

Supremo Tribunal Federal

COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA

D.J. 14.05.99

EMENTÁRIO Nº 1 9 5 0 - 11

2361

30/03/99

PRIMEIRA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 231.462-0 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE

RECORRENTE: COMPANHIA DOCAS DO ESTADO DE SÃO PAULO - CODESP

ADVOGADOS: RICARDO MARCONDES DE MORAES SARMENTO E OUTROS

RECORRIDO: MOINHO PACÍFICO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA

ADVOGADOS: HÉLIO QUEIJA VASQUES E OUTRO

EMENTA: I. RE, b: devolução integral da questão de inconstitucionalidade da lei.

O recurso extraordinário, na hipótese do art. 102, III, b, da Constituição, devolve integralmente ao Supremo Tribunal a questão da constitucionalidade da lei federal, negada na decisão recorrida, que pode decidir com base em parâmetro constitucional diverso do invocado nas razões do recorrente.

II. Adicional de Tarifa Portuária: exação declarada constitucional pela maioria qualificada do plenário do Supremo Tribunal, sob o fundamento de caracterizar contribuição de intervenção no domínio econômico legitimada pelo art. 149 da Constituição: RE provido, com ressalva pessoal do relator.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

Brasília, 30 de março de 1999.

MOREIRA ALVES

PRESIDENTE

SEPÚLVEDA PERTENCE

RELATOR



30/03/99

PRIMEIRA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 231.462-0 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE
RECORRENTE: COMPANHIA DOCAS DO ESTADO DE SÃO PAULO - CODESP
ADVOGADOS: RICARDO MARCONDES DE MORAES SARMENTO E OUTROS
RECORRIDO: MOINHO PACÍFICO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA
ADVOGADOS: HÉLIO QUEIJA VASQUES E OUTRO

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - RE, a e b, contra acórdão de turma do TRF 3ª Região que, fundado em decisão do órgão especial daquela corte, declarou a inconstitucionalidade da L. 7.700, de 21.12.88, que instituiu o Adicional de Tarifa Portuária, deferindo mandado de segurança impetrado contra o presidente da Companhia Docas do Estado de São Paulo - CODESP, visando à não incidência do ATP sobre serviços portuários utilizados pela impetrante, ora recorrida.

O precedente em que se funda o acórdão recorrido possui a seguinte ementa:

"CONSTITUCIONAL - TRIBUTÁRIO - ADICIONAL DE
TARIFA PORTUÁRIA - LEI Nº 7.700/88 -
INCONSTITUCIONALIDADE.

1. Sendo o serviço portuário explorado mediante concessão do poder público (CF, art. 21, XII, f), remunera-se-o mediante tarifa (preço público), a qual, para atender à cláusula constitucional de manter serviço adequado, deverá ser estipulada de forma justa, em ordem a manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e a continuidade de sua prestação, descartando-se, em consequência, a natureza de adicional da exação em causa. O adicional tem sempre e necessariamente a mesma natureza da exação e a mesma destinação (RE nº 117.315-RS, STF, Pleno, v.u., Rel. Ministro Moreira Alves, RTJ 132/873-874).

2. O fato de não ser, desde sua origem, adicional de tarifa evidencia-se com as alterações legislativas introduzidas pela Lei nº 8.029/90, que autorizou o Poder Executivo a dissolver ou privatizar a Empresa de Portos do Brasil S/A - Portobrás, até então destinatária dos recursos arrecadados, que passaram a ser recolhidos como receita vinculada da União e pela Lei nº 8.032/90, que alocou-os para aplicação pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social "de acordo com normas baixadas pelos Ministérios da Infra-Estrutura e da Economia, Fazenda e Planejamento".

3. O denominado Adicional de Tarifa Portuária - ATP não tem a natureza jurídica de taxa ou de contribuição social, conforme assinalado no voto do Juiz Andrade Martins.

4. Achando-se subsumido no conceito de tributo (CTN, art. 3º) e verificado que o aspecto material da hipótese de incidência não se acha vinculado a uma atuação estatal (Geraldo Ataliba, *Hipótese de Incidência Tributária*, 5ª edição, págs. 115 e seguintes), o Adicional de Tarifa Portuária - ATP é um imposto que, por não se encontrar dentre aqueles arrolados no art. 153, incisos I a VII da Constituição Federal, só pode ser tido como da competência residual da União, para cuja instituição se exige lei complementar (CF, art. 154, I), seguindo-se, pois, a sua inconstitucionalidade.

5. Arguição de inconstitucionalidade acolhida para declarar-se a inconstitucionalidade da Lei 7.700/88 que instituiu o imposto denominado Adicional de Tarifa Portuária.

6. Declaração de voto vencido.

No recurso extraordinário, sustenta a CODESP que o Adicional de Tarifa Portuária constitui mera majoração do preço dos serviços portuários, e que dele se distingue apenas porque "sua finalidade é integrar um fundo de melhoramentos e reaparelhamentos dos diversos portos". Alega que o ATP não é tributo, e sim preço público, pois sua cobrança é condicionada à utilização efetiva dos serviços portuários: "somente quem efetivamente usa tais serviços é obrigado a pagar as tarifas e, conseqüentemente, o ATP que é seu adicional".

No recurso extraordinário, sustenta a CODESP que o Adicional de Tarifa Portuária constitui mera majoração do preço dos serviços portuários, e que dele se distingue apenas porque "sua finalidade é integrar um fundo de melhoramentos e reaparelhamentos dos diversos portos". Alega que o ATP não é tributo, e sim preço público, pois sua cobrança é condicionada à utilização efetiva dos serviços portuários: "somente quem efetivamente usa tais serviços é obrigado a pagar as tarifas e, conseqüentemente, o ATP que é seu adicional".

É o relatório.

A large, stylized handwritten signature in black ink, appearing to be the initials 'J' or 'G' with a long, sweeping tail.

V O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): A questão ficou definida pelo Plenário no julgamento, concluído em 4.3.99, dos RREE 209365 e 218061, relatados pelo em. Ministro Carlos Velloso.

Contra dois votos - o meu e o do em. Ministro Marco Aurélio - o Tribunal deu provimento aos recursos.

Curiosamente, dividiu-se o Plenário em três vertentes quanto à natureza do questionado Adicional de Tarifa Portuária, nenhuma das quais coincidente à tese do RE, que insistia no caráter verdadeiramente tarifário, ou de preço público, da exação questionada.

No voto-vista que proferi, para negar ao ATP a alegada natureza de preço público, bastaram poucas palavras:

"Creio essencial assinalar de logo que - pelo menos no caso, relativo ao Porto de Santos - não é a **Portobrás** a prestadora dos serviços portuários que dão azo à cobrança discutida: presta-os a CODESP, Cia Docas do Estado de São Paulo, remunerados segundo a tabela de tarifas.

Ainda que fosse antes a CODESP subsidiária da **Portobrás** - o que não está claro - o certo é que, ao tempo da impetração, já não o era, eis que extinta a **Portobrás**: donde a conversão do ATP em receita da União, já não vinculada ao financiamento de obras da infra-estrutura portuária, de que se incumbia a finada empresa pública (cf. L. 6.222/75 - que autorizou a constituição da **Portobrás**).

Por isso, afasto de logo - como o acórdão recorrido e implicitamente o em. relator - a tese da recorrente de caracterizar-se, o ATP, como verdadeiro adicional tarifário."



A propósito repito, não houve dissonância, que - uma vez recusado o caráter não tarifário da cobrança questionada - se manifestou acerca da modalidade tributária que lhe caracterizasse o objeto.

Cuidando-se de RE pela letra b, a perquirição a respeito ficou livre, não jungido o Tribunal ao cotejo entre a decisão recorrida e o preceito constitucional invocado como base do recurso.

O relator, Ministro Velloso, vislumbra, no caso, verdadeira taxa remuneratória de serviços portuários prestados pela **Portobrás**, delegatária da União.

Meu voto-vista abriu a dissidência. Recordei a similaridade entre o ATP e a sobretarifa prevista pelo Código Nacional de Telecomunicações (L. 4.117/62), cujo produto, originalmente destinado ao FNT - Fundo Nacional de Telecomunicações, também se convertera depois em receita da União, objeto do RE 117.315, 19.4.90, Moreira (RTJ 132/873), quando declarada a sua inconstitucionalidade **ab initio**, porque constitutiva de mal dissimulado imposto sobre serviços.

E prossegui:

"Sucedede que, no caso do **FNT**, a sobretarifa, meramente autorizada no Código, não fora criada por lei: a indagação é, pois, no caso presente, se o ATP, malgrado não se salve como tarifa, porque criado em lei, pode acaso salvar-se como taxa.

Responde afirmativamente, como visto, o douto voto do em. Ministro Velloso, relator.

Recorda S. Exa. o primoroso voto que proferiu na ADIn 447. Nele admite que não se tratando de serviços essencialmente estatais e indelegáveis ou de serviços prestados ou postos à disposição do contribuinte no interesse público, hipóteses em que o regime de taxa é necessário (cf. RE 89.876, Moreira, RTJ 98/230) -, pode o

Estado fazer remunerar por preço público, ainda que os preste diretamente, os demais serviços públicos, isto é, os "não essenciais e que, não utilizados, disso não resulta dano ou prejuízo para a comunidade ou o interesse público".

Mas, prossegue, prestando-os diretamente ou por mera delegação a entidades estatais específicas - e não por verdadeira concessão - poderá o Estado, não obstante, remunerar-se por taxas de serviços.

(...)

No intervalo propiciado pelo pedido de vista, ofereceram memoriais a recorrida, pelo il. Advogado Eduardo Bottallo e, a título de **amicus curiae**, o d. prof. Hamilton Dias de Souza, para contestar a tese do Ministro Velloso.

O último - à base das inspirações que invoca do Programa Nacional de Desestatização (L. 8.031/90) de transferir à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público -, entende que os portos e serviços portuários já não são atividades próprias do Estado, mas atividade econômica, que somente pode ser remunerada mediante preço público.

Ocorre - é preciso lembrar - que, **malgré tout**, ainda não 'se "desestatizou" a Constituição: e nela o caráter de serviço público dos serviços portuários decorre iniludivelmente do art. 22, XII, -f-, que atribui à União "explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão (...) os portos marítimos, fluviais e lacustres".

(...)

De resto, se se tratasse de atividade econômica, malgrado explorada pelo Estado, no âmbito normativo do art. 173 da Constituição, a sua remuneração haveria de dar-se mediante preços **privados**; não, preços **públicos**, ou tarifas, que remuneram serviços **públicos**, concedidos ou não (cf. art. 175, III, CF).

Já o memorial da recorrida nega possa a exação questionada legitimar-se como taxa, porque sua base de cálculo é típica de imposto sobre serviço.

Assim também me parece.

Certo, a exigência do ATP tem por pressuposto de fato a prestação de serviços portuários relativos a "mercadorias importadas ou exportadas, objeto do comércio da navegação de longo curso", na linguagem rebarbativa da L. 7.700, que o criou: nem só por isso, entretanto, e aqui está o ponto, constitui o ATP remuneração dos mesmos serviços, porque estes já são remunerados pelas tarifas, arrecadadas e apropriadas pelas prestadoras deles, pouco

importando se simples delegatárias ou concessionárias da União.

De qualquer sorte, tratando-se da extinta Portobrás - das Companhias Docas estatais, que eram subsidiárias da Portobrás - ou de concessionárias privadas, a remuneração dos serviços prestados em cada porto é objeto da tabela de tarifas.

Isso é importante. No regime portuário delineado pela L. 6.222/75, a administração dos portos tanto poderia tocar à União - por meio da **Portobrás** (art. 4º, IV), como de suas subsidiárias (art. 5º e 7º, I) - como a verdadeiras concessionárias, caso em que à **Portobrás** só tocaria - como instrumento da União, concedente - fiscalizar-lhes a administração e a exploração dos portos (art. 4º, V): em qualquer hipótese, à administradora caberiam as tarifas, enquanto que só à **Portobrás**, originariamente, e depois à própria União é que se destinaria o produto denominado Adicional de Tarifa Portuária.

Isso demonstra a meu ver, de modo iniludível, que não pode o ATP ser remuneração do serviço portuário, que é o mesmo e já remunerado segundo a mesma tarifa, pouco importando o regime de administração direta ou concessão em que explorado o porto.

Todo o serviço de que se cuida, não custa insistir, incumbe à exploradora do porto: ao contrário do que a mim pareceu no caso FNT, não há serviço diverso, menos ainda específico e divisível, na base impositiva do ATP, cuja prestação tocasse, em qualquer hipótese, à União (antes, à **Portobrás**).

Desse modo, se incide sobre a prestação do serviço portuário, mas não é remuneração desse serviço, o ATP - a exemplo da finada sobretarifa do FNT - é imposto sobre serviço, de que tem a base de cálculo: a tarifa ou preço do serviço prestado, seja o prestador a União, seja o concessionário dela.

Como tal, entretanto, não sobrevive: é imposto exigível do prestador, não, do tomador de serviço, e da competência do Município (item 87 da lista anexa ao Dl. 406/68), o que, por si só, já bastaria para excluí-lo da órbita da competência impositiva residual da União (CF, art. 154, I). Ainda, porém, que assim não fosse, subsistiria o fundamento nuclear da decisão recorrida: não inserido na competência impositiva ordinária da União, a título de imposto residual, só por lei complementar poderia ser instituído.



A partir, contudo, do voto-vista do em. Ministro Ilmar Galvão - logo seguido e aprofundado pelo do em. Ministro Jobim - atraiu-se o Tribunal um terceiro caminho: a exação não constituiria nem taxa nem imposto, mas contribuição para a intervenção no domínio econômico, legitimada conforme o art. 149 da Constituição.

A base de sustentação do raciocínio fincou-se em ter a última lei relativa ao ATP - a L. 8.630/93 - anterior à sua extinção (L. 9.309/96) - ao mesmo passo em que lhe reduzia progressivamente a alíquota, destinado percentuais crescentes a cada ano de seu produto à aplicação nos postos em que arrecadada.

Partiu daí o minucioso voto do Ministro Jobim para a análise dos três períodos em que seccionou a evolução legislativa do ATP, asseverando quanto aos últimos, os que interessam a esta série de casos, neles surgidos:

"2.2. Segundo e Terceiro Períodos
(04.90/10.96).

Com as Leis nº 8.029 e 8.032, de 12.04.90, o ATP passou "... a ser recolhido como receita vinculada da União ..." e a ser "...aplicado "... de acordo com normas baixadas pelos Ministérios da Infra-Estrutura e da Economia, Fazenda e Planejamento".

O ATP continuou destinado a investimentos nas instalações portuárias, como demonstrei.

Mas, deixou de ter relação com o prestador de serviços.

A PORTOBRÁS fora extinta.

Até o início de seu processo de extinção (12.04.90, L. 8.029), poder-se-ia falar que a PORTOBRÁS prestava os serviços na qualidade de delegada de serviço público e havia a obrigatoriedade da adoção do regime de taxas.

E após sua extinção?

Pode-se falar em delegação?

Evidente que não.

De resto, como observa GALVÃO, a CODESP "... não (era) a destinatária do adicional ...".

Perdeu-se, assim, um elemento definidor relevante de taxa: remuneração ao prestador de serviços.

Não pode o ATP, desde o advento da L. 8.029/90, ser classificado como TAXA.

Imposto também não passou a ser.

"Não objetiva ... reforço do caixa único do Tesouro ..." (GALVÃO).

Pelo contrário.

A partir dessa lei passou a se constituir em "receita vinculada da União", mas manteve a sua destinação original: investimento nas instalações portuárias.

O voto do Min. PERTENCE parte da premissa de que o ATP foi convertido "... em receita da União, já não vinculada ao financiamento de obras de infra-estrutura portuária, de que se incumbia (diz PERTENCE), a finada empresa pública ...".

Espero ter demonstrado, com a legislação, que a premissa não é esta.

O ATP, até sua extinção, manteve a destinação original.

Por outro lado, o ATP, desde sua criação, é devido por uma categoria específica de usuários e objetiva financiar obras de infra-estrutura portuária.

Lembro que a exploração dos portos foi reservada à União, que pode realizá-la de forma direta ou mediante autorização, concessão ou permissão (CF, art. 21, XII, f).

A atividade portuária se constitui, como que GALVÃO, em "... atividades de natureza econômica que, revestidas ... de interesse público, a Carta de 88 incumbiu à União ...".

É a Constituição que entendeu que uma atividade econômica - exploração de portos - se constitui em serviço de interesse público.

MOREIRA demonstra a historicidade do conceito de interesse público.

Nada de metafísicas.

História e política.

Concluo.

O ATP se foi Taxa, em seu primeiro período, deixou de ser nos segundo e terceiro períodos.

Não foi imposto em 1988 e não passou a ser imposto em 1990.

Tipo especial de usuários dos portos passaram a contribuir para que a União pudesse explorar, de forma direta ou não, o porto organizado (L. 8.630, 25.02.93, art. 1º).

O porto interessa, de forma direta, àqueles que neles operam e deles tiram a sua remuneração.

Daí a origem da obrigação.

Na medida que o setor privado foi assumindo, por concessão, essa atividade, passou o novo titular ter que responder pelos investimentos.

Nesse momento, extingue-se o ATP (L. 9.309, 02.10.96).

Assim, temos duas situações.

(a) os usuários dos serviços portuários remuneram a sociedade que o explora, através da Tarifa;

(b) usuários específicos, por opção da lei, além de remunerarem aquele que explora os serviços, contribuíram, até outubro de 1996, para que a União pudesse melhorar a infra-estrutura portuária de que se serviam.

É, assim, o ATP, como diz GALVÃO, uma contribuição de intervenção no domínio econômico, devida por uma categoria especial de usuários de serviços que a eles dizem respeito de forma direta."

Por esse terceiro viés - o da contribuição econômica - deixou-se arrastar a maioria.

Não a comoveu a réplica que lhe opôs o Ministro Marco Aurélio de faltar-lhe a definição da espécie em lei complementar, prevista no art. 146, III, a, a cuja observância o art. 149 da Constituição submetera a instituição das contribuições por ele genericamente autorizada à União. Somente eu prestei reverência ao argumento. E sigo convencido da necessidade de mais detida reflexão sobre o tema, a evitar que a definição extremamente flexível da contribuição de intervenção no domínio econômico, da qual se partiu, se converta em desaguadouro cômodo às derramas imaginadas pela voracidade fiscal da União, à custa da dinamitação do sistema tributário da Federação.

Cuida-se, porém, no que toca ao ATP, de há muito extinto, de casos residuais: a afirmação de sua legitimidade por nove votos do Plenário descoroça qualquer ensaio de reviver a discussão.

Com a ressalva de minha modesta opinião em contrário, rendo-me à douta e acachapante maioria e, conhecendo do recurso, dou-lhe provimento: é o meu voto.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized letter 'J' with a long, sweeping tail that loops back to the left.

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 231.462-0

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE

RECTE. : COMPANHIA DOCAS DO ESTADO DE SÃO PAULO - CODESP

ADVDS. : RICARDO MARCONDES DE MORAES SARMENTO E OUTROS

RECDO. : MOINHO PACÍFICO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA

ADVDS. : HÉLIO QUEIJA VASQUES E OUTRO

Decisão: A Turma conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Relator. Unânime. 1ª. Turma, 30.03.99.

Presidência do Senhor Ministro Moreira Alves. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence e Ilmar Galvão.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Natal Batista.

Ricardo Dias Duarte
Coordenador