

conclusões do simpósio de Curitiba, sobre Direito Processual. Numa das suas conclusões, ficou estabelecido que compete ao julgador determinar a intervenção do Ministério Público, quando reconhecer a existência de interesse público, que não deflui apenas do fato de ser parte na causa uma pessoa jurídica de direito público.

EXTRATO DA ATA

RE 86.328-1-PR — Rel. Min. Décio Miranda. Rectes. Walter de Biaggi, sua mulher e outros (Adv. Drª M. Aparecida Souza e Silva). Recdo. Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Paraná (Adv. João Gualberto Pinheiro Júnior).

Decisão: Conhecido e provido nos termos do voto do Ministro Relator. Unânime. — 2ª T., 13.11.79.

Presidência do Sr. Ministro Djaci Falcão. Presentes à sessão os Srs. Ministros Cordeiro Guerra e Décio Miranda.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Moreira Alves.

Subprocurador-Geral da República, o Dr. Mauro Leite Soares. Dr. Hélio Francisco Marques — Secretário da Segunda Turma.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 90.810-2-RJ PRIMEIRA TURMA

Relator : O Sr. Ministro Cunha Peixoto
Recorrente : C.R. Almeida S.A. — Engenharia e Construções
Recorrida : Prefeitura Municipal de Nova Iguaçu

Isenção Tributária — ISS.

As empreiteiras de uma sociedade de economia mista não se enquadram na isenção disciplinada pelo art. 11 do Decreto-Lei nº 406/68. Assim, não sendo a Petrobrás concessionária de serviço público, mas sociedade de economia mista, seus empreiteiros não se beneficiam dos favores do aludido dispositivo.

Recurso extraordinário conhecido, mas desprovido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 24 de abril de 1979

Thompson Flores
Presidente

Cunha Peixoto
Relator

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Cunha Peixoto: — O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, confirmando a sentença de primeiro grau, denegou mandado de segurança impetrado por C.R. Almeida S.A. — Engenharia e Construções, que, por empreitada, executou, para a Petrobrás, a construção de oleoduto entre o terminal marítimo de Angra dos Reis e a Refinaria Duque de Caxias, com o objetivo de eximir-se do pagamento do imposto sobre serviços cobrado pela Prefeitura de Nova Iguaçu, em cujo território a construtora instalara seu canteiro de obras.

O pedido de segurança fundara-se na isenção do referido imposto assegurado à execução de obras com concessionárias de serviço público (art. 11 do Dec-Lei nº 406/68) e na isenção genérica do art. 23 da Lei nº 2.004, de 1953, que dispôs sobre a Política Nacional de Petróleo e instituiu a Petrobrás, isenções estas reconhecidas por acórdãos do Tribunal de Justiça do Paraná e do Supremo Tribunal Federal.

O acórdão, acolhendo a defesa da impetrada, denegou a segurança, sob a consideração de não ser a Petrobrás, contratante da obra, concessionária de serviço público, mas sim empresa privada que executa serviços pertinentes ao monopólio estatal do Petróleo, incorporados ao seu patrimônio por força do art. 10 da citada Lei nº 2.004/53.

Irresignada, C.R. Almeida S.A. — Engenharia e Construções interpôs recurso extraordinário, com fundamento nas letras "a" e "d" do permissivo constitucional, apontando como violados os arts. 43, da Lei nº 2.004, e 11, do Dec-Lei nº 406/68, bem como dissídio jurisprudencial.

É o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro Cunha Peixoto (Relator): 1. O recurso extraordinário assenta nas letras "a" e "d" do permissivo constitucional, com alegação de negativa de vigência do art. 11 do Dec-Lei nº 406/68 e dissídio jurisprudencial.

2. A controvérsia está positivada. O aresto recorrido não admitiu a isenção tributária relativa à execução de obras hidráulicas ou de construção civil por administração ou empreitada, por considerar que a empresa Contratante — Petróleo Brasileiro S.A. — não é concessionária de serviço público, mas uma sociedade de economia mista, *verbis*:

"Isenção tributária. São de interpretação restritiva as normas legais que as estabelecem. Ainda não assentada de forma definitiva, em relação à Petrobrás S/A, sua condição de concessionária de serviço público, não se justifica reconhecer em favor dos empreiteiros que para ela executam obras, isenção do imposto sobre serviços, com injustificável lesão aos interesses dos municípios em que tais obras se realizam" (fls. 160).

Todavia, no RE nº 78.900-BA, esta egrégia Primeira Turma, tendo como relator o eminente Ministro Bilac Pinto, proclamou:

"Imposto sobre serviços de qualquer natureza. Dele está isenta a execução, por empreitada, de obras de construção civil contratadas com a Petrobrás, empresa concessionária de serviço público. Aplicação do art. 11 do Dec-Lei nº 406/68" (RTJ 77/259).

2. O art. 11 do Dec-Lei nº 406/68 estatui:

"A execução, por administração, empreitada e subempreitada, de obras hidráulicas ou de construção civil, e os respectivos serviços de engenharia consultiva, quando contratados com a União, Estados, Distrito Federal, Municípios, Autarquias e empresas concessionárias de serviços públicos, ficam isentos do imposto a que se refere o artigo 89."

E o art. 89 reza:

"O imposto de competência dos Municípios, sobre serviços de qualquer natureza, tem como fato gerador a prestação, com ou sem estabelecimento fixo, de serviço constante da lista anexa."

E, no nº 19 da lista, consta como fato gerador do ISS, a

“Execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de construção civil de obras hidráulicas e outras obras semelhantes, inclusive serviços auxiliares ou complementares (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador dos serviços), fora do local da prestação dos serviços, que ficam sujeitas ao ICM.”

4. A Lei Complementar nº 22, de 09 de dezembro de 1974, estabeleceu uma isenção fiscal para as aludidas atividades nos casos mencionados, não levando em conta, para sua eficácia, a pessoa relacionada a tais pressupostos. O legislador atentou, para concessão do benefício, não para o prestador de serviço, mas à pessoa a quem a obra é destinada.

Assim, a mesma pessoa física (empreiteiro) ou jurídica (construtora) pode ser ou não dispensada do pagamento do ISS, conforme execute a obra para esta ou aquela pessoa.

Para que vigore a isenção, é preciso que a obra seja executada para a União, Estado, Município, Autarquias ou empresas concessionárias de serviço público.

Por isto, Joaquim Castro Aguiar, em sua obra *Sistema Tributário Municipal*, p. 84, lembra que o art. 11 do Dec-Lei nº 406/68 “não mencionou as empresas públicas e as sociedades de economia mista”.

Bernardo Ribeiro de Moraes, a seu turno, escreveu:

“Alguns autores entendem que na isenção tributária constante do art. 11 do Decreto-Lei nº 406 de 1968, se incluem as empresas públicas, especialmente a Caixa Econômica Federal, tendo em vista o interesse da União na diminuição do ônus das obras que realiza. Com a devida vênia, não aceitamos tal ponto-de-vista, que contraria a exegese que se deve dar às normas de isenção. Esta somente decorre dos termos expressos da lei tributária.

Serviços de execução de obras hidráulicas ou de construção civil, prestados com outras entidades, v.g., sociedades de economia mista, empresa pública, ou demais empresas do-

tadas de personalidade jurídica de direito privado, são tributáveis. Não receberam a isenção examinada” (*Doutrina e Prática do Imposto sobre Serviços*, p. 578).

5. O dispositivo, em apreço, ou melhor, o art. 11 do Dec-Lei nº 406/68, tem caráter excepcional na sistemática constitucional de repartição dos tributos entre as diversas entidades públicas: União, Estado e Município.

Por outro lado, as normas concessivas de isenção tributária constituem matéria de direito excepcional, pois afastam o princípio fundamental da igualdade tributária. Por isto, têm sua interpretação restrita, limitada. A questão, hoje, entre nós, não comporta nenhuma dúvida, porque o método de interpretação a ser aplicada no direito tributário foi definido no art. 111, II, do Código Tributário Nacional:

“Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

- I —
- II — outorga de isenção.”

Daf haver Geraldo Ataliba, em exame ao § 2º, do art. 19 da Constituição, ensinado:

“A primeira consequência hermenêutica desta verificação é que a interpretação do mesmo (§ 2º do art. 19) deve ser estritíssima. A faculdade aí concedida é excepcional e só excepcionalmente pode ser usada. Seu uso será restrito e a exegese da lei complementar editada como seu veículo será restritiva” (*Lei Complementar na Constituição*, p. 71).

Portanto, a regra de isenção consagrada no art. 11 do Dec-Lei nº 406/68 há de ser entendida literalmente.

6. Constituem monopólio da União todos os serviços concernentes ao petróleo — art. 169 da Constituição e 19 da Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953 —. Para o exercício de tal monopólio nada impedia que a União confiasse sua exploração a autarquias, a entidades paraestatais, a concessionárias, empresas públicas ou sociedades de economia mista.

Ora, a Lei nº 2.004/53 criou, para a execução das diretrizes emanadas do Conselho Nacional do Petróleo, uma sociedade de economia mista, a Petróleo Brasileiro S.A. — Petrobrás.

Para a integralização do capital desta sociedade, a União dispôs de seus direitos de monopólio relativo ao petróleo, conforme está expresso no art. 10 da citada lei:

“A União subscreverá a totalidade do capital inicial da Sociedade, que será expresso em ações ordinárias e, para sua integralização, disporá de bens e direitos que possui, relacionados com o petróleo, inclusive a permissão para utilizar jazidas de petróleo, rochas betuminosas e pirobetuminosas e de gases naturais; também subscreverá, em todo aumento de capital, ações ordinárias que lhe assegurem pelo menos 51% (cinquenta e um por cento) do capital votante.”

Tais direitos foram, pois, transferidos à sociedade criada — Petróleo Brasileiro S.A. —, a título de propriedade, nos termos do art. 7º da antiga lei sobre sociedade anônima — Dec-Lei nº 2.627/40.

E, no art. 22, a União isentou a nova sociedade de todos os tributos de sua competência, comprometendo-se ainda a entender-se com as demais entidades de direito público para concederem-lhe os mesmos favores. Estabelece o art. 22 da Lei nº 2.004/53:

“Os atos de constituição da Sociedade e de integralização do seu capital, bem como as propriedades que possuir e as aquisições de bens móveis e imóveis que fizer e ainda os instrumentos de mandato para o exercício do direito de voto nas Assembleias Gerais serão isentos de impostos e taxas e quaisquer outros ônus fiscais compreendidos na competência da União, que se entenderá com as outras entidades de direito público, solicitando-lhes os mesmos favores para a Sociedade da qual participarão, na esfera de sua competência tributária.”

Entretanto, a isenção, no tocante aos municípios, não se concretizou, ou porque a União entendeu desnecessária, ou porque não quiseram os municípios atendê-la, na concessão do benefício. É que, em-

bora exerça serviço de interesse público, é ela uma empresa de natureza comercial, estando suas ações cotadas na Bolsa de Valores, e até com boa aceitação.

7. O eminente Ministro Bilac Pinto, no RE nº 78.900-BA, que teve minha adesão, entendeu ser a Petrobrás concessionária de serviço público com fundamento no § 1º, do art. 168 da Constituição.

Houve, *data venia*, um equívoco de sua Excelência. Primeiro, porque a palavra concessão, empregada no § 1º, do art. 168, não tem o significado de concessão de serviço público, mas de autorização para exploração de jazida, ou melhor, de transferência do direito de exploração dado pela União. Com efeito, a concessão de serviço público, cujo conceito antigo ainda perdura, consiste no ato da administração pública confiar a um particular — pessoa física ou jurídica —, durante certo tempo, o exercício de um serviço público, ficando este submetido, no tocante à qualidade, à extensão do serviço e às deliberações, ao poder concedente.

Ora, no caso do § 1º, do art. 168 da Constituição, a União transfere seu direito à jazida ao particular, que a explora em benefício próprio e sem nenhuma participação da União. A única obrigação do concessionário da jazida é explorá-la, mas em seu benefício.

Segundo, porque, no caso *sub judice*, o preceito Constitucional aplicável é o art. 169, e não o § 1º, do art. 168.

E para não deixar nenhuma dúvida de que o fato da transferência do monopólio a uma sociedade de economia mista não lhe concede a característica de concessionária de serviço público, nem a isenta de tributo, o § 3º, do art. 170, dispõe ficar a empresa pública que explora atividade não monopolizada sujeita ao mesmo regime tributário aplicável à empresa privada.

A *contrario sensu*, a empresa pública que exerce atividade monopolizada é imune de tributo. Não se confunde, entretanto, nem doutrinariamente, nem no direito positivo brasileiro, a empresa pública (art. 5º do Dec-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967) com a sociedade de economia mista.

8. A sociedade de economia mista Petróleo Brasileiro S.A. — Petrobrás —, entidade de direito privado, foi criada para exercer uma ati-

vidade mercantil, embora revestida de inegável interesse público. O monopólio petrolífero não lhe foi dado mediante contrato de concessão e, sim, integralizando o seu capital, quando de sua constituição. Esta foi a vontade da União, que preferiu exercer o monopólio através de uma sociedade mercantil, estruturando-a como entidade de direito privado. Provavelmente porque, embora perdendo a isenção de alguns tributos, ganharia na exploração comercial.

9. Nestes termos, comprovado o dissídio jurisprudencial, conheço do recurso, mas para lhe negar provimento, já que o contrato fora feito com uma sociedade de economia mista, não abrangida pela isenção prevista no art. 11 do Dec-Lei nº 406/68.

VOTO DE VISTA

O Senhor Ministro Soares Muñoz: — Pedi vista para refletir sobre a espécie, porque o Relator, eminente Ministro Cunha Peixoto, consoante esclareceu, dissentiu, no seu voto, de precedente desta Primeira Turma no RE 78.900-BA, relatado pelo eminente Ministro Bilac Pinto. Todavia, do exame que fiz cheguei à mesma conclusão do pronunciamento do Ministro Cunha Peixoto. Efetivamente, a execução, por administração, empreitada e subempreitada, de obras hidráulicas de construção civil, quando contratadas pela PETROBRÁS S/A, não goza da isenção concedida pelo art. 11 do Decreto-Lei nº 406/68, pois que essa entidade não é concessionária de serviços públicos, nem autarquia, mas sociedade de economia mista, de natureza privada. E não favorece à recorrente o disposto no art. 168, § 1º, da Constituição da República. A concessão a que se refere esse dispositivo, para o aproveitamento das jazidas, minas e demais recursos minerais, é inconfundível com a concessão de serviços públicos.

Ante o exposto, conheço do recurso mas lhe nego provimento, aderindo aos votos que me antecederam.

EXTRATO DA ATA

RE 90.810-2-RJ — Rel. Min. Cunha Peixoto. Recte: C.R. Almeida S/A — Engenharia e Construções (Adv. Luiz Alberto Machado e ou-

R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (35), 1979.

tra). Recda: Prefeitura Municipal de Nova Iguaçu (Adv. José Fróes Machado).

Decisão: Adiado o julgamento por haver pedido vista o Ministro Soares Muñoz, após o voto do Relator, que conhecia mas negava provimento ao recurso. Ausente o Ministro Rafael Mayer. 1ª T. 27.03.79.

Decisão: Conhecido mas negado provimento, decisão unânime. 1ª T. 24.04.79.

Presidência do Sr. Ministro Thompson Flores. Presentes à sessão os Srs. Ministros Xavier de Albuquerque, Cunha Peixoto, Soares Muñoz e Rafael Mayer.

2º Subprocurador-Geral da República, o Dr. Francisco de Assis Toledo.

Antonio Carlos de Azevedo Braga — Secretário.

R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (35), 1979.