

07/08/2007



SEGUNDA TURMA

**AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 363.412-7 BAHIA**

**RELATOR** : **MIN. CELSO DE MELLO**  
**AGRAVANTE(S)** : **MUNICÍPIO DE SALVADOR**  
**ADVOGADO(A/S)** : **PEDRO AUGUSTO DE FREITAS GORDILHO**  
**AGRAVADO(A/S)** : **EMPRESA BRASILEIRA DE INFRA-ESTRUTURA  
AEROPORTUÁRIA - INFRAERO**  
**ADVOGADO(A/S)** : **SACHA CALMON NAVARRO COELHO E OUTRO(A/S)**  
**ASSISTENTE(S)** : **UNIÃO**  
**ADVOGADO(A/S)** : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

**E M E N T A: 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 - DOCTRINA - 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 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.

*Supremo Tribunal Federal*

RE 363.412-AgR / BA

**Conseqüente inexigibilidade**, por parte do Município tributante, **do ISS** referente às atividades executadas pela INFRAERO **na prestação** dos serviços públicos de infra-estrutura 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.

A C Ó R D ã O

**Vistos, relatados e discutidos** estes autos, **acordam** os Ministros do Supremo Tribunal Federal, **em Segunda Turma**, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, **por unanimidade** de votos, **em negar provimento** ao recurso de agravo, **nos termos** do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Cezar Peluso e Eros Grau.

Brasília, 07 de agosto de 2007.



CELSO DE MELLO - PRESIDENTE E RELATOR

07/08/2007

SEGUNDA TURMA

AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 363.412-7 BAHIA

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO  
 AGRAVANTE(S) : MUNICÍPIO DE SALVADOR  
 ADVOGADO(A/S) : PEDRO AUGUSTO DE FREITAS GORDILHO  
 AGRAVADO(A/S) : EMPRESA BRASILEIRA DE INFRA-ESTRUTURA  
 AEROPORTUÁRIA - INFRAERO  
 ADVOGADO(A/S) : SACHA CALMON NAVARRO COELHO E OUTRO(A/S)  
 ASSISTENTE(S) : UNIÃO  
 ADVOGADO(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): Trata-se de "agravo regimental", que, tempestivamente interposto, **insurge-se contra** decisão **que conheceu e negou provimento** ao recurso extraordinário deduzido pela parte ora agravante.

A decisão objeto do presente recurso de agravo está assim ementada (fls. 361/362):

**"INFRAERO. EMPRESA PÚBLICA FEDERAL VOCACIONADA, EM FUNÇÃO DE SUA ESPECÍFICA DESTINAÇÃO INSTITUCIONAL, A EXECUTAR, COMO ATIVIDADE-FIM, 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).**


RE 363.412-Agr / BA

**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. **DOCTRINA. JURISPRUDÊNCIA. PRECEDENTES** DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO IMPROVIDO.**"

Inconformado com esse ato decisório, o Município de Salvador/BA **interpõe** o presente recurso, **postulando o conhecimento e o provimento** do apelo extremo que deduziu (fls. 372/385), **apoiando-se**, em síntese, **nos seguintes fundamentos**: (a) **ausência de exame** da controvérsia jurídica sob a perspectiva do art. 150, VI, "a", e §§ 2º e 3º, e do art. 173, §§ 1º e 2º da Constituição; (b) **qualificação** da INFRAERO como empresa governamental exploradora de atividade econômica e (c) **execução**, por essa **mesma** empresa governamental, de atividades econômicas **absolutamente estranhas** à realização de operações **inerentes** à administração de serviços de infraestrutura aeroportuária.

Por não me convencer das razões expostas, **submeto**, à apreciação desta Colenda Turma, o **presente** recurso de agravo.

É o relatório.



RE 363.412-AgR / BA

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): Não assiste razão à parte ora recorrente, eis que a decisão agravada ajusta-se, com integral fidelidade, à diretriz jurisprudencial firmada pelo Supremo Tribunal Federal na matéria ora em exame.

Com efeito, a controvérsia jurídica suscitada na presente causa consiste em saber se se revela constitucionalmente lícito, ou não, ao Município, fazer incidir o ISS sobre a atividade desempenhada pela Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária - INFRAERO, empresa pública federal, na execução de serviços de infra-estrutura aeroportuária, notadamente em face do que dispõe o art. 21, XII, "c", da Constituição da República, que outorga, à União Federal, nesse específico domínio, a exploração de tal atividade.

Cumprе enfatizar, por relevante, que a exploração dos serviços de infra-estrutura aeroportuária poderá ser executada, diretamente, pela própria União Federal, ou, então, indiretamente, mediante utilização, por essa pessoa política, de instrumentos de descentralização administrativa.

RE 363.412-Agr / BA

Na realidade, a INFRAERO executa e presta serviço público, mediante outorga da União Federal, a quem foi constitucionalmente deferido, em regime de monopólio, o encargo de "explorar (...) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária (...)" (CF, art. 21, XII, "c").

Dai a existência de pronunciamentos judiciais que põem em destaque a circunstância - constitucionalmente relevante - de que "(...) A INFRAERO tem por atividade-fim a administração de aeroportos sob sua jurisdição, constituindo serviço público federal monopolizado, de competência da União (artigo 21, inciso XII, alínea 'c'), com encargo outorgado por lei (...)" (AC 1998.01.00.086919-7/BA, Rel. Juiz WILSON ALVES DE SOUZA, TRF/1ª Região), a significar, portanto, que, não obstante organizada sob a forma de empresa pública, a Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária tem o seu patrimônio, rendas e serviços excluídos, em matéria de impostos, do poder de tributar dos entes políticos em geral, pois a INFRAERO presta típico serviço público cuja execução submete-se, constitucionalmente, a regime de monopólio.

Cabe destacar, neste ponto, o magistério da doutrina (CARLOS SOARES SANT'ANNA, "Imunidade de Empresas Públicas Prestadoras de Serviços Públicos", "in" "Imunidade Tributária", obra coletiva,

RE 363.412-AgR / BA

p. 43/54, 2005, MP Editora; JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, "**Manual de Direito Administrativo**", p. 848/849, item n. 4, 12ª ed., 2005, Lumen Juris; ROQUE ANTONIO CARRAZZA, "**A Imunidade Tributária das Empresas Estatais Delegatárias de Serviços Públicos**", p. 38/48, 2004, Malheiros; CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, "**Curso de Direito Administrativo**", p. 656/657, item n. 17, 21ª ed., 2006, Malheiros; HELY LOPES MEIRELLES, "**Direito Administrativo Brasileiro**", p. 640/641, item n. 3.1, 32ª ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, 2006, Malheiros), cuja lições acentuam a estatalidade dos serviços constitucionalmente monopolizados pelo Poder Público, valendo referir, ante a pertinência de suas observações, o preciso entendimento de REGINA HELENA COSTA ("**Imunidades Tributárias - Teoria e Análise da Jurisprudência do STF**", p. 144/145, item n. 2.1.6, 2001, Malheiros):

**"Inicialmente, analisemos a situação da empresa estatal - empresa pública ou sociedade de economia mista - que recebeu a outorga, por meio de lei, da prestação de serviço público cuja competência pertence à pessoa política que a criou.**

**Tais pessoas detêm personalidade de Direito Privado e compõem a Administração Pública Indireta ou Descentralizada. Têm sua criação autorizada, sempre por lei (art. 37, XIX, da CF), para desempenhar atividade de natureza econômica, a título de intervenção do Estado no domínio econômico (art. 173 da CF) ou como serviço público assumido pelo Estado (art. 175 da CF).**

**Recebendo tais entes o encargo de prestar serviço público - consoante a noção exposta -, o regime de sua**

RE 363.412-Agr / BA

**atividade é o de Direito Público, o que inclui, dentre outras prerrogativas, o direito à imunidade fiscal.**

**O raciocínio resume-se no seguinte: se o serviço público for prestado diretamente pela pessoa política estará, indubitavelmente, imune à tributação por via de impostos. Ora, a mera delegação da execução desse serviço público, pela pessoa que é titular da competência para prestá-lo à coletividade, por meio de lei, a uma empresa por ela instituída - empresa pública ou sociedade de economia mista -, que se torna delegatária do serviço, não pode, portanto, alterar o regime jurídico - inclusive tributário - que incide sobre a mesma prestação.**

**A descentralização administrativa, como expediente destinado a garantir maior eficiência na prestação de serviços públicos (art. 37, 'caput', da CF), não tem o condão de alterar o tratamento a eles dispensado, consagrador da exoneração tributária concernente a impostos." (grifei)**

**Diversa não é** a percepção do tema **revelada**, em douto magistério, por ROQUE ANTONIO CARRAZZA ("Curso de Direito Constitucional Tributário", p. 706/709, 22ª ed., 2006, Malheiros):

**"Aprofundando o assunto, as empresas estatais, quando delegatárias de serviços públicos ou de atos de polícia - e que, portanto, não exploram atividades econômicas -, não se sujeitam à tributação por meio de impostos, justamente porque são a 'longa manus' das pessoas políticas que, por meio de lei, as criam e lhes apontam os objetivos públicos a alcançar.**

**A circunstância de serem revestidas da natureza de 'empresa pública' ou de 'sociedade de economia mista' não lhes retira a condição de 'pessoas administrativas', que agem em nome do Estado, para a consecução do bem comum.**

**Valem, a respeito, as observações do mesmo mestre Geraldo Ataliba: 'Há delegação (o que só cabe por decisão legislativa) quando a pessoa política (União, Estado ou Município) cria uma entidade sob forma de**



RE 363.412-Agr / BA

empresa (pública ou mista) e a incumbe de prestar um serviço público. Assim, a empresa estatal é delegada e (na forma da lei) exerce serviço público próprio da entidade política cuja lei a criou'.

.....  
**Muito bem**, as pessoas administrativas delegatárias de serviços públicos ou do poder de polícia **titularizam interesses públicos**, que lhes dão grande cópia de prerrogativas, inclusive no que concerne à tributação, a elas se aplicando, por inteiro, a imunidade do art. 150, VI, 'a', da CF.

**Sendo mais específicos**, tais pessoas, enquanto, no exercício de suas funções típicas, **auferem rendimentos, são imunes ao IR e aos demais tributos que incidem sobre lucros, receitas, rendimentos etc.; enquanto proprietárias dos imóveis** que lhes dão 'base material' para o desempenho de suas atividades típicas, **são imunes ao IPTU; enquanto proprietárias de veículos automotores** utilizados na prestação dos serviços públicos ou na prática de atos de polícia, **são imunes ao IPVA; e assim avante.**

**Remarque-se que a circunstância** de estas pessoas terem personalidade de direito privado **não impede recebam especial proteção tributária**, justamente para possibilitar a prestação de serviços públicos ou a prática de atos de polícia.

**Reforçando** estas idéias, é ponto bem averiguado que **algumas atividades só podem ser exploradas pelo Estado**, entre nós representado pelas pessoas políticas (a União, os Estados-membros, os Municípios e o Distrito Federal). **É que a Constituição entendeu** que elas são **tão essenciais** ou dizem **tão de perto** com a soberania nacional, **que não convém** naveguem ao sabor da livre concorrência.

**De fato**, embora entre nós vigore o regime da livre iniciativa, **aos particulares** - e, por extensão, às empresas privadas - **não é dado imiscuir-se** em determinados assuntos. **Quais assuntos? Basicamente os adnumerados** nos arts. 21, 25, 30 e 32 da CF, **que tratam**, respectivamente, das competências administrativas da União, dos Estados-membros, dos Municípios e do Distrito Federal.

.....  
 Os particulares **só ingressam** no campo reservado aos serviços públicos ou aos atos de polícia quando

RE 363.412-Agr / BA

contratados pelo Estado, segundo as fórmulas da concessão e permissão. **Mas**, mesmo quando isto acontece, **o Estado não se desonera** do dever e da titularidade de supervisioná-los. **Afinal, os serviços** e os atos de polícia **continuam públicos**. **Não migram**, por força da concessão ou da permissão, para as hostes do direito privado.

**O que estamos querendo significar é que, do mesmo modo** em que há um campo reservado à livre iniciativa (art. 170 da CF), **há um outro reservado à atuação estatal** (art. 175 da CF).

.....  
**Quando, porém, a empresa pública** ou a sociedade de economia mista **são delegatárias de serviços públicos** ou de poder de polícia, **elas, por não concorrerem** com as empresas privadas, **não se sujeitam** aos ditames do precitado art. 173.

.....  
**Podemos, pois, dizer** que, neste caso, as sociedades de economia mista **e as empresas públicas, pelas atribuições delegadas** de poder público **que exercitam, são, 'tão-só quanto à forma',** pessoas de direito privado. **'Quanto ao fundo' são instrumentos do Estado, para a prestação de serviços públicos** ou a prática de atos de polícia. Acabam fazendo as vezes das autarquias, embora - damo-nos pressa em proclamar - com elas não se confundam.

**Neste sentido,** enquanto atuam como se pessoas políticas fossem, **as empresas públicas e as sociedades de economia mista não podem ter embaraçada ou anulada sua ação pública por meio de impostos.** Esta é a consequência de uma interpretação sistemática do art. 150, VI, 'a', da CF.

**Não se deve distinguir** entre a empresa estatal **e a** pessoa política que a instituiu, **mas, simplesmente, se a hipótese de incidência** (fato gerador 'in abstracto') **do imposto provém da prestação de serviços públicos ou do exercício do poder de polícia, isto é, de atividades de competência governamental. Em caso afirmativo, são, s.m.j., alcançadas pelos benefícios** do art. 150, VI, 'a', da CF." (grifei)

RE 363.412-Agr / BA

Vê-se, portanto, que a resolução do presente litígio há de resultar do reconhecimento, na espécie, de que a pretensão impositiva do Município, em tema de ISS (imposto cuja exigibilidade está sendo questionada no caso), sofre as limitações decorrentes da garantia da imunidade tributária recíproca, que traduz uma das projeções concretizadoras do postulado constitucional da Federação.

É importante por em destaque, neste ponto, a própria razão de ser da cláusula que instituiu a imunidade tributária recíproca.

Sabemos que a Constituição do Brasil, ao institucionalizar o modelo federal de Estado, perfilhou, a partir das múltiplas tendências já positivadas na experiência constitucional comparada, o sistema do federalismo de equilíbrio, cujas bases repousam na necessária igualdade político-jurídica entre as unidades que compõem o Estado Federal.

Desse vínculo isonômico, que parifica as pessoas estatais dotadas de capacidade política, deriva, como uma de suas conseqüências mais expressivas, a vedação - dirigida a cada um dos entes federados - de instituição de impostos sobre o patrimônio, a renda e os serviços uns dos outros, bem assim de suas

RE 363.412-AgR / BA

instrumentalidades administrativas, como esta Suprema Corte vem decidindo a respeito de semelhante questão.

A imunidade tributária recíproca - consagrada pelas sucessivas Constituições republicanas brasileiras - representa um fator indispensável à preservação institucional das próprias unidades integrantes do Estado Federal, constituindo, ainda, importante instrumento de manutenção do equilíbrio e da harmonia que devem prevalecer, como valores essenciais que são, no plano das relações político-jurídicas fundadas no pacto da Federação.

A concepção de Estado Federal, que prevalece em nosso ordenamento positivo, impede - especialmente em função do papel que incumbe a cada unidade federada desempenhar no seio da Federação - que qualquer delas institua impostos sobre o patrimônio, a renda e os serviços tanto das demais pessoas políticas quanto das respectivas pessoas administrativas, quando criadas para executar, mediante outorga, serviços públicos constitucionalmente incluídos na esfera orgânica de competência das entidades governamentais.

No processo de indagação das razões políticas subjacentes à previsão constitucional da imunidade tributária recíproca, cabe destacar, precisamente, a preocupação do legislador

RE 363.412-Agr / BA

constituente **de inibir**, pela repulsa à **submissão fiscal** de uma entidade federada a outra, **qualquer** tentativa, que, **concretizada**, possa, em última análise, **inviabilizar** o próprio funcionamento da Federação.

Essa percepção em torno do significado e da finalidade da imunidade tributária recíproca, que representa verdadeira garantia institucional de preservação do sistema federativo, encontra apoio no pensamento doutrinário de eminentes autores (ALIOMAR BALEEIRO, "Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar", p. 91, 5ª ed., 1977, Forense; JOÃO BARBALHO, "Constituição Federal Brasileira", p. 40, 1992, edição fac-similar do Senado Federal, Brasília; PAULO DE BARROS CARVALHO, "Curso de Direito Tributário", p. 119/120, 4ª ed., 1991, Saraiva; FRANCISCO CAMPOS, "Direito Constitucional", vol. I/7-134, 1956, Freitas Bastos; ALEXANDRE DE MORAES, "Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional", p. 1.719, item n. 150.10, 2ª ed., 2003, Atlas; HUGO DE BRITO MACHADO, "Curso de Direito Tributário", p. 283/285, item n. 3.9, 26ª ed., 2005, Malheiros; HUMBERTO ÁVILA, "Sistema Constitucional Tributário", p. 216/220, 2ª ed., 2006, Saraiva; SACHA CALMON NAVARRO COELHO, "Curso de Direito Tributário Brasileiro", p. 287/299, item n. 7.1, 9ª ed., 2006, Forense, v.g.), refletindo-se,

RE 363.412-AgR / BA

ainda, como **anteriormente** salientado, **na própria jurisprudência constitucional** desta Suprema Corte (RTJ 151/755-756, v.g.).

**Assim definida** a questão, **cumpre-me observar**, desde logo, por relevante, **que controvérsias assemelhadas** à suscitada no presente recurso extraordinário - **que concerniam** a empresas governamentais **incumbidas**, por outorga, de explorar atividades **constitucionalmente reservadas** a determinada entidade política - **já foram dirimidas por ambas as Turmas** do Supremo Tribunal Federal, em julgamentos nos quais se reconheceu, em favor dessas mesmas empresas governamentais, **a garantia da imunidade tributária recíproca** (RTJ 187/355, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - RE 318.185-AgR/SP, Rel. Min. NELSON JOBIM - RE 357.291/PR, Rel. Min. CEZAR PELUSO - RE 357.447-AgR/SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE - RE 407.099/RS, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, v.g.):

**"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. IPTU. IMÓVEIS DO ACERVO PATRIMONIAL DO PORTO DE SANTOS. IMUNIDADE RECÍPROCA. TAXAS.**

1. **Imóveis situados no porto, área de domínio público da União, e que se encontram sob custódia da companhia em razão de delegação prevista na Lei de Concessões Portuárias. Não-incidência do IPTU, por tratar-se de bem e serviço de competência atribuída ao poder público (artigos 21, XII, 'f' e 150, VI, da Constituição Federal).**

RE 363.412-Agr / BA

**2. Taxas. Imunidade. Inexistência**, uma vez que o preceito constitucional **só faz alusão expressa a imposto, não comportando** a vedação a cobrança de taxas. Recurso Extraordinário **parcialmente** provido." (RE 265.749/SP, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA - grifei)

**"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS: IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA: C.F., art. 150, VI, 'a'. EMPRESA PÚBLICA QUE EXERCE ATIVIDADE ECONÔMICA E EMPRESA PÚBLICA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO: DISTINÇÃO.**

**I.** - As empresas públicas prestadoras de serviço público distinguem-se das que exercem atividade econômica. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é prestadora de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado, motivo por que está abrangida pela imunidade tributária recíproca: C.F., art. 150, VI, 'a'.

**II.** - R.E. conhecido e provido." (RTJ 193/1129, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - grifei)

Impende assinalar, por oportuno, que esse entendimento reflete-se, por igual, na jurisprudência dos Tribunais em geral (AC 1997.01.00.020219-0/PA, Rel. Juiz LINDOVAL MARQUES DE BRITO - AC 1998.01.00.086919-7/BA, Rel. Juiz WILSON ALVES DE SOUZA - AC 2001.33.00.010332-9/BA, Rel. Juíza MARIA DO CARMO CARDOSO - AC 2004.04.01.047281-7/PR, Rel. Juiz JOÃO SURREAUX CHAGAS):

**"EXECUÇÃO FISCAL CONTRA A EMPRESA BRASILEIRA DE INFRA-ESTRUTURA AEROPORTUÁRIA (INFRAERO). IMUNIDADE EM RELAÇÃO AOS SERVIÇOS POR ELA PRESTADOS (CARTA MAGNA, ARTS. 21, X; E 150, VI, 'A').**

**1. Os serviços prestados pela INFRAERO não estão sujeitos ao Imposto sobre Serviços, uma vez que exercendo ela o monopólio de serviços de competência da União (Carta Magna, art. 21, XII, 'c'), estão eles abrangidos pela imunidade prevista no artigo 150,**

RE 363.412-Agr / BA

inciso VI, alínea 'a', da Constituição Federal.  
**Precedentes** desta Corte.

2. Apelação e remessa, tida por interposta, não providas."

(AC 1999.01.00.067460-5/BA, Rel. Juiz CARLOS ALBERTO SIMÕES DE TOMAZ - grifei)

**Cumpre observar**, ainda, neste ponto, por necessário, **que não procedem as razões** invocadas no presente recurso de agravo, eis que foram amplamente debatidos, na decisão ora agravada, os temas pertinentes à imunidade tributária recíproca, à qualificação da INFRAERO como entidade prestadora de serviços públicos, à inaplicabilidade do art. 173 da Constituição a essa empresa governamental (porque delegatária de serviços públicos) e à circunstância de que certas atividades-meio executadas pela INFRAERO revelam-se necessárias ao custeio e à própria realização dos fins para os quais foi essa empresa governamental concebida e organizada.

**É importante ter em consideração**, no exame da controvérsia, a decisão, que, emanada do E. TRF/1ª Região, objeto do recurso extraordinário interposto pelo Município de Salvador/BA, parte ora agravante, **acha-se consubstanciada** em acórdão assim ementado (fls. 237):

**"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS. INFRAERO. EXPLORAÇÃO DE**



RE 363.412-Agr / BA

**ATIVIDADE ECONÔMICA. INEXISTÊNCIA. IMUNIDADE RECÍPROCA. (CF, ART. 150, VI, 'a'). DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO.**

1. A **INFRAERO** é empresa pública que exerce serviço público federal monopolizado outorgado por lei, estando, pois, abrangida pela imunidade recíproca prevista no art. 150, inciso VI, 'a', da CF/88.

2. A **exceção** ao princípio da imunidade recíproca contida no § 3º, do aludido dispositivo constitucional, dirige-se às empresas que exploram atividades econômicas, **o que não é o caso da INFRAERO.**

3. **Os serviços** prestados por esta empresa pública não estão sujeitos à incidência do ISS.

4. **A sentença** que julga improcedentes os embargos à execução fiscal mantém a cobrança do débito inscrito em dívida ativa e, portanto, não está sujeita ao duplo grau de jurisdição (CPC, art. 475, III)." (**grifei**)

As razões da eminente Juíza Selene Maria de Almeida, **expostas** a fls. 196/224,  **muito bem apreciaram** a questão constitucional suscitada na presente causa, **valendo destacar**, de seu douto voto, **os seguintes fragmentos:**

"O **objeto da INFRAERO**, nos termos da Lei autorizadora de sua constituição, é o de 'implantar, administrar, operar e explorar industrial e comercialmente a infra-estrutura aeroportuária que lhe for atribuída pelo Ministério da Aeronáutica' (Lei nº 5.862, de 12.12.72, art. 2º). Este transferiu à **INFRAERO** a jurisdição técnica, administrativa e operacional de diversos aeroportos, 'ex vi' das diversas portarias ministeriais.

**A INFRAERO** opera com a estrutura e a infra-estrutura aeroportuária, abrangendo o aeroporto, ou aeródromo público, dotado de instalações para apoio de operações das aeronaves e de embarque e desembarque de pessoas e cargas, e sua infra-estrutura, o terminal de passageiros e suas facilidades. O aeroporto é uma 'universitas juris', equiparado a bem público federal (CBA, art. 36, § 5º, e art. 38). Os serviços conferidos à **INFRAERO**,

RE 363.412-Agr / BA

relacionados a estrutura e infra-estrutura aeroportuárias, constituem serviços públicos, no caso, serviços públicos monopolizados, de competência da União (Constituição, art. 21, XII, 'c'; CBA, art. 50, § 1º).

**A INFRAERO** recebeu esses encargos, por outorga, sem a existência de qualquer contrato (bilateral) de concessão de serviço público.

**O Ministério da Aeronáutica não transferiu** para a INFRAERO o aeroporto em si, bem público da União. Transferiu o seu uso, com as respectivas instalações, áreas e serviços correlatos e afins, que ficaram sob a jurisdição da aludida empresa pública.

**O Ministério da Aeronáutica não transferiu** todos os seus poderes ou todas as suas atribuições, pois ficou com a responsabilidade global com relação ao sistema aeroviário, ao sistema de proteção ao voo, ao sistema de segurança de voo, de registro aeronáutico, além de outros. Determinados serviços prestados no aeroporto acham-se vinculados a outros Ministérios (serviço de polícia, serviços de alfândega, serviços de saúde, etc.). À INFRAERO compete apenas a responsabilidade fixada na Portaria ministerial a respeito da fração da infra-estrutura aeroportuária que lhe foi confiada pelo Ministério da Aeronáutica, através da jurisdição técnica, administrativa e operacional do aeroporto. A Portaria ministerial não outorgou à INFRAERO qualquer atividade industrial.

**Em síntese, a INFRAERO**, diante da lei que autorizou a sua constituição e das Portarias ministeriais, tem atribuições para absorver as áreas de sua jurisdição, regulando-as; administrar o aeroporto sob sua jurisdição; coordenar as atividades dos órgãos públicos que funcionem no aeroporto sob sua jurisdição; operar, manter e desenvolver o aeroporto; elaborar e fixar instruções gerais.

**Tais atividades** fazem parte da Administração do aeroporto. Conseqüentemente, a INFRAERO tem por atividade fim a administração de aeroportos sob sua jurisdição, aeroporto este considerado bem público da União.

**Como já afirmei**, a atividade da INFRAERO, de administração de aeroportos, constitui serviço público federal monopolizado. Sua atividade acha-se ligada a serviço público por outorga de lei, não havendo qualquer atividade comercial (compra e venda de mercadorias) ou

RE 363.412-Agr / BA

industrial (produção e venda de bens materiais). Atividades econômicas não estão previstas na Portaria ministerial que oferece atribuições à INFRAERO.

**A INFRAERO** presta apenas serviço público federal, monopolizado, de administração de aeroportos sujeitos à sua jurisdição. Executa ela serviço público e não atividade econômica. O serviço público da INFRAERO atende a toda a coletividade, vez que o aeroporto é um bem público federal, aberto a todos.

**O Código Brasileiro de Aeronáutica**, ao admitir a utilização dos aeroportos por quaisquer aeronaves, o faz ressaltando o ônus da utilização, mediante preços de utilização, fixados pelo Ministério da Aeronáutica. Por isso a cobrança de tarifas aeroportuárias (tarifa de embarque, tarifa de pouso, tarifa de permanência, tarifa de armazenagem, etc.).

**As áreas aeroportuárias**, suas instalações, equipamentos e facilidades, podem ser transferidas em subconcessão para terceiros, também mediante ônus da utilização. Daí a cobrança de preços específicos pela subconcessão de uso de área aeroportuária.

**A apelante tem uma atividade-fim**, que é a de administração de aeroportos, onde se inserem atividades meios, inclusive as de fazer contratos de subconcessão de uso de áreas aeroportuárias, cobrando dos interessados tarifas aeroportuárias e preços específicos. Quem administra aeroportos deve cuidar das áreas livres. Essa administração é um serviço público monopolizado, cuja receita obtida se destina a custear a aludida administração, dada pela lei à INFRAERO para que esta cumpra os encargos outorgados pela mesma lei.

**Não há atividade econômica** por parte da INFRAERO, **que executa serviço público federal, monopolizado, dirigido à coletividade**. Quem administra aeroportos, bem público federal, que não é do administrador, como é o caso da INFRAERO, não empreende atividade econômica, ou atividade lucrativa.

.....  
**As atividades** mencionadas no art. 21 da mesma Carta, notadamente nos seus incisos VII, X, XI, XII, são, todas elas, de prestação de serviços públicos, destacando-se, no caso das relacionadas no inciso XII, a faculdade, ali prevista, de serem eles fornecidos pela própria União ou mediante autorização, concessão ou permissão.

RE 363.412-AgR / BA

**A prestação de serviços públicos não configura atividade econômica**, ainda que desenvolvida por meio de concessão feita a entidade estranha à administração pública. É a natureza das prestações prevalece sempre, para marcar o tratamento tributário cabível, sem relevância do fato de o prestador ser, ou não, empresa privada, pública ou mista.

.....  
**Em conclusão, a INFRAERO**, pela atividade que presta, **não pode estar submetida ao ISS** porque sendo empresa pública, com encargo outorgado por lei, **relativo a serviço público federal monopolizado**, com capital da União, **é ela alcançada pela imunidade recíproca** que 'não se aplica ao patrimônio à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário' (Constituição, art. 150, § 3º), **mas se aplica às atividades prestadas pela INFRAERO**, que não explora atividade econômica. A exceção constitucional é prevista para casos em que existe exploração de atividades econômicas, e não para execução de serviços públicos, por encargo de outorga de lei instituidora da entidade, gerindo bens e serviços da União, monopolizados. **Prestando serviços por encargo de lei**, a INFRAERO não tem contrato de concessão de serviços públicos, onde existiria acordo entre as partes e a estipulação negocial das tarifas para os respectivos serviços. As tarifas ou preços devidos para a INFRAERO são relativos à utilização do aeroporto, universalidade de direito. Ademais, pelo artigo 173, § 1º, da Constituição, 'as empresas públicas... que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas'. A INFRAERO, não explorando atividade econômica, acha-se ao abrigo dos preceitos que beneficiam o Poder Público e seus organismos.

**Mesmo que as atividades** da INFRAERO não tivessem ao abrigo da imunidade recíproca, consagrada na Constituição, mesmo assim, os serviços prestados por ela seriam não incidentes diante do ISS, uma vez que a INFRAERO não tem atividade com finalidade lucrativa, como têm o 'profissional autônomo' ou a 'empresa'. Ao ISS interessa o serviço como circulação econômica, decorrente de venda com fim lucrativo. O serviço da



RE 363.412-Agr / BA

INFRAERO não é prestado por empresa ou profissional autônomo, elementos essenciais para caracterizar o fato gerador da obrigação tributária relativa ao imposto municipal. Os serviços prestados para a própria pessoa do prestador, como ocorre com a INFRAERO e os seus serviços de administração pública, não representam atividades de circulação econômica, razão pela qual os mesmos não podem provocar a incidência do ISS.

.....  
**A atividade-fim da INFRAERO** é a de executar serviço público de administração de aeroportos sob sua jurisdição, conforme encargo que a lei autorizadora de sua criação lhe outorgou. Para executar essa atividade fim - serviço público de administração de aeroportos, a INFRAERO realiza uma série enorme de atividades e contratos, que objetivam o bom andamento do aeroporto. São, tais atividades, as atividades meios. A subconcessão de utilização de áreas aeroportuárias é uma das atividades meios.

**O que se discute** nesta demanda é se a Infraero, ora apelante, e as empresas públicas brasileiras que sejam prestadoras de serviços públicos sem fins lucrativos, em virtude de lei (delegação), assemelhadas às autarquias e fundações, gozam da imunidade intergovernamental recíproca, em contraposição às empresas públicas dedicadas às atividades econômicas, em regime de concessão pública, com o fito de lucro, neste ponto assemelhadas às empresas de economia mista.

.....  
**O § 3º proíbe que a imunidade** seja cogitada relativamente aos particulares concessionários, inclusive através de empresas de capital misto, de serviços públicos concedidos e à atividade econômica remunerada pela cobrança de preços ou tarifas.

**Não se pode concluir** que o § 3º do artigo 150 não exclui expressamente as empresas públicas sem fins lucrativos, delegatárias de serviços públicos, do âmbito da imunidade intergovernamental recíproca, pois a menção isolada a preços e tarifas, como fator excludente, levaria ao absurdo de se tributar as autarquias e fundações que os cobram (FGV, FIOCRUZ, OAB, CREA) e empresas públicas que explorem, por delegação, serviço público em regime de mono ou semi-monopólio, sem finalidade de apropriação do lucro (EBCT e INFRAERO v.g.), cujos resultados legalmente por lei têm a

RE 363.412-AgrR / BA

finalidade de melhoria do serviço público e aos cofres públicos.

**A Infraero** apelante sustenta que para que haja a incidência da regra da imunidade - independentemente de revestir a instrumentalidade da pessoa política a forma de autarquia, fundação ou empresa pública - impõe-se a conjugação dos seguintes elementos normativos:

(a) a existência de um serviço público a ser prestado por ente delegatário, e;

(b) a delegação do respectivo serviço público, por força de lei;

(c) que será prestado sem intuito lucrativo, em prol da coletividade;

(d) em nome do ente delegante (pessoa jurídica de direito público: União, Estados e Municípios);

(e) cujos resultados não sejam jamais apropriados por acionistas particulares (caso das empresas de economia mista);

(f) e, ao contrário, sejam sempre reaplicados na ampliação e melhoria dos serviços públicos prestados e/ou entregues às pessoas políticas delegantes.

.....  
**Pelo texto constitucional**, quando o Estado explora atividade econômica submete-se ao regime jurídico das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações tributárias e trabalhistas.

**Porém, pode o Estado** realizar os serviços públicos que são de sua atribuição, por mandamento constitucional, através de empresas públicas, e, aqui, incide o regime jurídico administrativo, e não as normas de direito privado.

**No que tange** ao regime tributário, as empresas prestadoras de serviços públicos são imunes a impostos cuja titularidade impositiva caiba a pessoa estranha à órbita governamental de que sejam parte.

**A questão juridicamente relevante** é que a exploração, direta ou mediante autorização, concessão ou permissão, da navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária, foi definida, pela Constituição Federal, como serviço público de competência da União (artigo 21, XII, 'c').

**Se uma empresa pública** ou sociedade de economia mista presta um serviço público, atua como órgão da

RE 363.412-Agr / BA

Administração indireta, e não desenvolve atividade econômica própria das empresas privadas. Donde se conclui que submete-se ao regime jurídico de direito público, pois é na condição de poder público que atua.

.....  
**Ao prestar serviço público**, nos termos definidos pela Constituição Federal, a imunidade recíproca alcança a Infraero, não podendo incidir sobre as atividades que desenvolve, o imposto sobre serviços de qualquer natureza.

**A tese da apelante está correta**: a imunidade é extensiva, **independentemente** da cobrança de taxas ou tarifas, às empresas públicas, fundações e autarquias, cujo capital é exclusivamente público, quando prestem serviços públicos, sem apropriação dos lucros, como delegatárias de funções próprias dos entes políticos, por força de lei." (grifei)

Cumpre rememorar, por oportuno, neste ponto, a valiosa **opinião doutrinária** do eminente Professor EROS GRAU ("A Ordem Econômica na Constituição de 1988 - Interpretação e Crítica", p. 140, 2ª ed., 1991, RT), **cuja lição** confere **precisa** exegese ao art. 173, § 1º, da Constituição da República, **em magistério** aplicável à situação jurídica da INFRAERO:

"Da mesma forma, no § 1º do art. 173 a expressão conota atividade econômica **em sentido estrito**: **determina** figurem sujeitas ao regime próprio das empresas privadas, **inclusive** quanto às obrigações trabalhistas e tributárias, **a empresa pública**, a sociedade de economia mista e outras entidades **que atuem** no campo da atividade econômica **em sentido estrito**; o preceito, à toda evidência, **não alcança empresa pública**, sociedade de economia mista e entidades (estatais) **que prestam serviço público.**" (grifei)

RE 363.412-Agr / BA

Não foi por outra razão que salientei, em passagem de minha decisão, que a INFRAERO, qualificada como empresa pública delegatária de serviços públicos (aqueles referidos no art. 21, XII, "c", da Lei Fundamental - serviços de infra-estrutura aeroportuária -, cuja execução submete-se, constitucionalmente, a regime de monopólio), não concorre com as empresas privadas, pelo simples fato de não explorar atividade econômica em sentido estrito, o que permite excluí-la da disciplina jurídica que a Constituição da República, em obséquio ao princípio da livre concorrência, estabeleceu em seu art. 173, § 1º.

Desse modo, o exame desta causa - presentes as razões que venho de expor, apoiadas nas lições e precedentes ora referidos - evidencia que o acórdão impugnado em sede recursal extraordinária ajusta-se à orientação que o Supremo Tribunal Federal firmou na análise da matéria em questão.

Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, nego provimento ao presente recurso de agravo, mantendo, em consequência, por seus próprios fundamentos, a decisão ora agravada.

É o meu voto.



**SEGUNDA TURMA**

**EXTRATO DE ATA**

**AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 363.412-7**

PROCED.: BAHIA

**RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO**

AGTE.(S): MUNICÍPIO DE SALVADOR

ADV.(A/S): PEDRO AUGUSTO DE FREITAS GORDILHO

AGDO.(A/S): EMPRESA BRASILEIRA DE INFRA-ESTRUTURA  
AEROPORTUÁRIA -

INFRAERO

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

ASSIST.(S): UNIÃO

ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

**Decisão:** A Turma, por votação unânime, **negou** provimento ao recurso de agravo, **nos termos** do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Cezar Peluso e Eros Grau. **2ª Turma**, 07.08.2007.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello.  
Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Cezar Peluso e Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Eros Grau.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo da Rocha Campos.

Carlos Alberto Cantanhede  
Coordenador