IMPÔSTO DE LICENÇA — AUMENTO DE CAPITAL SOCIAL — INCONSTITUCIONALIDADE

— Não é admissível a imposição fiscal com base em fato gerador peculiar a outro tributo, da competência privativa de outra entidade de direito público.

— E' inconstitucional a cobrança do impôsto de licença sôbre o aumento de capital de sociedade mercantil.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO

Tecidos Morumby S. A. *versus* Município de Recife
Apelação Cível n.º 53.103 — Relator: Sr. Desembargador
DJACI FALCÃO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutos êstes autos de apelação cível sob n.º 5.103, da comarca do Recife, em que figura como apelante Tecidos Morumby S. A. e como apelado o Município de Recife:

Acordam, em Câmaras Conjuntas e por maioria de votos, os juízes do Tribunal de Justiça de Pernambuco, dar provimento à apelação, para julgar procedente a ação.

Custas, pelo vencido.

Discute-se no caso, segundo se verifica do relatório de fls. 56, adotado como integrante dêste acórdão, a constitucionalidade do inc. II, do art. 100, do Código Tributário do Município do Recife, o qual determina a incidência do impôsto de licença sôbre o aumento do capital. Dispõe o invocado artigo:

"As licenças para alterações em geral serão calculadas da seguinte forma:

"... II — Sôbre o capital: alteração do capital para mais sôbre o valor do aumento... 1%".

O ilustre juiz prolator da sentença impugnada concluiu pela constitucionalidade da regra, sob o fundamento de que o tributo é exigido como complementação do impôsto de licença pago inicialmente, e não em virtude do aumento do capital. Nesta instância o Exmo. Dr. Procurador Geral do Estado acolheu o escólio dado pelo juiz.

A inconstitucionalidade está à vista. Se, na verdade, não há cogitar de bitributação, sentido específico, sòmente possível entre tributos de competência concorrente; é evidente a exorbitância de competência tributária. Não há dúvida de que a indagação — justifica-se esta ou aquela categoria do impôsto, pode envolver matéria constitucional. Assim quando enseja uma questão de competência tributária privativa.

É inadmissível a imposição de um impôsto com base em fato gerador peculiar a outra espécie de tributo, da alçada privativa de outra entidade de direito público. Assim, se ao Município falece competência para decretar impôsto sôbre aumento de capital de sociedade mercantil, de vez que se cuida de ato regulado por lei federal (Dec. lei n.º 2.627, de 26-9-1940, Sociedade por Ações) e sujeito sòmente ao impôsto do sêlo federal (art. 45, § 1.º, do Dec. n.º 45.421, de 12-2-1959), há exorbitância de competência tributária, por parte do Município, ao fazer incidir sôbre aumento de capital social, o impôsto de licença.

Impôsto de licença, como ensina Aliomar Baleeiro:

"Constitui condição prévia para o exercício da atividade ou prática do ato que dá lugar a existência fiscal" (Uma Introdução à Ciência das Finanças, vol. II, pag. 573).

O pressuposto de fato, do qual se origina a obrigação de pagar o impôsto de licença é o exercício de atividade ou prática de ato que reclame uma atividade fiscalizadora do Município. É sabido que a pessoa jurídica de direito público não pode modificar o conteúdo e a natureza do tributo, embora mantendo o seu "nomem juris". Aliás, o legislador estabeleceu taxativamente no art. 88, do Código Tributário do Recife, os casos de incidência do impôsto de licença. Foi infeliz ao dispor, em seguida, no inc. II, do art. 100, no capítulo "Da Tarifa", a incidência sôbre o aumento de capital. É incontroverso que o impôsto de licença só poderá incidir sôbre ato ou fato cuja prática dependa de permissão do Poder Público Municipal. A licença paga-se uma vez, pela abertura ou instalação da entidade tributada.

Destarte, a exigência do impôsto de licença sôbre o aumento de capital, como está escrita de modo claro, inequívoco, no inc. II, do art. 100, do diploma em exame, viola frontalmente a expressão jurídica, ou melhor o valor jurídico do impôsto de licença.

Dir-se-á que inexiste uma conceituação constitucional dos tributos. É de se ter presente, no entanto, que uma entidade de direito público não pode descaracterizar o conceito científico e tradicional de um tributo, a ponto de ampliar arbitràriamente a competência privativa instituída pelo legislador constituinte. Se o aumento do capital social constitui pressuposto de fato para a incidência privativa do impôsto do sêlo federal, de vez que independe de autorização da Municipalidade, que já exercitou a sua competência impositiva, quando do início da atividade da sociedade, é manifesta a inovação da competência privativa da União (art. 15, VI, da Constituição Federal: Compete à União decretar impostos sôbre... VI"... atos e instrumentos regulados por lei federal).

Houve vulneração da distinção constitucional das rendas, ou em linguagem mais técnica — foi violada uma discriminação constitucional limitativa. É irredutível a incompatibilidade entre a regra ordinária em exame e o princípio constitucional. Foge ao senso jurídico querer atribuir ao texto claro da regra o sentido de revisão do tributo de licença, como o fêz, "data venia", o juiz da

causa. Se o legislador tivesse em vista um processo de revisão, com o objetivo de evitar possível fraude, por parte do contribuinte, de certo teria usado outra redação. Não há dúvida que ao exegeta é dado conciliar disposições legais que aparentem controvérsia. Na espécie é inviável a aplicação dêste princípio pois há apenas um texto legal claro em contraposição ao espírito de mandamento constitucional. E, para concluir, a "lei é execução da Constituição, da mesma maneira que a sentença é execução da lei", como ensina *Hans Kelsen*, na sua Teoria Geral do Estado, pág. 306.

Ante a conclusão de que o inc. II, do art. 100, do Código Tributário do Município do Recife, conflita com o art. 15. inc. VI, da Carta Federal, impõe-se o provimento do recurso e, em resultado, a procedência da ação, para declarar a ilegitimidade da cobrança do tributo, nos têrmos da inicial.

Recife, 21 de Outubro de 1960. *Pedro Cabral*, Presidente. — *Djaci Falcão*, Relator. — *Luiz Nóbrega, Euclides Ferraz, Mário Gadêlha, Adauto Maia, Thomaz Wanderley, Evandro Netto, Rodolfo Aureliano, João Jungmann, Luiz Marinho* — vencido. Confirmava a sentença da inferior instância por seus fundamentos e pelos do parecer do representante do Ministério Público.

Fui presente: *Luiz G. Arcoverde.*