

Mantendo, pois, a orientação anterior, sem embargo do autorizado dissenso dos eminentes Ministros Xavier de Albuquerque e Leitão de Abreu, conheço do recurso e lhe dou provimento.

VOTO

O Sr. Ministro Djaci Falcão (Presidente): — Trata-se de matéria constitucional, e tenho voto.

Peço vênia ao eminente Relator para acompanhar o eminente Ministro Moreira Alves, conhecendo do recurso e lhe dando provimento.

EXTRATO DE ATA

RE 81.148 — MG — Rel., Min. Xavier de Albuquerque. Recte. Estado de Minas Gerais (Adv. João Batista Antunes de Carvalho). Recdo. Helton Hugo Ladeira (Adv. Sebastião dos Reis Ribeiro da Silva).

Decisão: Pediu vista o Min. Moreira Alves, após o voto do Relator, não conhecendo do recurso. Impedido o Min. Cunha Peixoto. — Plenário, 08.10.75.

Decisão: Pediu vista o Min. Leitão de Abreu, após os votos do Min. Relator, não conhecendo, e dos Mins. Moreira Alves e Cordeiro Guerra, conhecendo e dando provimento ao recurso. — Plenário, 20.11.75.

Decisão: Pediu vista o Min. Rodrigues Alckmin, após os votos dos Mins. Relator e Leitão de Abreu, não conhecendo, e dos Mins. Moreira Alves e Cordeiro Guerra, conhecendo e dando provimento ao recurso. — Plenário, 24.3.76.

Decisão: Conheceram e deram provimento ao recurso, vencidos os Mins. Relator, Leitão de Abreu e Bilac Pinto. Votou o Presidente. — Plenário, 13.5.76.

Presidência do Sr. Ministro Djaci Falcão. Presentes à sessão os Srs. Ministros Eloy da Rocha, Thompson Flores, Bilac Pinto, Antonio Neder, Xavier de Albuquerque, Rodrigues Alckmin, Leitão de Abreu, Cordeiro Guerra, Moreira Alves e Cunha Peixoto.

Procurador-Geral da República, o Dr. Henrique Fonseca de Araújo.

Dr. Alberto Veronese Aguiar, Diretor do Departamento Judiciário.

JUSTIÇA FEDERAL

3.ª VARA FEDERAL

MANDADO DE SEGURANÇA

Proc. n.º 6.994/76

EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS — Impetrante (Adv. Dr. Antonio Carlos dos Santos Bitencourt).

DIRETOR DO 1.º DISTRITO DE FISCALIZAÇÃO DA PREFEITURA DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO — Impetrado.

MINISTÉRIO PÚBLICO (Proc. da República Dr. Saraiva Ribeiro).

DOUTOR CARLOS DAVID SANTOS AARÃO REIS — Juiz.

SENTENÇA

- Ref.: —
- I) Mandados de segurança impetrados por empresas públicas: competência dos juizes federais (art. 125, I e VII Constituição).
 - II) As empresas públicas são pessoas jurídicas de Direito Privado, estando dentre elas a ECT. Empresa pública com personalidade jurídica de Direito Público é *contradictio in terminis*.
 - III) O poder de polícia não visa apenas atividades privadas, mas também públicas, podendo ser fato gerador de taxa.
 - IV) São interpretadas estritamente tanto as normas referentes à isenção quanto as relativas à imunidade. Conceitos de imunidade e isenção.
 - V) A imunidade tributária não beneficia as empresas públicas e seus serviços, nem diz respeito a taxas.
 - VI) O art. 12 do Decreto-Lei 509/1969 confere apenas isenção à ECT, contendo erro de terminologia. Possibilidade da existência destes nas normas jurídicas.
 - VII) Isenção de impostos municipais só pode ser estabelecida por lei complementar e, de taxas, só com relação às federais.

VIII) O argumento a contrario não pode ser utilizado para criar isenção ou imunidade (art. 170 § 3.º da Constituição).

IX) A autoridade não pode interditar estabelecimento como meio de cobrar tributos.

Vistos, etc.

EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS, empresa pública federal, requereu mandado de segurança contra ato do DIRETOR DO 1.º DISTRITO DE FISCALIZAÇÃO DA PREFEITURA DO RIO DE JANEIRO, com o fim de ser reconhecida a desnecessidade de ter alvará de localização para execução de seus serviços.

Alegou que a autoridade apontada como coatora fez saber que, não tendo renovado seu "alvará de licença para localização", no prazo determinado pelo art. 156 do Código Tributário Municipal (Decreto-lei 6/75 modificado pelo de n.º 275/75), ordenava o pagamento de taxa de renovação e multa de 100%. A sanção seria a interdição da Agência Postal Telegráfica do Leblon, nesta cidade.

Argumentou a impetrante que:

1) anteriormente, por mera formalidade, requereu o alvará, "para que se cristalizasse a existência de uma unidade postal", mas não que entendesse estar sujeita a tal exigência;

2) a municipalidade tentaria exercer poder de polícia sobre suas agências;

3) o fato gerador para a imposição tributária seria o poder de polícia (art. 141, Decreto-lei 257/75);

4) no entanto, o exercício de tal poder não constituiria fato gerador de taxa, mas externaria a característica de imposto e, no caso, não haveria taxa, pois inexistiria contraprestação por serviços específicos;

5) o poder de polícia visaria controlar atividade privada (art. 78, "Código" Tributário Nacional);

6) seria inoportuno o exercício de tal poder, pelas suas atribuições, sendo responsável pelo serviço postal, que exerceria por substituição legal da União;

7) tal dever, de ordem constitucional, não poderia ser limitado, sobretudo pelos Estados e Municípios;

8) o Decreto-lei 509/69 assegurou-lhe "jurisdição em todo o território nacional". Jurisdição implicaria em dinamização, associada a localização. Assim a localização dos serviços postais já teria, **ex vi legis**, licença para funcionamento, independentemente de "sujeições externas", fora do Decreto-Lei que a criou;

R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (32), 1977

9) o art. 8.º, XVII, a fixou competência da União para legislar sobre execução dos serviços federais, matéria que não poderia ser limitada pelas unidades federadas;

10) o art. 170 § 3.º da Constituição seria aplicável **in casu**, pois "fora disso não se aplica isso";

11) seria fruto de transformação de órgão da administração direta, fugindo do Decreto-Lei n.º 200/1967 e confundindo-se com a União, mencionando opiniões a respeito;

12) estaria amparada pelo art. 12 do Decreto-Lei 509/69;

13) um órgão público não poderia exercer poder de polícia sobre outro;

14) haveria desproporcionalidade entre a mora tributária e a sanção de interdição do estabelecimento.

A petição inicial foi acompanhada dos documentos de fls. 11 (procuração) e 12 (cópias do edital, no qual constou a exigência da autoridade, sob pena de interdição, no caso de descumprimento).

Suspensão liminarmente o ato impugnado, para que a agência postal não fosse interditada (fls. 14), a autoridade apontada como coatora prestou informações (fls. 17/21). Nessas, alegou-se que:

15) a matéria seria de alta indagação;

16) a obrigatoriedade dos alvarás de licença e o pagamento do tributo correspondente constariam dos arts. 1.º do Decreto-Lei 294/70 e 141 do Decreto-lei 6/75 (com modificações do Decreto-lei 275/75);

17) a imunidade não dispensaria o pagamento de taxas;

18) segundo Hely Lopes Meirelles, os entes paraestatais sujeitar-se-iam aos tributos que incidissem sobre suas atividades privadas;

19) se a impetrante admitiu a necessidade de alvará, solicitando-o, estaria obrigada a renová-lo;

20) embora prevista a interdição no art. 159 do Decreto-Lei 6/1975, diante da falta de oportunidade da medida com relação a um estabelecimento de interesse público, foram impostas multas diárias, conforme o art. 159, II daquele Decreto-lei, sem o fechamento da agência.

O Ministério Público federal manifestou-se a fls. 22/22v., opinando pela concessão da segurança.

É o relatório.

R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (32), 1977

MANDADOS DE SEGURANÇA IMPETRADOS POR EMPRESAS
PÚBLICAS CONTRA AUTORIDADES MUNICIPAIS:
COMPETÊNCIA DOS JUÍZES FEDERAIS

Inicialmente, é preciso determinar se os juízes federais são competentes para julgamento de mandados de segurança impetrados contra autoridades municipais.

Conforme o art. 125, VIII da Constituição,

“Aos juízes federais compete processar e julgar, em primeira instância (corretamente, grau de jurisdição):

.....

VIII — os mandados de segurança contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos Tribunais federais.”

Aparentemente, portanto, como a autoridade apontada como coatora não é federal, mas sim municipal, estaria excluída aquela competência. Mas isto só em aparência.

Tenho julgado, seguidamente, que o art. 125, VIII deve ser entendido em harmonia com a regra do art. 125, I do texto constitucional, segundo a qual aos juízes federais compete julgar as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na posição (e não “condição”, que é evento incerto, mas não necessariamente futuro, o qual enfraquece um vínculo jurídico) de autoras, rés, assistentes ou oponentes, com algumas exceções (v. CC n.º 2.546, Rel. Sr. Ministro Oscar Pina, in **DJU** de 29/X/75, p. 7839, conflito por mim suscitado).

Assim como, do lado passivo, a competência dos juízes federais só é determinada se a autoridade fizer parte de uma das pessoas jurídicas enumeradas no art. 125, I, ocorre fenômeno semelhante, do lado ativo.

Se a impetrante for uma daquelas pessoas jurídicas (admitindo-se ser possível a uma entidade de Direito Público pedir mandado de segurança), ainda que a autoridade não seja federal, competente para processar e julgar o feito é o juiz federal.

A **vis atractiva** da competência dos juízes federais é a natureza da personalidade jurídica da pessoa coletiva. Se pessoa jurídica de Direito Público e federal, excepcionalmente se pessoa jurídica federal de Direito Privado, como é só às empresas públicas, serão aqueles competentes, caso contrário não serão.

A vingar interpretação diferente, chegar-se-ia a um absurdo: o juiz federal não seria competente para julgar um **writ** requerido por empresa pública contra ato de autoridade municipal.

Mas se aquela quisesse o exame, pelo Judiciário, do mesmo ato, mas através de outro meio processual (v. g., porque estivesse vencido o prazo para interposição daquela medida), competente não seria o juiz estadual, mas sim o federal.

Por estas razões, considero-me competente para o julgamento deste mandado de segurança.

A NATUREZA DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA ECT

1. Empresa pública é entidade da administração indireta, dotada de personalidade jurídica de Direito Privado, como resulta da própria definição contida no art. 5.º, inciso II do Decreto-Lei 200/1967:

“a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado”. A doutrina pronuncia-se no mesmo sentido (Hely Lopes Meirelles, **Direito Administrativo Brasileiro**, p. 307).

Este é também o ensinamento de Hans Bührer:

“As empresas públicas que adotam as formas do direito privado são submetidos, por princípio, ao direito privado”. (in “Sociedades de Economia Mista, natureza, personalidade jurídica e regime tributário”, Leopoldo Braga, **Revista de Direito da Procuradoria-Geral** do antigo Estado da Guanabara, vol. 12, p. 106).

2. Pouco importa que a impetrante seja criação ou transformação estatal. Ainda que tenha ocorrido transformação (juridicamente, certas situações surgem do nada; pense-se na aquisição originária, na qual o direito pode surgir pela primeira vez, sem ter nunca antes existido) ou sucessão isto é irrelevante.

Se a norma jurídica que transformou a impetrante fizesse referências a sucessão, apenas sucessão, nada mais, seriam aceitáveis as opiniões transcritas a fls. 7/8. Mas não foi isso que aconteceu: transformou-se a impetrante em empresa pública, que por definição legal e doutrinária é um ente de Direito Privado, como foi visto. Se a transformou em empresa pública, no que se refere à sua personalidade jurídica, não houve sucessão.

É contraditório afirmar que, embora dotada de personalidade jurídica de Direito Privado, não perdeu a impetrante sua “capacida-

de" de Direito Público (fls. 8). Ou ela é empresa pública — portanto pessoa jurídica de Direito Privado — ou é outro ente — com personalidade jurídica de Direito Público. É preciso obedecer a uma regra de lógica, quase tão antiga quanto a cultura ocidental, segundo a qual é impossível algo ser e não ser simultaneamente. Ou é ou não é: ou é ente de Direito Público ou é de Direito Privado, como empresa pública, sendo ente o caso da impetrante. Empresa pública "com personalidade de Direito Público" é uma **contradictio in terminis**.

3. A fuga do Estado para o domínio do Direito Privado acarreta, automaticamente, a regulação do funcionamento da empresa (**latu sensu**) pelo mesmo Direito Privado, observa Fritz Fleiner (in Leopoldo Braga, loc. cit. p. 106).

Prosseguindo, assinala que a escolha do Direito Privado, pelo Estado, é decisiva (o trecho cai como uma luva ao caso em discussão):

"A decisão acerca do caráter, de direito público, ou de direito privado, do serviço, implica decisão sobre o regime aplicável a todas as possíveis relações jurídicas ao mesmo concernente: aplicabilidade da legislação industrial; **necessidade de licença para o funcionamento da empresa**; obrigação de pagar o imposto sobre lucros industriais; **possibilidade de fiscalização pelo Estado**; caráter de competência jurisdicional em matéria de litígios entre o serviço e seus usuários (tribunais ordinários ou autoridades e tribunais administrativos); caráter de remuneração pelo uso do serviço (preços de direito privado ou taxas); prescrição; responsabilidade do Estado ou do Município por culpa ou negligência de seus funcionários, etc." (in Leopoldo Braga, loc. cit., p. 390, grifos meus)

4. O Estado escolheu, livremente, as formas de Direito Privado, porque reconheceu ser a melhor maneira de executar serviços Públicos, admitiu que sua estrutura já não mais comportava os novos encargos do Estado moderno (e nada obsta a que ele crie pessoas jurídicas de Direito Público para executar tais serviços, como, por exemplo, as autarquias).

É contraditório e absurdo que o Estado, depois de escolher o Direito Privado, por julgá-lo mais adequado às suas necessidades, pretenda ainda manter algumas características de Direito Público.

Como observa Treves, entidade tais não podem ser públicas para alguns fins e privadas para outros ("non potendo un ente essere público per alcuni effetti, e privado per altri", in trabalho citado de Leopoldo Braga, p. 229), ou seja, não podem gozar dos benefícios

do Direito Privado, sem suportar seus ônus. Caso contrário a igualdade — princípio basilar da ordem jurídica ocidental — estaria irremediavelmente comprometida. Não é possível gozar, ao mesmo tempo, dos benefícios do Direito Privado e do Direito Público: **ubi emolumentum, ibi onus**.

5. Nesta matéria, a forma não é determinada pela matéria, o conteúdo não molda o continente, pelo contrário. As consequências jurídicas derivam das formas escolhidas pelo Estado, se de Direito Público ou Privado.

"Questo criterio meramente formale é sufficiente anche nei casi in cui sia incerta la norma da applicare",

escreve Giovanni Miele (in Leopoldo Braga, loc. cit., p. 104). Se o Estado criou empresas públicas para exercer seus serviços, elas em tudo se submetem ao Direito Privado, pois ele "a voulu devenir chef d'entreprise; la entreprise lui impose peu à peu sa loi" (Jacques Jacquignon, loc. cit., p. 105/106).

E nem se afirma que a forma é secundária, diante do conteúdo, pois o Direito é forma, como define Stammler, "la regulación jurídica es la forma de la vida social" (**Economía y Derecho**, trad. espanhola de **Wirtschaft und Recht**, p. 151, v. também cap. 2 Livro II — Forma e matéria — cap. 1, Seção 3.^a do Livro III — Relação entre a regra e o regulado).

— III —

PODER DE POLÍCIA E ENTIDADES PÚBLICAS

O conceito de poder de polícia, encontrado no art. 78 da Lei 5.172/1966, é o seguinte:

"Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a 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, a tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos."

Embora casuístico e pouco preciso (e até algo bizarro, pois não existem "direitos da coletividade", mas sim direitos de indivíduos que a compõem, ela não é uma entidade metafísica com existência e vontade próprias), como aliás, de modo geral, são as definições a respeito, não está nele referência apenas às atividades privadas (como quer a impetrante).

Entendo, portanto, que uma entidade pública pode exercer poder de polícia sobre outra e a opinião em contrário é fruto de um preconceito.

Não poderia basear-se no princípio de presunção de legitimidade dos atos da administração pública, porque esta é uma noção incorreta (Hans Kelsen mostrou a sua falsidade, como preceito geral não estabelecido pela ordem jurídica, v. **Teoria Geral del Estado**, trad. espanhol no México de **Allgemeine Staatslehre**, p. 114/115)

Também não poderia fundar-se na idéia de exclusividade federal do poder de polícia porque este, nos Estados federais, também é exercido pelas unidades federais e pelos municípios.

Em princípio, historicamente, o poder de polícia foi exercido relativamente aos direitos privados, através da atividade administrativa, conciliando-os. No entanto, desde que o Estado aumentou as suas atividades, antes restritas, não houve mais razão para que estas também não pudessem ser policiadas, seja por outros órgãos estatais, seja por outras pessoas jurídicas, de Direito Público, em uma Federação.

Assim, uma agência postal não pode ser instalada em qualquer lugar. Seria pelo menos estranho que o fosse, por exemplo, em uma praça pública, em desobediência às posturas municipais. Se, eventualmente, violar dispositivos da legislação trabalhista, está sujeita às multas nela previstas. Se o seu funcionamento implicar ruídos que perturbem os vizinhos, em barulho ou em poluição sonora (nova expressão para o incômodo), a autoridade municipal não fica inibida de aplicar-lhe a legislação que protege o silêncio. Se as viaturas da impetrante estacionarem em locais proibidos, está ela sujeita às penalidades previstas na legislação própria.

Enfim, ainda que a impetrante exerça uma atividade pública, pode ser policiada, inclusive pelas autoridades municipais, no âmbito de suas atribuições.

É um absurdo pretender a impetrante estar acima de limitações e disciplina. A vingar sua tese, o Poder Judiciário não poderia apreciar seus atos. Tanto ela como a União estão sujeitos a limites e disciplina pela ordem jurídica: ninguém está acima desta.

Sujeita portanto ao poder de polícia municipal (no âmbito de atribuições do Município), e não havendo qualquer disposição no Decreto-Lei 509/1969 a respeito, a ECT não tem qualquer licença **ex vi legis** para prestar seus serviços, sem submeter-se à legislação municipal.

PODER DE POLÍCIA E TAXA

Ainda que se sustente, doutrinariamente, que o exercício do poder de polícia constitui fato gerador de imposto, não de taxa, o art. 77 da Lei 5.172/1966 dispõe em sentido contrário, **verbis**:

“As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição” (os grifos são meus).

Diante do texto legal, não há mais como discutir a respeito, a não ser **de lege ferenda**. O poder de polícia constitui fato gerador de taxa

INTERPRETAÇÃO DE NORMAS RELATIVAS A IMUNIDADE E ISENÇÃO TRIBUTÁVEIS

1. O Direito tem a finalidade de disciplinar as relações sociais, de uma maneira genérica e abstrata. Constitui-se um sistema, com princípios fundamentais, idéias diretas e pressupostos lógicos.

No entanto, uma “utilidade particular social” (De Ruggiero, **Instituições de Direito Civil**, I, p. 54) pode afastar a norma daqueles princípios, sacrificando-os e trazendo uma interrupção das consequências lógicas da regra jurídica geral, regular, uma anormalidade ditada por razões peculiares de conveniência (Ferrara, **Trattato di Diritto Civile Italiano**, p. 87).

As normas jurídicas de tal natureza formam o chamado Direito Singular, em contraste com o Direito Regular. Consistem em um direito no qual os princípios fundamentais não são aplicados com todas as suas consequências, em virtude de uma **utilitas** que aconselha tal desvio (Ruggiero, ob. cit., I, p. 55, Ferrara, ob. cit., p. 86: a **utilitas** também determina o Direito Regular, mas no Direito Singular sofre especial acentuação), que está em contradição com os princípios do Direito Regular (Windscheid, **Lehrbuch des Pandektenrechts** § 29, p. 66, 3.^a ed.).

Contemporaneamente, embora admita-se a interpretação extensiva de normas de Direito Singular, vê-se com reservas a aplicação da analogia ao **jus singulare**.

Com efeito, se o legislador não estendeu a uma situação a norma jurídica, esta permanece regulada pelo Direito Regular, o intérprete não pode a ele substituir-se. Só o legislador é competente para derogar os princípios do sistema (Ferrara, ob. cit., p. 89, que não admite analogia no **jus singulare**, ob. cit., p. 88, 89 e 90).

Mesmo os que a aceitam, o fazem sob grandes reservas: só seria possível quando o Direito Singular formasse um sistema orgânico (Ruggiero, ob. cit., I, p. 58) ou quando fosse relativamente excepcional (Coviello, **Manuale di Diritto Civile Italiano**, § 28, p. 85 e 83).

2 O art. 111 da Lei 5.172, de 23 de outubro de 1966 (o chamado "Código" Tributário Nacional, com impropriedade terminológica quanto ao primeiro termo) contém uma norma jurídica de interpretação, segundo a qual "interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

- I — suspensão ou exclusão do crédito tributário;
- II — outorga de isenção;
- III — dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias."

Em mais de uma ocasião, critiquei tal norma (sentenças em embargos à execução, proc. 6.068/74 da 2.^a Vara Federal, in D.O. Parte III, p. 2.773/2.775, de 17/II/75 e em ação ordinária, proc. 9.046/75 da 3.^a Vara Federal).

A censura foi dirigida à denominada interpretação "legal" ou "autêntica", entendendo que não se trata, realmente, de interpretação, constituindo-se em meio disfarçado de impedir a livre e independente investigação do sentido da norma pelo juiz. Inconveniente é a transformação de um preceito doutrinário em norma jurídica.

Em si mesmo, o princípio está cientificamente correto, sendo consagrado doutrinariamente (v. Amílcar de Araújo Falcão, **Fato, Gerador da Obrigação Tributária**, n.º 37, p. 135).

Trata-se de uma aplicação ao Direito Tributário do princípio civilista, segundo o qual não é possível interpretar analogicamente normas de Direito singular (ou excepcional), como foi visto.

3. Parece-me, no entanto, **data venia**, que o preceito não abrange apenas a isenção, mas também a imunidade.

Embora bem conhecida a distinção entre estes dois fenômenos, algumas considerações a respeito deles são necessárias para fundamentar o argumento.

Entende-se que são diferentes os conceitos de incidência, não incidência, de imunidade e de isenção.

No primeiro caso, há um fato gerador (o qual nada mais é que o **Tatbestand** dos alemães ou **fattispecie** dos italianos, sobre o preciso conteúdo deste segundo termo — e sua origem —, v. Emilio Betti, **Teoria Geral do Negócio Jurídico**, trad. portuguesa v. 1, p. 17, nota 2), a sua existência produz a obrigação tributária.

No segundo caso, o **Tatbestand** não chega a constituir-se, inexistindo pois aquela obrigação.

Já na isenção, existe fato gerador, há incidência, mas por razões não jurídicas, a obrigação tributária é inexigível. A sua exigibilidade fica latente. Aliás, a isenção é apenas uma transposição para o Direito Tributário (tal como no Direito do Trabalho ocorre na "suspensão do contrato") do fenômeno da latência de relações jurídicas (v. Windscheid, ob. cit., v. I, p. 153 § 65 a, 3.^a ed., referido com mais detalhes em despacho no proc. 2.934/74 da 6.^a Vara Federal, DO P. III de 3/III/1975, p. 3.643/3.644).

Entende-se que a imunidade é uma espécie de não incidência, mas

"forma qualificada ou especial, por supressão, na Constituição, da competência impositiva ou do poder de tributar, quando se configuram certos pressupostos, situações ou circunstâncias previstas pelo estatuto supremo",

Observa Amílcar Falcão (ob. cit., p. 130, n.º 37, v. Pontes de Miranda, **Comentários à Constituição de 1967**, t. II, p. 407/408 sobre a distinção entre isenção e imunidade).

A mesma **ratio** que existe para determinar uma interpretação estrita da isenção, existe com relação à imunidade. Não é esta uma espécie qualquer de não incidência. É qualificada ou especial porque, **em princípio, em tese**, seria lógico que a Constituição não estabelecesse qualquer imunidade. Se o fez, é excepcionalmente, assim, também como por exceção é que cria isenção.

Não incidência simples e imunidade são situações diferentes, que precisam ter um tratamento interpretativo também diverso.

O que Pontes de Miranda escreveu a respeito da proibição de tributar sem norma jurídica prévia, aplica-se à interpretação das regras de imunidade: "Não se pode, por meio da analogia, ou de argumentos lógicos, estender o que se editou nas leis. O entendimento é rígido e estrito" (p. 398, t. II, **Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n.º 1 de 1969**).

A propósito, escreve Leopoldo Braga:

"A aludida imunidade é norma de direito excepcional, por sua natureza mesma de exceção à regra geral da universa-

lidade do imposto — dominante não só no direito brasileiro, mas em todas as ordenações jurídicas do mundo moderno... daí se segue, necessariamente, que qualquer preceito — legal ou constitucional — que lhe faça brecha, que lhe abra ressalvas, com o estabelecer franquias tributárias (quer se trate de simples isenção, quer de imunidade), criando, assim, situações especiais ou privilegiadas em benefício ou consideração de certas e determinadas pessoas (privadas ou públicas, não importa), constitui exceção àquela regra geral e, pois, configura matéria de direito excepcional”, devendo pois, as regras relativas à imunidade, serem interpretadas estritamente (loc. cit., p. 476 e 226: no mesmo sentido, Carlos Maximiliano, mencionado a p. 479).

— VI —

IMUNIDADE TRIBUTARIA E A ECT

1. Imunidade e Serviços da ECT

Admitindo-se que o tributo exigido da impetrante seja imposto, como quer ela, não tem qualquer imunidade.

Segundo o art. 19 da Constituição,

“É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

.....

III — instituir imposto sobre:

a) o patrimônio, a renda ou os serviços uns dos outros;

.....

§ 1.º — O disposto na alínea a do item III é extensivo às autarquias, no que se refere ao patrimônio à renda e aos serviços vinculados às suas finalidades essenciais ou dela decorrentes

Não ocorre a hipótese do art. 19, III, a porque o serviço não é da União, mas sim da impetrante, que tem personalidade própria e distinta de Direito Privado. É impossível confundir as duas pessoas jurídicas.

Nem se diga que os serviços postais são exercidos por uma espécie de “delegação” ou que a impetrante os exerceria em nome da União.

O serviço postal seria da União (art. 8.º, XII da Constituição), mas quem o executa e controla é a ECT, conforme o art. 2.º, inciso I do Decreto-Lei n.º 509/1969.

A União não quis exercer por si mesmo os serviços postais, criando uma empresa pública e a ela atribuindo o seu exercício, portanto esta o exerce em seu próprio nome e por sua própria conta. Caso contrário, para que criar uma pessoa jurídica até com personalidade jurídica de Direito Privado?

Acontece, aqui, o mesmo que na concessão. Embora o serviço concedido seja público, o concessionário o exerce por sua própria conta e em seu nome, nem por isso perdendo sua personalidade jurídica de Direito Privado. (v. “Concessão de serviço público e sua natureza jurídica. Mandado de Segurança contra concessionária”, Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto, in **Revista de Direito da Procuradoria-Geral** do antigo Estado da Guanabara, vol. 18, 1968, p. 23, 29, 32 e 33, mencionando a lição de Bielsa).

A ser verdade que o serviço seria da União, esta é que seria parte passiva nos pleitos contra a impetrante. Isto contrariaria a própria intenção federal, ao criar uma pessoa jurídica para executar o serviço. Não acredito desejar ela aquela consequência.

Ainda que a ECT seja delegatária da União, tem personalidade jurídica distinta dela, continua sendo empresa pública e com personalidade jurídica de Direito Privado, dado que

“os poderes públicos delegados não transmudam o ente privado em órgão público”,

como escreve Hely Lopes Meirelles (**Autarquias e entidades para-estatais**, in Leopoldo Braga, loc. cit., p. 240, mencionando, no mesmo sentido, Seabra Fagundes).

2. Imunidade e empresas públicas

Da mesma maneira, não ocorre a outra hipótese de imunidade, pois a impetrante é uma empresa pública e não uma autarquia. É desnecessário insistir na diferença entre as duas espécies de pessoas jurídicas, basta verificar o art. 5.º do Decreto-Lei 200/1967, com a redação do Decreto-Lei 900/1969. Enquanto a autarquia é pessoa jurídica de Direito Público, é o próprio Estado descentralizado, a empresa pública é pessoa jurídica privada.

3. Imunidade e taxas

Considerando-se entretanto, que o tributo em questão seja uma taxa, e não imposto, também não goza a impetrante de qualquer imunidade.

Esta só diz respeito a **impostos**, não a **taxas**, como está no próprio texto constitucional já transcrito.

A respeito, observa Pontes de Miranda:

“O art. 19, III refere-se a imposto, não a taxas ... Não são imunes a taxas de origem federal, ou estadual, os Municípios, nem as taxas federais, ou municipais, os Estados-membros, **nem às taxas estaduais ou municipais, a União**” (loc. cit., p. 407, “o direito a imunidade é absoluto, mas só concernente a impostos”, p. 413. Os grifos não são do original).

Se a própria União, pessoa jurídica de Direito Público, não está imune a taxas municipais, com muito mais razão não o estão as empresas públicas, pessoas jurídicas de Direito Privado.

— VII —

O ART. 12 DO DECRETO-LEI N.º 509/1969

1. De acordo com o art. 12 do Decreto-Lei 509 de 20 de março de 1969, que dispôs sobre a transformação do Departamento de Correios e Telégrafos em empresa pública,

“A ECT gozará de isenção de direitos de importação de materiais e equipamentos destinados aos seus serviços, dos privilégios concedidos, à Fazenda Pública, quer em relação à imunidade tributária, direta ou indireta, impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, quer no concernente a foro, prazo e custas processuais.”

2. Imunidade e Constituição

No entanto, a imunidade tributária é **somente** aquela prevista no texto constitucional. Nenhuma outra norma jurídica pode criar imunidades.

E isto exatamente porque ela está prevista na Constituição. Se fosse possível à norma jurídica de categoria inferior criar outras hipóteses de imunidade, que não aquelas constitucionalmente estabelecidas, a sua enumeração não seria minuciosa, como é. Bastaria que houvesse um preceito genérico a respeito, deixando-se à legislação comum a tarefa de criar e disciplinar novas hipóteses. Mas não é isto que ocorre. A Constituição enumera **exaustiva e**

taxativamente os casos de imunidade, conseqüentemente não podem existir outros além dos que dela constam.

Desta maneira, o art. 12 do Decreto-Lei 509/1969 não poderia conferir imunidade a uma empresa pública porque, na Constituição, as empresas públicas dela não gozam.

3. O erro terminológico contido na norma

Para que a norma mencionada não seja considerada inconstitucional, é preciso entender, que houve um erro terminológico e, onde se lê “imunidade”, deve-se ler apenas “isenção”.

Saliente-se, aliás, que é possível conter a norma jurídica erros daquela espécie.

Há uma crença generalizada de que o legislador seja sábio e coerente. Não cometeria erros, muito menos os jurídicos, não incidiria em redundâncias, em repetições.

Herdada, provavelmente, do iluminismo setecentista, teve sua razão de ser, especialmente quando o técnico em Direito elaborava a legislação, orientando-se por um sistema conceptual jurídico já acabado. Atualmente, quando as leis não são mais sempre elaboradas pelos juristas, os equívocos se multiplicam, em especial por escasso controle da terminologia jurídica. Tornam-se freqüentes os erros desta espécie, bem como os de conceptualização.

A este respeito, escreve Philip Heck que as palavras da lei, quando errôneas, não vinculam:

“As pessoas que intervieram na sua elaboração enganaram-se inconscientemente na redação que lhe deram. Estavam integradas num conjunto de pensamentos e considerações objetivas e, por isso, ao formularem os preceitos, partiram de pressupostos que não foram comunicados no leitor...”

Cabe ao magistrado a correção, dado que

“Os erros de expressão não impedem, porém, que o juiz, apesar disso, reconheça plenamente os pensamentos reais dos homens que legislaram, quer pelo contexto da lei, quer pela posição dos interesses ou pelos trabalhos preparatórios.” (P. 126 e 150/151. **Interpretação da Lei e Jurisprudência dos Interesses**, trad. portuguesa de **Gesetzesauslegung und Interessen jurisprudenzen**, 1948.

No mesmo sentido, Alf Ross, **Diritto e Giustizia**, trad. italiana de **On Law and Justice**, p. 126, § 26, onde está mencionado um erro na Constituição dinamarquesa de 1920, p. 123).

Por isto, certas expressões convencionais como “o juiz não corrige a lei” ou “não a julga” são falsas, se tomadas em sentido amplo ou absolutamente (não é só na Economia que existe a “saboria convencional”, referida por J. K. Galbraith em **The Affluent Society**, mas também no Direito).

— VIII —

ISENÇÃO TRIBUTARIAS E A ECT

1. Isenção e impostos

Fixado que a expressão “imunidade”, constante do art. 12 do Decreto-Lei 509/1969, é errônea e só pode ser entendida como “isenção”, deve-se verificar se esta exclusão do crédito tributário poderia alcançar tributos municipais.

Sempre seguindo a argumentação da impetrante, de que o tributo exigido é imposto e não taxa, o resultado a ela é desfavorável.

E isto porque, nos termos do art. 19 § 2.º da Constituição,

“A União, mediante **lei complementar** e atendendo a relevante interesse social ou econômico nacional, poderá conceder isenção de impostos estaduais e municipais” (o grifo é meu).

Ora, não há nenhuma lei complementar, concedendo isenção de impostos municipais à ECT, mas apenas um decreto-lei, insuscetível de estabelecê-la. Desta maneira, a isenção estabelecida no art. 12 do Decreto-Lei 509/1969 deve ser compreendida como referente a impostos federais, mas não estaduais ou municipais.

2. Isenção e taxas

Considerando-se, no entanto, que o tributo exigido da ECT é taxa e não imposto, também é devido pela impetrante.

A isenção prevista no já mencionado art. 19 § 2.º da Constituição, só diz respeito a impostos, não a taxas (sempre sendo ele interpretado restritivamente). Portanto, nem por lei complementar poderia ser estabelecida a isenção de taxas estaduais ou municipais, menos ainda por decreto-lei. Neste sentido, o também já referido art. 12 do Decreto-Lei 509/1969, só poderia ser entendido como referindo-se a taxas federais, mas não estaduais ou municipais.

— IX —

O ART. 170 § 3.º DA CONSTITUIÇÃO

1. O art. 170 § 3.º da Constituição dispõe o seguinte:

“A empresa pública que explorar atividade não monopolizada ficará sujeita ao mesmo regime tributário aplicável às empresas privadas”.

Trata-se, agora, de saber se tal norma cria, por si mesma, imunidade ou isenção tributária para a impetrante.

2. A moderna teoria da interpretação não mais aceita como absoluta a parafernália de provérbios latinos, um dos quais quer valer-se a impetrante (v. Betti, **Interpretazione della legge e degli atti giuridici**, p. 177, ed. de 1949).

Desta maneira, o brocardo “fora disso não se aplica isso” ser eia invocado, não poderia ser utilizado na interpretação do art. 170 § 3.º acima transcrito.

Ainda que tal dispositivo fosse interpretado **a contrario sensu**, não se obteria melhor resultado para a impetrante.

3. Confrontando o argumento **a contrario** com a chamada interpretação extensiva, observa Ferrara que a segunda se aplica quando o legislador quis dizer mais, embora tenha dito menos e o intérprete visa a revelar em toda a sua integridade o pensamento inexatamente expresso. Já o primeiro é um meio de desenvolvimento da lei,

“vuole ricavare un pensiero **nuovo** non espresso, in antitesi a quello posto per il caso regolato, una **seconda** norma **con contenuto contrario** a quello formulato dala legge” (**Trattato di Diritto Civile Italiano**, n.º 49, p. 224, grifos da edição italiana).

4. Admitindo-se que o tributo em debate seja imposto, da norma do art. 170 § 3.º da Constituição não poderia inferir-se qualquer imunidade para as empresas públicas, porque esta é só aquela constante do art. 19 da Constituição e nenhuma mais. E, por outro lado, seria impossível interpretar aquele preceito **a contrario**, porque estabelecer-se-ia uma segunda norma, com conteúdo contrário ao princípio genérico de que as empresas públicas não monopolizadas sujeitam-se ao mesmo regime tributário aplicável às empresas privadas, e as normas relativas à imunidade também devem ser interpretadas restritivamente.

Do mesmo modo, não poderia conter o artigo mencionado qualquer isenção quanto a impostos municipais, dado que só lei complementar pode criá-la, como já foi visto, nunca a interpretação a contrario.

Assinale-se, aliás, que se entender-se tratar-se o tributo de taxa e não imposto, não poderia, igualmente, haver nem imunidade (porque só referente esta a imposto), nem isenção (porque esta é sempre interpretada restritivamente, não sendo possível criá-la sem expressa previsão legal).

5. Saliente-se, finalmente, que é obsoleta e idéia de que os entes, mesmo públicos, não sejam passíveis de tributação, e, mais ainda, que as empresas monopolizadas também o sejam.

Raymond Malézieux noticia que serviços públicos franceses monopolizados (como cunhagem de moedas ou exploração de jornais oficiais) são exercidos através de empresas privadas, sujeitas ao regime tributário comum (in Leopoldo Braga, loc. cit., p. 409).

A JURISPRUDÊNCIA AMERICANA SOBRE IMUNIDADE

Em matéria de imunidade, é frequente a menção de decisões judiciais da Suprema Corte americana e da jurisprudência lá desenvolvida.

As referências devem ser tomadas com cautela, por várias razões.

Em primeiro lugar, a natureza do Direito Anglo-Saxão, do qual deriva o Direito Americano, é diferente daquela dos Direitos de fundo romano-germânico. Enquanto no primeiro o precedente judicial tem uma função decisiva (pelo menos retoricamente), nos segundos, o primado é da norma jurídica. Concepções, métodos e até raciocínios jurídicos são diferentes, o que impõe cuidado nas importações jurídicas — geralmente supérfluas.

Por outro lado, a divisão entre Direito Privado e Direito Público, fundamental nos ordenamentos jurídicos romano-germânicos é desconhecida no Direito Anglo-Saxão, em que as categorias básicas são **common law** e **equity** (v. René David, **Les Grands Systèmes de Droit Contemporains**, 3.^a ed., p. 344, n.º 296). No Direito Brasileiro, em que há pessoas jurídicas de Direito Público e de Direito Privado, com conseqüências relevantes derivadas da natureza da personalidade jurídica, seria inútil tentar introduzir espécies jurídicas saxônicas.

Finalmente, a jurisprudência da Suprema Corte tem evoluído desde as primeiras resoluções (demonstração que o sistema de precedentes judiciais não é estático, circunstância pouco compreendida no Brasil).

A doutrina da imunidade, nos Estados Unidos, nasceu a partir de decisão famosa, em que o **Justice Marshall** afirmou que **the power to tax involves the power to destroy**.

Atualmente, reputa-se a célebre frase mais como força de expressão (un **seductive cliché**, como denominou o **Justice Frankfurter**, v. Leopoldo Braga, loc. cit., p. 283) do que como preceito jurídico.

Charles Beard mostrou como a modificação jurisprudencial conduziu a noções diferentes (e a transcrição aplica-se quase literalmente à controvérsia nestes autos):

“Entretanto, a doutrina estrita estabelecida por Marshall foi modificada para significar simplesmente que os Estados da Federação não podem interferir em uma instrumentalidade (**instrumentality**) federal de modo a atingir sua eficiência no desempenho de uma função para que fora prevista. Um Estado da Federação, por exemplo, não pode tributar a renda de títulos federais, pelo menos até aqui, **mas pode tributar edifícios e outros bens imóveis de um banco nacional instituído pelo Governo Federal**” (in Leopoldo Braga, loc. cit., p. 282/283, grifos meus).

Naquela Suprema Corte, discutindo-se a pretensão de companhia a serviço do governo, **exercendo serviço postal** (melhor exemplo não existiria), decidiu-se que não estava ela protegida pela imunidade tributária. Afirmou-se que as limitações e proibições ao poder de tributar não deveriam ser ampliadas ao ponto de destruírem os poderes necessários da unidade federada (pois o poder de isentar, ou tornar imune, na esfera da competência tributária alheia também envolve o poder de destruir, como assinala Leopoldo Braga, loc. cit., p. 286 e 289).

INTERDIÇÃO DE ESTABELECIMENTO COMO MEIO PARA COBRANÇA DE TRIBUTOS

Não há liberdade sem responsabilidade. A primeira sem a segunda é licenciosidade.

Por esta razão, se as atividades são livres, quem as exerce deve suportar as conseqüências. E, assim, justifica-se impedir uma delas se tornar-se nociva ou inconveniente. A fábrica, que polui o ar, pode ser fechada para proteger a saúde dos cidadãos; pode-se impedir a atividade marítima, se do navio é lançado óleo ao mar, sujando as praias e afetando a fauna; o clube, que perturba o sossego dos vizinhos com ruídos de festas, pode ser compelido a não realizá-las.

Portanto, admite-se que um estabelecimento seja interditado, que uma atividade seja proibida, se ela mesma, se o próprio estabelecimento causam prejuízos à comunidade.

Mas não é possível impedir uma atividade ou fechar um estabelecimento para alcançar outra finalidade. Não é admissível que a interdição seja utilizada como meio de obrigar o contribuinte a pagar tributos, porque seria uma sanção indireta, estar-se-ia vedando uma atividade exercida sem qualquer nocividade.

Interditar a atividade do contribuinte moroso seria uma sanção incongruente com o dever jurídico violado.

Assim, entendo que a autoridade apontada como coatora não pode interditar a agência postal da impetrante, pelo descumprimento de obrigações tributárias.

Note-se que a sanção de interdição da agência não seria aplicada porque a impetrante não tinha alvará de localização, mas sim pela falta de pagamento de tributos. Ainda que se entendesse implicar o não pagamento destes em falta de licença para localização, mesmo assim seria impossível impor a sanção. É isto porque, antes dela, a mais grave, devem ser impostas outras, mais leves.

Reconheço, no entanto, menos o direito e mais o dever da autoridade de impor outras sanções, previstas na legislação municipal e mesmo federal, inclusive indiretas, para compelir a impetrante ao pagamento do tributo devido.

Admito, pois, possa declará-la devedora remissa, com ela não contratar (a respeito da legitimidade das sanções chamadas equivocadamente de "políticas", v. sentença no mandado de segurança n.º 17.503/76, de 4/III/1977, nesta 3.ª Vara Federal), impor-lhe multas diárias, etc.

Mas, pelas razões já expostas, não poderá a autoridade interditar a agência. Apenas pela tal, portanto, é concedida a segurança.

— XII —

O CONCEITO DE JURISDIÇÃO E ÓRGÃOS ADMINISTRATIVOS

A impetrante também não tem qualquer "jurisdição".

Jurisdição é aplicação do direito objetivo a uma pretensão (J Frederico Marques, **Instituições de Direito Processual Civil**, I, n.º 120, p. 276) e é monopólio do Poder Judiciário.

O que realmente caracteriza a jurisdição é o fato de ser atividade de terceiro, de alguém estranho ao conflito, de agir o juiz em causa alheia, enquanto que a administração age em causa própria, pouco importando se trate de uma substituição necessária ou apenas contingente, escreve Hélio Tornaghi (p. 228/229, **Instituições de Processo Penal**, II), que assinala:

"A jurisdição é específica. Por isso, pode falar-se em competência do Ministério Público, do Chefe de polícia, do

guarda-noturno. Mas seria um pouco estranho aludir-se à jurisdição do mata-mosquito" (loc. cit., p. 401)

Um dos erros de terminologia jurídica mais elementares é o de atribuir jurisdição a meros órgãos administrativos. A ETC distribui correspondência e transmite telegramas, mas isto não implica em jurisdição.

— XIII —

Cumpra notar que o MM. Juiz Federal da 2.ª Vara, Dr. Elmar Wilson de Aguiar Campos, no mandado de segurança n.º 6.240, daquela Vara, negou a segurança em caso similar, observando que

"a impetrante, que se diz a própria União Federal em certos casos, não reconhece à Justiça Federal qualquer imunidade tarifária nos seus serviços, embora tenha pretendido isentar-se do pagamento de custas processuais em atos de sua iniciativa, usando os mesmos argumentos.

Ora, não é admissível que o Poder Público federal, agindo isoladamente, determine a isenção de tributos estaduais para esta ou aquela empresa sua.

Há uma área de atribuições bem definida, como há também, uma forma legal que não deverá ser abandonada, ainda que estejam em jogo interesses públicos federais, estaduais ou municipais".

DISPOSITIVO

Por estas razões, CONCEDO EM PARTE A SEGURANÇA,

1. determinando ao Diretor do 1.º Distrito de Fiscalização da Prefeitura do Rio de Janeiro que não interdite a Agência Postal e Telegráfica da impetrante, localizada no Leblon,

2. mas reconhecendo a obrigação da impetrante em ter alvará de licença para localização e, conseqüentemente, a exigibilidade, pelo Município, dos tributos a ele relativos e das obrigações acessórias respectivas, inclusive taxa de renovação, multas pelo não recolhimento no prazo e diárias.

3. com fundamento no art. 12 § único da Lei 1.533/1951, com redação dada pelo art. 1.º da Lei 6.071/1974, submeto esta sentença ao duplo grau de jurisdição.

P.R.I. e comunique-se

Remetam-se os autos ao Tribunal Federal de Recursos, vencido o prazo para interposição de recurso.

Rio de Janeiro, 18 de março de 1977. — **Carlos David Santos Aarão Reis**, Juiz Federal Substituto em exercício pleno na 3.ª Vara.