IMPÔSTO DE LICENÇA — MAJORAÇÃO — CONSTITUCIONALIDADE

— O impôsto ainda que imodesto, é exigível, a não ser que aniquile a atividade particular.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Marques & Viegas *versus* Prefeitura Municipal de Santos
Recurso extraordinário n.º 18.331 — Relator: Sr. Ministro Orosimbo Nonato

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário número 18.331, de São Paulo, recorrentes Marques & Viegas, recorrida a Prefeitura Municipal de Santos.

Acorda o Supremo Tribunal Federal, segunda turma, integrando neste o relatório retro e na conformidade das notas taquigráficas precedentes, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Custas na forma da lei.

Rio, 21 de setembro de 1951 (data do julgamento). *Orosimbo Nonato*, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Orosimbo Nonato — Lavrado pelo Exmo. Sr. Des. Sabino Júnior, proferiu o ilustre Tribunal de São Paulo o acórdão de fls. 199, *verbis*.

"Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição n.º 48.491, da comarca de Santos, em que são recorrentes a Prefeitura Municipal daquela cidade, e o Juízo, de ofício, sendo agravada Marques & Viegas, acordam, em Sexta Câmara do Tribunal de Justiça, por votação unânime, dar provimento a ambos os recursos, pagas as custas na forma da lei.

Pronunciou-se o Dr. Juiz pela inconstitucionalidade da lei n.º 995, de Santos, que majorara o impôsto de licença sôbre cabines de banhos, entendendo que fôra excessiva a majoração e desproporcionada à capacidade econômica do contribuinte, capaz de lhe cercear uma atividade lícita.

A primeira questão, que se ofecere ao julgamento é saber se o arbítrio, conferido ao Govêrno, de fixar as bases do impôsto, é absoluto, e, pois, insuscetível de limitação pelo Poder Judiciário : ou, se, em face do disposto no art. 28, n.º II letra *a*, da atual Constituição, tem o município a liberdade de aumentar os seus tributos, porque a tem para arbitrá-los.

A segunda, diz respeito à constitucionalidade do aumento verificado, que o Dr. Juiz considerou inconstitucional,

porque excessivo e cerceador da atividade comercial da agravada.

A majoração tachada de inconstitucional o seria por estar colidindo com o princípio da liberdade de exercício de qualquer profissão, assegurada pelo art. 141, § 14, da Constituição vigente. Essa liberdade se diz respeito, entretanto, à escolha e ao livre exercício que excluem privilégios (Carlos Maximiliano, *Comentários*, III, n.º 527). Se assim é, o princípio firmado pelo art. 141, § 14, não sofre violação da parte da lei que majore impostos, embora o tenha feito em proporção não elevada, que a agravada considerou cerceadora de sua atividade comercial.

Por outro lado, considerou o julgador inconstitucional a majoração fiado na excessividade do tributo. E argumentou com a tradição de nosso direito, referindo-se à lei n.º 1.038, de 1906, que, no art. 21, fazia expressa a proibição de se votarem leis exageradas. Reporta-se à opinião de autorizados juristas patrícios, como Rui de Sousa, Bilac Pinto e Francisco Campos, para concluir que o poder de tributar é o poder de conservar, como já o decidira a Suprema Côrte Americana, de modo a não perturbar a economia privada, nem a suscitar embaraço ou desencorajamento da indústria, comércio ou lavoura, em razão de tarifas exorbitantes.

A verdade é que, no direito pátrio vigente, não se encontra dispositivo, que vede a imposição de tributo, considerado pela doutrina proibitivo ou capaz de asfixiar a atividade particular. Havia-o sob o império da Constituição de 1934, cujo art. 185, vedava expressamente a elevação de impôsto além de vinte por cento do seu valor ao tempo do momento. Desde que a nova Carta silenciou, é de se concluir que o poder público, seja qual fôr, não encontra limites na majoração de seus tributos, se não o que envolver a asfixia da atividade particular, ou o que estabelecer condições desiguais na mesma classe de atividade. E assinale-se que qualquer majoração de tributo, por excessiva que pareça, desde que não seja aniquiladora da atividade particular, foi sempre e tradicionalmente admitida, exceção feita daquela proibição contida na Carta de 1934, como o afirmaram Almeida Nogueira e Alcântara Machado, citados por Gonçalves Pereira, *in Recursos Municipais*, 1925, vol. 1.º pág. 136.

Não limita a Constituição atual o poder impositivo do Estado. E' a lição de Pedro Batista Martins (*Revista Forense*, 121-373) e Bilac Pinto (*Revista Forense*, 80-40). Essa liberdade não vai, contudo, ao extremo de constranger a atividade particular, sempre que ela se ajuste às condições da lei.

Para decretar a inconstitucionalidade do impôsto de licença sôbre cabines de banhos, aumentado pela agravante, concluiu o julgador que o estabelecimento da agravada não comportava a imposição do tributo cobrado, pois atingira fundamente os seus lucros. O simples exame das razões apontadas na sentença leva admitir que êsse tributo só fôra considerado excessivo à vista das demais despesas da agravada. Entretanto, o que mais onera a sua situação é o pagamento do aluguel do prédio, devido, em 1948, à razão de oitenta e dois mil cruzeiros, para cento e cinquenta mil cruzeiros, em 1949, exercício a que se refere o lançamento cobrado, e segundo a perícia (fls. 164). E' evidente que o fisco nada tem a ver com os contratos onerosos dos contribuintes. Se o impôsto que cobra, é legal e devido, e não se mostra, só por si, exorbitante ou extorsivo, não há que ser acoimado de inconstitucionalidade. E note-se, ainda que, de acôrdo com a mesma perícia, a agravada pagara, nesse mesmo exercício de 1949, até outubro, apenas dezenove mil, duzentos e setenta e dois cruzeiros e trinta centavos de impostos e licenças. Manifesto é, pois, que a contribuição devida ao fisco não se mostra onerosa nem absorvente de seus lucros. Absorvente e onerosa é a orientação adotada na exploração de seus negócios, capaz de consumir a quase totalidade de seus lucros. E só por isso não fica inibido o fisco de arrecadar seus tributos, legitimamente lançados.

A propósito escreve Carlos Maximiliano, nos referidos comentários à Constituição, que "só se proclama, em sentença, a inconstitucionalidade, quando esta é evidente, fora de tôda dúvida razoável acrescentando que "os tribunais só fulminam os atos dos outros poderes quando a ilegalidade é flagrante, não deixa margem à dúvida razoável". Fora dêsse limite, é ampla a faculdade de deliberar e agir, por parte das câmaras ou dos Presidentes. Daí resulta o que os publicistas denominam "autoridade ou faculdade discricionária: vale dizer que fica à discrição, ao critério, a juízo do legislador, ou executor, todos os tentames culturais e progressistas, a escôlha dos meios e modos de desempenhar a sua missão, o resolver onde, quando e como deve praticar a quase unanimidade dos atos da respectiva competência (Constituição 1.º, n.º 91).

Pondera também Lúcio Bittencourt, ao dissertar sôbre o *Contrôle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis* à pág. 51, que "há mister, para se afirmar a inconstitucionalidade, que ocorra conflito com alguma norma ou algum mandamento da Constituição, embora se considere, para êsse fim, não apenas a letra do texto, mas, também, ou mesmo preponderantemente o "espírito" do dispositivo invocado".

Resulta dos autos que o impôsto de licença, majorado pela agravante, não ofende o "espírito" de nossa Magna Carta, dado que esta nada dispõe, implícita ou explìcitamente, sôbre o limite de sua elevação ; e não pode ser considerado proibitivo, no caso em exame, pela relativa insignificância de sua majoração. Foram os contratos celebrados pela agravada que tornaram pràticamente improdutiva a sua atividade comercial. E atribuir essa improdutividade ao impôsto cobrado seria inverter a ordem das coisas.

Em sua bem deduzida sustentação, afirma o Dr. Juiz, que, por autorizar o art. 16 do decreto-lei n.º 960, deduza o réu tôda a matéria útil à sua defesa, cabe ao Judiciário reduzir a dívida, quando verificar, pelos meios próprios, que houve exagêro no lançamento em cobrança. Não se afigura defensável a tese diante dos têrmos inequívocos de nossa lei máxima : dando esta ampla autonomia aos municípios para o lançamento de impostos de sua exclusiva competência, é preciso que, em havendo exagêro, ou excesso, seja êle tão grande, que envolva tremenda injustiça. Mas, se os elementos colhidos na ação mostrarem que é duvidosa, ou, pelo menos insignificante a influência prejudicial do impôsto sôbre a atividade particular, como no caso em debate, não haverá por que cogitar-se de inconstitucionalidade. O impôsto cobrado é perfeitamente exigível e constitucional. Dão provimento ao recurso e julgam procedente a ação executiva.

São Paulo, 25 de agôsto de 1950. — *Justino Pinheiro*, Presidente, com voto. — *Sabino Júnior*, Relator".

Irresignados com essa solução, opôs-lhe o vencido recurso extraordinário, com fundamento na letra *c* do art. 101 da Constituição federal, alegando com a ofensa dos arts. 141, 145 e seu parágrafo único e 202, todos da lei maior. Razões a fls. e fls. (ler). Disse, por fim, S. Ex. o Sr. Dr. Plínio Travassos, DD. Procurador Geral da República :

"O acórdão recorrido (fls. 199-204) reformou a sentença de primeira instância (fls. 173 - 178), que julgara inconstitucional a Lei Municipal n.º 995, de outubro de 1948, na parte relativa à elevação do impôsto de licença que incidiu sôbre cabines de banhos. Daí o presente recurso extraordinário com fundamento na letra *c* do preceito constitucional".

O recurso é cabível, pois a decisão recorrida julgou válida a lei local cuja validade, em face da Constituição federal, foi contestada, mas, a nosso ver, não merece provimento pelos jurídicos fundamentos do venerando acórdão recorrido, que entendeu que o aumento do impôsto que grava as cabines de banho exploradas pela recorrente, nada têm de inconstitucional pois, dando a

Constituição federal ampla autonomia aos municípios para o lançamento de impostos de sua exclusiva competência, é preciso que, — como diz o acórdão recorrido — "em havendo exagêro, ou excesso, seja êle tão grande, que envolva tremenda injustiça".

Isso não ocorre no caso presente, em que se apresentaram fundadas dúvidas quanto à influência prejudicial do impôsto em questão, sendo digna de acolhida a tese do acórdão recorrido constante da sua ementa :

"Não é inconstitucional o impôsto de licença sôbre cabines de banhos, a pretexto de ser excessiva a majoração, quando a desproporção entre esta e a capacidade econômica do contribuinte, fôr devida a contratos onerosos.

Para se afirmar a inconstitucionalidade, mister ocorra conflito com alguma norma ou mandamento constitucional embora se deva considerar não sòmente a letra do texto, mas, também, ou mesmo preponderantemente, o "espírito" do dispositivo invocado" (fls. 199).

Em face do exposto, somos pelo conhecimento do presente recurso, mas pelo seu não provimento.

Distrito Federal, em 3 de setembro de 1951. — *Plínio de Freitas Travassos*, Procurador Geral da República".

E' o relatório.

A julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Orosimbo Nonato (Relator) — Decidiu o v. aresto recorrido não ser inconstitucional o impôsto de licença sôbre cabines de banhos, a pretexto de ser excessiva a majoração, quando a desproporção entre esta e a capacidade econômica do contribuinte fôr devida a contratos onerosos.

Para se afirmar a inconstitucionalidade — lê-se ainda, na ementa do v. acórdão recorrido, "mister ocorra conflito em alguma norma ou mandamento constitucional, embora se deva considerar não sòmente a letra do texto, mas também, ou mesmo preponderantemente, o "espírito" do dispositivo invocado".

Trata-se no caso, da leí n.º 995, de Santos, que aumentara o impôsto de licença sôbre cabines de banhos.

O cabimento do recurso pela letra *c* é incontendível.

Porque, contestada foi a validade de lei municipal em face da Constituição federal, e mais o douto Tribunal paulista decidiu pela validade e eficácia da aludida lei.

Conheço, pois, do recurso.

Nego-lhe, porém, provimento.

A v. sentença de primeira instância considerou como inconstitucional o tributo por asfixia da atividade particular. O artigo 185 da Constituição de 1934 era expresso em vedar a elevação de impôsto além de vinte por cento do seu valor, ao tempo do aumento.

"Veio aquêle preceito suscitar um marco insuperável às expansões da política tributista. Contra o mal de se elevarem desmesuradamente os impostos, escreveu Pontes de Miranda, causando surprêsa e, pois, graves perturbações à indústria, ao comércio, à agricultura e aos particulares, em geral, o art. 185 opôs o limite de 20 % como máximo de aumento" (*Comentários à Constituição de* 1934, vol. II, pág. 588).

Não depara a Lei Maior vigente preceito semelhável; mas, na versão dos recorrentes, inconstitucional é o tributo cobrado, à uma porque suscita obstálulo à liberdade de profissão, proclamada no art. 141, § 14, da Constituição federal, e à outra porque vulnera o princípio *nullus census sine lege*.

A majoração do impôsto foi, ao que se alega nos embargos de fôlhas, de mil e quarenta e quatro décimos por cento para o exercício de 1949. E tal majoração imodestíssima é que constitui o *"punctum dolens"* do caso.

Porque, no que diz para a alegada transgressão do art. 141, § 34, da Constituição federal e 630 da Constituição do Estado, bastante é a confutação da v. sentença de fls. *verbis* :

"Os dispositivos fundamentais invocados não foram violados. Determinam tais preceitos que nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei

estabeleça e nenhum será judicialmente exigido sem prévia autorização orçamentária. Ora, o impôsto de licença, incidindo sôbre cabines de banhos, figura há muito nos orçamentos municipais. A própria defesa de fls. 15 relatou que, nos exercícios anteriores o impôsto em questão foi de Cr$ 230,00.

Em relação ao aumento a lei n.º 995 foi sancionada e promulgada pelo Prefeito Municipal em 21 de outubro de 1948 (cert. de fls. 24) e o ofício de fls. 52 revela que, na confecção do orçamento para o ano de 1949 no título relativo à receita, foram levados em consideração todos os aumentos de impostos e taxas, inclusive aquêles decorrentes da lei n.º 995. Portanto, em face de tais elementos informativos, forçoso é convir que não houve qualquer violação dos preceitos constitucionais citados nos embargos".

Fica, pois, na balha a questão da inconstitucionalidade de aumento. A questão da inconstitucionalidade do impôsto proibitivo. Que se trata de providência anti-econômica, de má política financeira, coisa é maior de qualquer dúvida.

Mas, êsse dado é, insuladamente, incabal à solução do problema jurídico.

Ilimitada não é, segundo Rui de Sousa, citado na sentença de primeira instância, a faculdade de determinar a quota do tributo, "não sendo lícito à administração pública levá-lo a tal extremo que negue o exercício da atividade que grava".

O poder de taxar não pode chegar a desmedida do poder de destruir, substituído o conhecido axioma de Marshall pelo — de que " the power to tax is the power to keep alive". Cita, ainda, o juiz, erudita conferência do professor Bilac Pinto tirada a lume na *Revista Forense*, vol. 82, p. 547; que vale por eloquente preconício da doutrina elaborada na Côrte Suprema dos Estados Unidos de que o poder de taxar "sómente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, de comércio e de indústria e com o direito de propriedade".

É um direito em suma, cujo exercício não deve ir até ao abuso, ao excesso ao desvio, aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do "detournement de pouvoir". Nem haveria que estranhar a invocação dessa doutrina ao propósito de inconstitucionalidade, quando a justiça argentina já proclamou que "la incompatibilidad puede ser con la letra de la Constituición, o solamente con su espirito, es decidir, com su verdadeiro significado cuando la letra es obscura o da lugar a diversas interpretaciones" (Gonzáles Calderon, *in* Lúcio Bittencourt. *O Contrôle Jurídico da Constitucionalidade das Leis*, págs. 53-54). Sem dúvida que a presunção é no sentido da validade da lei, como escreveu Ivair Nogueira Itagiba, que acrescenta : — "Para declará-la inconstitucional é necessário que a violação constitucional seja evidente e clara. Não basta, portanto, que se argumente com a sua injustiça, opressão ou absurdo. A inconstitucionalidade há de resultar de incompatibilidade, explícita e positiva, entre a Constituição e a lei" (*O Pensamento Politico Universal e a Constituição Brasileira*, vol. 2.º, n.º 493, pág. 758).

Mas, como enuncia o próprio venerando acórdão recorrido, segundo a esteira de Lúcio Bittencourt, o conflito entre a norma comum e o preceito da Lei Maior pode se acender não sòmente considerando a letra, o texto como, também, e principalmente, o espírito e o dispositivo invocado.

O assunto é, como se vê, rico de aspectos momentosos, no plano dos princípios e no terreno da prática.

Entretanto, no caso dos autos, não se faz mister decidir se o impôsto excessivo envolve obstáculo à liberdade de profissão assegurada no art. 141, § 14, da Constituição federal.

De mim, tenho que o impôsto, ainda que imodesto, é exigível, a não ser que, como o reconhece o próprio venerando acórdão recorrido, aniquile a atividade particular.

Se ocorre êsse fato, nada impede a aplicação da doutrina do *détournement de pouvoir*.

No caso, insistamos, não se faz mister examinar a tese aludida, em face das circunstâncias de fato assinaladas no acórdão e que repelem a caracterização da tributação asfixiante e proíbitiva.

Lê-se no v. aresto :

"Para decretar a inconstitucionalidade do impôsto de licença sôbre cabine de banhos aumentada pela agravante, concluiu o julgador que o estabelecimento da agravada não comportava a imposição do tributo cobrado, pois atingira fundamente os seus lucros. O simples exame das razões apontadas na sentença leva a admitir que êsse tributo só fôra considerado excessivo à vista das demais despesas da agravada. Entretanto, o que mais onera a sua situação é o pagamento do aluguel do prédio, devido em 1948, à razão de oitenta e dois mil cruzeiros para cento e cinquenta mil cruzeiros em 1949, exercício a que se refere o lançamento cobrado, e segundo a perícia (fls. 164). E' evidente que o fisco nada tem a ver com os contratos onerosos dos contribuintes. Se o impôsto que cobra, é legal e devido, e não se mostra, só por si, exorbitante ou extorsivo, não há que ser acoimado de inconstitucionalidade. E note-se ainda que, de acôrdo com a mesma perícia, a agravada pagava, nesse mesmo exercício de 1949, até outubro, apenas dezenove mil duzentos e setenta e dois cruzeiros e trinta centavos de impostos e licenças.

Manifesto é, pois, que a contribuição devida ao fisco não se mostra onerosa, nem absorvente de seus lucros. Absorvente e onerosa é a orientação adotada na exploração de seus negócios, capaz de consumir a quase totalidade de seus lucros. E só por isso não fica inibido o fisco de arrecadar seus tributos, legìtimamente lançados".

Tais circunstâncias, repito, assinaladas em exame de fatos, apagam os traços, no caso, do impôsto proibitivo.

Conheço do recurso (letra *c*) e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte : — Conheceram do recurso e negaram-lhe provimento. Decisão unânime.

Deixou de comparecer, o Exmo. Sr. Ministro Edgar Costa, por se achar afastado, em exercício no Tribunal Superior Eleitoral, sendo substituído pelo Exmo. Sr. Ministro Afrânio da Costa.