

24959



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA AMS 30.705-PE
(93.05.22316-8)

APELANTE : CVM-COMISSÃO DE VALORES IMOBILIÁRIOS
ADVOGADOS: YARA MARIA VIEIRA FERREIRA E OUTROS
APELANTE : BOLSA DE VALORES DE PERNAMBUCO E PARAÍBA
ADVOGADOS: MARCO TÚLIO CARACIOLO ALBUQUERQUE E OUTROS
APELADA : WANDERLEY AGROPECUÁRIA S/A
ADVOGADOS: RITA VALÉRIA CARVALHO CAVALCANTE E SANDRA MARIA DA SILVA
SEÇÃO DE ORIGEM: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA-PE
RELATOR : O SR. JUIZ HUGO MACHADO

EMENTA:

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. INSTRUÇÕES CVM 133/90 E 136/90. TRIBUTÁRIO. TAXA, PREÇO PÚBLICO E PREÇO PRIVADO.
- Se o pagamento da referida "contribuição" é compulsório, no sentido de que a sua cobrança independe da utilização de qualquer serviço da Bolsa de Valores, então é justo que esta remuneração, cobrada pelo Poder Público, sofra as limitações próprias dos tributos.
- A "contribuição" instituída pelas Instruções CVM 133/90 e 136/90, a ser paga pelas empresas beneficiárias de aplicação de recursos oriundos de incentivos fiscais, em favor da Bolsa de Valores, é Taxa, e não Preço, seja público ou privado, sendo sua cobrança inconstitucional, por não haver sido instituída com o devido processo legal.
- Inconstitucionalidade das instruções CVM 133/90 e 136/90.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE das Instruções 133/90 e 136/90 da CVM, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, PE., 20 de agosto de 1997.
(data do julgamento)

Juiz Hugo Machado
Relator

INCL	DIG	I	C	A
20102198	ACI			

100514
PUBLICADO NO DJ DE
21 NOV 1997
TRF - 5ª REGIÃO



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5.ª REGIÃO

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA AMS Nº 30.705-PE
(93.05.22316-8)

APELANTE : CVM-COMISSÃO DE VALORES IMOBILIÁRIOS
ADVOGADOS : YARA MARIA VIEIRA FERREIRA E OUTROS
APELANTE : BOLSA DE VALORES DE PERNAMBUCO E PARAÍBA
ADVOGADOS : MARCO TÚLIO CARACIOLO ALBUQUERQUE E OUTROS
APELADA : WANDERLEY AGROPECUÁRIA S/A
ADVOGADOS : RITA VALÉRIA CARVALHO CAVALCANTE E SANDRA MARIA
DA SILVA
ORIGEM : JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA-PE
RELATOR : O SR. JUIZ HUGO MACHADO

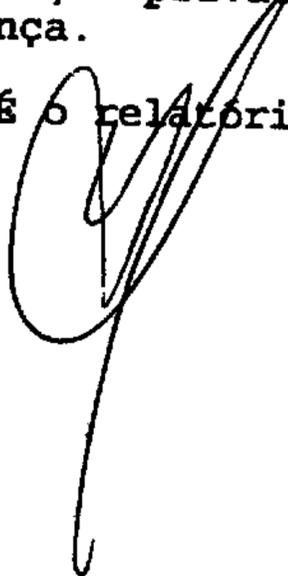
RELATÓRIO

O SR. JUIZ HUGO MACHADO: A egrégia 1ª Turma, em decisão proferida em 14/04/94, entendendo ser inconstitucional a cobrança da Contribuição instituída pelas Instruções CVM 133/90 e 136/90, deliberou submeter a questão ao Egrégio Plenário deste Tribunal.

A Instrução CVM 133/90, foi revogada pela Instrução CVM 136/90. Não obstante, foi mantida a instituição de uma contribuição anual, a ser paga à Bolsa de Valores, por todas as sociedades anônimas favorecidas com investimento de recursos oriundos de incentivos fiscais.

O Ministério Público Federal, em seu parecer lançado nos autos nesta instância, desta feita opinou pela rejeição da Arguição de Inconstitucionalidade, ao argumento de tratar-se de preço privado, portanto considerando legítima a sua cobrança.

É o relatório.





PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5.ª REGIÃO

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA AMB N.º 30.705-PE
(93.05.22316-8)

APELANTE : CVM-COMISSÃO DE VALORES IMOBILIÁRIOS
ADVOGADOS : YARA MARIA VIEIRA FERREIRA E OUTROS
APELANTE : BOLSA DE VALORES DE PERNAMBUCO E PARAÍBA
ADVOGADOS : MARCO TÚLIO CARACIOLO ALBUQUERQUE E OUTROS
APELADA : WANDERLEY AGROPECUÁRIA S/A
ADVOGADOS : RITA VALÉRIA CARVALHO CAVALCANTE E SANDRA MARIA
DA SILVA
ORIGEM : JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA-PE
RELATOR : O SR. JUIZ HUGO MACHADO

VOTO

EMENTA:

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. INSTRUÇÕES CVM 133/90 E 136/90. TRIBUTÁRIO. TAXA, PREÇO PÚBLICO E PREÇO PRIVADO.

- Se o pagamento da referida "contribuição" é compulsório, no sentido de que a sua cobrança independe da utilização de qualquer serviço da Bolsa de Valores, então é justo que esta remuneração, cobrada pelo Poder Público, sofra as limitações próprias dos tributos.

- A "contribuição" instituída pelas Instruções CVM 133/90 e 136/90, a ser paga pelas empresas beneficiárias de aplicação de recursos oriundos de incentivos fiscais, em favor da Bolsa de Valores, é Taxa, e não Preço, seja público ou privado, sendo sua cobrança inconstitucional, por não haver sido instituída com o devido processo legal.

- Inconstitucionalidade das instruções CVM 133/90 e 136/90.

JUIZ HUGO MACHADO (Relator): A questão que se coloca, em síntese, concerne ao estabelecimento da distinção entre taxa e preço, para que se possa saber se no presente caso tem-se realmente um tributo, ou se é de preço a contribuição que se cuida.

Sobre tal distinção já escrevi:



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5.ª REGIÃO

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA AMS Nº 30.705-PR
(93.05.22316-8)

"O que caracteriza a remuneração de um serviço público como taxa, ou como preço público, é a compulsoriedade, para a taxa, e a facultatividade, para o preço, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal. Importante, porém, é a compreensão adequada, que se há de ter, do que seja essa compulsoriedade, e essa facultatividade.

A título de exemplo, imaginemos a necessidade que se tem de energia elétrica. Se o ordenamento jurídico nos permite atender essa necessidade com a instalação de um grupo gerador em nossa residência, ou estabelecimento industrial, ou comercial, então a remuneração que o Estado nos cobra pelo fornecimento de energia é um preço público, pois não somos juridicamente obrigados a utilizar o serviço público para a satisfação de nossa necessidade. Embora nos seja mais conveniente a utilização do serviço público, do ponto de vista econômico, ou por outra razão qualquer, do ponto de vista rigorosamente jurídico, nada nos impede de, por outro meio, atender a necessidade de energia elétrica. A remuneração que pagamos pelo serviço de fornecimento de energia elétrica, portanto, não é compulsória. Por outro lado, se há norma jurídica proibindo a instalação de grupo gerador, ou unidade de captação de energia solar, em residências, ou estabelecimentos comerciais, ou industriais, de sorte que o atendimento da necessidade de energia elétrica, por qualquer outro meio que não seja o serviço público, torna-se impossível sem violação da ordem jurídica, tem-se que a utilização do serviço, e por isto mesmo o pagamento da remuneração correspondente, é compulsória. Neste caso, essa remuneração correspondente é taxa.

O mesmo pode ser dito do serviço de água e esgoto. Se há norma proibindo o atendimento da necessidade de água e de esgoto por outro meio que não seja o serviço público, a remuneração correspondente é taxa. Se a ordem jurídica não proíbe o fornecimento de água em pipas, nem o uso de fossas, nem o transporte de dejetos em



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5.ª REGIÃO

**ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA AMS Nº 30.705-PR
(93.09.22316-8)**

veículos de empresas especializadas, nem o depósito destes em locais para esse fim destinados pelo Poder Público, ou adequadamente construídos pela iniciativa privada, então a remuneração cobrada pelo serviço público de fornecimento de água e esgoto é preço público. Se, pelo contrário, existem tais proibições, de sorte a tornar o serviço público o único meio de que se dispõe para o atendimento da necessidade de água, e de esgoto, então a remuneração respectiva será taxa.

Essa é a conclusão a que se chega da análise de memorável acórdão do Supremo Tribunal Federal, que apreciou questão relativa à cobrança de remuneração pela coleta de lixo do então Estado da Guanabara. Como a legislação daquele Estado proibia o uso de todo e qualquer meio para o atendimento da necessidade de livrarem-se as pessoas do lixo produzido em suas residências, ou em suas atividades profissionais, tornando obrigatório, assim, o uso do serviço prestado pela empresa estatal criada para esse fim, a remuneração que vinha sendo cobrada como preço público foi considerada como taxa pela Corte Maior.

É importante compreender o fundamento dessa idéia.

Se a ordem jurídica obriga a utilização de determinado serviço, não permitindo o atendimento da respectiva necessidade por outro meio, então é justo que a remuneração correspondente, cobrada pelo Poder Público, sofra as limitações próprias dos tributos. O contribuinte estará seguro de que o valor dessa remuneração há de ser fixado por critérios definidos em lei. Terá, em síntese, as garantias estabelecidas na Constituição.

Por outro lado, se a ordem jurídica não obriga a utilização do serviço público, posto que não proíbe o atendimento da respectiva necessidade por outro meio, então a cobrança da remuneração correspondente não ficará sujeita às restrições do sistema tributário. Pode ser fixada livremente pelo Poder Público, pois o seu



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5.ª REGIÃO

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA AMS Nº 30.705-PR
(93.05.22316-8)

pagamento resulta de simples conveniência do usuário do serviço.

À liberdade, que tem o Poder Público, na fixação do preço público, corresponde a liberdade do cidadão de utilizar, ou não, o serviço correspondente. Se o cidadão não tem essa liberdade, o Poder Público deve estar igualmente limitado pelo ordem jurídica, no que pertine aos critérios para fixação do valor a ser cobrado, que será um tributo."

(Curso de Direito Tributário, 8ª edição, Malheiros, São Paulo, 1993, pg. 330/331).

No presente caso, a necessidade de utilizar a Bolsa de Valores decorre da ordem jurídica, e não de circunstâncias meramente fáticas.

Se a "contribuição" fosse cobrada pelo uso efetivo dos serviços da Bolsa, mesmo assim seria um tributo, porque inexistente alternativa lícita de atendimento da necessidade da empresa de colocar à venda ações suas. De todo modo, como as empresas em geral, podem se valer de outros meios para a obtenção de recursos financeiros, seria razoável admitir-se que, indo à Bolsa por opção sua, tivesse a empresa apelada de pagar a remuneração por aquela instituição cobrada.

Ocorre que a aludida "contribuição" é compulsória, no sentido de que a sua cobrança independe da utilização de qualquer serviço da Bolsa.

Que se trate de preço privado nem de longe se pode admitir. Inexiste preço privado compulsório, em sentido jurídico. Todo preço privado é contratual. A relação obrigacional em que reside não surge sem a intermediação de ato de vontade. Se de preço privado fosse o caso, a empresa simplesmente deixaria de pagar, e a única consequência jurídica desse inadimplemento seria a desobrigação da Bolsa de prestar-lhe o serviço correspondente. Penso, por isto, que se trata efetivamente de tributo.

Portanto, a contribuição criada pelas referidas instruções, na verdade é uma taxa, ou seja, trata-se de um tributo, e sua cobrança fere a Constituição Federal, por não haver sido instituída com o devido processo legal.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5.ª REGIÃO

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA AMS Nº 30.705-PR
(93.05.22316-8)

Por tais razões, penso que as Instruções da CVM 133/90 e 136/90, que instituíram a contribuição, são inconstitucionais, e como tal as declaro.

É como voto.

MB
M. Beatriz B. M. Andrade
Tapeiros
16h10min - Beatriz



T.Pleno - 02.08.95

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5.ª REGIÃO



**ARGÜIÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE NA
APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 30.705 - PE
RELATÓRIO E VOTO (NO GABINETE)**

O SR. JUIZ HUGO MACHADO (RELATOR): Declaro a inconstitucionalidade das Resoluções 133 e 136 da Comissão de Valores Mobiliários.

O SR. JUIZ JOSÉ DELGADO: Peço vista dos autos.

DECISÃO: Após o voto do Juiz Hugo Machado, declarando a inconstitucionalidade das Resoluções 133 e 136 da Comissão de Valores Mobiliários, pediu vista o Juiz José Delgado. Aguardam os demais.

16h10min-Heloisa



T. Pleno 14.02.96



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA
APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA
Nº 30.705-PE

VOTO

O SR. JUIZ CASTRO MEIRA: Sr. Presidente, conhecemos o trabalho do Juiz Hugo Machado, a respeito da distinção entre taxa e preço público e preço privado, e, ao meu ver, é quem se aprofundou sobre a matéria, trazendo a conclusão definitiva sobre o tema, que é um dos mais difíceis do Direito Tributário. Estou de acordo com a doutrina de S. Exa, de tal modo que me abstenho de fazer maiores considerações para, no caso concreto, reconhecer a inconstitucionalidade da instrução CVM 136/90.

A handwritten signature in black ink, appearing to be the initials "de M" or similar.

RELATOR: O SR. JUIZ HUGO MACHADO.

16h10min - Heloisa



T.Pleno - 14.02.96

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO



**ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA
APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA
Nº 30.705-PE**

RELATÓRIO E VOTO(NO GABINETE)

O SR. JUIZ HUGO MACHADO(RELATOR): Declaro a inconstitucionalidade da resolução 136/ 90 da CVM,no que instituiu um tributo sem competência para tanto.

O SR. JUIZ PETRÚCIO FERREIRA: Pede vista.

DECISÃO: Após o voto do Relator e do Juiz Castro Meira, declarando a inconstitucionalidade das instruções 133/90 e 136/90 da CVM, pediu vista o Juiz Petrócio Ferreira. Aguardam os demais.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA AMS Nº 30.705-PE
(93.05.22316-8)

APELANTE : CVM-COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS
ADVOGADOS : YARA MARIA VIEIRA FERREIRA e outros
APELANTE : BOLSA DE VALORES DE PERNAMBUCO E PARAÍBA
ADVOGADOS : MARCO TULIO CARACIOLO ALBUQUERQUE e outros
APELADO : WANDERLEY AGROPECUÁRIA S/A
ADVOGADOS : RITA VALÉRIA DE CARVALHO CAVALCANTE e outros
REMETENTE : JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA/PE
RELATOR : JUIZ HUGO MACHADO

VOTO-VISTA

O Juiz ÉLIO WANDERLEY DE SIQUEIRA FILHO
(CONVOCADO):

Cuida a hipótese de arguição de inconstitucionalidade suscitada pela E. 1ª Turma desta Casa, na sessão de 14.04.94, tendo por objeto a Instrução CVM nº 136/90, que instituiu o pagamento de contribuição anual pelas sociedades beneficiárias de incentivos fiscais, em favor das bolsas onde são negociados seus valores mobiliários.

O MM. Juiz Hugo de Brito Machado, relator da presente arguição, votou pela declaração de inconstitucionalidade, entendendo que a contribuição anual possui natureza de taxa, face à compulsoriedade de sua cobrança, independentemente da utilização de qualquer serviço da Bolsa de Valores. Assim sendo, não tendo sido observado o devido processo legal para instituição da taxa, é a mesma inconstitucional.

Após o voto do MM. Juiz Castro Meira, acompanhando o douto relator, pediu vistas o Exmo. Juiz Petrócio Ferreira.

Do exposto, verifica-se que a "vexata quaestio" resume-se à natureza jurídica da contribuição anual em favor das Bolsas de Valores (se taxa ou preço) e à legalidade ou ilegalidade de sua instituição.

Sobre a distinção entre taxas e preços, afirma Roque Antônio Carrazza (Princípios Constitucionais Tributários, Ed. RT, 1986, p. 162):

"taxas são tributos que têm por hipótese de incidência uma atuação estatal, diretamente referida ao contribuinte. Esta atuação - consoante reza o art. 18, I, da CF (que traça a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

hipótese de incidência genérica das taxas) - pode consistir num serviço público ou num ato de polícia. Daí distinguirmos as taxas de serviço (vale dizer, as taxas que têm por pressuposto a realização de um serviço público) das taxas de polícia (ou seja, que nascem em virtude da prática, pelo Poder Público, de um ato de polícia)" [Vale observar, aqui, que o art. 18, I, da Constituição de 1969, foi fielmente reproduzido na Constituição vigente de 1988 - v. art. 145, II]

preleciona:

Paulo de Barros Carvalho (Curso de Direito Tributário)

" Taxas são tributos que se caracterizam por apresentarem, na hipótese da norma, a descrição de um fato revelador de uma atividade estatal, direta e especificamente dirigida ao contribuinte. Nisso diferem dos impostos e a análise de suas bases de cálculo deverá exibir, forçosamente, a medida da intensidade da participação do Estado... O direito positivo vigente prevê duas subespécies de taxas: a) taxas cobradas pela prestação de serviços públicos; b) taxas cobradas em razão do exercício regular do poder de polícia"

O Eminentíssimo Relator, Hugo de Brito Machado, em artigo publicado na Revista AJUFE nº 30, em estabelecendo as diferenças entre taxa e preço, assim se houve:

"Não é fácil, nos domínios da Ciência das Finanças, estabelecer a diferença entre taxa e preço público. No âmbito jurídico, porém, a questão se resolve em admitir-se a distinção entre atividade própria do Estado e atividades que podem ser exercidas por particulares(...). Assim, admite-se que a lei estabeleça a fronteira entre a taxa e o preço, instituindo o que se pode entender como taxa por definição legal. Assim, temos que: a) se a atividade estatal situa-se no terreno próprio, específico do Estado, a receita que a ela se liga é uma taxa; b) se a atividade estatal situa-se no ambiente privado deve ser um preço; c) havendo dúvida, pode a lei definir a receita como taxa ou como preço. O importante é entender-se que, se a lei denominou a receita como taxa, vinculou esta ao regime jurídico tributário. Tal receita ficará, portanto, sujeita aos princípios da legalidade e da anterioridade da lei ao exercício financeiro correspondente."



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

assevera:

Ruy Barbosa Nogueira (Curso de Direito Tributário, 10ª Edição)

“Que vem a ser serviço específico e divisível como elemento de taxa? O Estado, na sua missão de atender ao bem comum, já presta serviços gerais à coletividade, cujos gastos são cobertos sobretudo pela receita dos impostos. Serviço específico, necessário para a instituição da taxa, é o suscetível de utilização individual pelo contribuinte, e divisível é o destacável em unidade autônoma. Não há, assim, possibilidade de confusão com os serviços gerais. Convém também esclarecer que esse serviço específico é aquele que somente pode ser prestado pelo Estado, isto é, serviço administrativo ou jurisdicional. Só ao Estado compete prestá-lo aos seus jurisdicionados como desempenho de atribuições públicas e como decorrência do *jus imperii*. Uma atividade civil, comercial ou industrial que possa ser prestada dentro da relação negocial não tem a natureza dessa atividade estatal específica. Esse serviço específico há de decorrer do exercício do poder de regular (poder de polícia), do poder de tributar ou da consorciação destes e sempre, para cada pessoa jurídica de direito público, em razão do exercício de atribuições constitucionais de cada governo. Que significam as expressões ‘pela utilização efetiva ou potencial, de serviços públicos’, ‘prestados ao contribuinte ou posto a sua disposição’ (CF, art. 145, II)? Neste caso o Poder Público cria o serviço que, do ponto de vista tributário, é compulsório; utilizado ou não pelo contribuinte, a taxa será devida, mas o essencial é que o Poder Público efetivamente o tenha criado e que ele seja suscetível de utilização.”

Ives Gandra da Silva Martins (Curso de Direito Tributário, vol. 02, 4ª edição), sobre a natureza jurídica das taxas, assim se houve:

“Portanto, para que se dê o nascimento da obrigação tributária pertinente à taxa, torna-se necessário, como fonte imediata, a existência de uma situação hipoteticamente prevista em lei - princípio da legalidade -, cujo conteúdo será uma atuação estatal; e por ser a obrigação tributária *ex lege*, basta para seu surgimento que se verifiquem os pressupostos legais - atuação do Poder Público - no mundo material, concreto.... Resumindo,



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

o que designará a natureza específica da taxa será o seu fato gerador, e com ele será feita a diferença com as demais espécies tributárias, aliás, como reza o art. 4º do CTN... A taxa, como tributo é compulsória, ressaltada essa sua característica pela utilização potencial do serviço, isto é, basta simplesmente estar ele à disposição do contribuinte, que, mesmo não o utilizando, é obrigado a pagar o gravame. Também pela natureza pública do regime jurídico, o exercício do poder de polícia, a prestação do serviço público e a cobrança da taxa devem-se dar independentemente da vontade da administração pública, pois essas condutas são exigidas por vontade da lei..."

O mesmo Ives Gandra, em distinguindo taxa de serviço, assim dispõe:

"Seu fato gerador é a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público, específico e divisível, prestado ao contribuinte ou colocado à sua disposição... Essa obrigatoriedade de utilização, melhor diríamos, compulsoriedade de pagamento, só pode ser justificada em nosso ordenamento legal pelo regime jurídico de direito público, no qual a relação jurídica se originará, não por vontade das partes, como no regime de direito privado, facultativo, mas por vontade da lei, tornando-a compulsória. O Poder público, neste passo, se obriga a prestar o serviço e a cobrar taxa, e o contribuinte, coativamente, mesmo que não o use, se obriga a pagá-la. Em sendo adotado o regime contrário, o regime jurídico de direito privado, essa compulsoriedade seria impossível, visto que a relação jurídica somente se instauraria com o acordo das vontades. Querendo o indivíduo utilizar o serviço, pagará a devida contraprestação; caso não o faça, estará dispensado do pagamento. Estar-se-ia diante da espécie denominada preço público ou tarifa"

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Direito Administrativo, 7ª edição) assim define:

"Serviço público é toda atividade que a Administração Pública executa, direta ou indiretamente, para satisfazer a necessidade coletiva, sob regime jurídico predominantemente público. Abrange atividades que, por sua essencialidade ou relevância para a coletividade, foram assumidas pelo Estado, com ou sem exclusividade."



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

A mesma autora, por sua vez, define administração pública - objetiva e subjetivamente, nos seguintes termos:

"Assim, em sentido material ou objetivo, a administração pública pode ser definida como a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve, sob regime jurídico de direito público, para a consecução dos interesses coletivos. (...) Pode-se definir Administração Pública, em sentido subjetivo, como o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado."

José Cretella Júnior define serviço público como "toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades públicas mediante procedimento típico do direito público."

Hely Lopes Meirelles define serviço público como "todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado."

Em ciclo de conferências sobre o tema "Taxa e Preço" (Caderno de Pesquisas Tributárias, nº 10), concluiu-se:

"Normalmente distingue-se taxa de preço pelo critério da voluntariedade, que nos parece insatisfatório. Tal insatisfação já foi, entanto, denunciada por Marco Aurélio Greco e Alfredo Augusto Becker... O que distingue o preço da taxa é o regime jurídico. O Estado pode cobrar preços ou instituir taxas. No primeiro caso agirá como qualquer particular que presta um serviço, no segundo age como Poder Público. O preço público, é portanto, uma prestação cobrada pelo Estado, ou de quem lhe faça as vezes, em decorrência de uma atividade civil ou comercial, atividade esta cujo regime jurídico é o de direito privado."

Desta forma, frente à diversidade de conceitos de serviço público, não há como vincular-se, "sic et simpliciter", as taxas à prestação de serviços públicos individualizados, posto que, a depender da corrente adotada, é possível a remuneração de um serviço público através de preço.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

Sacha Calmon Navarro Coelho (Comentários à Constituição de 1988 - Sistema Tributário, 3ª edição) corrobora:

"O dilema resolve-se pela opção do legislador. Se escolher o regime tributário das taxas, ganha a compulsoriedade do tributo, inclusive pela mera disponibilidade do serviço, se prevista a sua utilização compulsória (CTN, art. 79, I, b), mas fica manietado pelas regras de contenção do poder de tributar. A fixação e o aumento da taxa só pode ser feita por lei e só tem eficácia para o ano seguinte. Se escolher o regime contratual, perde a compulsoriedade da paga pela mera disponibilidade do serviço mas ganha elasticidade e imediatidez na fixação das tarifas, sistema aceito previamente pelo usuário ao subscrever o contrato de adesão, liberando, assim, o controle congressual e a incidência das regras constitucionais de contenção ao poder de tributar."

Posta a questão, portanto, em torno da compulsoriedade ou não do pagamento, resta analisar-se o regime jurídico das Bolsas de Valores.

A Lei 4.728/65, que disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento, assim se houve:

"Art. 1º Os mercados financeiro e de capitais serão disciplinados pelo Conselho Monetário Nacional e fiscalizados pelo Banco Central da República do Brasil."

"Art. 5º O sistema de distribuição de títulos ou valores mobiliários no mercado de capitais será constituído:

- I - das Bolsas de Valores e das sociedades corretoras que sejam seus membros;
- II - das instituições financeiras autorizadas a operar no mercado de capitais;
- III - das sociedades ou empresas que tenham por objeto a subscrição de títulos para revenda, ou sua distribuição no mercado, e que sejam autorizadas a funcionar nos termos do art. 11;
- IV - das sociedades ou empresas que tenham por objeto atividade de intermediação na distribuição de títulos ou valores mobiliários, e que estejam registradas nos termos do art. 12."



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

"Art. 7º Compete ao Conselho Monetário Nacional fixar as normas gerais a serem observadas na constituição, organização e funcionamento das Bolsas de Valores (...)"

A Lei 6.385/76, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários, estabelece:

"Art. 5º É instituída a Comissão de Valores Mobiliários, entidade autárquica, vinculada ao Ministério da Fazenda."

"Art. 7º A Comissão custeará as despesas necessárias ao seu funcionamento com os recursos provenientes de:

(...)

III - receitas provenientes da prestação de serviços pela Comissão, observada a tabela aprovada pelo Conselho Monetário Nacional"

"Art. 8º Compete à Comissão de Valores Mobiliários:

I - propor ao Conselho Monetário Nacional a aprovação de normas gerais sobre:

(...)

f) administração das Bolsas; emolumentos, comissões e quaisquer outros custos cobrados pelas Bolsas ou seus membros, quando for o caso;"

(....)

V - fiscalizar e inspecionar as companhias abertas, dada prioridade às que não apresentem lucro em balanço ou às que deixem de pagar o dividendo mínimo obrigatório.

§1º O disposto neste artigo não exclui a competência das Bolsas de Valores com relação aos seus membros e aos valores mobiliários nelas negociados."



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

"Art. 19. Nenhuma emissão pública de valores mobiliários será distribuída no mercado sem prévio registro na Comissão."

O Decreto-Lei nº 2298/86 dispõe sobre o mercado de títulos e valores mobiliários incentivados, *verbis*:

"Art. 1º. Compete à Comissão de Valores Mobiliários, sem prejuízo de suas demais atribuições:

I - fiscalizar e disciplinar as sociedades beneficiárias de recursos oriundos de incentivos fiscais para aplicação em participações societárias"

II - regulamentar a negociação e a intermediação de títulos e valores mobiliários emitidos pelas sociedades de que trata o item anterior."

"Art. 3º No exercício de suas atribuições, a Comissão de Valores Mobiliários poderá:

I - Expedir normas relativas a:

a) registro de companhia emissora;

b) registro de distribuição primária ou secundária e de operações especiais de títulos e valores mobiliários incentivados;

...."

Por sua vez, da Instrução nº 92/88 se verifica:

"Art. 1º. As sociedades beneficiárias de recursos oriundos de incentivos fiscais previstos no Decreto-Lei nº 1.376, de 12 de dezembro de 1974, são disciplinadas e fiscalizadas de acordo com o Decreto-Lei nº 2.298, de 21 de novembro de 1986, e com o disposto nesta Instrução."

"Art. 2º. As sociedades referidas no *caput* do art. 1º serão obrigatoriamente registradas na Comissão de Valores Mobiliários, de acordo com as normas previstas nesta Instrução."

"Art. 16. As sociedades registradas nos termos desta Instrução deverão requerer a admissão à negociação dos valores mobiliários de sua emissão na Bolsa de Valores cuja área de atuação abranja a Unidade da Federação em que se localize a sede da companhia



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

(...)

§ 4º As sociedades beneficiárias de recursos oriundos de incentivos fiscais pagarão às Bolsas de Valores contribuição anual, de conformidade com tabela própria a ser elaborada pela CVM."

Quanto à natureza jurídica da Bolsa de Valores, a Resolução nº 1656/89, em seu art. 1º, *caput*, assim dispõe:

"Art. 1º As Bolsas de Valores são constituídas como associações civis, sem finalidade lucrativa, tendo por objeto social: (...)"

A Instrução nº 136/90, que revogou a Instrução nº 133/90, estabelece:

"Art. 1 A sociedade beneficiária de recursos oriundos de incentivos fiscais pagará, a partir do exercício de 1991, uma contribuição anual à Bolsa de Valores que admitiu seus valores mobiliários à negociação, na conformidade da tabela anexa."

Constata-se, da análise na apontada doutrina e legislação, que o acesso de companhias abertas ao mercado, regulado pelas Leis 6.404/76 e 6.385/76, prima pela obrigatoriedade de obtenção de registro, sob pena de se caracterizarem as empresas como sociedades fechadas, sem a possibilidade de negociarem suas ações no mercado mobiliário. Inexiste, pois, opção do contribuinte, mas mera ficção de opção (ou se inscreve ou não pode negociar seus valores mobiliários).

Observa-se, igualmente, que, a partir do registro, as empresas se obrigam a pagar um *quantum* pelos serviços prestados, *quantum* este determinado por Instrução expedida pela CVM, mais precisamente a Instrução nº 136/90.

Quanto ao argumento de que a contraprestação decorre de um serviço prestado na esfera privada, posto serem as Bolsas associações civis sem finalidade lucrativa, tem-se que o serviço prestado pelas Bolsas de Valores decorre de uma delegação da CVM, autarquia, em cuja atividade predomina o interesse da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

coletividade, quando regulamenta e fiscaliza as atividades do mercado de capitais (poder de polícia).

Concluindo, deve-se conceituar o preço público como uma contraprestação contratual, isento, pois, de compulsoriedade, face à disponibilidade do serviço. Quando, porém, os preços públicos se tornam compulsórios, pelas condições da prestação do serviço, transmudam-se, na realidade, em taxas, e, como tal, ficam sujeitos ao regime jurídico deste tributo. É a situação concreta que se apresenta nestes autos.

Constatado o regime tributário de Taxa, resta, tão-somente, saber se a contribuição anual foi instituída pelo modo adequado e pelo agente competente para tanto.

O princípio da legalidade, alicerce do Estado de Direito, encontra-se disposto na vigente Constituição Federal, art. 5º, II. Por outro lado, especificamente quanto à matéria tributária, estabelece o art. 150, I, da CF/88:

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

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça.”

Implícita, pois, encontra-se a lei como requisito da tributação.

Por outro lado, o art. 97, do CTN, dispõe:

“Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

- I - a instituição de tributos, ou a sua extinção;
- II - a majoração de tributos, ou sua redução, ressalvado o disposto nos arts. 21, 26, 39, 57 e 65;”
- III - a definição do fato gerador da obrigação tributária principal, ressalvado o disposto no inciso I do § 3º do art. 52, e do seu sujeito passivo;
- IV - a fixação da alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto no art. 21, 26, 39, 57 e 65;
- V - a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas;



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

VI - as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades."

Aliomar Baleeiro, em comentando o citado artigo, assevera:

"O art. 97 do CTN arrola taxativamente os casos reservados à lei ordinária da entidade pública investida constitucionalmente da competência para decretar o tributo."

doutrina: Quanto à fixação da alíquota e base de cálculo, o mesmo autor

"A decretação só se integra e completa com o *quantum* do tributo e a base para calculá-lo. Os incisos III e IV são consequência necessária dos incisos I e II, todos do art. 97."

Deste modo, verificando-se ter sido a contribuição anual "instituída" por Decreto-Lei e a fixação de seu *quantum* estabelecida por Instrução, a CVM nº 136/90, afrontou, indiscutivelmente o disposto no art. 150, I, da CF, e art. 97, do CTN, que determina que tanto a instituição quanto a majoração dependem de lei ordinária do poder competente.

Por tais razões, acompanhando os eminentes Juízes que me precederam, voto no sentido de DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE DA INSTRUÇÃO CVM Nº 136/90.

É O MEU VOTO.



15h15min/Flávia N.

T.Pleno - 20.08.97

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5.ª REGIÃO

**ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA
APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 30.705 - PE
VOTO VISTA (NO GABINETE)**

O SR. JUIZ ÉLIO SIQUEIRA: Acompanhando os juízes que me antecederam, voto no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade desta instrução CVM 136, por afronta ao art. 156, § 1º, e também reconhecendo que esta instrução viola o art. 97 do CTN. *Manoel*

OS SRS. JUÍZES LÁZARO GUIMARÃES, MANOEL ERHARDT, JOSÉ MARIA LUCENA E ARAKEN MARIZ: De acordo (sem explicitação). *ERH*

RELATOR: O SR. JUIZ HUGO MACHADO.

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA AMS Nº 30705 - PE
(93.05.22316-8)



APELANTE : CVM - COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS.
ADVOGADOS : DRª YARA MARIA VIEIRA FERREIRA E OUTROS.
APELANTE : BOLSA DE VALORES DE PERNAMBUCO E PARAÍBA.
ADVOGADOS : DR. MARCO TÚLIO CARACIOLO ALBUQUERQUE E OUTROS.
APELADO : WANDERLEY AGROPECUÁRIA S/A.
ADVOGADOS : DRª RITA VALÉRIA DE CARVALHO CAVALCANTE, SANDRA MARIA DA
SILVA E OUTROS.
REMETENTE : JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA - PE.
RELATOR : O EXMO. SR. JUIZ HUGO MACHADO.
VOTO-VISTA: O EXMO. SR. JUIZ JOSÉ DELGADO.

D E S P A C H O

Afirmo suspeição por motivo de foro íntimo.

Recife, 13 de dezembro de 1995.


JUIZ JOSÉ DELGADO