

Jurisprudência do STF sobre IPTU nos contratos de concessão de serviços públicos

No início do século 21, houve uma onda de influência oriunda das concepções inglesas do que se denominam contratos de parcerias entre o setor público e privado. Novas características se acentuaram no entendimento da modelagem e gestão desses contratos como o foco na viabilidade e sustentabilidade econômico-financeira dos projetos; e a presença cada vez mais forte do uso das novas ferramentas da análise econômica do direito.

Divulgação/BH Airport

Nesse sentido, importante ressaltar que as parcerias entre o setor público e privado são instrumentalizadas no Brasil por meio dos famosos contratos de concessão comum ou mesmo das conhecidas PPPs, que nos mais variados entes federativos (federais, estaduais ou municipais) desempenham um papel vital na construção da infraestrutura do país (rodovias, ferrovias, portos, energia), como também na prestação de alguns serviços públicos essenciais (saneamento, iluminação pública, saúde, cemitérios, segurança pública).



Por se tratar de contratos de longo prazo (20, 30, 40, 50 anos), as condições de contratação originalmente pactuadas necessitam estar adequadamente desenhadas para enfrentar os mais variados ciclos relativos a questões cruciais que balizam a gestão de tais contratos ao longo de seu longo tempo de vida. Dentre tais questões, destacam-se as ideológicas, sociais, tecnológicas, mas também o arcabouço jurídico, regulatório e também tributário.

IPTU

Para os fins deste artigo, serão trazidas à tona informações relativas à temática do impacto das decisões do Supremo Tribunal Federal acerca da cobrança do Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana (IPTU) sobre bens afetados à prestação de serviços públicos concedidos ao parceiro privado.

Em linhas gerais, o IPTU é um tributo de competência do ente municipal que possui como base econômica o patrimônio, notadamente a propriedade imobiliária. Em termos classificatórios, pode-se compreendê-lo como um imposto real, direto, fiscal, progressivo e complexo, à luz da normatividade constitucional vigente. Há de se destacar que há uma corrente doutrinária que entende o imposto como de natureza pessoal.

Em nível constitucional, o imposto é previsto no artigo 156 da Constituição, que estabelece competir aos municípios impostos sobre a propriedade predial e territorial urbana. Por sua vez, o Código Tributário Nacional (CTN) autoriza a municipalidade a impor, mediante lei, o referido tributo em três situações diversas: a propriedade, o domínio útil e a posse a qualquer título.

Celeuma jurídica

No âmbito da doutrina, é majoritária a corrente capitaneada por Ricardo Lodi Ribeiro, segundo a qual a interpretação do artigo 32 do Código Tributário Nacional (CTN) deve ser conduzida no sentido de que o Poder Legislativo municipal está adstrito a tributar por meio do IPTU a posse *ad usucapionem*, ou seja, a posse que possa conduzir à propriedade.

E no tiroteio doutrinário e jurisprudencial envolvendo os conceitos sobre IPTU que se situa a possibilidade constitucional de aplicação da chamada imunidade recíproca, a qual veda União, estados, Distrito Federal e municípios instituírem tributos sobre o patrimônio, renda ou serviços uns dos outros (artigo 150, VI, da Constituição).

Nesse contexto, temos os fortes embates travados desde o início desse século em torno da possibilidade de cobrança do IPTU sobre imóveis afetados a serviços públicos (os mais diversos) concedidos, sejam eles rodovias federais ou estaduais, ferrovias, transporte de passageiros (metrô), arrendamentos portuários, serviços de saneamento básico, ou quaisquer outros.

O fato é que desde 2017 as empresas delegatárias de serviço público vêm enfrentando um desafio no campo tributário devido às cobranças relativas ao IPTU efetivadas pelas Fazendas Públicas municipais, haja vista uma surpreendente reviravolta da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quando julgou os Recursos Extraordinários 594.015 e 601.720. A partir daí iniciou-se uma celeuma jurídica em torno do assunto, tendo em vista os impactos econômicos do novo entendimento.

No caso do RE 594.015/SP, sob relatoria do ministro Marco Aurélio, discutiu-se a cobrança de IPTU em imóvel arrendado à Petrobras, no Porto de Santos, sendo o IPTU de responsabilidade da Companhia Docas do Estado de São Paulo.

Já; no RE 601.720/RJ, relator o ministro Edson Fachin, tratou-se de caso envolvendo a concessão de veículos Barrafor, que ocupava imóvel no município do Rio de Janeiro cedido pela Infraero. No processo, o município alegou que a cobrança do IPTU seria válida porque a empresa tem finalidade econômica. Argumentou que a dispensa do imposto daria vantagem em relação às concorrentes.

Outros processos podem ser ainda mencionados envolvendo os mais diversos setores

econômicos, como em ferrovias (RE 1.479.602/MG; RE 1.481.817/MG; RE 1.317.918/PR; RE 1.460.950/RJ; RE 1.479.133/MG) ou mesmo no transporte aquaviário (RE 1.272.751/RJ, caso das Barcas S.A.) e até envolvendo saneamento básico como no RE 600.867/SP (caso que envolveu a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - Sabesp).

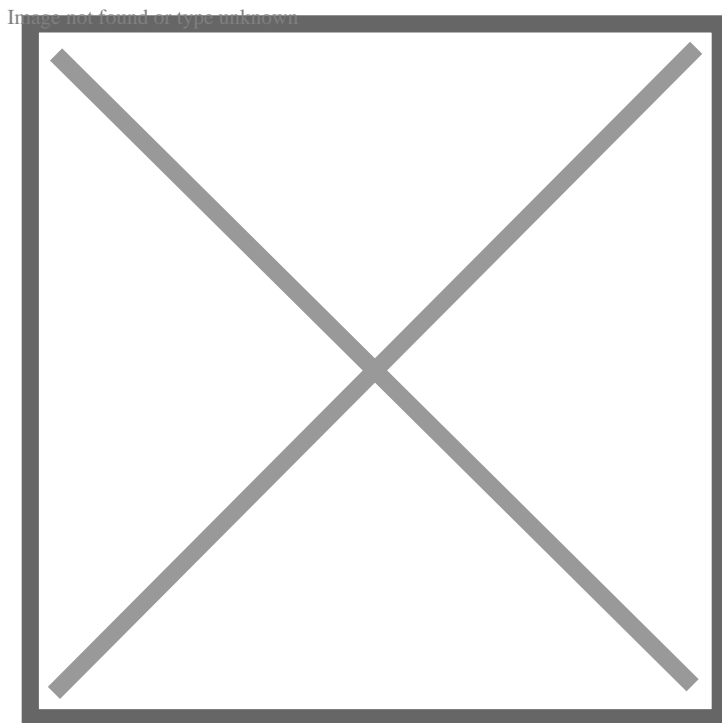
Mais recentemente, no Recurso Extraordinário (RE) 1.320.054, sob relatoria do ministro Roberto Barroso, discutiu-se a possibilidade de aplicação da imunidade tributária recíproca à Companhia do Metropolitano de São Paulo - Metrô, sociedade de economia mista prestadora de serviço público de transporte de passageiros. Nesse processo, foi fixado o Tema 1.140.

A tese de que as empresas públicas e as sociedades de economia mista delegatárias de serviços públicos essenciais, que não distribuam lucros a acionistas privados nem oferecem risco ao equilíbrio concorrencial, são beneficiárias da imunidade tributária recíproca prevista no artigo 150, VI, a, da Constituição, independentemente de cobrança de tarifa como contraprestação do serviço.

Entendimento do STF

Em torno do dilema constitucional, os ministros do STF têm se posicionado, de um lado, pela inconstitucionalidade da cobrança do IPTU, por aplicação de um rigor técnico-formal, no sentido de que se trata de um imposto real, incidente sobre a propriedade, e que o mero possuidor direto (a empresa concessionária do serviço público delegado) evidentemente não é possuidor com *animus domini*.

De outro lado, para defender a incidência e possibilidade de cobrança do IPTU das empresas



delegatárias do serviço público concedido, há ministros que entendem que se deve clamar por uma eventual justiça fiscal, alegando prejuízos causados às finanças municipais, uma vez que municípios teriam de arcar com os efeitos urbanos e ambientais das instalações das empresas para atender e prestar os serviços concedidos. Argumenta-se também que os particulares que utilizam os imóveis públicos para exploração econômica com finalidade lucrativa, ao não pagar IPTU, estariam recebendo vantagem concorrencial em relação a outras empresas.

Argumentos

Contra o entendimento do STF sobre o assunto, alguns fortes argumentos necessitam ser arguidos, em contrário à possibilidade de cobrança do IPTU sobre os terrenos afetados aos serviços delegados à iniciativa privada nos diversos setores da infraestrutura.

Pode-se sintetizar tais argumentos em quatro importantes pilares:

- (1) a empresa delegatária do serviço público não exerce atividade econômica em sentido estrito, mas presta um serviço, sob o regime de delegação;
- (2) os bens imóveis afetos ao serviço público são considerados bens reversíveis e são devolvidos ao Poder Concedente com a extinção da relação contratual público-privada, não havendo que se falar em posse como expressão da propriedade (*animus domini*), fato gerador do IPTU, nos termos do artigo 156, I, da Constituição Federal;
- (3) inexistente valor venal desses imóveis em razão de sua vinculação à prestação do serviço público e sua indisponibilidade de venda no mercado; e
- (4) reconhecer a incidência de um tributo municipal sobre uma concessão pública federal significa admitir a tributação de um ente federado por medida tributária de outro.

O assunto é tão relevante que a Advocacia Geral da União (AGU) emitiu o Parecer 358/2022/Conjur-Minfra/CGU/AGU, no qual se avaliou o impacto do novo entendimento do STF sobre as concessões de infraestrutura de transportes. O documento fez a conta do impacto da valoração do IPTU de cada área, tomando por base uma notificação de cobrança do município de Santos (SP), montante que, em 2021, apontaria o valor de R\$ 1.179/m².

Conclusão

Especificamente no caso do setor portuário, a evolução da disciplina dos contratos de arrendamento portuário ratifica a importância dos dispêndios com IPTU para o juízo de viabilidade dos projetos, o que atribui força à argumentação em favor da necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de arrendamento em cujos estudos de viabilidade o IPTU não tenha sido considerado, em sobrevivendo cobrança do tributo posteriormente.

De modo que, nos contratos de arrendamento portuário mais antigos, não se disciplinava o tema da cobrança daquele imposto. Existem nesses contratos antigos uma disposição contratual no sentido



de que a arrendatária se obriga a pagar os tributos e contribuições de qualquer natureza, incidentes ou que venham a incidir, sobre as áreas e infraestruturas públicas arrendadas e sobre a atividade exercida. A arrendatária assumiria, portanto, o risco de modificações tributárias.

No caso das concessões de rodovias sejam federais ou mesmo estaduais, o montante total anual de IPTU pode chegar a uma ordem de grandeza da casa de bilhão de reais ao longo de 20 ou 30 anos.

Demonstra-se, desse modo, a materialidade e relevância do assunto haja vista que a cobrança do IPTU impacta o equilíbrio econômico-financeiro e, conseqüentemente, as tarifas e preços públicos como também o repasse dos custos do imposto aos usuários dos serviços públicos prestados. Ou seja, no fim, quem paga a conta da cobrança do IPTU é a população, uma vez que as empresas concessionárias repassam o valor na tarifa.

Autores: Priscilla Maciel de Menezes Silva, Rafael Lapa Santos Bezerra