



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DE JUSTIÇA - PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
PGM/CGC - PGM/Coordenadoria Geral do Consultivo

Viaduto do Chá, 15, - Bairro Centro - São Paulo/SP - CEP 01020-900

Telefone:

Parecer PGM/CGC Nº 6839170

EMENTA Nº
11.836

Cobrança de IPTU sobre áreas ocupadas por parques municipais em caso de concessão de serviços. Inexistência de posse por parte do concessionário que possa ensejar a tributação.

INTERESSADA: Secretaria Municipal de Desestatização e Parcerias

ASSUNTO: Consulta sobre a incidência de IPTU sobre os parques municipais cuja gestão será delegada à iniciativa privada por meio de concessão de serviços.

Informação n. 194/2018 - PGM-AJC

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
COORDENADORIA GERAL DO CONSULTIVO
Senhor Coordenador Geral

O presente foi iniciado pela Secretaria Municipal de Desestatização e Parcerias, que tem tomado as providências preparatórias a fim de efetivar a concessão de serviços relativa a parques municipais, com base no art. 9º da Lei n. 16.703/17. Apontando recentes decisões do Supremo Tribunal Federal - STF que admitiram a cobrança de Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU sobre bens federais cedidos a terceiros, questiona a Secretaria, de modo objetivo, quanto à incidência de IPTU sobre os parques municipais cuja gestão será delegada à iniciativa privada por meio de concessão de serviços.

SUREM entendeu que a hipótese em exame seria semelhante aos casos analisados pelo STF (Recursos Extraordinários n. 594.015/SP e 601.720/RJ), pois a posse decorrente do contrato, por ser permanente e de longa duração, poderia ser equiparada a uma "quase propriedade", semelhante ao domínio útil. Na qualidade de possuidor, o concessionário seria contribuinte do tributo e não mero responsável.

SF-COJUR observou que os precedentes do STF mencionados ainda não transitaram em julgado, havendo notícia de novas discussões a respeito, que poderão ser analisadas no julgamento final dos casos. Apontou a Coordenadoria, ainda, diferenças entre a situação em exame e a tese discutida nos precedentes referidos, nos quais se considerou ter havido a perda da pertinência dos imóveis em questão com vertentes do interesse público primário, de modo que haveria conflito com o valor constitucional subjacente à imunidade recíproca. Segundo a Coordenadoria, o vetor hermenêutico das decisões do STF teria sido afastar a imunidade recíproca no casos de posse direta de bens públicos por pessoas jurídicas de direito privado para o exercício de atividade econômica, o que não implicaria superação, para todas as situações, da jurisprudência até então dominante, mas apenas redução de seu alcance, retirando de seu âmbito os casos analisados e outros estritamente idênticos. No caso em exame, contudo, embora os concessionários se tornem possuidores diretos, sem *animus domini*, dos parques públicos onde exercerão atividade econômica, tais parques não perderão seu caráter de bem de uso comum do povo, cujo acesso será franqueado gratuitamente à população. Sendo de propriedade municipal os parques e mantida a finalidade pública correspondente, entendeu SF-COJUR que não haveria a incidência do IPTU em tais casos.

É o breve relato.

Assiste inteira razão a SF-COJUR no sentido de apontar, com adequada prudência, as características dos precedentes do STF e as dificuldades para estendê-los a situações que não sejam perfeitamente idênticas àquelas ali analisadas. De fato, ainda que o entendimento da Corte Suprema tenha de estar baseado em alguma espécie de flexibilização das noções subjacentes à qualificação da posse necessária à incidência do IPTU, não parece estar afastada, por completo, a necessidade do *animus domini* para possibilitar a incidência do tributo com base na posse.

Nesse sentido, os precedentes do STF não ensejam uma conclusão no sentido de que todo desdobramento da posse viabilizará a incidência do IPTU sobre a posse direta sempre que o possuidor indireto seja uma entidade pública. Na verdade, a fim de prestigiar, ao máximo, os julgados da Corte Suprema, devem ser consideradas suscetíveis de tributação a posse com *animus domini*, segundo a jurisprudência tradicional, bem como a posse de bens públicos pertencentes a outras entidades para fins de exploração de atividade econômica.

No entanto, em nenhuma dessas hipóteses se enquadra o caso dos parques cuja manutenção pode ser concedida à iniciativa privada, nos termos do art. 9º da Lei n. 16.703/17. Por um lado, independentemente do prazo de concessão, o concessionário não atuará com aparência de proprietário, não havendo como considerar a existência de posse com *animus domini*[1], mas de mero desdobramento da posse. Por outro lado, o caso em exame não parece assemelhar-se suficientemente àqueles que ensejaram as referidas decisões do STF, de modo a ensejar a tributação apenas da posse direta. A esse respeito, cabe acrescentar algumas ponderações em relação àquelas que já foram adequadamente apresentadas por SF-COJUR.

O primeiro ponto diz respeito ao fato de que eventual tributação dos bens em questão dependeria não exatamente da extensão do entendimento do STF a outros casos de imunidade recíproca, mas efetivamente de uma nova compreensão global da posse exigida para fins de incidência de IPTU, uma vez que o caso em exame não envolve propriamente a tributação de *outros entes*, mas a incidência de IPTU sobre *bens municipais*. Seria preciso, assim, entender como tributável a posse direta de tais bens, por meio de uma relação em que figuraria como contribuinte apenas o possuidor, a qual seria constituída nos casos em que houvesse exploração de atividade econômica por terceiros.

É necessário apontar, então, outra diferença fundamental entre as situações consideradas. De fato, ainda que possa haver entendimento no sentido de que todo serviço público constitui, no final das contas, uma atividade econômica, a diferença entre essas categorias é relevante e serve como *discrímen* para fins de submissão a este ou àquele regime jurídico. Não é possível, assim, afirmar que o concessionário dos serviços relacionados a parques municipais virá a explorar atividade econômica em sentido estrito. Será, na verdade, um delegatário de *serviço público*.

A discussão é relevante, tendo servido de referência até mesmo para o próprio STF, pois um dos pontos considerados nos julgados em questão foi o fato de que o possuidor devia sujeitar-se ao pagamento de IPTU a fim de evitar uma situação de favorecimento perante a concorrência[2]. No caso das atividades concedidas relacionados a parques, essa preocupação concorrencial simplesmente não existe, eis que se trata de serviços públicos, prestados em regime administrativo e que se situam à margem de qualquer espécie de concorrência. Mesmo que se considere a existência de outros parques, estes também estão situados em áreas públicas e seu operador, ente público ou concessionário, não será igualmente atingido pelo IPTU, de modo que não há motivo concorrencial para aplicar o entendimento do STF, surgido a partir de situações de exploração de atividades econômicas em regime de mercado.

Além disso, a aplicação do entendimento do STF ao caso sob consulta é fundamentalmente prejudicada pelo fato de não se tratar de uma concessão de bem público, mas de uma concessão de serviços, conforme apontado na consulta que inaugurou o presente expediente. É por isso que, conforme observou SF-COJUR, o parque sob gestão

privada manterá sua natureza de bem de uso comum, o que significa, em última análise, que o bem está na posse da coletividade, e não na posse de um concessionário. Não é outorgado ao concessionário um uso privativo, mas sim lhe é confiada a missão de prestar os serviços relacionados ao parque, de modo a viabilizar a própria destinação do bem ao uso comum.

Convém observar, no mais, que essa conclusão não se mostra restrita aos aspectos da concessão que envolvam bens de uso comum do povo. Em verdade, a concessão de serviços não implica a posse de bens pelo concessionário em nome próprio, já que o uso dos bens é feito pela própria Administração, por meio de um delegatário. É justamente por esse motivo que a concessão de serviços públicos não constitui uma modalidade de uso de bens públicos por terceiros, nos termos do art. 114 da Lei Orgânica do Município (cf. Informação n. 167/2016 - PGM-AJC). Assim sendo, mesmo que o concessionário acabe por utilizar o bem público com alguma exclusividade, como ocorre na parcela dos bens a ele confiados que possam configurar-se como bens de uso especial, ele o fará apenas para o fim de prestar o serviço a ele incumbido, não sendo o caso de formalizar uma cessão especificamente relativa ao bem, já que este continua na posse do próprio poder concedente^[3].

A propósito, ainda que possa haver entendimento doutrinário no sentido de que a utilização de bens públicos pelo concessionário configuraria posse, a vinculação de tais bens à prestação de serviços públicos parece afastar, por completo, o entendimento que viabilizou excepcionar a imunidade recíproca por conta da perda de sua "pertinência com elementos do interesse público"^[4]. De fato, em se tratando de bem afetado à prestação de serviço público, o fato de ele ser utilizado incidentalmente para a viabilização de tais atividades concedidas não o afasta de um regime administrativo, pautado estritamente pelo interesse público. Em outras palavras: ainda que se considerasse possível a posse pelo concessionário, esta não ocorreria em proveito próprio, ensejando a imposição do dever tributário correspondente, mas em proveito da coletividade, destinatária do serviço em questão.

Por fim, é preciso notar que as situações analisadas pelo STF implicavam, de fato, efeitos patrimoniais em relação aos municípios, tendo em conta que não se tratava de bens próprios, mas de outros entes públicos. No caso em exame, contudo, não é isso que se verifica: de fato, caso a Municipalidade viesse a cobrar IPTU dos concessionários, esse pagamento teria de ser considerado nos custos da concessão, diminuindo o valor de uma possível outorga pela assunção dos serviços ou tornando necessário um incremento na contraprestação pública oferecida ao concessionário. Dessa sorte, os valores eventualmente recebidos a título de IPTU seriam repassados ao próprio concessionário, revertendo para a equação econômico-financeira do contrato.

Mais que um argumento de ordem prática, essa evidência reforça a constatação de que não se trata de uma relação com um terceiro qualquer, que ocupa o bem em nome próprio, mas de um vínculo com um concessionário, que atua como delegatário de serviços públicos municipais. O reconhecimento da ausência de posse que habilite a incidência do IPTU, no caso sob consulta, acaba por constituir não somente a solução mais prática, mas aquela que se mostra mais coerente com as estruturas e conceitos jurídicos envolvidos.

Destarte, não há como deixar de acompanhar SF-COJUR em seu entendimento no sentido da não incidência de IPTU na hipótese sob consulta, sugerindo-se o retorno do presente à Pasta consulente, para os devidos fins.

São Paulo, 21 / 02 /2018.

JOSÉ FERNANDO FERREIRA BREGA
PROCURADOR ASSESSOR – AJC
OAB/SP 173.027
PGM

[1] Com menção a esse critério, cf. Barreirinhas, Robinson Sakiyama. *Manual de Direito Tributário*. São Paulo: Método, 2006, p. 496.

[2] Vale mencionar, em caráter meramente exemplificativo, os seguintes trechos do acórdão proferido no Recurso Extraordinário n. 601.720/RJ. Assim frisou, *v.g.*, a Ministra Cármen Lúcia, em uma das discussões havida em

plenário: "Quer dizer, alguém que esteja dentro de uma rodoviária e tem ali um cafezinho com pão de queijo não paga nada, não paga IPTU, e o que está lá fora paga. Então nós temos outros princípios a serem ponderados". Em seu voto, afirmou a Ministra: "A incidência da imunidade tributária, na espécie, não resiste a uma interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais (art. 150, §3º c/c art. 170, inc. IV), contrários à concessão reflexa de benesse tributária, a favorecer não o ente federado, mas empresa privada que se sujeita, exclusivamente, ao regime da isonomia, em livre concorrência". Já o Ministro Marco Aurélio assim frisou: "Tem-se afronta ao princípio da livre concorrência versado no artigo 170 da Constituição Federal, por estar-se conferindo ao particular uma vantagem indevida, não existente para os concorrentes. O Imposto Predial Territorial Urbano – IPTU representa relevante custo operacional, comum a todos que exercem a atividade econômica do recorrido. Afastar tal ônus de empresa que atua no setor econômico, ombreando com outras, a partir de extensão indevida da imunidade recíproca, implica desrespeito aos ditames da Constituição Federal". O Ministro Alexandre de Moraes, por sua vez, afirmou: "Quando, além da desassociação às finalidades públicas, houver risco de perturbação para a realidade econômica, a subsistência da norma de imunidade tornar-se-á bastante criticável, ante a necessidade de preservar o equilíbrio concorrencial típico da livre iniciativa".

[3] É o entendimento de Marçal Justen Filho, em obra clássica sobre o tema: "Parece problemático aludir, nesse ponto, a *posse* do concessionário. (...) O instituto da posse do Direito Civil não foi elaborado em face do vínculo entre concessionário e bens aplicados à concessão. Logo, transplantar o regime jurídico da posse para o campo da concessão importa inúmeras dificuldades. Assim, a circunstância de o concessionário ser responsável pela manutenção e conservação de uma rodovia não pode significar que ele detenha sua *posse*" (*Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 264). Em outro trecho: "O Direito produz um tratamento jurídico unitário para o conjunto de bens aplicados à prestação do serviço delegado. Ainda que se trate de uma pluralidade de bens e direitos, alguns públicos e outros privados, a disciplina jurídico considera tais bens em seu conjunto, inclusive para reconhecer a titularidade jurídica do concessionário. Essa questão é muito peculiar e não tem sido bem resolvida no âmbito do Direito Administrativo. É inquestionável que alguns bens aplicados à prestação do serviço público são inquestionavelmente públicos. Transfere-se ao concessionário apenas a 'posse' direta sobre eles – se é que tal se poderia cogitar de posse em sentido próprio. (...) Talvez se pudesse assemelhar a situação do concessionário ao do mandatário da posse. Isso se passa quando um certo sujeito exerce os poderes fáticos sobre um bem, mas no interesse e em nome de outrem" (idem, pp. 328-329).

[4] Citando de modo mais completo o voto do Ministro Alexandre de Moraes, proferido no julgamento do Recurso Extraordinário n. 601.720/RJ: "Em última análise, é a vinculação às finalidades públicas que legitima a norma imunizante, e é também ela que incompatibiliza o conceito de capacidade contributiva com as receitas públicas. Dada a essencialidade do elemento teleológico, a imunidade recíproca tende a encontrar limitação nas hipóteses em que o patrimônio pertencente aos entes federados perca sua pertinência com vertentes do interesse público". Segundo o Ministro, quando a cessão transfere o uso do imóvel para finalidades estranhas ao interesse público, a propriedade perde o atributo social que lhe caracterizava enquanto parte do acervo de bens públicos, passando a ser usufruída unicamente para a satisfação dos objetivos privados de outrem, com consequências competitivas para o segmento econômico afetado".



Documento assinado eletronicamente por **Jose Fernando Ferreira Brega, Procurador do Município**, em 21/02/2018, às 16:52, conforme art. 49 da Lei Municipal 14.141/2006 e art. 8º, inciso I do Decreto 55.838/2015



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.prefeitura.sp.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **6839170** e o código CRC **E950ACF1**.



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DE JUSTIÇA - PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
PGM/CGC - PGM/Coordenadoria Geral do Consultivo

Viaduto do Chá, 15, - Bairro Centro - São Paulo/SP - CEP 01020-900

Telefone:

Encaminhamento PGM/CGC Nº 6839771

INTERESSADA: Secretaria Municipal de Desestatização e Parcerias

ASSUNTO: Consulta sobre a incidência de IPTU sobre os parques municipais cuja gestão será delegada à iniciativa privada por meio de concessão de serviços.

Cont. da Informação n. 194/2018 – PGM.AJC

PGM

Senhor Procurador Geral

Encaminho-lhe o presente, com o entendimento da Assessoria Jurídico-Consultiva desta Coordenadoria Geral do Consultivo, que endosso, no sentido da não incidência de Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU na hipótese de delegação da gestão de parques municipais à iniciativa privada por meio de concessão de serviços.

São Paulo, 21 de fevereiro de 2018.

TICIANA NASCIMENTO DE SOUZA SALGADO
PROCURADORA ASSESSORA CHEFE – AJC
COORDENADOR GERAL DO CONSULTIVO SUBSTITUTA
OAB/SP 175.186
PGM



Documento assinado eletronicamente por **TICIANA NASCIMENTO DE SOUZA SALGADO, Procurador Chefe**, em 21/02/2018, às 17:17, conforme art. 49 da Lei Municipal 14.141/2006 e art. 8º, inciso I do Decreto 55.838/2015



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site
https://sei.prefeitura.sp.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **6839771** e o código CRC **58730D65**.

Referência: Processo nº 6071.2018/0000038-7

SEI nº 6839771



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DE JUSTIÇA - PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
PGM/CGC - PGM/Coordenadoria Geral do Consultivo

Viaduto do Chá, 15, - Bairro Centro - São Paulo/SP - CEP 01020-900

Telefone:

Encaminhamento PGM/CGC Nº 6840331

INTERESSADA: Secretaria Municipal de Desestatização e Parcerias

ASSUNTO: Consulta sobre a incidência de IPTU sobre os parques municipais cuja gestão será delegada à iniciativa privada por meio de concessão de serviços.

Cont. da Informação n. 194/2018 – PGM.AJC

SMDP

Senhor Secretário

Encaminho-lhe o presente, com a manifestação da Coordenadoria Geral do Consultivo, que acolho, no sentido de que não incidirá Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU caso venha a ser delegada a gestão de parques municipais à iniciativa privada por meio de concessão de serviços, nos termos do art. 9º da Lei n. 16.703/17.

São Paulo, 21 de fevereiro de 2018.

RICARDO FERRARI NOGUEIRA
PROCURADOR GERAL DO MUNICÍPIO

OAB/SP 175.805

PGM



Documento assinado eletronicamente por **Ricardo Ferrari Nogueira, Procurador Geral do Município**, em 21/02/2018, às 17:36, conforme art. 49 da Lei Municipal 14.141/2006 e art. 8º, inciso I do Decreto 55.838/2015



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.prefeitura.sp.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **6840331** e o código CRC **E6AA844D**.

Referência: Processo nº 6071.2018/0000038-7

SEI nº 6840331