem ou mal, o fundamento para indeferir-se a pretensão da recorrente foi declinado pelo TJSP.

5. De argumentos periféricos de manifesta inviabilidade técnica e de caráter expletivo: as supostas ofensas ao art. 5º, II, XXXV e LIV, da Constituição

As supostas ofensas ao art. 5º, II, XXXV e LIV, da Constituição também devem ser de pronto repelidas.

Quando nada, a Súmula 284 do STF incide no caso, a barrar o conhecimento do recurso. A recorrente nem se deu ao trabalho de explicar, no recurso extraordinário, como se daria o desrespeito pelo TJSP das normas aludidas. Logo, o recurso não pode ser conhecido no ponto.

De resto, as ofensas aludidas são apenas caudatárias das reais discussões de mérito do recurso extraordinário. A legalidade e os direitos ao devido processo legal e à ampla proteção de direitos subjetivos teriam sido desrespeitados, porque antes não se obedeceram prescrições constitucionais a respeito da imunidade tributária, da atividade econômica ou da prestação de serviços públicos pelo Estado. Alegações dessa natureza nada acrescentam aos demais fundamentos. Acaso estas procedam, também estarão acertadas; acaso os demais argumentos não estejam corretos, não lhes poderão suprir as deficiências.

6. Dos argumentos referidos às normas constitucionais sobre a imunidade tributária e sobre a atividade dos entes paraestatais

A recorrente sustenta violação aos arts. 37, *caput*, XIX e XXI; 175 e 150, VI, *a*, da Constituição, em virtude de o acórdão lhe negar a imunidade, apesar de reconhecer expressamente que a recorrente desempenha serviço, na qualidade de delegada de direito público. A seu ver, mesmo que constituída como sociedade de economia mista, a imunidade recíproca abrangeria o IPTU incidente no imóvel utilizado na prestação de serviço. A forma não lhe retira a finalidade precípua para a qual criada: prestar serviço público essencial, sem finalidade de lucro. Afirma ser-lhe aplicável o regime público. Cita precedentes do STF.

A descentralização da prestação dos serviços públicos pelo Estado cria situações peculiares, que exigem a determinação do regime jurídico dessa forma indireta de atuação estatal. Isso é particularmente verdadeiro, no que se refere às empresas públicas e às sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos.

Os três níveis da federação utilizam-se, com frequência, dessas pessoas jurídicas de direito privado para a prestação de serviços públicos, apesar de serem precipuamente voltadas à exploração de atividade econômica¹. Assim, ao mesmo tempo em que

¹ Art. 173 [da Constituição]: Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: [...]

prestam serviços públicos essenciais à população, inserem-se no mercado, auferem lucros e competem com a iniciativa privada.

Daí a dificuldade de solução uniforme para todos os problemas da disciplina jurídica das entidades paraestatais e a necessidade de o exame se dar em função de grupo de problemas teóricos.

6.1. Das diretivas do precedente básico do STF sobre a matéria – o RE 253.472

O STF assentou algumas diretrizes básicas acerca da imunidade recíproca, a partir do julgamento do RE 253.472, rel. para o acórdão Min. Joaquim Barbosa. O Tribunal extraiu da Constituição três critérios para o reconhecimento da imunidade recíproca. Eis a ementa do julgado, que bem lhe sintetiza os fundamentos:

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

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; [...]

§ 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

Art. 5º, II e III [do Decreto-Lei 200/1967]: Para os fins desta lei, considera-se: [...]

II - Empresa Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.

III - Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta.

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 IN-

TUITO 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.

As diretivas do julgado aludido fornecem os principais critérios para o reconhecimento da imunidade às empresas estatais prestadoras de serviço público.

Daí não se segue, contudo, que os parâmetros ali declinados sejam exaustivos. Aliás, a própria ementa do acórdão registra que o atendimento dos três critérios ali extraídos do sistema deve ser verificado, “sem prejuízo do atendimento de outras normas cons-

titucionais e legais”.

As múltiplas interações entre as variáveis em torno da tributação também aconselham que se atenha aqui apenas ao caso a ser decidido. Pense-se, por exemplo, nalgumas das possibilidades teóricas da tributação dos serviços de interesse social: atividades tipicamente privadas, concedidas, delegadas ou estatalmente monopolizadas, combinadas com as diversas formas de sua prestação pela administração direta e indireta, subdividida entre autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista. Há miríade de combinações possíveis, decorrente da interação desses elementos.

Assim, a tributação da administração indireta contém muitas variáveis, cuja combinação não parece suscetível de resposta no julgamento de um caso concreto. Embora desejável que passe pelos critérios de sólida ciência jurídica, não é tarefa da jurisprudência compor o sistema conceitual de ordens jurídicas. No frutífero diálogo entre a jurisdição e a crítica acadêmica, o Judiciário entra com a solução vinculativa de casos que lhe sejam trazidos, enquanto a ciência jurídica se ocupará de indicar o modo pelo qual a sentença se insere no sistema conceitual referido ou da demonstração de como é por ele repelida².

O correr da exposição, com ênfase em determinada caracte-

² Para a crítica do desequilíbrio dessa divisão de funções em detrimento da ciência jurídica, confirmam-se, por todos, SCHLINK, Bernhard, *Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit*, in: *Der Staat*, vol. 28 (1989), p. 161-172; e JESTAEDTE, Matthias, in: *Depenheuer, Otto; Heintzen, Markus; Jestaedt, Matthias; Axer, Peter. Nomos und Ethos: Hommage an Josef Isensee zum 65. Geburtstag von seinen Schülern*, Berlin: Duncker & Humblot, 2002, p. 183-228.

rística da empresa em causa, demonstrará que talvez não se esteja aqui propriamente perante “conceitos de classe”, mas diante de “conceitos de ordenação”³, a cujo respeito Engisch escreveu: “a vida mesma em geral não conhece limites precisos, mas transições fluidas; é dominada pela *lex continui*. Os ‘conceitos de classe’ com seu ou - ou rígido não fazem justiça a essa circunstância. É necessário, por isso, colocar a seu lado os ‘tipos’ ou ‘conceitos de ordenação’, adaptáveis à variabilidade e à gradação das características e à transição gradativa de uma espécie à outra”⁴. Daí prosseguir o autor, “nos verdadeiros conceitos de classe, põe-se a ‘questão da subsunção’, de modo que somente há um ‘sim’ e um

³ Fundamental no tema o estudo pioneiro de HEMPEL, Carl. G; OPPENHEIM, Paul. *Der Typusbegriff im Lichte der neuen Logik*, Leiden: A. W. Sijthoff's Uitgeversmaatschappij, 1936, em especial, p. 36 e segs. O propósito forense deste escrito dispensa indagar se a lógica e a ciência moderna superaram a dualidade entre os conceitos de classe e de ordem, por meio da admissão de conceitos comparativos, que admitem a gradação das características das qualidades de determinado objeto por eles designadas, como defendido por MÜLLER, Friedrich, *Juristische Methodik*, 7. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot, 1997, p. 172, nº 230; e RÜTHERS, *Rechtstheorie*, 5. Aufl., München: Beck, 2010, p. 577-578, nº 932. A polêmica parece anódina ao caso, porque ambos os lados da contenda concordam em que os chamados conceitos de classe não monopolizam a cena com suas disjunções absolutas – ou todos elementos do conceito se encontram reunidos em certo objeto e ele se lhe subsume ou na falta de um deles que seja, não há subsunção. Em sentido contrário, isto é, no da diferença entre ambas as ordens de conceito, LARENZ, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5. Aufl., Berlin; Springer, 1983, p. 443, cuja concepção é nominalmente criticada sobretudo por RÜTHERS, mas também por MÜLLER, nos locais indicados nesta nota.

⁴ *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, 2. Aufl., Heidelberg: Carl Winter Universitätsverlag, 1968, p. 242: “Das Leben selbst kennt meist keine scharfen Grenzen, sondern nur fließende Übergänge, es ist beherrscht von der *lex continui*. Die ‘Klassenbegriffe’ mit ihrem starren aut-aut tragen diesem Umstand nicht gebührende Rechnung. Deshalb müssen neben sie ‘Typen’ oder wie man auch sagt: ‘Ordnungsbegriffe’ gestellt werden, die sich die Variabilität und Graduierbarkeit der Merkmale sowie dem allmählichen Übergang einer Art in die andere anpassen”.

‘não’”. Ao contrário onde estiverem em causa os tipos, com fronteiras esmaecidas e transições fluidas”, há “dúvida fundada na sujeição de determinado objeto, há adequação até um certo grau”⁵.

Talvez, o desfecho da sujeição de determinada empresa pública legalmente encarregada de monopólio ou da delegada de atividade pela administração central e que reinvesta todo o lucro na prestação do serviço discrepe da resposta a ser dada à mesma pergunta, se relativa à sociedade de economia mista, cujo capital seja compartilhado com pessoas privadas.

A se transpor ao nível regional o modelo federal do art. 5º, II, do DL 200, que só admite a constituição de empresa pública com “capital exclusivo da União”, no caso, do Estado, a imunidade recíproca não beneficiaria hipotética sociedade de economia mista, cujo capital se preste exclusivamente à prestação de serviço, no qual a iniciativa privada não se mostre interessada. Imagine-se, por exemplo, que a densidade demográfica torne economicamente inviável a prestação de certo serviço indispensável a certas comunidades, motivo pelo qual grupo de municípios concerte sua atuação por meio de sociedade de economia mista formada com capital exclusivamente público e que, por disposição estatutária, reinvesta todo o lucro no aprimoramento do serviço. Ainda assim, semelhante esforço das entidades municipais haveria de ser tributado, em decorrência de conceitos constitucionais de classe? Os sempre escassos recursos públicos de semelhante entidade haveriam de ser diminuídos, pela tributação federal, estadual e mesmo municipal? Indaga-se, afinal, se a sujeição de tal entidade ainda se

⁵ ENGISCH, ob. cit nota 3, p. 243.

encontrará no âmbito da teleologia mencionada no precedente do STF.

Evidentemente que este caso não demanda a solução do problema figurado. A hipótese deseja apenas sublinhar que incontáveis e imprevisíveis configurações da administração indireta, em função de diversos imperativos de um País continental e de infinitas diferenças locais, não parece aconselhar uma solução global e peremptória com base em conceitos de classe, mas demanda antes pensamento em termos de conceitos de ordenação, guiados sempre por critérios de interpretação teleológica e sistemática do ordenamento, na linha do referido julgado dessa Casa.

Nesse sentido, interpretam-se as diretivas do mencionado precedente do STF sobretudo como indicações teleológicas formuladas a respeito da imunidade, que guiarão – junto com outras características constitucionais – a resposta à indagação de cada caso ou, pelo menos, de cada espécie deles. Em linguagem figurada, as indicações teleológicas do precedente funcionarão como manual de instruções para montagem da solução dos diversos casos. O trabalho decorrerá da conjugação de peças, compostas, de um lado, pela natureza da atividade examinada e, de outro, pela forma jurídica empregada em sua consecução, inclusive com as nuances eventualmente presentes na constituição particular de cada pessoa jurídica, cuja tributação se discute.

6.2. Da natureza da atividade examinada

O primeiro passo na determinação da imunidade tributária parece ter que ver com a natureza da atividade exercida pela pessoa de quem se cobra o tributo. Acaso se esteja na presença de puro serviço público, em contraposição à “exploração de atividade econômica”, as coisas tornam-se mais simples.

Este caso não parece, contudo, ter que ver com o serviço público em sentido estrito, mas de inserção do Estado na prestação de serviço aberto à iniciativa privada. O art. 22, IX, da CR determina ser da competência comum da União, dos Estados e dos municípios “promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”. Não se trata aí de serviço público em sentido estrito, assim entendido como aquele sujeito a cláusula que se poderia chamar de reserva de Estado, à semelhança das atividades clássicas do poder público, como a segurança interna e externa, a jurisdição sobre direitos indisponíveis, o processo penal etc. A imposição aos três níveis da federação do dever de promover programas de saneamento básico não significa que apenas as referidas entidades públicas possam desenvolver atividades ligadas ao abastecimento d’água e de tratamento de esgotos.

Apesar das dificuldades materiais inerentes a se pensar em redes privadas de fornecimento de ambas as modalidades de serviço, não parece haver reserva de Estado na consecução de tais atividades. Tal como na saúde, na conservação de obras de arte e de interesse histórico, na oferta de meios de acesso à educação, à

cultura e à ciência e na agropecuária, também mencionados no art. 22, II, III, V e VIII, a oferta de saneamento básico consiste em atividade econômica, para o fim do art. 173, § 1º, da CR. Em outras palavras, trata-se normativamente de atividade amplamente franqueada à iniciativa privada, desde que, por óbvio, respeitadas as regras atinentes ao domínio público, às posturas etc. Considerada em si mesma, é atividade econômica explorável pela iniciativa privada. As circunstâncias de os ônus da construção das caras instalações serem altas e de as taxas de retorno de investimento talvez não se mostrarem atrativas aos olhos da iniciativa privada são meros fatos, não decorrências de vedação normativa do ingresso de capital privado na atividade mencionada.

Isso significa dizer que a SABESP é sociedade de economia mista que explora atividade da iniciativa privada ou, nos termos constitucionais, explora atividade econômica.

Num juízo típico de aplicação de conceitos de classe, a recorrente é tributável pelo IPTU, nos termos do art. 173, § 1º, II, da CR.

Resta ver se a mesma conclusão também se sustentaria diante de raciocínio que tome os conceitos em causa como de ordenação, guiados pelos critérios teleológicos assentados pelo STF.

6.3. Das características da Sabesp

A SABESP é empresa estadual de saneamento, constituída sob a forma de sociedade anônima, resultante da fusão das autarquias “Companhia Metropolitana de Água de São Paulo – COMASP” e

“Companhia Metropolitana de Saneamento de São Paulo – SANESP”. A recorrente tem por objetivo planejar, executar e operar os serviços públicos de saneamento básico em todo o Estado de São Paulo. Nessa qualidade, firmou contrato de concessão dos serviços de abastecimento de água e coleta e disposição de esgotos sanitário com o Município de Ubatuba.

Conforme informações colhidas no sítio da empresa na Internet e bem ressaltado pelo Relator, suas ações se encontram distribuídas entre o Estado de São Paulo (50,3%), investidores privados em mercado nacional (22,6%) e investidores privados em mercado internacional (27,1%). São negociadas na Bolsa de Valores de São Paulo e em balcões internacionais de grande porte, como o de Nova Iorque.

A composição do controle acionário da recorrente, em que a participação estatal parece somente pretender se manter nos mínimos parâmetros legais, e o grande volume de ações negociadas indicam que a empresa tem franco intuito lucrativo, em benefício de seus acionistas, e capacidade contributiva própria da atividade econômica. Essa situação se contrapõe à razão de ser da imunidade requerida.

6.4. O teste da recorrente em face dos três critérios do precedente do STF

Veja-se então como se comporta a recorrente em relação aos critérios assentados pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal.

6.4.1. A inexistência de risco à autonomia política do Estado

O julgado paradigmático para este caso afirma que a imunidade se preordena, em primeiro lugar, à salvaguarda da autonomia política dos três níveis da federação.

A tributação de serviço de saneamento básico pelo IPTU não parece abusivo ou ameaçador à autonomia do Estado de São Paulo, desde que nada tenha de excepcional, em relação aos demais contribuintes deste imposto, em mesma situação econômica. Nem se entrevê algum motivo pelo qual o pagamento de imposto predial das instalações da empresa recorrida poderia prejudicar a autonomia da entidade de direito público à qual vinculada. É certo que todo o pagamento de imposto diminui as disponibilidades econômicas de pessoas naturais ou jurídicas. Nem por isso se pode, sem mais, daí inferir atentado às prerrogativas federais. Tanto assim, que o art. 150, § 2º, da CR admite a tributação do patrimônio, venda e serviços de autarquias e fundações alheias à atividade econômica, quando não estiverem ligados a “suas finalidades essenciais ou às dela decorrentes”. Em si mesma, a tributação não é ofensiva à autonomia dos entes federados.

Eventual excesso contrário, por exemplo, à capacidade contributiva atingiria não apenas a recorrente, mas todos os demais sujeitos passivos da exação. Assim, já não seria tema ligado à imunidade tributária, mas às garantias gerais dos contribuintes contra o fisco. Nada disso, nem por alto, foi aventado no processo. A recorrente invoca apenas sua qualidade subjetiva como causa excludente da tributação.

A exação fiscal em causa não parece deter potencialidade para vulnerar a prestação do serviço público ou estabelecer forma de pressão política sobre o Estado.

6.4.2. O acréscimo de renda deve ser tributado

A intensa sobreposição de atividade econômica, indicativa de que a atividade da pessoa jurídica persegue o lucro e redundando em acúmulo patrimonial público e privado, afasta a imunidade tributária do caso. As atividades econômicas fazem presumir riqueza e não devem escapar à tributação, simplesmente por serem desempenhadas pelo Estado. Exceto se ocorrer causa diversa da cogitada.

O reconhecimento da imunidade tributária implicaria indevida extensão a particulares, com participação expressiva no capital da sociedade, de privilégio desprovido de autorização constitucional. Para *Baleeiro*, a imunidade recíproca “não se estende a particulares, nem deve beneficiá-los, de modo que [...] igualmente se excluem da imunidade recíproca os serviços públicos concedidos e a atividade empresarial do Estado, na qual ele persegue o lucro e se submete às regras do Direito Privado, despindo-se do seu poder de império”⁶.

O modelo utilizado para constituição da empresa estatal constitui opção política do ente federado a que se subordina, a quem cabe suportar o ônus da escolha e das limitações impostas a cada modelo. A empresa estatal prestadora de serviços públicos

⁶ BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. Atualizado por DERZI, Misabel de Abreu Machado. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense. p. 403.

não deve perseguir finalidade econômica, para que seja alcançada pela imunidade tributária recíproca ampla⁷. A extensão da imunidade tributária a entidades estatais da administração indireta não se dá na mesma amplitude àquela conferida aos entes políticos.

6.4.3. A intervenção na livre concorrência

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.

O argumento de as receitas obtidas pela sociedade de economia mista serem integralmente empregadas na consecução de seus objetivos institucionais não é suficiente ao reconhecimento

⁷ Cf. trecho do voto vencido do Min. CEZAR PELUSO no RE 601.392, rel. para o acórdão Min. GILMAR MENDES, DJ 28.2.2013: “se o Estado elege determinadas atividades econômicas, consideradas no sentido amplo da palavra, como serviço público, e assim as disciplina, sobretudo na Constituição, é porque é guiado pela relevância do interesse público que reconhece na natureza dessas atividades, independentemente do fato de a sua prestação ser economicamente desinteressante ou pouco conveniente do ponto de vista da lucratividade. É o Estado que se propõe a realizar determinadas atividades em caráter exclusivo, como privilégio, pelo simples fato de estarem em jogo interesses públicos que julga relevantes, a tal ponto que a consideração de lucratividade é absolutamente secundária para o mesmo Estado. Onde, é o próprio Estado que assume os riscos dessa prestação mediante opção político constitucional. Ora, quando uma empresa criada com a finalidade conhecida [...] se desvia propositadamente do âmbito [...] ela sabe que entra num campo da prestação de outras atividades, governadas pela lei da livre iniciativa e da livre concorrência. Por isso, não pode, a partir daí, dessa mera conveniência, da sua mera disposição de transpor os limites do serviço originalmente assumido como público, invocar, para efeito de obter o mesmo lucro das empresas privadas, no âmbito das atividades de concorrência, uma posição mais vantajosa do que as demais empresas. De outro modo, ela não apenas descaracteriza seu objeto social principal, a prestação de atividade de interesse público, como, além disso, entra no campo da livre iniciativa e da concorrência privada em situação vantajosa, trazendo dano a outras empresas”.

da imunidade. A importância da atividade a ser protegida pela imunidade não pode se sobrepor, de forma absoluta, ou por si só, a valores de igual magnitude, como a livre concorrência e ao equilíbrio do mercado⁸.

A desoneração do tributo beneficiaria particulares, que deveriam suportar o gravame. A imunidade não se justifica apenas para assegurar vantagem teórica ao ente político⁹. Agentes econômicos privados detêm 49,7% das ações da empresa, que somente são da espécie ordinária. Assim, o grau de participação público no capital da empresa parece escassos 0.2% acima do nível mínimo para a constituição de sociedade de economia mista, numa prova de que o interesse de lucro da empresa é grande.

Daí o efeito pernicioso de impedir a concorrência ou a colaboração das pessoas privadas nesse importante domínio econômico. Nenhuma empresa conseguiria competir com a estadual na disputa pelo mercado em causa, em decorrência da desoneração da sociedade de economia mista dos impostos.

⁸ Voto vencido do Min. JOAQUIM BARBOSA, no RE 601.392.

⁹ BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar* - Atualizado por DERZI, Misabel de Abreu Machado. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 419: “toda vez que a imunidade for inútil, porque o tributo, pela sua natureza ou por seus efeitos econômicos, não atinge os meios de ação da pessoa de direito público, mas apenas a particulares, que razoavelmente devem suportar o gravame, não há por que excluí-los à sombra do art. 19, III, a”.

7. Da conclusão

O Ministério Público Federal opina pelo desprovimento do recurso extraordinário.

Brasília, 19 de março de 2014.

Odim Brandão Ferreira
Subprocurador-Geral da República

Aprovo:

Rodrigo Janot Monteiro de Barros
Procurador-Geral da República