

9.2. Não poderia, portanto, ser considerado legítimo o questionado art. 1.º do Decreto-lei n.º 2.281, de 5-6-1940. A sua aceitação, à época, só pode ser atribuída à peculiar situação política do momento. (A autonomia estadual, embora prevista na Constituição, estava tolhida não só pelo recesso das Assembleias Legislativas, como também pela inexistência de governadores eleitos, cabendo a direção dos Estados a interventores nomeados pela União).

9.3. Permitto-me transcrever, para ilustrar este voto, o ensinamento de Leopoldo Braga, enriquecido por citações dos mais ilustrados juristas:

«Depois de aludir à capacidade de legislar sobre produção e consumo, constitucionalmente deferida à União, e da qual se pretendia fazer derivar o «poder implícito» de outorgar isenções às cooperativas em matéria de tributos locais, sustentou o ilustre Min. Ribeiro da Costa (relator):

«A meu ver, essa capacidade conferida à União é restrita apenas à regulação, ao estabelecimento, de normas e diretrizes relativas à produção e ao consumo, não afetando, porém, a competência tributária dos Estados, a que se refere o preceito acima transcrito».

«No meu entender, se a capacidade de isentar, expressamente determinada, não consta do preceito constitucional, não há, logicamente, como considerá-la uma decorrência de poder implícito».

Do Exmo. Sr. Min. Mário Guimarães são estas expressões:

«Dir-se-á, todavia, que os poderes da União persistem, porque outorgados no art. 5.º, n.º XV, quando se lhe deferiu competência para legislar sobre: (a) direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, aeronáutico e do trabalho; (c) produção e consumo».

«Data venia», não posso concordar. O poder de legislar sobre Direito Comercial é o de estabelecer normas e princípios gerais dessa disciplina. E o mesmo sobre a produção e o consumo. Tais poderes não abrangem, todavia, o de modificar o regime tributário, naquilo que está assegurado em outro dispositivo da mesma Constituição».

«A linha de separação de impostos é inatingível. É essencial ao regime federativo. Não há que falar em Federação sem que se assegurem aos Estados os meios de viver com autonomia».

Para alargar os poderes da União, recorre-se, a cada passo, aos «poderes implícitos» e ao exemplo dos Estados Unidos.

Disse muito bem da tribuna o eminente advogado: não há poderes implícitos quando existem poderes expressos em sen-

tido contrário — e estes estão no art. 19.

Nem vem a pélo o exemplo dos Estados Unidos. A nossa evolução, em matéria federativa, processou-se de modo diametralmente oposto ao desse grande país».

«Procurando ambos, nós e os Estados Unidos, a Federação, partimos de pólos opostos. Procurando o meridiano da Federação, temos que seguir caminhos diferentes. Não se alegue, portanto, como recomendável para nós, a interpretação da Constituição americana, que, neste particular, rumo para a centralização. Não se toque, entre nós, no regime federativo. Não se bula no art. 19, que é a pedra angular desse regime».

E o Exmo. Sr. Min. Luiz Galotti completou assim essa pirâmide de sabedoria jurídica:

«Argumenta-se que estaria implícita na competência legislativa da União, para regular a produção e o consumo, a faculdade de isentar de tributos a produção. Disse o eminente Min. Nelson Hungria que, conforme a frase que ficou célebre nos anais da jurisprudência norte-americana, o poder de tributar envolve o poder de destruir. Esse conceito, porém, não mais vigora hoje em dia, sendo conhecida a frase com que Holmes lhe replicou na Corte Suprema dos Estados Unidos: «o poder de tributar não importará no poder de destruir, enquanto existir esta Corte Suprema».

«Entendo, «data venia», que não há poderes implícitos contra poder expresso atribuído pela Constituição a outro poder. O poder implícito supõe omissão, supõe lacuna. Ora, o art. 19, n.º IV, da Constituição, dispõe que «compete aos Estados decretar impostos sobre vendas e consignações efetuadas por comerciantes e produtores, inclusive industriais, isenta, porém, a primeira operação do pequeno produtor, conforme o definir a lei estadual» (Revista de Direito Administrativo, vol. 36, p. 62 a 73).

Esse magistral acórdão veio, felizmente, em boa hora, reduzir a seus justos termos e limites a já então calamitosa teoria dos «poderes constitucionais implícitos», de que se vinha, entre nós, usando e abusando para mascarar, justificar e sancionar toda sorte de usurpações ou invasões da competência tributária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, pelo Poder Central, e, pois, de flagrantes atentados à sua autonomia política, legislativa e fiscal (Leopoldo Braga, «Pareceres e Estudos Jurídicos», Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1967, tomo II, p. 181/3. (Grifos meus).

10. Poder-se-ia também pretender que, na Carta Constitucional

de 1937, o questionado texto fôsse compatível com o parágrafo único do art. 32, nestes termos:

«Parágrafo único — Os serviços públicos concedidos não gozam de isenção tributária, salvo a que lhes for outorgada, no interesse comum, por lei especial».

10.1. A isso eu objetaria que não se cuida aqui nestes autos de imposto relacionado com o serviço concedido, mas de imposto de transmissão imobiliária incidente em aquisição efetuada por empresa concessionária de serviço público.

10.2. De outro lado, persiste o óbice que apontei nos itens 8 e 9 deste voto, qual seja, o da impossibilidade de a União conceder isenções de impostos estaduais e municipais.

10.3. A propósito, quero invocar os ensinamentos do mestre José Souto Maior Borges:

«Estabeleceu a Constituição de 1937, contrariamente à de 1934, que, de regra, os serviços públicos concedidos não gozariam de isenção tributária e, «a fortiori», de imunidade. As concessões de serviços decaíram da hierarquia de constitucionalmente imunes, em 1934, ao se submeterem à tributação pela Constituição de 1937, salvo isenção concedida no interesse comum e por lei especial.

Para Castro Nunes, a diferença da que lhe antecederia, a Constituição de 1937 reservou ao legislador estabelecer a medida da isenção em cada caso.

O parágrafo único do art. 32, da Constituição de 1937, entretanto, não removeu as dúvidas sobre a possibilidade de isentarem, os Estados e Municípios, de tributos federais e, a União, de tributos estaduais e municipais, as suas próprias concessões.

O entendimento contrário à validade de lei de isenção de tributos estaduais e municipais, editada pela União para os concessionários de serviços públicos federais, foi sustentado, na vigência da Constituição de 1937, por Paulo Barbosa de Campos Filho, sob a alegação de que, se admitíssemos tais isenções, teríamos que admitir por igual, dada a reciprocidade do preceito, a possibilidade de isentarem, de tributos federais, os Estados e Municípios, aos seus próprios concessionários.

Esse critério da reciprocidade foi, também, o argumento de que se valeu para defender idêntico ponto-de-vista o Min. Filadelfo Azevedo, em célebres votos. Sustentou o ilustre magistrado que, se se considerasse como a «lei especial», a que se refere o art. 32, parágrafo único, da Constituição de 1937, a lei emanada do poder concedente — e não do poder tributante —, ter-se-ia que admitir a paridade de situação para o Estado e o Município. Assim, por exemplo, se a concessão fosse de serviço do Municí-