EMPRESA PÚBLICA — CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO — ISENÇÃO TRIBUTÁRIA

— Imposto sobre serviços. Serviços técnicos de engenharia prestados a empresas estatais. Isenção. Inaplicação do art. 11 do Decreto-lei n.º 406/68.

A jurisprudência não reconhece a qualidade de concessionárias de serviços públicos às empresas públicas ou sociedades de economia mista, pelo só fato de serem criadas pelo Estado, embora não tenham por objeto a prestação de serviços ao público, por conta e risco, mediante remuneração tarifada. Se a empresa, para a qual são prestados serviços técnicos, não presta tais serviços, mas tem por objeto outras atividades, não tem aplicação, em relação ao particular, a isenção de que trata o art. 11 do Decreto-lei n.º 406/68.

Recurso conhecido e provido.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Recurso Extraordinário nº 108.498
Recorrente: Prefeitura Municipal de São Paulo
Recorrida: Ricardo Julião Arquitetura e Urbanismo Ltda.
Relator: Sr. Ministro CARLOS MADEIRA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso e lhe dar provimento.

Brasília, 30 de maio de 1986. — *Aldir Passarinho,* Presidente. *Carlos Madeira,* Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Madeira: O despacho do ilustre Presidente do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo está assim exposto:

"Cuida-se de ação declaratória, objetivando a ineficácia dos autos de infração aplicados pelo Fisco municipal, entendendo que os serviços prestados a empresas governamentais são isentos da incidência do ISS, julgada procedente pela r. sentença de fls. 221-32.

Ao recurso de ofício somou-se o apelo da municipalidade de São Paulo, e a egrégia Sétima Câmara, por votação unânime, negou-lhes provimento (fls. 254-66v).

Com alicerce no art. 119, inciso III, letras *a* e *d*, da Carta Magna, recorre extraordinariamente a ré, alegando ter a v. decisão recorrida infringido o Decreto-lei nº 406/68, com redação dada pelo Decreto-lei nº 834/69, art. 8º, *caput* acerca da isenção, uma vez que as entidades às quais a autora prestou serviços não possuem as características de concessionárias. Para amparar sua tese, menciona os arts. 125 a 144 do Decreto-lei nº 200/67 e os analisa sob o enfoque do art. 170, § 2º, da Constituição federal, afirmando que 'as empresas públicas e as sociedades de economia mista

reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas'. Apontam também como violado o art. 111 do Código Tributário Nacional, sustentando que este veda o uso da analogia em matéria tributária e manda que se interprete literalmente a legislação, dispondo sobre outorga de isenção. Transcreve como divergentes quanto à interpretação do Decreto-lei nº 406/68 os RREE n.os 92.207-PR, 90.810, In RT nº 97, p. 1.234 e 92.937-RJ; In *RTJ* nº 97, p 447-51. *Argúi relevância de questão federal.*

Houve impugnação às fls. 280-1.

2. Improcede o apelo extremo.

Em princípio, está presente o obstáculo enunciado no art. 325, VIII, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, já que o valor atribuído à causa ..... (Cr$ 700.000,00) é inferior ao limite regimental (Cr$ 1.660.808,00), considerando-se a data do ajuizamento (22 de outubro de 1982) e a uniformidade das decisões.

Além da relevância de questão federal, não invocou a recorrente qualquer das demais ressalvas estabelecidas no *caput* da norma regimental.

A questão foi exaustivamente examinada pelo v. acórdão que deixou expresso.

'Em suma, no conceito de 'concessionárias de serviço público' incluem-se as entidades estatais, criadas por lei e que se destinam a assumir os deveres impostos ao Estado.

Observem-se que, quando é a própria entidade que cria a empresa estatal e a esta transfere o serviço, no seu exercício, a hipótese é de *declaração*. Quando a empresa estatal pertence a outra entidade política, existe a concessão (ex.: CVSP, Sociedade de Economia Mista do Estado de São Paulo, concessionária de serviço público federal).

Não se pode ter por excessivamente técnica a redação da lei. Ao empregar a expressão 'concessionárias de serviço público', abrangeu e abarcou todas as empresas que prestam serviços ao Estado.

O conteúdo semântico do conceito utilizado na lei abarca tanto as meras concessionárias particulares ou públicas (embora com personalidade jurídica de direito privado) como as meras delegadas (caso típico dos autos)' (fls. 265-6).

Ademais, acrescente-se ser inadmissível o exame da propalada negativa de vigência de lei ordinária *(RTJ, 103/819)*, bem como do dissenso interpretativo (RE nº 99.000-3-SP e Agravo nº 95.981-5-SP), em face da incidência do óbice regimental apontado.

3. Pelo exposto, indefiro o recurso extraordinário.

4. Processe-se a argüição de relevância." (fls. 283-5)

Acolhida a argüição de relevância, foram apresentadas as razões das partes.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Relator): Como visto do trecho transcrito no despacho que inadmitiu o recurso, o acórdão recorrido amplia o conceito de concessão de serviço público, para incluir como concessionárias as entidades estatais criadas por lei e destinadas a assumir deveres do Estado.

Tal elastério decorre da crítica ao critério puramente subjetivo adotado pelo Decreto-lei nº 200/67, para a definição das entidades da administração federal indireta. Segundo esse critério, dizem os críticos, a concessão de serviço público seria administração descentralizada, mas não administração indireta.

Ora, a concessão de serviço público é, como se sabe, contrato administrativo de colaboração, em que o Poder Público delega ao particular a execução de um serviço que lhe incumbe, para que o explore

por conta e risco, pelo prazo e nas condições ajustadas, mediante remuneração por tarifa cobrada dos usuários.

Há, realmente, empresas públicas que exploram serviço da competência do Poder público, que ao se constituírem já têm não uma concessão, mas pura delegação para a exploração. Exemplo típico é a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, que explora e monopoliza o serviço postal-telegráfico no País. Cita-se, nos autos, o exemplo da Cesp, empresa estadual que explora o serviço de geração e distribuição de energia elétrica.

Dá-se, nos exemplos citados, que o Governo achou mais seguro ou mais econômico explorar tais serviços públicos por empresas por ele organizadas, dispensando a colaboração de particulares. Mas tanto não desfigura a natureza da concessão do serviço público, ou mais precisamente, de serviço ao público, explorado pela empresa estatal.

A concessão de serviço público a particulares, se caracteriza por conter duas ordens de cláusulas: as chamadas cláusulas regulamentares, fixadas pela administração para atender as exigências da coletividade e que são imodificáveis pelas partes; e as cláusulas econômicas, destinadas a preservar o interesse do concessionário. Na execução de serviço ao público, por empresas do Estado, essas cláusulas se estabelecem na lei que as cria ou por regulamento.

Mas nem toda empresa criada pelo Estado tem a finalidade de prestar serviço ao público. No caso dos autos, as empresas estatais que contrataram os serviços da recorrida não o são. Uma é federal, o Banco Nacional da Habitação, e foi criada para intervir no setor econômico da construção. Do mesmo modo é a Companhia Metropolitana de Habitação de São Paulo, que é sociedade de economia mista. A Companhia de Construções Escolares do Estado de São Paulo presta serviços técnicos para a rede escolar oficial do Estado.

Não são elas, pois, concessionárias de serviço público, pois não prestam serviço ao público, por conta e risco, mediante tarifa.

No RE nº 86.095-SP, decidiu a egrégia Primeira Turma:

"Imposto sobre Serviços. Obras de construção civil contratadas com empresa pública: Isenção não-reconhecida. Interpretação razoável do art. 11 do Decreto-lei nº 406/68. Recurso extraordinário não-conhecido."

No seu voto, citou o Ministro Soares Muñoz, Relator, voto do Ministro Xavier de Albuquerque, no RE nº 88.185-SP, que fere o ponto debatido no presente recurso:

"Questão federal, mesmo, haveria aqui apenas a de saber se, não-contempladas na lei de isenção as empresas públicas, mas apenas a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios e suas autarquias, e as concessionárias de serviços públicos, devem as primeiras ser consideradas como alcançadas pelo benefício. O acórdão recorrido respondeu negativamente, e o fez em nome da regra de interpretação literal imposta pelo art. 111, II, do Código Tributário Nacional. Não se pode dizer, portanto, que haja negado vigência à lei de isenção."

E o saudoso Ministro Rodrigues Alckimin acrescentou:

"Tenho que, realmente, a isenção pretendida não abrange o caso das empresas públicas, somente por serem." (*RTJ, 87/*585)

Mais recentemente, no RE nº 97.300-RJ, Relator o Ministro Decio Miranda, pôs em relevo que, por ser sociedade de economia mista, a Ceasa não é empresa concessionária de serviço público. E acrescentou:

"Nos termos do art. 11 da Lei Complementar nº 22, acima transcrito, a isenção não alcança os serviços contratados com empresas públicas ou sociedade de economia mista, mas a 'empresas concessionárias de serviços públicos', qualidade que não se demonstra estar investida na Ceasa." (*RTJ, 112/*296).

A jurisprudência da Casa, portanto, não só não reconhece a qualidade de concessionárias de serviços públicos às empresas estatais só por o serem, como não reconhece a isenção do Imposto Sobre Serviços devidos pelas empresas que com elas contratem, por força da regra do art. 111, II, do CTN.

Não cabe, assim, a extensão dada no voto sem dúvida brilhante do ilustre Juiz relator do acórdão recorrido, de que toda empresa pública ou sociedade de economia mista é concessionária de serviço público, com o conseqüente reconhecimento da isenção prevista no art. 11 do Decreto-lei nº 406/68.

Conheço do recurso e lhe dou provimento, para julgar improcedente a ação.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

RE nº 108.498-7-SP — Relator: Ministro Carlos Madeira. Recorrente: Prefeitura Municipal de São Paulo. Advogado: Cleide Rafani. Recorrido: Ricardo Julião Arquitetura e Urbanismo Ltda. Advogados: Ari Adolfo Medeiros dos Santos e outros.

Decisão: conhecido e provido nos termos do voto do Ministro Relator. Unânime. Segunda Turma, 30.5.86.

Presidência do Sr. Ministro Aldir Passarinho. Presentes à sessão os Srs. Ministros, Francisco Rezek, Carlos Madeira e Célio Borja. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Djaci Falcão, Presidente. Subprocurador-geral da República, Dr. Mauro Leite Soares.