EMPRÊSA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO — FORNECIMENTO DE ÁGUA — IMPÔSTO DE VENDAS E CONSIGNAÇÕES

— É devido o impôsto de vendas e consignações pelas emprêsas concessionárias de água e esgotos, se não lhe fôr concedida isenção especial.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

The City of Santos Improvements Co. Ltd. *versus* Fazenda Estadual
Apelação cível n.º 25.761 — Relator: Sr. Desembargador
MACEDO VIEIRA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação n.º 25.761, de S. Paulo, entre partes, apelante, The City of Santos Improvements Co. Ltd., e, apelada, Fazenda Estadual, adotado o relatório de fls., acordam em 4.ª Câmara Civil, por maioria de votos, negar provimento à apelação e confirmar, por seus jurídicos fundamentos, a sentença apelada. Custas pela apelante.

S. Paulo, 12 de julho de 1945. — *Manuel Carlos*, Presidente. — *Macedo Vieira*, Relator designado. — *Cunha Cintra*. — *Meireles dos Santos*, vencido, nos têrmos da declaração de voto em separado.

Trata-se de ação ordinária proposta pela City of Santos Improvements Co. Ltd. contra a Fazenda do Estado, para obter restituição de Cr$..... 493.364,70, que pagou a título de impôsto de vendas e consignações sôbre fornecimento de água de que é concessionária em Santos, por ter sido, ao que alega, indevido o pagamento, porque tal tributo não pode alcançar aquela atividade.

Foi a ação julgada improcedente, tendo a vencida recorrido. Penso que assiste razão.

A meu ver, o serviço de fornecimento de água para o consumo público, nos têrmos do contrato de que tratam os autos, não está sujeito ao impôsto de vendas e consignações a que alude o art. 1.º do Livro I do Código de Impostos e Taxas, nem foi previsto pelo legislador de modo especial.

Não há dúvida de que o fornecimento de água, nos moldes adotados pelo nosso sistema legal, pode considerar-se contrato de compra e venda, segundo os ensinamentos de Carvalho de Mendonça e outros autores ("Revista dos Tribunais", vol. 64, pág. 42).

Mas, isso não basta para que se possa dizer sujeito ao impôsto a que alude a Constituição federal de 1937, art. 23, n.º 1, letra "d", e lei estadual n.º 2.485, de 16 de dezembro de 1935.

O serviço de que está encarregada a autora é, por sua natureza, público, com caráter de necessidade, não sòmente de utilidade. E' obrigatório, sujeita a concessionária a deveres dentro nos moldes do contrato, com direitos restritos, especialmente no que se refere à remuneração.

Há nítida diferença entre os atos relativos a fornecimento de coisas (fôrça, luz, gás, água etc.) por parte de emprêsas concessionárias dêsse serviço público e os comuns, de compra e venda exercidos no campo de outra atividade, do comércio e indústria (direito estritamente privado).

Lá, em regra, a liberdade é a lei; aqui, está o concessionário adstrito a prévias tabelas quanto à remuneração, que o contrato impõe e o estatuto geral regula a bem do interêsse público ou coletivo.

A concessionária está prêsa ao Govêrno do Estado por contrato de 1897, em que estão estabelecidos os direitos e obrigações dos contratantes.

A remuneração pelos serviços que a emprêsa deve prestar ao público está bitolada e sua atuação sujeita à fiscalização por parte do Poder Público, a leis e regulamentos do domínio do Conselho Nacional do Trabalho.

Portanto, qualquer imposição de tributos por parte do poder concedente que toca àquilo que faz objeto essencial do contrato, importa, sem dúvida, alteração neste por parte de um dos contratantes, sem anuência do outro.

E isso não é permitido, por preceito de direito jamais pôsto em dúvida.

A admitir-se a liberdade, por parte do poder concedente, de tributar o fornecimento que faz objeto do contrato de que se trata, poder-se-ia chegar a um ponto em que seriam anuladas as vantagens da concessão e privada a concessionária de retirar do capital empregado a justa remuneração que lhe a lei geral assegura, consoante o disposto no art. 147 da Constituição federal de 1937.

Os atos abrangidos pelo contrato de concessão de que se trata, por sua natureza peculiar, não se confundem com os referentes aos negócios comuns, no terreno próprio do comércio e da indústria, em que não estão, em regra, em estado normal produtores e comerciantes jungidos a preços e tarifas impostas por fôrça de contrato com o Poder Público.

*

SENTENÇA

Vistos, etc.:

The City of Santos Improvements Co. Ltd. fêz citar a Fazenda do Estado para responder pela presente ação, onde pede lhe seja restituída a importância de Cr$ 493.364,20 que julga ter pago indevidamente de impôsto sôbre vendas e consignações, durante o período de 10 de novembro de 1937 até 13 de novembro de 1944. Alega a autora, como fundamento de seu pedido, que, sendo concessionária de serviço público, qual o de fornecimento de água à população de Santos, êsse serviço escapa à incidência daquele impôsto; que, mantido o regime de tarifas para tais serviços, conforme determina o art. 147 da Constituição federal, não pode o Estado onerar tais serviços.

Em longa e bem elaborada contestação, disse a Fazenda do Estado que o impôsto sôbre vendas e consignações, conforme preceitua o art. 1.º do Liv. I do Código de Impostos e Taxas e criado pelo art. 2.º da lei 2.485, de 16 de dezembro de 1935, será devido sempre que se realizar qualquer dessas operações, seja qual fôr a procedência, destino, espécie dos produtos, e arrecadar-se-á em sêlo especial ou por verba. Afirma a contestante constituir o fornecimento de água uma operação de venda, conforme sustentam inúmeros

tratadistas; que, sendo os serviços feitos pela autora, de concessão, não estão, nos têrmos do art. 32, parágrafo único, da Constituição federal, isentos de pagamento de impostos, salvo lei especial outorgando a isenção.

Procedida a audiência de instrução, decido :

Improcede a presente ação. Em face do art. 23, letra "d", da Constituição federal, é da competência exclusiva dos Estados decretar impostos sôbre vendas e consignações. Êsse impôsto já desde 1935 vinha sendo cobrado pelo Estado, em conformidade com a Lei 2.485, de 16 de dezembro de 1935, sôbre tôdas as vendas efetuadas por comerciantes e produtores, inclusive os industriais.

A autora, embora concessionária para o serviço de fornecimento de água, não deixa, por êsse fato, de realizar uma venda dêsse líquido. É a compra e venda por fornecimento, de que trata Carvalho de Mendonça, em seu "Direito Comercial", vol. 6.º, 2.ª parte, pág. 161. Em o n.º 760, diz, êsse autor: "Ainda se contratam com a forma importantes fornecimentos necessários à indústria e à vida doméstica. Assim, o fornecimento de energia elétrica, de iluminação, d'água, gás etc. Êsses serviços quase sempre de caráter municipal estão a cargo de emprêsas concessionárias, que impõem o preço das tarifas e não deixam ao particular válvula alguma onde possa ter liberdade no contrato. São contratos de adesão. A exploração de tais serviços, os Poderes Públicos, quando lhes convêm, concedem a terceiros, mediante condições e regalias que devem constar das leis que as outorgam e dos contratos.

Temístocles Cavalcânti, em seu *Tratado de Direito Administrativo,* vol. 4.º, pág. 42, diz que além dos serviços que, pela sua posição na estrutura administrativa do Estado, contém os elementos formais e materiais que caracterizam os serviços públicos, outros existem que, embora executados por entidades privadas, são, como tais, consideradas pela lei.

Pode-se, portanto, dizer que existem serviços públicos por fôrça de lei, em contraposição a outros que o são, pela sua situação entre os órgãos da administração.

Continuando, diz que a declaração e reconhecimento de que o serviço deve ser considerado como público deve emanar expressamente do Estado, mas êsse reconhecimento não importa por si só em conseqüências determinadas, privilégios ou vantagens, mas autoriza a sua concessão na medida que fôr julgada necessária. A principal vantagem consiste na isenção de impostos e taxas, isenção que não decorre da declaração de que a entidade constitui serviço público, mas de lei especial que deve mencionar os limites da isenção. Tanto assim que as próprias leis, que declaram serviços públicos certas atividades, contém os limites dos favores concedidos, limites que têm sido ampliados ou restringidos. Se a isenção fiscal decorresse da própria lei, reconhecendo, na entidade, os característicos de um serviço público, não seriam necessárias isenções expressas em lei. É o que dispõe o parágrafo único do art. 32 da Constituição. Os serviços públicos concedidos não gozam de isenção tributária, salvo a que lhes fôr outorgada, no interêsse comum, por lei especial.

A autora invoca, como um dos seus fundamentos para a isenção, o decreto-lei federal n.º 300, de 24 de fevereiro de 1938. Essa lei, regulando a

concessão de isenção e redução de direitos aduaneiros, pelo contrário, sujeita ao pagamento de tais direitos a importação de materiais, maquinismos etc. destinados à exploração e conservação de serviços públicos, entre êles os de fornecimento de água, executados diretamente pelos Poderes Públicos ou por emprêsas delegadas. Apenas, no § 3.º do art. 13, permite que os direitos aduaneiros sejam pagos com a redução de 50 %.

A autora, pôsto que seja concessionária para o serviço de fornecimento de água à população de Santos, e conforme o documento de fls., não goza de favor algum relativamente à isenção de impostos, concedido pela Fazenda do Estado. E, sendo o fornecimento de água considerado uma operação de venda, conforme bem demonstrou a ré em sua contestação, está sujeita ao pagamento de impostos sôbre operação, não lhe assistindo, pois, o direito de pedir a restituição das importâncias já pagas.

Julgo, assim, improcedente a presente ação, e condeno a autora ao pagamento das custas.

Publique-se e intime-se em audiência para hoje designada.

São Paulo, 20 de fevereiro de 1945. — *Clóvis de Morais Barros.*