

19/04/2017**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 601.720 RIO DE JANEIRO**

RELATOR	: MIN. EDSON FACHIN
REDATOR DO ACÓRDÃO	: MIN. MARCO AURÉLIO
RECTE.(S)	: MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S)	: ELIANA DA COSTA LOURENÇO
RECDO.(A/S)	: BARRAFOR VEÍCULOS LTDA
ADV.(A/S)	: ANDRE FURTADO
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS TRANSPORTES FERROVIÁRIOS - ANTF
ADV.(A/S)	: SACHA CALMON NAVARRO COELHO
AM. CURIAE.	: MUNICIPIO DE SAO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE.	: DISTRITO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS SECRETARIAS DE FINANÇAS DAS CAPITAIS BRASILEIRA - ABRASF
ADV.(A/S)	: GABRIELA WATSON E OUTRO(A/S)

IPTU – BEM PÚBLICO – CESSÃO – PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. Incide o imposto Predial e Territorial Urbano considerado bem público cedido a pessoa jurídica de direito privado, sendo esta a devedora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em, por maioria, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio, redator do acórdão, em sessão presidida pela Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

RE 601720 / RJ

Brasília, 19 de abril de 2017.

MINISTRO MARCO AURÉLIO – REDATOR

04/02/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 601.720 RIO DE JANEIRO

RELATOR	: MIN. EDSON FACHIN
REDATOR DO ACÓRDÃO	: MIN. MARCO AURÉLIO
RECTE.(S)	: MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S)	: ELIANA DA COSTA LOURENÇO
RECDO.(A/S)	: BARRAFOR VEÍCULOS LTDA
ADV.(A/S)	: ANDRE FURTADO
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS TRANSPORTES FERROVIÁRIOS - ANTF
ADV.(A/S)	: SACHA CALMON NAVARRO COELHO
AM. CURIAE.	: MUNICIPIO DE SAO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE.	: DISTRITO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS SECRETARIAS DE FINANÇAS DAS CAPITAIS BRASILEIRA - ABRASF
ADV.(A/S)	: GABRIELA WATSON E OUTRO(A/S)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): Trata-se de recurso extraordinário, com repercussão geral, interposto em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, cuja ementa se transcreve a seguir:

“Apelação.

Ação anulatória de débito fiscal, com pedido de declaração de inexistência de relação jurídico-tributária.

IPTU.

Responsável tributário.

Contrato de concessão de uso de imóvel pertencente à

RE 601720 / RJ

União.

Existência de imunidade tributária sobre o bem imóvel da União, e que foi entregue para exploração econômica por parte da empresa aqui autora.

Impossibilidade de, a teor do que dispõe o art. 34 do CTN, proceder-se à cobrança do tributo IPTU sobre quem não detém nem o domínio nem a posse sobre o referido bem.

Sentença de primeiro grau que deu ao tema a correta solução jurídica sob todos os aspectos em que foram formulados os pedidos.

Sentença que se confirma em reexame de duplo grau.”

No recurso extraordinário, interposto com fundamento no art. 102, III, “a”, da Constituição Federal, aponta-se violação ao art. 150, VI, “a”, e §§ 2º e 3º, do Texto Constitucional.

Sustenta-se, em síntese, o seguinte:

“Neste contexto, tem-se que, segundo as próprias declarações da Recorrida, é ela quem, de fato, exerce o domínio útil – ou ao menos a posse – do imóvel em foco, não havendo, pela letra do comando legal transcrito, qualquer óbice a que a cobrança do IPTU e das taxas fundiárias sobre ela recaia.” (fl. 323)

Assevera-se também que *“o próprio contrato de concessão de uso firmado pela Recorrida e pela INFRAERO contém cláusula expressa (nº 03) no sentido de que os ônus relativos aos tributos fundiários municipais serão repassados ao concessionário, no caso a impetrante”*. (fl. 324)

Alega-se, por fim, que *“a área cedida é utilizada para a realização de atividades com fins lucrativos, que do ponto de vista do interesse público em nada se distingue de uma atividade comercial qualquer”*. (fl. 327)

A 3ª Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro admitiu os recursos extraordinário e especial, em decorrência do preenchimento dos requisitos processuais de admissibilidade.

No Superior Tribunal de Justiça, o recurso especial restou

RE 601720 / RJ

desprovido, nos seguintes termos:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – IPTU – USO DE BEM DA UNIÃO – INAPLICABILIDADE DO ART. 34 DO CTN – PRECEDENTES.

1. A jurisprudência de ambas as Turmas da Primeira Seção desta Corte tem assentado o entendimento de que somente é contribuinte do IPTU o possuidor que tenha *animus domini*.

2. O cessionário não pode ser taxado de contribuinte do aludido imposto, por não exercer nenhum direito de propriedade sobre o imóvel. 3. Recurso especial não provido.”
(fl. 436)

Em 16.06.2011, o Supremo Tribunal Federal decidiu por afetar a matéria à sistemática da repercussão geral:

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE RECÍPROCA. IPTU. IMÓVEL DE PROPRIEDADE DE ENTE PÚBLICO. CONCESSÃO DE USO. EMPRESA PRIVADA EXPLORADORA DE ATIVIDADE ECONÔMICA COM FINS LUCRATIVOS. CONTRIBUINTE DO IMPOSTO. QUALIFICAÇÃO. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.”
(RE 601720 RG, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 28.06.2011)

Foram admitidos como *amici curiae* a Associação Nacional dos Transportes Ferroviários e o Município de São Paulo.

A Procuradoria-Geral da República opinou pelo desprovimento do recurso, com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Os autos vieram a mim conclusos em 28.06.2015.

É o relatório.

04/02/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 601.720 RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): Inicialmente, cumpre-se delinear os contornos fático-normativos da presente controvérsia, tendo em vista a função de precedente que o presente recurso deve desempenhar para todo o sistema judicial pátrio, por isso se revela necessário a explicitação do que está posto em juízo e das razões de decidir que esta Suprema Corte adotará para o deslinde do presente litígio constitucional.

Na hipótese, há duas questões essenciais e conexas:

(i) Pode a pessoa cessionária do uso de imóvel pertencente à União figurar como sujeito passivo da obrigação tributária referente ao Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU)?

(ii) Pode a Municipalidade prevê, instituir e arrecadar IPTU, em que a base impositiva seja imóvel de titularidade da União, ainda que o bem seja objeto de contrato administrativo de concessão de uso, assim como haja particular que utilize o imóvel com finalidade lucrativa?

A partir das respostas a essas inquiuições, perpassa a solução da presente controvérsia. Assim sendo, aborda-se, de plano, a primeira questão.

O IPTU é um tributo de competência do ente municipal que possui como base econômica o patrimônio, notadamente a propriedade imobiliária. Em termos classificatórios, pode-se compreendê-lo como um imposto real, direto, fiscal, progressivo e complexo, à luz da normatividade constitucional vigente.

Em nível constitucional, o imposto precitado encontra o seguinte tratamento normativo:

“Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

I - propriedade predial e territorial urbana;”

RE 601720 / RJ

Nesses termos, pode-se entender que a propriedade territorial é aquela com terrenos construídos ou edificados, ainda que ociosos, conquanto a territorial se refere ao solo sem benfeitorias.

Ademais, o Código Tributário Nacional define o fato gerador do IPTU em seu artigo 32: *“O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município.”*

Interpreta-se, portanto, que o CTN autoriza a municipalidade a impor, mediante lei, o referido tributo em três situações diversas: a propriedade, o domínio útil e a posse a qualquer título.

Por se tratarem de conceitos de direito privado, deve-se ter em conta os artigos 109 e 110 do CTN, *in verbis*:

“Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.”

Por conseguinte, tais enquadramentos fático-normativos demandam a complementariedade dos artigos 1196 e 1228 do Código Civil, os quais se reproduzem a seguir:

“Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer

RE 601720 / RJ

que injustamente a possua ou detenha.”

Do mesmo modo, bem esclarece Aires Fernandino Barreto que *“Configura-se o domínio útil quando o proprietário, despojando-se dos poderes de uso, gozo e disposição da coisa, outorga-os a outrem (denominado enfiteuta), reservando-se, tão só, o domínio direto ou eminentes. Embora o novo Código Civil não tenha previsto a enfiteuse, permanecem as existentes”*¹

Por outro lado, o aspecto pessoal da hipótese de incidência tem previsão no art. 34 do CTN: *“Contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título”*.

Visto isso, torna-se cabível perquirir o caso concreto, uma vez que se trata de contrato de concessão de uso de imóvel entre a Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária (INFRAERO) e uma sociedade empresária que se dedica a atividades lucrativas.

Em breve retrospecto, ressalte-se que a INFRAERO é pessoa jurídica de direito privado, constituída na forma de empresa pública, cuja constituição foi autorizada pela Lei 5.862/72, com a *“finalidade implantar, administrar, operar e explorar industrial e comercialmente a infraestrutura aeroportuária que lhe for atribuída pela Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República”*.

Em consonância ao art. 22, I, da Constituição Federal, a União exerceu sua competência privativa para legislar sobre direito aeronáutico ao dispor sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA), por meio da Lei 7.565/86. Nesse diploma legislativo, positivou-se que os aeroportos constituem universalidade de direito, equiparadas a bens públicos federais, nos termos do art. 38 do CBA. Ademais, o artigo 39 da lei precitada dispõe sobre a utilização das áreas aeroportuárias, permitindo a existência de estabelecimentos empresariais.

Ressalte-se que esta Corte interpreta o significado político-jurídico da imunidade tributária recíproca como verdadeira garantia institucional de preservação do sistema federativo.

1 Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU). In: BARRETO, Aires F.; BOTTALLO, Eduardo Domingos (coords.). *Curso de Iniciação em Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2004, pp. 174-175.

RE 601720 / RJ

Veja-se a ementa do seguinte julgado:

"INFRAERO - EMPRESA PÚBLICA FEDERAL VOCACIONADA A EXECUTAR, COMO ATIVIDADE-FIM, EM FUNÇÃO DE SUA ESPECÍFICA DESTINAÇÃO INSTITUCIONAL, SERVIÇOS DE INFRA-ESTRUTURA AEROPORTUÁRIA - MATÉRIA SOB RESERVA CONSTITUCIONAL DE MONOPÓLIO ESTATAL (CF, ART. 21, XII, "C") - POSSIBILIDADE DE A UNIÃO FEDERAL OUTORGAR, POR LEI, A UMA EMPRESA GOVERNAMENTAL, O EXERCÍCIO DESSE ENCARGO, SEM QUE ESTE PERCA O ATRIBUTO DE ESTATALIDADE QUE LHE É PRÓPRIO - OPÇÃO CONSTITUCIONALMENTE LEGÍTIMA - CRIAÇÃO DA INFRAERO COMO INSTRUMENTALIDADE ADMINISTRATIVA DA UNIÃO FEDERAL, INCUMBIDA, NESSA CONDIÇÃO INSTITUCIONAL, DE EXECUTAR TÍPICO SERVIÇO PÚBLICO (LEI Nº 5.862/1972) - CONSEQÜENTE EXTENSÃO, A ESSA EMPRESA PÚBLICA, EM MATÉRIA DE IMPOSTOS, DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL FUNDADA NA GARANTIA DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA (CF, ART. 150, VI, "A") - O ALTO SIGNIFICADO POLÍTICO-JURÍDICO DESSA GARANTIA CONSTITUCIONAL, QUE TRADUZ UMA DAS PROJEÇÕES CONCRETIZADORAS DO POSTULADO DA FEDERAÇÃO - IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DA INFRAERO, EM FACE DO ISS, QUANTO ÀS ATIVIDADES EXECUTADAS NO DESEMPENHO DO ENCARGO, QUE, A ELA OUTORGADO, FOI DEFERIDO, CONSTITUCIONALMENTE, À UNIÃO FEDERAL - DOUTRINA - JURISPRUDÊNCIA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - AGRAVO IMPROVIDO. - A INFRAERO, que é empresa pública, executa, como atividade-fim, em regime de monopólio, serviços de infra-estrutura aeroportuária constitucionalmente outorgados à União Federal, qualificando-se, em razão de sua específica destinação institucional, como entidade delegatária dos serviços públicos a

RE 601720 / RJ

que se refere o art. 21, inciso XII, alínea "c", da Lei Fundamental, o que exclui essa empresa governamental, em matéria de impostos, por efeito da imunidade tributária recíproca (CF, art. 150, VI, "a"), do poder de tributar dos entes políticos em geral. Conseqüente inexigibilidade, por parte do Município tributante, do ISS referente às atividades executadas pela INFRAERO na prestação dos serviços públicos de infraestrutura aeroportuária e daquelas necessárias à realização dessa atividade-fim. O ALTO SIGNIFICADO POLÍTICO-JURÍDICO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA, QUE REPRESENTA VERDADEIRA GARANTIA INSTITUCIONAL DE PRESERVAÇÃO DO SISTEMA FEDERATIVO. DOCTRINA. PRECEDENTES DO STF. INAPLICABILIDADE, À INFRAERO, DA REGRA INSCRITA NO ART. 150, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO. - A submissão ao regime jurídico das empresas do setor privado, inclusive quanto aos direitos e obrigações tributárias, somente se justifica, como consectário natural do postulado da livre concorrência (CF, art. 170, IV), se e quando as empresas governamentais explorarem atividade econômica em sentido estrito, não se aplicando, por isso mesmo, a disciplina prevista no art. 173, § 1º, da Constituição, às empresas públicas (caso da INFRAERO), às sociedades de economia mista e às suas subsidiárias que se qualifiquem como delegatárias de serviços públicos." (RE 363412 AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe 19.09.2008)

Ante esse quadro, o Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, assentou a extensão da imunidade tributária recíproca à INFRAERO, na qualidade de prestadora de serviço público no âmbito do ARE-RG 638.315, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, DJe 31.08.2011, assim ementado:

“RECURSO. Extraordinário. Imunidade tributária recíproca. Extensão. Empresas públicas prestadoras de serviços públicos. Repercussão geral reconhecida. Precedentes.

RE 601720 / RJ

Reafirmação da jurisprudência. Recurso improvido. É compatível com a Constituição a extensão de imunidade tributária recíproca à Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – INFRAERO, na qualidade de empresa pública prestadora de serviço público.”

Resta-nos, portanto, saber se o contrato de concessão de uso de área aeroportuária, firmado entre empresa pública imune e sociedade empresária com finalidades lucrativas, possui o condão de tornar o cessionário sujeito passivo de obrigação tributária referente ao IPTU, assim como converter o domínio patrimonial da estatalidade em regime atinente aos direitos reais de propriedade, pelo menos, para fins tributários.

Parece-nos majoritária na doutrina tributária a interpretação do art. 32 do Código Tributário Nacional no sentido de que a liberdade de conformação legislativa do Poder Legislativo municipal está adstrita à posse que, *per se*, possa conduzir à propriedade, tendo em vista que é incompatível com a Constituição Federal de 1988 a eleição de meros detentores de terras públicas, isto é, desprovidos de posse *ad usucapionem*, como contribuintes de IPTU.

A propósito, recorre-se ao escólio doutrinário de Ricardo Lodi Ribeiro:

“(…) não é qualquer posse que gera a incidência do tributo, sendo necessária uma redução teleológica na redação do art. 34 do CTN que prevê a tributação do *possuidor a qualquer título*, uma vez que tributar a posse não reveladora da propriedade não só viola a capacidade contributiva, mas extrapola a própria competência constitucional atribuída pelo art. 156, I, CF, aos Municípios. Em consequência, é tributada a posse originária que não deriva de um negócio jurídico com o proprietário, onde o posseiro revela o *animus domini* (posse *ad usucapionem*), ou seja, naquelas que podem gerar usucapião.”
(*Tributos: teoria geral e espécies*. Niterói: Impetus, 2013, p. 304)

RE 601720 / RJ

Aliado a isso, na esteira de Marçal Justen Filho, tem-se a seguinte definição de concessão de uso de bem público:

“A concessão de uso de bem público é um contrato administrativo por meio do qual um particular é investido na faculdade de usar de um bem público durante período de tempo determinado, mediante o cumprimento de requisitos estabelecidos, assegurando-se ao poder concedente as competências próprias do direito público.” (*Curso de Direito Administrativo*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1090)

Assim sendo, é irrelevante do ponto de vista tributário que “*o próprio contrato de concessão de uso firmado pela Recorrida e pela INFRAERO contém cláusula expressa (nº 03) no sentido de que os ônus relativos aos tributos fundiários municipais serão repassados ao concessionário, no caso a impetrante*”. Isso porque a INFRAERO é imune aos impostos fundiários municipais, assim como eventuais instrumentos jurídicos de direito privado que transladem o ônus econômico relativo à tributação não são oponíveis à Administração Tributária.

Acerca da concessão portuária, parece-nos pertinente a seguinte argumentação de Guilherme Cezarotti, plenamente aplicável ao caso aeroportuário:

“O contrato de concessão portuária é de natureza obrigacional, de modo que não há exercício da posse com ânimo definitivo. A posse direta, que a concessionária da área portuária detém, não possui o condão de viabilizar a incidência do IPTU, tendo em vista que o direito de propriedade permanece na esfera patrimonial da União Federal.

É certo que o proprietário do imóvel pode repassar o ônus econômico da obrigação tributária a terceiro – arrendatário ou locatário – em virtude de previsão contratual. Trata-se de vínculo obrigacional válido entre as partes, mas que não é oponível ao ente tributante. O sujeito passivo é sempre o proprietário do imóvel. Este permanece no pólo passivo da

RE 601720 / RJ

obrigação tributária, agindo o terceiro como responsável, sob a perspectiva do Direito Civil, pelo pagamento do tributo. Tanto é assim que, não havendo o pagamento do IPTU, a municipalidade irá cobrá-lo do proprietário do imóvel, contribuinte do imposto, e não do terceiro que estiver em sua posse direta.” (A Imunidade dos Imóveis de Propriedade da União na Posse ou Domínio Direto de Concessionárias de Serviço Público. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 123, mar. 2006, pp. 28-37, p. 36)

Por fim, convém notar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que a posse do concessionário de uso é precária e desdobrada, por conseguinte não é fato gerador do IPTU.

A esse respeito, confirmam-se os seguintes precedentes: RE 265.749, de relatoria do Ministro Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 12.09.2003; e RE 253.394, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 11.04.2003, este último constando a seguinte manifestação do e. Ministro Moreira Alves:

“O que se pode suscitar não é o problema de posse com **animus domini**, mas posse exclusiva, porque aqui há desdobramento de posse, pois, obviamente, ele tem posse direta. Esta, a concessionária, evidentemente, tem. O problema é saber se o Código Tributário, quando fala em posse, fala em posse exclusiva, em que não há desdobramento; e quando se trata de posse exclusiva, aí, sim, o possuidor responde. Quando se trata de posse desdobrada - o caso da locação e do comodato -, o possuidor direto não responde.

Estou de acordo, porque a posse é direta, e não há direito real que a justifique.”

Conclui-se, em síntese, negativamente a ambos os quesitos formuladas no início do presente voto, isto é, o particular concessionário de uso de bem público não pode ser eleito, por força de lei municipal, para figurar como sujeito passivo de obrigação tributária referente ao

RE 601720 / RJ

IPTU, porquanto sua posse é precária e desdobrada; ao passo que o imóvel qualificado como bem público federal, ainda que destinado à exploração comercial, remanesce imune aos tributos fundiários municipais, por força do art. 150, VI, “a”, da Constituição Federal de 1988.

Ante o exposto, conheço do recurso extraordinário a que se nega provimento.

É como voto.

04/02/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 601.720 RIO DE JANEIRO

D E B A T E

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhor Presidente, gostaria de discutir a temática.

Todos sabemos que essa matéria tem sido objeto de uma jurisprudência bastante pacífica e, depois, até ampliada, na linha da compreensão agora exposta pelo ministro Fachin, do conceito da imunidade recíproca, da imunidade tributária. Todavia, já tivemos oportunidade, num dos debates ocorridos no final do ano passado, no segundo semestre, de pelo menos suscitar dúvida sobre a correção material dessa opção, tendo em vista, inclusive, hoje, a possibilidade de generalização - vamos chamar assim - dessas práticas de privatização, no sentido amplo, do patrimônio estatal.

Tive oportunidade, em algum momento, de receber a visita do prefeito de Santos, que chamava a atenção para a situação daquele município costeiro de São Paulo, em face dos terminais amplos da Codesp e outros, e do bloqueio no que diz respeito à possibilidade de impor o IPTU, ressaltando que se trata de uma atividade privada que onera significativamente a municipalidade. Vossa Excelência, que é especialista em Direito Administrativo, teve oportunidade de lidar com a questão metropolitana, percebe bem isso. Quer dizer, na medida em que não há possibilidade de o município tributar essa atividade, por outro lado, ele é sobreonerado, porque tem, no âmbito de seus territórios, um serviço que traz carga, sujeira, gente, em suma, que sobreonera todas...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Por favor.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Apenas um aparte, Presidente. Sou Relator, inclusive, de recurso extraordinário que versa especificamente a relação jurídica em Santos, do Município com certa sociedade de economia mista, a Petrobras. E o Tribunal admitiu a

RE 601720 / RJ

repercussão geral.

Esse é um tema muito importante, porque precisamos, acima de tudo, considerar o grande todo, o fato de, no caso concreto, a contar com peculiaridades, ter-se a concessão a empresa atuante no setor econômico, que ombréia com outras empresas. O mais interessante não é isso. No contrato de concessão, constou cláusula – como ressaltado da tribuna na primeira sustentação – prevendo que a concessionária arcaria com os tributos, até mesmo o municipal que se disse fundiário. É matéria da maior relevância.

E – creio – participou da concessão não a União propriamente dita, mas a empresa pública federal Infraero. Fiquei vencido lá atrás, quando entendi que não haveria a imunidade recíproca considerada a Infraero. Mas há esse grande todo que precisa ser sopesado pelo Tribunal, porque o que for decidido valerá para inúmeros casos, inclusive com a abrangência que se tem em Santos.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Vossa Excelência não se animaria a pedir vista antecipadamente para julgar esses dois casos em conjunto?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Quem pode resistir a uma ponderação de Vossa Excelência?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Ministro Gilmar, só para lembrar que Vossa Excelência fez uma observação que ficou muito candente no julgamento do Recurso Extraordinário nº 451.152, no qual Vossa Excelência ponderava exatamente que um determinado bem da União tinha sido empregado para academia de ginástica, e Vossa Excelência, então, levantou essa questão. O Ministro Joaquim ficou vencido. E Vossa Excelência dizia que numa outra ocasião teremos que nos debruçar sobre isso. Resgatei isso exatamente na análise deste caso, porque já então Vossa Excelência dizia que nem se pode gerar uma tensão federativa - estou dizendo -, nem se pode desguarnecer os entes e fazer de conta que nós estamos sabendo que há particulares quebrando até mesmo a concorrência. Quer dizer, alguém que esteja dentro de uma rodoviária e tem ali um cafezinho com pão de queijo não paga nada, não

RE 601720 / RJ

paga IPTU, e o que está lá fora paga. Então nós temos outros princípios a serem ponderados.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Sem desprezar que o Código Tributário Nacional refere-se ao uso a qualquer título.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Naquela ocasião, o caso era que o bem da União tinha servido para academia de ginástica.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - E veja que o próprio texto constitucional delimita, vamos chamar assim, essa prerrogativa, no § 3º, ao dizer, por exemplo:

"§ 3º - As vedações do inciso VI, *a*," - que trata da imunidade recíproca - " e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas (...)"

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Isso quanto ao próprio detentor da imunidade!

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Exatamente. Isso é um vetor, a meu ver, hermenêutico para todo esse contexto.

"(...) regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, (...)"

E como sabemos que, tendencialmente, em dados momentos, opta-se por esses modelos mais flexíveis de concessões, de permissão, certamente pode-se até dizer que não caberia fazer a incidência sobre um imóvel da

RE 601720 / RJ

União, mas se esse imóvel é locado, não faz sentido que se estenda esse privilégio para que, eventualmente, o locatário não tenha algum tipo de responsabilidade.

Em suma, gostaria apenas de pensar, claro, sempre saudando o cuidadoso voto do ministro Fachin. Eu mesmo, na Turma, já discuti questões semelhantes, acho que também aqui no Plenário, um caso de Paranaguá, há precedentes de minha relatoria no sentido do voto de Vossa Excelência.

De modo que estou fazendo uma reflexão *a posteriori*, tendo em vista as consequências decorrentes dessa opção e da expansão que se vai dando ao modelo.

É claro que todos sabemos que essa ideia da imunidade recíproca é um dos feitos de *Marshall, McCulloch vs. Maryland*, na ideia de que o poder de tributar envolve, também, o poder de destruir, mas vejo que já estamos muito distantes dessa hipótese quando o bem não é utilizado para a finalidade estrita ou do interesse estrito do poder público, no caso, da União.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) - Senhor Presidente, se Vossa Excelência permitir, quero comungar das preocupações suscitadas pelo Ministro Gilmar Mendes. Estou seguro que o resultado da vista do Ministro Marco Aurélio vai iluminar a matéria. Na página 7, inclusive, faço uma análise dessa cláusula que trata do problema da incidência dos tributos e, por certo, o debate futuro vai trazer um bom desate, e fica clara a proposição nesse sentido que trago ao Colegiado.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - Presidente, eu penso que o voto do Ministro Fachin não só mantém a jurisprudência como está afinado com a dogmática tributária tradicional nesta matéria.

RE 601720 / RJ

Porém, também eu me impressionei, inclusive particularmente, com a sustentação do Procurador do Município do Rio. Há algumas questões ali, morais e lógicas, que aparentemente estão em tensão com a dogmática convencional.

De modo que o pedido de vista do Ministro Marco Aurélio é um bom momento para uma reflexão sobre esta matéria, e vou aguardar o pedido de vista de Sua Excelência.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 601.720

PROCED. : RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN

RECTE.(S) : MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

ADV.(A/S) : ELIANA DA COSTA LOURENÇO

RECDO.(A/S) : BARRAFOR VEÍCULOS LTDA

ADV.(A/S) : ANDRÉ FURTADO

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS TRANSPORTES FERROVIÁRIOS -
ANTF

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

AM. CURIAE. : MUNICIPIO DE SAO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR GERAL DO MUNICIPIO DE SÃO PAULO

AM. CURIAE. : DISTRITO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS SECRETARIAS DE FINANÇAS
DAS CAPITAIS BRASILEIRA - ABRASF

ADV.(A/S) : GABRIELA WATSON E OUTRO(A/S)

Decisão: Após o voto do Ministro Edson Fachin (Relator), que negava provimento ao recurso extraordinário, pediu vista dos autos o Ministro Marco Aurélio. Falaram, pelo recorrente, Município do Rio de Janeiro, o Dr. Rodrigo Brandão; pela recorrida, Barrafor Veículos Ltda., o Dr. André Furtado, e, pelo *amicus curiae* Associação Nacional dos Transportes Ferroviários - ANTF, o Dr. Tiago Conde Teixeira. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 04.02.2016.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Maria Sílvia Marques dos Santos
Assessora-Chefe do Plenário

06/04/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 601.720 RIO DE JANEIRO**VOTO - VISTA**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ao negar provimento à Apelação nº 2005.001.38220, concluiu mostrar-se beneficiado pela imunidade versada no artigo 150, inciso VI, alínea “a”, da Constituição Federal imóvel pertencente à União que tenha sido cedido a empresa privada. Consignou ser esta mera concessionária, não exercendo direito sobre o bem, o que impediria a cobrança do Imposto Predial e Territorial Urbano. Os embargos declaratórios que se seguiram foram acolhidos para sanar a apontada omissão quanto aos efeitos da decisão. Assentou o Tribunal local que a declaração de nulidade do lançamento fiscal possui efeitos retroativos, alcançando os exercícios de 1999 e 2000.

No extraordinário interposto com alegado fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional, o Município do Rio de Janeiro argui a ofensa ao artigo 150, inciso VI, alínea “a”, parágrafos 2º e 3º, da Carta Federal. Aduz que a recorrida exerce o domínio útil sobre o imóvel, traduzido no direito de posse, uso e gozo do bem, a ensejar a cobrança do referido imposto nos termos do artigo 32 do Código Tributário Nacional. Afirma constar do contrato de cessão, firmado entre a empresa e a Infraero, cláusula expressa a prever que aquela deve arcar com os ônus relativos aos tributos fundiários. Salienta que a recorrida explora atividade econômica, com fins lucrativos, ante a cessão do uso do imóvel, não sendo cabível a alegação de que se estaria tributando o patrimônio da União, tendo em vista a ausência de destinação pública do bem. Requer o afastamento da imunidade tributária recíproca concedida à recorrida.

Em 17 de junho de 2011, o Tribunal, por meio do chamado “Plenário Virtual”, reconheceu a repercussão geral da matéria veiculada no recurso.

O ministro Ricardo Lewandowski, em 17 de junho de 2015, foi

RE 601720 / RJ

substituído na relatoria do caso pelo ministro Edson Fachin.

A Procuradoria-Geral da República, em parecer, opina pelo desprovisionamento do recurso, assinalando haver a jurisprudência do Supremo se consolidado sob a óptica de que o mero detentor de posse precária e desdobrada, decorrente de direito pessoal, fundada em contrato de cessão de uso, não pode figurar no polo passivo de obrigação tributária.

Foram admitidos como interessados o Município de São Paulo e a Associação Nacional dos Transportadores Ferroviários – ANTF.

Levado o recurso a julgamento no Plenário em 4 de fevereiro de 2016, o ministro relator proferiu voto no sentido de negar provimento ao recurso extraordinário interposto pelo Município do Rio de Janeiro. Entendeu não poder figurar o concessionário de uso de bem público no polo passivo da relação tributária. Assentou permanecer o imóvel pertencente à União imune ao imposto municipal, ainda que destinado à exploração comercial por terceiro.

Após debate, pedi vista do processo.

Este é o breve relatório.

Está em jogo definir se a imunidade prevista na alínea “a” do inciso VI do artigo 150 da Constituição Federal alcança, ou não, bem imóvel de propriedade da União cedido a empresa privada que explora atividade econômica.

Conforme fiz ver quando da primeira assentada, o todo que se apresenta para apreciação neste Tribunal mostra-se de suma importância, considerada potencial violação aos ditames da ordem econômica.

Ressalto o envolvimento de risco em que se coloca o pacto federativo, presente o prejuízo causado às finanças municipais diante da impossibilidade de tributar-se imóveis utilizados na exploração de atividades privadas. Em muitas situações, particulares atuam economicamente, ou seja, demonstram capacidade contributiva em sentido amplo, mas não contribuem com a coletividade por meio da arrecadação tributária. Esquivam-se desse dever fundamental alegando que os imóveis que ocupam para o desenvolvimento de suas atividades

RE 601720 / RJ

seriam beneficiados pelo disposto na regra prevista na alínea “a” do inciso VI do artigo 150 da Constituição Federal.

Quanto à imunidade tributária recíproca, de natureza subjetiva – a envolver pessoa jurídica de direito público –, descabe o entendimento que vem se firmando no Supremo a revelar extensão para além das situações versadas no artigo 150, § 2º, da Carta Maior.

Conforme assentei no julgamento do Recurso Extraordinário nº 580.264/RS, relator ministro Joaquim Barbosa, redator para o acórdão ministro Carlos Ayres Britto, julgado no Pleno em 16 de dezembro de 2010, no âmbito da repercussão geral, acórdão publicado no Diário da Justiça de 6 de outubro de 2011, oportunidade em que compus a corrente minoritária, tanto sociedades de economia mista quanto empresas públicas submetem-se ao disposto no artigo 173, § 2º, da Lei Fundamental:

O que nos vem quanto às sociedades de economia mista e não se trata, sequer, de uma sociedade de economia mista formalmente criada, o que nos vem da Constituição Federal, mais precisamente do artigo 173? As empresas públicas, as sociedades de economia mista ficam sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas. E então tem-se explicitação: “inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”.

O que se sustentou como direito líquido e certo na impetração? Que estariam os impetrantes beneficiados pela regra da alínea “a” do inciso VI do artigo 150, no que versa o que Geraldo Ataliba apontou como imunidade subjetiva, porque leva em conta a natureza jurídica do favorecido. E o preceito, ao cogitar do afastamento de impostos sobre patrimônio, renda ou serviço, uns dos outros remete, necessariamente, à cabeça do artigo.

E a cabeça do artigo é muito explícita, nela está em bom vernáculo, em bom português, a referência à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. Sequer teríamos, considerados isoladamente esses preceitos, a extensão às

RE 601720 / RJ

autarquias e às fundações. Essa extensão veio à balha com o § 2º, a versar que a vedação do inciso VI, alínea "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 as suas finalidades essenciais ou as delas decorrentes". Há inclusive uma limitação que não se verifica quanto à União, aos Estados e aos Municípios.

Dir-se-á: mas, no caso, há prestação de serviço público. Se formos levar essa premissa à última consequência, as concessionárias estarão também alcançadas pelo preceito, pela imunidade.

A situação apresentada mostra-se mais grave, uma vez haver particular atuando livremente no desenvolvimento de atividade econômica e usufruindo de vantagem advinda da utilização de bem público.

A imunidade recíproca não foi concebida com tal propósito. A previsão decorre da necessidade de observar-se, no contexto federativo, o respeito mútuo e a autonomia dos entes. Não cabe estendê-la, evitando a tributação de particulares que atuam no regime da livre concorrência.

Atendem para a limitação imposta no § 3º do artigo 150 da Carta Maior:

§ 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 contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.

Uma vez verificada atividade econômica, nem mesmo as pessoas jurídicas de direito público gozam da imunidade, o que dizer quanto às de direito privado.

Mostra-se inequívoco ser o imóvel da União empregado, por

RE 601720 / RJ

particular, em atividade de fins exclusivamente privados e com intuito lucrativo. Não há base a justificar o gozo de imunidade nos termos assentados pelo Tribunal de origem.

O ente público, ainda que não seja o responsável pela exploração direta da atividade econômica, ao ceder o imóvel ao particular, permite que o bem seja afetado a empreendimento privado. Observem que, no próprio contrato de concessão do uso, há cláusula prevendo que a concessionária arcaria com os tributos, sendo repassado inclusive o ônus do tributo municipal que se disse fundiário.

Tem-se afronta ao princípio da livre concorrência versado no artigo 170 da Constituição Federal, por estar-se conferindo ao particular uma vantagem indevida, não existente para os concorrentes. O Imposto Predial Territorial Urbano – IPTU representa relevante custo operacional, comum a todos que exercem a atividade econômica do recorrido. Afastar tal ônus de empresa que atua no setor econômico, ombreando com outras, a partir de extensão indevida da imunidade recíproca, implica desrespeito aos ditames da Constituição Federal.

Há de observar-se o disposto no artigo 32 do Código Tributário Nacional quanto à hipótese de incidência do IPTU, bem como a relação de contribuintes descrita no artigo 34. Eis os preceitos:

Art. 32. O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município.

Art. 34. Contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título.

Com a leitura dos preceitos, fica evidente que, em momento algum, o Município do Rio de Janeiro extrapolou a própria competência ao instituir e cobrar referido imposto do particular, nos termos do disposto no Código Tributário municipal:

RE 601720 / RJ

Art. 62 - Contribuinte do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil ou o seu possuidor a qualquer título.

Parágrafo único - São também contribuintes os promitentes-compradores imitidos na posse, os posseiros, ocupantes ou comodatários de imóveis pertencentes à União, aos Estados, aos Municípios, ou a quaisquer outras pessoas isentas do imposto ou a ele imunes.

A hipótese de incidência do Imposto Predial Territorial Urbano – IPTU não está limitada à propriedade do imóvel, incluindo o domínio útil e a posse do bem. O mesmo entendimento vale para o contribuinte do tributo, que não se restringe ao proprietário do imóvel, alcançando tanto o titular do domínio útil quanto o possuidor a qualquer título. Não há falar em ausência de legitimidade do ora recorrido para figurar em polo passivo da relação jurídica tributária.

Assim já me pronunciei neste Plenário quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 253.472/SP, de minha relatoria, no qual fiquei vencido, redator para o acórdão ministro Joaquim Barbosa, julgado em 25 de agosto de 2010, acórdão publicado no Diário da Justiça de 1º de fevereiro de 2011, em que se discutiu a extensão da imunidade recíproca a imóvel pertencente à União, mas sob a gestão da Companhia de Docas do Estado de São Paulo – CODESP, sociedade de economia mista federal. Na ocasião, ressaltei:

Relativamente ao IPTU, a Carta de 1988 não trouxe inovação. Compete aos municípios instituí-lo, considerada a propriedade predial e territorial urbana. Pois bem, sob tal aspecto, há muito encontra-se em vigor o disposto no artigo 32 do Código Tributário Nacional, no que revela como fato gerador do tributo a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, conforme definido na lei civil, localizado na zona urbana do município. Mais do que isso, o Código define como contribuinte do

RE 601720 / RJ

imposto em seu artigo 34 o titular de seu domínio útil ou o seu possuidor a qualquer título. Essas balizas levaram a Corte a editar, tendo em vista os casos concretos, o Verbete nº 583 da Súmula:

Promitente comprador de imóvel residencial transcrito em nome de autarquia é contribuinte do imposto predial territorial urbano.

Ora, não se afigura como fato gerador do imposto em comento apenas a propriedade, o que desaguaria na convicção de ser contribuinte de direito, sempre e sempre, o proprietário. Requer-se a existência física do imóvel, mas admissível é que se tome como fato gerador não só a propriedade, como também o domínio útil ou a posse quando esses fenômenos não estão na titularidade daquele que normalmente os tem, ou seja, o proprietário.

Pois bem, estamos diante de imóvel que ainda que não integre o patrimônio do particular, pois pertencente à União, passa a ser empregado por aquele em sua atividade comercial, de modo a extrair deste bem todo um proveito econômico. A regra da imunidade da alínea a do inciso VI do artigo 150 da Constituição Federal está restrita a instituição de imposto sobre patrimônio ou renda ou serviços das pessoas jurídicas de direito público.

Sendo pacífico como fato imponible o domínio e a posse e como contribuintes aqueles que os detenham em patrimônio e envolvida sociedade de economia mista a explorar atividade econômica, não é dado, por verdadeiro empréstimo, cogitar da imunidade. Vale frisar novamente que o § 3º do referido artigo 150 revela que as vedações do inciso VI, alínea a, do mesmo artigo não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços relacionados com a exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação e pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exoneram o promitente comprador da

RE 601720 / RJ

obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel. Ora, no caso, a recorrente possui o domínio útil do imóvel e atua na exploração de atividade econômica, sujeitando-se, ante o disposto no § 2º do artigo 173 da Constituição Federal, à incidência tributária.

Ante o quadro, conheço do recurso extraordinário formalizado pelo Município do Rio de Janeiro e o provejo, divergindo do voto proferido pelo relator, ministro Luiz Edson Fachin. Fixo a seguinte tese: “Incide o IPTU considerado imóvel de pessoa jurídica de direito público cedido a pessoa jurídica de direito privado, devedora do tributo.”

É como voto.

06/04/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 601.720 RIO DE JANEIRO

CONFIRMAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhora Presidente, se Vossa Excelência me permitir.

Cumprimento o eminente Ministro Marco Aurélio pela divergência, sempre iluminada e sólida, que acaba de inaugurar.

Nada obstante, Senhora Presidente, permito-me remanescer no voto que proferi, negando provimento e assentei em três razões fundamentais, que sintetizo apenas para explicitar - e sendo necessário - a negativa de provimento.

A primeira, segundo meu modo de ver, é a interpretação do artigo 32 do Código Tributário Nacional, mais consentânea com o Texto Constitucional, é no sentido de que a liberdade de conformação legislativa do Poder Executivo municipal está adstrita à posse que, per se, pode conduzir, ou possa conduzir à propriedade. Portanto, quando se cuida de tratar da base de incidência dessa hipótese tributária, estamos a falar não de toda e qualquer posse, estamos a falar de uma posse com *animus domini*, como aqui já foi referido.

Em segundo lugar, o particular concessionário de uso de bem público não pode ser eleito, por força de lei municipal, para figurar como sujeito passivo de obrigação tributária referente a IPTU, porque a sua posse, nesse caso, é desdobrada.

E o terceiro ponto que acolhi em meu voto foi no sentido de que o imóvel qualificado como bem público federal remanesce imune aos tributos fundiários municipais, ainda que destinado à exploração comercial, por força da alínea "a" do inciso VI do artigo 150 da Constituição Federal.

E, com todas as vênias, não me impressiona o fato de que o contrato se refere a eventual dever de pagar o IPTU, porque a superação do nominalismo contratual não permite que o contrato altere a natureza jurídica de um bem que lhe deriva pela sua dimensão em si mesma, ou

RE 601720 / RJ

seja, ontológica.

Além disso, no meu voto, reproduzi a lição do Professor Ricardo Lodi Ribeiro precisamente nessa direção, que assentou:

"(...) não é qualquer posse que gera a incidência do tributo (...). Em consequência, é tributada a posse originária que não deriva de um negócio jurídico com o proprietário, onde o possessor revela o *animus domini* (...)" - ou seja, a posse apta para gerar usucapião.

E filiei-me à orientação - que, a esta altura, já não sei se remanesce segura - predominante, até onde depreendi, desta Corte nos precedentes: RE nº 265.749, da relatoria do saudoso Ministro Maurício Corrêa, e RE nº 253.394, da relatoria do Ministro Ilmar Galvão. E também colhi, neste último, manifestação do eminente Ministro e Professor José Carlos Moreira Alves, onde assentou:

"O que se pode suscitar não é o problema de posse com *animus domini*, mas posse exclusiva, porque aqui há desdobramento de posse, pois, obviamente, ele tem posse direta. Esta, a concessionária, evidentemente, tem." - é posse, portanto, direta ou desdobrada, como disse antes - "O problema é saber se o Código Tributário, quando fala em posse, fala em posse exclusiva, em que não há desdobramento; e quando se trata de posse exclusiva, aí, sim, o possuidor responde. Quando se trata de posse desdobrada (...), o possuidor direto não responde." - que é o caso.

Portanto, peço vênua à douda divergência, mas entendo que a hipótese é mesmo de negar provimento, por esses e pelos fundamentos que a orientação que depreendo predominante nesta Corte indica.

06/04/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 601.720 RIO DE JANEIRO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, no caso pretérito, o Tribunal concluiu que incide o IPTU, considerada sociedade de economia mista. Aqui se trata de concessionária de veículos. Onde situada, Avenida Ayrton Senna, no Rio de Janeiro, há diversas concessionárias, ou seja, a recorrida é Barrafor Veículos Ltda.

06/04/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 601.720 RIO DE JANEIRO

VOTO - VOGAL

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: 1. Cuida-se de recurso originado em ação anulatória de débito fiscal promovida pelo Município do Rio de Janeiro para a cobrança de IPTU sobre imóvel que, embora de titularidade da União, é administrado pela INFRAERO. A empresa ora recorrida, que obteve direitos de uso do bem após celebrar termo de concessão com a INFRAERO, questiona sua inclusão no polo passivo da obrigação tributária, sob a alegação de que não deteria qualquer relação de direito real com o imóvel em questão.

A postulação do contribuinte foi acolhida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, cujo acórdão foi assim ementado, no que interessa:

“(…)

Existência de imunidade tributária sobre o bem imóvel da União, e que foi entregue para exploração econômica por parte da empresa aqui autora.

Impossibilidade de, a teor do que dispõe o art. 34 do CTN, proceder-se à cobrança do tributo IPTU sobre quem não detém nem o domínio nem a posse sobre o referido bem.”

No presente recurso extraordinário, o Município do Rio de Janeiro alega que a decisão do TJRJ traduziria interpretação equivocada da norma constitucional de imunidade (art. 150, IV, §§ 2º e 3º, da CF), pois ela não deveria abranger *“patrimônio relacionado com a exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis aos empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelos usuários”*, até porque isso implicaria um privilégio não condizente o princípio da livre concorrência (arts. 1º, IV; e 170, IV, da CF/88).

Oficiando como Relator, o Ministro Edson Fachin votou pelo desprovimento do recurso, por entender, em suma, que a natureza real

RE 601720 / RJ

do IPTU não viabilizaria a sua exigência em relação a meros cessionários de bens públicos, detentores de posse precária e desdobrada. Na sequência, pediu vista do o Min. Marco Aurélio.

2. É importante recuperar, a princípio, os pressupostos dogmáticos que determinaram a positivação das normas de imunidade nos ordenamentos constitucionais.

A elaboração do instituto partiu da premissa de que, nos universos federativos, as competências atribuídas a cada unidade são, na verdade, linhas condutoras a serviço de um mesmo objetivo, que é o projeto constitucional de bem comum. Esse projeto só pode ser executado se todos cumprirem suas respectivas responsabilidades a contento, em regime de cooperação, o que faz com que cada um seja reciprocamente interessado no êxito institucional dos demais. Em termos federativos, portanto, não faz sentido que uma determinada pessoa política venha a impor interesses arrecadatórios face às demais. Todas devem possuir plena liberdade política para aplicar seu patrimônio, rendas e serviços nos respectivos fins, da maneira que melhor lhes aprouver.

A doutrina das imunidades intergovernamentais surgiu na Corte Suprema Americana, em 1819, no famoso caso *Mac Culloch v. Marland*, onde a Corte entendeu pela impossibilidade do Estado de Maryland tributar filiais do Banco nacional, tendo MARSHALL definido como previsão constitucional implícita a impossibilidade de “taxação” estadual em instrumentos federais, expondo que se os Estados pudessem taxar instrumentos utilizados pelo Governo Federal, no exercício de suas atribuições, poderiam intervir no exercício de suas competências constitucionais. No referido julgamento, MARSHALL cunhou a famosa frase, citada internacionalmente, de que “o poder de tributar envolve o poder de destruir” (*the power to tax involves the power to destroy*), ao afirmar que “o direito de taxar, sem limite nem contraste, é, na sua essência, o direito e exterminar, ou de destruir; e, se uma instituição

RE 601720 / RJ

nacional pode ser assim destruída, todas as outras poderão, igualmente, ser destruídas”.

À partir desse julgamento, a doutrina da imunidade intergovernamental foi ganhando seus contornos atuais, incluindo, também, a imunidade dos Estados em relação ao Governo federal, assentada na impossibilidade de um ente estatal poder, por meio de tributos, impedir ou mesmo interferir na independência do exercício das competências constitucionais do outro ente federativo (*Buffington v. Day*, *United States v. Baltimore and Ohio Railroad Co* e *Pollok v. Farnesr's Loan & Trust Co.*).

Posteriormente, no final da década de 30, a Suprema Corte Americana especificou que as imunidades recíprocas deveriam ser aplicadas somente em relação ao exercício das competências governamentais, não tendo incidência nas questões de natureza comercial (*Helvering v. Power*, *Allen v. Regents of University of Georgia*, *Helvering v. Gearardt*, *Graves v. ex. re. O'Keefe*).

Assim sendo, também no Brasil, a imunidade recíproca é uma prerrogativa que decorre diretamente da autonomia das unidades federativas (art. 18), e pressupõe mútua autocontenção, no que diz respeito ao exercício das competências tributárias. É por isso que se diz que a imunidade recíproca é uma norma implícita às federações, que a rigor nem necessitaria de previsão expressa.

Imunidade recíproca corresponde, portanto, a um parâmetro oclusivo do poder tributante, por meio do qual o texto constitucional (a) busca afirmar a igualdade dos diferentes entes políticos; (b) preserva a execução federativamente equilibrada das atribuições dos diferentes níveis de governo, sem que possa existir interferência na autonomia de cada um deles; e (c) reconhece que a arrecadação obtida por cada um deles é vertida em prol de finalidades públicas igualmente importantes para a realização dos projetos constitucionais.

Em última análise, é a vinculação às finalidades públicas que legitima a norma imunizante, e é também ela que incompatibiliza o conceito de capacidade contributiva com as receitas públicas. Dada a

RE 601720 / RJ

essencialidade do elemento teleológico, a imunidade recíproca tende a encontrar limitação nas hipóteses em que o patrimônio pertencente aos entes federados perca sua pertinência com vertentes do interesse público. Eis a razão porque as normas do art. 150, §§ 2º e 3º, da CF, atrelam a incidência da imunidade ao cumprimento de finalidades públicas, como bem salientado por LUIS EDUARDO SCHOUERI:

Cabe alertar que nem todas as imunidades têm igual fundamento e igual peso. Deve-se questionar qual a função da imunidade para propor a norma da imunidade.” (SCHOUERI, Luís Eduardo. *Imunidade tributária recíproca e cobrança de tarifas*. In “Direito: teoria e experiência: estudos em homenagem a Eros Roberto Grau”. São Paulo: Malheiros, 2013, v. 2, p. 1428-1429)

Os fatores subjetivo e finalístico, apesar de relevantes, não são os únicos a condicionar a incidência da norma constitucional de imunidade. É preciso considerar que há estratégias de organização administrativa do Estado que podem implicar consequências prejudiciais para o equilíbrio econômico. Quando, além da desassociação às finalidades públicas, houver risco de perturbação para a realidade econômica, a subsistência da norma de imunidade tornar-se-á bastante criticável, ante a necessidade de preservar o equilíbrio concorrencial típico da livre iniciativa.

Este, aliás, é a razão da previsão do art. 173, § 2º, da CF, que exclui o patrimônio de empresas públicas e sociedades de economia mista da cobertura da imunidade recíproca:

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

(...)

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

RE 601720 / RJ

O que se depreende, da leitura contextualizada dos arts. 150, IV, e §§ 2º e 3º; e 173, § 2º, da Constituição Federal, é que nem todo patrimônio titularizado pelos entes federativos está compreendido na norma de imunidade recíproca, podendo haver tributação caso pessoas de direito privado constituídas com capital público se dediquem à exploração de atividade econômica.

Como destacado por PINTO FERREIRA, ao comentar o §3º, do art. 150:

“O preceito comentado exclui da vedação tributária o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com a exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis e empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou serviços pelo usuário.

(...)

Não existe imunidade tributária dos serviços públicos remunerados por preço público (gênero) nem das atividades econômicas de entidades tributantes cujo regime jurídico seja de direito privado” (*Comentários à Constituição brasileira*. 5. vol. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 358).

3. O que se coloca, no caso concreto, é saber se a proteção imunizante do art. 150, IV, da CF pode regredir quando seja incontestado que bem imóvel do patrimônio de ente federativo já não mais esteja afetado a qualquer destinação social, funcionando apenas como elemento para alavancar o desempenho de atividade particular de propósitos exclusivamente econômicos.

Nesses casos, como ensina IVES GANDRA, não se aplica a imunidade recíproca, pois o legislador constituinte a afastou das:

“... atividades econômicas dos entes tributantes, cujo regime jurídico seja de natureza privada, no que agiu bem. A intervenção concorrencial, à evidência, é típica atuação do Estado na área de atuação preferencial do setor privado, razão pela qual a imunidade não se justifica” (*Comentários à*

RE 601720 / RJ

Constituição do Brasil. 6. vol. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 201-202).

O voto proferido pelo Min. JOAQUIM BARBOSA na relatoria do RE 434.251, igualmente, admitiu a impossibilidade de aplicação da norma de imunidade recíproca nessa situação:

(...) a aplicabilidade da imunidade recíproca depende da superação ou aprovação em teste de três estágios, presente a Constituição como parâmetro de controle, quais sejam:

1) A imunidade é subjetiva, isto é, ela se aplica à propriedade, bens e serviços utilizados na satisfação dos objetivos institucionais imanentes do ente federado, cuja tributação poderia colocar em risco a respectiva autonomia política. Em consequência, é incorreto ler a cláusula de imunização de modo a reduzi-la a mero instrumento destinado a dar ao ente federado condições de contratar em condições mais vantajosas, independentemente do contexto;

2) Atividades de exploração econômica, destinadas primordialmente a aumentar o patrimônio do Estado ou de particulares, devem ser submetidas à tributação, por apresentarem-se como manifestações de riqueza e deixarem a salvo a autonomia política. Em decorrência, a circunstância de a atividade ser desenvolvida em regime de monopólio, por concessão ou por delegação, é de todo irrelevante;

3) A desoneração não deve ter como efeito colateral relevante a quebra dos princípios da livre-concorrência e do exercício de atividade profissional ou econômica lícita. Em princípio, o sucesso ou a desventura empresarial devem pautar-se por virtudes e vícios próprios do mercado e da administração, sem que a intervenção do Estado seja favor preponderante.

No caso em exame, a propriedade que a parte-recorrida pretende ver livre do imposto **falha** nos três estágios do teste.

A recorrida exerce atividade inequivocamente alheia à administração aeroportuária, consistente na exploração *do ramo*

RE 601720 / RJ

do comércio de importação e exportação de automóveis, caminhões, motores e quaisquer espécie de veículos automotores, inclusive peças e acessórios, oficina, mecânica, reparos, pinturas de quaisquer veículos e outras atividades correlatas ao ramo automobilístico (Cláusula segunda do contrato social fls. 37).

A atividade, por seu turno, tem por finalidade aumentar o patrimônio das pessoas que se associaram na empreitada. Não é ela destinada à filantropia ou à benemerência.

Ainda de forma semelhante ao caso versado no paradigma indicado, o contrato TC 2.98.65.025-8 também prevê que a responsabilidade pelo pagamento de tributos municipais recairá sobre o concessionário (cláusula 3 fls. 63). Dificilmente seria possível concordar que a tributação implicaria surpresa ao contribuinte, que, espera-se, considerou a carga tributária em suas previsões de custo.

Por fim, a desoneração pretendida tem como efeito colateral garantir vantagem competitiva artificial, na medida em que a retirada de um custo permite o aumento do lucro ou a formação de preços menores.

Convencimento semelhante acaba de ser externado pelo Min. Marco Aurélio, em voto-vista pelo provimento do presente recurso extraordinário.

4. Penso, também eu, que a norma de imunidade recíproca deve recuar na presente circunstância, viabilizando a cobrança do IPTU em relação ao cessionário.

Na linha do que foi ponderado na parte introdutória deste voto, é elementar que os entes políticos desfrutem da mais plena disponibilidade de seus respectivos patrimônios, podendo tirar deles o melhor proveito que consigam, sem que sejam tolhidos por pretensões tributantes dos demais. A decisão de ceder temporariamente o uso de determinado imóvel, obtendo incremento de receita patrimonial, é uma decisão que está no âmbito de autodeterminação de cada unidade da Federação.

RE 601720 / RJ

Porém, quando a cessão transfere o uso do imóvel para finalidades estranhas ao interesse público, a propriedade perde o atributo social que lhe caracterizava enquanto parte do acervo de bens públicos, passando a ser usufruída unicamente para a satisfação dos objetivos privados de outrem, com consequências competitivas para o segmento econômico afetado. Mais que isso. O aproveitamento exclusivamente privado do imóvel pode repercutir inclusive na geração de externalidades urbanísticas negativas. Isso foi observado pelo Min. Gilmar Mendes nos debates ocorridos durante o julgamento do RE 607.120:

Todos nós sabemos que essa matéria tem sido objeto de uma jurisprudência bastante pacífica e, depois, até ampliada, na linha da compreensão agora exposta pelo Ministro Fachin, do conceito da imunidade recíproca, da imunidade tributária. Todavia, nós já tivemos oportunidade, num dos debates ocorridos no final do ano passado, no segundo semestre, de pelo menos suscitar dúvida sobre a correção material dessa opção, tendo em vista inclusive, hoje, a possibilidade de generalização - vamos chamar assim - dessas práticas de privatização, no sentido amplo, do patrimônio estatal.

Eu tive oportunidade, em algum momento, de receber a visita do prefeito de Santos, que chamava a atenção para a situação daquele município costeiro de São Paulo, em face dos terminais amplos da Codesp e outros, e do bloqueio no que diz respeito à possibilidade de impor o IPTU, ressaltando que se trata de uma atividade privada que onera significativamente a municipalidade. Vossa Excelência, que é especialista em Direito Administrativo, inclusive teve oportunidade de lidar com a questão metropolitana, percebe bem isso. Quer dizer, na medida em que não há possibilidade de o município tributar essa atividade, por outro lado, ele é sobreonerado, porque tem, no âmbito dos seus territórios, um serviço que traz carga, sujeira, gente, em suma, que sobreonera todas...

A desafetação do imóvel de suas finalidades públicas, além de

RE 601720 / RJ

implicar estreitamento da cobertura da imunidade recíproca, faz surgir, no quadro territorial das cidades, uma nova plataforma de riqueza que antes não existia, e que é compatível com a noção de propriedade embutida na norma do art. 156, I, da CF, cuja amplitude não é prisioneira do purismo conceitual do termo no direito civil.

Raciocínio semelhante foi realizado pelo Min. CEZAR PELUSO, no julgamento do RE 434.251:

“Não há dúvida nenhuma que, no caso, o contribuinte é titular de posse exclusiva, de posse direta. Evidentemente, pelo desdobramento da posse, a União continua ser possuidora indireta, mas o imposto não está sendo lançado sobre a União, está sendo lançado sobre o possuidor a qualquer título.

A pergunta é: por que o Código Tributário Nacional faz essa distinção? Se há sempre um proprietário teórico, então ele seria sempre o responsável; se é o titular de domínio útil, ele seria sempre responsável. Por que se pensa também no possuidor a qualquer título? Poder-se-ia dizer que há casos de terras adéspotas ou coisa semelhante, de modo que poderia ser qualquer possuidor.

O parágrafo único ainda é mais taxativo. Prescreve:

"Parágrafo único - São também contribuintes o promitente comprador emitido na posse, os posseiros, ocupantes ou comodatários de imóveis pertencentes à União, Estados ou Municípios, ou a quaisquer outras pessoas isentas ou imunes. "

Isto é, o Código Tributário Nacional prevê exatamente a hipótese em que, não obstante o imóvel seja de ente federado, por algum destes títulos jurídicos, comodato, locação, até poderíamos pensar eventualmente em imóvel desafetado, promissário comprador, etc, nesses casos, a posse direta exclusiva é o fato gerador e, por via de consequência, esse possuidor direto tem que pagar o imposto. No presente caso, o que estamos fazendo? Não se onera a União, porque ela realmente não responde pelo imposto, e se deixa de onerar aquele que tira da exploração do bem da União um lucro na atividade econômica, como uma empresa qualquer.”

RE 601720 / RJ

As formas contratuais pelas quais o poder público consente (cessão, arrendamento, etc.) em consignar o uso de seus bens imóveis aos desideratos da iniciativa privada configuram títulos jurídicos que realmente viabilizam a exigência de IPTU. Com todas as vênias dos que entendem de outra maneira, admitir o contrário é condescender com o completo extravio finalístico da norma de imunidade tributária, criando efeitos deletérios para a realidade competitiva dos mercados atingidos.

Submeto ao Plenário, para efeito de repercussão geral, a seguinte tese: *“A norma constitucional de imunidade recíproca (art. 150, IV, a, e §§ 2º e 3º) não abrange imóveis de titularidade dos entes políticos cujo uso tenha sido cedido a empresas privadas para exploração de atividade econômica, sendo legítima a exigência de IPTU em face dessas pessoas de direito privado”*.

5. Ante o exposto, renovando vênias ao Min. Relator, divirjo para dar provimento ao recurso, acompanhando o Min. Marco Aurélio.

É o voto.

06/04/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 601.720 RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, eu acho que a lógica que nós adotamos na decisão anterior se aplica mais intensamente aqui.

E apenas para lembrar: a imunidade recíproca, prevista no artigo 150, VI, "b", da Constituição, destina-se a proteger o pacto federativo e impedir que uma entidade estatal exerça poder tributário sobre outra.

Aqui não é caso de arrendamento, mas, sim, de cessão de uso, mas, de qualquer forma, cessão de uso a uma empresa privada.

Neste caso, ao contrário do anterior, que envolvia a Petrobrás, não se trata sequer de empresa de economia mista. É uma empresa tipicamente comercial.

Como observei anteriormente são contratos de longa duração, vinte e cinco anos para mais, e eu considero que, para fins do artigo 32 do Código Tributário Nacional, essa detenção caracteriza posse, e posse não precária, razão pela qual pode incidir o Imposto sobre Propriedade Territorial Urbana.

De novo, aqui, e mais ainda do que no caso anterior, há o problema da vantagem competitiva. E eu conheço a área, é ali na Avenida Ayrton Senna, em que um lado da avenida pertence à Infraero. Na verdade, pertence à União, que cede à Infraero, que cede para a empresa privada. O outro lado não pertence à Infraero.

De modo que as concessionárias que estão de um lado da rua desfrutam de imunidade, e as que estão do outro lado da rua não desfrutam. O que, a meu ver, com todas as vênias, não preenche qualquer sentido.

A única coisa, Presidente, que proponho de diferente e submeto aos eminente Colegas - pedindo vênias ao Ministro Marco Aurélio, que eu sei que tem compreensão diferente - é que, no caso anterior, o do Porto de Santos, nós estávamos, Ministra Rosa, mantendo decisão que vinha de

RE 601720 / RJ

origem, no sentido de ser devido o IPTU.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mantendo? Reformamos, provemos ou desprovemos, não é?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Nós desprovemos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Está certo, mantendo, portanto, o acórdão de origem.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mantivemos.

Mas aqui nós estamos provendo e conseqüentemente, neste caso, verdadeiramente, nós estamos modificando a jurisprudência do Supremo.

E, aí, eu entendo - e de longa data defendo isso - que, sempre que o Tribunal Federal muda, em matéria tributária, uma jurisprudência consolidada, essa alteração deve ser equiparada à criação de um tributo.

E, conseqüentemente, eu acho que nós devemos modular e somente aplicar o novo entendimento para as novas situações, salvo aquelas já ajuizadas nesta data.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Pois não, Ministro Marco Aurélio, com muito prazer.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, sempre entendi a jurisprudência do Supremo potencializando a prestação de um serviço público pelo ocupante do imóvel. Aqui não há a prestação de serviço público, a não ser o serviço público-gênero, no que se atende aos cidadãos, em geral, que desejem adquirir veículos.

Por isso, a meu ver, descabe cogitar da modulação – que não cogito, principalmente, em processos de índole subjetiva – do pronunciamento do Tribunal.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, aqui - antes de ouvir o Advogado, que ouvirei com muito prazer - tanto o Ministro Fachin, no seu voto, como o Ministro Celso de Mello e como Vossa Excelência ...

RE 601720 / RJ

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Não, ia pedir o aparte a Vossa Excelência para esclarecer o meu voto.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Então, voltando o Ministro Fachin, claramente, enunciou, e eu concordo com Sua Excelência, que esse era o entendimento que vigia no Tribunal.

Até porque, em rigor técnico, o entendimento que vigia no Tribunal é o de que o imposto só poderia incidir sobre a propriedade. Na verdade, nós estamos admitindo aqui a incidência do tributo sobre a posse, porque a propriedade ninguém discute que tenha deixado de ser da União.

De modo que, verdadeiramente, pedindo vênica ao Ministro Marco Aurélio, eu estou convencido de que nós estamos, sim, mudando uma jurisprudência.

Pois não, Ministra Cármem, com muito gosto.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Ministro, votei - como acabamos de ver - vencida nessa matéria, porque aplicava a jurisprudência anterior e quando votei, no Plenário, naquela modalidade, especificamente, a gente fazia referência - como fiz nos meus votos, e como todos fizeram - diferenciando - o que era uma sociedade de economia mista - entre a prestadora de serviço público e a exploradora de atividade econômica.

Neste caso, trago voto escrito exatamente no sentido da divergência agora iniciada pelo Ministro Marco Aurélio, citando, inclusive, precedentes no sentido de prover o recurso, porque, neste caso, estou seguindo o convencimento que sempre tive.

A divergência que apresentava no voto anterior era a de que ali nós tínhamos discutido se, no caso daquelas entidades - sociedade de economia mista, no caso específico da Codesp - do Porto de Santos, se era atividade econômica, se era uma prestação de serviço público, ou se era uma atividade que garantiria a atividade-fim daquela sociedade de economia mista.

Neste caso, estou trazendo voto divergindo do Ministro Edson Fachin, exatamente na esteira do que sempre votei. Acho que, neste caso, não há mudança de jurisprudência, porque - depois posso passar para

RE 601720 / RJ

Vossa Excelência - cito muitos precedentes que, nesta linha, fazem com que acompanhe a orientação que agora vem no voto do Ministro Marco Aurélio. São situações diferentes.

Neste caso, o Município tem razão, já na esteira do que vínhamos decidindo. Cito, por exemplo, decisões que são de 2007, da Segunda Turma - que nem era integrada por mim -, uma outra da Segunda Turma, todas na mesma direção.

Até sem embargo de podermos, ao final, conforme o resultado, chegarmos a discutir, apenas para deixar claro que, neste caso, estou votando, baseada em precedentes - alguns dos quais fiz parte votando ou fui Relatora - que eram exatamente nesse sentido. Então, não estamos mudando a jurisprudência.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Gostaria de ver e terei muito prazer em ler o voto de Vossa Excelência, mas, da pesquisa que fiz e do convencimento que eu tenho, o Plenário não tributava, porque entendia que o imposto só poderia incidir sobre o titular da propriedade e não sobre quem, eventualmente, detivesse posse, que foi, aliás, precisamente o ponto que Ministro Luiz Edson Fachin, que mantinha a jurisprudência, reforçou, agora, no voto que acabou de proferir. Eu evidentemente vou ler o voto de Vossa Excelência, mas, neste momento, eu estou convencido de que nós estamos mudando a jurisprudência.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Em um item, aqui, em um precedente, disse: nesse mesmo sentido, os seguintes precedentes...

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - Plenário?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Das duas Turmas. Não sei se algum julgado do Plenário. Mas isso significa que nós já tínhamos uma jurisprudência. Quando há desavença entre as duas Turmas..., mas realmente não há. Só em um item do meu voto, item 4, estou citando Ministro Eros Grau, Ministro Nelson Jobim, Ministro Maurício Corrêa e Ministro Gilmar Mendes. E, independente disso, apenas estou chamando a atenção, porque este é um ponto que fica

RE 601720 / RJ

mesmo para o final.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu vou olhar. Mas há uma clara divergência entre o que Vossa Excelência está afirmando e o que o Ministro Luiz Edson Fachin e o Ministro Ricardo Lewandowski afirmaram, no tocante à jurisprudência que se seguia.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - No primeiro caso, sim. No primeiro caso, também acompanhei e fiquei vencida com o Ministro Edson Fachin. Não neste caso.

Agradeço a Vossa Excelência o aparte.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu ainda estou votando, Presidente, e teria muito gosto de ouvir o ilustre Advogado, se Vossa Excelência estiver de acordo e o Relator também.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Claro! Vossa Excelência, por favor, tem a palavra!

O SENHOR RICARDO ALMEIDA (PROCURADOR DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO) - Senhora Presidente, só uma questão em relação a eventual modulação. Não sei se irá avançar agora sobre o tema da modulação, mas os tributos lançados estão em execução fiscal, então, há um ajuizamento das cobranças. Há algumas exceções em que o lançamento foi feito apenas para prevenir decadência. Modular para aplicar só para o futuro criaria uma enorme injustiça para os municípios, que vêm batalhando há muitos anos para cobrar, tanto é que essa matéria chegou até agora ao Supremo e aguarda-se essa decisão para que as cobranças, então, possam ser efetivadas.

Muito obrigado!

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Sigo, Presidente, então, o meu voto.

Quero ver a posição de Vossa Excelência, que lerei com todo o interesse, mas meu convencimento vem, acórdão relatado pelo Ministro Eros Roberto Grau:

Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido da impossibilidade do detentor da posse, decorrente de contrato de concessão de uso, figurar no polo passivo da obrigação tributária.

RE 601720 / RJ

Precedentes, impossibilidade de tributação, pela municipalidade, dos terrenos de propriedade da União em face da imunidade prevista no artigo tal.

Relatoria do Ministro Eros Grau.

Relatoria do Ministro Gilmar Mendes:

IPTU. Imóvel da União destinado à exploração comercial. Contrato de concessão de uso. Posse precária. Impossibilidade de a recorrida figurar no polo passivo da obrigação tributária. Precedentes.

Portanto, esses dois precedentes me induziram à convicção de que esta é a linha de entendimento que tem prevalecido e também foi isso que extraí do voto do Ministro Fachin, que, claramente, enunciou que seguia a linha de precedentes, tal como eu os interpretava, porque considero, portanto, que está havendo uma mudança de orientação - e pedindo todas as vênias ao ilustre Advogado e Procurador do Município que esteve na tribuna, Doutor Ricardo Almeida -, esta é uma posição institucional histórica minha, que eu acho que é de justiça tributária: se se mudou uma jurisprudência consolidada, não se deve aplicar o entendimento retroativamente, salvo a quem, não se conformando, já estava questionando a matéria em juízo. De modo que, ao modular, eu proponho, Presidente, ressaltar quem já estivesse em juízo.

A minha tese é a mesma tese do caso anterior, apenas com o acréscimo dessa proposta de modulação.

É como voto, Presidente.

06/04/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 601.720 RIO DE JANEIRO

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhora Presidente, na linha do que defendi anteriormente, entendo que a leitura que eu faço da Constituição, onde assegura imunidade recíproca, não se abrange a hipótese que nós estamos a analisar.

Por isso, pedindo toda vênia ao Ministro Fachin – e é muito difícil divergir de Sua Excelência, tamanha a lucidez dos fundamentos que apresenta –, eu acompanho a divergência aberta pelo Ministro Marco Aurélio.

06/04/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 601.720 RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Presidente, pedindo vênias ao Ministro Luiz Edson Fachin, eu mantenho a coerência do voto anterior, que é o meu entendimento já externado no Superior Tribunal de Justiça, e acompanho o Ministro-Relator.

06/04/2017**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 601.720 RIO DE JANEIRO****VOTO**

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhora Presidente, mantendo a coerência com o que externei no julgamento anterior, eu queria dizer que, se eu entendo que uma empresa de economia mista, por atuar no campo do Direito Privado, exercendo atividades sob o regime de concorrência e buscando lucro, deve pagar IPTU e não está protegida pela imunidade recíproca que a Constituição garante aos entes federados, com muito maior razão, neste caso, penso que uma empresa privada está sujeita a essa exação.

Com relação à modulação, eu ousaria dizer o seguinte: que nós, em casos anteriores, temos aguardado eventuais embargos declaratórios. Vossa Excelência, inclusive, Senhora Presidente, no último caso, decidiu neste sentido, e esta sugestão de Vossa Excelência foi acatada pelo Plenário, exatamente considerando que, em sede de embargos, a questão da modulação pode ser discutida mais amplamente, porque, neste momento, nada foi suscitado de concreto.

Então, quanto à modulação, eu aguardaria eventuais embargos declaratórios de ambas as partes, e, aí, nós teríamos um panorama mais amplo para nos pronunciarmos sobre a matéria, se é que eles venham a ser protocolados.

06/04/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 601.720 RIO DE JANEIRO

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: **Peço vênia**, Senhora Presidente, **para acompanhar** a douta manifestação do eminente Ministro EDSON FACHIN, **Relator** da presente causa.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ministro Celso, Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Pois não.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Em primeiro lugar, eu estou retirando a proposta de modulação neste momento. Dentre outras razões, pela ausência de dois Colegas. Essa é uma matéria em que o quórum faz muita diferença.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: *Realmente, a modulação temporal exige, para tornar-se eficaz, um mínimo* de 08 (oito) votos dos Ministros desta Corte.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu gostaria de dizer que eu acho perfeitamente legítima a opção por debater a modulação em embargos de declaração. Acho que essa é uma possibilidade - e temos adotado algumas vezes. Como também acho que é legítimo, desde logo, enfrentarmos se o Relator ou algum Colega propuser, porque, como eu acho que a modulação se dá por fundamento constitucional, que dizer, na verdade, a modulação, como já disse, é: você pondera a norma constitucional que foi violada, com a norma constitucional que postula a permanência dos efeitos já produzidos, como é uma questão constitucional, eu acho que ela pode ser deduzida de

RE 601720 / RJ

ofício.

Mas, neste caso, tanto pela ausência de Colegas, como para que se permita um debate mais adequado, eu estou retirando a proposta e acompanhando a ideia de Vossa Excelência de que isso se faça em embargos de declaração.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Certo, esse tema pode ser veiculado em sede de embargos de declaração.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - E aqui há em reforço da posição da nossa Presidente, que questiona se houve ou não mudança de jurisprudência. Também isso seria bom esclarecer.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Pelo menos polêmica, não é Ministro Barroso, a questão sempre foi.

Recordo-me de que, no debate Recurso Extraordinário nº 451, o Ministro Joaquim Barbosa, por exemplo, nunca se contentou com o resultado, instando sempre para que se voltasse a discutir.

E o Ministro Gilmar Mendes, em dois votos de que me lembro de memória, dizia: precisamos continuar a discutir, porque ele mesmo repensaria a questão - quer dizer, a matéria sempre foi polêmica aqui.

Mas também devo dizer que já tivemos as duas situações nesses últimos dias do mês de março. Tanto no caso em que foi aceito, porque tínhamos os elementos suficientes, como no caso lembrado agora pelo Ministro Lewandowski, em que nós preferimos aguardar, se fosse o caso dos embargos, que, aí, nós não teríamos os elementos suficientes para ver.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Reforçando o que Vossa Excelência está a dizer, eu levantei essa questão quando foi proposta de ofício a modulação de efeitos e eu o disse: mas, há poucas Sessões, num processo de relatoria da nossa Presidente - ICMS, na base de cálculo do PIS-COFINS - nós entendemos que seria mais adequado aguardar a provocação da parte via embargos de declaração, justamente para conseguir adequar um procedimento diverso. E, aí, concluímos que havia possibilidade, sim, de ofício, e, assim decidimos.

06/04/2017**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 601.720 RIO DE JANEIRO**

RELATOR	: MIN. EDSON FACHIN
REDATOR DO ACÓRDÃO	: MIN. MARCO AURÉLIO
RECTE.(S)	: MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S)	: ELIANA DA COSTA LOURENÇO
RECDO.(A/S)	: BARRAFOR VEÍCULOS LTDA
ADV.(A/S)	: ANDRE FURTADO
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS TRANSPORTES FERROVIÁRIOS - ANTF
ADV.(A/S)	: SACHA CALMON NAVARRO COELHO
AM. CURIAE.	: MUNICIPIO DE SAO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE.	: DISTRITO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS SECRETARIAS DE FINANÇAS DAS CAPITAIS BRASILEIRA - ABRASF
ADV.(A/S)	: GABRIELA WATSON E OUTRO(A/S)

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhora Presidente, só para contribuir, porque trago aqui talvez um elemento formal novo.

O novo Código de Processo Civil estabelece que o processo deve ser ordenado segundo os valores constitucionais. Um desses valores é a segurança jurídica. A alteração de jurisprudência, de alguma maneira, está imbricada com a questão da segurança jurídica.

O artigo 922 do Novo Código de Processo Civil foi exatamente elaborado no afã de se garantir a segurança jurídica nessas hipóteses de alteração da jurisprudência já sedimentada, que, no caso, nós não sabemos se ela era ou não sedimentada, vamos analisar. Mas, eu digo isso para efeito de ressaltar que os tribunais podem, sim, agir de ofício na modulação.

RE 601720 / RJ

É o que diz o art. 927:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: (...) Aí tem, aqui, uma hierarquia na jurisprudência, os Tribunais de Apelação respeitam, o STJ matéria infra, e o Supremo matéria constitucional. (...)

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

Então, isso é uma regra *in procedendo* dirigida aos juízes e aos tribunais. Portanto, se antes nós não podíamos - porque sequer prevíamos a ação -, agora nós podemos, de ofício, no mesmo julgamento, até porque é melhor que se faça logo do que se aguardar os embargos de declaração.

06/04/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 601.720 RIO DE JANEIRO

V O T O

A Senhora Ministra Cármen Lúcia (Vogal):

1. Em 22.9.2011, este Supremo Tribunal reconheceu a repercussão geral da questão constitucional tratada no processo, no qual se discute “o alcance da imunidade tributária recíproca, prevista no art. 150, VI, a, da Constituição Federal, em relação aos imóveis que, embora pertencentes aos entes públicos, são utilizados por concessionários ou permissionários para a exploração de atividades econômicas com fins lucrativos”.

Decidiu-se, no acórdão recorrido, que “concessionária de uso de imóvel pertencente a ente público não pode ser considerada contribuinte de IPTU, porquanto não detém domínio ou posse do bem, conforme o disposto no art. 34 do CTN”.

Transcrevo do acórdão no qual reconhecida a repercussão geral:

“Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Município do Rio de Janeiro contra acórdão que entendeu que a imunidade recíproca (art. 150, VI, a, CF) alcança imóvel de propriedade da União cedido à empresa privada para a exploração de atividade econômica.

Nesse julgamento, concluiu-se, ainda, que concessionária de uso de imóvel pertencente a ente público, por não ter domínio ou posse sobre o referido bem, não pode ser considerada como contribuinte de IPTU.

O acórdão possui a seguinte ementa:

Apelação. Ação anulatória de débito fiscal, com pedido de declaração de inexistência de relação jurídico-tributária. IPTU. Responsável tributário. Contrato de concessão de uso de imóvel

RE 601720 / RJ

pertencente à União. Existência de imunidade tributária sobre o bem imóvel da União, e que foi entregue para exploração econômica por parte da empresa aqui autora. Impossibilidade de, a teor do que dispõe o art. 34 do CTN, proceder-se à cobrança do tributo IPTU sobre quem não detém nem o domínio nem a posse sobre o referido bem. Sentença de primeiro grau que deu ao tema a correta solução jurídica sob todos os aspectos em que foram formulados os pedidos. Sentença que se confirma em reexame de duplo grau (fl. 307).

No RE, interposto com base no art. 102, III, a, da Constituição Federal, sustenta-se, em suma, violação ao art. 150, VI, a, §§ 2º e 3º, da mesma Carta, sob o fundamento de que a imunidade recíproca visa proteger o patrimônio, a renda e os serviços dos entes públicos no que concerne às suas finalidades essenciais, não se aplicando aos imóveis que, além de não estarem afetados a uma destinação pública, são cedidos a particulares para a exploração de atividade econômica.

Alega, ademais, que a concessão de uso do imóvel, pertencente a ente público, no caso a União, foi outorgada de forma onerosa à recorrida, empresa privada que comercializa veículos automotores, e que esta exerce o domínio útil ou pelo menos a posse do bem, não havendo qualquer óbice para a cobrança do IPTU.

Com relação à repercussão geral, em preliminar formal, sustenta que a matéria em discussão cumpre esse requisito, em especial porque

É flagrante a repercussão geral da questão constitucional discutida neste recurso extremo, e não apenas por força da realidade de que, em regra, toda e qualquer discussão de natureza tributária fatalmente causará reflexo nas finanças do ente tributante, alcançando, daí, a coletividade de cidadãos que têm os serviços públicos custeados pelo tributos em discussão. Bastaria tal constatação para reconhecer que a quaestio versada neste recurso (imunidade tributária) alcança o status da repercussão geral exigida no Texto Maior.

RE 601720 / RJ

Noutro giro, parece evidente que, se a decisão a ser proferida neste recurso afetará diretamente as finanças públicas, não menos evidente será seu impacto ainda que indireto sobre contribuintes em situação análoga à da recorrida, os quais, à luz do entendimento dessa E. Corte, adotarão as providências tendentes a adequar seus procedimentos à ratio essendi do entendimento que encorajará ou desencorajará o surgimento de novas demandas, ensejando efeito multiplicador que, s.m.j., será nodal à caracterização da repercussão geral ora suscitada (grifos no original - fl. 321).

Entendo que a controvérsia possui repercussão geral.

Preliminarmente, observe-se que a questão tratada nestes autos não é idêntica a discutida no RE 594.015-RG/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, que teve repercussão geral reconhecida e versa sobre a possibilidade de aplicar a imunidade recíproca a imóvel pertencente a ente público, mas utilizado por sociedade de economia mista que, segundo se alega, explora atividade de relevante interesse público e de monopólio da União. Nesse contexto, as questões podem ter soluções diversas.

Com efeito, o tema apresenta relevância do ponto de vista jurídico, uma vez que a definição sobre o alcance da imunidade tributária recíproca, prevista no art. 150, VI, a, da Constituição Federal, em relação aos imóveis que, embora pertencentes aos entes públicos, são utilizados por concessionários ou permissionários para a exploração de atividades econômicas com fins lucrativos, norteará o julgamento de inúmeros processos similares que tramitam neste e nos demais tribunais brasileiros.

O mesmo ocorre quanto à possibilidade de particulares integrarem a relação jurídico-tributária na qualidade de contribuintes do IPTU que eventualmente recaia sobre esses imóveis.

É certo, ainda, que a discussão também apresenta repercussão econômica, porquanto a solução da questão em exame poderá ensejar

RE 601720 / RJ

relevante impacto financeiro no orçamento dos diversos municípios que se encontram em situação semelhante à do recorrente.

Destaco, ainda, que embora o STF tenha precedentes sobre a matéria transitados em julgado, esta foi submetida ao Plenário desta Corte por meio do RE 434.251/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa, cujo julgamento foi suspenso, em 26/8/2010, em virtude do pedido de vista da Min. Cármen Lúcia.

Assim, com base nos motivos acima expostos, verifico que a questão constitucional trazida aos autos ultrapassa o interesse subjetivo das partes que atuam neste feito, recomendando sua análise por esta Corte.

Isso posto, manifesto-me pela existência de repercussão geral neste recurso extraordinário, nos termos do art. 543-A, § 1º, do Código de Processo Civil, combinado com o art. 323, § 1º, do RISTF”.

2. A Procuradoria-Geral da República opina pelo desprovimento do recurso extraordinário.

3. A questão constitucional tratada na espécie foi analisada pela Segunda Turma deste Supremo Tribunal, no Recurso Extraordinário n. 451.152 (Relator o Ministro Gilmar Mendes, Dje 27.4.2007) em que imóvel de propriedade da União era empregado em atividade de fim exclusivamente privado e com intuito lucrativo (academia de ginástica).

Naquela assentada, prevaleceu o voto do Ministro Gilmar Mendes que, embora ressaltando uma possível melhor reflexão futura sobre a matéria, acompanhou a jurisprudência deste Supremo Tribunal firmada até então, no sentido de garantir a imunidade tributária (também do IPTU) por se tratar de imóvel da União, cedido por contrato de concessão de uso à pessoa particular, em regime de posse precária e desdobrada, o que também evitaria o que chamou de “tensão federativa” entre os entes:

RE 601720 / RJ

“O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (Relator):

Com efeito, o cerne da controvérsia não está em saber se há ou não imunidade recíproca quando o imóvel da União for destinado à exploração comercial, mas se a impetrante, ora recorrida, pode figurar no pólo passivo da obrigação tributária do IPTU.

No caso dos autos, a recorrida não preenche nenhum dos requisitos para ser contribuinte do IPTU, porquanto é detentora de posse precária e desdobrada decorrente de contrato de concessão de uso. Nesse sentido, o RE 253.394, 1ª T., Rel. Ilmar Galvão, DJ 11.04.03, no qual se pode destacar do voto do Min. Moreira Alves:

“O que se pode suscitar não é o problema de posse com animus domini, mas posse exclusiva, porque aqui há desdobramento de posse, pois, obviamente, ele tem posse direta. Esta, a concessionária, evidentemente, tem. O problema é saber se o Código Tributário, quando fala em posse, fala em posse exclusiva, em que não há desdobramento; e quando se trata de posse exclusiva, aí, sim, o possuidor responde. Quando se trata de posse desdobrada - o caso da locação e do comodato -, o possuidor direto não responde.

Estou de acordo, porque a posse é direta, e não há direito real que a justifique.”

Não obstante, as consequências decorrentes do modelo adotado, talvez poderiam vir a merecer uma nova reflexão.

É necessário que se faça outro tipo de análise do ponto de vista de consequência, ou seja, a possibilidade de Estados e Municípios, ou mesmo a União, de avaliar se bens determinados estão ou não sendo utilizados numa atividade própria certamente provocará uma tensão federativa, que o dispositivo da imunidade recíproca tenta evitar.

Ressalte-se, ademais, que, quanto à imunidade da União, no que concerne à cobrança do IPTU dos terrenos de sua propriedade, o acórdão recorrido não divergiu da orientação firmada por esta Corte, conforme julgamento do RE 265.749, 2ª T., Rel. Maurício Corrêa, DJ 12.09.03, e do RE 253.394, acima mencionado, o qual restou assim ementado:

“EMENTA: TRIBUTÁRIO. IPTU. IMÓVEIS QUE COMPÕEM O ACERVO PATRIMONIAL DO PORTO DE SANTOS, INTEGRANTES DO DOMÍNIO DA UNIÃO.

RE 601720 / RJ

Impossibilidade de tributação pela Municipalidade, independentemente de encontrarem-se tais bens ocupados pela empresa delegatária dos serviços portuários, em face da imunidade prevista no art. 150, VI, a, da Constituição Federal.

Dispositivo, todavia, restrito aos impostos, não se estendendo às taxas.

Recurso parcialmente provido.”

Assim, não havendo ofensa aos dispositivos constitucionais alegados, nego provimento ao recurso”. (RE 451.152, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Dje 27.4.2007, Segunda Turma).

4. Nesse mesmo sentido, por exemplo, os seguintes precedentes: RE 599417, Relator o Ministro Eros Grau, Segunda Turma, Dje 23.10.2009; AI 458856 AgR, Relator Ministro Eros Grau, Primeira Turma, Dj 20.4.2007; RE 318185 AgR, Relator Ministro Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 7.5.2004 e RE 265749, Relator Ministro Maurício Corrêa, DJ 12.9.2003.

5. Todavia, ainda no julgamento daquele Recurso Extraordinário n. 451.152 (Relator o Ministro Gilmar Mendes, Dje 27.4.2007) , impressionaram os argumentos expendidos pelo Ministro Joaquim Barbosa que (embora acompanhasse o Relator, na parte dispositiva da decisão, com base na Súmula 283 do Supremo), firmou tese contrária ao voto condutor.

Com base nas disposições expressas dos §§ 2º e 3º do art. 150 da Constituição, o Ministro Joaquim Barbosa firmou entendimento diverso, asseverando a impossibilidade de se agraciar atividade privada de terceiros, ainda que concessionários de bens de propriedade da União, com imunidade tributária reservada exclusivamente ao Ente Federativo (extensiva a pessoas da Administração Indireta prestadoras de serviços públicos essenciais), sob pena de afronta não apenas ao dispositivo constitucional garantidor da imunidade, mas, também, ao princípio da livre concorrência:

RE 601720 / RJ

“A propriedade imóvel que o recorrente pretende tributar, embora pertencente à União, teve o uso cedido onerosamente à recorrida, empresa privada de fins econômicos e lucrativos.

Para afastar a sujeição passiva da recorrida à obrigação de recolhimento de valores à guisa de IPTU, a decisão recorrida adotou dois fundamentos.

O primeiro diz respeito à extensão da imunidade recíproca, para proibir incidência do IPTU sobre a propriedade imóvel detida pela União. Tal fundamento ocupava função proeminente e essencial na decisão recorrida. Com efeito, lê-se a fls. 189 que “não há incidência de IPTU, tendo em vista que não há tributação de entes federais pelos municípios, de acordo com o disposto no inciso VI, alínea a, do art. 150 da CF/88” (fls. 189). Ademais, a própria recorrida, então impetrante, evocava a imunidade recíproca na causa de pedir (fls. 03/09-10).

O segundo argumento presente na decisão recorrida diz respeito à impossibilidade de a recorrida ser tida como contribuinte do IPTU, na medida em que não poderia ser considerada “possuidora a qualquer título”. O parâmetro adotado para tal conclusão foi o art. 34 do Código Tributário Nacional, interpretado na compreensão de disposição constitucional que proíbe usucapião de imóveis públicos.

Entendo que o acórdão recorrido se equivocou.

O art. 150, VI, a, § 2º e § 3º, tem a seguinte redação:

‘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;

[...]

§ 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

RE 601720 / RJ

exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.'

Tais dispositivos permitem a instituição e cobrança de tributos sobre a renda, patrimônio ou serviços prestados pelos entes federados nas hipóteses em que os respectivos fatos geradores correspondam a atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário.

No que se refere às autarquias e às fundações mantidas pelo Poder Público, a proibição da instituição e cobrança de tributos somente alcança o patrimônio, a renda e os serviços vinculados às respectivas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.

Ora, no caso em exame, é incontroverso que o imóvel de propriedade da União é empregado em atividade de fim exclusivamente privado e com intuito lucrativo. Com efeito, lê-se a fls. 03 que a recorrida presta serviços de academia de ginástica, atividade inequivocamente alheia à administração aeroportuária.

Ademais, não há como conciliar a função operada pela imunidade recíproca e o efeito jurídico e pragmático emprestado pelo acórdão recorrido à tributação da recorrida.

Observo que a imunidade tributária recíproca opera como mecanismo de ponderação e calibração do pacto federativo, destinado a assegurar que entes desprovidos de capacidade contributiva vejam diminuída a eficiência na consecução de seus objetivos definidos pelo sistema jurídico.

Por outro lado, a imunidade recíproca também é clara salvaguarda contra o risco de utilização de tributos como instrumento de pressão econômica entre os membros do pacto federativo.

Nesse sentido, tanto os objetivos como os efeitos do reconhecimento da aplicação da imunidade recíproca são passíveis de submissão ao crivo jurisdicional, em exame de ponderação, de modo que não basta a constatação objetiva de propriedade do bem.

Entendo que a circunstância objetiva de o imóvel tributado

RE 601720 / RJ

pertencer à União não justifica que a imunidade tributária tenha como efeito colateral a concessão de vantagem que não se coadune com as normas garantidoras da livre iniciativa e concorrência entre os agentes de mercado.

Assim entendo, em primeiro lugar, porque a tributação do imóvel pertencente à União mas explorado economicamente por particular não implica risco algum ao equilíbrio entre os entes federados; em segundo, porque a recorrida demonstra capacidade contributiva objetiva, por dedicar-se à atividade de exploração econômica em caráter privado. O simples sucesso em processo de licitação para uso de bem público não justifica a inferência de que tais agentes de mercado sejam diferenciados dos demais agentes, proprietários ou possuidores de imóveis que não pertençam ao acervo de ente federado.

Noto que a recorrida e os demais empreendedores deixam de concorrer em igualdade de condições por força de disposição constitucional que não contempla o exercício privado de atividades econômicas (imunidade recíproca), e não em razão de questões econômicas ou de gerenciamento próprias do mercado. O valor do IPTU deixa de ser um custo e, portanto, ou aumenta o lucro do negócio, ou diminui o preço do serviço.

Cabe, aqui, a máxima extraída de reflexão a que chegou a Corte Suprema dos Estados Unidos no caso Halliburton Oil Well Co. vs. Reily (373 US 64, 1963): ‘a igualdade, para propósito de concorrência e do fluxo comercial, é medida em dólares e centavos, e não em abstrações legais’.

Rememoro ainda, adotadas as devidas ressalvas, a seguinte ponderação da Suprema Corte norte-americana quanto à extensão da imunidade recíproca, nas palavras do Justice Stone, textualmente:

‘It was further pointed out that, as applied to the taxation of salaries of the employees of one government, the purpose of the immunity was not to confer benefits on the employees by relieving them from contributing their share of the financial support of the other government, whose benefits they enjoy, or to give an advantage to a government by enabling it to engage employees at salaries lower than those paid for like services by other employers, public or private,

RE 601720 / RJ

but to prevent undue interference with the one government by imposing on it the tax burdens of the other.

[...]

The Court concluded that the claimed immunity would do no more than relieve the taxpayers from the duty of financial support to the national government in order to secure to the state a theoretical advantage, speculative in character and measurement and too unsubstantial to form the bases of an implied constitutional immunity from taxation.’ (Graves v. N.Y. ex rel. O’Keefe, 306 U.S. 483 1938)

Registro, ainda, semelhante opinião de Misabel Derzi quanto à extensão da imunidade recíproca:

‘[...] a imunidade recíproca não beneficia particulares, terceiros que tenham direitos reais em bens das entidades públicas, nem créditos ou rendas de outrem contra tais entidades como queria Pontes de Miranda – cessando os ‘odiosos’ privilégios de funcionários públicos, magistrados, parlamentares ou militares; não se estende, pelos mesmos fundamentos, aos serviços públicos concedidos, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar impostos relativamente ao bem imóvel.’ (BALEEIRO, Aliomar. Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar. Atualização e notas de Misabel Derzi. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 295.)

Reconhecer a aplicabilidade da imunidade recíproca à tributação de imóvel locado a particulares, para exploração de atividade econômica de cunho privado, redundaria, em última análise, em privilegiar a exploração econômica particular, e não o pacto federativo.

Por essas razões, afasto o fundamento adotado pelo acórdão recorrido quanto à configuração de imunidade à tributação para a propriedade ou posse do bem imóvel que se pretende gravado por IPTU.

Quanto ao segundo fundamento, anoto que a circunstância de a parte recorrida não ser juridicamente classificável como contribuinte não impede que ela, ainda assim, faça parte da relação jurídica tributária como sujeito passivo. Com efeito, a sujeição passiva tributária compreende tanto os contribuintes como os responsáveis tributários.

RE 601720 / RJ

Observo, ainda, que a responsabilidade pelo pagamento de tributos era conhecida por ambas as partes, pois o termo de contrato que veicula a concessão de uso (TC 2.99.65.055-3) prevê expressamente:

‘Correrão por conta do CONCESSIONÁRIO quaisquer ônus que recaiam ou venham a recair sobre a área dada em concessão de uso e os serviços nelas explorados, inclusive [...] Tributos [...] Municipais [...]’ (Fls. 31.)

Ponderemos: a sujeição passiva por responsabilidade, no caso em exame, atenderia ao necessário tratamento tributário isonômico entre sujeitos passivos que, em comum, têm a característica de desempenharem a mesma atividade econômica e, a diferenciá-los, apenas a circunstância de os imóveis onde exercem suas atividades serem um de propriedade de ente público e outro de propriedade de ente privado.

Contudo, a atribuição de sujeição passiva por responsabilidade tributária pressupõe, em princípio, exame da legislação de normas gerais em matéria tributária e da legislação local. Ademais, não foi questão expressamente debatida no acórdão recorrido, e inexistente registro de que o recorrente tenha interposto os necessários embargos de declaração e recurso especial para prequestionar e devolver a questão ao crivo jurisdicional. Não há como, em recurso extraordinário, reformar a decisão, para afirmar que a recorrida é sujeito passivo do IPTU por responsabilidade tributária, por violação da legislação local e do Código Tributário Nacional.

Aplica-se ao caso a orientação consolidada na Súmula 283 do Supremo Tribunal Federal.

Do exposto, julgo improcedente o recurso extraordinário e firmo a inaplicabilidade da imunidade prevista no art. 150, VI, a, da Constituição à propriedade imóvel pertencente à União mas cedida a particular para desempenho de atividade econômica e de cunho privado.

É como voto” (voto-vista do Ministro Joaquim Barbosa no RE 451.152, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Dje 27.4.2007, Segunda Turma).

RE 601720 / RJ

6. Também na espécie, a empresa Recorrida é titular de direito de uso de imóvel cedido pela INFRAERO – Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária, no qual desenvolve atividade privada com fins lucrativos (revenda de veículos), o que atrai a incidência dos §§ 2º e 3º do art. 150 da Constituição que expressamente prevêm:

“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: (Vide Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

(...)

§ 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 contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel”.

7. Retomando a interpretação sistemática levada a efeito pelo Ministro Joaquim Barbosa, no Recurso Extraordinário n. RE 451.152, (Relator o Ministro Gilmar Mendes, Dje 27.4.2007, Segunda Turma):

“Tanto os objetivos como os efeitos do reconhecimento da aplicação da imunidade recíproca são passíveis de submissão ao crivo jurisdicional, em exame de ponderação, de modo que não basta a constatação objetiva de propriedade do bem.

Entendo que a circunstância objetiva de o imóvel tributado pertencer à União não justifica que a imunidade tributária tenha como

RE 601720 / RJ

efeito colateral a concessão de vantagem que não se coadune com as normas garantidoras da livre iniciativa e concorrência entre os agentes de mercado.

Assim entendo, em primeiro lugar, porque a tributação do imóvel pertencente à União mas explorado economicamente por particular não implica risco algum ao equilíbrio entre os entes federados; em segundo, porque a recorrida demonstra capacidade contributiva objetiva, por dedicar-se à atividade de exploração econômica em caráter privado. O simples sucesso em processo de licitação para uso de bem público não justifica a inferência de que tais agentes de mercado sejam diferenciados dos demais agentes, proprietários ou possuidores de imóveis que não pertençam ao acervo de ente federado.

Noto que a recorrida e os demais empreendedores deixam de concorrer em igualdade de condições por força de disposição constitucional que não contempla o exercício privado de atividades econômicas (imunidade recíproca), e não em razão de questões econômicas ou de gerenciamento próprias do mercado. O valor do IPTU deixa de ser um custo e, portanto, ou aumenta o lucro do negócio, ou diminui o preço do serviço”.

8. Nessa linha, este Supremo Tribunal chegou a decidir, mesmo quando havida a prestação de serviços públicos, que *“a imunidade recíproca é uma garantia ou prerrogativa imediata de entidades políticas federativas, e não de particulares que executem, com inequívoco intuito lucrativo, serviços públicos mediante concessão ou delegação, devidamente remunerados. Não há diferenciação que justifique a tributação dos serviços públicos concedidos e a não tributação das atividades delegadas”* (ADI 3089, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, Dje 13.3.2009).

9. A incidência da imunidade tributária, na espécie, não resiste a uma interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais (art. 150, §3º c/c art. 170, inc. IV), contrários à concessão reflexa de benesse tributária, a favorecer não o ente federado, mas empresa privada que se sujeita, exclusivamente, ao regime da isonomia, em livre concorrência.

RE 601720 / RJ

10. Pelo exposto, **dou provimento ao recurso extraordinário** fixando como tese, em repercussão geral: *“a imunidade tributária prevista no art. 150, inc. VI, a, não alcança bens imóveis da União cedidos a empreendimentos privados exploradores de atividades econômicas com fins lucrativos”*.

É o meu voto.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 601.720

PROCED. : RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. MARCO AURÉLIO

RECTE.(S) : MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

ADV.(A/S) : ELIANA DA COSTA LOURENÇO (RJ051575/)

RECDO.(A/S) : BARRAFOR VEÍCULOS LTDA

ADV.(A/S) : ANDRE FURTADO (RJ130363/)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS TRANSPORTES FERROVIÁRIOS - ANTF

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

AM. CURIAE. : MUNICIPIO DE SAO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

AM. CURIAE. : DISTRITO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS SECRETARIAS DE FINANÇAS DAS CAPITAIS BRASILEIRA - ABRASF

ADV.(A/S) : GABRIELA WATSON (16597/DF) E OUTRO(A/S)

Decisão: Após o voto do Ministro Edson Fachin (Relator), que negava provimento ao recurso extraordinário, pediu vista dos autos o Ministro Marco Aurélio. Falaram, pelo recorrente, Município do Rio de Janeiro, o Dr. Rodrigo Brandão; pela recorrida, Barrafor Veículos Ltda., o Dr. André Furtado, e, pelo *amicus curiae* Associação Nacional dos Transportes Ferroviários - ANTF, o Dr. Tiago Conde Teixeira. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 04.02.2016.

Decisão: O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 437 da repercussão geral, conheceu do recurso e a ele deu provimento, vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator) e Celso de Mello. Em seguida, o Tribunal deliberou fixar a tese da repercussão geral em assentada posterior. Redator para o acórdão o Ministro Marco Aurélio. Ausentes, justificadamente, os Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 6.4.2017.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. José Bonifácio Borges de Andrada.

p/ Doralúcia das Neves Santos
Assessora-Chefe do Plenário

19/04/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 601.720 RIO DE JANEIRO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, a tese é minimalista e revela o conflito solucionado pelo Supremo. Proponho que seja aprovada com o seguinte teor: “Incide o IPTU, considerado imóvel de pessoa jurídica de direito público cedido a pessoa jurídica de direito privado, devedora do tributo.”

19/04/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 601.720 RIO DE JANEIRO

VOTO S/PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) - Senhora Presidente, não obstante vencido - e peço todas as vênias para dizer "ainda não convencido" -, pela colegialidade, a tese é profundamente coerente com a tese vencedora.

Também acompanho.

19/04/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 601.720 RIO DE JANEIRO

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhora Presidente, pela ordem, só gostaria de um esclarecimento: eu não me lembro se, na última sessão, aduziu-se a modulação sobre se ela havia sido pleiteada ou se aguardaria embargos de declaração. Não me recordo.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Embargos de declaração, porque nós não teríamos os dados, como foi posto pelo Ministro Dias Toffoli. Acho que é uma das soluções, pois a gente adota medida imediata quando já há os dados; não havendo e não tendo sido pedido, a gente aguarda os embargos.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Nós já decidimos, em alguns casos, que, mesmo de ofício, sem haver pedido, mas tendo os elementos que nos levam, enquanto juízes, a avaliar a necessidade de modulação, nós podemos formulá-la e aprová-la. Todavia, quando há os elementos suficientes para fazer essa análise dentro de todo o corpo processual; não havendo, é muito difícil avaliar.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas essa questão foi suscitada?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Há precedentes.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Foi posta no final da sessão.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

CANCELADO.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Nesse caso, nós aguardaríamos os embargos.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 601.720

PROCED. : RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. MARCO AURÉLIO

RECTE.(S) : MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

ADV.(A/S) : ELIANA DA COSTA LOURENÇO (RJ051575/)

RECDO.(A/S) : BARRAFOR VEÍCULOS LTDA

ADV.(A/S) : ANDRE FURTADO (RJ130363/)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS TRANSPORTES FERROVIÁRIOS - ANTF

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

AM. CURIAE. : MUNICIPIO DE SAO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

AM. CURIAE. : DISTRITO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS SECRETARIAS DE FINANÇAS DAS CAPITAIS BRASILEIRA - ABRASF

ADV.(A/S) : GABRIELA WATSON (16597/DF) E OUTRO(A/S)

Decisão: Após o voto do Ministro Edson Fachin (Relator), que negava provimento ao recurso extraordinário, pediu vista dos autos o Ministro Marco Aurélio. Falaram, pelo recorrente, Município do Rio de Janeiro, o Dr. Rodrigo Brandão; pela recorrida, Barrafor Veículos Ltda., o Dr. André Furtado, e, pelo *amicus curiae* Associação Nacional dos Transportes Ferroviários - ANTF, o Dr. Tiago Conde Teixeira. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 04.02.2016.

Decisão: O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 437 da repercussão geral, conheceu do recurso e a ele deu provimento, vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator) e Celso de Mello. Em seguida, o Tribunal deliberou fixar a tese da repercussão geral em assentada posterior. Redator para o acórdão o Ministro Marco Aurélio. Ausentes, justificadamente, os Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 6.4.2017.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio, que redigirá o acórdão, fixou tese nos seguintes termos: "Incide o IPTU, considerado imóvel de pessoa jurídica de direito público cedido a pessoa jurídica de direito privado, devedora do tributo". Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes, e, neste julgamento, o Ministro Ricardo Lewandowski. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 19.4.2017.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Doralúcia das Neves Santos
Assessora-Chefe do Plenário