TAXA ESTADUAL DE FISCALIZAÇÃO — CINEMAS — PODER DE POLÍCIA

— É inconstitucional a taxa de fiscalização cobrada de cinemas pelo Estado de São Paulo.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Shochiku Filmes do Brasil *versus* Estado de São Paulo
Recurso extraordinário nº 77.940 — Relator: Sr. Ministro LUIZ GALLOTTI

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos de Recurso Extraordinário nº 77.940, de São Paulo, em que é recorrente Shochiku Filmes do Brasil e recorrido o Estado de São Paulo, decide o Supremo Tribunal Federal conhecer do recurso e dar-lhe provimento, por maioria de votos, de acordo com as notas juntas.

Brasília, 24 de abril de 1974. *Eloy da Rocha,* Presidente. *Luiz Gallotti,* Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Gallotti: O parecer do ilustre Procurador Moacir Antônio Machado da Silva, aprovado pelo eminente Procurador-Geral, substituto, Oscar Corrêa Pina, assim resume e aprecia o caso (fls. 109-112):

"1. Interpõe-se recurso extraordinário de acórdão que considerou legítima a cobrança, em ação executiva fiscal, da taxa de fiscalização e serviços diversos, decretada pelo Estado de São Paulo, a propósito do exercício de atividades relacionadas com o poder de polícia em cinemas.

2. Fundamenta-se na letra *a* do art. 119, III, da Constituição Federal, porque teria havido violação do art. 203 do CTN. O acórdão impugnado não acolheu a alegação de vício formal da certidão de inscri-

ção da dívida, posto que foi incluído o valor total do crédito tributário sob a rubrica multa, quando ele decorre de taxa e multa.

3. A disposição citada comina de nulidade não só a certidão que omitir quanto a que contiver erro na inscrição. O rigor é justificado pela presunção relativa de liquidez e certeza de que goza o título, evitando-se, assim, exigir-se do executado prova negativa em torno do ponto omisso ou falho. Por essa mesma razão, o caráter peremptório do art. 203 do CTN não pode prevalecer se não houver prejuízo concreto para o sujeito passivo.

Evidentemente, não haveria sentido na devolução do prazo para a defesa, se o executado já se defendeu amplamente em relação ao ponto supostamente obscuro, até porque ela só poderia versar sobre a parte modificada (art. 203, *in fine*). Nesse sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal no RE nº 69.326-SP — Primeira Turma, R.T.J., 55/626.

4. Recorre ainda pela letra *d* do permissivo constitucional, sob a alegação de que o acórdão impugnado diverge do entendimento do Supremo Tribunal Federal manifestado no julgamento do RE nº 73.374-ES — Tribunal Pleno, *R.T.J.*, 60/282, e pelo fato de que a decisão recorrida contraria o disposto nos arts. 77 e 78 do CTN e art. 18, I, da Constituição Federal.

5. O recurso extraordinário, a nosso ver, deve ser conhecido sob o fundamento de inconstitucionalidade da lei local, não podendo ser obstado, portanto, pela limitação contida no art. 308, IV, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

6. A chamada taxa de fiscalização e serviços diversos, instituída pela Lei estadual nº 9.589/66, pelo exercício de atividades decorrentes do poder de polícia estadual, ora é justificada pela prestação de serviços relativos à concessão de alvarás, inspeção e fiscalização de cinemas, ora pelo policiamento ostensivo, no propósito de assegurar a ordem pública.

7. Sob o primeiro pressuposto, é evidente a ingerência do estado em funções de estrita competência impositiva municipal, resultantes de seu peculiar interesse (art. 15, II, *a*, da Constituição Federal), contrariando o disposto no art. 77 do CTN. A Municipalidade de São Paulo, aliás, instituiu taxa pela prestação desses mesmos serviços. Como diz Aliomar Baleeiro, "Taxa, sob pretexto de exercício de atribuição de alheia competência incorre em inconstitucionalidade" (*Direito tributário brasileiro*. Forense, Rio, 4. ed., 1972, p. 315).

8. As atividades do Poder Público relacionadas com diversões públicas são tipicamente municipais, como observa Pontes de Miranda (*Comentários à Constituição de 1967* com Emenda nº 1, de 1969. Tomo II, p. 345). A doutrina é pacífica nesse entendimento. Para Hely Lopes Meirelles, "a polícia administrativa de recinto, horário e condições de funcionamento compete ao Município" (*Direito administrativo brasileiro. R. T.*, 1964. p. 110).

9. Sob o segundo fundamento, isto é, pelo policiamento preventivo e repressivo em cinemas, os serviços já são custeados por impostos, porque a ordem interna é necessidade absoluta do estado. "Há obrigação jurídica de o estado prestar os serviços correspondentes, não podendo condicioná-los a retribuição especial" (Hector B. Villegas, "Verdades e ficções em torno do tributo denominado taxa", *in Revista de Direito Público*, jul./set., 1971, p. 322-39). Não houve requisição ou solicitação desses serviços ao estado. Decorre essa atividade do Poder Público, no que ela tem de particular, da própria necessidade de serem especialmente desenvolvidas em todos os locais de concentração popular.

10. Tendo em vista que o eg. Plenário do STF, em 10.11.71, no RE nº 72.374-ES, decidiu sob idênticos fundamentos, nesse mesmo sentido, somos pelo conhecimento e provimento do apelo, declarada a inconstitucionalidade da taxa de fiscalização e serviços diversos do Estado de São Paulo quando cobrada pela concessão de alvará de licença de funcionamento ou a título de policiamento preventivo e repressivo em cinemas.

Brasília, 10 de dezembro de 1974. *Moacir Antônio Machado da Silva,* Procurador da República.

Aprovo: *Oscar Corrêa Pina,* Procurador-Geral da República, substituto."

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Gallotti (Relator): De acordo com o parecer da douta Procuradoria Geral da República, e reportando-me ao voto que hoje proferi no RE nº 72.898 (embargos), conheço do recurso e dou-lhe provimento, para julgar improcedente a ação, condenando o Estado ao pagamento de honorários advocatícios de vinte por cento sobre o valor da causa, além das custas.

Declaro inconstitucional a taxa prevista nos arts. 1º e 4º, parágrafo único da Lei paulista n. 9.589, de 30.12.66, modificados pela Lei nº 9.996, de 20.12.67.

EXTRATO DA ATA

RE nº 77.940 — SP — Rel., Ministro Luiz Gallotti. Recte., Shochiku Filmes do Brasil (Adv., Dirceu Luz de Figueiredo). Recdo., Estado de São Paulo (Adv., José Reynaldo Carneiro Lyra).

Decisão: Adiado o julgamento por haver pedido vista o Ministro Xavier de Albuquerque, depois dos votos do Relator e do Ministro Rodrigues Alckmim, conhecendo do recurso e lhe dando provimento. Licenciado, o Senhor Ministro Barros Monteiro.

Presidência do Sr. Ministro Eloy da Rocha. Presentes à sessão os Senhores Ministros Luiz Gallotti, Oswaldo Trigueiro, Aliomar Baleeiro, Djaci Falcão, Thompson Folres, Bilac Pinto, Antonio Neder, Xavier de Albuquerque e Rodrigues Alckmim. Procurador-Geral da República, o Prof. José Carlos Moreira Alves. Licenciado, o Sr. Ministro Barros Monteiro.

VOTO (VISTA)

O Sr. Ministro Xavier de Albuquerque: Discute-se a legitimidade da cobrança, a cinemas, da taxa de fiscalização e serviços diversos, que o Estado de São Paulo instituiu pela Lei nº 9.598, de 30.12.66, alterada pela Lei nº 9.996, de 20.12.67.

Defendendo-se por embargos à penhora, a executada alegou que a referida taxa colidia com outra, praticamente idêntica, cobrada pelo município e fundada no seu — este, sim, legítimo — poder de polícia. Sustentou ser a matéria da competência municipal, nela não podendo intrometer-se o estado, nem mesmo a título de competência concorrente, porque a Lei Orgânica dos Municípios só lhe permite atuar concorrentemente, quando em caráter regional e com a colaboração dos municípios da região. Finalmente, afirmou que a taxa questionada contrariava o art. 77 do CTN.

Havendo as duas instâncias ordinárias repelido a defesa e julgado legítima a taxa, recorreu extraordinariamente a executada pelas letras *a* e *d*. Quanto ao primeiro fundamento, apontou contrariedade ao art. 18, I, da Constituição, e aos arts. 77 e 78 do Código Tributário Nacional. Quanto ao segundo, disse haver dissídio com o acórdão deste Supremo Tribunal no RE nº 72.374 (*R.T.J.*, 60/282).

A douta Procuradoria-Geral da República opinou pelo conhecimento e provimento do recurso, examinando a malsinada taxa sob os dois pressupostos que a poderiam sustentar: a prestação de serviços relativos à concessão de alvarás, à inspeção e fiscalização de cinemas, ou o policiamento destinado à asseguração da ordem pública.

Quanto ao primeiro, entendeu tratar-se de matéria da estrita competência municipal, relacionada com o peculiar interesse dos municípios. Citando Pontes de Miranda e Hely Lopes Meirelles, para os quais as atividades relacionadas com diversões públicas e a respectiva polícia administrativa são da competência municipal, terminou por invocar a lição de Aliomar Baleeiro no sentido de que "taxa, sob pretexto de exercício de atribuição de alheia competência, incorre em inconstitucionalidade".

Quanto ao segundo, isto é, o policiamento preventivo e repressivo em cinemas, entendeu que tais serviços já são custeados por impostos, porque a ordem interna é necessidade absoluta do Estado, afirmando, por outro lado, que não houve requisição ou solicitação desses serviços. Apoiou-se o parecer, nesse ponto, no acórdão dado pela recorrente como em dissídio, no qual o Supremo Tribunal teria decidido sob idênticos fundamentos.

O eminente Relator conheceu do recurso e lhe deu provimento, declarando inconstitucional a taxa prevista nos dispositivos pertinentes das leis estaduais sob exame. Para tanto, reportou-se S. Exª, em voto breve, ao parecer da Procuradoria-Geral e a outro voto que proferiu na mesma assentada, este nos ERE nº 72.898. Consigno a remissão porque, embora não possa votar, por impedimento, nesse outro feito, serei forçado a examinar o pronunciamento, ali, do eminente Relator.

Não procede o primeiro fundamento do parecer acolhido pelo eminente Relator à pretensa intromissão do estado em matéria da exclusiva competência municipal. Num destes casos, que estamos julgando em conjunto, observou o juiz, na sentença (RE nº 77.815, fls. 67):

"Pontos de atuação de pessoas políticas diferentes se justapõem, embora pareçam conflitantes. Cada uma haverá de disciplinar a matéria de conformidade com a predominância de seus interesses, e quanto ao ângulo que maior atenção lhe mereça."

A seguir, o mesmo magistrado anotou o ensinamento de Celso Antonio Bandeira de Mello (Apontamentos sobre o poder de polícia, *R.D.P.* 9/68), lançado neste termos (*id.*, fls. 67/8):

"Assim, em matéria de segurança e salubridade públicas, não é rara a ocorrência do fato. A legislação municipal que regula a expedição de alvará de licença para funcionamento de locais de divertimentos públicos, prevê fiscalização também da segurança dos respectivos usuários. Então, cumpre que a lotação da casa de espetáculos não exceda os limites compatíveis com a segurança das pessoas que ali ingressam, que as portas de saída dos cinemas não estejam obstruídas ou dificultando a vazão do público em momentos de emergência. Já aos estados caberá manter a segurança do mesmo público, quando considerada sob outro aspecto. Assim, os guardas-civis, agentes de serviço estadual de polícia de segurança, prevenirão e reprimirão tumultos e conflitos que ameacem lesar ou lesem a comunidade e, pois, garantirão também a segurança dos indivíduos presentes nos locais de divertimentos públicos."

Certo é que as recorrentes, em suas defesas, também argüiram ser irregular a intervenção do estado, porque sua competência, concorrente com a municipal, está regulada na Lei Orgânica dos Municípios em termos restritivos, com os quais não se compadece a atuação que pretende ter

no concernente. Se o argumento prosperasse e fosse poderoso à censura da intervenção do estado, ainda assim não poderia ser considerado pelo Supremo Tribunal depois que o desprezaram as instâncias ordinárias porque, como é visível, se circunscreveria ao âmbito do direito puramente local (*Súmula* 280). Mas a verdade é que as mesmas instâncias demonstraram ser ele improcedente. Um dos acórdãos observou que o poder de polícia dos municípios não exclui o poder concorrente do estado, anotando que o contrário importaria em que a Lei Orgânica dos Municípios conflitasse com a Constituição estadual e sobre ela prevalecesse (RE nº 77.954, fls. 79).

Foi, porém, em seu segundo fundamento que o parecer da Procuradoria-Geral maior apoio recebeu do eminente Relator. Disse S. Exª no voto que proferiu nos ERE nº 72.898 e ao qual se reportou, depois de citar as lições de Aliomar Baleeiro e Bilac Pinto sobre a índole contraprestacional da taxa:

"Nem se supunha (digo eu) que, por aludir o art. 77 do CTN ao exercício regular do poder de polícia como um dos fatos geradores da taxa, possa esse fato corresponder ao policiamento comum, que protege a generalidade das pessoas.

Para afastar essa suposição, basta ver que o art. 78 do mesmo Código define o poder de polícia, a que se refere o art. 77: é a atividade da Administração Pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

E o art. 79 completa o pensamento da lei, ao dizer quando os serviços públicos, a que se refere o art. 77, se consideram utilizados pelo contribuinte (utilização que pode ser efetiva ou potencial), específicos e divisíveis.

Baleeiro exemplifica: se um Banco, ou um Segurador de Bancos contra assaltos e roubos, pede a permanência dum policial armado em seu recinto, é legítima a cobrança da taxa para cobertura do custo respectivo, desde que decretada em lei."

Esse trecho do seu voto, o eminente Relator o tomou de outro, que proferiu no RE n.º 72.374, no julgamento do qual este Plenário declarou inconstitucionais dispositivos de lei editada pelo Estado do Espírito Santo, instituindo taxa que S. Ex.ª tem por semelhante àquela discutida nestes autos. Por tudo isso, concluiu:

"Confronte-se com esse voto, que o Tribunal Pleno acolheu, o proferido no RE n.º 60.718, que, apoiado pela então Terceira Turma, serviu de base à decisão ora embargada:

"Conheço do recurso pela letra *d* e lhe dou provimento porque se trata de um serviço especial de vigilância provocado pela atividade do contribuinte, exercida em horário noturno.

Não há como confundir, no caso, essa taxa com o imposto sobre diversões públicas."

Estou, *data venia*, em que jurídica foi a citada decisão do Tribunal Pleno (acórdão de 10.11.71).

"Quanto ao argumento, acolhido pelo acórdão embargado e que figura a hipótese de cinema mantido por qualquer grande empresa para entretimento exclusivo de seus empregados, sem cobrança de ingressos, sustentando-se que seu funcionamento escapará ao imposto municipal sobre serviços, mas não à taxa estadual em discussão, pondera bem o ilustre patrono

das embargantes que a hipótese, além de impossível, não corresponderia a uma atividade privada, caso inteiramente diverso do que está em julgamento.

Conheço dos embargos e os recebo, para restabelecer a sentença, declarando inconstitucional a taxa criada pela Lei do Estado de Minas Gerais n.º 4.492, de 14.6.67, e modificada pela Lei n.º 4.747, de 9.5.68."

Observo, com todo o respeito que devoto ao eminente Relator, que as considerações que S. Ex.ª expendeu no douto voto proferido no caso da taxa espírito-santense (RE n.º 72.374) não podiam servir à solução do caso da taxa mineira (ERE n.º 72.893). Não podiam, *data venia*, porque a taxa capixaba foi impugnada pelos contribuintes e examinada pelo Supremo Tribunal à luz do fundamento de que os serviços especiais de segurança, que ela visava remunerar, nada tinham de especiais, mas, ao invés, confundiam-se nas atribuições precípuas, reguladas em lei federal, da Polícia Militar, esta mantida por impostos. A taxa mineira, ao contrário, foi impugnada — e devia ser examinada, acrescento eu com a devida vênia — sob o fundamento de que seu fato gerador e sua base de cálculo eram os mesmos do imposto municipal sobre serviços, uma vez que entre os serviços tributáveis se contavam, por lei federal, as divisões públicas. Equações jurídicas, pois, inteiramente diversas, tanto assim que o recurso extraordinário do contribuinte alegava dissídio com o acórdão proferido no RMS nº 9.322, de 13.6.62, no qual se decidiu que, cabendo ao município o imposto sobre diversões, era inconstitucional a taxa de expediente sobre cinemas, estabelecida em lei estadual.

Por isso foi que, naquele caso de Minas, opinando como Procurador-Geral da República, cargo que então exercia, concluí, sendo meu parecer acolhido pela Segunda Turma, pelo improvimento do recurso. E não foi por outra razão que, atendo-me aos termos em que se colocara a lide, mostrei serem diversos os fatos geradores dos tributos confrontados nestes termos:

"Não merece reparo o acórdão recorrido. O funcionamento de cinemas dá causa, efetivamente, a desusada aglomeração de pessoas, que transcende os cuidados usuais do Poder Público no policiamento rotineiro da vida urbana e dele reclama medidas especiais de vigilância policial. Tais medidas constituem atividade justificadora da imposição tributária por parte do estado, e não se confundem com a prestação a título oneroso, pelas empresas cinematográficas aos freqüentadores de seus estabelecimentos, do serviço consistente na exibição de filmes. Para melhor discernir a diversidade e autonomia dos fatos geradores da taxa estadual discutida e do imposto municipal sobre serviços, figure-se a hipótese de cinema que, mantido por qualquer grande empresa para entretimento exclusivo de seus empregados, não cobre ingressos: seu funcionamento escapará ao imposto municipal sobre serviços, mas não à taxa estadual em discussão."

Já se viu que o eminente Relator, no voto que proferiu naquele caso e que incorporou ao proferido neste, acolheu como exata e procedente a contradita dos contribuintes no sentido de que a hipótese figurada, além de impossível, não corresponderia a uma atividade comercial pública, mas a uma atividade privada, caso inteiramente diverso do que estava em julgamento.

Outra vez com a devida vênia, nem é exata nem procedente a contradita. Impossível não é, de modo algum, a ocorrência da hipótese, até porque me inspirou, ao dizer que a figurava, caso concreto e real, do meu conhecimento direto e dificilmente ignorado pelos antigos residentes de Brasília: o Banco do Brasil mantinha aqui, para entretenimento do seu

funcionalismo, na SQS 103, que era e continua a ser logradouro público, precisamente um cinema, ao qual afluía, todas as noites, pequena multidão de administradores, funcionários e familiares, provocando isso, obviamente, a aglomeração desusada de pessoas à qual me referi no parecer. Pois bem: se o Distrito Federal, que empalma competência tributária assim de estado como de município, houvesse instituído taxa semelhante à de Minas Gerais, destinada ao custeio de serviços policiais excedentes dos limites ordinários do policiamento usual, poderia cobrá-la, sem dúvida, pelo cinema do Banco do Brasil, mas lhe não poderia cobrar o imposto sobre diversões públicas de então. Transpostos os fatos para o regime atual, poder-lhe-ia cobrar a taxa, mas não lhe poderia cobrar o imposto sobre serviços.

O que pretendi e insisto em salientar, uma vez que não fui entendido pelo eminente Relator, é que o imposto municipal incide sobre o serviço que o contribuinte presta a outrem, ao passo que a taxa incide pelo serviço que o estado presta ao contribuinte.

A objeção final dos contribuintes, acolhida naquele caso pelo eminente Relator, corrobora meu argumento, muito ao contrário de destruí-lo. Exatamente porque o funcionamento do cinema privativo não corresponderia a uma atividade comercial pública, mas exclusivamente privada, não poderia ser tributada com o imposto municipal sobre serviços. Mas poderia, sem dúvida, ser tributada com a taxa, porque a aglomeração desusada de pessoas e o correspondente risco de perturbação da ordem pública, tudo determinando a adoção de medidas especiais de vigilância policial, são fatos aos quais é inteiramente estranha a índole da atividade que os provoca, ou sua onerosidade ou gratuidade.

Havendo ponderado que a decisão no RE n.º 72.374, do Espírito Santo, não podia servir à solução dos ERE nº 72.898, de Minas Gerais, resta-me ver se pode ser útil à solução dos que ora julgamos, todos atinentes ao Estado de São Paulo.

Nestes só, se discute se o estado tem o que fazer, relativamente aos cinemas, e se o que acaso tem para fazer pode, ou não, ser remunerado pela taxa questionada.

Que tem o que fazer, pois a competência e o poder de polícia do município não lhe excluem a competência e o poder de polícia próprios, parece-me haver ficado claro. Sobra apenas a questão de se o que tem a fazer pode constituir contraprestação de taxa. Em outras palavras, se os serviços de vigilância ou preservação da ordem pública, que o estado presta ou põe à disposição dos proprietários de cinema em razão do funcionamento destes, comportam remuneração própria ou, ao contrário, se integram no policiamento comum, que protege a generalidade das pessoas, como se expressou o eminente Relator.

Reportou-se S. Ex.ª ao voto que proferiu no caso do Espírito Santo e, tal como ali, entendeu que não podia o estado instituir a taxa. Parece-me que entendeu estarem os serviços, que justificariam a tributação, compreendidos no policiamento comum, pois se valeu do exemplo com o qual Mestre Baleeiro ilustrou a tributabilidade: o de um banco pedir a permanência dum policial armado em seu recinto.

O exemplo, a meu ver, é macroscópico. Bem por isso, não pode ser tomado como figurador da única hipótese de tributabilidade e, conseqüentemente excludente de outras que não possuam a mesma intensidade de ilustração. O entendimento contrário importaria, em matéria tão grave e precipuamente afeta à prudente discrição do Poder Público como é a da preservação da ordem, na negação do pró-

prio poder, suplantado pelos critérios pessoais dos jurisdicionados.

Pretendo significar, aqui, não ser necessário à legitimidade da tributação o pedido do usuário no sentido de lhe ser prestado tal ou qual serviço policial especial. Se o estado, a seu critério, entender que certa atividade reclama, para prevenir a perturbação da ordem, o serviço especial, pode prestá-lo e cobrá-lo independentemente da vontade do usuário, ou até mesmo contra esta. Mais ainda: pode cobrá-lo, mesmo sem o prestar efetivamente, bastando que o ponha à disposição do usuário.

Neste ponto, é claro e legítimo o preceito do art. 1º, § 1º, da Lei estadual paulista nº 9.589, de 30.12.66:

"O tributo é devido por quem solicitar a prestação do serviço ou a prática do ato formal pressuposto da atividade do poder de polícia, ou for o beneficiário direto do serviço ou da atividade."

De passo em passo, chego a um impasse.

A legitimidade, em tese, da taxa questionada, tenho-a como indiscutível. Sua cobrança, porém, nas hipóteses de que tratam os autos, tem a legitimá-la a prestação efetiva ou potencial dos serviços policiais de que se cuida?

Não posso examinar a questão, na qual se afunila e exaure toda a controvérsia.

Primeiro, porque não constituiu fundamento da rebeldia dos contribuintes, sendo matéria estranha à *causa excipiendi* e, conseqüentemente, à própria lide. Tanto não constituiu, que nenhum esforço probatório esboçaram aqueles no sentido de demonstrar que o estado, nem lhes prestou ou presta, nem lhes pôs ou põe à disposição os discutidos serviços. Conduziram sua defesa como se de pura questão de direito se tratasse.

Segundo, porque a questão é puramente de fato. E se não nos caberia revê-la, decidida que houvesse sido pelas instâncias ordinárias, em recurso extraordinário, muito menos nos caberá examiná-la em primeira mão e, pior ainda, sem suscitação dos recorrentes.

O parecer da Procuradoria-Geral lançou, aqui, a afirmativa de que não houve requisição ou solicitação desses serviços ao estado. Sobre ser gratuita, pois não se disputou a respeito nem disso cuidou a instrução probatória, a afirmativa é, também, irrevelante, como já ponderei anteriormente.

Chega-me a hora de concluir, que também não aproveita ao julgamento destes recursos a decisão proferida no caso do Espírito Santo. Tanto não aproveita, a meu modesto juízo, que eu, que aqui estou divergindo do eminente Relator, naquele caso o acompanharia tranqüilamente.

Ali, os serviços justificadores da tributação consistiam no policiamento ostensivo noturno e a taxa incidia sobre residências, estabelecimentos comerciais, industriais, bancários, e casas de espetáculos e diversões públicas. Não escapava, pois, ninguém, o que despia os pretendidos serviços de qualquer resquício de especificidade e divisibilidade e os lançava ao contrário, na vala comum do policiamento ordinário, custeado por meio de impostos gerais. Despojados de individualidade própria e identificados com os de policiamento comum, de resto atribuído por lei federal às Polícias Militares estaduais, era inteiramente irrelevante saber-se, ali, se os ditos serviços eram, ou não, efetivamente prestados, ou postos à disposição dos usuários. Não se desenhava, enfim, naquele caso, questão de fato algum, de que dependesse a decisão.

Aqui, muito diversa é a situação, como pretendi demonstrar.

Data venia, nego a inconstitucionalidade da lei estadual e não conheço dos recursos.

EXTRATO DA ATA

RE nº 77.940 — SP — Rel., Ministro Luiz Gallotti. Recte., Shochiku Filmes do Brasil (Adv., Dirceu Luiz de Figueiredo). Recdo., Estado de São Paulo (Adv., José Reynaldo Carneiro Lyra).

Decisão: Adiado o julgamento, por haver pedido vista o Ministro Aliomar Baleeiro, depois do voto, nesta sessão, do Ministro Xavier de Albuquerque, não conhecendo do recurso. Ausentes ocasionalmente, o Ministro Rodrigues Alckmim, e licenciado o Ministro Barros Monteiro.

Presidência do Sr. Ministro Eloy da Rocha. Presentes à sessão os Srs. Ministros Luiz Gallotti, Oswaldo Trigueiro, Aliomar Baleeiro, Djaci Falcão, Thompson Flores, Bilac Pinto, Antonio Neder, Xavier de Albuquerque e Rodrigues Alckmim. Procurador-Geral da República, o Prof. José Carlos Moreira Alves. Licenciado, o Sr. Ministro Barros Monteiro.

VOTO

O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro: I. Os cinemas de São Paulo embargaram os executivos fiscais intentados pelo estado para cobrança duma chamada "taxa de fiscalização e serviços diversos", que deve ser recolhida por guia como condição para que se expeça o alvará de funcionamento. O estado reserva-se o direito de fechar os cinemas em caso de recusa do pagamento desses tributo. Nos quatro primeiros recursos extraordinários opostos às decisões contrárias aos exibidores, o eminente Ministro Gallotti, relatando-os conheceu e deu provimento, de acordo com o parecer do Dr. Machado da Silva, pela Procuradoria-Geral da República.

Os fundamentos, em resumo, foram:

a) a concessão de alvará, inspeção do edifício, fiscalização do funcionamento, horários, etc., são atos da competência municipal que exerce esses serviços eficazmente e por eles cobra taxas;

b) o policiamento preventivo e repressivo por soldados e policiais é de caráter geral, prestado indistintamente a todos os membros da coletividade, que os custeia por meio de impostos.

Não os solicita, nem os utiliza em caráter especial e divisível o cinema.

Gallotti adotou ambos os fundamentos e reportou-se aos seus votos no RE nº 72.374-ES, *R.T.J.*, 60/282 e nos ERE nº 72.898.

Naquela primeira causa, o Pleno, à unanimidade, declarou inconstitucional a taxa de segurança especial da Lei espírito-santense nº 2.311/67, exigível de comerciantes, bancos, residências e casas de espetáculos e diversões, para custeio do policiamento ostensivo, após 21 horas. Disse Gallotti naquele acórdão de 10.11.71:

"Nem se suponha que, por aludir o art. 77, do CNT, ao exercício regular do poder de polícia como um dos fatos geradores da taxa, possa esse fato corresponder ao policiamento comum, que protege a generalidade das pessoas.

Para afastar essa suposição, basta ver que o art. 78, do mesmo Código, define o Poder de Polícia, a que se refere o art. 77: é a atividade da Administração que, *limitando ou disciplinando* direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão do interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, etc."

II. Divergiu dessa tese, o eminente Ministro Xavier, em laborioso voto, que penso resumir fielmente nos seguintes argumentos:

a) não há intrusão ilegítima do estado na competência do município para exercer o poder de polícia sobre os cinemas; aliás, isso seria matéria de Direito local, ou seja a Lei Orgânica dos Municípios;

b) o precedente do Espírito Santo (RE nº 72.374), que, aliás, o eminente Ministro Xavier apóia, não pode servir de luz aos ERE nº 72.898-MG, nem aos apelos dos cinemas paulistas.

c) admite como duvidosa, talvez, a prestação efetiva ou potencial do policiamento de São Paulo, mas não pode apreciar isso, porque constitui matéria de fato.

III. Lamento não me ter convencido da procedência de qualquer dessas três objeções.

A competência do município para vistoriar os cinemas e verificar as condições de segurança, em caso de incêndio e pânico, estabelecer horários, proibir o fumo, ruídos, etc., concedendo, afinal o alvará de funcionamento, é de ordem constitucional, porque se insere na cláusula de "peculiar interesse municipal", do art. 15, II, da Emenda nº 1/69. Essa competência deriva do Estatuto Supremo e não a pode restringir, como aliás não a restringiu, a Lei Orgânica Municipal, de São Paulo.

Hely L. Meirelles ensina: "Os *espetáculos cinematográficos e teatrais* ficam geralmente sujeitos à fiscalização federal, estadual e municipal, visto que a censura dos filmes e peças é da União (Decreto federal nº 20.493/46); a fiscalização de menores é da alçada do Juiz de Menores (Código de Menores, e leis orgânicas judiciárias); e a polícia administrativa do recinto, horário e condições de funcionamento compete ao Município" (*Dir. admin. brasil. R.T.*, 1966, p. 109).

O Estado de São Paulo exige a contestada taxa a título de concessão do alvará de funcionamento e, em documento oficial da própria Secretaria de Segurança o confessa, reportando-se a leis e decretos anteriores que lhe atribuíam, outrora, a censura dos filmes, cobrança de direitos autorais, etc.

Ao RE nº 77.940, ora em julgamento, está apenso o processo administrativo do Proc. Fisc. (nº 2.793, fls. 28) com o "Comunicado nº 3/71" (*D.O.* de São Paulo, de 17.3.71, p. 11), onde se lê:

"Esse longo rol de diplomas, alguns já revogados, se referem às atribuições já extintas da Polícia para censura e cobrança de direitos autorais, etc., como o recorrente analisa na cópia do mandado de segurança anexo aos embargos à penhora às folhas. O Decreto estadual nº 51.102, de 1968, aí citado, sujeita o cinema, para obter o alvará do estado, à vistoria, reproduzindo o que figura no Código de Obras do Município. Isso basta para demonstrar que o estado está a exigir taxa para duplicata do mesmo serviço de polícia administrativa que cometeu ao município e esse presta, nos termos de sua competência constitucional, de regular os assuntos de seu peculiar interesse. Aliás, noutros países, segundo os administrativistas mais autorizados, compete à polícia administrativa municipal a disciplina dos cinemas e diversões."

IV. Na contestação, o nobre Procurador de São Paulo muda de posição estratégica, dizendo, contra a letra do Decreto nº 51.102, em cujas dobras se agasalhou o delegado que a taxa "nada tem a ver com os outros poderes do município, higiene, alvará, vistoria, etc. Ela remunera policiamento ostensivo ou judiciário à disposição do exibidor.

Parece haver confusão nessa defesa, porque o art. 78 do CTN não se refere ao policiamento armado e fardado ou aos "secretas", mas ao poder de polícia, no sentido jurídico-administrativo, isto é, o poder de restringir os direitos e interesses dos particulares em prol da segurança (no sentido da incolumidade de edifícios, veículos, etc.), higiene, estética, etc.

Numa palavra: civilização. Nos séculos anteriores, uma sociedade *policée* era

aquela educada, culta, civilizada. País *policée* era o Estado de Direito por oposição aos reinos, onde imperava o arbítrio dos governantes.

Confundir o poder administrativo, com policial militar, o guarda civil ou o investigador, encarregados dos serviços gerais de ordem, prevenção e repressão dos crimes e contravenções, constitui erro grosseiro, *data venia* do Dr. Procurador de São Paulo. A noção é pacífica entre os administrativistas, desde os clássicos, como Cooley e Freund, até os contemporâneos da Europa.

Sob o pálio do poder de polícia, um tributo é usado para encarecer coisas ou serviços indesejáveis. É por isso que os cigarros são tributados em 300% e, nos Estados Unidos, a margarina vegetal, que custava menos do que a manteiga, pagava mais imposto do que esta.

"Par contre, comme on va le voir, la police administrative n'a en elle même rien à voir avec la répression pénale.

"Cette analogie matérielle ainsi indument établie entre les deux polices est venue de ce que certaines autorités de police administrative sont en méme temps chargées de pouvoirs de police judiciaire. On a cru ainsi qu'il y avait deux polices, alors qu'en realité il n'y a qu'une police, la police administrative" (R. Bonnard, *Précis de droit adm.* 1935, p. 318).

"La police administrative est une forme d'intervention qu'exercent ceertaines autorités administratives et qui consiste à imposer, en vue d'assurer l'ordre publique, des limitations aux libertés des individus"...

"En realité, le pouvoir de police se définit par son but qui est d'assurer la tranquilité (absence des risques de desordres), la sécurité (absence de risques d'accidents) ou la salubrité (absence de risques de maladies)"; conforme L. 1.884, art. 97: "la police municipale a pour but d'assurer le bon ordre, la sureté et la salubrité publiques" (Laubadère, *Tr. élém. droit adm.*, 1957, p. 520-1).

"Dans la langue du droit administratif, le mot police n'a pas le même sens que dans la langue courante: "c'est la limitation, par une autorité publique dans l'intérêt public, d'une activité des citoyens, cette activité n'en demeurant pas moin une activité privée" (Waline, *droit adm.*, 1959, p. 599.

Na grande maioria dos países, o poder de polícia é definido pela doutrina apenas, e, vagamente, pelos Tribunais, como o reconhece a Corte Suprema dos Estados Unidos com julgado célebre:

"There are, however, certain powers, existing in the sovereignty of each state in the Union, somewhat vaguely termed police powers, the exact description and limitation of wich have not been attempted by the courts. Those powers, broadly stated, and without, at present, any attemptet a more specific limitation, relate to the safety, health, morals, and general welfare of the public" (Lochner vs N. Y., 198, US 45, de 1905).

O poder de polícia, é, pois, o de restringir e desencorajar atividades nocivas ou indesejáveis, mesmo quando exercido por meios fiscais, como explica o clássico Cooley (*Treatise on Law of Taxation*, 1898. p. 586-605). Tributa-se para que o indivíduo não consuma ou consuma pouco certas coisas ou serviços supostos nocivos ou perigosos, como armas, cartas de jogar, álcool, tabaco, etc.

E, no Brasil, pelo menos para efeitos de caracterização da taxa, como acentuou Gallotti em seu voto, temos conceito legal do Poder de Polícia, sobranceiro a cogitações doutrinárias e obrigatório para nós, juízes. É reler aquele art. 78 do CTN: "Considera-se poder de polícia a atividade da Administração Pública que, *limitando ou disciplinando* direito, interesse

ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, etc., etc."

Essa definição legal coincide com a dos administrativistas citados e repele a identificação com o policiamento militar, ostensivo ou judiciário, que o estado deve e presta a todos os membros da comunidade, porque seu dever é manter a ordem, prevenir e reprimir crimes e contravenções em cada metro quadrado sob sua jurisdição, longe ou perto, no deserto ou na aglomeração. A enorme força armada e militarizada não existe para os cinemas e seus freqüentadores, mas está à disposição de todo e qualquer homem e de toda e qualquer mulher, seja lá onde estejam.

Pela própria natureza desse serviço público geral, indivisível e indiscriminado, na rua, tem direito à proteção do policial, só o imposto há de custeá-lo. O mendigo, como o banco, muito embora alguns policiais estejam cumprindo sentença no Rio pelo assassínio de indigentes inofensivos.

Se o estado pode cobrar taxa porque mantém policiais que, eventualmente podem ser úteis a conter uma desordem, aliás raríssima no cinema, também deveria cobrar de todos os transeuntes, de todos os moradores, de todos os viajantes, de todas as criaturas humanas, enfim, que pelo menos teoricamente, se presumem com direito ao socorro da radiopatrulha. Discriminar contra o cinema, porque congrega centenas e, às vezes, um milhar de pessoas, não seria justo, porque as igrejas, as reuniões políticas, as praias de banho, as estações ferroviárias e rodoviárias, as ruas comerciais, os colégios e ginásios, as filas de compradores, os supermercados, sobretudo nos sábados, etc., etc., provocam aglomerações de indivíduos.

Basta ver a casuística jurisprudencial do livro velho de Freund, ou a moderníssima de B. Schwartz, (*Rights of persons*, v. I e II), para sentir-se que o poder de polícia é algo inteiramente diverso do policiamento militar ou paramilitar preventivo ou repressivo de crimes e contravenções.

Poder de polícia é poder de impedir, desencorajar e não se concebe que o Estado de São Paulo queira dificultar e evitar a freqüência aos cinemas, havidos como poderoso e barato meio de educação no mundo moderno, a ponto de a União manter um Instituto Nacional para expandi-lo e protegê-lo.

V. O precedente do RE nº 72.374 — ES configura divergência, porque lá a taxa é de polícia e exigida das casas de diversões também. O fato de Espírito Santo cobrá-la também de bancos, lojas e residências não cria situação especial, porque a taxa de São Paulo é dirigida também a outras atividades. O ponto básico não é que cobre a taxa de uma ou de várias categorias profissionais, mas que se cobre delas somente quando o serviço fica à disposição de todos os membros da comunidade, sem exceção de um só. No caso dos autos, não há taxa, mas tributação com o imposto de serviços do município. Cria-se uma formalidade para servir de pretexto à falsa taxa.

VI. Matéria de fato e prova não me embaraça o conhecimento do recurso, porque ela não é contestada. O cinema cita tais e tais leis e decretos, diz que, mercê deles, o estado lhe exige pagamento de taxa, a fim de fornecer alvará e submetê-lo a vistorias, que são da competência do município e este não só realiza isso, mas lhe cobra a taxa correspondente. Diz que a competência para vistoriar e dar alvará é exclusiva do município e isso é matéria de Direito. O estado, sem contestar, antes confessando que exige o alvará, afirma que tem policiamento militar e paramilitar à disposição dos cinemas. Não o contesta o exibidor, mas afirma que esse é serviço geral prestado ou posto à disposi-

ção da totalidade dos 10.000.000 de paulistas, de sorte que deve ser custeado por imposto e não pela taxa.

Em meus tempos de estudante, João Monteiro, livro de texto, citava a frase de quem disse que o processo judicial é a arte de ignorar metodicamente o que toda a gente sabe.

Ninguém põe em dúvida de que São Paulo dispõe de milhares de soldados nos quartéis e no interior do estado, mas o socorro policial hoje, já como no Rio, é prestado pelos veículos de radiopatrulha chamados pelo telefônio. Atenderá ao cinema ou a qualquer do povo que o invoque, se o telefone funcionar. São Paulo, Rio e todas as grandes cidades não fornecem policiais permanentes para os estabelecimentos mais visados pelos malfeitores, como os bancos, joalherias, etc., ainda que por pagamento de taxa especial, e, nesse caso, justificada. Os bancos, joalherias, grandes mercados, carros pagadores de fábricas, etc. são guarnecidos por guardas privados e armados por imposição da própria Polícia, sabido que o seguro indeniza as perdas com assaltos.

VII. Quando o jovem e douto Ministro Xavier, como aconteceu a Holmes, tiver seus votos dissidentes publicados em volume, será vaidade para mim a circunstância de que, quase sempre, os acompanhei. Mas, neste caso, infelizmente, lamento não poder apoiá-lo, ainda que venha a ser vencedor.

Conheço do recurso e dou-lhe provimento.

EXTRATO DA ATA

RE nº 77.940 — SP — Rel., Ministro Luiz Gallotti. Recte., Shochiku Filmes do Brasil (Adv., Dirceu Luz de Figueiredo). Recdo., Estado de São Paulo (Adv., José Reynaldo Carneiro Lyra).

Decisão: Conhecido e provido. Vencido o Ministro Xavier de Albuquerque, que não conhecia do recurso. Votou o Presidente.

Presidência do Sr. Ministro Eloy da Rocha. Presentes à sessão os Srs. Ministros Luiz Gallotti, Oswaldo Trigueiro, Aliomar Baleeiro, Djaci Falcão, Thompson Flores, Bilac Pinto, Antonio Neder, Xavier de Albuquerque e Rodrigues Alckmim. Procurador-Geral da República, o Prof. José Carlos Moreira Alves. Licenciado, o Sr. Ministro Barrosa Monteiro.