

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – RELATOR DO RE 1.293.453

Repercussão Geral: Tema 1130

“Titularidade do Imposto de Renda Retido na Fonte sobre os rendimentos pagos pelos Municípios, Estados e Distrito Federal, à luz dos artigos 157, i e 158, i, da Constituição Federal de 1988”.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 1.293.453

RECORRENTE: União Federal

RECORRIDO: Municípios de Sapiranga (RS) e de Sapucaia do Sul (RS)

AMICI CURIAE: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS SECRETARIAS DE FINANÇAS DAS CAPITAIS BRASILEIRAS – ABRASF e Outros

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS SECRETARIAS DE FINANÇAS DAS CAPITAIS BRASILEIRAS – ABRASF, entidade representativa dos interesses financeiros dos Municípios-Capitais Brasileiros desde 1982, já qualificada e admitida como *AMICUS CURIAE* nestes autos, e **MUNICÍPIO DE SAPUCAIA DO SUL**, vêm à presença de V. Exa., por seus procuradores signatários, opor

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

em face do acórdão que assegurou aos Municípios, Estados e Distrito Federal a titularidade do IR retido na fonte sobre os pagamentos realizados por eles, suas autarquias e fundações, **para que sejam expressamente incluídas as empresas estatais dependentes, prestadoras de serviços públicos em regime de exclusividade e sem distribuição de lucros a particulares como titulares do IR retido na fonte**, por estarem submetidas ao mesmo regime jurídico de direito público das autarquias, a partir da sua definição pela LRF (art. 2º, inciso III) e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que assegura: impenhorabilidade dos seus bens, submissão das dívidas ao regime de precatórios, relação trabalhista mitigada como empregado público (sujeita à demissão motivada), possibilidade de cobrança dos seus créditos por execução fiscal, imunidade tributária recíproca, dentre outros direitos e deveres

próprios do regime de direito público.

I - DA DECISÃO EMBARGADA E DA OMISSÃO ACERCA DA APROPRIAÇÃO DO IR RETIDO NA FONTE SOBRE PAGAMENTOS REALIZADOS PELAS EMPRESAS ESTATAIS DEPENDENTES E POR OUTRAS ENTIDADES PRESTADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS, FINANCIADAS DIRETAMENTE PELO ORÇAMENTO DE CUSTEIO DOS RESPECTIVOS ENTES FEDERADOS, QUE NÃO DISTRIBUEM LUCROS A PARTICULARES E NÃO ATUAM EM CONCORRÊNCIA

Em solução ao tema nº 1.130 da repercussão geral, o plenário do Supremo Tribunal, por unanimidade, fixou tese jurídica segundo a qual *“Pertence ao Município, aos Estados e ao Distrito Federal a titularidade das receitas arrecadadas a título de imposto de renda retido na fonte incidente sobre valores pagos por eles, suas autarquias e fundações a pessoas físicas ou jurídicas contratadas para a prestação de bens ou serviços, conforme disposto nos arts. 158, I, e 157, I, da Constituição Federal.”*

Destaca-se, para fins destes embargos de declaração, os seguintes excertos do **voto proferido por sua Exa. Ministro Gilmar Mendes**, que conduziu o **exame da *quaestio juris* sob duas óticas**: “a **primeira** delas sob o prisma de **quem paga os rendimentos**. A **segunda** faceta **a quem se pagam os rendimentos** que constitucionalmente podem ser retidos e apropriados por Estados, Distrito Federal e Municípios.”. *Verbis*:

“Em outras palavras, penso que o deslinde da questão exige a compreensão da situação quanto aos sujeitos que realizam os pagamentos e, adicionalmente, quanto aos destinatários dos pagamentos realizados por aqueles entes constitucionalmente indicados.”

Sobre o aspecto atinente a quem está constitucionalmente autorizado a reter e se apropriar do IR sobre os pagamentos que realizam, no que interessa a estes embargos, assim dispôs sua Exa., *verbis*:

“A primeira abordagem – sob a perspectiva dos entes que realizam os pagamentos dos rendimentos - já mereceu o escrutínio deste Supremo Tribunal Federal: em pelo menos duas oportunidades, prestigiou-se uma interpretação mais restritiva quanto às entidades realizadoras dos pagamentos passíveis de retenção por Estados, Distrito Federal e Municípios.

Este Supremo Tribunal já obstaculizou pretensão ampliativa quanto aos sujeitos cujos pagamentos (de rendimentos ou proventos) ensejariam a almejada retenção.

Prestigiou-se a literalidade constitucional, a **restringir a prerrogativa de retenção dos pagamentos realizados apenas pelos próprios Estados, Distrito Federal, Municípios e por suas respectivas autarquias e fundações que instituírem e mantiverem**. Neste sentido, uma compreensão restritiva (repita-se: quanto ao sujeito realizador do pagamento de rendimentos ou proventos) foi adotada anteriormente pelo Ministro Dias Toffoli, relator da ACO 571, e acatada à unanimidade por este Supremo Tribunal. Reproduzo pequeno trecho do didático voto proferido por Sua Excelência nos autos da ACO 571, em julgamento de Agravo Regimental, *verbis*

‘A regra do art. 157, inciso I, da Constituição Federal traz, em seu conteúdo, que o produto de arrecadação do tributo em apreço incidente exclusivamente sobre rendimentos pagos a servidores dos quadros do próprio estado pertence a esse ente político, sendo certo que o alargamento da hipótese constitucional para promover retenção sobre pagamentos feitos a empregados de pessoas jurídicas de direito privado transgride, a toda evidência, o mandamento constitucional, não cabendo, na espécie, uma interpretação ampliativa para incluí-las no dispositivo em questão.

Convém pontuar que as parcelas do imposto sobre a renda retido na fonte, a qualquer título, pelo empregador público do Estado ou do Distrito Federal, e por suas autarquias e fundações, devem ser incorporadas, desde logo, às receitas estaduais ou distritais, em atenção ao regramento contido no aludido dispositivo constitucional. A despeito de o tributo ser de competência da União, ele nem sequer chega a ser remetido aos cofres federais.

*A **contrario sensu**, nos tributos incidentes sobre **rendimentos pagos por estatais**, essas devem repassar os valores recolhidos a título de IRPF ao ente federal justamente por não haver previsão constitucional para a retenção, sendo irrelevante, para tanto, a origem dos recursos.” (ACO 571 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 07/03/2017) Destaques no original .*

Destaco do mencionado voto a percepção, à qual adiro, de uma prevalência da literalidade na interpretação do Art. 157, I da CF/88.

Assim, o pleito do então Estado litigante (São Paulo) encontrou óbice no fato de buscar a retenção de receita tributária relativa a rendimento pago por ente não mencionado no dispositivo constitucional em tela, que, repito, limita-se a nomear: Estado, Distrito Federal, suas autarquias e suas fundações .

O caso discutido na ACO 571, rememore-se, versava sobre rendimentos pagos por empresas estatais (pessoas jurídicas de direito privado sob controle acionário do Estado).

(...)

Em todo caso, essa não foi a única vez que esta Corte tangenciou o tema.

Uma interpretação literal neste assunto, confrontando as disposições da Constituição de 1967 e de 1988, já havia igualmente sido chancelada por órgão deste Supremo Tribunal.

A Segunda Turma assim se pronunciou quando do julgamento do Recurso Extraordinário 248.447, sob a relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, igualmente adotado à unanimidade:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. FINANCEIRO. PARTILHA DO PRODUTO ARRECADADO COM O IMPOSTO SOBRE A RENDA. ESTADOS-MEMBROS. CONSTITUIÇÃO DE 1967. VALOR RETIDO NA FONTE. PAGAMENTO DE REMUNERAÇÃO AOS SERVIDORES DE AUTARQUIA.

A Constituição de 1967 não previa expressamente a partilha com os estados-membros dos valores arrecadados com o Imposto sobre a Renda retido na fonte, incidente sobre os pagamentos efetuados a servidores de autarquia.

A circunstância de as autarquias pertencerem à estrutura da Administração Indireta não afasta a distinção entre as personalidades jurídicas e os patrimônios das entidades periférica e central. O pagamento de remuneração pela autarquia não se confunde, em termos financeiros-orçamentários (sic) , ao pagamento de remuneração pelo próprio estado-membro. Recurso extraordinário conhecido, mas ao qual se nega provimento. ”

(RE 248447, Relator(a): JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 24/11/2009)

Ainda quanto à taxatividade dos entes federados (ou a eles vinculados - autarquias e fundações) aptos a realizar os pagamentos passíveis de retenção do imposto, é preciso acrescentar que o entendimento adotado por este Tribunal bem captou a vontade originária do Constituinte.

Isso porque, consultando a formação histórica dos dispositivos sob análise por ocasião dos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, constata-se a apresentação de emendas parlamentares que ampliavam esse rol (para incluir empresas públicas e sociedades de economia mista), mas que foram inequívoca e expressamente rejeitadas. (Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/39586> e Acesso em: 03 Fev 2021).

Dessa forma, enquanto **o limite relativo aos sujeitos aptos a realizarem os pagamentos de rendimentos e proventos ensejadores de retenção se encontra bem delimitado pelo texto constitucional**, cabe perquirir a existência de alguma limitação quanto ao destinatário do pagamento dos rendimentos (ou seja, "a quem" se paga).”

Com efeito, prestigiou-se no referido voto uma interpretação nominal do art. 158, I, da CF/88, restringindo-se a possibilidade de retenção e apropriação do IR aos Estados, Municípios, Distrito Federal, suas autarquias e fundações, excluindo-se outras entidades,

como Estatais e Sociedades de Economia Mista.

Da leitura do voto, pode-se dizer que essa compreensão restritiva da norma, derivada de interpretação literal do dispositivo constitucional, encontra-se fundamentada:

1 - Na decisão plenária do AgRg na ACO 571, de relatoria de sua Exa. Ministro Dias Toffoli, na qual afastou-se a possibilidade de apropriação do IR retido sobre pagamentos realizados por diversas Estatais do Estado de São Paulo;

2 - No fato de a assembléia constituinte ter refutado expressamente emendas parlamentares que pretendiam incluir as empresas estatais e as sociedades de economia mista no rol de entidades autorizadas a reter e se apropriar do IR incidente na fonte sobre os pagamentos por elas realizados.

Todavia, **embora o voto restrinja a apropriação do IR por outras entidades que não aquelas elencadas expressamente no dispositivo** - entes federados, suas autarquias e fundações, **a fundamentação dessa compreensão literal e restritiva da norma é omissa quanto ao enquadramento** no regime do dispositivo constitucional das entidades integrantes da Administração Indireta que, apesar de se apresentarem sob a forma de direito privado (empresas públicas, sociedades de economia ou empresas maciçamente controladas pelo ente político), realizam suas atividades sob regime de direito público, próprio ou equivalente ao das autarquias e fundações públicas.

Com efeito, as Administrações Públicas dos Estados, Distrito Federal e Municípios contemplam em suas organizações diversas **entidades estatais** dependentes, que também são **prestadoras de serviços públicos em caráter exclusivo**, e que **não distribuem lucros a particulares**.

A **jurisprudência do Supremo Tribunal Federal** tem reiteradamente reconhecido tal caráter jurídico-constitucional e administrativo dessas entidades estatais, **assegurando em inúmeros casos, os direitos e deveres próprios do regime de direito público**, peculiares à Fazenda Pública, como ilustram os precedentes qualificados no tópico seguinte.

Além disso, o fato de a Assembléia Constituinte ter rejeitado as emendas parlamentares que visavam a incluir sociedades de economia mista e empresas estatais no rol de entidades autorizadas constitucionalmente a reter e se apropriar do IR retido não

possui o condão de, por si só, afastar a aplicação do dispositivo a essas entidades estatais, posto que as previsões das referidas emendas eram genéricas, abarcando toda e qualquer estatal ou sociedade de economia mista¹, sem especificar se prestadoras de serviços públicos, se dependentes do orçamento de custeio do respectivo ente federado, se atuavam em regime de concorrência, dentre outros elementos relevantes, segundo a jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal, para aplicação do regime de direito público a essas entidades.

Neste sentido, acrescente-se, ainda, que o artigo 150, VI, 'a', da CF/88, que versa sobre a imunidade tributária recíproca e igualmente ao artigo 157, I, da CF/88 se refere textualmente apenas aos próprios entes federados, suas autarquias e fundações, TAMBÉM FOI OBJETO DE EMENDA PARLAMENTAR com vistas a inclusão das sociedades de economia mista e empresas estatais no rol de beneficiárias da imunidade recíproca².

A despeito da proposta parlamentar de estender a imunidade às sociedade de economia mista e estatais também ter sido rejeitada pela Assembléia Constituinte, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal possui interpretação ampliativa do dispositivo, assegurando a estatais e sociedades de economia mista o direito à imunidade tributária recíproca, desde que observados requisitos construídos pela jurisprudência pretoriana dessa Suprema Corte, como a não distribuição de lucros, não concorrência, e outros.

Portanto, por coerência à jurisprudência da Suprema Corte, a mera rejeição da emenda parlamentar que pretendia ampliar o alcance da retenção e apropriação do IR, beneficiando as sociedades economia mista e estatais, não pode, por si só, afastar essa apropriação, como não afastou a aplicação da imunidade recíproca, quando observadas

¹ EMENDA:00437 REJEITADA Fase: B - Emenda ao Anteprojeto do Relator da Subcomissão Comissão: 5 - Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças Autor: SIMÃO SESSIM (PFL/RJ) Texto: Incluir ao final do art. 18: "..., por eles, suas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações instituídas e mantidas pelos Municípios."

² <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/40241>

EMENDA:00301 REJEITADA Fase: B - Emenda ao Anteprojeto do Relator da Subcomissão Comissão: 5 - Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças Autor: NION ALBERNAZ (PMDB/GO) Texto: Ao parágrafo único do art. 3o. dar a seguinte redação: **§ A vedação expressa da alínea a do item III deste artigo é extensivo às administrações indiretas, no que se ...**" Justificativa: Emenda sem justificção. Parecer: **Quer o nobre Constituinte que a imunidade se estenderá não só à administração direta e suas autarquias, como também às empresas públicas e às sociedades de economia mista.** Ocorre, porém, que as empresas e sociedades referidas operam em competição com o mercado privado e assim sendo não devem ter vantagens que o empresariado privado não tem. Se deixarmos os ônus dos impostos apenas com as empresas privadas, então estariam elas alijadas do mercado, por não terem condições de concorrer com as sociedades e empresas governamentais

determinadas especificidades autorizadas da aplicação do beneplácito constitucional.

Por outro lado, a decisão plenária do AgRg na ACO 571, invocada no acórdão embargado, está fundamentado em razões processuais.

Da leitura do voto condutor da acórdão da ACO 571, de lavra do Ministro Dias Toffoli, verifica-se que **não foram conhecidos formalmente os argumentos que buscavam aplicar aspectos próprios do regime de direito público a todas as estatais, sociedades de economia mista e outras entidades, à luz da jurisprudência do STF**, que, repita-se, assegura, em determinadas situações, direitos e deveres próprios do regime de direito público, conforme demonstrado no tópico seguinte.

Confira-se o teor do voto condutor da ACO 571, na parte que afastou a possibilidade de apropriação do IR retido sobre pagamentos realizados por diversas Estatais do Estado de São Paulo de lavra de sua Exa. o Ministro Dias Toffoli. *Verbis*:

“Noutro giro, é de se salientar que não socorre o recorrente **a alegação de que impacta em seu pleito autoral o reconhecimento por esta Corte, em outros autos, da natureza autárquica a empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras, em caráter exclusivo, de serviços públicos.**

Sobre o ponto, saliente, de início, que **esse reconhecimento tem sido feito pontualmente, a partir da análise**, em autos próprios, **do atendimento pelo ente privado dos requisitos para tanto traçados pela jurisprudência desta Corte**, em matérias, até aqui, nunca versantes sobre repartição de receitas tributárias.

Essa equiparação, portanto:

- (i) **não é pressuposta, exige requerimento judicial nesse sentido, o que não foi feito na exordial destes autos. O argumento é uma inovação recursal**, sendo imperioso o **juízo do feito sob a perspectiva de que a natureza das estatais é a indicada em seus atos constitutivos** (de direito privado, portanto); ademais,
- (ii) a **aproximação realizada por esta Corte entre o regramento a ser atribuído a empresas privadas sob controle estatal e aquele constitucionalmente previsto para as pessoas jurídicas de direito público não se estende para todo e qualquer regramento das estatais**, que não perdem a qualidade de entes de direito privado, **significando apenas a obtenção pontual do reconhecimento de que se lhes pode ser atribuída parcela do regramento jurídico dirigido aos entes de direito público**; nesse passo, é imperioso ressaltar que (iii) a equiparação pretendida, repita-se, nunca se deu em matéria de repartição de receita tributária.

Rememore-se que o mais longe a que chegou esta Corte diz respeito aos casos em que se admitiu a equiparação das estatais prestadoras de serviço público em caráter exclusivo a entidades de direito público da Administração Indireta para fins de reconhecimento da imunidade tributária.

A hipótese dos autos, contudo, não se harmoniza com tal situação fática.

Reconhecer que um ente público não deve tributar outro quando em foco a prestação de serviços públicos é conclusão que se coaduna com o modelo de federalismo colaborativo adotado pela Constituição Federal. **Quer esta Corte registrar, em tais julgados, que o serviço público – seja prestado direta ou indiretamente pelo Estado – não deve estar sujeito a ônus impostos por outros entes, sob pena de se criarem dificuldades no atendimento das necessidades essenciais da coletividade, fim maior daquela espécie de atuação prestacional.**

A cada ente é atribuído um conjunto de obrigações constitucionais, em sua essência, concretizado pela prestação de serviços públicos. O que esta Corte em última instância está por definir com a jurisprudência apontada (em matéria de imunidade tributária) é a preservação das competências de cada ente e, nesse passo, do próprio modelo federativo. Cito, nesse sentido, trecho do decisum exarado pelo eminente Ministro Celso de Mello, nos autos do RE nº 1001716/MG, Dje de 25/10/16: (...)

Percebe-se, assim, um nítido distanciamento entre os fins almejados pelos institutos da imunidade tributária e da repartição das receitas tributárias.

Portanto, o fato de este Supremo Tribunal ter assemelhado, em situações pontuais, as empresas públicas e sociedades de economia mista a entes de direito público da Administração Pública, levando em conta a natureza jurídica com base nos serviços públicos prestados, **não significa que se deve equiparar, de forma automática e com a mesma propriedade, as referidas entidades para os fins do art. 157, inciso I, da Constituição Federal.**

Tenho, destarte, que a decisão objurgada encontra-se devidamente fundamentada, ainda que divirja dos interesses do agravante, sendo certo que os argumentos ora apresentados não têm o condão de reformá-la.

Pelo exposto, **voto pelo não provimento do agravo regimental, ao tempo que deixo de conhecer a petição apresentada para aditar o recurso já interposto** (doc. eletrônico nº 4), em decorrência do fenômeno da preclusão consumativa.”

Da leitura do voto condutor da ACO 571, invocada pelo acórdão embargado para restringir a apropriação do IR retido na fonte por entidades outras que não os próprios entes federados, suas autarquias e fundações, verifica-se:

- (i) o **pedido de apropriação do IR** incidente na fonte **sobre pagamentos realizados por empresas públicas e sociedades de economia mista não era objeto da ação, foi realizado em sede recursal, caracterizando inovação recursal**, razão pela qual não foi conhecida e sequer compõe o precedente em sua *ratio*, tendo havido apenas obter dictum sobre o tema, **sendo certo que o obter dictum se deu a partir do pressuposto de que de que a natureza dessas entidades estatais é a indicada em seus atos constitutivos** – de direito

privado, como destacado no próprio voto;

- (ii) *O obter dictum* - formado a partir da premissa de que a natureza das entidades elencadas naquele caso eram de fato de natureza privada, não equívocas à entidades de direito público - **NÃO DECLARA IMPOSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DO ARTIGO 158, I, mediante equiparação de estatais e sociedades de economia mista à entidades de direito público. Apenas declara a impossibilidade de se realizar essa EQUIPARAÇÃO DE “FORMA AUTOMÁTICA e com a mesma PROPRIEDADE”;**

Portanto, mesmo diante das considerações constantes do voto de sua Exa. Ministro Gilmar acerca da restrição da apropriação do IR retido sobre pagamentos das Estatais, **verificam-se omissões acerca das peculiaridades próprias do regime jurídico das estatais prestadoras de serviços públicos, que não distribuem lucros a particulares e que não atuam em concorrência, e das estatais dependentes, na forma da LRF**, que, observada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, possibilitam a equiparação dessas estatais a entidades de direito público para diversas finalidades, como aplicação da imunidade recíproca, impenhorabilidade de seus bens, dentre outros.

Assim, são os presentes embargos para que seja sanada omissão quanto à possibilidade de estatais prestadoras de serviços públicos, que não distribuem lucros a particulares e que não atuam em concorrência, e das estatais dependentes, apropriarem-se do IR retido na fonte sobre os pagamentos que realizam a qualquer título.

Alternativamente, requer-se seja o acórdão integrado pelo esclarecimento de que eventuais considerações sobre as estatais foram realizadas em *obter dictum* - por um único ministro e não integram a *ratio do holding* firmado em repercussão geral, e que a possibilidade de as estatais se apropriarem do IR retido na fonte, à luz da jurisprudência que equipara estatais e entidades de direito público, não foi objeto da repercussão geral.

Isto porque, para além do voto do ministro Gilmar Mendes, não há discussões nos autos, em especial durante o julgamento, acerca do alcance subjetivo do artigo 158, I, especificamente quanto a retenção e apropriação pelas estatais dependentes, prestadoras de serviços público em caráter exclusivo e sem distribuir lucros a particulares.

Todas as discussões se deram em torno da restrição promovida pela União Federal acerca do alcance da norma constitucional quanto aos pagamentos realizados pela aquisição de bens e serviços. O ente central defendia que os demais entes federados poderiam reter e se apropriar apenas dos IR incidente sobre rendimentos do TRABALHO pagos a seus servidores ativos e inativos, o que foi rejeitado à unanimidade pelo plenário dessa Suprema Corte.

Além disso, apenas um voto tratou da aplicação da tese às estatais, o que é insuficiente para formação do precedente qualificado pela Repercussão Geral, sobretudo com a omissão acerca das peculiaridades das estatais dependentes, prestadoras de serviços públicos em regime de exclusividade e sem distribuir lucro a particulares, que, a luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, se equiparam ou se aproximam do regime público das autarquias e das fundações.

III – JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA FRUIÇÃO DO REGIME DE DIREITO PÚBLICO POR ESTATAIS DEPENDENTES (art. 2º, II, LRF), PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO QUE ATUAM EM REGIME DE EXCLUSIVIDADE E NÃO DISTRIBUEM LUCROS A PARTICULARES.

O Supremo Tribunal Federal construiu ao longo dos anos posição jurisprudencial que reconhece às estatais e outras entidades constituídas sob a forma de direito privado a aplicação do regime de direito público, em situações específicas, **quando essas entidades**, embora travestidas sobre a forma de direito privado, **desenvolvem suas atividades sob o regime de direito público**, ou seja: **sem visar lucro, sem concorrência** e com **dedicação à atividades de interesse público primário**, na prestação de **serviços públicos essenciais**.

Citem-se, ilustrativamente, o reconhecimento de imunidade tributária recíproca à sociedade de economia mista, prestadora de serviço público essencial na área de saúde, controlada pelo poder público e sem finalidade lucrativa. *Verbis*:

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. **IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. SERVIÇOS DE SAÚDE.**

1. A saúde é direito fundamental de todos e dever do Estado (arts. 6º e 196 da Constituição Federal). **Dever que é cumprido por meio de ações e serviços que, em face de sua prestação pelo Estado mesmo, se definem como de natureza**

pública (art. 197 da Lei das leis).

2 . A **prestação de ações e serviços de saúde por sociedades de economia mista corresponde à própria atuação do Estado, desde que a empresa estatal não tenha por finalidade a obtenção de lucro.**

3. As sociedades de economia mista **prestadoras de ações e serviços de saúde, cujo capital social seja majoritariamente estatal**, gozam da imunidade tributária prevista na alínea “a” do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal.

3. Recurso extraordinário a que se dá provimento, com repercussão geral.”

(RE 580264 - Repercussão Geral – Mérito - Órgão julgador: Tribunal Pleno Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA - Redator(a) do acórdão: Min. AYRES BRITTO - Julgamento: 16/12/2010 - Publicação: 06/10/2011)

Na ocasião, despontaram como relevantes para atração do beneplácito próprio do regime publicista a natureza dos serviços prestados; o controle majoritário pelo ente federado; e a não distribuição de lucros.

Em outros dois recursos extraordinários com repercussão geral, julgados em 2017 e 2020, o Supremo Tribunal Federal reafirmou as balizas a serem observadas na identificação das entidades constituídas sob a forma privada, mas que desenvolvem suas atividades sob o regime publicista, e, por isso, aptas a fruir da imunidade recíproca.

No RE com repercussão geral nº 594.015, que envolvia a PETROBRÁS S.A. e o Município de Santos, o Supremo Tribunal Federal decidiu afastar a aplicação da imunidade tributária recíproca à estatal federal. Foram determinantes na decisão: o desenvolvimento de atividade econômica; e a finalidade lucrativa. *Verbis:*

“A IMUNIDADE RECÍPROCA, PREVISTA NO ART. 150, VI, A, DA CONSTITUIÇÃO NÃO SE ESTENDE A EMPRESA PRIVADA ARRENDATÁRIA DE IMÓVEL PÚBLICO, QUANDO SEJA ELA EXPLORADORA DE ATIVIDADE ECONÔMICA COM FINS LUCRATIVOS. NESSA HIPÓTESE É CONSTITUCIONAL A COBRANÇA DO IPTU PELO MUNICÍPIO”

(RE 594015 / SP - SÃO PAULO - Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO - Julgamento: 06/04/2017 - Publicação: 25/08/2017)

Já no RE com repercussão geral nº 600.867, em que eram partes a SABESP e o Município de São Paulo, a discussão jurídica focalizava na relação entre a prestação de serviços públicos essenciais (saneamento básico) e a distribuição de lucros a investidores públicos e privados.

O Supremo Tribunal Federal decidiu afastar o regime publicista, notadamente a imunidade tributária recíproca pretendida pela SABESP, porquanto a distribuição de lucros a investidores particulares é próprio do regime privado, não do regime público.

“TRIBUTÁRIO. IPTU. IMUNIDADE RECÍPROCA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. NATUREZA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. 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. SERVIÇO PÚBLICO DE SANEAMENTO BÁSICO SEM FINS LUCRATIVOS. CF/88, ARTS. 5º, II, XXXV, LIV E LV; 37, INCISOS XIX E XXI E § 6º; 93, IX; 150, VI; E 175, PARÁGRAFO ÚNICO. PRECEDENTES QUE NÃO SE ADEQUAM PERFEITAMENTE AO CASO CONCRETO. IMUNIDADE QUE NÃO DEVE SER RECONHECIDA. REDATOR PARA ACÓRDÃO (ART. 38, IV, B, DO RISTF). FIXAÇÃO DA TESE DE REPERCUSSÃO GERAL.

1. A matéria foi decidida por maioria pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, que acompanhou o voto do I. Relator, Min. Joaquim Barbosa. Redação da proposta de tese de repercussão geral (art. 38, IV, b, do RISTF).

2. A imunidade tributária recíproca (art. 150, IV, “a”, da Constituição) não é aplicável às sociedades de economia mista cuja participação acionária é negociada em Bolsas de Valores, e que, inequivocamente, estão voltadas à remuneração do capital de seus controladores ou acionistas, unicamente em razão das atividades desempenhadas.

3. O Supremo Tribunal Federal nos autos do RE 253.472, Redator para o acórdão Min. Joaquim Barbosa, DJe 1º/2/2011, já decidiu, verbis: 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.

4. *In casu*, trata-se de sociedade de economia mista de capital aberto, autêntica S/A, cuja participação acionária é negociada em Bolsas de Valores (Bovespa e New York Stock Exchange, e.g.) e que, em agosto de 2011, estava dispersa entre o Estado de São Paulo (50,3%), investidores privados em mercado nacional (22,6% - Bovespa) e investidores privados em mercado internacional (27,1% - NYSE), ou seja, quase a metade do capital social pertence a investidores. A finalidade de abrir o capital da empresa foi justamente conseguir fontes sólidas de financiamento, advindas do mercado, o qual espera receber lucros como retorno deste investimento.

5. A peculiaridade afasta o caso concreto da jurisprudência da Suprema Corte que legitima o gozo da imunidade tributária.

6. Recurso Extraordinário improvido pela maioria do Supremo Tribunal Federal.

7. Proposta de tese de repercussão geral: **Sociedade de economia mista, cuja participação acionária é negociada em Bolsas de Valores, e que, inequivocamente, está voltada à remuneração do capital de seus controladores ou acionistas, não está abrangida pela regra de imunidade tributária prevista no art. 150, VI, “a”, da Constituição, unicamente em razão das atividades desempenhadas.”**

(RE 600867 - Repercussão Geral – Mérito - Órgão julgador: Tribunal Pleno Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA - Redator(a) do acórdão: Min. LUIZ FUX Julgamento: 29/06/2020 - Publicação: 30/09/2020)

Como se vê, o Supremo Tribunal Federal construiu ao longo dos anos posição jurisprudencial que assegura às estatais e outras entidades constituídas sob a forma privada, mas que atuam sob o regime publicista a fruição de direitos e a aplicação de restrições próprias do regime de direito público, em situações específicas, ***quando há o cumprimento cumulativo de diversos requisitos***, notadamente os seguintes: **capital social majoritariamente público; prestação de serviços públicos em regime de não concorrência; e não distribuição de lucros a particulares.**

Acrescente-se que as estatais, embora possuam natureza privada, estão submetidas a diversas restrições próprias do direito público. Neste sentido, **as estatais são obrigadas a realizar concurso público para contratação de pessoal e a realizar licitação para contratação de bens e serviços**, como expressamente determina o texto constitucional.

“Art. 37. A **administração pública** direta e **indireta** de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios **obedecerá** aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, **ao seguinte**: (...)

II - **a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos**, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, **as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública** que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

constituição federal e também nas normas infralegais, e esse regime vem sendo flexibilizado pela jurisprudência pátria quando as atividades desenvolvidas são de interesse público primário, sem finalidade lucrativa e sem concorrência.

Além da aplicação da imunidade tributária recíproca, há outras aproximações realizadas entre o regime privado e público para as Estatais, realizadas por construção pretoriana.

Cite-se a **vedação à dispensa imotivada pelas empresas estatais**. *Verbis*:

DIREITO DO TRABALHO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT. **DISPENSA IMOTIVADA DE SEUS EMPREGADOS. IMPOSSIBILIDADE.** ITEM II DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL 247 DA SBDI-1 DO TST. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÕES SUFICIENTES PARA A RECUSA DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

(RE 589998 RG, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 06/11/2008, DJe-227 DIVULG 27-11-2008 PUBLIC 28-11-2008 EMENT VOL-02343-11 PP-02107 LEXSTF v. 31, n. 362, 2009, p. 266-271 RDECTRAB v. 17, n. 192, 2010, p. 181-185)

Cite-se, ainda, a **aplicação do regime dos precatórios às estatais e a impenhorabilidade de bens das estatais**.

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. COMPANHIA ESTADUAL DE SANEAMENTO BÁSICO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL. EXECUÇÃO PELO REGIME DE PRECATÓRIOS.

1. Embora, em regra, as empresas estatais estejam submetidas ao regime das pessoas jurídicas de direito privado, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que “entidade que presta serviços públicos essenciais de saneamento básico, sem que tenha ficado demonstrado nos autos se tratar de sociedade de economia mista ou empresa pública que competiria com pessoas jurídicas privadas ou que teria por objetivo primordial acumular patrimônio e distribuir lucros. Nessa hipótese, aplica-se o regime de precatórios” (RE 592.004, Rel. Min. Joaquim Barbosa).

2. É aplicável às companhias estaduais de saneamento básico o regime de pagamento por precatório (art. 100 da Constituição), nas hipóteses em que o capital social seja majoritariamente público e o serviço seja prestado em regime de exclusividade e sem intuito de lucro.

3. Provedimento do agravo regimental e do recurso extraordinário.

(RE 627242 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 02/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-110 DIVULG 24-05-2017 PUBLIC 25-05-2017)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. IMPENHORABILIDADE DE SEUS BENS**, RENDAS E SERVIÇOS. RECEPÇÃO DO ARTIGO 12 DO DECRETO-LEI Nº 509/69. EXECUÇÃO.OBSERVÂNCIA DO REGIME DE PRECATÓRIO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. À empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, **é aplicável o privilégio da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços**. Recepção do artigo 12 do Decreto-lei nº 509/69 e não-incidência da restrição contida no artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, que submete a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.

2. Empresa pública que não exerce atividade econômica e presta serviço público da competência da União Federal e por ela mantido. Execução. Observância ao regime de precatório, sob pena de vulneração do disposto no artigo 100 da Constituição Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido.

(RE 220906 - Órgão julgador: Tribunal Pleno - Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA - Julgamento: 16/11/2000 - Publicação: 14/11/2002)

Com efeito, esses precedentes - em sua maioria qualificados pela repercussão geral - representam construções pretorianas do Supremo Tribunal Federal que permitem a aplicação do regime de direito público às entidades, que embora revestida sob a forma privada, exercem suas atividades sob o regime publicista.

Extraem-se desses precedentes também as seguintes balizas e requisitos obrigatórios à essa aproximação entre as estatais e o regime de direito público, que devem ser observadas cumulativamente: (i) prestação de serviços públicos; (ii) capital social majoritariamente estatal; (iii) ausência de distribuição de lucros a particulares; e (iv) prestação em regime não concorrencial.

Com efeito, à luz desses precedentes qualificados pela repercussão geral, requer-se seja sanada a omissão quanto a possibilidade de as estatais dependentes (LRF, art. 2, III), com capital social majoritariamente estatal, prestadoras de serviço público em regime de não concorrência e que não distribuam lucros, apropriem-se do IR retido na fonte sobre os pagamentos por elas realizados.

V - CONCLUSÕES E PEDIDOS

Diante do exposto, verifica-se:

- a) O julgamento ocorreu à unanimidade, na forma do voto do relator, ministro Alexandre de Moraes. Além do voto do relator, também apresentaram votos os ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli. Os demais ministros apenas acompanharam o voto do relator;
- b) Apesar de todos os votos apresentados confirmarem a tese de que o IR incidente na fonte sobre os pagamentos realizados, a qualquer título, pelos Estados, Municípios e Distrito Federal a eles pertence, apenas o voto do ministro Gilmar Mendes dedicou espaço em sua fundamentação sobre a possibilidade de retenção e apropriação do IR pelas empresas públicas e sociedades de economia mista;
- c) No ponto, o ministro Gilmar Mendes se posicionou contrariamente à retenção e apropriação do IR sobre os pagamentos realizados pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, em uma leitura literal e restritiva do dispositivo constitucional, cuja redação se refere expressamente apenas aos pagamentos realizados pelos entes federados, suas autarquias e fundações, sem incluir as estatais³;
- d) O entendimento externado no voto do Ministro Gilmar Mendes tem dois fundamentos principais: (i) a Assembléia Constituinte rejeitou emenda parlamentar que incluía as empresas públicas e as sociedades de economia mista no rol de entidades autorizadas a reter e se apropriar do IR incidente sobre os pagamentos que realiza; e (ii) a interpretação restritiva do dispositivo encontra guarida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em especial no acórdão da ACO 571;
- e) Todavia, embora o voto de sua Exa. restrinja a apropriação do IR retido por outras

³ Art. 158. Pertencem aos Municípios:

I - o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem;

entidades que não aquelas elencadas expressamente no dispositivo, a fundamentação dessa interpretação literal e restritiva é **omissa** quanto as entidades integrantes da Administração Indireta que, apesar de se apresentarem sob a forma de direito privado (empresas públicas, sociedades de economia ou empresas maciçamente controladas pelo ente político), realizam suas atividades sob regime de direito público, próprio ou equivalente ao das autarquias e fundações públicas;

- f) As Administrações Públicas dos Estados, Distrito Federal e Municípios contemplam em suas organizações diversas entidades estatais dependentes, que também são prestadoras de serviços públicos em caráter exclusivo, e que não distribuem lucros a particulares;
- g) A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente reconhecido tal caráter jurídico-constitucional e administrativo dessas entidades estatais, assegurando em inúmeros casos, os direitos e deveres próprios do regime de direito público, peculiares à Fazenda Pública, como a fruição da imunidade tributária recíproca, a impenhorabilidade de seus bens, submissão ao regime dos precatórios, contratação obrigatoria por concurso público e licitação, relação trabalhista mitigada como empregado público, como minudenciado nesta petição;
- h) Além disso, a invocação da ACO 571 para fundamentar a restrição da apropriação do IR pelas estatais é contraditório, posto que a referida decisão negou a apropriação pelas estatais aroladas naquela ação por razões processuais, e, no mérito, as considerações lançadas naquela decisão não impossibilitam a aplicação do artigo 158, I, às estatais. Apenas declara a impossibilidade de se realizar essa equiparação de “forma automática e com a mesma propriedade”;
- i) Por fim, o fato de Assembleia Constituinte ter rejeitado emenda parlamentar destinada a incluir as estatais no rol de entidades autorizadas a se apropriar do IR retido sobre os pagamentos que realizam não impede, por si só, a apropriação do IR pelas estatais dependentes, prestadoras de serviços públicos com exclusividade e sem distribuir lucros a particulares;
- j) Isto porque, a Assembleia Constituinte também rejeitou emenda parlamentar que visava incluir as estatais no rol de entidades beneficiadas pela imunidade tributária

recíproca e isso não impediu que o Supremo Tribunal Federal estendesse o beneplácito constitucional às estatais dependentes, prestadoras de serviços públicos com exclusividade e sem distribuir lucros a particulares.

Portanto, são os presentes embargos para que essa Suprema Corte se manifeste, à luz da jurisprudência qualificada colacionada nestes aclaratórios, quanto a possibilidade de estatais dependentes com capital majoritariamente estatal, prestadoras de serviços públicos em regime de não concorrência e que não distribuem lucros a particulares, e das estatais dependentes, apropriarem-se do IR retido na fonte sobre os pagamentos que realizam a qualquer título.

Alternativamente, requer-se seja o acórdão integrado pelo esclarecimento de que eventuais considerações sobre as estatais foram realizadas em *obter dictum* - por um único ministro e não integram a *ratio* do *holding* firmado em repercussão geral, e que a possibilidade de as estatais se apropriarem do IR retido na fonte, à luz da jurisprudência que equipara estatais e entidades de direito público, não foi objeto da repercussão geral.

E. Deferimento.

Em, 08 de novembro de 2021.

RICARDO ALMEIDA RIBEIRO DA SILVA
OAB/RJ 81.438 | OAB/DF 59.635

ALEXANDRE GRABERT BARANJAK
OAB/SP 366.741 | OAB/RJ nº 214.669

JOÃO VITOR RUPP
PROCURADOR DO MUNICÍPIO