

RECURSO ESPECIAL Nº 1.840.514 - PR (2019/0290169-6)

RELATORA : MINISTRA ASSUSETTE MAGALHÃES
RECORRENTE : UNIÃO
RECORRIDO : MUNICÍPIO DE CURITIBA
PROCURADOR : SILMARA VAZ GABRIEL OSÓRIO DA FONSECA - PR056517

DECISÃO

Trata-se de Recurso Especial, interposto pela UNIÃO, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 599176. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. TRIBUTÁRIO. IPTU. TRANSFERÊNCIA PARA O PATRIMÔNIO DA UNIÃO. IMUNIDADE RECÍPROCA. INAPLICABILIDADE.

1. O Plenário do STF deu provimento ao Recurso Extraordinário 599176, com repercussão geral reconhecida, para assentar que não se aplica o princípio da imunidade tributária recíproca a débito de IPTU devido pela extinta Rede Ferroviária Federal S/A (RFFSA) ao Município de Curitiba" (fl. 164e).

O acórdão em questão foi objeto de Embargos de Declaração (fls. 166/180e), os quais foram rejeitados, em decorrência de decisão dessa Corte Superior (fls. 274/278e), tendo sido acolhidos, sem efeitos modificativos, nos termos da seguinte ementa:

"TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RFFSA. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA.

Não sendo os serviços da extinta RFFSA de prestação obrigatória e exclusiva da União, referida sociedade de economia mista não estava abrangida pela imunidade prevista na alínea a do inciso VI, e no §2º do artigo 150 da Constituição. Precedente" (fl. 283e).

Nas razões do Recurso Especial, ratificado a fl. 289e pela recorrente, alega-se violação aos arts. 130 e 131 do CTN, sustentando o seguinte:

"- Da contrariedade aos artigos 130 e 131 do CTN- da imunidade tributária da própria RFFSA e, em decorrência, da ausência de responsabilidade da União pelo pagamento do tributo.

Primeiramente, cumpre referir que o paradigma da repercussão geral referido na decisão (RE 599176) refere-se à questão da ausência de

imunidade recíproca da União, por sucessão em relação aos débitos tributários da RFFSA. O que se está a suscitar no presente recurso é à alegação posta nos autos acerca da imunidade da própria RFFSA no pagamento do tributo. Assim, o decidido no RE 599176 não prejudica a alegação ora em evidência.

Outrossim, a respeito da responsabilidade tributária pelo IPTU, o art. 130 do CTN estabelece que os débitos de IPTU referentes a um determinado imóvel subrogam-se na pessoa do adquirente deste imóvel, constituindo-se, portanto, em obrigação propter rem, in verbis:

(...)

Por sua vez, o art. 131 do CTN qualifica o adquirente como pessoalmente responsável pelos tributos relativos ao bem adquirido.

(...)

No caso, no entanto, a União demonstrará que a própria RFFSA gozava de imunidade, com o que a definição da responsabilidade da União para o pagamento de IPTU incidente sobre imóveis que pertenciam à extinta sociedade importa em violação aos referidos dispositivos legais, quais sejam, os arts. 130 e 131 do CTN. Senão vejamos:

A pretensão do exequente esbarra na previsão constitucional da imunidade tributária recíproca, elencada no inciso VI, do artigo 150 da Constituição da República, que estabelece:

(...)

Eis aqui a chamada 'imunidade tributária recíproca', que visa a proteger a Federação, como forma de garantir a isonomia entre as pessoas estatais, como também a solidariedade e o respeito mútuo, e a própria autonomia dos entes federativos.

Justifica-se, também, a imunidade recíproca pela falta de capacidade contributiva dos entes da Federação, já que suas receitas servem para custear a realização dos respectivos encargos constitucionais, sobretudo, a prestação de serviços públicos e a realização de obras públicas.

O § 2º do artigo 150, da Constituição da República estende a imunidade recíproca para outras pessoas jurídicas de direito público da Administração Indireta, in verbis:

(...)

O § 3º do artigo 150, da Constituição da República, por sua vez, restringe o alcance da imunidade recíproca, quando ocorrentes os casos de (a) desempenho de atividade econômica monopolizada, (b) desempenho de atividade em regime de competição por parte do ente público ou (c) no caso de prestação de serviço sob o regime de

concessão ou permissão, com a respectiva cobrança de tarifa ou preço público, nos moldes do previsto no artigo 173, da mesma Carta Política, assim estipulando:

(...)

Destarte, a norma constitucional em comento deixa claro que pode haver tributação em relação às pessoas, em regra, imunes, mas tão-somente nos casos em que a Constituição permite.

Em linhas bem gerais e resumidamente, a tendência atual para a resolução dessa questão, com base na própria jurisprudência que no STF vem se formando (ADIN 939 -7 -DF), pode ser explicada da seguinte maneira: a prestação direta ou por ente outorgado do poder público de serviço público é imune (art. 175, caput, CF); serviço público prestado por concessionária ou permissionária com a exigência de tarifa não goza de imunidade (CF, art. 150.

§3º; art. 175, parágrafo único, III); a atividade econômica em sentido estrito - em regime concorrencial ou de competição, na qual sempre comporta a cobrança de preço ou tarifa, é tributada (CF, art. 150, § 3º; art. 173, §§ 1º, 2º e 4º); podendo ser tributada ou receber, por lei infraconstitucional, privilégio fiscal a atividade econômica prestada sob o regime de monopólio estatal.

Confirmam-se as transcrições de Ementas acerca de alguns precedentes de nossa Corte Constitucional:

(...)

Há, outrossim, um recente acórdão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, publicado no DJU de 15/12/2006, e publicado na íntegra na 'Revista Fórum de Direito Tributário' nº 25, páginas 189 a 198, concernente ao Agravo Regimental na Ação Cível Originária nº 765-1/RJ, ocasião em que a Corte Constitucional brasileira reconheceu a imunidade do artigo 150, VI, a, da CF em favor da ECT em relação ao IPVA.

(...)

Assim, a posição, que vem prevalecendo, até aqui, admite a imunidade das empresas públicas e das sociedades de economia mista, unicamente quando essas empresas prestarem, em nome do Estado, serviços públicos que lhes foram outorgados, aplicando-se a imunidade recíproca do artigo 150, caput, inciso VI, alínea a, da Constituição da República, mesmo que cobrem, a título de contraprestação, preço ou tarifa.

Neste diapasão, é o trecho do voto do senhor Ministro Eros Grau, proferido no ensejo do julgamento da Ação Cível Originária nº 765-1/RJ, que admite a concessão de privilégios a empresas estatais

prestadoras de serviços públicos, ainda que não extensivos a empresas privadas prestadoras de serviço público em regime de concessão ou permissão, pois, mesmo assim, jamais se caracterizará um regime de competição.

(...)

É cediço que, além da atuação do Estado no domínio econômico como agente normativo e regulador (CF/88, art. 174), o Estado pode ter uma atuação direta na economia, exercendo atividade econômica em regime concorrencial ou de competição com empresas privadas, bem como atividade econômica em regime de monopólio (CF, arts. 173 e 177). Outrossim, compete ao Estado, nos casos estipulados pela Constituição, manter serviços públicos (CF, arts. 175; 21, X, XI e XII, 196 e 197; 205, 208, 211 e 213; 201 e 202; 203 e 204, etc.).

Pois bem. Reza o caput do artigo 173 da Constituição Federal que 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.

Nessas hipóteses, como preceitua o §1º, inciso II, do artigo 173, da Lei Maior, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, quando exercem atividades econômicas próprias do setor privado, sujeitam-se, também, ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

Como reforço do acima estipulado, o §2º do mesmo artigo 173 dispõe que as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado. Estamos diante, até aqui, de casos em que tais empresas estatais exercem atividade econômica em sentido estrito, atividades estas, normalmente, próprias do setor privado, concorrendo as empresas estatais com as empresas do setor privado somente por força da necessidade decorrente dos imperativos da segurança nacional ou de relevante interesse. De fato, o escopo dos §§ 1º e 2º do artigo 173 da Constituição brasileira é que empresas estatais, que prestem atividade tipicamente econômica, em regime de concorrência com a iniciativa privada, não tenham privilégios em relação aos particulares. Em não havendo concorrência, desaparece a finalidade dos supracitados parágrafos do artigo coletivo, quando aí, elas não merecem nenhuma imunidade e não poderão ter nenhum privilégio fiscal, devendo ocorrer isonomia no tratamento fiscal entre elas e as empresas de setor privado.

Enumera, por sua vez, o artigo 177, caput, incisos I a V, da Carta Política uma série taxativa de atividades econômicas que constituem monopólio da União. A prestação de atividade econômica em regime de monopólio é uma das ressalvas do caput do artigo 173 da Constituição, de modo que, na espécie, poderá haver não imunidades, isto em face do artigo 150, § 3º, do Estatuto Político, que afasta das imunidades tributárias atividades econômicas, mesmo que monopolizadas, em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, mas pode suceder tratamento fiscal privilegiado para as empresas estatais que explorem tais atividades.

De fato, o escopo dos §§ 1º e 2º do artigo 173 da Constituição brasileira é que empresas estatais, que prestem atividade tipicamente econômica, em regime de concorrência com a iniciativa privada, não tenham privilégios em relação aos particulares. Em não havendo concorrência, desaparece a finalidade dos supracitados parágrafos do artigo 173.

Outra realidade é a prestação de serviços públicos, constitucionalmente atribuídos aos entes da Federação (C.F., art. 175, caput).

(...)

Está também amparado pela imunidade o típico serviço público, que, embora da titularidade de um dos entes da Federação, é prestado através de suas autarquias, fundações públicas, e mesmo por suas empresas públicas ou sociedade de economia mista, atuando essas entidades como instrumentos do Estado, cabendo ressaltar que o serviço público prestado nessa circunstância não o descaracteriza como tal.

Nessa hipótese, a execução do serviço não persegue o lucro, mas as finalidades legais, isto porque o ente outorgado, como, no caso da extinta RFFSA, está obrigado a prestar o serviço, mesmo em situação econômica desfavorável ou não vantajosa.

Em resumo, quando empresas estatais, outorgatárias de serviços públicos, prestam tais serviços, mesmo havendo a contraprestação ou o pagamento por meio de preços ou tarifas, a elas não se aplicam as ressalvas da imunidade recíproca do § 3º do artigo 150, da Constituição Federal, mas sim a imunidade intergovernamental do art. 150, caput, inciso VI, alínea a, da mesma Carta Política.

Preceitua o artigo 175 da Constituição da República que incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

No entanto, quando os serviços públicos são daqueles que comportam delegação pelo poder público a particulares, e são por eles prestados, sob o regime de concessão ou permissão, a contraprestação ou pagamento desses serviços sucede por meio de preços ou tarifas (CF, art. 150, § 3º, c/c o art. 175, parágrafo único, III), e, aí, não existe imunidade, mesmo porque, nesses casos, as empresas privadas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos atuam, embora seguindo algumas regras da Administração, com fins lucrativos, ou seja, com ânimo egoísticos de distribuição de lucros para seus sócios, acionistas, dirigentes, etc.

Assim, cumpre ser analisado, para efeito da admissão ou não da imunidade, o tipo de atividade prestada pela RFFSA: se serviço público da União ou se atividade econômica em regime de livre concorrência.

A Constituição da República confere, no inciso XII, do artigo 21, expressamente, competência à União, para explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: (...) d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território.

Destarte, a RFFSA lida com serviços públicos da União.

Em assim atuando, agia a RFFSA em nome da União, da qual é extensão jurídica, sendo irrelevante, para fins tributários, a circunstância de revestir a natureza de pessoa jurídica de Direito Privado. (CARRAZZA R A Ibidem, pp. 61 a 62).

Por todas essas razões, não se aplica, em relação à prestação, pela RFFSA, desses serviços públicos o preceptivo do § 3º, do artigo 150, da Constituição, que dispõe que as exonerações do artigo 150, VI, a (imunidade recíproca), e § 2º (extensão da imunidade às autarquias e fundações públicas), 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.

(...)

Por outro lado, caberia a indagação se a referência específica às autarquias e fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, por parte do § 2º, do artigo 150, da Constituição, não afastaria da imunidade as empresas públicas e sociedades de economia mista, mesmo que prestadoras de serviços públicos?

A leitura sistemática de todos esses dispositivos constitucionais (arts. 173, 175, 21, XII, 177, 150, caput, VI, a, §§ 2º e 3º) orienta para a

tese da extensão da imunidade recíproca em relação aos impostos para empresas públicas ou sociedades de economia mista que prestam típicos serviços públicos, essenciais à coletividade, cujos preços visam a custear a operacionalidade da atividade, distinguindo desta conclusão, quando as empresas estatais exercem atividades econômicas em sentido estrito, ou seja, em regime de competição com os particulares, ou mesmo quando exercem atividades econômicas monopolizadas, quando não cabe imunidade, ou com a cobrança aos clientes ou usuários de preço ou tarifa com finalidade lucrativa (CF, art. 150, §3º).

Portanto, indevido o pagamento do tributo em tela pela União, eis que a própria RFFSA detinha imunidade tributária.

Resta evidente, portanto, a violação aos dispositivos legais acima enumerados (arts. 130 e 131 do CTN), razão pela qual espera seja provido o recurso especial do Ente Público" (fls. 193/204e).

Por fim, requer o provimento do Recurso Especial, "com o reconhecimento da imunidade tributária da RFFSA e consequentemente deixar assentado que indevida a cobrança do tributo em tela da União" (fl. 204e).

Contrarrazões a fls. 227/246e.

O Recurso Especial foi admitido pelo Tribunal de origem (fl. 265e).

A irresignação não merece conhecimento.

Inicialmente, da leitura dos arestos recorrido e embargado, denota-se que não houve análise pelo Tribunal **a quo** dos arts. 130 e 131 do CTN, apontados como violados, o que atrai a incidência das Súmulas 282 do STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada".

Isso porque, para que se configure o prequestionamento, não basta que o recorrente devolva a questão controvertida para o Tribunal. É necessário que a causa tenha sido decidida à luz da legislação federal indicada, bem como seja exercido juízo de valor sobre os dispositivos legais indicados e a tese recursal a eles vinculada, interpretando-se a sua aplicação ou não, ao caso concreto.

Nesse sentido:

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. IPTU. RFFSA. INEXISTÊNCIA. IMUNIDADE RECÍPROCA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STF.

1. A indicada afronta dos arts. 130 e 131 do CTN não pode ser analisada, pois o Tribunal de origem não emitiu juízo de valor

sobre esses dispositivos legais. Incide, na espécie, a Súmula 282/STF.

2. Acolhe-se que a lide foi solvida com fundamento constitucional - imunidade tributária recíproca -, art. 150, VI, 'a', da CF, portanto não pode o STJ se imiscuir na apreciação das questões postas pela parte recorrente, sob pena de invasão da competência do STF. Descabe examinar questão constitucional em Recurso Especial, mesmo que para viabilizar a interposição de Recurso Extraordinário.

3. Recurso Especial não provido" (STJ, REsp 1.728.298/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 19/11/2018).

Mesmo que superado esse óbice, a Segunda Turma já decidiu que, "na forma da jurisprudência, "se o artigo apontado como violado não apresenta conteúdo normativo suficiente para fundamentar a tese desenvolvida no recurso especial, incide, por analogia, a Súmula nº 284/STF" (STJ, AgInt no REsp 1.505.441/SC, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, DJe de 02/08/2017). Hipótese em que os arts. 130 e 130 do CTN, apontados como contrariados, disciplinam a responsabilidade por sucessão, mas não amparam a tese de imunidade tributária recíproca, indispensável à reforma do acórdão recorrido" (STJ, AgInt no REsp 1.636.504/PR, de minha relatoria, SEGUNDA TURMA, DJe de 03/09/2018).

Quanto ao mais, o Tribunal de origem, ao acolher os Embargos de Declaração, sem efeitos modificativos, o Tribunal afastou a imunidade tributária da RFFSA com base em fundamentos eminentemente constitucionais, o que afasta a competência do STJ, em Recurso Especial, nos termos dos arts. 102, III e 105, III, da Constituição Federal.

A propósito, os seguintes precedentes:

"AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. IPTU. RFFSA. IMUNIDADE. FUNDAMENTO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL.

1. O acórdão recorrido decidiu a controvérsia relativa à imunidade tributária da própria RFFSA com base em fundamento eminentemente constitucional, o que impede sua análise pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. Precedentes.

2. Agravo Interno não provido" (STJ, AgInt no REsp 1.605.172/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 12/09/2017).

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. IPTU. RFFSA. INEXISTÊNCIA. IMUNIDADE RECÍPROCA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. COBRANÇA DE TARIFA DO USUÁRIO. REMUNERAÇÃO DE CAPITAL. FUNDAMENTOS EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAIS..

1. O Tribunal regional consignou: 'Tudo isto indica que a sociedade de economia mista, depois liquidada e extinta, não era responsável pela prestação de serviço público de natureza exclusiva, essencial ou em regime de monopólio. Assim, de acordo com os parâmetros fornecidos pela jurisprudência do STF, não se lhe poderia estender a norma que prevê a imunidade tributária recíproca (artigo 150, VI, 'a', da CF)'.

2. O STJ não pode apreciar ofensa aos artigos 21, XII, e 150, VI, 'a', da Carta Magna, uma vez que compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal o exame de violação a dispositivo da Constituição da República, nos termos do seu art. 102, III, 'a'.

3. Recurso Especial não conhecido" (STJ, REsp 1.658.687/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 16/06/2017).

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3/STJ. IPTU. RFFSA. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA. FUNDAMENTO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE NA VIA ESPECIAL. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Ao analisar acerca da existência ou não de imunidade tributária à própria RFFSA, o acórdão recorrido decidiu a controvérsia dos autos com base em fundamento eminentemente constitucional - artigos 21, XII, 'd' e 150, VI, a, c/c §§ 2º e 3º, da CF/88 - ao afirmar que a sociedade de economia mista federal não era responsável pela prestação de serviço público de natureza exclusiva, essencial ou em regime de monopólio, o que afasta a imunidade tributária recíproca.

2. Inviável a análise da pretensão da recorrente em sede de recurso especial, uma vez que a adoção pela instância ordinária de fundamento exclusivamente constitucional na solução da lide, inviabiliza o conhecimento do recurso especial.

3. Agravo interno não provido" (STJ, AgInt no REsp 1.625.013/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 19/12/2016).

"RECURSO FUNDADO NO CPC/73. TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. IPTU. RFFSA. SUCESSÃO TRIBUTÁRIA DA UNIÃO. IMUNIDADE RECÍPROCA. ANÁLISE DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE.

(...)

2. Quanto à questão referente à sucessão tributária da União na propriedade de imóvel pertencente à extinta Rede Ferroviária Federal S.A. - RFFSA, a análise da matéria foi apreciada pela Corte a quo com base em fundamentos eminentemente constitucionais (imunidade tributária recíproca - art. 150, VI, a, e § 2º, da CF/88), o que inviabiliza a apreciação da questão em sede de recurso especial, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

3. Agravo regimental improvido" (STJ, AgRg no AREsp 825.427/PR, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 26/04/2016).

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, I, do RISTJ, **não conheço** do Recurso Especial.

I.

Brasília (DF), 26 de novembro de 2019.

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora