

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
GAB. DESEMB - ÁLVARO MANOEL ROSINDO BOURGUIGNON
21 de junho de 2011

AGRAVO INTERNO - (ARTS 557/527, II CPC) AGV INSTRUMENTO Nº 24100924182 -
VITÓRIA - VARA FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL
AGRAVANTE :MUNICIPIO DE VITORIA
AGRAVADO : COMPANHIA ESPIRITO SANTENSE DE SANEAMENTO CESAN
RELATOR DES. ÁLVARO MANOEL ROSINDO BOURGUIGNON

RELATÓRIO

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 24100924182
AGRAVANTE: MUNICÍPIO DE VITÓRIA
AGRAVADA: COMPANHIA ESPIRITO SANTENSE DE SANEAMENTO - CESAN
RELATOR: DES. ÁLVARO MANOEL ROSINDO BOURGUIGNON

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo interno interposto pelo MUNICÍPIO DE VITÓRIA contra a decisão de fls. 117/126 nos autos do recurso em que figura como agravada a COMPANHIA ESPIRITO SANTENSE DE SANEAMENTO - CESAN.

A referida decisão negou provimento ao agravo de instrumento da Municipalidade, mantendo na íntegra a decisão proferida pelo Magistrado de primeira instância que deferiu o pedido de tutela antecipada em favor da agravada, determinando a expedição da certidão positiva com efeito de negativa em favor da mesma até o julgamento final do mérito.

Nas razões de fls. 130/143 o agravante defende a necessidade de reforma da decisão monocrática, posto que está ancorada na interpretação extensiva de dispositivo constitucional que estabelece imunidade tributária.

Afirma que a ampliação das hipóteses de imunidade tributária só pode ser feita por alteração do próprio texto constitucional, sob pena de afronta ao princípio da autonomia municipal.

Assinala que a inclusão de outras pessoas jurídicas no espectro de abrangência da norma constitucional imunizadora é feita ao arrepio do sistema jurídico brasileiro, aí se incluindo o Código Tributário Nacional que prevê interpretação literal das normas benéficas.

Expõe que o fundamento que embasa a jurisprudência firmada pela Excelsa Corte não se verifica no caso sub examine, pois a atividade da empresa agravada não é exclusiva do Estado.

Aduz que a construção pretoriana que autoriza a extensão da imunidade tributária às empresas públicas e às sociedades de economia mista pressupõe que tais empresas não estejam submetidas ao regime de livre concorrência, que sejam exercidas em regime de monopólio e que receba contraprestação ou pagamento de preços e tarifas pelos usuários.

Em sede de contrarrazões, a agravada defende que o caso não trata de interpretação extensiva do texto constitucional e que o entendimento de que as empresas concessionárias de serviços públicos essenciais e de economia mista são imunes tributariamente já resta pacificado nos Tribunais Superiores.

É o relatório.

Sem revisão.

Em mesa para julgamento.

Vitória - ES, 26 de maio de 2011.

**DES. ÁLVARO MANOEL ROSINDO BOURGUIGNON
RELATOR**

VOTOS

O SR. DESEMBARGADOR ÁLVARO MANOEL ROSINDO BOURGUIGNON (RELATOR):-

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 24100924182

AGRAVANTE: MUNICÍPIO DE VITÓRIA

AGRAVADA: COMPANHIA ESPÍRITO SANTENSE DE SANEAMENTO - CESAN

RELATOR: DES. ÁLVARO MANOEL ROSINDO BOURGUIGNON

VOTO

Conforme relatado, trata-se de agravo interno interposto pelo MUNICÍPIO DE VITÓRIA contra a decisão de fls. 117/126 nos autos do recurso em que figura como agravada a COMPANHIA ESPÍRITO SANTENSE DE SANEAMENTO - CESAN.

A referida decisão negou provimento ao agravo de instrumento da Municipalidade, mantendo na íntegra a decisão proferida pelo Magistrado de primeira instância que deferiu o pedido de tutela antecipada em favor da agravada, determinando a expedição da certidão positiva com efeito de negativa em favor da mesma até o julgamento final do mérito.

O agravante defende a necessidade de reforma da decisão monocrática, posto que está ancorada na interpretação extensiva de dispositivo constitucional que estabelece imunidade tributária.

Analisando as razões recursais, não vislumbro qualquer motivo para alterar o teor e a conclusão da decisão atacada, motivo pelo qual me utilizo de seus fundamentos para julgar o presente recurso, os quais passo a transcrever, verbis:

Inicialmente atendo-me à análise da extensão do efeito devolutivo do agravo de instrumento, visto que essa é realizada a partir da definição da matéria impugnada pelo recorrente, ou seja, aquela que lhe gerou sucumbência.

Como é sabido, o agravo de instrumento possui efeito devolutivo diferido, limitado ao exame da questão objeto da decisão do Juízo de origem, sendo esse entendimento pacífico no Superior Tribunal de Justiça, verbis:

“O agravo de instrumento ostenta efeito devolutivo diferido, cabendo ao Tribunal ad quem limitar-se à matéria decidida no Juízo a quo” (Agravo de Instrumento nº 1.088.460 - ES, Rel. Min. CELSO LIMONGI - DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ-SP, data do julgamento: 19/06/2009) (grifo meu)

Segundo o magistério de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “há devolução sempre que se transfere ao órgão ad quem algo do que fora submetido ao órgão a quo - algo, repita-se; não necessariamente tudo. Inexiste, portanto, recurso totalmente desprovido de efeito devolutivo, com ressalva dos casos em que o julgamento caiba ao mesmo órgão que proferiu a decisão recorrida. O que pode acontecer, conforme se assinalará nos momentos oportunos, é que variem de um para outro recurso, a extensão e a profundidade do aludido efeito. Aquela - desde já convém observar - nunca ultrapassará os lindes da própria impugnação: no recurso parcial, a parte não impugnada pelo recorrente escapa ao conhecimento do órgão superior, salvo se por outra razão (como nos casos do art. 475) este houver de pronunciar ao propósito”.

No caso em voga, o mérito recursal cinge-se à legalidade da expedição de certidão positiva com efeito de negativa em favor da agravada em sede de antecipação de efeitos da tutela em ação anulatória de autos de infração, sem depósito prévio.

O agravante aduz que a expedição da referida certidão não se coaduna com o ordenamento jurídico, pois só pode ser feita nas hipóteses taxativas do art. 206 do

CTN, quais sejam a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa, verbis:

Art. 206. Tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa.

Entretanto, o inc. V do art. 151 do CTN, acrescentado pela Lei Complementar 104/2001, estabeleceu que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário é perfeitamente cabível em sede de tutela antecipada em outras espécies de ação judicial, que não o mandado de segurança, verbis:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

V - a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial.

Como é sabido, a finalidade da antecipação dos efeitos da tutela é conferir efetividade à função jurisdicional, motivo pelo qual deve ser concedida somente quando a medida antecipatória for apta a alcançar esse objetivo, por estar ligada, também, à utilidade dessa prestação.

Na hipótese em tela, a decisão atacada determinou a expedição da certidão positiva com efeitos de negativa em favor da agravada até o julgamento final do mérito da ação, o que, salvo melhor juízo, faz presumir que os créditos tributários questionados estão suspensos. Outrossim, não haveria razão para a expedição da certidão, conforme a inteligência do art. 206 do CTN. A jurisprudência pátria já firmou entendimento quanto à possibilidade de suspensão da exigibilidade do crédito tributário por via diversa do mandado de segurança, inclusive sem depósito prévio, verbis:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR EM AÇÃO CAUTELAR. HIPÓTESE DE SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO, INDEPENDENTEMENTE DE DEPÓSITO (ART. 151, V, DO CTN). EXECUÇÃO FISCAL PROPOSTA CONTRA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. AJUIZAMENTO DE AÇÃO ANULATÓRIA E DE EMBARGOS À EXECUÇÃO. CERTIDÃO POSITIVA DE DÉBITO COM EFEITOS DE NEGATIVA. VIABILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONFORMIDADE COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL PREDOMINANTE NO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (AgRg no REsp 1121313 / RS, Rel. Min. Denise Arruda, 1ª Turma do STJ, data do julgamento: 19/11/2009) (grifo meu)

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TUTELA ANTECIPADA. CABIMENTO. ART. 151, V, DO CTN. REDAÇÃO DADA PELA LC 104/2001. PRECEDENTES DO STJ. 1. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que é possível o cabimento de liminar em ação cautelar para suspender a exigibilidade do crédito tributário independentemente da realização do depósito do montante integral do débito, circunstância esta que não importa em ofensa ao disposto no art. 151 do Código Tributário Nacional. 2. A Lei Complementar n. 104, de 10 de janeiro de 2001, ao acrescentar o inciso V ao artigo 151 do CTN, indicando como causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada em outras espécies de ação judicial, apenas ratificou o entendimento já adotado pela doutrina e pela jurisprudência pátrias. 3. "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quanto a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida" – Súmula n. 83/STJ. 4. Recurso especial não-provido. (REsp 261.902 / RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, data de julgamento: 06/12/2005) (grifo meu)

Relativamente à relevância dos fundamentos que informaram o pedido antecipatório, tenho-a como presente. É cediço que as decisões judiciais obstrutivas da eficácia dos atos administrativos devem exigir demonstração convincente e segura em grau acima do que ordinariamente se exige, em razão de o ato atacado - ato estatal - ser dotado

das características de presunção de legitimidade e eficácia.

Na hipótese, em que se busca anular os atos constitutivos do crédito tributário, com pedido de suspensão de sua eficácia para o fim de se obter certidão positiva com efeito de negativa, o requisito da verossimilhança, representativo da tutela de evidência, parece ter sido adimplida, ao menos nessa fase cognitiva.

É que consoante se argumentou com procedência inicial, não se aplicam à agravada os §§ 3º do art. 150 e 2º do art. 173 da Constituição Federal, pois é sociedade de economia mista controlada pelo Estado do Espírito Santo e prestadora de serviço público, o que a faz ser beneficiária de imunidade recíproca por equiparação às entidades autárquicas, nos termos do art. 150, VI, "a", § 2º da Carta Magna, verbis:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

VI - instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços uns dos outros.

§ 2º A vedação do inciso VI, a, é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.

O tema já está sedimentado no Supremo Tribunal Federal, verbis:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES DA TUTELA. AÇÃO CAUTELAR SUBMETIDA A REFERENDO. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE RECÍPROCA. ART. 150, VI, a, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Plausibilidade jurídica do pedido (fumus boni juris) diante do entendimento firmado por este Tribunal quando do julgamento do RE 407.099/RS, rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 06.8.2004, no sentido de que as empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado são abrangidas pela imunidade tributária recíproca prevista no art. 150, VI, a, da Constituição Federal. 2. Exigibilidade imediata do tributo questionado no feito originário, a caracterizar o risco de dano irreparável ou de difícil reparação (periculum in mora). 3. Decisão cautelar referendada. (AC 1851 QO / RO, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, data de julgamento: 17/06/2008) (grifo meu)

Tal interpretação se dá pelo poder da garantia constitucional de imunidade recíproca, que materializa postulado federativo, tendo em vista a finalidade de preservação do sistema. A submissão da agravada ao mesmo regime jurídico de outras empresas privadas somente teria sustentação diante do postulado da livre concorrência, hipótese em que seria necessária a exploração de atividade econômica em sentido estrito, o que não é o caso, haja a vista a prestação de serviço de utilidade pública.

Essa também é a lição da doutrina, nos dizeres de ROQUE CARRAZA, que nos ensina que "as empresas públicas e as sociedades de economia mista, quando delegatárias de serviços públicos, ou de atos de polícia, são tão imunes aos impostos quanto as próprias pessoas políticas, a elas se aplicando, destarte, o princípio da imunidade recíproca", pois "são a longa manus das pessoas políticas que, por meio de lei, as criam e lhes apontam os objetivos públicos a alcançar".

A agravada COMPANHIA ESPÍRITO SANTENSE DE SANEAMENTO - CESAN presta serviço público obrigatório de saneamento básico e é sociedade de economia mista, enquadrando-se, portanto, no entendimento jurisprudencial e doutrinário de que a ela é estendida a imunidade tributária prevista no art. 150, VI, "a" da Constituição Federal. Não obstante, como bem salientado na decisão de fls. 161/164, a manutenção da exigibilidade do crédito tributário com a conseqüente inviabilidade de obtenção de certidão positiva com efeito de negativa pode acarretar graves conseqüências, considerando se tratar de agente público importante ao desenvolvimento sócio-econômico do Estado, visto que estaria impossibilitada de conseguir financiamentos / recursos junto ao mercado financeiro, pois suas obras são, em maioria, financiadas junto a bancos.

Nesses termos, verificada a consonância com a doutrina e jurisprudência dominante, além da verossimilhança da alegação e do fundado receio de difícil reparação, entendo que a decisão agravada não merece reforma.”

Ademais, registro oportunamente que o entendimento aqui manifestado está em estrita consonância com a jurisprudência do Petrório Excelso, posto que no julgamento do RE 629.582 / PB, a Eminente Ministra Cármem Lúcia, especificamente tratando de sociedade de economia mista prestadora de serviço de saneamento básico obrigatório, também reconheceu a imunidade tributária, senão veja-se, verbis:

“Sabe-se que um extenso rol de atribuições originariamente cometidos à Administração Direta pode ser por esta conferido, o que se denomina 'descentralização administrativa', para maior eficácia na prestação dos serviços públicos. Neste raciocínio, várias atribuições podem ser conferidas às entidades consideradas como da Administração Indireta, que são as Autarquias, Fundações e Sociedades de Economia Mista.

(...)

Assim, em diversos dispositivos Constitucionais, exemplo do artigos 22, XXVII, 37, XVII, 37, XIX, 71, II, 173, §§ 1º e 2º , é possível vislumbrar a possibilidade de instituição de sociedades de economia mista como entes de descentralização das atividades da Administração Pública.

Portanto, apesar de a Sociedade de Economia Mista ter natureza de pessoa jurídica de direito privado, é constituída por capital público e privado, por isso que é denominada como mista. A parte do capital público deve ser maior, devendo a maioria das ações estar sob o controle do Poder Público. Desta forma, apesar da natureza privada (art.173, § 1º, II,CF), estão sob o influxo das normas de direito público, como por exemplo, devem sujeitar-se à lei de licitações e são fiscalizadas pelos tribunais de contas (art. 173, § 1º, III e art. 71, II, CF).

É sob este prisma que deve ser enfrentada a questão da imunidade tributária, uma vez que trata-se de fazer a interpretação teleológica da norma constitucional ou seja, tendo em vista os objetivos que o Estado almeja ao conceder tais privilégios fiscais.

Assim dispõe o art. 150,VI, CF (...).

Entendo que o fato de a sociedade de economia mista sujeitar-se às regras de direito privado e o fato de poder esse tipo de sociedade eventualmente explorar atividade econômica não lhe retiram a condição para o exercício de atividades atinentes ao poder de polícia administrativa, poder prestar serviços públicos e executar obras públicas e por essa razão, não podem ser tidas como simples exploradoras de atividade econômicas.

Quando a Constituição repele a tributação entre esferas de governo distintas, por meio do art. 150, traz a chamada imunidade recíproca cujo objetivo é o respeito ao princípio federalista que determina autonomia e cooperação entre os entes. Entendo que tal proteção deve sim ser estendida, além das autarquias, às empresas públicas e sociedades de economia mista, desde que estas prestem serviços públicos, este serviço seja de prestação originalmente obrigatória e exclusiva do Estado, e ainda, em caráter de monopólio. É bem distinto do caso em que, através de uma sociedade de economia mista, o Ente estivesse explorando, diretamente atividade econômica em concorrência com a iniciativa privada, ferindo o princípio constitucional da ampla concorrência”.

E o julgado, como ressaltado, reconheceu a imunidade tributária, nos casos em que a sociedade de economia mista presta serviços públicos afetos originária e obrigatoriamente ao Estado. É o caso dos autos.

Isso posto, CONHEÇO do recurso mas NEGO-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

*

O SR. DESEMBARGADOR JOSÉ PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA :-

*

O SR. DESEMBARGADOR NAMYR CARLOS DE SOUZA FILHO :-

*

DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, AGRAVO INTERNO - (ARTS 557/527, II CPC) AGV INSTRUMENTO Nº 24100924182 , em que são as partes as acima indicadas, ACORDA o Egrégio Tribunal de Justiça do Espírito Santo (Segunda Câmara Cível), na conformidade da ata e notas taquigráficas da sessão, que integram este julgado, em, à unanimidade, negar provimento ao recurso.

*

*

*