

Apelação Cível n. 2012.042968-5, de Porto Belo
Relator: Des. Subst. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva

TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO.

PRELIMINARES INDEFERIDAS EM DECISÃO INTERLOCUTÓRIA IRRECORRIDA. PRECLUSÃO TEMPORAL. TENTATIVA DE REDISCUTIR O TEMA EM APELAÇÃO. RECURSO NÃO CONHECIDO, NO PONTO.

PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. EXEGESE DO ART. 1º DO DECRETO N. 20.910/32.

"Às ações de repetição de indébito que visem à restituição de crédito tributário, aplica-se a prescrição quinquenal, regulada pelo Decreto n. 20.910/1932" (Apelação Cível n. 2008.047680-1, de Itajaí, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 29-9-2009).

IPTU. CASAN. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA. PRECEDENTES.

"Tratando-se de atividade em que a sociedade de economia mista substitui o Estado na prestação de serviço público obrigatório e essencial, não há lugar para sujeitá-la passivamente a qualquer incidência tributária.

Tais atividades estão acobertadas pela imunidade tributária recíproca prevista no art. 150, inc. VI, alínea a, da CF' (Apelação Cível n. 2006.011707-3, de Criciúma, rel. Des. Subst. Newton Janke, j. em 31-5-2007) (AC nº 2007.055313-1, Des. Vanderlei Romer)". (AI n. 2008.081411-1, de Lages, rel. Des. Newton Trisotto, Primeira Câmara de Direito Público, j. 25-8-2009).

RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA PARTE, DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2012.042968-5, da comarca de Porto Belo (2ª Vara), em que é apelante Município de Porto Belo e apelada Companhia Catarinense de Águas e Saneamento CASAN:

A Primeira Câmara de Direito Público decidiu, à unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nesta parte, negar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Newton Trisotto (Presidente) e José Gaspar Rubick.

Florianópolis, 14 de maio de 2013.

Paulo Henrique Moritz Martins da Silva
RELATOR

Impresso por: 99428725668 - VALERIO ALVARENGA MONTEIRO DE CASTRO
Em: 26/10/2017 - 16:48:19

RELATÓRIO

Companhia Catarinense de Águas e Saneamento - Casan propôs "ação anulatória c/c repetição de indébito com pedido de antecipação de tutela" em face do Município de Porto Belo.

Alegou que é prestadora de serviço público essencial de caráter não econômico, devendo ser beneficiada pela imunidade recíproca.

Postulou, em antecipação de tutela, que o réu fosse impedido de lançar o IPTU, sendo suspensa a exigibilidade do crédito tributário e, em definitivo, a declaração de inconstitucionalidade das cobranças do imposto e a restituição do que foi pago no último quinquênio.

Indeferida a liminar (f. 48), a autora opôs embargos de declaração (f. 51) que foram rejeitados (f. 54). A Casan, então, interpôs agravo de instrumento (f. 60/75) que foi provido (f. 130/133).

Em contestação, o réu alegou: 1) falta de documentos indispensáveis à propositura da ação; 2) ilegitimidade ativa *ad causam* e 3) prescrição. No mérito, defendeu a legalidade da exação, ao argumento de que, em se tratando a autora de sociedade de economia mista, não há comprovação de que a cobrança represente risco à livre iniciativa, à concorrência e ao pacto federativo (f. 81/94).

Houve réplica (f. 97/106).

As preliminares dos itens "1" e "2" da contestação foram rejeitadas em decisão interlocutória irrecorrida (f. 116/118).

Foi proferida sentença cuja conclusão é a seguinte:

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTES os pedidos para DECLARAR a imunidade da parte autora relativamente ao imposto municipal objeto do pedido (IPTU) e CONDENAR o requerido à restituir os valores a esse título satisfeitos pelo autor, os quais serão reajustados monetariamente pelo INPC de cada desembolso, somando-se (do trânsito em julgado, conforme S. 188 do STJ) apenas juros de mora pelo índice previsto no art. 1-F da Lei 9.494/97, observado ainda o prazo prescricional de 05 (cinco) anos entre o pagamento dos tributos e o ajuizamento da ação. CONDENO o requerido ainda ao pagamento de honorários advocatícios, os quais fixo em 10% (dez por cento) do montante atualizado da condenação, bem como reembolsar as custas adiantadas pelo autor. Sem custas finais. A sentença fica sujeita ao reexame necessário (art. 475 do CPC). Após o trânsito em julgado, proceda a liberação ao requerido da parcela dos valores consignados pelo autor referentes às taxas e contribuições exigidas no carnê do IPTU. P.R.I. (f. 140/142).

O réu, em apelação, reedita as teses da resposta. Sustenta, ainda, a perda do objeto diante da retomada do serviço público de saneamento básico (f. 147/158).

Com as contrarrazões (f. 168/174), os autos ascenderam, entendendo a d. Procuradoria-Geral de Justiça ausente o interesse ministerial (f. 179/180).

VOTO

1. Preliminares

A falta de documento indispensável à propositura da ação e a ilegitimidade ativa *ad causam* foram indeferidas em decisão interlocutória irrecorrida

O ente público deveria ter interposto agravo naquela oportunidade para buscar a reforma da decisão que lhe era desfavorável. Todavia, quedou inerte, operando-se a preclusão temporal.

Sobre o instituto:

"O prazo para interposição do recurso deve ser compatível com aquele previsto em lei. Como se sabe, o processo deve sempre significar marcha para a frente, razão pela qual os prazos fixados, em regra, peremptórios, pelo que 'decorrido o prazo, extingue-se, independentemente de declaração judicial, o direito de praticar o ato' (art. 183 do CPC). O recurso, portanto, deve ser interposto no prazo previsto para tanto, sob pena de **preclusão** temporal." (Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, Curso de Processo Civil, Vol. 2, 6ª ed., São Paulo: RT, 2007, p. 511). (Grifou-se) (TJSC, Apelação Cível n. 2012.067045-7, de Joinville, rel. Des. Jorge Luiz de Borba, Primeira Câmara de Direito Público, j. 23-10-2012).

"A perda da faculdade de praticar o ato processual se dá em virtude de haver decorrido o prazo, sem que a parte tenha praticado o ato" (NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria. Código de processo civil comentado. 11 ed. São Paulo: RT, 2010, p. 466).

Por isso, o tema não pode ser novamente agitado como preliminar da apelação, a qual não pode ser conhecida, no ponto.

2. Prescrição

Na sentença, o d. Magistrado reconheceu a incidência da prescrição quinquenal.

O Município alega a prevalência do prazo de 3 anos, previsto no art. 206, § 3º, V, do CC.

Sem razão.

Colhe-se precedente do STJ:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. IPTU. PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL. ARTIGO 1º DO DECRETO 20.910/32. TERMO INICIAL: DATA DA NOTIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO AO CONTRIBUINTE. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (RESP 947.206/RJ). AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (AgRg no AREsp. n. 2012/0118096-1/RJ, Rel Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, j. 28-8-2012).

E desta Corte:

ADMINISTRATIVO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. NECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO DOS VALORES DESCONTADOS A TAL TÍTULO SOBRE OS PROVENTOS DO AUTOR. [...]

PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. PEDIDO DE UTILIZAÇÃO DO PRAZO DECENAL AO ARGUMENTO DE QUE SE TRATA DE TRIBUTO SUJEITO À HOMOLOGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. **REPETIÇÃO DE INDÉBITO CUJA MATÉRIA É SUJEITA AOS DITAMES DO DECRETO N. 20.910/1932 E, PORTANTO, À PRESCRIÇÃO QUINQUENAL.** ARESTOS NESSE NORTE.

As ações de repetição de indébito que visem à restituição de crédito tributário, aplica-se a prescrição quinquenal, regulada pelo Decreto n. 20.910/1932 (Apelação Cível n. 2008.047680-1, de Itajaí, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 29-9-2009).

[...] RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE SOMENTE PARA DETERMINAR O PAGAMENTO POR PARTE DO ESTADO DE SANTA CATARINA DAS CUSTAS PROCESSUAIS ADIANTADAS. (TJSC, Apelação Cível n. 2010.048899-9, da Capital, rel. Des. Vanderlei Romer, Primeira Câmara de Direito Público, j. 28-9-2010).

Como se vê, não merece reparo a sentença no que tange à prefacial da prescrição.

3. Mérito

Casan, sociedade de economia mista prestadora de serviço público de fornecimento de água e tratamento de esgoto, insurge-se contra a cobrança de IPTU pelo réu, ao argumento de que está acobertada pela imunidade tributária recíproca.

A matéria não é nova nesta Corte:

TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - IMPOSTO PREDIAL E TERRITORIAL URBANO (IPTU) - SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO - IMUNIDADE - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE JULGADA IMPROCEDENTE - AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECURSO PROVIDO

[...]

2. Tratando-se de atividade em que a sociedade de economia mista substitui o Estado na prestação de serviço público obrigatório e essencial, não há lugar para sujeitá-la passivamente a qualquer incidência tributária.

Tais atividades estão acobertadas pela imunidade tributária recíproca prevista no art. 150, inc. VI, alínea a, da CF (Apelação Cível n. 2006.011707-3, de Criciúma, rel. Des. Subst. Newton Janke, j. em 31-5-2007) (AC nº 2007.055313-1, Des. Vanderlei Romer). (Grifou-se) (AI n. 2008.081411-1, de Lages, rel. Des. Newton Trisotto, Primeira Câmara de Direito Público, j. 25-8-2009).

Transcrevo do corpo do acórdão, como razão de decidir:

1. Ao julgar o Agravo de Instrumento nº 2007.055313-1, recurso também interposto pela Companhia Catarinense de Águas e Saneamento contra o Município de Lages, decidiu a Câmara:

"1. A exceção de pré-executividade tem sido admitida nas execuções fiscais tanto para as matérias passíveis de serem apreciadas ex officio pelo magistrado como para aquelas cuja produção de provas é dispensada com eficácia para fulminar a ação executiva de plano, caso dos autos.

2. 'Tratando-se de atividade em que a sociedade de economia mista substitui o Estado na prestação de serviço público obrigatório e essencial, não há lugar para sujeitá-la passivamente a qualquer incidência tributária.

Tais atividades estão acobertadas pela imunidade tributária recíproca prevista no art. 150, inc. VI, alínea a, da CF" (Apelação Cível n. 2006.011707-3, de Criciúma, rel. Des. Subst. Newton Janke, j. em 31-5-2007)" (Des. Vanderlei Romer).

Transcrevo o voto do Desembargador Newton Janke reproduzido no acórdão:

"Malgrado se trate de sociedade de economia mista, dotada, portanto, de personalidade jurídica de direito privado, a CASAN exerce atividade preponderantemente pública, substituindo o Estado em tarefa de necessidade e interesse essencial dos administrados, o que a distingue das demais sociedades de economia mista ou empresas públicas que se orientam por finalidades marcadamente lucrativas e cujo capital tem expressiva participação do aporte privado.

Roque Antônio Carrazza realça o significado desta distinção:

'Excepcionalmente admite-se que o Estado intervenha no campo reservado à livre iniciativa, o que ele faz por intermédio de suas empresas públicas e de suas sociedades de economia mista. Quando isto acontece, deve submeter-se ao regime jurídico tributário aplicável às empresas privadas, conforme estatui o já estudado art. 173, da Carta Magna.

Quando, porém, a empresa ou a sociedade de economia mista são delegatárias de serviços ou de poder de polícia, elas, por não concorrerem com as empresas privadas, não se sujeitam aos ditames do precitado art. 173.

O que estamos querendo significar é que as sociedades mistas e as empresas públicas, enquanto delegatárias de serviços públicos ou de atos de polícia, são instrumentos do estado e, neste sentido, são entidades tão públicas quanto ele. Desempenham atividades que as empresas privadas jamais assumiriam, a não ser que contratadas pelo próprio estado, sob a forma de concessão ou de permissão.

Podemos, pois, dizer que, neste caso, as sociedades de economia mista e as empresas públicas, pelas atribuições delegadas de poder público que exercitam, são, tão-só quanto à forma, pessoas de direito privado. Quanto ao fundo são instrumentos do estado, para a prestação de serviços públicos ou a prática de atos de polícia. Acabam fazendo as vezes das autarquias, embora - damo-nos pressa em proclamar - com elas não se confundam' (Curso de Direito Constitucional Tributário. 19ª ed. Malheiros: São Paulo. 2003. P. 654-655).

Assim, por exercer serviço público obrigatório, essencial e de responsabilidade exclusiva do Estado, a CASAN está sob a proteção da imunidade prevista no art. 150, inc. VI, alínea a, da CF, como ensina Carrazza:

'Neste sentido, enquanto atuam como se pessoas políticas fossem, as empresas públicas e as sociedades de economia mista não podem ter embaraçada ou anulada sua ação pública por meio de impostos. Esta é a consequência de uma interpretação sistemática do art. 150, VI, 'a', da CF.

Não se deve distinguir a empresa estatal e a pessoa política que instituiu, mas, simplesmente, se a hipótese de incidência (fato gerador in abstracto) do imposto provém da prestação de serviços públicos ou do exercício do poder de polícia, isto é, de atividades de competência governamental. Em caso afirmativo, são, s.m.j., alcançadas pelos benefícios do art. 150, VI, 'a', da CF.

(...)

Em suma, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, quando prepostas à atividade administrativa (lato sensu), isto é, enquanto desempenham funções estatais, não podem ser sujeitos passivos de impostos (federais, estaduais ou municipais)' (op.cit. 655-656).

Harmonizada com esta doutrina, há pertinente precedente do vizinho Estado do Rio Grande do Sul:

'4. Prestando a CORSAN, como empresa pública, os serviços profiláticos antes referidos, indubitavelmente substitui ela o Poder Público nesse mister, enquadrando-se nas 'entidades assistenciais' a que se refere o art. 150, VI, 'c', da Constituição Federal, que tanto contemplam quem recupera (hospitais, sanatórios, etc.), como quem mantém a saúde pública, caso presente, desde que seja não tenha fins lucrativos e preencha os requisitos do art. 14 do CTN.

5. Não tendo a CORSAN fins lucrativos a particulares, já que eventuais lucros seus são reinvestidos nas atividades fins de seus fundadores (Estado do RS e 8 Municípios gaúchos), e preenchendo ela os requisitos complementares do art. 14 do CTN (aplicação dos seus recursos nas suas finalidades e manutenção de contabilidade organizada e fidedigna), é manifesta a imunidade do seu patrimônio, renda e serviços a impostos, inclusive ao ISS'.(AC 70008980146, rel. Des. Roque Joaquim Volkweiss, j. 11/08/2004).

Sob o manto desta imunidade, é irrelevante a discussão sobre os serviços que foram objeto da tributação, uma vez que tanto a atividade-meio quanto a atividade-fim dela recebe proteção'.

Destarte, admitida a imunidade tributária da Casan, prejudicadas ficam as demais questões suscitadas na exceção de pré-executividade, renovadas no agravo de instrumento. Por conseguinte, extingue-se a execução fiscal, com fulcro no art. 269, I, do CPC".

Aos fundamentos do voto transcrito nada é necessário acrescentar. Limito-me a adicionar ementas de julgados do Supremo Tribunal Federal versando sobre o tema:

"1. Plausibilidade jurídica do pedido (fumus boni juris) diante do entendimento firmado por este Tribunal quando do julgamento do RE 407.09/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 obrigatório, a caracterizar o risco de dano irreparável ou de difícil reparação (periculum in mora)" (AC nº 1851, Min. Ellen Gracie, julg. em 17.06.08).

"As empresas públicas prestadoras de serviço público distinguem-se das que exercem atividade econômica. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é prestadora de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado, motivo por que está abrangida pela imunidade tributária recíproca: CF, art. 150, VI, a" (RE nº 407.099-5, Min. Carlos Velloso, julg. em 22.06.04).

A título ilustrativo, vejam-se também:

1)
TRIBUTÁRIO. CASAN. IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE PREDIAL E

TERRITORIAL URBANA (IPTU). IMUNIDADE CONSTITUCIONAL.

Tratando-se de atividade em que a sociedade de economia mista substitui o Estado na prestação de serviço público obrigatório e essencial, não há lugar para sujeitá-la passivamente à incidência tributária dos impostos.

Tais atividades estão acobertadas pela imunidade tributária recíproca prevista no art. 150, inc. VI, alínea a, da CF (AC n. 2011.019146-0, de Rio do Oeste, rel. Des. Newton Janke, Segunda Câmara de Direito Público, p. 14-2-2012).

2)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO INSTAURADA PELA CASAN CONTRA MUNICÍPIO. PRETENSÃO DO MUNICÍPIO A COMPENSAÇÃO DE VALORES ORIGINADOS DE DÉBITOS DE IPTU EXISTENTES EM NOME DA EMPRESA ACIONANTE. EXEQUENTE QUE, MESMO SENDO PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO (SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA), EXERCE ATIVIDADE PREPONDERANTEMENTE PÚBLICA, SENDO-LHE, POR ISSO, EXTENSÍVEL O INSTITUTO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA (ART. 150, VI, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA). PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS DO STF E DESTÉ SODALÍCIO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

- "A CASAN - Companhia Catarinense de Águas e Saneamento, sociedade de economia mista prestadora de serviço público essencial, está imune à exigibilidade de IPTU (imposto predial e territorial urbano), já 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'. (RE n. 407.099/RS, rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ de 6.8.2004)" (AI n. 2010.051171-7, de Tangará, Rel. Des. João Henrique Blasi, j. 22.3.2011) (AI n. 2011.055489-9, de Lages, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, Primeira Câmara de Direito Público, p. 19-1-2012).

3)

TRIBUTÁRIO - ISS - AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL - SERVIÇO PÚBLICO DE FORNECIMENTO DE ÁGUA E TRATAMENTO DE ESGOTO PRESTADOS PELA CASAN - PRESCRIÇÃO QUINQUENAL - ART. 1º, DO DECRETO N. 20.910/32 - NULIDADE DO LANÇAMENTO - IMUNIDADE TRIBUTÁRIA CONFERIDA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ART. 150, VI, "A") - MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA - POSSIBILIDADE DE ANÁLISE "EX OFÍCIO" - EXTENSÃO DA BENESSE À SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL - PRECEDENTES DO STF E DESTA CORTE - INVERSÃO DA SUCUMBÊNCIA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - RECURSO PROVIDO.

O art. 1º, do Decreto n. 20.910/32, prevê que "as dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem".

"As questões de ordem pública, como as relativas a nulidades, devem ser conhecidas de ofício, independentemente de provocação da parte ou interessado, podendo ser consideradas, do ponto de vista prático, incluídas implicitamente no pedido" (Des. Pedro Manoel Abreu)" (AC n.º 1999.022688-3, de São José do Cedro.

Rel. Des. Silveira Lenzi).

"Tratando-se de atividade em que a sociedade de economia mista substitui o Estado na prestação de serviço público obrigatório e essencial, não há lugar para sujeitá-la passivamente a qualquer incidência tributária. Tais atividades estão acobertadas pela imunidade tributária recíproca prevista no art. 150, inc. VI, alínea a, da CF". (TJSC, AC n. 2006.011707-3, de Criciúma, Rel. Des. Newton Janke) (AC n. 2010.039003-4, de Capita, rel. Des. Jaime Ramos, Quarta Câmara de Direito Público, p. 9-12-2011).

A sentença se alinhou a esse entendimento, impondo-se sua confirmação.

O Município alega que já retomou os serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário (autos n. 139.09.004139-6 e AI n. 2010.013904-1).

Em consulta ao SAJ, verifica-se que a imissão do Município na posse de bens e serviços foi realizada no dia 4-11-2010. A norma imunizadora (CF, art. 150, VI, a) deve incidir até esta data.

Portanto, a retomada dos serviços não configura perda de objeto.

Voto pelo conhecimento parcial do recurso e, nesta parte, pelo seu desprovimento.