

02/03/2010

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 285.716 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. JOAQUIM BARBOSA**
AGTE. (S) : **PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRÁS**
ADV. (A/S) : **IGOR VASCONCELOS SALDANHA E**
OUTRO (A/S)
AGDO. (A/S) : **MUNICÍPIO DE SANTOS**
PROC. (A/S) (ES) : **PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE**
SANTOS

EMENTA:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA (ART. 150, VI, A DA CONSTITUIÇÃO). IMÓVEL UTILIZADO PARA SEDIAR CONDUTOS DE TRANSPORTE DE PETRÓLEO, COMBUSTÍVEIS OU DERIVADOS. OPERAÇÃO PELA PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRÁS. MONOPÓLIO DA UNIÃO. INAPLICABILIDADE DA SALVAGUARDA CONSTITUCIONAL.

1. Recurso extraordinário interposto de acórdão que considerou tributável propriedade imóvel utilizada pela Petrobrás para a instalação e operação de condutos de transporte de seus produtos. Alegada imunidade tributária recíproca, na medida em que a empresa-agravante desempenha atividade sujeita a monopólio.

2. É irrelevante para definição da aplicabilidade da imunidade tributária recíproca a circunstância de a atividade desempenhada estar ou não sujeita a monopólio estatal. O alcance da salvaguarda constitucional pressupõe o exame (i) da caracterização econômica da atividade (lucrativa ou não), (ii) do risco à concorrência e à livre-iniciativa e (iii) de riscos ao pacto federativo pela pressão política ou econômica.

3. A imunidade tributária recíproca não se aplica à Petrobrás, pois:

3.1. Trata-se de sociedade de economia mista destinada à exploração econômica em benefício de seus acionistas, pessoas de direito público e privado, e a salvaguarda não se presta a proteger aumento patrimonial dissociado de interesse público primário;

3.2. A Petrobrás visa a distribuição de lucros, e, portanto, tem capacidade contributiva para participar do apoio econômico aos entes federados;

3.3. A tributação de atividade econômica lucrativa não implica risco ao pacto federativo.



8

RE 285.716-AgR / SP

Agravo regimental conhecido, mas ao qual se nega provimento.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do relator.

Brasília, 02 de março de 2010.



JOAQUIM BARBOSA - Relator

02/03/2010

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 285.716 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. JOAQUIM BARBOSA**
AGTE. (S) : **PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRÁS**
ADV. (A/S) : **IGOR VASCONCELOS SALDANHA E**
OUTRO (A/S)
AGDO. (A/S) : **MUNICÍPIO DE SANTOS**
PROC. (A/S) (ES) : **PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE**
SANTOS

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto de decisão que tem o seguinte teor:

"DECISÃO: Trata-se de recurso extraordinário (art. 102, III, a, da Constituição federal) interposto de acórdão do extinto Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo.

Alega-se violação do disposto nos arts. 5º, caput, II e XXXV; 22, I; 93, IX, e 150, I e VI, a, da Carta Magna, pois a decisão não teria sido fundamentada; a Certidão de Dívida Ativa seria nula; haveria cobrança antecipada de honorários e, por fim, os bens da Petrobras teriam natureza pública em razão de sua destinação, sendo, portanto, imunes a tributos estaduais e municipais.

Sem razão a recorrente.

Inicialmente, verifico que inexistente a alegada ofensa aos arts. 5º, XXXV, e 93, IX, da Constituição, pois a decisão recorrida inequivocamente prestou jurisdição, em observância aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, tendo enfrentado as questões suscitadas com a devida fundamentação, ainda que com ela não concorde a parte.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento de que a Petrobrás não é prestadora de serviço público e, portanto, não pode ser concebida

RE 285.716-Agr / SP

como delegada da União. A Petrobrás é sociedade de economia mista que explora atividade econômica em sentido estrito, não havendo que se falar em destinação pública de seus bens e conseqüente imunidade tributária recíproca. Nesse sentido, confirmam-se: RE 75.000 (rel. min. Antonio Neder, DJ de 20.06.1980); ADI 3.273 (relator para o acórdão min. Eros Grau, DJ de 02.03.2007) e ADI 3.366 (relator para o acórdão min. Eros Grau, DJ de 02.03.2007).

Por fim, a análise das demais questões suscitadas implica reexame prévio da legislação infraconstitucional e dos fatos e provas que fundamentaram as conclusões da decisão recorrida. Isso inviabiliza o processamento do recurso extraordinário, em face das vedações contidas nos enunciados das Súmulas 279 e 636 desta Corte.

Do exposto, nego seguimento ao recurso extraordinário.

Publique-se.

Brasília, 30 de setembro de 2009.

Ministro JOAQUIM BARBOSA
Relator".

Sustenta-se, em síntese, que esta Corte tem competência para conhecer das questões de fundo da demanda, posto inaplicáveis os entendimentos constantes nas Súmulas 279 e 636/STF.

Segundo se argumenta quanto ao mérito, a atividade desenvolvida pela Petrobrás é sujeita ao monopólio da União, que não pode ser delegada a particulares (art. 177, IV da Constituição e Lei 9.478/1997). Portanto, a incidência do Imposto sobre Propriedade Territorial e Urbana - IPTU sobre o local onde instalados condutos de petróleo violaria os arts. 5º, caput, II e XXXV, 22, I e 150, I e VI, a da Constituição.

RE 285.716-AgR / SP

Ante o exposto, pede-se a reforma da decisão agravada.

É o relatório.



RE 285.716-Agr / SP

V O T O**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - (Relator):**

Inconsistente o recurso.

A própria empresa-agravante evidencia o escopo de suas atividades, ao aludir às seguintes passagens do acórdão que foi objeto do recurso extraordinário:

"O imóvel tributado não é bem público da União. É imóvel de uma sociedade anônima que tem ações na Bolsa de Valores e que submete-se ao regime fiscal das empresas privadas.

[...]

A afetação do imóvel não o faz pertencer à União" (Fls. 317/335/430).

A Constituição afasta a imunização tributária das atividades que demonstrem capacidade contributiva, entendida como a exploração econômica destinada ao acréscimo patrimonial público, quando este age como agente de mercado, ou particular.

Registro, por oportuno, o teor do art. 150, § 3º da Constituição:

"Art. 150. [...].

*§ 3º - As vedações do inciso VI, a [refere-se à imunidade tributária recíproca], 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." (grifei).*

RE 285.716-Agr / SP

A circunstância de a atividade pública estar submetida a monopólio não afasta o critério essencial para a tributação, que é o intuito lucrativo do empreendimento. De fato, a exploração do petróleo, posto que relevante e estratégica para interesses nacionais, tem por objetivo auferir ganho patrimonial em benefício dos proprietários do negócio.

Nesse ponto, lembro que o capital social da empresa-agravante é negociado no mercado. As ações da Petrobrás são listadas na Bolsa de Valores de São Paulo e em balcões internacionais (ADR Nível 3). São ações consideradas *blue chips*, de alto potencial de investimento e retorno.

A empresa-agravante também paga *dividendos* a seus acionistas, isto é, ela distribui lucros às entidades públicas e particulares que nela investem. No âmbito da distribuição da riqueza gerada, a União responde individualmente como investidora, em posição semelhante aos particulares, e não como representante da Nação (em 31.12.2009 a União detinha 55,6% do capital social da empresa. 25,7% das ações eram negociadas nos Estados Unidos por meio de ADR Nível 3. Estrangeiros respondiam diretamente por 3,5%, nos termos da Resolução 2.689 do CMN. Outras pessoas físicas e jurídicas tinham 8,6% das ações. Demais investidores: BNDESPar, com 1,9% e o FMP-FGTS, com 3,5%).



RE 285.716-AgR / SP

Nenhum dos critérios para aplicação da imunidade tributária recíproca foram atendidos.

Definem o alcance da imunidade tributária recíproca sua vocação para servir como salvaguarda do pacto federativo, (i) para evitar pressões políticas entre entes federados ou (ii) para desonerar atividades desprovidas de presunção de riqueza.

Para proteger o pacto federativo, a norma de imunidade define negativamente a competência tributária dos entes federados. **Como a proteção de um ente federado é feita em detrimento do direito fundamental de outro ente federado à tributação**, somente as materialidades ligadas inexoravelmente ao exercício de funções estatais e de estritos serviços públicos estão abrangidas pelo benefício. Em uma sociedade caracterizada pela livre-iniciativa de mercado e pela concorrência, as atividades de exploração econômica denotam inequívocos signos presuntivos de riqueza, e, portanto, não escapam à tributação pela circunstância de serem desempenhadas pelo Estado em qualquer de suas manifestações.

Uma terceira dimensão da imunidade recíproca se desdobra das duas dimensões expostasⁱ e da proibição constitucional à discriminação (art. 150, VI, §§ 2º e 3º e 173 da Constituição).

RE 285.716-AgR / SP

A imunidade recíproca opera como um instrumento de proteção de instrumentalidades estatais, e, portanto, não pode ter como efeito jurídico colateral o desequilíbrio das condições de concorrência econômica, nem tampouco o benefício de entidade particular, voltada à exploração econômica e lucrativa de qualquer objeto.

Essa proibição foi expressamente positivada nos arts. 150, §§ 3º e 4º e 173, § 2º da Constituição de 1988.

Como testemunhava **Aliomar Baleeiro**⁴¹, o sistema jurídico brasileiro contém o mecanismo da imunidade recíproca desde a Constituição de 1891, então elaborado sob a influência da Doutrina das Imunidades Tributárias Implícitas, desenvolvida pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América a partir do conhecido precedente *McCulloch v. Maryland*. A orientação norte-americana tem parâmetro na *Supremacy Clause* e na ausência do poder de tributar quando também ausente a legitimidade de representação política, mas alguns dos debates realizados por aquela Corte aproveitam à experiência brasileira.

Aliás, a evolução do entendimento norte-americano sobre a matéria registra uma preocupação crescente acerca do alcance da imunidade recíproca e da extensão de privilégios às entidades particulares. Com efeito, em uma série de precedentes, a Suprema Corte daquele país reverteu o centenário entendimento

RE 285.716-Agr / SP

anterior, que era baseado na constatação de que "qualquer tributo sobre as receitas auferidas por uma parte em função de um contrato firmado com o Estado equivalia a um tributo 'sobre' o Estado, pois a exação onerava a capacidade do estado para contratar"ⁱⁱⁱ.

Como ponderou o Justice Stone (cf. *Helvering v. Gerhardt*, 304 US 421 1937), que agora relembro com a necessária cautela, a imunidade não pode redundar na desoneração de particulares do dever de contribuir financeiramente à manutenção do Estado, apenas para garantir uma vantagem teórica ao membro do pacto federativo, tão especulativa em sua essência e medida a ponto de ser insubstancial (cf., v.g. os precedentes *Graves v. N.Y. ex rel. O'Keefe*, 306 U.S. 483 1938^{iv} e *South Carolina v. Baker*, 485 US 505 1987).

Entre nós, **Aliomar Baleeiro** já sustentava que:

"Toda vez que a imunidade for inútil, porque o tributo, pela sua natureza ou por seus efeitos econômicos, não atinge os meios de ação da pessoa de direito público, mas apenas a particulares, que razoavelmente devem suportar o gravame, não há por que excluí-los à sombra do art. 19, III, a [da EC 01/1969, que dispunha sobre a imunidade recíproca].

[...]

Uma aplicação rígida e literal do princípio do art. 19, III, a, já tem ensejado decisões dificilmente compatíveis com os fins políticos protegidos pela Constituição nesse dispositivo. Não parece que se ajustam à análise teleológica do estatuto supremo, por exemplo,



RE 285.716-Agr / SP

julgados que liberaram particulares do pagamento do imposto territorial porque ocupavam terrenos foreiros ou cedidos pela União."^v

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

"[...] 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, , 7ª ed., at. Misabel Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 295).

Em conclusão, a tributação de bem imóvel utilizado pela empresa-agravante passa ao largo da salvaguarda do pacto federativo, pois (i) a atividade tributada é signo presuntivo de riqueza e, portanto, denota capacidade contributiva própria da exploração econômica, (ii) não há indicação de risco de pressões políticas e (iii) a concessão do benefício teria por efeito principal assegurar interesses localizados de geração de lucros e riquezas.

Por fim, a imunidade tributária recíproca não pode desigualar agentes de mercado (art. 173, § 2º da Constituição).

RE 285.716-Agr / SP

Como a própria empresa-agravante expõe em seu site, na área de "INVESTIDORES":

"Concorrência:

Como consequência da gradual abertura do setor de petróleo e gás natural no Brasil, a Companhia espera enfrentar competição em todos os segmentos de suas operações".

Ante o exposto, conheço do agravo, mas a ele nego provimento.

É como voto.



ⁱ Isto é, a salvaguarda do pacto federativo e a expressão do princípio da capacidade contributiva.

ⁱⁱ Pág. 246-250.

ⁱⁱⁱ Interpretação dada pelo Chief Justice Rehnquist, durante o julgamento do caso *South Carolina v. Baker* (485 US 505 1987), sobre o precedente *Pollock v. Farmers' Loan & Trust Co.* (157 US 429 1895).

^{iv} Assim se pronunciou o Justice Stone: "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, 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."

^v Pág. 259.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA**AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 285.716**

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. JOAQUIM BARBOSA

AGTE.(S) : PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRÁS

ADV.(A/S) : IGOR VASCONCELOS SALDANHA E OUTRO(A/S)

AGDO.(A/S) : MUNICÍPIO DE SANTOS

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

Decisão: Negado provimento. Votação unânime. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Eros Grau. **2ª Turma**, 02.03.2010.

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

Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Gonçalves.

Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador