



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO - FDRP

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

Seção: Artigos Científicos

A extensão da imunidade tributária à sociedade de economia mista que presta serviços públicos: análise a partir do tema 508 da repercussão geral do STF

The extension of tax exemption over state-owned companies as providers of public services: an analysis under the Supreme Court's binding precedent number 508

Artur de Sousa Carrijo

Resumo: O presente trabalho discutiu os critérios para a identificação do regime jurídico aplicável às empresas estatais a partir de um caso concreto ainda em julgamento pelo Supremo Tribunal Federal. O objetivo central foi identificar se há imprecisão no uso de categorias fundamentais para a compreensão do tema, bem como se os parâmetros adotados na decisão são aptos a nortear decisões futuras. Foram adotadas técnicas metodológicas conceituais e normativas no desenvolvimento do referencial teórico e no estudo normativo-jurídico do fenômeno para a análise do caso selecionado para estudo. Identificou-se, em especial, que a noção de serviços públicos e dos mecanismos e institutos de atuação descentralizada do Estado para a prestação de serviços públicos ou para a exploração de atividades econômicas são usadas de forma imprecisa. Concluiu-se, nesse sentido, que apesar da imprecisão nos conceitos, parece haver a indicação de que a Suprema Corte está retomando a compreensão de que a empresa estatal é uma escolha legítima da Administração e da qual decorre um regime jurídico que não deve ser transfigurado, em contraposição com os precedentes anteriores.

Palavras-chave: Empresas públicas. Regime jurídico. Imunidade tributária. Serviços públicos.

Abstract: This paper discusses the criteria for identifying the legal regime applicable to state-owned companies based on a concrete case still pending judgment by the Federal Supreme Court. The aim of this study was to identify if there is imprecision in the use of fundamental categories to the understanding of the subject, as well as if the parameters adopted in the decision are suitable for future decisions. Conceptual and normative methodological techniques were adopted in the development of the theoretical frame and in the normative-legal study of the phenomenon for the analysis of the case selected for the study. In particular, it was identified that the notion of public services and decentralized mechanisms and institutes of the State for the provision of public services or for the exploitation of economic activities are used imprecisely. It was concluded, in this sense, that despite the imprecision in the concepts, there seems to be an indication that the Supreme Court is retaking the understanding that the state enterprise is a legitimate choice of the Administration.

Keywords: State-owned companies. Legal regime. Tax exemption. Public services.

Disponível no URL: www.revistas.usp.br/rdda

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v7n2p01-36>

A EXTENSÃO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA À SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA QUE PRESTA SERVIÇOS PÚBLICOS: ANÁLISE A PARTIR DO TEMA 508 DA REPERCUSSÃO GERAL DO STF

*Artur de Sousa CARRIJO**

Sumário: 1 Introdução; 2 Considerações prévias: os três momentos históricos da disciplina das empresas estatais; 2.1 A empresa estatal e a organização administrativa: conceito legal e doutrinário; 2.2 As três fases das empresas estatais: da inexistência de definição legal ao regime de atuação com base em uma legislação defasada; 3 A imunidade tributária recíproca; 4 A jurisprudência do STF quanto à extensão da imunidade tributária recíproca à empresas estatais; 4.1 O Caso ECT (2004); 4.2 O Caso Infraero (2007); 4.3 O Caso CAERD-RO (2007); 5 O Tema 508 da Repercussão Geral; 5.1 O julgamento: identificação dos fatores relevantes para a tomada de decisão; 5.2 O cotejo dos fundamentos adotados no Tema 508 com os precedentes analisados; 5.3 Análise crítica: a dificuldade na aplicação dos critérios tradicionais para a definição do regime jurídico das empresas estatais e a utilização de forma imprecisa de categorias fundamentais para o deslinde da questão; 6 Considerações finais: a impossibilidade de incidência de imunidade tributária recíproca às sociedades de economia mista; 7 Referências.

1. Introdução

Desde a promulgação da Constituição de 1988, o STF tem realizado julgamentos emblemáticos no domínio do regime jurídico aplicável às empresas estatais, notadamente em questões relacionadas aos regimes de contratação, de bens, de pessoal e ao regime tributário.

Apesar do acúmulo de quase trinta anos de debates e decisões, a Suprema Corte tem progressivamente encontrado maiores dificuldades para estabelecer critérios objetivos que viabilizem uma coerência nos julgamentos do tribunal sobre o tema. Uma das razões identificadas pela doutrina e pelos próprios integrantes da Corte é a dificuldade de aplicar, na interpretação do regime jurídico das empresas estatais que submetem seus litígios ao tribunal, os critérios consagrados na doutrina tradicional e na jurisprudência do STF que estabelecem a dicotomia "serviços públicos" *versus* "exploração de atividade econômica" para definir se o regime aplicável será o regime de direito público ou o de direito privado, respectivamente.

* Mestre em Direito Administrativo pela Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília. Instituto Brasiliense de Direito Público, IDP. E-mail: arturcarrijo@campus.ul.pt.

Críticas emergentes a esse critério têm sido debatidas pela doutrina, à luz da crescente complexidade da atuação das empresas estatais. Um dos temas que ganharam notoriedade foi o reconhecimento pelo STF da impenhorabilidade dos bens, em 2000, e da imunidade tributária da Empresa de Correios e Telégrafos (ECT), em 2004. Esses julgamentos passaram a ser referenciados pelas outras empresas estatais como os principais precedentes para a postulação de privilégios semelhantes. No primeiro caso, os fundamentos da tese que se sagrou vencedora, entre outros, foram os de que (i) a ECT é pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública e explora serviço de competência da União; (ii) às estatais prestadoras de serviço público não se aplica o preceito constitucional de equiparação com as empresas privadas – art. 173, §§ 1º e 2º; (iii) a prestação do serviço público é pressuposto para a equiparação e, nesse sentido, não há inconstitucionalidade na concessão desses privilégios. Posteriormente, em 2004, os mesmos fundamentos seriam utilizados para conceder também a imunidade tributária prevista no artigo 150, VI, “a”, e § 3º, da Constituição.

À luz desse contexto, um caso complexo e paradigmático sobre as dificuldades enfrentadas pelo STF na utilização desses conceitos – e ainda pendente de julgamento final – refere-se ao Tema 508 da repercussão geral¹. Em 08 de dezembro de 2011, o plenário do STF, sob relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, decidiu que tem repercussão geral “a questão consistente em saber se a imunidade tributária recíproca se aplica a entidade cuja composição acionária, objeto de negociação em Bolsas de Valores, revela inequívoco objetivo de distribuição de lucros a investidores públicos e privados”². Em decisões anteriores (Caso ECT, em 2004, Caso INFRAERO, e 2007 e Caso “CAERD”, em 2007), a Suprema Corte estendeu a imunidade tributária a empresas estatais dando relevo à circunstância de prestarem serviços públicos.

Iniciado o julgamento, mas suspenso em virtude de pedido de vista da Ministra Cármen Lúcia, há maioria formada no sentido de não conceder à SABESP a imunidade tributária recíproca. Esse entendimento, se mantido até o final, representará

¹ RE n. 600.867SP, interposto pela Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (SABESP) contra o Município de Ubatuba. O acórdão recorrido, proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), consignou que não se aplicam as disposições do artigo 150, VI, *a*, da Constituição ao caso concreto porque, no caso, incidem as disposições do artigo 173, §2º, da norma constitucional, “já que as empresas de economia mista não gozam dos privilégios fiscais não extensivos ao setor privado”¹. Conforme o relatório apresentado, a SABESP alega ser imune à tributação por impostos porque: i) desempenha serviço público não sujeito à exploração privada; ii) não busca obter lucro; iii) o Poder Público que a criou tem responsabilidade subsidiária e isso justifica a extensão da imunidade tributária que lhe é conferida; e iv) o STF reconheceu em julgamentos anteriores a mesma proteção às empresas públicas e sociedades de economia mista, tal qual a ECT e a INFRAERO, não havendo critério de discrimen quanto à situação presente.

² Na ocasião, a decisão foi ementada da forma seguinte: “**Ementa:** tributário. Imunidade tributária recíproca. Sociedade de economia mista. Participação acionária dispersa e negociada em bolsa de valores. Exame da relação entre os serviços públicos prestados e o objetivo de distribuição de lucros a investidores públicos e privados como elemento determinante para aplicação da salvaguarda constitucional. Art. 150, vi, *a* da constituição.”

mudança significativa na jurisprudência do tribunal, notadamente pela existência de precedentes que versavam sobre situações semelhantes e nos quais foi reconhecido o privilégio. A relevância do tema, portanto, se justifica em dois planos: o primeiro é o fato de que os votos já proferidos podem denotar uma mudança na jurisprudência do STF em relação a julgamentos realizados anteriormente – ou, ao menos, denotar a agregação de novos elementos para a análise. O segundo, é o de que o aumento da complexidade das atividades das empresas estatais naturalmente envolverá maior pluralidade na captação de recursos, como em operações na bolsa de valores, de modo que é necessário bem compreender a posição adotada pelo STF e que lastreará a atuação dessas empresas.

Por essa razão, a pesquisa será voltada a responder a seguinte questão, tal qual posicionada pelo então Relator do Tema 508, Ministro Joaquim Barbosa: a imunidade tributária recíproca se aplica a entidade cuja composição acionária, objeto de negociação em Bolsas de Valores, revela inequívoco objetivo de distribuição de lucros a investidores públicos e privados? Entre os objetivos específicos da pesquisa, estão a identificação e o debate dos fatores relevantes para a tomada de decisão, bem como a explicação dos interesses, das motivações e das preocupações dos atores relevantes. Isto é: quais foram os fundamentos decisivos para a adoção de um entendimento diferente dos anteriores? (i) há a utilização imprecisa de categorias fundamentais para a devida interpretação do tema? Se sim, quais? Os fundamentos adotados estabelecem parâmetros aptos a nortear decisões futuras em situações semelhantes?

A principal técnica a ser utilizada para abordar o problema é a pesquisa bibliográfica e a jurisprudencial. Serão utilizadas técnicas metodológicas conceituais e normativas na adoção do referencial teórico e no estudo normativo-jurídico do fenômeno para a análise do caso selecionado para estudo. Como o julgamento ainda não foi finalizado, as manifestações dos ministros e das ministras que já votaram foram analisadas diretamente da transmissão realizada pela TV Justiça nos dois dias de julgamento³.

Como razão de ordem da investigação, no tópico 1.1 serão apresentados os conceitos legal e doutrinário das empresas estatais. Em seguida, será apresentada uma perspectiva dos três momentos históricos da disciplina das empresas estatais, com o enfoque no seu regime jurídico. Será possível observar que a atividade empresarial pelo Estado não foi consequência de um plano sistemático de atuação, pautado por reflexões mais amplas e amparado em elementos capazes de conferir coesão ao fenômeno, mas se revelou – e tem se revelado - uma resposta ocasional e específica às necessidades de cada país. Nesse sentido, poderá ser observado que historicamente houve, como pode-se afirmar que até o presente há, um hiato normativo que confere à doutrina e à jurisprudência relevante papel no tema.

³ Disponíveis nos seguintes endereços: <https://youtu.be/nfp0BnJaigl> (sessão de 05/06/2014) e <https://youtu.be/tfuJVV47lr0> (sessão de 06/08/2015).

Em continuidade, será debatida a imunidade tributária recíproca, prevista no artigo 150, VI, “a” da Constituição. Nesse ponto, o objetivo não será realizar maiores digressões sobre o tema, visto que o enfoque do estudo é direcionado aos critérios do STF de definição do regime jurídico das empresas estatais. Apresentadas essas questões, será estudada a jurisprudência do STF sobre a incidência da imunidade tributária recíproca às empresas estatais a partir de três precedentes, denominados no presente estudo como “Caso ECT”, “Caso INFRAERO” e “Caso CAERD”. Apesar de haver vários precedentes sobre o tema, os casos estudados se destacam por representarem, respectivamente, o entendimento precursor da jurisprudência, o precedente que reafirma e consolida a aplicação dos critérios dicotômicos e, por fim, uma hipótese formalmente idêntica à presente, a que foi conferida solução diversa. Esses precedentes também são identificados nos estudos acadêmicos específicos da jurisprudência que serviram de referência ao presente trabalho (PINTO, 2010, pp. 141-153) (MENDES; FRAZÃO; MESQUITA, 2017, pp. 34-40).

Apresentada a jurisprudência, será realizado o cotejo dos casos analisados com o Tema 508 e análise crítica dos fundamentos, notadamente com foco nos critérios tradicionais para a identificação do regime jurídico das estatais, nas críticas realizadas a esses critérios e nos conceitos utilizados de forma imprecisa durante os debates.

Ao fim, à luz do caso analisado e dos fundamentos debatidos, o estudo analisará se a imunidade tributária recíproca se aplica a entidade cuja composição acionária, objeto de negociação em Bolsas de Valores, revela inequívoco objetivo de distribuição de lucros a investidores públicos e privado, realizando uma análise crítica à forma como o problema foi posicionado e debatido no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

2. Considerações prévias: os três momentos históricos da disciplina das empresas estatais

O primeiro passo a ser dado no presente estudo diz respeito à conceituação da empresa estatal, que no Brasil é designação que abrange a referência às empresas públicas e às sociedades de economia mista, para, então, posicioná-la no quadro da organização administrativa brasileira. À luz das definições apresentadas, cumprirá apresentar que a disciplina das empresas estatais no país pode ser observada a partir de três momentos históricos. O primeiro, caracterizado pela profusão de novas empresas e pela ausência de conceituação normativa. O segundo, pela disciplina legal inaugurada pelo Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967. O terceiro, por fim, inaugurado pela Constituição de 1988 e em pleno e atual desenvolvimento.

A opção por dividir a compreensão do tema sob esse recorte permite, a um só tempo, o realce da singularidade da situação vivenciada sob o regime estabelecido pela Constituição de 1988 e a conexão com o desenvolvimento do estudo a respeito da visão doutrinária que veio a se estabelecer como mais influente, inclusive a ponto de receber a adesão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no debate da definição do regime jurídico das empresas estatais. Essa posição será confrontada com a crítica emergente a essa doutrina, a fim de lastrear a análise que será feita do Recurso Extraordinário n. 600.867/SP, submetido ao regime de repercussão geral⁴.

2.1. A empresa estatal e a organização administrativa: conceito legal e doutrinário

Cumprido estabelecer, de partida, que a organização administrativa estatal tem, por característica fundamental, a circunstância de refletir as necessidades e as demandas conjunturais do Estado, vindo a vivenciar contínuas mudanças a depender dos fatos e das condições que o cercam. Nesse sentido é a conceituação de Freitas do Amaral, ao entender por “organização administrativa o modo de estruturação concreta que, em cada época, a lei dá à Administração Pública de um dado país” (AMARAL, 2016, p. 613).

Na atualidade, é grande a relevância do impacto causado na organização estatal pela conformação dos textos constitucionais aos direitos fundamentais, notadamente na sua formação, ainda definida em estrita observância ao princípio da legalidade, mas, agora, encontrando nos direitos fundamentais não somente a sua fundamentação, mas a sua própria razão de existir (FURTADO, 2012, p. 33).

Entre as transformações ocasionadas, observa-se a transição daquela Administração Pública unitária, coesa, mínima e hierarquizada do Estado Liberal do século XIX, para uma Administração Pública contemporânea multifacetada, complexa e, na observação de Sabino Casesse, em um progressivo movimento de desagregação e perda da coerência e unidade estatais na medida em que os poderes públicos tendem a se organizar cada vez mais em rede (CASSESE, 2014, pp. 353-354). No destaque de Paulo Modesto, à luz desse quadro, as transformações ocorridas nos

⁴ A repercussão geral foi uma das principais novidades estabelecidas pela Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, Introduzida pela Emenda Constitucional 45/04, a repercussão geral traz mecanismos para que o Supremo Tribunal Federal possa dar ênfase à sua missão de Corte Constitucional, de forma a estabelecer uma prestação da Justiça de forma mais célere, visando à igualdade e segurança nas interpretações das normas, bem como evitando a repetição de manifestações em ações individuais.

A questão foi regulamentada pela Lei Federal 11.418/06, que introduziu os artigos 543-A e 543-B no Código de Processo Civil, oportunidade em que houve a definição — em linhas gerais — da nova sistemática de processamento dos recursos extraordinários.

Sendo um mecanismo de racionalização do trabalho — espécie de filtragem de processos sem maior relevância — a repercussão geral da questão constitucional passou a ser pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário, dispondo o artigo 543-A, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil, que “*para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa*”.

últimos anos culminaram em uma fragmentação organizatória resultante de diferenciações cada vez mais complexas de interesses e tarefas assumidas que fez com que as normas de organização passassem a ocupar grande relevo no estudo do direito administrativo (MODESTO, 2011, p. 2).

Nesse cenário, é relevante o estudo do papel e da posição da empresa estatal que, embora configure modelo já há muito existente, também condiciona e é condicionada pelas relevantes transformações por que passa a Administração Pública, notadamente no campo da ampliação da complexidade da organização econômica e das novas fronteiras do direito administrativo (JUSTEN FILHO, 2010, p. 268).

Na conceituação de Lucas Rocha Furtado, as empresas estatais são pessoas jurídicas dotadas de personalidade jurídica de direito privado, cuja instituição somente pode ser autorizada por meio de lei específica e se sujeitam ao regime jurídico de direito privado, ressalvadas as hipóteses previstas na Constituição (FURTADO, 2012, p. 164). Essa definição abrange tanto a empresa pública quanto a sociedade de economia mista e está associada, no direito brasileiro, a uma mera convenção terminológica, visto inexistir conceituação legal que a defina nesses termos⁵.

A empresa pública é conceituada por Marçal Justen Filho como pessoa jurídica de direito privado, “dotada de forma societária, cujo capital é de titularidade de uma ou mais pessoas de direito público e cujo objeto social é a exploração de atividade econômica ou a prestação de serviço público” (JUSTEN FILHO, 2010, p. 259). A sociedade de economia mista, na definição do mesmo autor, é entendida como “uma sociedade anônima sujeita a regime diferenciado, sob controle de entidade estatal, cujo objeto social é a exploração de atividade econômica ou prestação de serviço público” (JUSTEN FILHO, 2010, p. 274). Ambas as definições expostas trazem estreita conexão com o conceito legal de empresa pública e de sociedade de economia mista definidos no artigo 5º do Decreto-Lei 200, editado em 1967, em um contexto no qual havia notável lacuna da legislação no trato do tema e que até a

⁵ Como bem destaca Lucas Rocha Furtado, a primeira questão enfrentada no estudo das empresas estatais é de caráter terminológico. Para ilustrar a questão, cita o artigo 17, inciso I, da Lei n. 8.666/93, que faz referência às entidades “paraestatais”, as quais, em uma leitura sistemática da legislação, levam à conclusão de que abrangem também as empresas estatais e sociedades de economia mista. Dessa forma, conclui o autor, a adoção de um ou outro termo por vezes se traduz em mera convenção terminológica (FURTADO, 2012, p. 164). Caio Tácito também usa a expressão empresas estatais tal qual adotada no presente estudo (TÁCITO, 1995, p. 3).

atualidade é a principal referência e o ponto de partida para compreensão do regime jurídico das empresas estatais⁶.

O caso que é objeto de análise na presente investigação diz respeito, especificamente, a uma sociedade de economia mista cuja composição societária inclui particulares e que realiza operação na bolsa de valores. Embora o objeto do estudo se dirija a essa forma jurídica de atuação empresarial do Estado, será possível constatar que a discussão de fundo – definição do regime jurídico das empresas estatais – perpassa por fundamentos que se relacionam e se aplicam também à empresa pública.

2.2. As três fases das empresas estatais: da inexistência de definição legal ao regime de atuação com base em uma legislação defasada

Aponta a doutrina que a empresa constituída pelo Estado visando a fins econômicos tem antecedentes históricos que remetem às antigas companhias holandesas e portuguesas do século XV e XVI, as quais materializavam os interesses da coroa com o objetivo de obter novas fontes para os mercados europeus (TÁCITO, 1994, p. 1). Destaca Trajano Valverde que delas “participava, direta ou indiretamente, o Estado, que assim também corria os riscos do empreendimento” (VALVERDE, 1945, p. 430). No Brasil, é comum a remissão pela doutrina à criação do Banco do Brasil em 1808 como a primeira sociedade de economia mista nacional (VALVERDE, 1945, p. 431).

É importante estabelecer, no entanto, que o fenômeno das empresas estatais, tal qual compreendido no presente estudo, difere essencialmente dessas experiências anteriores porque está associado ao contexto da intervenção do Estado no domínio econômico e deve ser compreendido no contexto das inéditas transformações ocorridas na sociedade contemporânea (TÁCITO, 1983, pp. 22-28). No paradigma do Estado Liberal, inclusive, a intervenção do Estado no domínio econômico era tida por indevida e a sua Constituição Econômica não oferecia o suporte e a demanda para esse tipo de atuação estatal, tendência que é invertida radicalmente com o ad-

⁶ Quanto às diferenças relevantes entre os dois modelos, no que é pertinente ao presente estudo, pode-se destacar o desenho conferido pela lei quanto à formação do capital e quanto à forma jurídica adotada por essas empresas. Especificamente, enquanto que nos termos do Decreto-Lei a empresa pública deve ter capital exclusivo do Estado e pode assumir qualquer das formas admitidas em direito, a sociedade de economia mista tem a maioria do capital votante pertencente ao Estado ou à entidade da Administração Indireta, e pode assumir apenas a forma de sociedade anônima (BARRETO FILHO, 1977, p. 400). No tocante ao enquadramento na organização administrativa, as empresas estatais compõem a Administração Pública Indireta, na categoria das entidades de personalidade jurídica de direito privado, juntamente com as fundações públicas, com os consórcios públicos/privados e com as sociedades controladas. A Administração Indireta, quanto às entidades de personalidade jurídica de direito público que a compõe, também é composta pelas autarquias e pelos consórcios públicos.

vento do Estado Social, a generalização da intervenção do Estado no domínio econômico e a criação de empresas estatais⁷.

De fato, a Constituição de 1934 inova na história constitucional brasileira ao conter um capítulo referente à Ordem Econômica Social (Título IX, artigos 115 a 140). Também a Constituição de 1937 e a Constituição de 1946 espelham essa nova realidade do constitucionalismo de estabelecer a Constituição como um plano de transformações sociais e do Estado (BERCOVICI, 2005, pp. 25-26). Contudo, se de um lado estabeleceram previsões de intervenção do Estado no domínio econômico, por outro, os textos constitucionais citados não dispuseram especificamente sobre a regência das empresas estatais.

Justamente nesse período observou-se uma profícua criação de empresas estatais⁸, entre as quais vale citar o IRB (1939), a CSN (1941), a CVRD (1942), a CHESF (1945), a Petrobrás (1953), a Novacap (1956)⁹ e a Eletrobrás (1961)¹⁰. Da análise do período, observa-se que as empresas estatais surgiram no direito brasileiro a partir da legislação infraconstitucional e que, por ao menos três décadas, o tema careceu de uma sistematização jurídico-institucional, o que somente viria a acontecer com a edição do Decreto-Lei n. 200/1967. No período, as sociedades de economia

⁷ No Brasil o fenômeno segue esse mesmo contexto, com o Estado se tornando acionista nas diversas sociedades de economia mista sucessivamente criadas notadamente após a Crise da Bolsa de Valores de Nova Iorque, de 1929. O advento do constitucionalismo social e a influência do conteúdo das Constituições Mexicana de 1917 e de Weimar de 1919 inseriu na realidade das sociedades a noção de Constituição Econômica e a definição do papel que o Estado e a iniciativa privada terão no campo econômico. Nessa realidade, passa a norma constitucional a propugnar por um novo modelo de sociedade e de organização estatal, contraposta à do antigo regime, vindo a noção de Constituição Econômica a surgir como negação da ordem econômica liberal em favor de uma nova ordem econômica. Nesse sentido é a conceituação de Constituição Econômica por Vital Moreira como o conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, “garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica” (MOREIRA, 1974, p. 17/35).

⁸ Vale o destaque de que, inicialmente, a forma jurídica mais empregada foi a de capitais mistos – públicos e privados – que passou em seguida a ser preterida pela forma jurídica da empresa pública (PINTO, 1953, pp. 1-15).

⁹ Entre as companhias citadas, para A. B. Cotrim Neto, a NOVACAP é caso único nesse catálogo de empresas sobre as quais recaía debate sobre a sua tipificação jurídica: “criada com o propósito de vir a ser uma sociedade anônima - e tendo recebido essa expressão como aposto de seu nome fundamental - ela flutuaria como entidade indefinida, até que ulterior reforma administrativa lhe pudesse definir a categoria de direito. A Novacap é, realmente, uma empresa pública, e já tinha essa fisionomia desde sua constituição: ela foi assim a primeira empresa pública no Brasil” (COTRIM NETO, 1975, p. 37).

¹⁰ De uma forma não exaustiva, mas que contempla as principais empresas estatais nesta primeira fase, vale citar a criação do Instituto de Resseguros do Brasil¹⁰, pelo Decreto-Lei n. 1.186, de 3 de abril de 1939, como o marco do início dessa fase, na qual merecem destaque também a criação da Companhia Siderúrgica Nacional, em 1941, da Companhia Vale do Rio Doce e do Banco de Crédito de Borracha, em 1942, da Companhia Nacional de Alcális, em 1943, da Companhia Hidrelétrica do São Francisco, em 1945, e da Fábrica Nacional de Motores, em 1946. No destaque de Trajano Valverde, todas essas empresas, sem exceção, revelavam o objetivo do governo de promover e acelerar o desenvolvimento das indústrias de base, alicerçadas na matéria-prima nacional. (VALVERDE, 1945, pp. 429-441).

Nas décadas seguintes, intensificou-se a política desenvolvimentista brasileira, na qual destacou-se a criação do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDE), em 1952, a Petrobrás, em 1953, a Novacap, em 1956, a Rede Ferroviária Federal, em 1957, e a Eletrobrás, em 1961.

mista, em substituição ao modelo de concessões, surgem nesse ambiente propício para a intervenção do Estado no domínio econômico, com as características dominantes, segundo Bilac Pinto, (i) da organização em forma de sociedade comercial, (ii) da aplicação do direito privado e (iii) da participação do Poder Público e de privados como acionistas e como administradores (PINTO, 1953, pp. 4-5).

A essas entidades, a doutrina brasileira identificava a submissão, a um só tempo, ao direito administrativo e ao direito comercial (CRETELLA JÚNIOR, 1971, p. 72). Essas empresas eram criadas por leis especiais que continham disposições derogatórias do direito comum, objetivando assegurar ao Estado o controle sobre a administração da sociedade (VALVERDE, 1945, pp. 433-434). Mas, conforme observa Trajano Valverde, o processo de fundação de sociedades anônimas ou companhias de economia mista não diferia em substância daquilo regulado pela lei comum para os particulares¹¹. Na observação de Cretella Júnior, na mesma passagem anteriormente citada, a análise da personalidade das sociedades de economia mista e o regime jurídico da sua atividade assumiram caráter polêmico nos anos que seguiram à profusão de empresas criadas, notadamente na escolha da disciplina entre o direito privado e a regulação em norma institucional de direito público. Para Caio Tácito, por exemplo, em anotação da década de 1960, admitindo que o conceito de empresa pública não se achava estabelecido em lei, destacava a sua variação na visão da doutrina, defendendo ainda a aplicabilidade do regime privado à empresa pública em questões falimentar, de pessoal, responsabilidade civil, auditoria e contabilidade (TÁCITO, 1966, pp. 435-437).

No Brasil, será na fase inaugurada pelo Decreto-Lei n. 200/1967 que finalmente haverá avanço legal na matéria, ao alterar sensivelmente a realidade de então – embora ainda insatisfatoriamente – com repercussões relevantes para a doutrina que veio a se estabelecer como mais influente e para a situação atualmente vivenciada.

Na verdade, o quadro já se altera de partida com a expressa referência, na Constituição de 1967, às empresas estatais, inclusive acolhendo constitucionalmente a distinção que as legislações específicas e a doutrina materializaram entre a empresa pública e a sociedade de economia mista. Nos termos da ordem constitucional advinda com a Constituição de 1967, às empresas privadas competiam preferencialmente a organização e a exploração das atividades econômicas. O papel do Estado seria o de estímulo e apoio, ao qual só estaria autorizada a exploração de atividades econômicas de forma suplementar, que poderia ocorrer mediante empresas públicas e sociedades de economia mista que seriam regidas pelo direito privado, inclusive quanto ao regime tributário, exceto na hipótese de monopólio. Nesse contexto é que foi editado o Decreto-Lei 200/1967, que até hoje vigora, ainda que com algumas revogações frente à legislação posterior, e é o principal regime normativo da Administração Pública. O conceito legal de empresa pública e

¹¹ Decreto-Lei n. 2.627, de 26 de setembro de 1940, parcialmente revogado pela Lei n. 6.404, de 1976.

de sociedade de economia mista estabelecidos pelo Decreto-Lei n. 200/1967 foram abordados no tópico 1.2, no qual também foi exposto que esse diploma normativo integrou as empresas estatais como entes da Administração Indireta.

Em 17 de outubro de 1969 foi promulgada a Emenda Constitucional n. 1. Entre as alterações relevantes, o artigo 163 da Emenda Constitucional n. 1/1969 passa a estabelecer que as hipóteses de intervenção estatal na economia, em vez de limitarem-se a um espaço suplementar, passam a contemplar motivo de segurança nacional ou organização de setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de livre competição e livre-iniciativa¹². Relevante o destaque da nova redação do artigo 5º, incisos II e III, que passa a adotar a expressão “atividade econômica”, em substituição à anterior referência a “atividade de natureza mercantil”. Embora nesse contexto fique incontestado de dúvidas a opção constitucional e infraconstitucional pela aplicação de um regime de direito privado às empresas estatais, é justamente à luz dessas disposições que será sedimentada a doutrina que estabelece um critério dicotômico para definir o regime jurídico dessas empresas, entre o regime jurídico de direito público ou de direito privado, a depender da atividade que exerçam, se prestação de serviços públicos ou exploração de atividade econômica.

É também nesse período que o recurso às empresas estatais ganha grande expressão, como opção da ditadura militar então instalada. Experimentado o apogeu da sua utilização pelo Estado brasileiro, já a partir da década de 1980, na precisa síntese de Alice Borges, fez-se sentir forte reação em sentido contrário à criação das empresas estatais, devidos aos efeitos perversos subjacentes então identificados¹³.

Nesse contexto, pode-se então compreender a promulgação da Constituição de 1988 como o marco para a terceira fase das empresas estatais. O texto constitucional remete ao legislador ordinário a regulamentação do regime jurídico dessas empresas, avançando principalmente nos controles estatais e na incidência dos princípios constitucionais da Administração, por expressa referência aos entes da

¹² Assim dispõe o artigo 163: “São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais.

Parágrafo único. Para atender a intervenção de que trata este artigo, a União poderá instituir contribuições destinadas ao custeio dos respectivos serviços e encargos, na forma que a lei estabelecer”.

Após a promulgação da Emenda, o Decreto-Lei n. 200 também é alterado, pelo Decreto-Lei n. 900, de 29 de setembro de 1969, mantendo-se praticamente inalteradas as disposições da matéria em discussão.

¹³ Notadamente, identificou-se que (i) as empresas estatais, em vez de suplementar a iniciativa privada na exploração de atividade econômica, restavam por sufocá-la, atingindo fatalmente a livre iniciativa; (ii) a multiplicidade das empresas estatais não se conectava com as reais necessidades do setor de atuação, sendo pautada basicamente por interesses políticos rasteiros e patrimonialistas; (iii) nas sociedades de economia mista, a efetiva participação de capitais privados era meramente simbólica, diante das restrições impostas pela lei à capacidade de cogestão das minorias acionárias, que desestimulavam completamente essa participação; por fim, (iv) havia praticamente ausência de controle estatal, uma vez que pendia apenas a supervisão ministerial das empresas estatais como mecanismo de fiscalização das atividades (BORGES, 1999, pp. 2-3).

Administração Indireta no *caput* do artigo 37. Em especial, merece destaque a edição da Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1988, que alterou a redação do parágrafo primeiro do artigo 173 da Constituição, para remeter ao legislador ordinário o estabelecimento do estatuto jurídico das empresas estatais. Essa reforma constitucional foi implementada no bojo das discussões e da aplicação do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE), em um contexto no qual identificava-se um aprofundado movimento de privatização das empresas estatais, notadamente as exploradoras de atividade econômica, e quanto aos serviços públicos, de uma progressiva adoção de mecanismos de delegação a particulares mediante concessão e permissão.

O estatuto das empresas estatais, contudo, foi editado apenas dezoito anos depois e impulsionado, principalmente, conforme apontam o noticiário e a doutrina, pela forte pressão e inflexão da série de casos de corrupção envolvendo os dirigentes dessas entidades. O debate sobre a conveniência de um estatuto está presente desde que as empresas estatais passaram a ser uma realidade nos ordenamentos jurídicos¹⁴ e, no Brasil, foi objeto de posições categóricas antagônicas, manifestadas por juristas muito respeitados¹⁵. Vetor de muitos avanços sobre o tema, o estatuto das empresas estatais também manteve muitas lacunas, notadamente sobre questões ainda controversas na jurisprudência nacional.

Realizado o contexto histórico, à luz da legislação e da doutrina, das empresas estatais, cumpre analisar os elementos estritamente relacionados ao caso em análise, que colocarão em evidência muitos aspectos ainda por serem aprimorados no estudo do tema.

3. A imunidade tributária recíproca

As imunidades tributárias, como destaca Roque Antônio Carraza, compreendem uma das formas de fronteiras traçadas pela Constituição para a competência tributária. Entendida a competência tributária como a “faculdade que as pessoas políticas têm de criar, *in abstracto*, tributos”, para o que devem “descrever, legislativamente, suas hipóteses de incidência, seus objetivos ativos, seus sujeitos passivos, suas bases de cálculo e suas alíquotas”, pode-se compreender que as regras de imunidade se constituem como demarcações, no sentido negativo, das competências tributárias das pessoas políticas (CARRAZA, 2002, pp. 622-623).

As imunidades tributárias são, essencialmente, fenômeno de natureza constitucional. Direta ou indiretamente, as normas constitucionais fixam, na definição de Roque Antônio Carraza, a incompetência para onerar, com exações, certas pessoas,

¹⁴ Como bem narra Nicola Balog ao elaborar relatório, na década de 1960, com as informações compartilhadas por dezenas de países, entre eles o Brasil, a respeito do regime jurídico das suas empresas estatais (BALOG, 1967, pp. 35-51).

¹⁵ Isto é, tanto posições a favor (TÁCITO, 1966, pp. 432-439), quanto contra (VALVERDE, 1945, pp. 429-441).

“seja em função de sua natureza jurídica, seja porque coligadas a determinados fatos, bens ou situações” (CARRAZA, 2002, p. 623). Para o que interessa ao presente estudo, cumpre tratar do conteúdo da norma contida no artigo 150, VI, da Constituição, que trata das imunidades das pessoas política, e do artigo 150, §2º, que trata das autarquias e das fundações¹⁶. São as hipóteses de imunidade tributária recíproca, que decorrem do princípio federativo e do princípio da isonomia das pessoas políticas, isto é, tratam da impossibilidade de que as pessoas políticas exijam impostos umas das outras, em obediência a esses princípios (CARRAZA, 2002, p. 634). Como destaca Isabela Bonfá de Jesus, parte da doutrina identifica que a regra da imunidade tributária recíproca já estaria implícita no texto constitucional, de modo que a sua previsão expressa seria desnecessária. A previsão constitucional, contudo, manifestou cautela, conforme preocupação havida por Rui Barbosa na elaboração do anteprojeto da Constituição de 1891, inspirada em diversos preceitos da Constituição americana, e na repercussão do julgado *Mc Culloch versus Maryland*, presidida a Corte pelo juiz John Marshall (JESUS, 2015, cap. 4), a fim de evitar que a jurisprudência no Brasil viesse a adotar compreensão e fundamentos diferentes para o tema.

A justificativa para a imunidade tributária recíproca decorre da circunstância de que entre as pessoas políticas não há sobreposição, estando todas em posição de igualdade jurídica, evitando-se que uma pessoa política venha, por meio de impostos, a criar embaraços, destruir ou criar dificuldades de funcionamento às outras. Nas atividades tipicamente privadas que executa e nas atividades econômicas remuneradas mediante contraprestação ou recebimento de preços ou tarifas, porém, o texto constitucional excepciona a imunidade, tal qual dispõe o artigo 150, § 3º, da

¹⁶ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

VI – instituir impostos sobre: a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros; b) templos de qualquer culto;

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;

d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão;

e) fonogramas e vídeos fonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros bem como os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham, salvo na etapa de replicação industrial de mídias ópticas de leitura a *laser*.

§1º A vedação do inciso III, “b”, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, IV e V; e 154, II; e a vedação do inciso III, “c”, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, III e V; e 154, II, nem à fixação da base de cálculo dos impostos previstos nos arts. 155, III, e 156, I.

§2º A vedação do inciso VI, “a”, é extensiva 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.

§3º As vedações do inciso VI, “a”, e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contra-prestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exoneram o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.

Constituição. A imunidade à tributação por via de impostos em debate também se estende às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, conforme o teor do artigo 150, § 2º, e, da mesma forma, a elas se sujeitam os mesmos impostos que a empresas do setor pagam quando exploram atividades econômicas regidas por normas de empreendimentos privados (CARRAZA, 2002, pp. 698-700).

Portanto, as imunidades tributárias se constituem de notável importância, por expressarem limites à capacidade de tributar do poder estatal, especialmente à luz do princípio federativo e da igualdade das pessoas políticas.

4. A jurisprudência do STF quanto à extensão da imunidade tributária recíproca à empresas estatais □

Como observado a partir dos tópicos anteriores, o fenômeno das empresas estatais é complexo e multifacetado. O regime jurídico incidente sobre as entidades elegidas pelo Estado para a atuação direta no domínio econômico, na ordem jurídica atual, é definido pelas disposições constitucionais¹⁷, infraconstitucionais¹⁸ e regulamentares¹⁹ pertinentes em um quadro no qual, historicamente, identifica-se a existência de muitas definições e controvérsias.

A fim de encontrar as soluções e de diminuir a complexidade no tema, a doutrina nacional, já há quase um século, caminha no estabelecimento de critérios que viabilizem uma compreensão orientada e sistematizada do regime jurídico aplicável às empresas estatais, entre os quais destacou-se – pela notável amplitude da adesão, especialmente nos tribunais – o uso do critério dicotômico para a definição desse regime, a depender da natureza da atividade exercida pela empresa estatal.

Aos tribunais brasileiros a questão também é tormentosa, haja vista a realidade de que, na análise do caso concreto, não podem se furtar de solucioná-lo de forma fundamentada e consonante com os casos semelhantes julgados, ainda que em um cenário de relevantes controvérsias sobre o tema. Os estudos voltados à análise da jurisprudência do STF evidenciam que o tribunal tem se posicionado no sentido de, à luz do critério dicotômico estabelecido pela doutrina tradicional, conferir privilégios às empresas estatais que prestam serviços públicos²⁰.

¹⁷ Entre essas disposições, destacam-se as disposições do Capítulo VII da Constituição de 1988, ao estabelecerem as condições para a atuação no domínio econômico, sujeição das empresas ao regime próprio das empresas privadas, regras diferenciadas de contratação etc.

¹⁸ Como as disposições estabelecidas pela Lei n. 13.303/16, que dispõem sobre o regime societário, das licitações e dos contratos.

¹⁹ Como dispunha o Decreto nº 2.745, de 24 de agosto de 1998, que aprova o regulamento do procedimento licitatório simplificado da Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRÁS previsto no artigo 67 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997.

²⁰ Como elucida bem a questão o trabalho realizado por Henrique Motta, em ampla análise dos julgamentos do STF que envolviam a definição do regime jurídico das empresas estatais (PINTO, 2010).

Entre esses privilégios, como já apresentado, possui relevo ao presente estudo o tema da imunidade tributária recíproca. À luz do contexto normativo estabelecido pelo artigo 150, VI, “a”, da Constituição, nas últimas décadas o STF debateu a possibilidade de incidência da imunidade tributária a empresas estatais que, embora não detenham a condição de autarquias e fundações, são criadas pelo Estado também com o propósito de prestação de serviços públicos.

Os principais precedentes que informam a posição do STF quanto à imunidade tributária recíproca foram destacados por Henrique Motta (PINTO, 2010)²¹, no período de análise até 2010, e também por Gilmar Ferreira Mendes (MENDES; FRAZÃO; MESQUITA, 2017, pp. 34-40), em análise voltada à conjuntura presente do tema, inclusive no destaque quanto ao debate, em aberto, do RE 600.867/SP, objeto do presente estudo. Para assentar corretamente as bases sobre as quais erigiu-se o entendimento do STF sobre a imunidade tributária recíproca – e por terem sido expressamente invocadas pela SABESP no recurso em questão como precedentes vinculativos – cumpre analisar o “Caso ECT”, o “Caso Infraero” e o “Caso CAERD-RO”. Os dois primeiros foram invocados expressamente pela SABESP como precedentes incidentes no caso. O último tem o seu estudo justificado por se tratar de hipótese idêntica à presente e que recebeu direcionamento diverso.

4.1. O caso ECT (2004)

Em 2004, ao julgar o RE n. 407.099-5/RS, o STF reconheceu aos Correios o direito à imunidade tributária recíproca estabelecida pelo artigo 150, VI, “a”, da Constituição. O recurso extraordinário foi interposto pela ECT contra acórdão proferido em embargos à execução fiscal, proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que assentou que a empresa não gozaria “da imunidade tributária recíproca na vigência da atual Constituição Federal, uma vez que a Carta Política não assegura tal privilégio tributário às empresas públicas, abarcando somente autarquias e fundações”.

No seu recurso, a ECT alegou essencialmente três fundamentos. O primeiro, de que o artigo 173, §2º, da Constituição, seria aplicável somente às empresas públicas que exploram atividade econômica em concorrência com o mercado, em contraposição à atividade que exerceria de serviço público reservado à União. A segunda, de que o artigo 12 do Decreto-Lei 509/69 teria sido recepcionado pela Constituição²². Por fim, de que seus bens são públicos (impenhoráveis e imprescritíveis), em função da natureza da atividade exercida (essencialidade do serviço postal), o que lhe proporcionaria a imunidade tributária prevista no artigo 150, VI, “a”, da Constituição, cuja vedação contida no parágrafo terceiro seria voltada apenas aos serviços públicos prestados por particulares.

²¹ Cumpre destacar que no presente trabalho adotou-se a mesma nomenclatura utilizada por esse autor para se referir aos precedentes analisados.

²² Aqui, a ECT invoca o entendimento adotado pelo STF no RE 220.906/DF (Rel. Min. Maurício Corrêa, Plenário, julgado em 16/11/2000).

No julgamento do recurso, o STF deu provimento ao recurso de forma unânime, nos termos do voto do Ministro Relator Carlos Velloso. Nos termos do entendimento vencedor, a imunidade tributária em questão seria aplicável à ECT por ser uma empresa prestadora de serviço público, baseado em uma dicotomia que promove a distinção entre empresa pública que exerce atividade econômica e a empresa pública que presta serviços públicos. Nesse segundo caso, indicou o Relator, não teria aplicação o artigo 173, § 1º, da Constituição, sendo, portanto, a ECT empresa pública prestadora de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado que tem direito à imunidade tributária. No voto vencedor, é ainda afastada a aplicação do artigo 150, § 3º, da Constituição, sob o fundamento de que seria aplicável apenas às empresas estatais que exploram atividades econômicas, e, por fim, é afastada a necessidade da análise da recepção do artigo 12 do Decreto-Lei n. 509/69, diante da solução do caso pelos fundamentos anteriores.

Nos casos posteriores submetidos ao STF, foi mantido o posicionamento quanto à aplicabilidade da imunidade tributária conferida pelo artigo 150, VI, “a” da Constituição²³, vindo o tribunal a se manifestar também sobre outros aspectos decorrente da visão da ECT quanto à amplitude da imunidade tributária. Como observa Henrique Motta, utilizando-se dos mesmos fundamentos do caso ora analisado, a ECT postulou que a imunidade tributária alcançasse as taxas (PINTO, 2010, p. 143) – e não apenas os impostos; os impostos de competência dos Estados-membros e todo o seu patrimônio, ainda que houvesse o envolvimento de atividades de exploração econômica não relacionadas ao serviço típico postal. Em todos esses casos, à exceção da imunidade quanto às taxas, pela literalidade do dispositivo constitucional, o STF reafirmou o privilégio da ECT de gozar do benefício da imunidade tributária recíproca, inclusive com o rótulo de uma “empresa pública prestadora de serviço público com natureza autárquica”²⁴.

4.2. O caso *Infraero* (2004)

Em 2007, ao julgar o RE n. 363.412-AgR/BA, o STF também reconheceu à INFRAERO o direito à imunidade tributária recíproca estabelecida pelo artigo 150, VI, “a”, da Constituição. O recurso extraordinário foi interposto pelo Município de Salvador contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que vedou a cobrança de ISS da INFRAERO. Para o município, a empresa pública exploraria atividades econômicas –

²³ De que são exemplos os julgados seguintes: RE 354.897/RS (2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 17/08/2004), RE 437.889/RS (2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 14/12/2004), RE 403.555/RS (Decisão monocrática do Min. Rel. Gilmar Mendes, j. 02/02/2005), AI 533.105/RS (Decisão monocrática do Min. Rel. Cezar Peluso, j. 15/03/2006), RE 418.450/RS (Decisão monocrática do Min. Rel. Celso de Mello, j. 20/06/2006), AI 454.929/RS (Decisão monocrática do Min. Rel. Joaquim Barbosa, j. 18/11/2008), AI-AgR 690.242/SP (1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 17/03/2009), RE 570.887/SP (Decisão monocrática do Min. Rel. Carlos Britto, j. 31/08/2009), RE 354.784/RS (Decisão monocrática do Min. Rel. Dias Toffoli, j. 01/12/2009).

²⁴ Conforme denominação adotada pelo Ministro Menezes Direito no voto que proferiu nesse julgamento.

inclusive estranhas à atividade de administração de serviços de infraestrutura aeroportuária – e que, no caso, incidiriam o artigo 150, §3º, e o artigo 173, §1º, da Constituição.

Invocando o artigo 21, XII, “c”, da Constituição, o Ministro Relator Celso de Mello afirmou que a INFRAERO presta serviços públicos que foram atribuídos à União em caráter de monopólio, à qual, concluiu, deveria ser concedida a imunidade tributária recíproca quanto aos impostos. O voto vencedor valeu-se da interpretação que identifica no artigo 173 o fundamento constitucional da exploração de atividades econômicas pelas empresas estatais, enquanto que o artigo 175 seria o fundamento constitucional da possibilidade de prestação de serviços públicos por essas empresas. Nesse sentido, tendo como finalidade a prestação de serviço público, à empresa estatal seria aplicável o regime jurídico de direito público. Dessa forma, tal qual decidido no Caso ECT, utilizou-se do entendimento de que, a depender da atividade exercida pela empresa estatal, isto é, se serviço público ou se exploração de atividade econômica, o regime jurídico aplicável seria o do direito privado, com fundamento no artigo 173, ou de direito público, com fundamento no artigo 175, ambos da Constituição – nesse último caso, inclusive, com a atribuição de uma “natureza autárquica” à empresa pública²⁵.

4.3. O caso CAERD-RO (2007)

Em 2007, a Companhia de Águas e Esgotos de Rondônia, CAERD, uma sociedade de economia mista, também recorreu ao STF para ter reconhecida a sua imunidade tributária. Na origem, os seus recursos extraordinários não foram admitidos, o que levou a CAERD a propor ações cautelares para obter o efeito suspensivo. Até então, no aspecto processual, a jurisprudência do STF entendia não ser da sua competência, mas do Presidente do Tribunal local, ação ou pedido de medida cautelar tendente a obter efeito suspensivo para recurso extraordinário não admitido na origem, e cuja decisão de inadmissibilidade fosse objeto de agravo de instrumento ainda não julgado²⁶.

Como bem relata Henrique Motta, foi justamente na análise das ações cautelares propostas pela CAERD que o STF alterou sua jurisprudência, passando a admitir, excepcionalmente, a possibilidade de concessão de efeito suspensivo ativo a recurso extraordinário nesses casos (PINTO, 2010, p. 150). Ao analisar a Ação Cautelar n. 1.551/RO, o STF, considerando a plausibilidade do pedido e o perigo de dano irreparável, deferiu medida cautelar para suspender os efeitos do acórdão proferido pelo tribunal de origem que condenou a estatal à inscrição em dívida ativa em decorrência do não pagamento do IPTU. Para o Ministro Relator Gilmar Mendes, o acórdão impugnado contrariava jurisprudência do STF, assentada no Caso ECT, segundo a qual,

²⁵ Em repercussão geral, o STF confirmou a jurisprudência no sentido da aplicabilidade da imunidade tributária recíproca à INFRAERO, conforme o ARE nº 638.315/BA, Relator o Ministro **Cezar Peluso**, DJe de 31/8/11.

²⁶ Enunciados n. 634 e 635 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

aplicada à CAERD, sociedade de economia mista prestadora de serviço público, deveria resultar também no reconhecimento da imunidade tributária recíproca, conforme o artigo 150, §2º, da Constituição, à luz da dicotomia realizada para identificação do regime jurídico em contraposição ao exercício de atividades de exploração econômica. Em julgamentos posteriores, foi reafirmado o entendimento de que a CAERD era uma sociedade de economia mista prestadora de serviços públicos que fazia jus à imunidade tributária recíproca.

5. O Tema 508 da repercussão geral

Em 08 de dezembro de 2011, o plenário do STF, sob relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, decidiu que tem repercussão geral “a questão consistente em saber se a imunidade tributária recíproca se aplica a entidade cuja composição acionária, objeto de negociação em Bolsas de Valores, revela inequívoco objetivo de distribuição de lucros a investidores públicos e privados”²⁷.

O caso concreto submetido ao julgamento diz respeito a recurso extraordinário interposto pela Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (SABESP) contra o Município de Ubatuba. O acórdão recorrido, proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), consignou que não se aplicam as disposições do artigo 150, VI, *a*, da Constituição ao caso concreto porque, no caso, incidem as disposições do artigo 173, § 2º, da norma constitucional, “já que as empresas de economia mista não gozam dos privilégios fiscais não extensivos ao setor privado”²⁸.

Conforme o relatório apresentado, a SABESP alega ser imune à tributação por impostos, porque: i) desempenha serviço público não sujeito à exploração privada; ii) não busca obter lucro; iii) o Poder Público que a criou tem responsabilidade subsidiária e isso justifica a extensão da imunidade tributária que lhe é conferida; e iv) o STF reconheceu em julgamentos anteriores a mesma proteção às empresas públicas e sociedades de economia mista, tal qual a ECT e a INFRAERO, não havendo critério de *discrimen* quanto à situação presente.

O Ministro Relator reconhece que é “inesgotável a variação dos quadros fáticos-jurídicos relativos à imunidade tributária recíproca” e, em especial, a sucessão de casos submetidos ao STF em que as empresas estatais postulam a imunidade tributária. Em especial, o Relator cita os pedidos formulados: i) por sociedade de economia mista meramente “formal”, na medida em que desprovida de intuito lucrativo²⁹; ii) por propriedade imóvel cedida a empresa estatal que explora

²⁷ Na ocasião, a decisão foi ementada da forma seguinte: “Tributário. Imunidade tributária recíproca. Sociedade de economia mista. Participação acionária dispersa e negociada em bolsa de valores. Exame da relação entre os serviços públicos prestados e o objetivo de distribuição de lucros a investidores públicos e privados como elemento determinante para aplicação da salvaguarda constitucional. Art. 150, vi, *a* da constituição”.

²⁸ Essa é a expressão utilizada pelo próprio TJSP.

²⁹ RE 580.264, rel. min. JOAQUIM BARBOSA, red. p/ acórdão: min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 16/12/2010.

atividades econômicas³⁰; iii) por empresa pública que explora administração aeroportuária³¹; iv) pelos Correios quanto ao transporte de bens e mercadorias sob regime de concorrência³²; e v) também pelos Correios quanto às operações próprias do mercado exploradas com intuito lucrativo³³.

Iniciado o julgamento em 05 de junho de 2014, houve a sua suspensão após o voto pelo desprovimento do recurso pelos Ministros Joaquim Barbosa (Relator), Teori Zavascki e Luiz Fux, e pelo provimento do recurso pelo Ministro Luís Roberto Barroso. Retomado o julgamento em 06 de agosto de 2015, houve pedido de vista da Ministra Cármen Lúcia após os votos da Ministra Rosa Weber e dos Ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli também pelo desprovimento do recurso. A finalização do julgamento aguarda, portanto, a devolução dos autos pela Ministra Cármen Lúcia.

Por não ter sido concluído o julgamento, a análise realizada no presente estudo será feita a partir das manifestações já realizadas, colhidas diretamente da transmissão da sessão de julgamento realizada pela TV Justiça. A seguir, serão expostos os argumentos de cada ministro e ministra, com o intuito de identificar os fatores relevantes de cada um para a tomada de decisão, a fim de viabilizar as análises seguintes.

5.1. O julgamento: identificação dos fatores relevantes para a tomada de decisão

No presente tópico, será narrada a posição de cada ministro e ministra votante, conforme a sequência dos votos, com a delimitação dos fatores relevantes e decisivos do entendimento adotado, para a problematização a ser realizada nos tópicos seguintes: (i) há utilização imprecisa de categorias fundamentais para a devida interpretação do tema? Se sim, quais? Os fundamentos adotados estabelecem parâmetros aptos a nortear decisões futuras em situações semelhantes? Ao final, será formulada reflexão a respeito do direito à imunidade tributária recíproca no caso em análise.

O voto do Relator é iniciado com a exposição do quadro fático em debate. O Ministro Joaquim Barbosa, já de partida, invoca o seu posicionamento manifestado no RE 253.472, envolvendo a Companhia das Docas do Estado de São Paulo (CODESP) e o Município de Santos, no qual propôs um “teste constitucional de três estágios” para definir a aplicabilidade da imunidade tributária recíproca nos casos em que essa imunidade poderia violar outros valores constitucionais relevantes.

Os três estágios são os seguintes, colacionados nos exatos termos utilizados pelo Relator: (i) a imunidade tributária recíproca se aplica à propriedade, bens e servi-

³⁰ RE 594.015-RG, rel. min. Marco Aurélio.

³¹ ARE 638.315-RG, rel. min. Cesar Peluso, DJe de 31.08.2011.

³² RE 627.051-RG, rel. min. Dias Toffoli.

³³ RE 601.392-RG, rel. min. Joaquim Barbosa.

ços utilizados na satisfação dos objetivos institucionais imanentes do ente federado, cuja tributação poderia colocar em risco a respectiva autonomia política. Em consequência dessa afirmação, destaca, 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; (ii) 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; (iii) 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 tese, finaliza o Ministro Joaquim Barbosa, 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.

Ao analisar o caso concreto, destacou que a SABESP é sociedade de economia mista que tem o capital aberto negociado em bolsa de valores, com auferimento de expressivos lucros que são distribuídos a particulares sob a forma legal. Para o Relator, porém, “caracteriza desvio sistêmico assegurar garantias indissociáveis do Estado e do interesse público aos empreendimentos dotados de capacidade contributiva e que têm como função distribuir os resultados dessa atividade ao patrimônio dos empreendedores”.

Nesse sentido, defende que a circunstância de o sócio majoritário da companhia ser o Estado não altera o argumento, visto não ser “função primária do Estado participar nos lucros de qualquer pessoa jurídica, nem de auferir quaisquer outros tipos de receita”. Nesse ponto, segue relevante razão de decidir invocada pelo Ministro Joaquim Barbosa, consistente no argumento de que é uma opção de organização administrativa a prestação de tais serviços sob a forma de uma sociedade de economia mista. Assim, caso tal opção desvele uma hipótese em que a carga tributária se apresente onerosa, destaca o Relator, “basta ao Estado optar por outra forma de regência de personalidade jurídica, que não envolva nem sequer a possibilidade de acumulação e de distribuição de lucros”.

Por fim, por também entender que a empresa estatal em questão tem capacidade contributiva, capaz de acumular e de distribuir lucros, sem potencial de desvirtuar o pacto federativo, vota por negar provimento ao recurso extraordinário, afastando, assim, o reconhecimento da imunidade tributária ao caso concreto.

Em seguida, o segundo voto apresentado já inaugura divergência do entendimento do Relator. O Ministro Luis Roberto Barroso destaca em sua manifestação que o tema tem sido recorrentemente debatido no STF com a identificação de diversos cenários específicos. Cita o reconhecimento, pelo tribunal, da imunidade tributária quando a empresa estatal presta serviço público em regime de exclusividade e sem

intuito de lucro, e quando a empresa estatal, ainda que tenha intuito de lucro, presta serviço público em ambiente não concorrencial³⁴.

Para o Ministro Barroso, a presença da sociedade de economia mista em bolsa de valores não afeta o seu enquadramento jurídico para fins da imunidade tributária, atendo-se a uma interpretação teleológica do artigo 150, VI, *a*, da Constituição, visto que “a prestação do serviço público pela Administração direta de determinado ente geraria, sem margem de dúvidas, a incidência da imunidade”. Nesse sentido, para o Ministro, o fato de a Administração optar por prestar o serviço sob outra forma jurídica, que a inclua, por exemplo, no quadro da Administração Indireta, não pode ter o condão de consequentemente onerar a sua prestação em ambiente não concorrencial, sob a premissa de que “a Constituição pretendeu desonerar foi o próprio serviço, notadamente para fins de promoção da modicidade tarifária” e de que a “prestação por agentes privados, teoricamente justificada pela busca de eficiência, não deve ter o efeito adverso de fazer incidir uma obrigação tributária sobre o serviço ou sobre bens que estejam a ele diretamente afetos”.

Para o Ministro Teori Albino Zavascki, que acompanha o voto do Ministro Relator Joaquim Barbosa, em questão está uma sociedade de economia mista sujeita ao regime jurídico de direito privado, inclusive quanto aos tributos, nos termos do artigo 173, § 1º, da Constituição. Além disso, afirma não entender tal atividade como prestação de serviço típico do Estado, visto poder ser prestada em regime de “concessão ou autorização, a critério do Poder Público, no caso municipal, inclusive, nos termos do artigo 30, inciso V, da Constituição”. Por fim, também dá relevo ao fato de haver distribuição de lucros e negociação em bolsa de valores, entendendo não ser compatível com o instituto da imunidade tributária a sua postulação para “de forma indireta, aumentar o lucro de empresa, porque reduz as suas despesas e, em outras palavras, produz riqueza, produz lucro a ser distribuído para investidores privados”. A imunidade recíproca é, para o Ministro Teori Zavascki, uma exceção ao poder de tributar que não abrange essa situação.

O Ministro Luiz Fux, ainda durante a primeira sessão de julgamento da repercussão geral, apresentou voto em que acompanha os fundamentos lançados pelo Relator Ministro Joaquim Barbosa. Destacou que o artigo 150, § 3º, da Constituição, trata especificamente da hipótese concreta analisada, isto é, de uma empresa estatal que cobra tarifa e que, portanto, não está alcançada pela imunidade tributária do artigo 150, VI, *a*. Ao lançar a sua reflexão, recebe a intervenção do Ministro Barroso, que afirma ser o artigo 150, § 3º, uma hipótese referente apenas às estatais que exploram atividade econômica e que, por se tratar de serviço público, a atividade prestada pela SABESP não estaria alcançada por essa disposição. O Ministro Luiz Fux, em réplica, entende não ser possível adotar essa interpretação diante da

³⁴ Os dois casos citados referem-se ao RE 580.264, Rel. originário Min. Joaquim Barbosa, Rel. p/ o acórdão Min. Ayres Britto e ao RE 773.131-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia.

literalidade do dispositivo e diante da potencialidade de que tal alcance crie uma situação anticoncorrencial frente a outros agentes.

Também a Ministra Rosa Weber acompanha o voto do Relator, destacando que a SABESP explora atividade econômica que não pode ser incluída em hipótese de excepcionalização das regras jurídicas de imunidade tributária. Para a Ministra, tais regras se justificam por valores e princípios significativamente claros voltados para a preservação do pacto federativo, considerado pela Constituição como cláusula pétrea.

Por sua vez, em prosseguimento ao julgamento e inaugurando reflexões até então não discutidas, o Ministro Dias Toffoli destaca os debates já ocorridos na Corte e admite que, apesar da apreciação de inúmeros casos relacionados ao tema, o STF ainda não teve êxito em definir o critério que deve abalizar as decisões do tribunal. Nesse ponto, questiona o Ministro Toffoli: “é a natureza do serviço em si, ou é a natureza da empresa, ou é a atividade econômica sendo concorrencial *versus* uma atividade monopolista?”. Em seguida, lê reportagem da revista Exame que informa ter a SABESP lucrado quase dez bilhões de reais nos sete anos anteriores à reportagem, sendo à época uma das vinte empresas mais rentáveis do país. Desse montante, mais de três bilhões de reais foram distribuídos aos seus acionistas – o Estado de São Paulo detém 50,3% das ações e particulares detêm o restante.

A distribuição de dividendos, portanto, como destacou o Ministro Toffoli na sua leitura, superou em 48% o mínimo legal exigível para o caso. Diante desse quadro, problematiza a concessão de imunidade tributária a situações como essa, especialmente porque é um mercado que apresenta atualmente a possibilidade de prestação em regime de concorrência.

Para o Ministro Toffoli, é patente a dificuldade de se enquadrar as inúmeras realidades que se apresentam ao Tribunal nas categorias existentes da teoria jurídica da administração pública, notadamente porque, conforme observa, em diversos casos há a opção pela forma empresarial apenas para fugir de determinados controles e imposições advindos do regime de direito administrativo aplicável às pessoas jurídicas de direito público, como no exemplo citado de remunerações acima do teto constitucional. Em outras palavras, destaca que haveria uma disfunção nas categorias jurídicas que dificulta o debate e o correto enquadramento do tema em análise. Nesse sentido, sugere que seja retomada a perspectiva constitucional de opção pelo mercado, a fim de que sejam evitados privilégios às atividades econômicas desempenhadas por empresas estatais que tenham concorrência no mercado. Com essas reflexões, o Ministro acompanha o Relator Ministro Joaquim Barbosa para desprover o recurso extraordinário.

No mesmo sentido do Ministro Dias Toffoli, o Ministro Gilmar Mendes destaca a sua reflexão acerca da incoerência do modelo de organização administrativa quanto à prestação dessas atividades, que na sua visão é acentuada pela criação de

novos modelos – como as organizações sociais. Admitindo que está a rever a posição manifestada em julgamentos anteriores, o Ministro Gilmar Mendes invoca o caráter de transformação pelo qual o tema está passando para defender a aplicação literal do artigo 150, § 3º, da Constituição, ressalvadas questões específicas como a dos Correios, à luz do caráter empresarial das atividades.

5.2. O cotejo dos fundamentos adotados no tema 508 com os precedentes analisados

Da exposição dos votos, observa-se a maioria formada para negar provimento ao recurso extraordinário interposto pela SABESP, com apenas um voto em defesa da aplicação da imunidade tributária recíproca à companhia.

É possível agrupar as posições manifestadas sob três ângulos de observação do caso, além de uma posição isolada. Conforme se observa dos votos, os ministros decidiram fundamentalmente baseados (i) na distinção da natureza da atividade, se serviço público ou se exploração de atividade econômicas, conforme os votos dos Ministros Roberto Barroso, Teori Zavascki, e da Ministra Rosa Weber, (ii) na capacidade contributiva e na distribuição de lucros, conforme o voto do Ministro Relator Joaquim Barbosa, e (iii) na complexidade das atividades exercidas e na necessidade de uma remodelagem do modelo jurídico, em prestígio da forma empresarial adotada, conforme os votos dos Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Por fim, identifica-se uma *ratio decidendi* isolada, que é a do Ministro Luiz Fux, no sentido de apegar-se à literalidade do que dispõe o artigo 150, § 3º, da Constituição, que afasta a imunidade tributária recíproca nas hipóteses em que há cobrança de taxa ou tarifas, sendo indiferente, de acordo com a posição manifestada, a natureza da atividade exercida.

O cotejo com a jurisprudência do STF sobre o tema e, em especial com o Caso ECT, o Caso INFRAERO e o Caso CAERD, evidencia uma mudança no entendimento do tribunal. Até então, o STF, desde o Caso ECT, estabeleceu uma dicotomia entre atividades de exploração econômica, que estariam reguladas pelo artigo 173, § 1º, da Constituição, e a prestação de serviços públicos, que estariam regulados pelo artigo 175 do texto constitucional.

A partir dessa distinção, a depender da natureza da atividade exercida pela empresa estatal, fazia incidir o regime jurídico de direito privado (artigo 173, § 1º) ou o regime de direito público (artigo 175). No caso específico da imunidade tributária recíproca, como evidenciado, a Suprema Corte adotou o entendimento de que as vedações contidas nos parágrafos 2º e 3º do artigo 150 direcionavam-se às empresas estatais exploradoras de atividade econômica. Assim, uma vez identificada a atividade como serviço público, deveria incidir a imunidade tributária recíproca disposta no artigo 150, VI, *a*, da Constituição.

No Caso ECT, o STF identificou não só no artigo 21, X, a caracterização da atividade como serviço público, como também no caráter exclusivo da atividade pelo Estado.

No Caso INFRAERO, da mesma forma, o STF utilizou essa distinção dicotômica e a exclusividade com que o Estado exercia essas atividades. Neste julgamento, porém, não houve debate quanto ao fato de que os serviços de navegação aérea, aeroespacial e de infraestrutura aeroportuária (artigo 21, XII, “c”), diferentemente dos serviços postais, têm autorização constitucional para serem exercidos mediante autorização, concessão ou permissão.

O mesmo ocorre no Caso CAERD, em que também se realiza a distinção dicotômica para definir se a imunidade tributária recíproca é aplicável ou não, com a peculiaridade de que, além de também ser constituída como sociedade de economia mista, o serviço exercido pela CAERD tem a mesma natureza e o mesmo fundamento constitucional das atividades desempenhadas pela SABESP – artigo 30, V, da Constituição.

Em linha de coerência com o entendimento do tribunal até então, também deveria ser reconhecida à SABESP o direito à imunidade tributária recíproca, tendo em vista que não só os precedentes que moldaram a jurisprudência do STF foram constituídos sobre critérios de interpretação que se aplicam ao caso (dicotomia “serviços públicos” *versus* “atividades de exploração econômica”), como há precedente diretamente aplicável à hipótese controvertida, como o da CAERD, em que o STF decidiu existir imunidade tributária recíproca quanto aos impostos de sociedade de economia mista que presta serviços públicos de saneamento básico. Observa-se, nesse ponto, que o mesmo critério dicotômico que construiu a jurisprudência serviu, no julgamento do Tema 508, de fundamento tanto para negar a imunidade (Ministro Teori Zavascki e Ministra Rosa Weber), como para concedê-la (Ministro Roberto Barroso). Além disso, circunstancialmente, foi trazida a discussão sobre os lucros – e a sua consequente distribuição – da SABESP, com o acréscimo da sua participação e da negociação dos seus papéis em bolsa de valores – aspecto que aparentemente impactou e impressionou a Corte a ponto de constar como uma condição à altura de manifestação específica do STF em sede de repercussão geral.

O cotejo entre os julgados evidencia, porém, um superestimado relevo aos eventuais lucros auferidos pela sociedade de economia mista que é injustificado e que não possui juridicidade para constar como critério de definição do regime jurídico das empresas estatais. Além disso, revela uma inconsistência nos critérios utilizados para definir o regime jurídico das estatais, que foram utilizados em sentidos diversos para a mesma atividade. Essa circunstância está associada à imprecisão dos critérios e dos conceitos utilizados, cada vez mais destoantes da complexidade do tema, como será debatido a seguir.

5.3. Análise crítica: a dificuldade na aplicação dos critérios tradicionais para a definição do regime jurídico das empresas estatais e a utilização de forma imprecisa de categorias fundamentais para o deslinde da questão

O primeiro ponto a ser ressaltado, da análise em conjunto dos votos proferidos, é a multiplicidade de fundamentos adotados, mesmo quanto aos votos convergentes, que denotam uma indesejável assimetria de pressupostos para a tomada de decisão. Ao final, essa realidade se mostrará tormentosa para a definição da tese de repercussão geral que resultará do julgamento.

Além disso, observa-se que o critério da dicotomia entre “serviços públicos” e “atividades de exploração econômica”, sobre o qual a jurisprudência do STF se assentou, já se presta a justificar soluções diametralmente opostas, indicando o seu esvaziamento³⁵. Protagonizado pela doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, notadamente na obra *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*, editada em 1973, essa distinção ganhou influência na doutrina nacional e, com a promulgação da Constituição de 1988, também na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O autor, a partir da sua definição de serviço público³⁶ e da reflexão de que, afora os serviços públicos definidos no texto constitucional, outros podem ser erigidos nesta qualidade, desde que atendidos os ditames da Constituição, entende que as empresas estatais, quando desenvolvem atividades de exploração econômica, submetem-se ao mesmo regime aplicável às empresas privadas³⁷. Na visão de Celso Antônio Bandeira de Mello, esse entendimento parte do pressuposto de que “dentre o total de atividades ou serviços suscetíveis de serem desenvolvidos em uma sociedade, alguns são públicos e outros privados” e que a diferenciação é relevante para a identificação daqueles que o Estado “pode colocar debaixo do regime de direito público (serviços públicos)” (MELLO, 1979, p. 1).

Para proceder a essa diferenciação, o autor parte das disposições constitucionais em que, de um lado, em princípio, os serviços correspondentes à exploração de atividade econômica são estabelecidos como serviços privados (atividades privadas e não serviços públicos). Do outro lado, invoca as disposições constitucionais que dispõem sobre os serviços de alçada do Poder Público que os tornam suscetíveis de serem configurados como serviços públicos, dentre os quais ainda se distinguem aqueles que só podem ser prestados pelo Estado e aqueles que ocasionalmente serão públicos, a depender do agente prestador – Estado ou particular.

Em obra doutrinária posterior, escrita em 1983, Celso Antônio Bandeira de Mello reforça esses fundamentos, expondo que as empresas estatais são sujeitos auxilia-

³⁵ Vale o destaque de que, à luz dessa dicotomia e da identificação de que os artigos 173 e 175 da Constituição estabelecem dois tipos de empresas estatais, a depender da natureza do serviço prestado, foi proposta Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.624 contra o artigo 1º da Lei n. 13.303/2016, que dispõe indistintamente sobre ambas as atividades.

³⁶ Para Celso Antônio Bandeira de Mello, “serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestada pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público – portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo” (MELLO, 1979, p. 1).

³⁷ No caso, diante do prescrevia o artigo 170, §2º, da EC n. 1/1969. O autor inclusive destaca que nessa hipótese se está diante de serviços governamentais e não de serviços públicos (MELLO, 1979, p. 23).

res do Estado que realizam atividades de duas naturezas: a) exploração de atividades econômicas; ou b) prestação de serviços públicos, cujos regimes, para o autor, “não são nem podem ser idênticos” (MELLO, 1985, p. 3), reforçando a ideia de um critério dicotômico para a compreensão do regime dessas empresas. À luz desses preceitos, Bandeira de Mello defendeu a exigência de licitação nas contratações das empresas estatais, bem como a extensão aos agentes dessas empresas das limitações funcionais impostas aos funcionários públicos (MELLO, 1985, pp. 4-6).

As crescentes e notáveis mudanças vivenciadas no Estado Democrático de Direito e, quanto à Administração Pública, no Brasil, notadamente nas últimas duas décadas, deu relevo a inúmeras reflexões quanto ao regime jurídico das empresas estatais e a diversas críticas quanto à insuficiência do critério dicotômico consagrado pela doutrina e pela jurisprudência para identificar esse regime. Em especial, acentuaram essa percepção a grande imprecisão atual do conceito de serviços públicos e o aumento da complexidade das atividades estatais no domínio econômico³⁸.

Em texto exemplificativo das críticas emergentes e precursor do debate sobre o tema que vêm se intensificando, Marçal Justen Filho destaca que as dificuldades atuais refletem a complexidade da organização administrativa, em que se torna problemática a diferenciação, não propriamente entre os conceitos de serviço público e atividade de exploração econômica, mas na própria acumulação de atividades de distintas naturezas por uma única e mesma entidade (JUSTEN FILHO, 2006, p. 419). Na sua visão, seriam três as dificuldades encontradas na identificação do regime jurídico das empresas estatais: i) a tendência a se ignorar a heterogeneidade das atividades exercidas; ii) o reconhecimento da pluralidade de regimes jurídicos que incidem sobre as atividades heterogêneas exercidas; e iii) a extensão do regime de direito público, nesses casos, a empresas estatais que explorem – também – atividades econômicas, por colidir frontalmente com o artigo 173, § 1º, da Constituição.

No mesmo sentido, apontam Carlos Ari Sundfeld e Rodrigo Pagani os sinais de crise da distinção entre serviços públicos e atividades econômicas ao ressaltar que a sua maior utilidade residia na possibilidade de identificação, pelo intérprete, diante de um caso concreto, de qual seria o regime jurídico aplicável à situação: se a empresa estatal desenvolvesse atividade econômica em sentido estrito, assim qualificado pelo ordenamento, seria submetida ao direito privado, se prestasse serviços públicos, seria submetida ao direito público. Contudo, conforme apontam

³⁸ Conforme já refletiu Sabino Cassese, a atuação do Estado estendeu-se de forma muito ampla, de modo que nem todos os serviços prestados pelo Estado passaram a ser automaticamente identificados como serviços públicos. Da mesma forma, passou-se a atribuir a organismos externos à própria Administração Pública serviços e atuações de interesse público e geral, mesmo que submetidos a algum tipo de regime jurídico especial, fazendo com que o conceito perdesse a sua unidade e coerência. Em qualquer caso, sinalizando uma profunda transformação na sua capacidade operativa de identificar o que de fato é a persecução e a concretização das funções que o Estado deve desempenhar para o atingimento dos seus objetivos fundamentais, bem como o modo eleito para tal (CASSESE, 2014, p. 80).

os mesmos autores, a própria legislação brasileira dificultou essa tarefa, ao reconhecer, progressivamente, serviços públicos não subordinados ao regime publicístico, mas sim ao direito privado, pela concorrência com particulares do mesmo setor (SUNDFELD; SOUZA, 2007, p. 22)³⁹.

Dessa forma, observa-se, no sentido das reflexões trazidas por Marçal Justen Filho, de um lado, que uma solução simplista para a superação dessas controvérsias seria a vedação pura e simples de uma atuação heterogênea pelas empresas estatais, solução que não encontraria respaldo nem na ordem jurídica nem nas necessidades resultantes da atividade estatal. Por outro, compreendendo-se que tal dicotomia amoldou-se a uma determinada realidade, já dissonante da atual, é possível analisar o tema sob o prisma de que a evolução dos fatos e a ampliação da complexidade da atuação estatal podem conduzir à superação da dicotomia, com “o surgimento de situações híbridas, dotadas de maior complexidade e demandando do intérprete-aplicador do Direito a elaboração de novos instrumentos de análise, classificação e solução de problemas” (JUSTEN FILHO, 2006, p. 422).

Além do esvaziamento da capacidade explicativa desse critério dicotômico, um problema concreto que se constata da análise do julgamento é a utilização imprecisa de conceitos fundamentais para o deslinde da questão, evidenciando não haver acordo no conteúdo de cada fundamento, mesmo os convergentes, que, a depender do caso concreto, irão justificar posições diversas. O primeiro desses conceitos é o de serviço público que, já de partida, guarda imensas controvérsias, diante da dificuldade crise pela qual passa essa noção.

Notadamente na quadra atual, como aponta Sabino Cassese, a atuação do Estado estendeu-se de forma muito ampla, de modo que nem todos os serviços prestados pelo Estado passaram a ser automaticamente identificados como serviços públicos. Da mesma forma, passou-se a atribuir a organismos externos à própria Administração Pública serviços e atuações de interesse público e geral, mesmo que submetidos a algum tipo de regime jurídico especial, fazendo com que o conceito perdesse a sua unidade e coerência. Em qualquer caso, sinaliza uma profunda transformação na sua capacidade operativa de identificar o que de fato são a persecução e a concretização das funções que o Estado deve desempenhar para o atingimento dos seus objetivos fundamentais, bem como o modo eleito para tal (CASSESE, 2014, pp. 79-80).

No julgamento em análise, observa-se que a noção de serviço público é invocada sem a correspondente delimitação do seu fundamento constitucional ou dos elementos que a informam. Nesse sentido, por exemplo, o Ministro Barroso afirma entender que a atividade desenvolvida pela SABESP é não só um serviço público, mas um serviço público essencial, como se esse qualificativo tivesse o condão de

³⁹ Os autores citam como exemplo o caso da PETROBRAS e suas concorrentes privadas, o caso de determinados bancos estatais e seus concorrentes privados, o caso das companhias estaduais e municipais de saneamento básico e suas concorrentes privadas entre outros.

atrair outra consequência jurídica – no caso, a interpretação teleológica do artigo 150, § 3º, para entender que essas disposições se aplicam somente a empresas estatais que exploram atividade econômica.

A Ministra Rosa Weber, por outro lado, não negou a possibilidade de a atividade ser considerada serviço público, mas optou por caracterizá-la, no caso, como atividade econômica, sem também realizar qualquer *discrímen* entre as situações ou apontar o fundamento constitucional da sua interpretação, tal qual o faz também o Ministro Teori Zavascki, que se limita a manifestar a respeito da impossibilidade de se imunizar todo o serviço, por estender demais o âmbito de imunidade, ignorando precedente muito semelhante ao qual foi conferido entendimento diverso – Caso CAERD.

No tocante ao conceito de serviço público, é a Ministra Cármen Lúcia que melhor apreende a controvérsia – embora o tenha feito durante os debates, de passagem – que é a questão de se discutir não só a noção de serviço público, no caso, mas como esse serviço é prestado e por quem. Conforme as reflexões trazidas acima, é exatamente nesse sentido que a doutrina vem debatendo o tema e estabelecendo as críticas ao modelo dicotômico ainda influente e predominante na jurisprudência do STF.

Essa observação, em prosseguimento, traz à luz outra categoria fundamental para a compreensão do tema utilizada de forma indevida, que é a da atuação empresarial do Estado, ou, em um aspecto mais abrangente, a da intervenção do Estado no domínio econômico. A observação não só dos votos proferidos no julgamento do Tema 508, mas também dos precedentes estudados, demonstra não haver uma compreensão contextualizada ou, ao menos, definida, quanto aos mecanismos e institutos de atuação descentralizada do Estado para a prestação de serviços públicos ou para a exploração de atividades econômicas. Essa noção é relevante na medida em que importantes pontos de discussão emergem da dificuldade de se assentar a possibilidade de prestação de serviços públicos por empresas estatais, a ponto de impor-lhes um regime quase idêntico ao de autarquias, no que parte doutrina passou a designar de “autarquização das empresas estatais” (PINTO, 2017, p. 217). De fato, como bem observou o Ministro Dias Toffoli, há uma disfunção nas categorias jurídicas da organização administrativa, acentuadas notadamente pelas necessidades atuais da Administração Pública e o aumento da complexidade das atividades do Estado, responsável pelos inúmeros debates e indefinições sobre os mecanismos de atuação estatal e, especialmente, de colaboração entre os particulares e o Poder Público, que é onde as fronteiras do público e do privado ficam ainda mais cinzentas e carecedoras de melhor conformação.

No entanto, no tema específico da definição do regime jurídico das empresas estatais, sobreleva a má compreensão de que os serviços públicos somente podem ser prestados sob a forma jurídica de autarquia. O texto constitucional não aponta essa vinculação. Pelo contrário, a sua análise demonstra uma multiplicidade de formas

de prestação de serviços de competência do Estado, seja por autorização, concessão ou delegação⁴⁰, seja de forma concomitante ou de forma direta. Nesse ponto, cumpre ainda destacar que o artigo identificado pela doutrina e pelo STF como sede constitucional do encargo do Estado de prestar serviços públicos, o artigo 175, está inserido no Capítulo VII da Constituição, intitulado “Da ordem econômica”. Dessa forma, a equivocada assunção de premissa de que os serviços públicos, em regra, são prestados por autarquias, traz, por conseguinte, a dificuldade manifestada pela Corte em admitir que essa atividade seja prestada por uma empresa pública e impõe o efeito colateral de estender a essas entidades de personalidade jurídica de direito privado uma série de privilégios que as transfiguram.

A grande problemática do tema parece residir, portanto, sem prejuízo de outras discussões subjacentes, mas decorrentes desses dois principais pontos, na adoção do critério dicotômico para definir o regime jurídico das empresas estatais e, à luz desse critério, da visão do tribunal de que à prestação de serviço público decorre um regime constitucional obrigatório, consistente em uma série de privilégios aplicáveis aos seus bens, ao regime tributário, ao regime de pessoal, ao regime de contratação, entre outros, aptos a lhes conferir natureza jurídica próxima à de uma autarquia (ARANHA, 2017, p. 57)⁴¹. Conforme a observação de Henrique Motta, ao entender que às empresas estatais prestadoras de serviços públicos não se aplicam as proibições de privilégio estabelecidas no artigo 173, § 1º, “o tribunal retira imediatamente a conclusão de que eles lhes são devidos” (PINTO, 2010, p. 162). E, assim, o STF passa a extrair diretamente da Constituição o fundamento da concessão dos privilégios, ignorando eventual disposição da legislação ordinária que dispusesse sobre o tema, sedimentando o entendimento do tribunal de que as empresas estatais prestadoras de serviços públicos devem ter acesso às prerrogativas de Estado. Isto é, o STF não exige norma legal que disponha ou não sobre o direito a determinado privilégio, extraindo da própria Constituição a aplicação desse regime, bastando para tanto a identificação da natureza da atividade como serviço público⁴².

Tal entendimento, contudo, tem se tornado cada vez mais problemático e distante da realidade complexa e multifacetada das empresas estatais. O julgamento do Tema 508 é uma demonstração concreta dessas dificuldades, que irão surgir a partir de inúmeras características, mais relevantes ou não, que sobrevierem das atividades das empresas e que são incompatíveis com a avaliação de que a partir de um critério dicotômico é possível definir o regime das empresas estatais e, na hipótese de haver prestação de serviços públicos, um regime de privilégios semelhante à de uma entidade de personalidade jurídica de direito público, como uma autarquia. No caso em análise, foram os expressivos lucros auferidos pela SABESP e a sua par-

⁴⁰ Como dispõe, por exemplo, o artigo 21, XI, da Constituição.

⁴¹ O autor identifica, na obra citada, um conjunto de empresas públicas sob regime de privilégio.

⁴² No caso ECT, como demonstrado, mesmo havendo uma norma que dispunha sobre o privilégio, o debate foi ignorado por ter sido extraída a fundamentação diretamente do texto constitucional.

ticipação de bolsa de valores que realçaram o hiato entre o entendimento predominante do tribunal e a efetiva realidade dessas empresas, mas são inúmeros e de difícil antecipação os fatores que podem evidenciar essa dissonância.

6. Considerações finais: a impossibilidade de incidência de imunidade tributária recíproca às sociedades de economia mista

À luz de todos os pontos desenvolvidos no presente trabalho, constata-se que o estudo e a compreensão do regime jurídico aplicável às empresas estatais carecem ainda de aprofundamento para que seja viabilizado todo o potencial dos mecanismos de organização administrativa para a satisfação dos interesses públicos pelo Estado.

Na quadra atual, marcada por grandes mudanças na sociedade, há notável debate sobre a aplicação de categorias jurídicas que precisam, simultaneamente, de atualização e de maior rigor na sua conceituação. Entre elas, foram destacadas no presente estudo a noção de serviços públicos e os mecanismos e institutos de atuação descentralizada do Estado para a prestação de serviços públicos ou para a exploração de atividades econômicas.

O estudo do Tema 508 da repercussão geral do STF apontou que as duas categorias citadas são usadas de forma imprecisa pelo tribunal, baseadas em argumentos que justificam posições diametralmente opostas. Quanto aos mecanismos de atuação descentralizada do Estado, observa-se uma posição pouco aberta a uma compreensão alinhada com as necessidades cada vez mais complexas e dinâmicas do Estado, apegadas a conceitos que remetem a uma realidade não mais existente.

Como bem ressalta Gilmar Mendes, em análise da jurisprudência do STF sobre as empresas estatais e quanto à subsistência dessas e de outras controvérsias sobre o tema, os debates existentes indicam que a definição do regime jurídico aplicável às empresas estatais “deve ser buscada por meio de uma interpretação dos preceitos constitucionais que se revele, cada vez mais, cognitivamente aberta à compreensão da complexidade econômica e social que permeia a atuação dessas empresas no cenário nacional” (MENDES, 2017, p. 41).

Conforme os debates ocorridos e os precedentes recentes do STF sobre o tema, parece haver a indicação de que a Suprema Corte está retomando a compreensão de que a empresa estatal é uma escolha legítima da Administração e da qual decorre um regime jurídico que não deve ser transfigurado. A intervenção do Estado na economia, nesse caso, deverá observar os princípios constitucionais pertinentes e, principalmente, a liberdade de iniciativa.

Nesses casos, enquanto que aos particulares, em regra, é livre a iniciativa, a atuação do Estado será sempre precedida por autorização legal, em atendimento ao interesse público, do que decorre que sempre haverá um percurso legal, material-

zador da finalidade que se deseja atingir pela Administração, e que deve ser prestigiada pelo Supremo Tribunal Federal (FIDALGO, 2017 pp. 470-471).

Em outras palavras, é bastante criticável a jurisprudência do STF que extrai diretamente da Constituição de 1988 um regime obrigatório de privilégios às empresas estatais que prestam serviços públicos, à míngua de qualquer disposição legal que efetivamente dê a configuração adequada à melhor prestação daquele serviço e execução da atividade.

É preciso que a intervenção do STF na definição do regime jurídico das empresas estatais seja cada vez mais excepcional, em prestígio à conformação legal desejada pela Administração e definida pelo legislador ordinário. A definição e a compreensão a respeito dos serviços públicos e das atividades econômicas atendem a um movimento pendular de maior e menor intervenção estatal, atento, sempre, às necessidades da sociedade (TÁCITO, 1995, pp. 1-10). Nesse sentido, e com base nas reflexões realizadas no presente estudo, entende-se que a maioria formada no julgamento do Tema 508 da repercussão geral caminha na direção adequada à solução do tema.

Porém, os fundamentos adotados, como evidenciado, ainda carecem de maior rigor, sob pena de serem revisitados a cada caso concreto submetido ao tribunal. De fato, embora represente uma mudança na jurisprudência que se mostra adequada, os argumentos apresentados baseiam-se, em grande parte, na dicotomia “serviços públicos” *versus* “atividades econômicas”, cuja compreensão, como visto, tem sido utilizada de forma bastante fluida e apta a justificar entendimentos opostos. Além disso, há ainda relevante justificação dos votos na suposta impossibilidade de prestação de serviços públicos por empresas estatais, como se essa opção fosse uma forma de burlar controles e o regime autárquico. Dessa forma, não se pode concluir pela utilização no julgamento do Tema 508 de parâmetros aptos a nortear decisões futuras, denotando que ainda haverá muito debate jurisprudencial sobre o tema.

A dificuldade do STF na definição do regime jurídico aplicável às empresas estatais atinge também a doutrina nacional, que tem promovido cada vez mais reflexões no sentido de acolher a complexidade da atuação empresarial do Estado e de reconhecer a alteração das fronteiras dos conceitos de serviços públicos e de atividades de exploração econômica, com reflexos na edição de dispositivos legais que já incorporam essas noções – como é o caso da Lei n. 13.303/2016.

Nesse sentido, o debate sobre a extensão da imunidade tributária recíproca às sociedades de economia mista, inclusive as que operam na bolsa de valores e distribuem dividendos, deve ser melhor posicionado. Colocada dessa forma, a questão será sempre de tormentosa solução e sujeita a casuísmos. Em primeiro lugar, a condição de operar em bolsa de valores e de distribuir dividendos não deve ter relevância para o debate da imunidade, visto ser uma faculdade de atuação que

decorre da própria conformação legal da sociedade de economista mista. Em segundo lugar, quanto à imunidade tributária recíproca, deve ser resgatada a literalidade do artigo 150, VI, “a”, da Constituição de 1988, que com muita clareza dispõe sobre a impossibilidade de instituição de impostos sobre o patrimônio, a renda ou os serviços *uns dos outros*, estabelecendo, portanto, o pressuposto de que, para estar imune é preciso, ao mesmo tempo, ter o poder de tributar.

As exceções a essa compreensão, quando existentes, são ressalvadas pela própria Constituição, ao estender a imunidade às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público – artigo 150, §2º. Além disso, há referência expressa à *não aplicação* da imunidade “ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário”, como no caso da SABESP, em que há contraprestação. O texto constitucional, dessa forma, resolve com clareza e suficiência todas as nuances do tema.

A circunstância de uma sociedade de economia mista prestar serviços públicos não atrai – como tem entendido o STF em diversos precedentes – um regime de privilégios obrigatório, porque não há disposição constitucional que assim estabeleça. Nesse caso, ou o tribunal passa a declarar a inconstitucionalidade da prestação de serviços públicos por sociedade de economia mista, ou então deve ser prestigiada a natureza empresarial da entidade e o regime que é estabelecido pelo artigo 173, §1º, da Constituição. De fato, nem a Constituição nem a legislação fazem diferenciação quanto à existência de dois regimes jurídicos, a depender do objeto da atividade estatal⁴³. Foi uma construção eminentemente doutrinária. Deve-se ter em vista, ainda, que a postulação do privilégio tributário tem sido uma materialização muito maior do interesse secundário das empresas estatais, a fim de melhorar seus resultados, do que associada a uma efetiva preocupação – e demonstração – da necessidade desse privilégio para melhor prestar os serviços públicos.

Apesar da complexidade e da dificuldade de se estabelecer parâmetros para a definição do regime jurídico das empresas estatais, diante da força dos fatos e das transformações do direito administrativo, o momento é de uma releitura das concepções doutrinárias mais tradicionais e da jurisprudência assentada, que viabilizem uma atuação adequada e eficiente do Estado mediante o uso dos mecanismos de organização administrativa que lhes foram concedidos pela Constituição de 1988.

⁴³ Luiz Gustavo Kaercher Loureiro aponta a inexistência de regimes diferentes instituídos pelos artigos 175 e pelo artigo 173 da Constituição, estando nesse último o núcleo da diferenciação de regimes (LOUREIRO, 2009, pp. 109-130).

7. Referências bibliográficas

- AMARAL, Diogo Freitas do. Curso de Direito Administrativo. 4ª edição. Coimbra: Almedina, 2016. □
- ARANHA, Márcio Iório. O objeto do estatuto jurídico das estatais e os regimes jurídicos da empresa pública e da sociedade de economia mista, in NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (coord.). Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei n. 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 43-66.
- BALOG, Nicola. A organização administrativa das emprêsas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, v. 87, jul., p. 35-51, 1967.
- BARRETO FILHO, O. Formas jurídicas da empresa pública. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 72, n. 1, p. 398-409, 1977. □
- BERCOVICI, Gilberto. Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005. □
- BORGES, Alice Gonzalez. O estatuto jurídico das empresas estatais na Emenda Constitucional nº 19/98. *Revista de Direito Administrativo*, v. 217, jul., p. 1-12, 1999.
- CARRAZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. □
- CASSESE, Sabino. *Derecho Administrativo: Historia y futuro*. Sevilla (Espanña): Global Law Press; Instituto Nacional de Administración Pública, 2014b. □
- COTRIM NETO, A. B.. Teoria da empresa pública de sentido estrito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 122, p. 21-56, dez. 1975. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41366>>. Acesso em: 03 Fev. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v122.1975.41366>.
- CRETELLA JÚNIOR, José. Regime jurídico das emprêsas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 106, p. 62-80, out. 1971. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/36035>>. Acesso em: 03 Fev. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v106.1971.36035>.
- FIDALGO, Carolina Barros. O Estado empresário: das sociedades estatais às sociedades privadas com participação minoritária do Estado. São Paulo: Almedina, 2017. □
- FURTADO, Lucas Rocha. Curso de direito administrativo. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. □

- JESUS, Isabela Bonfá de. Manual de Direito Tributário (livro eletrônico). Coord. Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. □
- JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 6ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- _____. Empresas Estatais e a Superação da Dicotomia Prestação de Serviço Público/ Exploração da Atividade Econômica. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir. (Org.). Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antonio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 403-423. □
- LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. Constituição, energia e setor elétrico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Natureza essencial das sociedades mistas e empresas públicas: conseqüências em seus regimes. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 159, p. 1-9, jan. 1985. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44413>>. Acesso em: 03 Fev. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v159.1985.44413>. □
- _____. Prestação de serviços públicos e administração indireta. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1979. □
- MENDES, Gilmar Ferreira. Aspectos constitucionais do regime jurídico das empresas estatais. In: NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.). Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei n. 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017. □
- MODESTO, Paulo. Anteprojeto de Nova Lei de Organização Administrativa: Síntese e Contexto. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 27, julho/agosto/setembro de 2011. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-27-SETEMBRO-2011-PAULO-MODESTO.pdf>>. Acesso em: 24 de janeiro de 2019. □
- MOREIRA, Vital. Economia e constituição: para o conceito de constituição econômica. Coimbra: Faculdade de Direito, 1974. □
- NORONHA, João Otávio; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto. Estatuto jurídico das estatais: Análise da Lei Nº 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017. □
- ORTIZ, Gaspar Arino. Economia y Estado: Crisis y Reforma do Sector Público. Madrid: Marcial Pons, 1993. □
- PINTO, Bilac. O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 32, p. 1-15, abr. 1953. ISSN 2238-5177. Disponível em: <[RDDA, vol. 7, n. 2, 2020](http://biblioteca-</p></div><div data-bbox=)

digital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/12801>. Acesso em: 13 Jan. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v32.1953.12801>.

PINTO, Henrique Motta. A autarquização das empresas estatais na jurisprudência do supremo tribunal federal: um obstáculo para as reformas na administração pública. *Cadernos Gestão Pública e Cidadania*, [S.l.], v. 15, n. 57, jul. 2010. ISSN 2236-5710. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/cgpc/article/view/3255/2118>>. Acesso em: 04 Fev. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/cgpc.v15n57.3255>. □

_____. Empresa estatal: modelo jurídico em crise? 2010. 200f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. □

SCHIRATO, Vitor Rhein. As empresas estatais no direito administrativo econômico atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Licitação nas Estatais: Levando a Natureza Empresarial a Sério. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 245, p. 13-30, mai. 2007. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42118>>. Acesso em: 13 Jan. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v245.2007.42118>. □

TÁCITO, Caio. As emprêsas públicas no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 84, p. 432-439, jul. 1966. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/28801>>. Acesso em: 13 Jan. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v84.1966.28801>.

_____. Direito administrativo e direito privado nas empresas estatais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 151, p. 22-28, jan. 1983. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43723>>.

_____. O retorno do pêndulo: Serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 202, p. 1-10, out. 1995. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46612>>. Acesso em: 03 Fev. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v202.1995.46612>. □

_____. Regime jurídico das empresas estatais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 195, p. 1-8, jan. 1994. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45976>>. Acesso em: 03 Fev. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v195.1994.45976>. □

VALVERDE, Trajano de Miranda. Sociedades anônimas ou companhias de economia mista. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 429-441, abr. 1945. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8413/7162>>. Acesso em: 13 Jan. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v1.1945.8413>. □