

# Revista de Direito Público

da Procuradoria-Geral do  
Município de Londrina

---



Uma publicação conjunta:



Associação dos Procuradores do Município de Londrina – APROLON



Procuradoria-Geral do Município de Londrina

Ano 3 ■ Vol. 3 ■ N. 2 ■ Ago./Dez. 2014



Associação dos Procuradores do  
Município de Londrina – APROLON



Procuradoria-Geral do Município de  
Londrina

# **Revista de Direito Público**

da Procuradoria-Geral do  
Município de Londrina

---

Vol. 3, Nº 2, Dezembro 2014  
Londrina

RDP-PGM Londrina	Londrina	V. 3 – Nº 2	165 p.	Dezembro 2014
------------------	----------	-------------	--------	---------------

# **Revista de Direito Público**

da Procuradoria-Geral  
do Município de Londrina

---

## **Conselho Editorial**

Carlos Renato Cunha (Coordenador)

Celso Zamoner

João Luiz Martins Esteves

José Roberto Reale

Paulo César Tieni

As opiniões emitidas nos artigos são de  
responsabilidade exclusiva de seus autores.

Publicação conjunta da Procuradoria-Geral do  
Município de Londrina e da Associação dos  
Procuradores Municipais de Londrina –  
APROLON.

Endereço eletrônico para remessa de artigos: [aprolon@aprolon.com.br](mailto:aprolon@aprolon.com.br)

Catálogo na publicação por Waléria de Luza – CRB 9/1402

Revista de Direito Público da Procuradoria –Geral do Município de  
Londrina/ Associação dos Procuradores do Município de  
Londrina – APROLON / Procuradoria –Geral do Município de  
Londrina, - v.3,n.2, (Dez, 2014) – Londrina, 2014.

Anual

ISSN: 2317-4188 ( on-line)

Disponível em:

<<http://www.aprolon.com.br/pkp/ojs/index.php/rdp-pgmlondrina>>

1. Direito Público - Periódicos. I. Associação dos Procuradores  
do Município de Londrina – APROLON / Procuradoria –Geral do  
Município de Londrina .

CDU 342

Revisão e Editoração: APROLON

Publicação: dez. 2014

Associação dos Procuradores do Município de Londrina -  
APROLON  
Av. Rio de Janeiro, 1389  
Vila Ipiranga - Londrina-PR  
CEP 86.010-150  
(43) 9996-4715  
[aprolon@aprolon.com.br](mailto:aprolon@aprolon.com.br) - [www.aprolon.com.br](http://www.aprolon.com.br)

Procuradoria-Geral do Município de Londrina  
Av. Duque de Caxias, 635,  
Prefeitura Municipal - Centro Cívico  
Bairro Petrópolis - Londrina-PR  
CEP 86.015-901  
(43) 3372-4327  
[www.londrina.pr.gov.br](http://www.londrina.pr.gov.br)



## Administração da Procuradoria-Geral do Município de Londrina

Procurador-Geral do Município  
Paulo César Gonçalves Valle

Procurador-Geral Adjunto de Gestão do Contencioso  
Carlos Renato Cunha

Procuradora-Geral Adjunta de Gestão da Consultoria  
Renata Kawasaki Siqueira

Corregedora-Geral do Município  
Alexandre Alberto Trannin

Gerente de Assuntos de Pessoal - GAP  
Gisele Cristiane Campanari

Gerente de Serviços Públicos - GSP  
Celso Zamoner

Gerente de Patrimônio Público, Urbanismo e Meio Ambiente - GPPUMA  
Renata Kawasaki Siqueira

Gerente de Assuntos Legislativos e Normativos - GALN  
Marcelo Moreira Candeloro

Gerente de Assuntos Fiscais e Tributários – GAFT  
Carlos Renato Cunha

Gerente de Execução Fiscal – GEF  
André Fustaino Costa

Os cargos até aqui nominados são os que compõem a Comissão Especial de Assuntos Estratégicos da PGM-Londrina.

Assessora-Técnica Administrativa e Financeira – ATAF  
Mário Lucas França de Oliveira

Coordenador de Apoio Administrativo ao Gabinete – CAA-Gab  
Lucas Ferreira Santana

Coordenador de Apoio Administrativo à Execução Fiscal – CAAEF  
Eliza Tizuru Sonomura

Coordenadora de Apoio à Arrecadação Fiscal – CAAF  
Thiago Eidi Morimoto

Coordenadoria de Análise de RPVs e Precatórios  
Diego Rodrigues Martins

Coordenadoria de Apoio ao Setor de Licitações, Contratos e Convênios Administrativos  
José Henrique dos Santos Piazza





**Diretoria da Associação dos Procuradores do Município de Londrina -  
APROLON**

**Presidente**

Sérgio Veríssimo de Oliveira Filho

**Diretor de Assuntos Jurídicos e Institucionais (Vice-Presidente)**

Fábio César Teixeira

**Diretor Administrativo**

André Fustaino Costa

**Diretora Financeira**

Amanda Casado Ribas

**Diretora de Comunicação**

Gisele Cristiane Campanari

**Diretora de Eventos**

Andréia Ferraz Martin Robles Martelli

**Diretor do Núcleo de Estudos Jurídicos**

José Roberto Reale

**Conselho Fiscal**

Ana Lúcia Bohmann

Lia Correia

Paulo César Tieni

Ana Cláudia Neves Rennó (suplente)

**Diretores Adjuntos**

Marcelo Moreira Candeloro

César Augusto Coradini Martins

Márcia Nakagawa Rampazzo



## SUMÁRIO

EDITORIAL.....	11
<b>ARTIGOS</b>	
A ACESSIBILIDADE COMO INSTRUMENTO DE SUSTENTABILIDADE DOS MUNICÍPIOS	
<i>Alexsandro Rahbani Aragão Feijó</i>	
<i>Tayssa Simone de Paiva Mohana Pinheiro</i> .....	13
A PROGRESSIVIDADE FISCAL E EXTRAFISCAL DAS ALÍQUOTAS DO IMPOSTO PREDIAL E TERRITORIAL URBANO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	
<i>Aline Nakagawa Rampazzo Alves</i> .....	25
INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO HISTÓRICO-CULTURAL	
<i>Ana Karina Ticianelli Möller</i>	
<i>Tháís Canhizares Rossini</i> .....	53
O PRÉVIO EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA NOS CRIMES TRIBUTÁRIOS	
<i>César Augusto Coradini Martins</i> .....	67
O CABIMENTO DE AÇÃO RESCISÓRIA EM SEDE DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE OCORRENDO HIPÓTESE DE PREVARICAÇÃO, CONCUSSÃO OU CORRUPÇÃO.	
<i>Fábio César Teixeira</i> .....	77
A REGULAMENTAÇÃO DA CAÇA NO BRASIL	
<i>Guilherme Côrtes Pinheiro</i> .....	95
O REGIME DO AGRAVO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SEUS REFLEXOS NAS TUTELAS DE URGÊNCIA CONCEDIDAS EM FACE DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE: MECANISMO CONTRAMAJORITÁRIO OU INSTRUMENTO DE MANTENÇA DO ESTABLISHMENT?	
<i>Lucas Cadete Zallio</i>	
<i>Luís Henrique Vieira Rodrigues</i> .....	117
<b>PARECERES</b>	
PLANTAS GENÉRICAS DE VALORES DO IPTU E LOTES POSTERIORES A SUA APROVAÇÃO POR LEI	
<i>Carlos Renato Cunha</i> .....	139

IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS – ISS SOBRE A INTERCONEXÃO DE REDES DE  
TELECOMUNICAÇÕES

*Marcelo Moreira Candeloro*..... 153

## EDITORIAL

Com grande satisfação apresentamos a mais nova edição da Revista de Direito Público da Procuradoria-Geral do Município, que traz diversos artigos e pareceres com temas muito diversos e relevantes, de autores de todo o território brasileiro.

Fica aqui nosso agradecimento àqueles que se dispuseram a colaborar com esta nova edição e, de consequência, com a Ciência Jurídica nacional.

Londrina-PR  
Dezembro de 2014.

**Sérgio Veríssimo de Oliveira Filho**  
Presidente da APROLON

José Roberto Reale  
Diretor do Núcleo de Estudos Jurídicos da APROLON

**Carlos Renato Cunha**  
Coordenador da Revista



## A ACESSIBILIDADE COMO INSTRUMENTO DE SUSTENTABILIDADE DOS MUNICÍPIOS

**Alexsandro Rahbani Aragão Feijó**

*Procurador do Município de São Luís - MA. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Professor da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB.*

**Tayssa Simone de Paiva Mohana Pinheiro**

*Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Bacharel em Administração pela Universidade Estadual do Maranhão.*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Conceito de Pessoa com Deficiência e Pessoa com Mobilidade Reduzida. 3. O Direito de Acessibilidade. 4. Acessibilidade como instrumento da Sustentabilidade. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

**RESUMO:** Ter e ser um município inclusivo, um ambiente urbano inclusivo, passa necessariamente pela ideia de uma cidade de e para todos, independentemente do tipo de deficiência, exigindo uma nova concepção de viver socialmente, sem segregação, sem barreiras. Por isso, a compreensão do que seja acessibilidade auxiliará na concretização dos direitos a ela vinculados, alterando o pensamento de que acessibilidade é simplesmente a construção de rampas. Este trabalho visa determinar o alcance do direito fundamental a uma cidade inclusiva. Portanto, o texto se volta à caracterização do conceito de pessoa com deficiência e pessoa com mobilidade reduzida, assim como do direito de acessibilidade. Em seguida, assinala aspectos relevantes atinentes à sustentabilidade, principalmente no tocante à cidade como um bem ambiental. Busca-se esclarecer que a acessibilidade converge para a sustentabilidade, de modo que se tenham municípios inclusivos com um adequado planejamento territorial que leve em conta os limites do desenvolvimento sustentável. A metodologia utilizada na elaboração da pesquisa constitui-se em estudo descritivo-analítico, desenvolvido por meio de pesquisa do tipo bibliográfica, pura quanto à utilização dos resultados, e de natureza qualitativa. A partir de pesquisas doutrinárias e bibliográficas, conclui-se que a acessibilidade funciona como um instrumento para que se alcance a sustentabilidade, para se ter um município sustentável é imprescindível que ela também seja inclusiva.

**PALAVRAS-CHAVE:** Municípios. Pessoa com deficiência. Acessibilidade. Sustentabilidade

### 1. Introdução

Como em Atenas, berço de muitos dos princípios que fundamentam a ideia de democracia, onde tudo gravitava ao redor da polis, pois somente nela e por meio dela, os seres humanos podiam se realizar e viver como cidadãos, detentores de direitos (sobretudo, de liberdade e de igualdade) e deveres, na qual poderiam ter “boa vida”, uma vida em plenitude (HELD, 1995), o município brasileiro surge como uma espécie de cidade-estado dos tempos modernos, apesar da

existência na organização político-administrativa brasileira da União, dos Estados e do Distrito Federal.

O crescimento e conseqüente desenvolvimento das cidades ocorreram de forma diferente: em algumas cidades foi possível observar edifícios projetados por arquitetos e em conformidade com os regulamentos, cidades providas pelo serviço público e disciplinadas pelos planos urbanísticos. Por outro lado, houve aquelas cidades que se organizaram ao caso, ou seja, por conta própria de forma irregular e em muitas a falta de serviços foi, e ainda continua sendo, uma constante.

Ocorre que, com o advento da nova ordem constitucional de 1988, a qual é pautada no sistema econômico capitalista que tem como limite a dignidade da pessoa humana, a cidade passou a ter natureza jurídica de bem ambiental, em outras palavras, a cidade deixa de ser vislumbrada pelo plano jurídico apenas em prol da adaptação dos bens jurídicos públicos ou privados, para também contemplar a estrutura jurídica do bem ambiental. (FIORILLO, 2011).

Insta acrescentar que a Carta Magna garante aos cidadãos o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, ou seja, um ambiente que lhes proporcione condições morais, psicológicas, culturais e materiais. Percebe-se, portanto, a intrínseca relação entre o ambiente em que a pessoa vive e as circunstâncias adaptadas a sua realidade. É nesse cenário, na nova polis, que as pessoas com deficiência devem exercitar o direito fundamental a um município inclusivo para que também possam viver em plenitude, usufruindo, legitimamente, dos benefícios de ser um cidadão.

Sendo assim, é objetivo deste trabalho determinar o alcance do que é considerado atualmente o direito fundamental a um município inclusivo. Portanto, num primeiro momento, o texto se volta à caracterização do conceito de pessoa com deficiência e pessoa com mobilidade reduzida, assim como do direito de acessibilidade.

Em seguida, há que se assinalar aspectos relevantes atinentes à sustentabilidade, principalmente no tocante à cidade como um bem ambiental. Espera-se, dessa forma, esclarecer que a acessibilidade converge para a sustentabilidade, de modo que se tenham municípios inclusivos com um adequado planejamento territorial que leve em conta os limites do desenvolvimento sustentável.

## 2. Conceito de Pessoa com Deficiência e Pessoa com Mobilidade Reduzida

Atualmente, as nomenclaturas<sup>1</sup> “pessoa portadora de deficiência<sup>2</sup>”, como dispõe a atual Constituição<sup>3</sup>, e “pessoa com deficiência”, como preferem as associações de representação, são

---

<sup>1</sup> Várias são as nomenclaturas nacionais e estrangeiras que se referem aos grupos de portadores de deficiência. Nair Lemos Gonçalves (1962, p. 219-229) elenca alguns, como: "indivíduos de capacidade limitada", "minorados", "impedidos", "descapitados", "excepcionais", "minusválidos", "disable person", "handicapped person", "unusual person", "special

utilizadas no Brasil, pois visam caracterizar que a deficiência está na pessoa, mas não é a pessoa. (FEIJÓ, 2002). Trata-se de expressões que buscam ressaltar o conceito de pessoa, diminuindo a desvantagem e o preconceito gerados por uma abordagem, que até pouco tempo, reduzia a pessoa à sua deficiência, além de caracterizar todo um grupo de indivíduo.

A ideia de falta, falha inerente quando se fala de pessoa portadora de deficiência, diz Luiz Alberto David Araújo (2003), não se situa no indivíduo, mas em seu relacionamento com a sociedade. Este é o critério que definirá quem é ou não portador de deficiência. Já a definição de “pessoa com mobilidade reduzida” está prevista na Lei n.º 10.098/00, que dispõe sobre normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, como sendo aquela a que temporariamente tem limitada sua capacidade de relacionar-se com o meio e de utilizá-lo (art. 2º, III).

### 3. O Direito de Acessibilidade

Ter e ser uma cidade inclusiva, um ambiente urbano inclusivo, passa necessariamente pela ideia de uma cidade de e para todos, independentemente do tipo de deficiência, exigindo uma nova concepção de viver socialmente, sem segregação, sem barreiras. Por isso, a compreensão do que seja acessibilidade auxiliará na concretização dos direitos a ela vinculados, alterando o pensamento de que acessibilidade é simplesmente a construção de rampas.

O direito constitucional de acessibilidade é, antes de tudo, materialização do direito constitucional de igualdade<sup>4</sup>. O mesmo deve ser total e atingir a todos os cidadãos. Se ele é negado à pessoa com deficiência, “criam-se obstáculos para a vida social desse grupo, dando espaço para sua marginalização e segregação social”. (LEITE, 2007, p. 175).

Esse direito surgiu com a Emenda n.º 12 à Constituição Federal de 1967, promulgada em 17/10/1978, quando assegurou, dentre as hipóteses de melhoria da condição social e

---

person”, “inválido”, além de “deficiente”. Destas expressões, “excepcional” foi adotada na Emenda Constitucional de 1969, usada até 1978, trazendo uma ideia mais ligada à deficiência mental; e “deficiente”, utilizada de 1978 até antes da Constituição Federal de 1988, a qual é mais incisiva, pois refere-se diretamente à deficiência do indivíduo. (ARAÚJO, 2003).

<sup>2</sup> A concepção do termo “pessoa com deficiência” e o seu conceito tiveram suas origens na Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes (ONU, 1975), a qual estabeleceu que “qualquer pessoa incapaz de assegurar por si mesma, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de uma deficiência congênita ou não, em suas capacidades físicas, sensoriais ou mentais” seria uma “pessoa deficiente”.

<sup>3</sup> Cf. artigos 7º, XXXI; 23, II; 24, XIV; 37, VIII; 203, V; 227, § 2º; 244 da Constituição Federal.

<sup>4</sup> Aplica-se também às pessoas com deficiência o pensamento de Jürgen Habermas (2007, p. 172) para as minorias “inatas”, pois quando a sociedade onde vivem está organizada como Estado democrático de direito, apresenta-se diversos caminhos para se chegar a uma inclusão “com sensibilidade para as diferenças”, pois “a coexistência com igualdade de direitos de diferentes comunidades étnicas, grupos lingüísticos, confissões religiosas e formas de vida, não pode ser obtida ao preço da fragmentação da sociedade”.

econômica da pessoa com deficiência, a possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos<sup>5</sup>. Luiz Alberto David Araújo (2003), ao comentar a mencionada emenda constitucional, afirma que a mesma representou grande avanço na proteção desse grupo social, servindo de base para uma série de medidas judiciais, como a ação que requereu acesso às rampas de embarque do metrô de São Paulo<sup>6</sup>.

Na Constituição de 1988, foi garantida, pelos artigos 227<sup>7</sup> e 244<sup>8</sup>, a acessibilidade às cidades, às edificações e aos transportes, mas sua base repousa no direito de igualdade, o qual propicia um desdobramento em todo o ordenamento infraconstitucional. O seu artigo 5º, *caput*, trata, genericamente, desse princípio.

Registre-se que esse princípio não deve ser compreendido no sentido da igualdade formal. Em verdade, ele exige igualdade material através da lei, devendo tratar-se por “igual o que é igual e desigualmente o que é desigual”. (CANOTILHO, 2002, p. 418). Por exemplo, a isonomia, norma geral que se coaduna com o ideal de igualdade, encontra regra específica em relação à pessoa com deficiência, enquanto trabalhador, no artigo 7º, XXXI, do texto de 1988, a saber, “proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência”. (BRASIL, 2010).

Com efeito, só é possível entender o tema da proteção excepcional das pessoas com deficiência se a compreensão do princípio da igualdade for uma realidade, pois igualdade é a vigia mestra e superior de todo o direito à inclusão social dessas pessoas e sempre deverá estar presente na aplicação do Direito.

É mister destacar que essa proteção excepcional não gera privilégios ou situações de vantagem não fundadas, na expressão de Jorge Miranda (1998, p. 213-214), mas sim discriminações positivas por serem “situações de vantagem fundadas, desigualdades de direito em consequência de desigualdades de facto e tendentes à superação destas”. Celso Antônio Bandeira de Mello (1999) também estuda a questão e adverte que a discriminação não pode ser infundada, fortuita ou gratuita:

[...] é inadmissível, perante a isonomia, discriminar pessoas ou situações ou coisas (o que resulta, em última instância, na discriminação de pessoas)

---

<sup>5</sup> O Brasil já despontava na previsão constitucional desse direito, uma vez que a luta pela acessibilidade só toma caráter internacional a partir de 1981, quando foi declarado pelas Nações Unidas o Ano Internacional dos Portadores de Deficiência. Como desdobramento, em 03.012.1982, a Assembleia Geral das Nações Unidas, pela Resolução 37/82, aprovou o Programa de Ação Mundial para Pessoas com Deficiência, destacando o direito que elas possuem as mesmas oportunidades que os demais cidadãos, bem como usufruir, em condições de igualdade, das melhorias nas condições de vida resultantes do desenvolvimento econômico e social. (PRADO, 2006).

<sup>6</sup> Processo n.º 835/87 da 2ª Vara da Fazenda Estadual, contra a Companhia do Metropolitano de São Paulo. A decisão foi confirmada pela 7ª Câmara Civil do TJ/SP, através da Apelação Cível n.º 106.872-1.

<sup>7</sup> “Art. 227, §2º - A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência”. (BRASIL, 2010).

<sup>8</sup> “Art. 244 - A lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no art. 227, § 2º”. (BRASIL, 2010).

mediante traço diferencial que não seja nelas mesmas residentes. Por isso, são incabíveis regimes diferentes determinados em vista de fator alheio a elas; quer-se dizer: que não seja extraído delas mesmas. (MELLO, 1999, p. 29).

[...] a discriminação não pode ser gratuita ou fortuita. Impede que exista uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo. Segue-se que, se o fator diferencial não guardar conexão lógica com a disparidade de tratamentos jurídicos dispensados, a distinção estabelecida afronta o princípio da isonomia. (MELLO, 1999, p. 39).

A discriminação gratuita também é condenada por J. J. Gomes Canotilho (2002, p. 403), quando este analisa que uma das funções dos direitos fundamentais, mais acentuada pela doutrina, é a de não discriminação, que se aplica a todos os direitos e impõe ao Estado a obrigação de tratar os seus cidadãos como iguais:

A partir do princípio da igualdade e dos direitos de igualdade específicos consagrados na constituição, a doutrina deriva esta função primária e básica dos direitos fundamentais: assegurar que o Estado trate os seus cidadãos como cidadãos fundamentalmente iguais. Esta função de não discriminação abrange todos os direitos. Tanto se aplica aos direitos, liberdades e garantias pessoais (ex: não discriminação em virtude de religião), como os direitos de participação política (ex: direito de acesso aos cargos públicos) como ainda aos direitos dos trabalhadores (ex: direito ao emprego e formação profissional). Alarga-se, de igual modo, aos direitos a prestações (prestação de saúde, habitação). É com base nesta função de não discriminação que se discute o problema das quotas (ex: 'parlamento paritário de homens e mulheres') e o problema das *affirmative actions* tendentes a compensar a desigualdade de oportunidades (ex: 'quotas de deficientes'). É ainda com uma acentuação-radicalização da função antidiscriminatória dos direitos fundamentais que alguns grupos minoritários defendem a efectivação plena da igualdade de direitos numa sociedade multicultural e hiperinclusiva ('direitos dos homossexuais', 'direitos das mães solteiras', 'direitos das pessoas portadoras de HIV').

Como dito, os direitos dos cidadãos são os mesmos, mas as condições para exercê-los não o são. Daí a importância do princípio da igualdade ser aplicado conjuntamente com outros direitos como, por exemplo, o de acessibilidade, a fim de proporcionar à pessoa com deficiência a melhor vida possível. Jorge Miranda (1998, p. 202) estudando o tema afirma que "os direitos são os mesmos para todos; mas, como nem todos se acham em igualdade de condições para exercê-los, é

preciso que essas condições sejam criadas ou recriadas através da transformação da vida e das estruturas dentro das quais as pessoas se movem”.

Somente com essa compreensão do sistema é que se pode trazer o direito da acessibilidade para a esfera infraconstitucional. Apenas em 2000, foram regulamentados os artigos 227, § 2º e 244 da Constituição de 1988, pela Lei Federal n.º 10.048, de 08 de novembro de 2000, que, dentre outros direitos, garante prioridade de atendimento às pessoas com deficiência física, e aos idosos com idade superior a 60 anos, às gestantes, às lactantes e às pessoas acompanhadas por crianças de colo, assim como faz exigências quanto à acessibilidade nos transportes e aos logradouros e sanitárias públicos e edifícios de uso público; e pela Lei Federal n.º 10.098, de 19 de dezembro de 2000<sup>9</sup>, (BRASIL, 2000, *on line*), que dispõe sobre normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida, definindo, em seu primeiro capítulo, acessibilidade como (art. 2º, inciso I):

possibilidade e a condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, dos espaços, mobiliários e equipamentos urbanos, das edificações, dos transportes e dos sistemas e meios de comunicação, por pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida.

A lei também se destaca quando mostra como tornar acessíveis os elementos da urbanização, as vias públicas, os parques e demais espaços públicos, tratando do desenho e da localização do mobiliário urbano. Apresenta especificações para acessibilidade tanto em edificações públicas ou de uso coletivo, como para as de uso privado. Quatro anos mais tarde, em 02 de dezembro de 2004, as leis que compõem o Estatuto de Acessibilidade foram regulamentadas pelo Decreto n.º 5.296<sup>10</sup>, o qual definiu que a condição de acessibilidade só não se aplica dentro de uma casa ou de uma unidade autônoma, quando se tratar de condomínios; quanto às demais edificações, sejam de uso público ou privado, ou de uso coletivo, todas devem ser construídas acessíveis e as já existentes têm prazo de 30 meses para se adequar<sup>11</sup>.

Por fim, adverte-se que acessibilidade não se resume ao direito de locomoção independente, apesar de assim transparecer, mas também envolve o direito à informação. Portanto, permitir à pessoa com deficiência exercer plenamente sua cidadania implica fazer cumprir os direitos fundamentais já reconhecidos. O espaço concreto do município é o cenário onde se desenvolve esta

---

<sup>9</sup> Pela importância dessas leis, Adriana Romeiro de Almeida Prado (2006, p. 13) as considera com o “Estatuto de Acessibilidade”.

<sup>10</sup> Dentre importantes pontos tratados nesse decreto, aponta-se um que possibilita livre circulação na cidade, garantindo a fruição do direito de ir e vir, indispensável para chegar ao ambiente de trabalho ou escolar, por exemplo, quando determina que nas vias públicas, para garantia da circulação dos pedestres, sejam implantadas rampas com rebaixamento das calçadas ou elevação do leito carroçável para travessia em nível, bem como aplicado piso tátil direcional e de alerta.

<sup>11</sup> Prazo esse já encerrado sem que o Poder público tomasse as medidas necessárias para efetivação dessa legislação.

ação. Programar e aplicar medidas de acessibilidade, no espaço urbano, democratizando seu uso, possibilita que os ambientes se tornem disponíveis a todos, em seu sentido mais amplo.

#### 4. Acessibilidade como instrumento da Sustentabilidade

Centro das hodiernas discussões, a conscientização da sociedade sobre a exploração do planeta teve seu início, conforme assevera Nascimento (2008), com o documento do Clube de Roma, o qual alertou sobre os riscos do crescimento econômico contínuo. Com o advento do referido documento, teve-se o desentorpecer para a consciência ecológica mundial e para a realização da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano (CNUMAH), no ano de 1972, em Estocolmo.

Não se pode perder de vista que desde a Declaração de Estocolmo supracitada, dentre seus princípios que tratam da questão do desenvolvimento e do meio ambiente, a cidade sustentável já era cogitada, o que se pode observar principalmente nos princípios 2 e 13, os quais aduzem que o planejamento deve ser realizado de forma adequada e integrada com ordenamento mais racional, de modo que seja preservado o ar, o solo, a fauna, a flora e os ecossistemas naturais, aliando à valorização da planificação dos agrupamentos humanos e da urbanização, à maximização e repartição dos benefícios sociais, ambientais e econômicos. (MACHADO, 2012).

Todavia, o conceito de Desenvolvimento Sustentável somente foi disseminado mundialmente em 1987 com o Relatório Brundtland. Luis Felipe Nascimento (2008) aduz que o citado Relatório é um marco nas discussões acerca das questões ambientais e do desenvolvimento. Consoante a lição do autor, é evidente que um crescimento econômico que não venha melhorar a qualidade de vida das pessoas e das sociedades, não poderia ser tido como desenvolvimento. (NASCIMENTO, 2008). Em meio a esta discussão, o Relatório Brundtland, ora em análise, realça a possibilidade de alcançar um maior desenvolvimento sem destruir os recursos naturais, conciliando crescimento econômico com conservação ambiental. Eis que deste ponto, pode-se, então, conceituar desenvolvimento sustentável conforme é traçado pelo Relatório: “[...] aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade das gerações futuras atenderem às suas próprias necessidades.”

A importância do tema é tão extensa, que o desenvolvimento sustentável vem albergado na Constituição Federal de 1988 em seu art. 225, como forma de garantir igualmente uma relação satisfatória entre o homem e o meio ambiente. Neste contexto, é importante destacar o pensamento de Celso Antonio Pacheco Fiorillo (2011) quando ressalta que a noção e o conceito de desenvolvimento passaram a reclamar um papel ativo do Estado para que possa defender e socorrer os

valores ambientais, convergindo, portanto, para um desenvolvimento econômico, social, cultural e de proteção ambiental.

Prossegue assinalando o supracitado autor que um planejamento territorial adequado que seja respaldado nos limites da sustentabilidade e exigido quando se procura um equilíbrio entre desenvolvimento social, crescimento econômico e utilização dos recursos naturais. (FIORILLO, 2011).

Ignacy Sachs (2004, p. 67) quando elenca os cinco pilares do desenvolvimento sustentável. De acordo com o autor, os pilares são:

- a- Social, fundamental por motivos tanto intrínsecos quanto instrumentais, por causa da perspectiva de disrupção social que paira de forma ameaçadora sobre muitos lugares problemáticos do nosso planeta;
- b- Ambiental, com as suas duas dimensões (os sistemas de sustentabilidade da vida como provedores de recursos e como “recipientes” para a disposição de resíduos);
- c- Territorial, relacionado a distribuição espacial dos recursos, das populações e das atividades;
- d- Econômico, sendo a viabilidade econômica a *conditio sine qua non* para que as coisas aconteçam;
- e- Político, a governança democrática é um valor fundador e um instrumento necessário para fazer as coisas acontecerem; a liberdade faz toda a diferença.

Percebe-se, portanto, que o desenvolvimento sustentável vem surgindo como um conjunto alternativo de crenças, ideias e valores. Euclides André Mance (2010) concebe o desenvolvimento sustentável em vários aspectos, a saber, político, econômico, ecológico, social, cultural, ético, pedagógico, metodológico, gênero e territorial. Chama-se atenção para os aspectos econômico, ecológico e social.

O primeiro desses aspectos em destaque prima pelo crescimento econômico regional, com equidade na distribuição dos resultados; de modo que seja dada atenção especial à reorganização solidária em cadeias produtivas locais, à melhoria dos indicadores de “bem-viver da comunidade” e à geração de trabalho e renda. Destarte, pretende-se extrair a técnica dessas

comunidades, em virtude do tempo que permanecem no território e que vão aprimorando com novos conhecimentos científicos e tecnológicos. (MANCE, 2010).

O segundo é o ecológico, que considera a ligação e interação entre o ser humano, assim como a manutenção do meio ambiente que seja saudável e da biodiversidade do país, em face de satisfazer as necessidades presentes da população, sem que a capacidade das futuras gerações de suprir suas próprias necessidades seja comprometida. Procura-se, portanto, levar em conta a disponibilidade dos recursos naturais dos territórios, em concomitância com as vantagens e inoportunidades das ações nele empreendidas, instaurando-se padrões sustentáveis de produção e consumo. (MANCE, 2010).

Por fim, o terceiro deles, o social, que visa proporcionar relações responsáveis do indivíduo em vista da coletividade, integrando produtores e consumidores em redes sociais solidárias que possam ser mais abrangentes de modo que se confira mais atenção à saúde, educação, lazer e seguridade social. (MANCE, 2010).

O Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) et. al (1992) em sua obra “Cuidando do Planeta – Uma estratégia para o futuro da vida” expõem alguns princípios para que se construa uma sociedade sustentável. Dentre tais princípios destaca-se o princípio 2, qual seja “Melhorar a qualidade da vida humana”, uma vez que tem estreita ligação com a questão da acessibilidade. De acordo com tal princípio, o desenvolvimento sustentável tem como objetivo melhorar a qualidade da vida humana através da realização do potencial das pessoas permitindo que estas vivam com dignidade, acesso à educação, liberdade política, garantia de direitos humanos, assim como ausência de violência. O desenvolvimento somente se torna real caso o padrão de vida melhore em todos esses aspectos.

O critério do desenvolvimento sustentável deve englobar o território nacional em sua totalidade, áreas urbanas e rurais, assim como a sociedade, o povo e respeitar as necessidades culturais e criativas do país. (FIORILLO, 2011).

Paulo Affonso Leme Machado (2012) aponta que o desenvolvimento sustentado conforme estabelecido pela Associação de Direito Internacional na conferência que ocorreu em Nova Delhi em 2002 tem o intuito de realizar o direito de todos os seres humanos a um nível de vida suficientemente correspondente a sua participação livre, ativa e útil no desenvolvimento e repartição das vantagens decorrentes.

Vale lembrar que a política urbana estabelece como um dos princípios o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e esta é cumprida, segundo Celso Antonio Pacheco Fiorillo (2011), quando é proporcionado o direito à vida, à segurança, à igualdade, à propriedade e à liberdade aos habitantes pela cidade.

Na visão de Édis Milaré (2011) a cidade precisa contar com vários itens, tanto em seu funcionamento quanto em sua estrutura, para cumprir a sua função de habitat da espécie humana, de modo que forneça ao homem recursos e oportunidades para o seu crescimento pessoal e maior integração na sociedade.

O tema é de tamanha importância que a sociedade civil brasileira se reuniu e desenvolveu o Programa Cidades Sustentáveis, com o fito de que a sustentabilidade urbana seja perseguida pelos administradores públicos municipais após as eleições do ano de 2012. O referido programa desenvolveu uma “Agenda para a Sustentabilidade das Cidades” a partir de uma plataforma inspirada na Dinamarca, a qual estabelecia compromissos que levavam em conta a participação da comunidade local na tomada de decisões, a economia urbana preservando, a equidade social, o correto ordenamento do território, os recursos naturais, o clima mundial, a mobilidade urbana, assim como a conservação da biodiversidade. (PROGRAMA CIDADES SUSTENTÁVEIS, 2012, *on line*).

O futuro sustentável para as comunidades é almejado pelo Programa Cidades Sustentáveis (2012, *on line*) e para o alcance de tal objetivo é necessária a construção de cidades inclusivas, prósperas, criativas, educadoras, saudáveis e democráticas, que proporcionem uma boa qualidade de vida aos cidadãos e que permitam a participação da sociedade em todos os aspectos relativos à vida pública.

A outro giro, insta destacar que a questão da mobilidade urbana é de grande atenção quando se trata de cidades sustentáveis e inclusivas. De acordo com Brasil (2011, *on line*), a mobilidade urbana diz respeito ao conjunto organizado e coordenado dos modos de transporte, de serviços e de infraestruturas garantidoras dos deslocamentos de pessoas e cargas no território do município. Quando se analisa o ambiente das cidades, são perceptíveis os locais e situações inacessíveis a um grande grupo de pessoas que possuem limitações em seus movimentos, o que limita tal grupo em suas ações de cidadania, simplesmente por serem desconsiderados pelo espaço urbano.

Se as cidades trabalham para a execução de políticas públicas de mobilidade urbana que propiciem acessibilidade em seus aspectos social, econômico e cultural, por conseguinte, será possível obter desenvolvimento urbano sustentável. Para Flavia Maria de Paiva Vital (2006, *on line*) fator determinante para o crescimento sustentado das cidades é justamente a questão da mobilidade.

Constata-se que cresce a busca de diretrizes que orientem os Municípios na elaboração de políticas públicas que contribuam para o processo de adequação do ambiente coletivo às exigências da população, principalmente ao grupo de pessoas que apresentam necessidades especiais em acessibilidade. Esse grupo de pessoas é representado por idosos, obesos e pessoas com deficiência, dentre outros.

## 5. Conclusão

Os direitos das pessoas com deficiência têm seu fundamento nos direitos humanos e na cidadania. Contudo, somente após a 2ª Guerra Mundial, preocupou-se em internacionalizar os direitos fundamentais, com a criação da Organização das Nações Unidas e o surgimento da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1948.

Hoje, relacionado à conquista dos direitos humanos está o imenso desafio de universalizá-los firmemente para todos. Esse desafio do novo do século exige, por isso, a atuação dos Poderes Públicos sem, contudo, excluir a participação democrática da sociedade.

Quando se trata do desenvolvimento sustentável dos municípios tal realidade não pode ficar de fora. Conforme constatado no decorrer desta pesquisa, a acessibilidade funciona como um instrumento para que se alcance a sustentabilidade. A construção de municípios inclusivos, que leve em conta a diversidade de grupos e a inclusão social, representa o fortalecimento das estruturas sustentáveis, uma vez que permite o desenvolvimento social, econômico e ambiental.

Não se pode perder de vista que a questão de desenvolvimento e meio ambiente passa obrigatoriamente pela forma como os centros urbanos são organizados e geridos. Se a construção de cidades mais inclusivas está no centro das discussões, é indiscutível a nova concepção de desenvolvimento, qual seja o desenvolvimento sustentável.

Percebe-se, portanto, que para se ter uma cidade sustentável é imprescindível que ela também seja inclusiva. Destarte, a necessidade de toda a população, bem como o seu bem-estar está voltada para a organização de uma vida coletiva de modo que a pessoa com deficiência tenha uma vida mais natural possível.

## 6. Referências bibliográficas

ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. 3. ed. Brasília: CORDE, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 44 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. Decreto n.º 5.296, de 02 de dezembro de 2004. Regulamenta as Leis n.ºs 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. *Diário Oficial [da]*

República Federativa do Brasil, 03 dez. 2004. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L10098.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L10098.htm). Acesso em: 30 jan. 2010.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 10.098, de 19 de dezembro de 2000. Estabelece normas gerais e critérios básicos para promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, 20 dez. 2000. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L10098.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L10098.htm). Acesso em: 30 jan. 2010.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. *Comissão aprova política nacional de mobilidade urbana*. 2011. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2011/09/15/comissao-aprova-politica-nacional-de-mobilidade-urbana>. Acesso em: 01 set. 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2002.

FEIJÓ, Alexsandro Rahbani Aragão. *Direitos humanos e proteção jurídica da pessoa portadora de deficiência: normas constitucionais de acesso e efetivação da cidadania à luz da Constituição Federal de 1988*. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2002.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. – 12. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Nair Lemos. As condições de sanidade nas relações entre o funcionário e o Estado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. LVII, 1962. p. 219-229.  
HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2007.

LEITE, Flávia Piva Almeida. *O Município acessível à pessoa portadora de deficiência: o direito à eliminação de barreiras arquitetônicas*. São Paulo: RCS, 2007.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. – 20. ed. rev. atual. e ampl.- São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

MANCE, Euclides André. *Desenvolvimento sustentável e economia solidária*. Brasília, DF: Instituto Marista de Solidariedade, 2010. (Série trocando ideias – Caderno 4).  
HELD, David. *Modelos de Democracia*. Belo Horizonte: Paidéia, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência e glossário*. – 7. ed. rev., atual. e reform. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1998.

NASCIMENTO, Luis Felipe. *Gestão ambiental e a sustentabilidade*. Brasília, DF: UAB, 2008. (e-book).

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração dos direitos das pessoas deficientes*. Disponível em: [http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/dec\\_def.pdf](http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/dec_def.pdf). Acesso em: 28 set. 2010.

PRADO, Adriana Romeiro de Almeida. *Acessibilidade na gestão da cidade*. In: ARAUJO, Luiz Alberto David (Coord.). *Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência*. São Paulo: RT, 2006. p. 09-29.

PROGRAMA CIDADES SUSTENTÁVEIS. *Plataforma cidades sustentáveis*. Disponível em: <http://www.cidadessustentaveis.org.br/pagina/node/84>. Acesso em: 25 ago. 2012.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O MEIO AMBIENTE (PNUMA); UNIÃO INTERNACIONAL PARA A CONSERVAÇÃO DA NATUREZA(UICN); FUNDO MUNDIAL PARA A NATUREZA (WWF). **Cuidando do Planeta Terra, Uma Estratégia para o Futuro da Vida.** (tradução de IUCN-UNEP-WWF. *Caring for the Earth. A Strategy for Sustainable Living.* Ed. Earthscan, 1991. 228 p. 2ª tiragem. São Paulo: Editora CL- A Cultural, 1992.

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento:** incluyente, sustentável, sustentado. Rio de Janeiro: Garamond, 2004.

VITAL, Flávia Maria de Paiva. **Mobilidade urbana:** fator de inclusão da pessoa com deficiência. São Paulo: Companhia de energia de tráfego, 2006. (Boletim técnico da CET, 40). Disponível em: <<http://www.drcet.net/Boletins%20T%E9cnicos/40%20-%20BOLETIM.pdf>> . Acesso em: 01 set. 2012.



## A PROGRESSIVIDADE FISCAL E EXTRAFISCAL DAS ALÍQUOTAS DO IMPOSTO PREDIAL E TERRITORIAL URBANO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

**Aline Nakagawa Rampazzo Alves**

*Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC-PR. Assessora do Juízo da 2ª Vara da Infância e Juventude do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Londrina (PR).*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. A Progressividade e o Imposto Predial e Territorial Urbano 3. Conclusão. 4. Referências Bibliográficas.

**RESUMO:** O IPTU é um imposto que incide sobre propriedade dos bens imóveis localizados na área urbana dos Municípios. O contribuinte será o proprietário do bem, o possuidor a qualquer título e o titular do domínio útil. O sujeito ativo é o Município em que o bem está localização. Por muito tempo a progressividade das alíquotas deste imposto foi cobrada de modo diverso de como é cobrado hoje. Anteriormente, esta progressividade poderia ocorrer única e exclusivamente em razão da função social da propriedade, conforme o artigo 156 da CF. Contudo, em razão de grandes discussões sobre o tema, foi aprovada a EC 29/2000 que trouxe uma nova redação ao artigo 156 da CF determinando que sem prejudicar o disposto no artigo 182, §4º, II da CF, a progressividade poderá ocorrer, tendo em vista a capacidade contributiva, a função social, localização e uso do imóvel. Nesta pesquisa, o foco é a progressividade das alíquotas do IPTU em razão da função social da propriedade extrafiscal deste imposto.

**PALAVRAS-CHAVE:** Capacidade Contributiva, Direito de Propriedade, Extrafiscalidade, Fiscalidade, Função Social, Política Urbana, Progressividade

### 1. Introdução

O presente tem como finalidade apresentar estudo sobre a necessidade de cumprimento da função social que a propriedade urbana deve cumprir, através da progressividade da alíquota do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU), bem como demonstrar a importância da mesma para a consecução dos princípios constitucionais da capacidade contributiva, isonomia tributária e da justiça social.

Inspirada no ilustre precursor da Regra Matriz de Incidência Tributária, Paulo de Barros Carvalho, o imposto predial e territorial urbano será amplamente analisado para melhor entendimento do objeto do estudo.

Posteriormente, será apreciada a exposição da discussão doutrinária e jurisprudencial da fiscalidade e extrafiscalidade do imposto predial e territorial urbano, sendo que,

para a instituição, será aforada a controvérsia da importância ou não de lei municipal reguladora da progressividade prevista no artigo 182, §4º, da Constituição Federal.

## 2. A Progressividade e o Imposto Predial e Territorial Urbano

A progressividade tributária trata-se da multiplicação das alíquotas de um imposto, através de um índice de percentual, sobre a base de cálculo que será sempre invariável. Tratando-se de IPTU, a base de cálculo deste imposto será sempre o valor venal do imóvel, cuja progressividade se dá por meio da majoração das alíquotas em função do uso ou localização do bem, no caso de progressividade fiscal, ou então em razão da subutilização do bem, quando se verifica a progressividade extrafiscal.

A multiplicação da base de cálculo pelas alíquotas do imposto, determina o valor a ser pago pelo contribuinte em razão da ocorrência de um fato gerador, de acordo com o valor matéria tributada, cuja mitigação só se verifica em impostos com natureza de tributos extrafiscais, denominados impostos regressivos.

Partindo de um pressuposto geral, a primeira previsão constitucional da progressividade verifica-se no artigo 145, §1º, que determina que os impostos tenham caráter pessoal e serão graduados, sempre que possível, facultando à administração tributária, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, mas a princípio essa previsão se dava apenas para impostos pessoais.

Para que um imposto possa sofrer incidência da progressividade, necessária se faz sua expressa previsão constitucional, como é o caso do IPTU pelo qual a Constituição Federal de 1988 apresentou expressamente as possibilidades de variações das alíquotas do IPTU, conforme prevê o artigo 156, §1º, como forma de assegurar o cumprimento da função social da propriedade, e conforme o artigo 182, §4º, II, com finalidade de promover a observância dos planos de urbanização de cada município.

Muito embora a progressividade tenha incidência em impostos de natureza federal, a Constituição autoriza a instituição do imposto predial e territorial urbano de modo progressivo, sendo o único imposto fora da competência da União Federal que possui a prerrogativa de ser dotado de progressividade.

Diante desse privilégio, necessita o Poder Público Municipal editar lei ordinária com o objetivo de melhor regulamentar a progressividade ora conferida para detalhar e diferenciar as possibilidades de majoração, que são bastante distintas.

Com base na doutrina, insta observar as melhores sínteses elaboradas por Hugo de Brito Machado, sobre a progressividade dos impostos:

Progressivos são os impostos cuja alíquota é fixada na lei em porcentagem variável conforme o valor da matéria tributável. O imposto progressivo é na realidade um imposto proporcional, cuja proporção aumenta à medida em que aumenta o valor da matéria tributada.<sup>1</sup>

Progressivo é o imposto cuja alíquota cresce na medida em que aumenta a base tributável, ou, excepcionalmente, um outro critério considerado relevante para a determinação do valor do tributo. A progressividade é sempre relacionada a um mesmo contribuinte, não se podendo confundir com a seletividade, configurada pela variação de alíquotas em relação objetiva com o objeto da tributação.<sup>2</sup>

Graduados, finalmente, são os impostos cujo valor é determinado mediante a aplicação da alíquota legalmente fixada, sobre a correspondente base de cálculo, mas não possuem apenas uma alíquota e sim diversas, que aumentam, ou diminuem, na medida em que cresce a correspondente base de cálculo. Esses impostos dividem-se em progressivos, aqueles com alíquotas que crescem na medida em que aumenta a base de cálculo, e regressivos, aqueles com alíquotas que diminuem na medida em que aumenta a base de cálculo.<sup>3</sup>

A princípio, a única modalidade de progressividade admitida em direito era a progressividade extrafiscal, trazida no artigo 182, §4º, da Constituição, cujo escopo visa à conveniência do Poder Público para melhor detalhar o ordenamento e desenvolvimento das urbes.

O principal objetivo é analisar o critério do tempo em que o imóvel permanecia subutilizado, para instituir a progressividade como forma de cumprimento da função social da propriedade, tanto na área social, como na política, econômica ou ambiental.

Na esfera da progressividade que trata do artigo 182, §4º da Constituição Federal, a Lei nº 10.257/01 reza que acaso descumpridas as condições de parcelamento, edificação ou utilização

<sup>1</sup> MACHADO, Hugo de Brito. **Revista dialética de direito tributário n. 203**, 1. Ed. São Paulo: Oliveira Rocha. 2012. p. 94.

<sup>2</sup> FERNANDES, Cintia Estefania. **IPTU: texto e contexto**. 1.ed. São Paulo: Quartier Latin. 2005. p. 389.

<sup>3</sup> MACHADO, op. cit., p. 93.

compulsória, os entes municipais poderão fixar alíquotas progressivas no tempo, dentro o prazo de cinco anos, estabelecidas por lei municipal.

Assim, pode ser utilizada como instrumento coercitivo para que contribuinte promova a adequada utilização do seu imóvel, sendo esta uma modalidade de intervenção do Estado na propriedade privada.

Em 13 de setembro de 2000, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 29/2000 que foi um marco na história da progressividade das alíquotas do IPTU por trazer consigo a possibilidade de instituir uma nova modalidade de progressividade, diferente daquela anterior.

Nesta ocasião surgiu a chamada progressividade fiscal, com vistas ao princípio da capacidade contributiva do proprietário, que modificou o artigo constitucional nº 156, para acrescentar o §1º:

§1º - Sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o artigo 182, §4º, inciso II, o imposto previsto no inciso I poderá:

I – ser progressivo em razão do valor do imóvel; e

II – ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel.

Esta modalidade de majoração é um instrumento de justiça social que autoriza a instituição de alíquotas progressivas sobre o valor venal do bem imóvel para concretizar o princípio da capacidade contributiva do proprietário, como previsto no artigo 156, § 1º, I e II, da Constituição Federal.

Atualmente, o aumento das alíquotas do IPTU está insculpida no artigo 145 da Constituição Federal passou por um estudo doutrinário e jurisprudencial bastante conturbado acerca da constitucionalidade ou não de sua incidência sobre impostos reais, sendo que, nesta ocasião, é possível atrelar este aumento do imposto à progressividade fiscal.

Por esta razão o IPTU pode ser graduado através de alíquotas majoradas, em função do potencial econômico do contribuinte, de modo que por ser um proprietário, subentende-se que este possua qualquer riqueza, e assim, esta será graduada de acordo com os critérios objetivos, instituídos por lei, de acordo o que o Poder Público Municipal entender conveniente aos interesses sociais.

Nesse sentido, correta é a afirmação do doutrinador ilustre Leandro Paulsen<sup>4</sup>:

---

<sup>4</sup> PAULSEN, Leandro. **Direito tributário**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009. p. 404.

Entretanto, a contar da EC 29, de 13 de setembro de 2000, passou a haver expressa autorização, na Constituição, para a progressividade em razão do valor do imóvel e para a variação de alíquotas segundo a localização e o uso do imóvel, conforme se pode ver do §1º deste artigo 156.

Muito embora a Constituição Federal tenha adotado duas modalidades de elevação das alíquotas do imposto predial e territorial urbano, não é vedado tratamento igualitário em algumas situações, vez que, ainda que estas majorações possuam natureza e objetivos muito diferentes, ambas estão eivadas de caráter econômico-social, na medida em que visam atribuições benéficas ao pleno desenvolvimento urbano.

Nesse sentido, discorre o ilustre doutrinador Leandro Paulsen que é “injustificável a progressividade do IPTU como singelo procedimento fiscal, de cunho meramente arrecadatório, divorciado da política de desenvolvimento urbano”.<sup>5</sup>

Atualmente, é constitucional tanto a incidência da majoração fiscal como a extrafiscal nas alíquotas do IPTU, ao passo que a primeira está atrelada ao princípio da capacidade contributiva do proprietário do bem e a segunda assegura que a propriedade cumpra com a sua função social.

Em razão da existência de mais de uma situação para a aplicação das alíquotas elevadas, é importante que seja especificado quando haverá a incidência da progressividade fiscal, nos termos do artigo 156, §1º, I e II, da Constituição de 1988, ou da progressividade extrafiscal, insculpida no artigo 182, §4º, II, do mesmo caderno constitucional, sem que em nenhum dos casos implique em confisco do imóvel.

## 2.1 Progressividade Fiscal do Imposto Predial e Territorial Urbano

Nos termos do abordado por Paulo de Barros Carvalho, “fala-se, assim, em fiscalidade sempre que a organização jurídica do tributo denuncie que os objetivos que presidiram sua instituição, ou governam certos aspectos da sua estrutura, estejam voltados ao fim exclusivo de abastecer os cofres públicos”.<sup>6</sup>

Antigamente, a única hipótese de majoração das alíquotas do IPTU estava insculpida no artigo 182, §4º da Constituição Federal, na modalidade de progressividade sancionatória, extrafiscal, que elimina desigualdades e promove a igualação social em razão do mau aproveitamento do solo urbano caracterizado como prejudicial ao pleno desenvolvimento da cidade.

---

<sup>5</sup> PAULSEN, op. cit., 2010. p. 297.

<sup>6</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 290.

Por esta razão, até 2001, grande parte dos entes municipais lançava o imposto predial e territorial urbano com a alíquota invariável, nos termos da Constituição Federal, que autorizava a incidência da progressividade exclusivamente em razão da função social da propriedade.

Com a Emenda Constitucional nº 29/2000, reeditou o artigo 156 da Constituição Federal e ampliou as hipóteses de progressividade do IPTU, quais sejam, a do § 1º, I e II, inerente ao próprio tributo:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

I - propriedade predial e territorial urbana;

§ 1º Sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, § 4º, inciso II, o imposto previsto no inciso I poderá:

I - ser progressivo em razão do valor do imóvel; e

II - ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel.

Sob análise deste dispositivo, a majoração do critério quantitativo do IPTU, por meio da elevação de sua alíquota, contempla a progressividade de natureza seletiva fiscal pelo fato de estar atrelada às hipóteses do artigo 145, §1º, da Constituição Federal.

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

§ 1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.<sup>7</sup>

A Constituição preocupou-se em estabelecer duas modalidades de progressividade nos artigos 156, §1º, da Constituição Federal, a primeira em função do valor atribuído ao bem imóvel e a segunda em razão da localização ou uso do bem a ser tributado.

Considerando o inciso II, do artigo 156, da Constituição Federal, verifica-se que embora seu enunciado possibilite interpretação no sentido de que tal progressividade é extrafiscal, este entendimento não é possível por não se tratar de atenção voltada ao cumprimento da função social da propriedade.

Em relação ao uso do bem imóvel, o fisco não pretende atingir a função social, apenas visa a destinação do imóvel para assegurar o princípio da capacidade contributiva, de modo

---

<sup>7</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 13 de outubro de 2012.

que as alíquotas serão elevadas observando-se critérios objetivos para sua instituição diferenciada nos casos de imóveis residenciais, comerciais ou industriais.

O mesmo ocorre com o quesito da localização do bem imóvel, que possui natureza fiscal, pelo fato de auferir a capacidade contributiva do proprietário através da área em que o bem se localiza, de modo que alguém que mora numa área nobre possui mais riqueza em comparação àquele que mora na periferia.

O maior objetivo da progressividade fiscal é considerar o caráter pessoal do contribuinte através da averiguação do princípio da capacidade contributiva do proprietário do imóvel urbano, analisando-se seu patrimônio, rendimentos e atividades econômicas.

Nesse sentido, Roque Antonio Carrazza leciona sobre o tema:

O princípio da capacidade contributiva hospeda-se nas dobras do princípio da igualdade e ajuda a realizar, no campo tributário, os ideais republicanos. Realmente, é justo e jurídico que quem, em termos econômicos, tem muito pague, proporcionalmente, mais impostos do que quem tem pouco. Quem tem maior riqueza deve, em termos proporcionais, pagar mais imposto do que quem tem menor riqueza. Noutras palavras, deve contribuir mais para manutenção da coisa pública. As pessoas, pois, devem pagar impostos na proporção dos seus haveres, ou seja, de seus índices de riqueza.

O princípio da capacidade contributiva informa a tributação por meio de impostos. Intimamente ligado ao princípio da igualdade, é um dos mecanismos mais eficazes para que se alcance a tão almejada Justiça Fiscal.<sup>8</sup>

O princípio da capacidade contributiva visa apreciar outro princípio constitucional, o da isonomia, ao passo que haverá a aplicação das alíquotas progressivas proporcionalmente à capacidade contributiva do sujeito passivo da relação jurídico-tributária. Assim, os indivíduos devem contribuir com os valores dos impostos conforme a suas respectivas riquezas, de modo que, quem possuir mais, contribui mais.

Assim leciona Hugo de Brito Machado:

Por progressividade entende-se a majoração da alíquota à medida que cresce o valor da matéria tributável. Não é incompatível com o princípio da igualdade e proporcionalidade. Ao contrário, hoje é aceita, (...), pode-se dizer

---

<sup>8</sup> CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 20 ed. São Paulo: Malheiros. 2004. p. 81

que não existiu um estado onde no fim do século passado ou no princípio do presente, não existissem impostos com alíquotas progressivas.<sup>9</sup>

Pretende-se, portanto, a busca da justiça tributária e conseqüente da justiça social, por autorizar-se uma tributação mais elevada daqueles indivíduos que possuem mais riquezas que devem contribuir para realização da solidariedade social.

A capacidade contributiva respeita o princípio da igualdade previsto no artigo 5º, caput da Constituição o qual estabelece que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)”<sup>10</sup>, bem como todo o exposto no artigo 150, inciso II da Constituição Federal, que veda tratamento diferenciado entre os contribuintes que encontram-se em situação equivalente.

Considerando a justa tributação, a progressividade criada pela Emenda Constitucional nº 29/2000 é a maneira mais correta de se calcular o valor a ser pago a título de impostos, de modo que cada contribuinte contribui com valores que seu patrimônio comporta, respeitando a proibição do excesso ou razoabilidade, já que a progressividade fiscal não onera excessivamente o proprietário mais pobre nem onera pouco o proprietário com mais condições.

Uma vez verificados os requisitos apresentados e reconhecidos os princípios supracitados, “a alíquota varia progressivamente, à medida em que aumenta a base de cálculo impositiva”<sup>11</sup>, ou seja, as alíquotas do imposto serão elevadas na medida em que houver maior riqueza no bem a ser tributado, o sacrifício patrimonial é maior quando houver mais riqueza.

Após a edição da Emenda Constitucional nº 29/2000, o Poder Público percebeu a dificuldade em compatibilizar a nova norma que trata da progressividade com as diretrizes da capacidade contributiva e igualdade tributária, em razão de, até então, entender-se que o imposto ora tratado possui natureza real, que recai sobre a propriedade e não sobre a pessoa do contribuinte.

Essa nova modalidade de majoração traz consigo a preocupação de produzir justiça social sem violar o princípio constitucional da igualdade, bem como leciona o doutrinador José Erinaldo Dantas Filho:

A progressividade deve, necessariamente, levar em consideração o basilar Princípio da Isonomia, que determina o tratamento dos desiguais na medida da sua desigualdade, bem como o Princípio da Capacidade Contributiva, que

<sup>9</sup> MACHADO, op. cit., p. 95.

<sup>10</sup> BRASIL, Constituição..., 1988. op. cit.

<sup>11</sup> MACHADO, op. cit., p. 95.

veda o tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente.<sup>12</sup>

Isto ocorre pelo fato de que, muito embora haja diferenciação entre os contribuintes, cada proprietário ou demais sujeitos ativos terão o lançamento do imposto predial e territorial urbano de acordo com a sua capacidade contributiva.

Assim, arcando com o montante relativo a seu bem imóvel, cada contribuinte contribuirá conforme sua condição financeira com vistas à uma mitigação das desigualdades tributárias e uma maior promoção do equilíbrio do fisco ao tributar.

Insta observar que o princípio da igualdade, ora tratado, visa a igualdade ideal, que segundo Aristóteles os iguais devem ser tratados de modo igual e os desiguais de forma desigual.

Pedro Lenza ao abordar o princípio da igualdade nos ensina que:

Deve-se, contudo, buscar não somente esta aparente igualdade formal (consagrada no liberalismo clássico), mas principalmente, a igualdade material, na medida em que a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

Isso porque, no Estado social ativo efetivador dos direitos humanos, imagina-se uma igualdade mais real perante os bens da vida, diversa daquela apenas formalizada perante a lei.<sup>13</sup>

O intuito maior é de se instituir uma tributação com maior interesse social, pois num país com tanta desigualdade social, não é conveniente um indivíduo com menos condições financeiras arcar contribuir com o mesmo valor que um sujeito com condições financeiras elevadas, busca-se a igualdade contributiva.

Nesse aspecto, a doutrina leciona que a progressividade de alíquotas no IPTU pode ser instituída pelo Poder Público Municipal, estando este autorizado a adotar critérios como o valor venal do imóvel, a maior ou menor proximidade do imóvel da zona central da cidade, a área construída, o tipo de construção, a destinação do imóvel, dentre outras formas.

Essa autorização institui um caráter seletivo ao imposto predial e territorial urbano, ao passo que haverá uma seleção dos critérios supracitados para que haja a incidência das

---

<sup>12</sup> FILHO, José Erivaldo Dantas. **Revista dialética de direito tributário** n. 105. 1. ed. São Paulo: Oliveira Rocha. 2004. p. 65.

<sup>13</sup> LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 10. ed. São Paulo: Método. 2006.p. 531

alíquotas progressivas, assim, analisando as características dos imóveis urbanos, será possível a aferição de qual é a condição patrimonial que o contribuinte possui.

Necessária se faz o respeito ao princípio da vedação confisco da propriedade, segundo Leandro Paulsen:

A carga tributária seja mais significativa para os contribuintes que revelam superior riqueza, o que até mesmo seria um ideal para todos os impostos, uma vez que “os impostos que não sejam progressivos, resultando em injustiça e inconstitucionalidade”<sup>14</sup>

Sob entendimento do consagrado Yves Granda da Silva Martins, “no momento em que a tributação subtrai do contribuinte a capacidade de se sustentar e se desenvolver, afetando a garantia de atendimento às suas necessidades essenciais, tem-se o confisco”.<sup>15</sup>

Para observância desses princípios implícitos na Constituição, necessária se faz a presença dos requisitos da adequação da finalidade da norma jurídica, da necessidade de conservação do direito e da proporcionalidade, em sentido estrito, em relação à justiça na aplicação da norma.

Oportuno reforçar que a progressividade das alíquotas relativas às condições do art. 156, § 1º, da Constituição Federal não se confunde com a progressividade do princípio da função social prevista no art. 182, § 4º, da mesma Carta Constitucional. Ambos possuem natureza e objetivos totalmente diferentes.

Novamente sob uma análise doutrinária, insta observar o entendimento de José Afonso da Silva:

A progressividade prevista no art. 156 é genérica e pode ser estabelecida com base em critérios diferentes do estabelecido no art. 182, § 4º, que é vinculado à situação específica ali indicada, em que a aplicação da progressividade constitui sanção pelo não atendimento de regular e específica exigência do Poder Público Municipal.<sup>16</sup>

No primeiro caso, progressividade fiscal, o que pretende o legislador é relacionar a tributação entre a incidência do imposto com as condições particulares de cada contribuinte, conforme estabelece artigo 145, §1º, da Constituição.

---

<sup>14</sup> PAULSEN, Leandro Filho. **Impostos federais, estaduais e municipais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 295.

<sup>15</sup> MARTINS apud SABBAG, Eduardo de Moraes. **Manual de direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 230..

<sup>16</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros. 2001. p. 606

O que ocorre é a elevação das alíquotas em razão da localização do bem imóvel, de seu valor e também com o seu uso. Na verdade não se trata de uma progressão como a prevista anteriormente com exclusividade, mas sim da denominada seletividade de alíquotas para diferentes características dos imóveis.

Essa função social está voltada ao princípio da capacidade contributiva do sujeito passivo que, sob esse aspecto, sofrerá a incidência do imposto de modo majorado em razão da sua situação financeira.

Pode-se afirmar que a natureza do imposto predial e territorial urbano é tipicamente fiscal, uma vez que o maior objetivo do fisco municipal através deste imposto é arrecadar recursos financeiros.

De outro lado, verifica-se nova barreira para a adoção da alíquota progressiva fiscal acerca do modo como a progressividade das alíquotas incidirá em razão da existência de uma divergência doutrinária.

A dificuldade nasce do impossível controle de decisões econômicas do contribuinte, na formação de seu respectivo patrimônio imobiliário, de modo que para esse controle surgiria uma péssima dependência conectiva de informações de cadastros imobiliários de propriedade dos Municípios do país.

Isto ocorre em razão da discussão relativa à forma que os cálculos da tributação dos valores das alíquotas seriam realizados. Se, nos termos do artigo 156, §1º, da Constituição Federal, o mais adequado seria calcular o valor da totalidade do patrimônio do contribuinte ou então se o melhor seria calcular apenas o bem tributado.

A primeira corrente entende que as alíquotas devem ser progressivas em razão da possibilidade do proprietário transferir seu ônus do tributo à terceiro, como é se verifica num contrato de locação cujo proprietário continua com a condição de contribuinte, mas, nos termos do artigo 123 do Código Tributário Nacional, os acordos particulares não alcançam o fisco.

Se diferente fosse, o proprietário de um único bem, cujo valor fosse bastante elevado, por exemplo, pagaria alíquota de 5% sobre este valor, já outro proprietário de vários bens, cujo valor total perfaz o montante do bem do primeiro proprietário, pagaria o imposto com alíquota de 2% uma vez que cada um de seus imóveis possuem valores baixos.

Assim, Hugo de Brito Machado leciona que “a injustiça decorrente do fato de ser a progressividade em razão apenas do valor venal do imóvel, e não em razão do patrimônio imobiliário de cada contribuinte, é uma injustiça menor, ou apenas aparente”.<sup>17</sup>:

Vale ressaltar que nesta ocasião verifica-se o artigo 150, inciso II da Constituição Federal, que veda tratamento diferenciado entre os contribuintes que se encontram em situação equivalente:

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

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;<sup>18</sup>

Dessa forma, estaria configurada a desigualdade social entre os contribuintes já que muito embora ambos os proprietários possuam patrimônio equivalente, os valores tributados são bastante desproporcionais.

De outro lado, a outra parte da doutrina entende que o que deve ser considerado são as características individuais de cada imóvel e não a totalidade dos bens, ao passo que embora o proprietário possa ter diversos imóveis, geralmente não é este que arcará com o seu ônus tributário, gerando desse modo uma repercussão sobre o tema por prevalecer a desigualdade tributária, como no exemplo do locatário de imóvel de proprietário de outros diversos imóveis.

O caso que se verifica é a seletividade, a tributação decorrente das características que cada imóvel possui, se este se localiza numa área mais nobre da cidade, sua extensão, sua área útil, dentre outros critérios.

Sobre essa discussão, inicialmente foi editada a Súmula 589 do Supremo Tribunal Federal no sentido de vedar a hipótese de somar os bens do proprietário para o lançamento progressivo do imposto predial e territorial urbano, nos termos de que “é inconstitucional a fixação de adicional progressivo do imposto predial e territorial urbano em função do número de imóveis do contribuinte”<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> MACHADO, op. cit., p. 60.

<sup>18</sup> BRASIL, Constituição..., 1988. op. cit.

<sup>19</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 589**. É inconstitucional a fixação de adicional progressivo do [imposto predial e territorial urbano em função do número de imóveis do contribuinte](http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0589.htm). Disponível em: [http://www.dji.com.br/normas\\_inferiores/regimento\\_interno\\_e\\_sumula\\_stf/stf\\_0589.htm](http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0589.htm). Acesso em: 10 de outubro de 2012.

De outro lado, os principais institutos de realização de concursos nacionais entendem que é ilícita a lei municipal que fixe progressividade às alíquotas do imposto predial e territorial urbana em razão da quantidade de imóveis que o contribuinte possui.

A respeito dessa divergência, o entendimento do Supremo Tribunal Federal sempre foi sedimentado na ideia de que o imposto predial e territorial urbano possui natureza exclusivamente real, de novo que seu fato gerador leva em consideração apenas a propriedade, o domínio útil ou então a posse do bem imóvel tributado.

Insta observar que com a alteração realizada na Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 29/2000, vários Municípios modificaram suas legislações, que regulavam o imposto predial e territorial urbano, com o objetivo de aplicar a progressividade em razão da condição financeira do contribuinte, considerando a localização e finalidade do bem imóvel.

Analisando as características do IPTU, não há possibilidade de considerar o contribuinte para fins de tributação. Nesta ocasião não se verifica a progressividade, mas apenas a proporcionalidade, deixa-se de lado a capacidade contributiva, com exceção ao cumprimento da função social da propriedade, conforme artigo 5º, XXIII, da Constituição.

Com base nessa previsão jurisprudencial, foi suscitada a hipótese de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 29/2000 já que, pelo entendimento do Supremo, haveria a violação da capacidade contributiva e da isonomia tributária.

Após enorme evolução doutrinária, fixou-se o raciocínio de que em análise da Constituição Federal de 1988, não se encontrava qualquer vedação acerca da impossibilidade de correlação entre a capacidade contributiva com o imposto real, conceituando a partir de então uma nova noção de capacidade contributiva no sentido de aumentar a carga tributaria para os contribuintes mais ricos e diminuir a onerosidade dos de baixa renda.

O §1º do artigo 145 da Constituição Federal preconiza que os impostos devem considerar o caráter pessoal com sua graduação de acordo com a capacidade econômica do contribuinte, sempre que possível, ao passo que, o fato desse princípio ser obrigatório apenas para os impostos pessoais não impede sua aplicação aos impostos com caráter real.

Notou-se que valorizar a progressividade não caracterizava desrespeito à ordem tributária, mas favorecia o exercício da cidadania através de políticas públicas para que todos os indivíduos contribuam visando custeio das despesas da Administração de acordo com a condição financeira de cada um.

O Supremo Tribunal Federal relevou a situação e julgou como constitucional todas as leis ordinárias posteriores à Emenda Constitucional nº 29/2000, considerando inconstitucionais apenas as leis anteriores à Emenda que versam sobre a progressividade fiscal.

Sob esta análise, insta observar lecionado no Recurso Extraordinário 568947, julgado pelo inteligente Relator Ministro Luiz Fux:

(...) os diplomas legais instituidores de alíquotas progressivas editados em data posterior ao advento da EC 29/00 são constitucionais, consoante acórdão prolatado nos autos do RE 586.693, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJe 22.06.11, recurso no qual foi reconhecida a repercussão geral do tema.<sup>20</sup>

Nos mesmos termos, importante analisar outro julgamento do ilustre Relator Ministro Luiz Fux:

DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. IPTU. ALÍQUOTAS. PROGRESSIVIDADE INSTITUÍDA ANTES DO ADVENTO DA EC 29/00. INCONSTITUCIONALIDADE. SÚMULA 668 DO STF. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA SISTEMA DE PROGRESSIVIDADE POSTERIOR À EDIÇÃO DA EC 29/00. CONSTITUCIONALIDADE – AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A lei municipal que tenha estabelecido, antes do advento da Emenda Constitucional 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana, é inconstitucional (Súmula 668 do STF).<sup>21</sup>

Em função deste novo entendimento, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 688, que dispõe:

É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda Constitucional 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinadas a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana.<sup>22</sup>

<sup>20</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 568.947. Recorrente: Município de Blumenau. Recorrido: Pamplona Eletrometalúrgica Ltda.. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 01 de fevereiro de 2008. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2571308>>. Acesso em: 10 de outubro de 2012.

<sup>21</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 466400. Recorrente: Companhia Zaffari Comércio e Indústria. Recorrido: Município de Porto Alegre.. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 09 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2344153>>. Acesso em: 10 de outubro de 2012

<sup>22</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 668**. É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda Constitucional 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinadas a assegurar o cumprimento da

Tendo o Supremo Tribunal entendido pela aplicação da capacidade contributiva ao imposto predial e territorial urbano, restou claro que este imposto possui natureza real e não pessoal, com a declaração da inconstitucionalidade acerca da incidência das alíquotas progressivas, proporcionalmente ao número de imóveis do proprietário.

Atualmente o princípio da capacidade contributiva não está atrelado exclusivamente aos impostos diretos. Para que haja a correta aplicação das alíquotas progressivas do imposto predial e territorial urbano, basta que a majoração de suas alíquotas seja regulada por meio de lei ordinária, desenvolvida por cada Município, que discipline como será a incidência e quais serão as disposições do seu critério quantitativo.

Desde que editada lei ordinária pelos Municípios para fixar os critérios objetivos referentes à majoração das alíquotas do IPTU, a progressividade fiscal que considera a capacidade contributiva do proprietário do bem imóvel é constitucional.

Evidencia-se que a cobrança progressiva do IPTU é possível desde que respeitados os ditames contidos no art. 145, §1º e 156, §1º, da CF, atrelados ao princípio da igualdade e não confisco, uma vez que esta progressividade tem como objetivo assegurar o interesse social através da função social da propriedade, com finalidade especificamente fiscal.

## 2.2 Progressividade Extrafiscal do Imposto Predial e Territorial Urbano

Trata-se de progressividade extrafiscal a instituição de alíquotas majoradas aos impostos com objetivo diverso ao arrecadatório, pois geralmente institui-se a progressividade extrafiscal para que o tributo atenda interesses sociais, políticos, ambientais ou econômicos.

Essa modalidade de majoração tributária decorre do fato de o proprietário do bem imóvel não ter dado a este a destinação prevista no Plano Diretor do fisco Municipal, mantendo seu solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, desrespeitando então a função social da propriedade.

Nesse sentido, Paulo de Barros Carvalho leciona:

Veze sem conta a compostura da legislação de um tributo vem pontilhada de inequívocas providências no sentido de prestigiar certas situações, tidas como social, política ou economicamente valiosas, às quais o legislador dispensa tratamento mais confortável ou menos gravoso. A essa forma de

manejar elementos jurídicos usados na configuração dos tributos, perseguindo objetivos alheios aos meramente arrecadatórios, dá-se o nome de extrafiscalidade.<sup>23</sup>

A modalidade da progressividade extrafiscal mereceu maior relevância neste estudo, pelo poder que possui de gerenciar e ordenar o desenvolvimento das cidades, através das políticas urbanas como forma de instrumento de coerção para que o contribuinte promova o adequado aproveitamento urbano de seu território, para cumprir com a sua função social de sua propriedade.

Acerca da progressividade extrafiscal, Aurélia Sampere Scarciuffolo ensina:

Tal dispositivo se refere a áreas edificadas ou não utilizadas aos terrenos sem construção, ou com construção que não obedeça ao mínimo obrigatório do potencial construtivo do terreno, refere-se especificamente às questões edilícias do imóvel.<sup>24</sup>

A concretização da utopia da função social deu-se com a edição da Lei nº 10.257/2001 que positiva a materialidade dos artigos 182 e 183 da Constituição Federal para o fim de realizar a diferenciação tributária e ordenação das urbes em detrimento ao interesse e bem estar social.

Isto ocorre porque nos termos do artigo 182, eleva a política de desenvolvimento urbano como uma modalidade de instrumento de garantia das funções sociais e do bem estar dos indivíduos de cada Município.

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público Municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. §2º. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.<sup>25</sup>

O artigo 47 da Lei nº 10.257, prevê expressamente essas garantias, ao passo que “os tributos sobre os imóveis urbanos, assim como as tarifas relativas a serviços públicos urbanos, serão diferenciados em função do interesse social”.<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup> CARVALHO, op. cit., p. 290.

<sup>24</sup> SCARCIOFFOLO apud FERNANDES, Cintia Estefania. **IPTU: texto e contexto**. 1.ed. São Paulo: Quartier Latin. 2005. p.391.

<sup>25</sup> BRASIL. Constituição..., 1988. op. cit..

<sup>26</sup> BRASIL, Lei n. 10.257, op. cit.

Conforme §4º, o dispositivo constitucional 182, a pré-existência da Lei Federal legitima o Município a ter autonomias financeira, organizacional, legislativa e administrativa, para que edite Lei Municipal que proteja os interesses locais.

Nesse sentido, Marcelo Alexandrino dispõe que “o legislador constituinte deixou expresso que, em se tratando de propriedade urbana, o atendimento de sua função social está condicionado à observância das regras estabelecidas no plano diretor do Município”<sup>27</sup>.

A Lei nº 10.257/2001 estabelece que a progressividade do IPTU é uma modalidade de instrumento da política urbana por possuir a pretensão de forçar o contribuinte a atender os requisitos impostos no plano diretor para que o seu imóvel cumpra com a função social almejada tanto pelo fisco como pelo interesse social.

Ao Poder Público Municipal é concedida autorização para editar lei específica, que regule a área de seu plano diretor, e para exigir do proprietário que não cumpre a função social do seu imóvel, a devida utilização de sua propriedade.

Considera-se que o proprietário do bem imóvel deve pelo menos conferir uma função social à sua propriedade, de modo, que se assim não proceder, será facultado ao Município em que o bem está situado, a prerrogativa de determinar o imóvel inutilizado tenha seu adequado aproveitamento, sob pena de instituição do IPTU progressivo no tempo.

De acordo com esta possibilidade, discorre o ilustre doutrinador Leandro Paulsen<sup>28</sup>.

A Constituição Federal de 1988, ao contrário da anterior, optou por disciplinar a progressividade do IPTU e o fez de modo coerente e flexível. Ao invés de adotar um modelo único e geral que, evidentemente, não seria útil a todos os Municípios, dadas as suas características diversificadas, facultou a progressividade, mas limitada ao fim de promover o adequado aproveitamento do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, como decidido no Plano Diretor, através de lei, que decidirá sobre as áreas críticas e necessidades reais do Município.

Verifica-se que o contido no § 4º do art. 182 da Constituição Federal é norma constitucional de eficácia limitada, de modo que, o legislador regulou os interesses relativos à incidência da progressividade, mas deixou uma abertura normativa em razão da competência discricionária do poder público, nos termos de seus conceitos gerais ou nos termos a ser estabelecido por cada ente municipal.

<sup>27</sup> ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito administrativo descomplicado**. 18.ed. São Paulo: Método. 2010. p. 510.

<sup>28</sup> PAULSEN, op. cit. 2009. p.444.

Acerca da previsão constitucional da progressividade, Paulo de Barros Cravalho leciona que “deverá o legislador pautar-se, inteiramente, dentro dos parâmetros constitucionais, observando as limitações de sua competência impositiva e os princípios superiores que regem a matéria, assim os expressos e os implícitos.”<sup>29</sup>

A Constituição derogou a autonomia aos Municípios para que, de acordo com os interesses sociais locais, indique em quais situações e de que forma as propriedades urbanas de sua área cumprirão com a função social.

Aos Municípios foi dada esta prerrogativa pelo fato de ser de sua competência a positivação de assuntos locais, de modo que, considerando que o plano diretor refere-se à área estrita do território de cada Município, cabe a este legislar sobre os critérios de desenvolvimento e expansão urbana de seu território, uma vez que os interesses de um Município para o outro podem ser bastante divergentes.

Salienta-se que um ente municipal terá suas necessidades diferenciadas em relação aos outros, razão pelo qual não poderia um ente federado diverso possuir essa competência, pois seria impossível se conferir um modelo uniformizado de plano diretor para a delimitação da função social de todos os Municípios do território nacional.

Diante desta autorização, aos entes municipais está facultada a possibilidade de determinar que o particular parcele ou edifique compulsoriamente seu imóvel, que seja instituído a progressividade no tempo das alíquotas do IPTU, ou ainda que seja realizada a desapropriação-sanção da propriedade inutilizada.

Nesse sentido, sobre a regulamentação dos artigos 182 e 183 da Constituição Federal, o doutrinador José Eduardo Soares de Melo ensina:

A Lei Federal nº 10.257, de 10.7.01, que regulamenta os arts. 182 e 183 da CF (Estatuto da Cidade), estabelece que, no caso de descumprimento das condições e dos prazos relativos ao parcelamento, edificação ou utilização compulsória, o Município procederá à aplicação do imposto progressivo, mediante a majoração da alíquota pelo prazo de 5 (cinco) anos consecutivo.<sup>30</sup>

Sintetizando, o legislador prevê uma competência legislativa aos Municípios, relacionada à política de desenvolvimento urbano, que será executada pelo poder público municipal,

---

<sup>29</sup> CARVALHO, op. cit., p. 290.

<sup>30</sup> MELO, José Eduardo Soares de. **Impostos federais, estaduais e municipais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010. p. 296.

conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tendo por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

Para que realmente seja possibilitada a reforma urbana, é cabível a incidência da progressividade das alíquotas do IPTU em razão da inutilização do bem imóvel quando o fisco deparar-se com um imóvel ocioso, poderá majorar as alíquotas como forma de sancionar o contribuinte que não exerce a função social de sua propriedade abrangida pelas diretrizes do plano diretor.

Insta observar que o que se busca é um equilíbrio diante do exercício de direitos do proprietário relativos aos interesses sociais, razão pela qual a Administração Pública possui o poder coercitivo de assegurar que o imóvel particular atenda os interesses sociais em função a supremacia do interesse público sobre o privado, por meio da progressividade.

A majoração das alíquotas deste imposto é conhecida como progressividade no tempo, também denominada de progressividade extrafiscal ou então de progressividade sanção, prevista no art. 182, § 4º, da Constituição Federal e artigo 7º da Lei nº 10.257/2001.

Corroborar-se tal afirmação com a redação de Hugo de Brito Machado:

A progressividade, todavia, pode dar-se em razão de outros elementos, entre os quais o tempo, como ocorre com a progressividade estabelecida no artigo 182, §4º, inciso II, da Constituição Federal, para o imposto sobre a propriedade territorial urbana.<sup>31</sup>

Verifica-se que o real objetivo do legislador é a preocupação com a política urbana e não a arrecadação de recursos por meio do imposto, pois, ao dispor de tributo, não há a possibilidade de prestação como forma de sanção como insculpido no artigo 3º do Código Tributário Nacional, sendo que “tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.<sup>32</sup>

A progressividade extrafiscal é relativa à verdadeira sanção derivada do descumprimento da função social da propriedade. O que se verifica é o mau uso do bem imóvel urbano, sendo que, de acordo com os interesses locais positivados, há a expressa previsão da progressividade no tempo.

<sup>31</sup> MACHADO, Hugo de Brito. **Revista dialética de direito tributário n.105**. 1. ed. São Paulo: Oliveira Rocha. 2004. p. 94.

<sup>32</sup> BRASIL, Lei n. 5.172, de 25 out 1996, op. cit.

A relativização do tempo significa a graduação da utilização da propriedade, pelo qual quanto menos o solo urbano for aproveitado, maior serão as alíquotas do imposto a ser pago. Na verdade trata-se da reiteração do descumprimento da função social a que todo imóvel deve zelar.

Nesta situação, ocorre um fenômeno que retira do IPTU a sua natureza tributária, pois de sua regra matriz nasce outra relação jurídica de natureza administrativa sancionatória. Essa nova relação jurídica não possui caráter tributário, pois sua pretensão é apenas atender as normas gerais do direito administrativo respeitando os princípios da legalidade e da razoabilidade.

A dispor de uma nova matriz de incidência tributário, esclarece a doutrina por meio de Sasha Calmon Navarro Coelho:

Pode-se dizer, sem medo, que o IPTU admite a progressividade estribada em duas matrizes: a) A matriz da política urbana, cujo fundamento constitucional tem sede na disposição que acabamos de transcrever, em prol da ordenação urbanística das municipalidades (progressividade extrafiscal no tempo); e b) A matriz da capacidade do contribuinte que surge do art. 145, § 1º, da CF.<sup>33</sup>

Com vistas ao desenvolvimento urbano e expansão ordenada, a progressividade extrafiscal possui a capacidade de capaz de demonstrar aos particulares a importância da função social da propriedade no sentido de que atualmente o imóvel não deve atender apenas os interesses individuais de seu proprietário, mas deve atender interesses visando o bem estar coletivo.

Com o objetivo de promover o bem estar social, o direito tributário utiliza-se de tributos capazes de intervir de modo expressivo na vida dos cidadãos da cidade pela concretização da melhoria na vida desses habitantes.

A intervenção do Estado deve observar o princípio da legalidade e se vincular à utilização adequada dos instrumentos legais insculpidos na Constituição Federal, bem como nos instrumentos criados pelo Estatuto das Cidades, sem realizar distinções gratuitas entre os contribuintes para alcançar a transformação das cidades.

O que não é permitido é modificar a natureza jurídica da progressividade extrafiscal como fonte de majoração da arrecadação do fisco, seu real objetivo é o cumprimento dos interesses sociais, por meio da ordenação da cidade, para tutelar o bem estar da maioria da coletividade.

---

<sup>33</sup> COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentários à Constituição de 1988**, 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense. 1990. p. 256-257.

Uma cidade adequada decorre da razoável utilização de recursos públicos e do esgotamento de todas as medidas da política urbana possíveis. O que não se tolera atualmente é a existência de áreas ociosas, com vistas à valorização do imóvel, em regiões interessantes ao ente municipal, bem como não se pode autorizar loteamentos ou edificações irregulares que não preservem o meio ambiente.

A progressividade extrafiscal do IPTU vincula a atuação do proprietário para que este promova o cumprimento da função social de sua propriedade, sendo que se cada proprietário realizasse seu ônus, se extirparia a utilização inadequada das propriedades e a ociosidade dos imóveis urbanos com conseqüente alcance de uma cidade ideal, sustentável, justa e ordenada.

Partindo do pressuposto do não cumprimento da função social da propriedade urbana, a progressividade extrafiscal, progressividade no tempo, não se aplica automaticamente. Isto ocorre porque para aplicação é indispensável a observância de alguns requisitos estabelecidos no Estatuto das Cidades.

Para que possa haver a incidência da progressividade extrafiscal, é necessária a existência de um plano diretor que regule o parcelamento, a edificação ou utilização compulsória do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, com a determinação dos respectivos prazos para cumprimento destes instrumentos de expansão, além da existência de norma municipal que regulamente a realização dessas obrigações.

É de extrema importância que o proprietário do bem imóvel execute as obrigações determinadas pela legislação específica para conferir ao seu imóvel o exercício da função social da propriedade urbana e para evitar que esta sofra qualquer tipo de sanção administrativa.

Posteriormente à positivação supracitada, para que tenha validade o lançamento do IPTU eivado de progressividade, o contribuinte deve tomar conhecimento acerca das irregularidades que está praticando, sendo que isto ocorrerá através de uma notificação realizada pelo fisco municipal, que deverá ser instruída com a cópia da lei municipal.

Este procedimento administrativo ocorre da seguinte maneira: i) notificação pessoal, tentada pelo menos três vezes, com a instrução da lei municipal que regula a progressividade; ii) averbação em Cartório de Registro de Imóveis para que o ato se torne público e promova efeitos perante terceiros em casos de transferência da propriedade; iii) o fisco permitirá que, num prazo superior a um ano, o contribuinte protocolize um projeto de cumprimento de suas obrigações e em dois anos execute seu projeto.

Acerca dos prazos, é indispensável que a Administração, em sua lei especial, aprecie com clareza todos os prazos relativos ao cumprimento das obrigações anteriormente previstas, considerando os prazos informais que possui para a análise do projeto.

Em casos tais, não se pode desconsiderar a possibilidade de indivíduos eivados de má-fé que podem, por exemplo, ter seu projeto aprovado, mas iniciar uma obra e nunca terminar para não sofrer a progressividade no tempo sob fundamento de que ainda está cumprindo com a sua obrigação.

Depois de decorridas essas etapas, se acaso o proprietário não cumprir voluntariamente com seu devido ônus social, o fisco fica autorizado a aplicar de forma sancionatória, a progressividade das alíquotas do IPTU prevista no dispositivo constitucional 182, §4º.

Segundo a perfeita definição estabelecida pelo administrativista Alexandre Mazza, esta medida urbanística será aplicada quando “fracassada a ordem de parcelamento, edificação ou utilização compulsória, o Município procederá à aplicação do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) progressivo no tempo, mediante a majoração da alíquota pelo prazo máximo de cinco anos consecutivos”.<sup>34</sup>

Nesse sentido, ensina Cintia Estefania Fernandes:

Deve-se destacar, ainda, que a aplicação de alíquotas progressivas no tempo do IPTU, somente poderão ser aplicáveis após o proprietário do imóvel (não edificado, subutilizado ou não utilizado), não ter atendido à notificação de parcelamento ou edificação compulsórios, previstos no artigo 182, §4º, inciso I, da CF.<sup>35</sup>

Como exposto, essa progressividade terá um caráter sancionatório-punitivo em função do desrespeito reiterado aos instrumentos de urbanização do território municipal pelo inadimplemento das obrigações neles previstas.

Sobre a sanção insculpida nesta progressividade, Valéria Cristina Pereira Furlan leciona:

Não se trata de tributar um fato ilícito, pois o fato ensejador do IPTU é a propriedade imobiliária, nada mais – portanto, um fato lícito. A natureza

---

<sup>34</sup> MAZZA, op. cit., p. 593.

<sup>35</sup> FERNANDES, op. cit., p. 394

sancionatória advém – isto, sim – da persistência do proprietário em fazer, mau uso do seu imóvel, o que acarreta um agravamento das alíquotas.<sup>36</sup>

Insta observar que embora o Código Tributário Nacional, em seu artigo 4º, vede a incidência de tributos com caráter punitivo, como já demonstrado anteriormente, a progressividade extrafiscal do IPTU reporta uma modalidade de instrumento de política urbana, sem natureza arrecadatória, afastando-se, portanto, qualquer hipótese de afirmação de inconstitucionalidade desta medida.

Nesse sentido, afirma Cintia Estefania Fernandes

A sanção é norma estranha à norma impositora do tributo. Normas distintas com objetivos diferenciados. Enquanto a norma impositora através da hipótese de incidência prevê e possibilita o possível enquadramento do comportamento humano no consequente da norma, a norma sancionadora, uma vez descumprido o preceito anterior, visa a reabilitação do sistema através da imposição da penalidade. Por isso, a norma sancionadora só tem seu valor após a incidência da hipótese da norma, preenchidas as condições do atingimento da consequência e o não obediência pelo comportamento humano da prescrição da norma impositora, tributo não é uma forma de punir o contribuinte através de uma norma impositora.<sup>37</sup>

A progressividade no tempo majorará as alíquotas do IPTU, de acordo com o estabelecido em lei específica, de modo que o valor atribuído não poderá exceder o dobro do valor atribuído no ano anterior, em razão do princípio da razoabilidade, com alíquota não superior a 15%.

Acerca de como incidirá a progressividade, o doutrinador José Eduardo Soares de Melo esclarece que “o valor da alíquota a ser aplicado a cada ano será fixado na lei municipal específica para a área incluída no plano diretor, e não excederá a duas vezes o valor referente ao ano anterior, respeitada a alíquota máxima de 15% (quinze por cento)”.<sup>38</sup>

Transcorrida esta fase, se ainda assim o contribuinte permanecer inerte durante o prazo temporal de cinco anos, poderá o fisco municipal continuar tributando o imposto com progressividade máxima, no percentual de 15%, até que este tenha a iniciativa de desempenhar sua obrigação de parcelar, edificar ou promover o devido aproveitamento ao seu solo urbano inutilizado, cumprindo com seu respectivo ônus social.

O imposto progressivo continuará sendo tributado, enquanto o proprietário não cumpra com a função social de seu imóvel, acaso o poder público municipal não tenha interesse na

<sup>36</sup> FERNANDES, *ibid.*, p. 393

<sup>37</sup> FERNANDES, *op. cit.* P.393.

<sup>38</sup> MELO. *Op. cit.*, p. 297-298.

propriedade inutilizada, porém, se o Município demonstrar interesse social, poderá desapropriar a área urbana, indenizando o proprietário, de modo punitivo, com títulos da dívida pública.

Assim, não há possibilidades do proprietário se enquadrar em qualquer hipótese de anistia ou isenção considerando expressa vedação do Estatuto da Cidade, pois, se diferente fosse, a intenção de sancionar o proprietário que não cumpre com a função social de sua propriedade estaria frustrada.

Considerando todos os entendimentos legais e doutrinários expostos sobre a inexistência de propriedade sem função social, conclui-se que o IPTU não possui apenas o caráter fiscal, arrecadatário, mas também um caráter extrafiscal, uma vez que a Constituição Federal o elegeu como instrumento de desenvolvimento da função social da propriedade urbana.

### 3. Conclusão

Por meio da instituição das alíquotas progressivas do IPTU, a Constituição Federal concretiza seus princípios da capacidade contributiva, da justiça social, da isonomia na esfera tributária além do princípio da função social da propriedade, utilizando-se da política de expansão urbana.

O IPTU pode ser qualificado como fiscal ou extrafiscal, ou seja, pode possuir natureza diversificada, dependendo do interesse que o fisco busca alcançar.

A princípio, instituiu-se a progressividade extrafiscal, com o objetivo de promover a função social da propriedade urbana, prevista no artigo 182, §4º, da Constituição Federal. Posteriormente, nasceu a progressividade fiscal, cujo objetivo tem caráter estritamente arrecadatário, através da edição da Emenda Constitucional 29/2000.

A progressividade fiscal tem por finalidade a arrecadação de recursos para o erário, de forma a assegurar a busca pela justiça social, bem como garantir a aplicação do princípio da capacidade contributiva e isonomia tributária.

A vantagem da tributação com fins arrecadatários é que todo o valor levantado, em virtude da contribuição deste imposto, é revertido em melhorias públicas em favor de toda a coletividade, de modo que, na maioria dos casos, os maiores beneficiários são os mais necessitados, alcançando, assim, a solidariedade social.

A segunda modalidade de progressão das alíquotas do IPTU é a extrafiscal, prevista nos artigos 182 e 183 da Constituição Federal, que foi regulamentada pelo Estatuto das Cidades, o qual criou instrumentos para que a propriedade urbana atinja sua função social, sendo um deles o IPTU progressivo no tempo.

Aos Municípios foi atribuída a competência para editar o Plano Diretor, delimitando os interesses locais para contribuir com a expansão ordenada das cidades, assegurando a concretização da função social da propriedade. Ressalta-se que a edição de tal lei municipal é requisito de validade progressividade extrafiscal.

Aos contribuintes resta o ônus de promover a função social de sua propriedade urbana, conforme dispõe a lei específica municipal, sob pena de sofrer majoração nas alíquotas do IPTU por meio da progressividade no tempo.

Essa modalidade de progressividade prevê a instituição das alíquotas, que podem ser dobradas ano a ano, atingido o percentual máximo de 15%, sendo que, após o decurso do lapso temporal de cinco anos, se o proprietário ainda não conferiu a destinação correta ao imóvel, o fisco deve realizar um juízo de conveniência e oportunidade de seus interesses para continuar tributando o imóvel de modo progressivo ou realizar a sua desapropriação-sanção.

Sob estas disposições verifica-se que, o imposto predial e territorial urbano, tanto na progressividade fiscal quanto na progressividade extrafiscal, contribuem para a implementação de diversos princípios constitucionais e, por esta razão, o Poder Público deve valorizar cada vez mais a importância da responsabilidade fiscal e social com o objetivo de que seja promovido o bem estar social dos residentes das urbes.

Após análise do histórico doutrinário e jurisprudencial, conclui-se que atualmente a progressividade das alíquotas do IPTU, amplamente abordada na Constituição Federal, é perfeitamente constitucional tanto com natureza fiscal como extrafiscal.

É possível se afirmar que também é constitucional a cumulação das duas formas de progressividade para a incidência do IPTU. Uma vez fixada a alíquota nos termos do artigo 156, § 1º da Constituição Federal, o bem tributado poderá sofrer progressividade no tempo se acaso seu proprietário não desenvolver o adequado aproveitamento de seu solo urbano, conforme artigo 182 § 4º, II, da Constituição Federal, pois trata-se de duas modalidades positivadas com naturezas notoriamente distintas.

#### 4. Referências Bibliográficas

ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito administrativo descomplicado**. 18.ed. São Paulo: Método. 2010.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. . **Diário Oficial [da] União**, Brasília, 16 jul 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm) >. Acesso em: 13 de agosto de 2012

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 13 de outubro de 2012

BRASIL. Lei n. 5.172, de 25.out.1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário oficial [da] União**, Brasília, 31 out. 1966. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm)>. Acesso em: 02 de novembro de 2012.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de set de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário oficial [da] União**, Brasília, 12 set 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 10 de outubro de 2012.

BRASIL. Lei n. 10.257, de 10 jul 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. **Diário oficial [da] União**, Brasília, 11 jul 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm)>. Acesso em: 10 de outubro de 2012

BRASIL. Lei n. 10.406, 10.jan.2002. Dispõe sobre Lei de introdução ao código civil brasileiro. **Diário oficial [da] União**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 10 de outubro de 2012

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 160**. É defeso ao Município atualizar o IPTU, mediante Decreto, em percentual superior ao índice oficial de correção monetária. Disponível em: <[http://www.dji.com.br/normas\\_inferiores/regimento\\_interno\\_e\\_sumula\\_stj/stj\\_0160.htm](http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj_0160.htm)>. Acesso em: 10 de outubro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 568.947. Recorrente: Município de Blumenau. Recorrido: Pamplona Eletrometalúrgica Ltda.. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 01 de fevereiro de 2008. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2571308>>. Acesso em: 10 de outubro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 466400. Recorrente: Companhia Zaffari Comércio e Indústria. Recorrido: Município de Porto Alegre.. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 09 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2344153>>. Acesso em: 10 de outubro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 589**. É inconstitucional a fixação de adicional progressivo do **imposto** predial e territorial urbano em função do número de imóveis do contribuinte. Disponível em: <[http://www.dji.com.br/normas\\_inferiores/regimento\\_interno\\_e\\_sumula\\_stf/stf\\_0589.htm](http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0589.htm)>. Acesso em: 10 de outubro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 668**. É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda Constitucional 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinadas a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana. Disponível em: [http://www.dji.com.br/normas\\_inferiores/regimento\\_interno\\_e\\_sumula\\_stf/stf\\_0668.htm](http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0668.htm). Acesso em: 10 de outubro de 2012.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 20 ed. São Paulo: Malheiros. 2004.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentários à Constituição de 1988**, 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense. 1990.

FERNANDES, Cintia Estefania. **IPTU: texto e contexto**. 1.ed. São Paulo: Quartier Latin. 2005.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Comentários ao estatuto da cidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.

FILHO, José Erivaldo Dantas. **Revista dialética de direito tributário n. 105**. 1. ed. São Paulo: Oliveira Rocha. 2004.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 10. ed. São Paulo: Método. 2006.

MACHADO, Hugo de Brito. **Revista dialética de direito tributário n.105**.1. ed. São Paulo: Oliveira Rocha. 2004.

MACHADO, Hugo de Brito. **Revista dialética de direito tributário n. 203**, 1. Ed. São Paulo: Oliveira Rocha. 2012.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

MELO, José Eduardo Soares de. **Impostos federais, estaduais e municipais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010.

PAULSEN, Leandro Filho. **Impostos federais, estaduais e municipais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

PAULSEN, Leandro. **Direito tributário**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009.

SABBAG, Eduardo de Moraes. **Manual de direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros. 2001.



## INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO HISTÓRICO-CULTURAL

Ana Karina Ticianelli Möller

*Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Professora de Direito Constitucional e Direitos Humanos na Centro Universitário Filadélfia – UNIFIL. Advogada em Londrina (PR).*

Thais Canhizares Rossini

*Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Filadélfia – UNIFIL. Estagiária da Procuradoria-Geral do Município de Londrina.*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Conceito de Patrimônio Histórico-Cultural 3. Da Tutela Constitucional. 4. Dos Instrumentos de Proteção. 5. Conclusão. 6. Referências Bibliográficas.

**RESUMO:** O presente artigo aborda o patrimônio cultural brasileiro sobre a ótica jurídica, enquanto conjunto das representações de um povo, como forma de manifestar suas origens, costumes e ideais, expressando um momento característico de sua história. Destaca a tutela constitucional do patrimônio cultural, utilizando conceitos modernos acerca do tema, de modo a abranger as mais diversas formas de expressão, consagrando o reconhecimento do pluralismo da nossa cultura. Aborda os meios jurídicos disponíveis, tanto ao ente público quanto à população, para a defesa de seu patrimônio cultural, assegurando a sua transmissão às gerações futuras.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Ambiental. Instrumentos de Tutela. Patrimônio Histórico-Cultural.

## 1. Introdução

O art. 225 da Constituição Federal junto da ideia trazida pela Lei n. 6.938/81 trazem uma conotação multifacetária ao conceito de meio ambiente, visto que seu objeto de proteção estende-se em cinco diferentes aspectos (patrimônio genético, meio ambiente natural, artificial, do trabalho e cultural) todos eles devendo ser respeitados para garantir a sadia qualidade de vida.

De tal modo, o meio ambiente se traduz na interação dos elementos naturais, artificiais e culturais que garantem o desenvolvimento da vida em todas as suas formas. Para José Afonso da Silva, essa interação oferece uma percepção unitária do meio ambiente, que abrange os recursos naturais e culturais, devendo ser vislumbrado nessa perspectiva plural e abrangente.

Nessa perspectiva, o referido trabalho se motiva através da importância de manter preservada a identidade dos grupos culturais formadores da sociedade brasileira. Para tanto, far-se-á uma breve análise dos instrumentos jurídicos ofertados pelo ordenamento jurídico brasileiro para

garantir a tutela do ambiente histórico e cultural das cidades, comunidades e do país como um todo, com o fim de não se perder as raízes do povo brasileiro.

## 2. Conceito de Patrimônio Histórico-Cultural

A ideia de Patrimônio Cultural sofreu diversas alterações no transcorrer do tempo. Em nosso país, a Carta Magna de 1934, em seus artigos 10, III e 148, foi o primeiro texto constitucional a abordar a tutela jurídica do Patrimônio Cultural. Podemos observar a conceituação mais moderna trazida pela Constituição Federal de 1988 que tem por base o artigo 216, a seguir:

Art. 216 - Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Importante destacar que o rol trazido pelo artigo supracitado é de caráter exemplificativo, pois, ao utilizar-se da expressão “nos quais se incluem” possibilita a existência de outros bens culturais que porventura não estejam mencionados nos incisos.

Não há também qualquer limitação quanto à forma dos bens, podendo ser materiais ou imateriais e originários da construção humana ou da produção natural, podem ser móveis ou imóveis, particulares ou públicos, pessoais ou coletivos. A característica da qual todos eles devem compartilhar será a existência de uma referência com a identidade, a ação e a memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

Neste sentido, o jurista José Eduardo Ramos Rodrigues afirmou:

Destarte, "não se discute mais se o patrimônio cultural constitui-se apenas dos bens de valor excepcional ou também daqueles de valor documental cotidiano; se inclui momentos individualizados ou também conjuntos; se dele faz parte tão-só a arte erudita ou também a popular; se contém apenas bens produzidos pela mão do homem ou também os naturais; se esses bens naturais envolvem somente aqueles de excepcional valor paisagístico ou, inclusive, ecossistemas; se abrange bens tangíveis e intangíveis. Todos esses bens estão incluídos no patrimônio cultural brasileiro, desde que sejam portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da nacionalidade ou da sociedade brasileiras, nos termos constitucionais" (RODRIGUES, 2005, p. 272)

Percebe-se que proteger os bens histórico-culturais é, na verdade, proteger a identidade de cada cidadão e de todos eles enquanto brasileiros. De tal modo, o Patrimônio Cultural encontra sua tutela estatal enquanto direito difuso pertencente a toda uma coletividade.

Por isso, o objetivo deste trabalho foi apontar os meios pelos quais essa proteção é realizada, abordando os instrumentos jurídicos disponíveis tanto à população quanto ao poder público na defesa da cultura e história brasileira.

Para alcance do objetivo mencionado, utilizou-se o método hipotético-dedutivo, bem como o método de procedimento monográfico e as pesquisas bibliográficas, para a análise do conteúdo abordado.

### 3. Tutela Constitucional

Os bens que representam a identidade e a memória dos diversos grupos formadores da sociedade brasileira, uma vez reconhecidos enquanto patrimônio cultural, tornam-se parte integrante do bem ambiental, sendo assim, difuso.

Bem difuso é aquele que abrange os interesses de toda uma coletividade, enquadrando-se nos direitos de terceira geração ou terceira dimensão (decorrentes da terceira revolução industrial: a revolução tecnocientífica dos meios de comunicação e de transporte).

Paulo Bonavides, sobre essa geração de direitos, menciona:

"Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto

direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.” (BONAVIDES, 2006, p. 569)

De tal modo, a defesa do patrimônio cultural enquadra-se no grupo dos direitos fundamentais de terceira geração, sendo claro que a tutela desse direito atende a humanidade como um todo, na medida em que preserva a sua identidade.

A preservação da cultura e da história nacional se dá por força de um direito ao bem-estar e à sadia qualidade de vida garantida com força de lei constitucional, dada a sua previsão, como já foi visto, em nossa Carta Magna.

À vista disso, o Constituinte atribuiu aos entes estatais a competência para defender o patrimônio histórico-cultural, tanto executando como legislando a respeito do tema.

A CF/88 prescreve em seu artigo 23 que no plano executório o tema é de competência comum, como podemos observar:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;

Sendo a competência comum, todos os entes federativos podem atuar na proteção do patrimônio histórico cultural em igualdade, sem que exista a predominância de um ente sobre o outro. Esta é a chamada atuação paralela dos entes federados, na qual todos atuam em condições de igualdade e a atuação de um ente não exclui a atuação dos demais entes.

Para legislar, a competência passa a ser concorrente, como postulam os incisos VII e VIII do artigo 24 do texto constitucional, a seguir:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;

VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

Deste modo, tanto a União quanto os estados tem o poder de legislar sobre o assunto, sendo que à União compete elaborar as normas gerais e, na ausência destas regras gerais, os estados podem criar leis que virão a suplementá-la. Tão logo a União desenvolver norma sobre o assunto, a legislação elaborada pelos outros entes federativos ficará suspensa.

Sendo assim, a União predomina como poder soberano na defesa dos interesses gerais, os Estados membros atuam em nível Regional, os Municípios a nível local e o Distrito Federal atua tanto a nível regional quanto local. De tal modo, todos os entes federativos têm competência para legislar acerca da proteção do patrimônio histórico-cultural, cada um em sua esfera de interesse.

Ao observar a atribuição das competências sobre o patrimônio histórico-cultural, é evidente a preocupação da Constituição Federal em proteger o meio ambiente cultural, dando abordagem ampla à matéria e atribuindo a todos os entes federados competência material e legislativa.

#### 4. Dos Instrumento de Proteção

A Constituição Federal estabelece, no § 1º do art. 216, múltiplas formas de proteção cultural, ao prescrever que:

§ 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

A promoção cultural de um bem poderá, ainda, ser realizada pelo Poder Legislativo. Deste modo, será elaborada uma legislação específica. Também em Lei de uso do solo é possível que se determine a preservação de um certo bem, desde que fiquem bem delimitadas as atribuições do regime jurídico do bem a ser protegido.

Como exemplo é possível mencionar o Decreto 22.928 de 12/07/1933 que “Considerando que a cidade de Ouro Preto, antiga capital do Estado de Minas Gerais, foi teatro de

acontecimentos de alto relevo histórico na formação da nossa nacionalidade e que possui velhos monumentos, edifícios e templos de arquitetura colonial, verdadeiras obras d'arte, que merecem defesa e conservação; erigiu a cidade de Ouro Preto à monumento nacional.

De acordo com a Lei 7.347 de 24 de julho de 1985 que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direito de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, também o Poder Judiciário pode determinar o reconhecimento cultural de um bem.

Nesse sentido é importante lembrar que antes de ser estipulado por lei ou de ser instituído em determinado procedimento administrativo, a identificação cultural nasce na comunidade, no exato instante em que o bem é criado, pois o valor cultural lhe é intrínseco. De tal modo, a tutela do Estado para a proteção de um certo bem cultural poderá ser buscada através do Poder Judiciário.

Existe, assim, a possibilidade de um bem ter o seu valor histórico-cultural comprovado no transcorrer de uma ação civil pública e ser apreciado através de decisão judicial, independentemente de um procedimento administrativo e sem a

O Estado irá intervir administrativa e judicialmente sempre que ocorrer alguma ameaça ou dano ao patrimônio histórico-cultural.

A administração pública atua também com a aplicação de multas, destruindo obras ilegítimas ou em desacordo com o bem tutelado e com a remoção do objeto. Existem ainda, as ações popular, civil pública e penal pública que podem ser utilizadas como instrumento judicial de defesa e repressão às ameaças ao patrimônio cultural.

O Decreto-lei 25/1937 estabelece que as sanções pecuniárias poderão ser aplicadas nos casos de: omissão de registro de coisa tombada, no prazo de 30 dias da transferência da propriedade (art. 13, § 1º); destruir, demolir, mutilar a coisa tombada, ou nela fazer reparos, pinturas ou restaurações sem prévia autorização do IPHAN (art. 17); não comunicação ao órgão conservador quanto à falta de recursos necessários para a conservação e reparação da coisa tombada (art. 19); criação de embaraços à inspeção, pelo órgão competente, das coisas tombadas (art. 20); violação do direito de preferência da União, Estados e Municípios, no caso de alienação onerosa do bem (art. 22, § 2º); pichar, grafitar ou por outro meio conspurcar monumento ou coisa tombada (art. 75).

Tais sanções pecuniárias visam tanto punir como prevenir as agressões ao patrimônio histórico-cultural, como desestimulantes. Há também, a destinação aos valores percebidos com as multas aos reparos que poderão ser feitos aos bens atingidos.

Existe ainda, de acordo com a redação do art. 18 do mesmo Decreto-lei, a possibilidade de destruição de obra que poderá ocorrer sempre que uma construção não autorizada for realizada na vizinhança do bem tombado, de modo a impedir ou reduzir a sua visibilidade.

Outro instrumento administrativo para a defesa do patrimônio histórico-cultural e repressão das ameaças é a remoção do objeto que está previsto no art. 18 do Decreto é a remoção do objeto que se fará nas hipóteses de colocação de anúncios ou cartazes nos entornos do bem protegido.

O Estado prestará a sua tutela jurisdicional sempre que os seus jurisdicionados exercerem seu direito constitucional de ação, assegurado na redação do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Vale relembrar, a jurisdição brasileira tem por base os princípios da indeclinabilidade da jurisdição e do devido processo legal, pelos quais, ao ser convocada, não poderá ausentar-se de dizer o direito garantindo, durante tal processo, o contraditório e a ampla defesa, conferindo segurança jurídica através da coisa de julgada.

#### 4.1 Dos Instrumentos Jurídicos

O tombamento, a forma mais usual de se preservar e acautelar o patrimônio cultural, não obstante existam outras, tais como prevê o supracitado artigo, é regulamentado pelo Decreto-Lei n. 25, de 30 de novembro de 1937 que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, quando afirma em seu art. 1º, § 1º:

§ 1º Os bens a que se refere o presente artigo só serão considerados parte integrante do patrimônio histórico o artístico nacional, depois de inscritos separada ou agrupadamente num dos quatro Livros do Tombo, de que trata o art. 4º desta lei.

E mais adiante, prossegue:

Art. 4º O Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional possuirá quatro Livros do Tombo, nos quais serão inscritas as obras a que se refere o art. 1º desta lei, a saber:

1) no Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico, as coisas pertencentes às categorias de arte arqueológica, etnográfica, ameríndia e popular, e bem assim as mencionadas no § 2º do citado art. 1º.

- 2) no Livro do Tombo Histórico, as coisas de interesse histórico e as obras de arte histórica;
- 3) no Livro do Tombo das Belas Artes, as coisas de arte erudita, nacional ou estrangeira;
- 4) no Livro do Tombo das Artes Aplicadas, as obras que se incluïrem na categoria das artes aplicadas, nacionais ou estrangeiras.

O tombamento resultará de um procedimento administrativo bastante complexo a ser realizado por qualquer uma das esferas do poder estatal, através do qual será declarado e reconhecido o valor cultural do bem tombado e, portanto, a necessidade de proteção que este bem passará a ensejar. Este instituto tem por base o cumprimento da função social da propriedade, estabelecida por nossa constituição nos arts. 5º, XXIII e 170, III.

Dentre as possíveis modalidades, o tombamento será de ofício, voluntário ou compulsório, conforme o procedimento a ser adotado. Provisório ou definitivo, quanto à eficácia que produzir. Individual ou geral, quanto aos seus destinatários.

Os procedimentos variam para cada modalidade de tombamento, mas o que é importante destacar é a necessidade que este processo respeite o princípio do devido processo legal, de modo a garantir ao proprietário seu direito de contraditório e de ampla defesa, possibilitando, inclusive, que o mesmo junte os meios de prova que julgar necessários para demonstrar que o bem em questão não possui qualquer vínculo com o patrimônio cultural, se este for o caso.

Também vale esclarecer que o tombamento de um bem não altera a sua propriedade, nem implica em desapropriação. A preocupação essencial é a manutenção deste bem para que o valor cultural ali existente se transmita à posteridade. A única restrição existente fica por conta da descaracterização ou destruição do mesmo. O proprietário deve preservar o bem, mantendo as características que possuía no momento do tombamento, mas não há qualquer restrição quanto a venda, aluguel ou herança de um bem tombado, desde que se atente a sua preservação.

O objetivo essencial do instituto do tombamento é evitar a descaracterização de um bem cultural, de modo a impedir que os valores histórico, artístico ou cultural ali existentes se percam. Assim, aquele que destruir ou apresentar ameaça a um bem tombado ficará sujeito ao devido processo judicial que poderá estabelecer multas, medidas mitigatórias ou até mesmo a reconstrução do bem como se encontrava no momento em que se deu o tombamento.

Existem ainda situações, como para bens culturais imateriais, em que o tombamento é inviável.

É visando a proteção destes bens culturais imateriais que o Decreto Federal 3.551, de 04 de agosto de 2000, instituiu o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial e criou o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial, para que se estabelecesse uma política específica para os inventários, referenciamentos e valorização dos bens culturais intangíveis.

Essa proteção engloba toda a produção cultural que deriva do conhecimento humano. São bens científicos, intangíveis, que incluem todas as tecnologias e formas de expressão, das mais eruditas até as mais populares.

Para tanto, o Decreto 3.551/2000 estabelece que:

Art. 1º Fica instituído o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro.

§ 1º Esse registro se fará em um dos seguintes livros:

I - Livro de Registro dos Saberes, onde serão inscritos conhecimentos e modos de fazer enraizados no cotidiano das comunidades;

II - Livro de Registro das Celebrações, onde serão inscritos rituais e festas que marcam a vivência coletiva do trabalho, da religiosidade, do entretenimento e de outras práticas da vida social;

III - Livro de Registro das Formas de Expressão, onde serão inscritas manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas e lúdicas;

IV - Livro de Registro dos Lugares, onde serão inscritos mercados, feiras, santuários, praças e demais espaços onde se concentram e reproduzem práticas culturais coletivas.

E prossegue:

§ 3º Outros livros de registro poderão ser abertos para a inscrição de bens culturais de natureza imaterial que constituam patrimônio cultural brasileiro e não se enquadrem nos livros definidos no parágrafo primeiro deste artigo.

Para que faça jus à inscrição no livro de registro, o bem registrado deve apresentar relevância nacional para a memória, a identidade e a formação da sociedade nacional. Para assegurar este interesse, o IPHAN realizará, a cada dez anos, pelo menos, uma reavaliação dos bens registrados e

encaminhará ao Conselho Consultivo adequado para que este proceda à revalidação do título de Patrimônio Cultural do Brasil anteriormente concedido. Se por ventura, a revalidação não for concedida, perde-se o título; o registro, por sua vez, é mantido como referência histórica.

O primeiro bem cultural registrado como Patrimônio Imaterial no Livro de Registro dos Saberes foi o saber envolvido na fabricação artesanal de panelas de barro no bairro de Goiabeiras Velha, em Vitória, no Espírito Santo. O registro se deu no ano de 2002 e conferiu a este ensino o título de Patrimônio Cultural do Brasil. A técnica é ensinada tradicionalmente pelas artesãs às suas filhas, netas, sobrinhas e vizinhas e conserva todas as características essenciais que a identificam com a prática dos grupos nativo americanos, antes da chegada de outros povos. O Banco de Dados dos Bens Culturais Registrados, disponibilizado pelo IPHAN, possui documentos contendo todas as informações sobre o Ofício das Paneleiras de Goiabeiras e inclui a legislação específica, um dossiê do ofício, além de fotografias, vídeos, músicas, pareceres técnicos e jurídicos dos processos desse bem cultural imaterial.

Este é um instituto de proteção à cultura nacional que reflete a evolução do conceito de patrimônio cultural e demonstra a atenção e a sensibilidade que tem sido empregada na defesa da identidade brasileira.

Ao lecionar sobre a segurança jurídica na tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado, Celso Antonio Pacheco Fiorillo postulou:

“Na verdade, somente através de uma decisão judicial definitiva, realizada em face da jurisdição coletiva, é que no atual sistema constitucional em vigor as partes conseguirão observar a almejada segurança jurídica, conforme já tivemos a oportunidade de mencionar. A jurisdição civil coletiva em matéria ambiental visa, por via de consequência, a assegurar aos destinatários do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado um resultado final, seguro e definitivo em face de lides submetidas à apreciação do Poder Judiciário.” (FIORILLO, 2013, p. 683)

Assim, a defesa do patrimônio ambiental cultural, em razão de sua natureza de bem difuso, tem por base as normas processuais de jurisdição coletiva, a saber, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) e a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85). Assim, o Código de Processo Civil é aplicado de forma subsidiária, somente no que não contrarias as regras previstas na jurisdição coletiva.

A tutela em juízo dos direitos difusos do patrimônio cultural está representada por três instrumentos de defesa, são eles: a ação popular, a ação civil pública e a ação penal pública.

De acordo com o art. 5º, LXIII da CF/88, qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Vale destacar que nos casos de interposição de ação popular, não existe a possibilidade de promoção de um bem cultural, mas o que se realiza é a defesa dos bens culturais já existentes.

A Lei 4.717 de junho de 1965 que regula a ação popular, ressalta em seu artigo 14, que este é um instrumento de cidadania através do qual pleiteia-se um provimento judiciário que irá declarar nulos ou tornará anuláveis os atos lesivos ao patrimônio cultural ambiental, condenando os responsáveis a restituição do dano ocasionado.

A ação civil pública, por sua vez, é regulada pela Lei 7.347/1985. De acordo com o art. 1º da Lei da Ação Civil Pública, regulam-se por esta lei as ações de responsabilidade por danos patrimoniais e morais causados a bens de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, bem como de qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

Édis Millaré, a este respeito postulou:

“Como se vê, ao contrário da ação popular que se volta contra o ato administrativo lesivo ao patrimônio público, a ação civil pública é arma de espectro mais amplo, posto que dirigida não apenas contra o Estado, como também age em face dos particulares que causem danos àqueles bens ou valores. Pode, a bem se ver, não só anular atos como, ainda, exigir obrigações de fazer ou de não fazer, abrindo ampla possibilidade de defesa ao patrimônio cultural.” (Millaré, 2001, p.215)

Importante salientar, a ação popular e a ação civil pública adotam o regime jurídico da responsabilidade civil objetiva para os danos ao patrimônio cultural. Sendo assim, tão somente a existência de um dano a este direito difuso será suficiente para provocar a tutela judicial.

Por outro lado, adota-se o regime da responsabilidade subjetiva nas ações penais públicas, em que é necessária a existência de dolo ou culpa *stricto sensu* (negligência, imperícia ou imprudência).

De tal modo, os delitos contra o patrimônio cultural ambiental ficam sujeitos à ação penal pública, disposta pela Lei 9.605/1998 que acabou por revogar implicitamente o art. 165 166 do Código Penal, trazendo tratamento inovador ao tema.

Vale destacar a redação do art. 62 da Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente:

Art. 62. Destruir, inutilizar ou deteriorar:

I - bem especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial;

II - arquivo, registro, museu, biblioteca, pinacoteca, instalação científica ou similar protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial:

Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.

Parágrafo único. Se o crime for culposo, a pena é de seis meses a um ano de detenção, sem prejuízo da multa.

Aqui, mais uma vez, fica claro que o patrimônio cultural não é composto somente pelos bens tombados. O inciso I afirma que o crime ocorrerá sempre que um bem protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial for ameaçado, consagrando as diversas formas de proteção aos bens culturais anteriormente expostas.

## 5. Conclusão

O patrimônio histórico-cultural constitui direito fundamental de natureza difusa, compreendida entre os bens ambientais, e, portanto, indispensável à sadia qualidade de vida.

A proteção destes bens histórico-culturais é garantida por força constitucional e é dever da comunidade e do Estado exercê-la enquanto defensores da identidade brasileira. Para tanto, dispõem de mecanismos de promoção do patrimônio histórico-cultural, bem como instrumentos de natureza repressiva. Tais instrumentos visam valorizar e resguardar a cultura nacional, despertando na comunidade brasileira a noção de que ocupam um lugar e fazem parte de uma história enquanto povo, conscientizando cada cidadão desta diversidade cultural impar e que não pode se perder.

Esta preservação do patrimônio histórico e cultural é direito fundamental garantido pela Constituição Federal vigente, já que atinge à coletividade como um todo,

caracterizando-se como um direito difuso. Tal Direito, quando violado, acarreta prejuízos incalculáveis para a nação e para cada cidadão individualmente.

Destaca-se que o presente estudo não se esgota com este trabalho, sendo esta uma análise inicial com as diretrizes básicas dos instrumentos jurídicos de proteção ao patrimônio histórico-cultural brasileiro, e está sempre aberto a novas análises.

A Constituição Federal de 1988, ao garantir de forma ampla essa proteção ao patrimônio cultural e histórico dos diversos grupos formadores da sociedade nacional, criou mecanismos jurídicos voltados à proteção da identidade de uma nação culturalmente diversa e historicamente rica.

## 6. Referências Bibliográficas

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário Esquemático*. São Paulo: Método, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 569.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>.

BRASIL. *Decreto-Lei 25*. Promulgado em 30 de novembro de 1937. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del0025.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0025.htm)>

BRASIL. *Decreto Federal 22.928*. Promulgado em 12 de julho de 1933. Erige a cidade de Ouro Preto em monumento nacional. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=32122>>

BRASIL. *Decreto Federal 3.551*. Promulgado em 04 de agosto de 2000. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3551.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3551.htm)>

BRASIL. *Lei 4717*. Promulgada em 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm)>

BRASIL. *Lei 6.938*. Promulgada em 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm)>

BRASIL. *Lei 7.347*. Promulgada em 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7347.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347.htm)>

BRASIL. *Lei 9.605*. Promulgada em 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm)>

FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza. *A proteção jurídica dos bens culturais*. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Paraná, Curitiba, Imprensa Oficial, v.III, p.9, 1991.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 14ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 683.

MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: Doutrina, Prática, Jurisprudência, Glossário*. 2ªed. ver. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PIRES, Maria Coeli Simões. *Da proteção ao patrimônio cultural: o tombamento como principal instituto*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 289 e 290.

<http://portal.iphan.gov.br/portal/montarDetalheConteudo.do?id=17745&sigla=Institucional&retorno=detalheInstitucional> consultado em: 17/08/20014

RODRIGUES, José Eduardo Ramos. *Patrimônio Cultural – aspectos polêmicos*. In Revista de Direito Ambiental. Coords. Antônio Herman V. Benjamin e Édis Milaré. Ano 6, n. 21, janeiro-março de 2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos. *Patrimônio cultural e seus instrumentos jurídicos de proteção: tombamento, registro, ação civil pública, estatuto da cidade*. Em *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. Coord. Édis Milaré. São Paulo: RT, 2005, p.272.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 200. p.20.

## O PRÉVIO EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA NOS CRIMES TRIBUTÁRIOS

**César Augusto Coradini Martins**

*Procurador do Município de Londrina lotado atualmente na Gerência do Patrimônio Público, Urbanismo e Meio Ambiente – GPPUMA. Especialista em Direito Tributário pela Universidade Estadual de Maringá - UEM. Bacharel em Direito pela UEM. Ex-Procurador Municipal dos Municípios de São José do Rio Preto (SP) e Maringá (PR).*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. O Prévio Exaurimento da Via Administrativa nos Crimes Tributários: lições doutrinárias e jurisprudenciais a cerca do tema. 3. Conclusão. 4. Referências Bibliográficas.

**RESUMO:** Análise sobre a necessidade do prévio exaurimento da via administrativa no procedimento administrativo tributário, apurando-se o valor dos tributos, sujeitos passivos responsáveis, delimitando as obrigações principais e acessórias para só então estarem presentes os elementos do tipo penal, configuradores do crime tributário que autorizam a justa causa da ação penal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Penal Tributário. Exaurimento. Via Administrativa. Início da Ação Penal. Necessidade.

### 1. Introdução

O estudo da presente matéria tem por objetivo delimitar a área de relevância na atuação do fisco que se debruça na realização da fiscalização e arrecadação dos tributos e, até onde e quando sua atuação é relevante na definição do que venha a ser considerado crime tributário.

Diante de um panorama que por muito tempo permeia as discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema, propusemo-nos a nos debruçar sobre o tema tentando compilar um entendimento sobre o assunto.

### 2. O Prévio Exaurimento da Via Administrativa nos Crimes Tributários: lições doutrinárias e jurisprudenciais a cerca do tema

Primeiramente, iniciaremos nosso estudo acerca do tema, nos embasando fundamentalmente nos ilustres ensinamentos do autor Hugo de Brito Machado que em seus estudos

doutrinários<sup>1</sup>, cujo título é o “Julgamento Administrativo e Ação Penal nos Crimes Contra a Ordem Tributária”, explica que a ação penal nos denominados Crimes Contra a Ordem Tributária não deve ser promovida antes do julgamento definitivo da ação fiscal na via administrativa.

O autor salienta que no sistema jurídico brasileiro, compete privativamente à autoridade administrativa dizer da existência, e principalmente dimensionar economicamente a relação tributária, ou seja, lançar o tributo. Desta forma, vejamos o que dispõe o Código Tributário Nacional no art. 142:

*“Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível.”*

Portanto, para Hugo de Brito Machado, a manifestação definitiva da autoridade Administrativa é indispensável para que se possa ter como configurado o crime de supressão ou redução de tributo, ou fraude com esse fim praticada.

O autor ainda continua seu posicionamento mencionando que sua opinião também é embasada no art. 5º, LV da Constituição Federal, onde diz que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes.”

E assim o autor em suas próprias palavras esclarece: “É indubitável, portanto, o direito do contribuinte ao processo administrativo fiscal de acerto tributário, com o contraditório e a ampla defesa.”<sup>2</sup>

Segundo ele, admitir-se a ação penal por crime de supressão ou redução de tributo, sem que a autoridade administrativa competente tenha dito existente o próprio objeto do cometimento ilícito, é excluir o direito do contribuinte de ter apurada na via própria a existência da relação tributária, e feita a sua correspondente quantificação econômica.

No entanto agora, quando o pagamento do tributo, antes da denúncia, extingue a punibilidade, é evidente que o contribuinte tem o direito de ter regularmente apurada a existência, e determinado o valor do tributo, antes da denúncia, para que possa, se quiser, exercitar seu direito de extinguir a punibilidade, pelo pagamento.

<sup>1</sup> Disponível em: [http://www.hugomachado.adv.br/conteudo.asp?home=1&secao=2&situacao=2&doc\\_id=127](http://www.hugomachado.adv.br/conteudo.asp?home=1&secao=2&situacao=2&doc_id=127) Acesso em: 29 mar. 2006.

<sup>2</sup> Disponível em: [http://www.hugomachado.adv.br/conteudo.asp?home=1&secao=2&situacao=2&doc\\_id=127](http://www.hugomachado.adv.br/conteudo.asp?home=1&secao=2&situacao=2&doc_id=127) Acesso em: 29 mar. 2006.

Desta forma, portanto, Hugo de Brito Machado conclui afirmando que admitir a ação penal, antes da decisão definitiva da autoridade administrativa, afirmando a existência, e determinando o montante, do tributo, é admitir a ação penal como verdadeiro instrumento de coação para competir o contribuinte ao pagamento de tributo indevido.

Afinal, todos sabemos dos gravames, sobretudo do plano moral, que o envolvimento em uma ação penal representa. Assim, está claro e evidente que, o contribuinte, em face da ameaça criminal de denúncia contra ele, sinta-se coagido a pagar o tributo, ainda que flagrantemente indevido.

Continuando ainda nos saudosos ensinamentos do autor supra mencionado, notamos que a exigência de prévio exaurimento na via administrativa, para que validamente possa ser proposta a ação penal, nos crimes contra a ordem tributária, é indiscutivelmente uma forma de fazer efetivas as garantias constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa.

Destarte, admitir-se a denúncia criminal antes da decisão definitiva da autoridade da Administração, é forma clara de negação do direito à certeza no que concerne à relação jurídica tributária, e assim, negação da supremacia constitucional. E ainda, é suprimir o direito que tem o contribuinte de impugnar a exigência do tributo, demonstrando que o fato apontado pelo fisco não ocorreu, ou não é adequado à hipótese de incidência tributária.

Finalizando, é também suprimir o direito à ampla defesa, no concernente ao processo administrativo fiscal e à própria sanção penal, porque nesse se inclui, indubitavelmente, o direito de demonstrar a inexistência da relação de tributação, perante a Administração Tributária, sem ser coagido pela ameaça de ação penal.

Prosseguindo em nossos estudos, perante os ilustres ensinamentos do doutrinador Luiz Flávio Gomes<sup>3</sup>, verificamos que o mesmo inicia sua explicação salientando que o Direito Brasileiro adota como regra a característica da Independência de Instâncias, como podemos verificar claramente no art.121 da Lei 8.112/90<sup>4</sup>.

Dessarte, a própria Constituição Federal, em seu art. 2º, preceitua que “São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

Portanto, se por um lado não se permite a interferência de um poder sobre o outro, por outro lado notamos que há uma determinação clara que as atuações estejam em consonância uma com a outra, inclusive, sem que seja causa de influências ou mesmo reflexos.

---

<sup>3</sup> Disponível em: [http://www.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20041008143012638](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20041008143012638) Acesso em: 29 mar. 2006.

<sup>4</sup> Art. 121. O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições.

Assim, segundo o autor Luis Flávio Gomes<sup>5</sup>, mesmo adotando o posicionamento de que as instâncias são independentes entre si, verificamos a existência de certas peculiaridades no que tange a sentença penal e a própria aplicação da decisão administrativa.

Vejamos:

*Nos três casos infra mencionados, constatamos hipóteses de dependência entre as esferas:*

- a) *quando a sentença penal reconhecer a inexistência do fato;*
- b) *que reconhece que o autor não participou do fato;*
- c) *quando reconhece causa justificante: (exercício regular do direito, estado de necessidade, legítima defesa, exercício de um dever legal)*

Luiz Flávio Gomes ainda comenta sobre a existência, e conseqüente retirada do plenário em 2003 a pedido do Presidente da República, de um PEC número 175/95, que propunha que “ninguém será processado por crime contra a ordem tributária antes de encerrado, na via administrativa, o processo respectivo.”

Importante também ressaltarmos o art. 83 da lei 9.430/96<sup>6</sup> que dispõe que o Fisco somente poderá noticiar eventual delito para o Ministério Público “*após proferida decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente*”.

Não obstante, com o advento do art. 83 desta própria lei, também houve uma determinação para que fosse a representação fiscal, em relação aos crimes dos arts. 1º e 2º da L. 8.137/90, encaminhada ao Ministério Público após a dirimência da lide tributária no âmbito administrativo.

Assim, com essa norma legal surgiram duas interpretações no que tange a matéria: a **doutrinária** que pautava por uma relação de interdependência entre as duas instâncias; e, com posicionamento oposto a **jurisprudencial**, por considerar que a natureza dos delitos permanecia pública incondicionada, ou seja, o exaurimento da via administrativa não era encarado como condição para o exercício do *jus puniendi* pelo Estado.

---

<sup>5</sup> **GOMES, Luiz Flávio.** Texto disponível no site: [http://www.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20041008143012638](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20041008143012638). Acesso em: 29 mar. 2006

<sup>6</sup> Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e aos crimes contra a Previdência Social, previstos nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente. (Redação dada pela Lei nº 12.350, de 2010)

No entanto, o STF, através da ADIN número 1.571, em 1997 em sede liminar e em 2002 definitivamente, postulou sobre o aludido dispositivo legal que:

- a) não se tratava de condição de procedibilidade para a ação penal tributária;
- b) se destinava à administração fazendária, prevendo o momento da apresentação da *notitia criminis* ao MP;
- c) o *dominis littis* poderia atuar antes de findar o procedimento administrativo-fiscal.

*Desta forma, colocam-se as seguintes questões: É justa a incomunicabilidade de Instâncias do Processo Administrativo Fiscal e do Processo Penal? Ela encontra guarida nas Leis Penais? Em quais casos se deve aplicar o Prévio Exaurimento da via administrativa antes que se impute a responsabilidade criminal ao contribuinte?*

Conforme enfoca Luis Flávio Gomes<sup>7</sup>, a questão do exaurimento da via administrativa alcançou o seu ponto de equilíbrio com o julgamento do HC nº 81.611-DF, definindo, portanto, que a consumação desses delitos somente ocorre com a constituição definitiva do lançamento.

Assim, retrata que são quatro as dimensões da questão em comento: Penal, Tributária, Processual e Constitucional. Vejamos:

a) questão penal no que tange ao resultado:

Luiz Flávio Gomes<sup>8</sup> conclui: “Os crimes tipificados no art. 1º da Lei 8.137/90<sup>9</sup> são materiais, ou seja, exige-se resultado naturalístico (supressão ou redução de tributo, ou contribuição social ou acessório), inclusive, porque é parte integrante do tipo. Portanto, sem a aferição do efetivo dano fiscal o crime não se concretiza. Desta forma:

---

<sup>7</sup> GOMES, Luiz Flávio. Texto disponível no site: [http://www.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20041008143012638](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20041008143012638). Acesso em: 29 mar. 2006

<sup>8</sup> GOMES, Luiz Flávio. Texto disponível no site: [http://www.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20041008143012638](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20041008143012638). Acesso em: 29 mar. 2006

<sup>9</sup> Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: (Vide Lei nº 9.964, de 10.4.2000)

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

- ❖ Supressão de tributo exige seja devido;
- ❖ Redução de tributo exige seja o valor devido e haja o reconhecimento entre o montante recolhido e o que deveria ser recolhido.

Ainda salienta do referido autor, citando para isso Andrei Z. Schmit, que os crimes tributários materiais, como os do art. 1º da Lei 8.137 e do art. 337-A, CP, somente encontram seu momento consumativo no instante em que a exação era exigível e não fora devidamente recolhida, portanto, tratam-se de requisitos para a denúncia, sem os quais, a única certeza existente é da ausência de materialidade do delito, não de indícios<sup>10</sup>.

Por fim, o Supremo Tribunal Federal espancou todas as dúvidas com relação a matéria no que tange ao art. 1º da Lei 8.137/90 ao editar o enunciado de súmula vinculante nº 24:

“Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo.”

Outrossim, apesar de existirem vozes resistentes na doutrina, parece-nos que a questão foi pacificada, e com a devida vênia com a divergência, entendemos a melhor solução, principalmente se valendo do Princípio da intervenção mínima que direito penal deve se pautar.

#### b) questão tributária no que tange ao tributo devido:

Para o direito penal, primordial não seria a constituição do tributo, mas sim, o reconhecimento inequívoco do débito tributário (exigibilidade). Assim, compondo-se os tipos penais dos delitos fiscais de elementos normativos, como *tributo, contribuição social, ou qualquer acessório*, são esses conceitos revelados a partir do direito tributário, a quem compete as definições, portanto, por se tratarem de norma penal em branco, se socorrem para se completarem com definições trazidas de outras áreas, como o direito tributário.

Enfatizamos, ainda, que o direito tributário define a ocorrência do fato gerador (obrigação); que a constituição do crédito tributário ocorre com o lançamento, de atribuição privativa da autoridade fazendária (art. 142, CTN) e somente com decisão final se tornará exigível ou devido. Portanto, enquanto não for esgotado o âmbito administrativo, não há que se cogitar de fato típico (crime fiscal).

Desse modo, concluímos que o papel da Autoridade Administrativa é primordial na apuração do *quantum debeat* e também no sentido de realizar a fiscalização das condutas, seja no

---

<sup>10</sup> GOMES, Luiz Flávio. Texto disponível no site: [http://www.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20041008143012638](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20041008143012638). Acesso em: 29 mar. 2006

cumprimento de obrigações tributárias principais como acessórias, logo, sob o enfoque tributário demonstra-se que tal atividade torna-se necessária a definição do *status quo ante* para a configuração do tipo penal, pressupondo a necessidade do esgotamento da via administrativa para se configurar o crime.

c) questão processual no que tange as conseqüências:

Argumenta-se, também o autor Luiz Flávio Gomes<sup>11</sup> que no âmbito processual, uma eventual decisão favorável ao contribuinte na esfera fiscal refletiria na perda do objeto da ação penal, ou seja, do ilícito tributário. Portanto, não se verificaria justa causa para o processo criminal, pela ausência de fato típico, redundando, assim, no trancamento da ação, e com conseqüências nefastas acaso houvesse decreto condenatório.

Desta forma, a apuração e constituição do tributo é ato privativo da autoridade fiscal, portanto, do Poder Executivo, não podendo ser suprido ou substituído pelo Judiciário, sob pena de violar o princípio da Separação dos poderes. A atuação judicial cinge-se a revisão do ato administrativo (autuação fiscal) visando o controle da legalidade.

Prosseguindo o autor Luis Flávio Gomes<sup>12</sup> sintetiza em cinco posicionamentos sobre o prévio exaurimento da via administrativa:

- ❖ O Ministério Público não detém liberdade para propor ação penal, sem que haja o esgotamento da via administrativa;
- ❖ Não se trata de uma questão prejudicial, à luz do artigo 93, CPP, pois, a instauração de processo sem o exaurimento da via administrativa torna atípica a conduta típica, pela falta de um dos elementos constitutivos do injusto penal. O campo de aplicação da prejudicialidade se aplica nas situações em a atipicidade não seja patente, inequívoca e indubitável.
- ❖ A condição objetiva de punibilidade se situa fora do injusto penal (logo, fora do dolo do agente), portanto, não altera a figura típica. Ex: art. 7º, § 2º, CP (extraterritorialidade) aplicação da lei penal brasileira se o fato ocorrido for descrito como crime no país em que aconteceu. Portanto, apesar de considerar acertada a decisão do julgamento do HC 81.611, discorda do fundamento adotado (condição objetiva de punibilidade).
- ❖ Posiciona-se pela falta de justa causa para a instauração da ação penal, pela ausência de materialidade.

<sup>11</sup> GOMES, Luiz Flávio. Texto disponível no site: [http://www.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20041008143012638](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20041008143012638). Acesso em: 29 mar. 2006

<sup>12</sup> GOMES, Luiz Flávio. Texto disponível no site: [http://www.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20041008143012638](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20041008143012638). Acesso em: 29 mar. 2006

❖ *Sob sua ótica o MP permanece com plena autonomia para a persecutio criminis, desde que:*  
a) a discussão na via administrativa não recaia sobre a constituição do débito ou o seu montante; b) a denúncia esteja consubstanciada em indícios suficientes de autoria e materialidade.

Entendemos pertinente a adoção do posicionamento pela necessidade de esgotamento da via administrativa, caso contrário, não estará presente a justa causa, condição da ação penal, justamente porque esta significa o interesse processual de levar a cabo a denúncia prosseguindo em todos os seus atos processuais e fase do processo penal instaurado contra o contribuinte.

#### d) questão constitucional:

O início do processo penal tributário sem o prévio exaurimento da via administrativa, causa violação às garantias constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, inclusive, porque inviabiliza a extinção da punibilidade pela satisfação do débito tributário (art. 34 da Lei 9.249/95).

Aduz Luis Flávio Gomes<sup>13</sup> que a opção da extinção da punibilidade trazida pelo Estado mostra que o objetivo da lei penal tributária não foi punir o sonegador, mas intimidá-lo com penalidade acaso não recolha a exação. O que se visa, portanto, seria a satisfação do *quantum debeatur*, não a conduta delituosa.

Também invoca o referido autor que violação ao princípio da presunção de inocência, pois, invocando Edson Vidigal “o débito tributário vincula-se estreitamente à tipicidade penal”.

Comungamos com a opinião do renomado autor acrescentando que as conquistas constitucionais foram sedimentadas após um longo processo de consolidação dos direitos e garantias fundamentais que não podem ser relegados ao descrédito dessas diante de um Direito Penal Punitivo que jaz superado pelo Princípio da fragmentariedade onde o Direito Penal só deve se preocupar com as ofensas relevantes aos bens jurídicos protegidos.

### 3. Conclusão

- ❖ As condutas delituosas do art. 1º da Lei 8.137/90, de resultado material, somente se consumam quando o débito passa a ser devido.

---

<sup>13</sup> GOMES, Luiz Flávio. Texto disponível no site: [http://www.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20041008143012638](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20041008143012638). Acesso em: 29 mar. 2006

- ❖ A ação penal não se condiciona à representação fiscal, pois tendo o Ministério Público indícios suficientes de autoria e materialidade pode intentar a ação penal. Tendo o MP ficado ciente do término do procedimento fiscal, não carece da representação fiscal para o ajuizamento da ação.
  
- ❖ Enquanto permanecer a ação fiscal como lícita na esfera administrativa, não se cogita de ilicitude no âmbito penal.
  
- ❖ A deliberação final sobre a apuração e constituição do crédito tributário é ato privativo da autoridade administrativa, podendo, entretanto, ser posteriormente revista judicialmente, sob pena de violação do princípio da separação de poderes.
  
- ❖ O trâmite do processo fiscal na seara administrativa resulta em ausência de justa causa para a propositura do processo criminal, pela falta de materialidade (não constatação do dano fiscal).
  
- ❖ O prévio exaurimento da via administrativa também encontra sustentação nos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório de quem ninguém será ter a demanda contra si sem que tenha a possibilidade de se defender

#### 4. Referências Bibliográficas

BRASIL. Constituição, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941.

BRASIL. Lei Federal n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

BRASIL. [Lei Federal n. 7.209, de 11 de julho de 1984.](#)

BRASIL. Lei Federal n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

BRASIL. Lei Federal n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990.

BRASIL. Lei Federal n. 9.249, de 25 de dezembro de 1995.

BRASIL. Lei Federal n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

GOMES, Luiz Flávio. O Prévio Exaurimento da Via Administrativa nos Crimes Tributários ou Previdenciários (Texto extraído da Revista dos Tribunais, volume 812, junho de 2003).

GOMES, Luiz Flávio. Prévio Exaurimento da Via Administrativa e Crimes Tributários (Texto extraído da Revista dos Tribunais, volume 832, fevereiro de 2005).

GOMES, Luiz Flávio. Texto disponível no site: [http://www.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20041008143012638](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20041008143012638) . Acesso em: 29 mar. 2006.

MACHADO, Hugo de Brito. Estudos de Direito Penal Tributário. Editora Atlas.

MACHADO, Hugo de Brito. Texto disponível no site: [http://www.hugomachado.adv.br/conteudo.asp?home=1&secao=2&situacao=2&doc\\_id=127](http://www.hugomachado.adv.br/conteudo.asp?home=1&secao=2&situacao=2&doc_id=127) . Acesso em: 29 mar. 2006.

## O CABIMENTO DE AÇÃO RESCISÓRIA EM SEDE DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE OCORRENDO HIPÓTESE DE PREVARICAÇÃO, CONCUSSÃO OU CORRUPÇÃO.

Fábio César Teixeira

*Procurador do Município de Londrina, lotado na Gerência de Assuntos Fiscais e Tributários – GAFT. Especialista em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela UEL. Bacharel em Direito pela UEL. Advogado.*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 3. Conclusão. 4. Referências Bibliográficas.

**RESUMO:** O controle concentrado de constitucionalidade de atos normativos não admite o emprego de ação rescisória contra seus resultados, conforme artigos 26 e 12 das Leis nos 9.868 e 9.882/1999, derivadas da experiência do Supremo Tribunal Federal. Contudo, para casos em que a decisão objetiva confrontar mandamento constitucional, no que tange à moralidade e a isonomia, conforme define o artigo 485, I, do Código de Processo Civil, tais normas legais devem sofrer interpretação conforme com a Constituição, admitindo-se a ação rescisória, não podendo admitir-se, no Estado Democrático de Direito, decisões judiciais proferidas em desconformidade com a ética e a moralidade administrativas.

**PALAVRAS CHAVE:** Controle; Constitucionalidade; Ação rescisória; Cabimento.

### 1. Introdução

O controle concentrado de constitucionalidade, exercível por meio da ação direta de inconstitucionalidade, da ação declaratória de constitucionalidade e da ação de descumprimento de preceito fundamental, não admite, por expressa disposição legal (artigo 26 da Lei Federal nº 9.868/1999<sup>1</sup>; artigo 12 da Lei Federal nº 9.882/1999<sup>2</sup>) o ingresso de ação rescisória contra os termos da decisão objetiva proferida, sendo tal comando normativo derivado do entendimento jurisprudencial proveniente do Supremo Tribunal Federal (STF) após a edição da Constituição Federal de 1988 (CF/88), em processo de autocriação que posteriormente veio a se consolidar no texto legal.

Sucedem que, dentre as hipóteses legais autorizadoras da ação rescisória, dispostas no art. 485 do Código de Processo Civil (CPC), destaca-se o cabimento da ação quando a decisão a ser rescindida tiver sido dada “*por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz*” (inciso I), sendo que, neste caso

<sup>1</sup> “Art. 26. A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecurível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória”.

<sup>2</sup> “Art. 12. A decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em arguição de descumprimento de preceito fundamental é irrecurível, não podendo ser objeto de ação rescisória”.

específico, a norma visa proteger, a toda evidência, os Princípios da Moralidade Administrativa e da Isonomia entre as partes litigantes (art. 37, *caput*, CF/88), aos quais também se encontra jungido, por motivos óbvios, o Poder Judiciário.

Ora, nesta situação, em sendo admitida a possibilidade de decisão tomada em controle concentrado de constitucionalidade mediante procedimento ilícito e imoral do Poder Judiciário (prevaricação, concussão ou corrupção de seus agentes), seria realmente descabida a propositura da ação rescisória, em sendo demonstrada tal iniquidade? Os valores maiores erigidos pelo Poder Constituinte, a moralidade administrativa e a isonomia entre as partes, não estariam assim sendo comprometidos por legislação de inferior *status* normativo?

Por outro lado, o fato de a decisão em sede de controle concentrado de constitucionalidade ser tomada em processo objetivo, cujas principais características são a abstratividade e a não vinculação a interesses subjetivo-individuais, tornaria-a absolutamente isenta das máculas de imoralidade do artigo 485, I, do CPC?

Sobre estas questões é que se pretende desenvolver o presente artigo, buscando demonstrar que, nas hipóteses de ilicitude do comando jurisdicional definidas pelo inciso I do artigo 485 do CPC, a ação rescisória não só é cabível, como desejável e até necessária, não podendo o Estado Democrático de Direito conviver com transgressões a princípios constitucionais apenas por uma questão formal-positivista, de constitucionalidade, inclusive, questionável.

## 2. Desenvolvimento

### 2.1 O controle concentrado de constitucionalidade. Breves anotações.

Controle de constitucionalidade pode ser conceituado como o mecanismo de autocontrole do Estado para a compatibilização vertical do ordenamento jurídico com as regras e princípios de sua Constituição, realizando-se a verificação de compatibilidade e adequação entre um ato jurídico e a Constituição, em seus aspectos formal e material.

Trata-se de um dos principais temas do Direito Constitucional contemporâneo, e uma das formas mais eficazes de proteção e promoção da Constituição, pois o controle de constitucionalidade é a técnica jurídica de neutralização de atos jurídicos – principalmente do poder público (estatais) e especialmente os atos normativos – incompatíveis, e de conformação de atos jurídicos compatíveis com a Constituição (ROTHENBURG, 2010, p. 95).

O controle de constitucionalidade pode se dar em momentos (preventivo ou repressivo), natureza (política ou jurisdicional), formas (difuso ou concentrado), modo (incidental ou

principal), finalidade (subjéitiva ou objetiva) e legitimidade (universal ou restrita) diversos, sendo que, em todas essas hipóteses, o objetivo final deverá ser sempre a proteção da Constituição, a concretização dos valores constitucionais e o esclarecimento do Direito (FACHIN, 2013, p. 143-156).

Partindo-se da premissa que o Estado se funda, cria-se e fundamenta-se em sua Constituição, dela deve derivar todo o ordenamento jurídico que irá propiciar a vida social dos indivíduos, suas relações intersubjetivas e sua relação de convivência com o aparato estatal.

Ora, de uma razoabilidade lógica, então, que se a Constituição é o fundamento de existência do ordenamento jurídico infraconstitucional, este não pode contraditar, contradizer ou se opor aos mandamentos constitucionais.

Assim, quando ocorra a contrariedade do ordenamento jurídico infraconstitucional, analisado em tese<sup>3</sup>, à norma explícita ou implícita da Constituição Federal, instala-se a possibilidade do exercício, via ação direta e objetiva, e pelas pessoas autorizadas pela norma constitucional, de sua confrontação e submissão ao Texto Maior, mantendo a hegemonia e a autoridade da norma constitucional, de carga normativa hierarquicamente superior à lei.

Cuidar-se-á, pois, de uma das formas de manifestação do controle de constitucionalidade, manifestado através de decisão proferida pelo Poder Judiciário, em ação própria, de cunho objetivo, cuja função primordial será a de estabelecer o controle de constitucionalidade abstrato, concentrado e repressivo de ato normativo ou omissão estatal que esteja em desconformidade com o Texto Constitucional.

O controle concentrado de constitucionalidade, portanto, ataca diretamente a norma jurídica, e não as relações subjétivas decorrentes de sua aplicação na resolução de conflitos ou interesses subjétivos, embora essas, com certeza, serão indiretamente afetadas pela decisão a ser proferida.

Isso porque, por definição, o controle concentrado de constitucionalidade possui efeitos universais (*erga omnes*), ou seja, o resultado da ação influencia todas as relações jurídicas decorrentes ou regidas pelo ato normativo hostilizado, sem a necessidade de que todos os interessados sejam parte na lide objetiva.

Uma vez que a lide objetiva reconheça o descompasso entre a norma infraconstitucional e a Constituição, reconhecendo pois sua inconstitucionalidade, a norma é

---

<sup>3</sup> Considerando que o ordenamento jurídico brasileiro adota o método misto de controle de constitucionalidade, há, também, a possibilidade do controle difuso, por via de ação subjétiva, cuja análise refoge ao objeto de estudo deste texto.

automaticamente excluída do ordenamento jurídico, em regra geral com efeitos retroativos à data de sua publicação<sup>4</sup>, como se jamais tivesse existido.

Em sendo assim, as relações interpessoais que foram praticadas quando de sua vigência, ou mesmo os interesses jurídicos subjetivos que haviam sido conferidos pela norma legal, reflexamente serão impactados pela decisão reconhecendo sua inconstitucionalidade, porque o fundamento jurídico que fundamentara tais direitos e obrigações pessoais deixa, simplesmente, de existir.

As decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade possuem, ainda, outra característica marcante, que é o efeito vinculante que produzem sobre os Poderes Executivo e Judiciário, que ficam portanto proibidos, dali em diante, de conferir interpretação jurídica à norma vergastada divergente daquela que tenha sido definida na decisão objetiva.

Acaso tal divergência venha ocorrer, por parte do Judiciário ou do Executivo, a própria Constituição Federal prevê o remédio adequado, que é a Reclamação Constitucional, endereçada ao STF ou Tribunal prolator da decisão em sede concentrada, cujos termos estão sendo descumpridos, conforme artigo 102, inciso I, alínea I, da CF/88 [“Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe (...) processar e julgar, originariamente (...) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões”] e previsão nos Regimentos Internos de cada um dos Tribunais de Justiça dos Estados.

O controle concentrado de constitucionalidade, no Brasil, possui três formas diversas para o seu exercício, quais sejam: através (i.) da ação direta de inconstitucionalidade (ADI), definida pelo artigo 102, inciso I, da CF/88, que possui como subespécie a ADI por omissão (artigo 103, § 2º, da CF/88); (ii.) da ação declaratória de constitucionalidade (ADC), também prevista no artigo 102, inciso I, da CF/88; sendo ambas tratadas pela Lei Federal nº 9.868/1999; e (iii.) da ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), criada pelo artigo 102, § 1º, da CF/88 e regida pela Lei Federal nº 9.882/1999.

Para todas essas espécies de controle concentrado, cada qual com características próprias e hipóteses de cabimento distintas, a jurisprudência do STF, antes da positivação do Direito realizada pelas mencionadas Leis Federais nºs 9.868/1999 e 9.882/1999 já definira regras de procedimento que se ajustavam ao entendimento e interpretação da própria Corte Superior acerca daquilo que deveria ser o rito das ações de controle concentrado de constitucionalidade.

---

<sup>4</sup> As Leis nºs 9.868/1999 e 9.882/1999 densificaram o entendimento jurisprudencial que já se encontrava firmado no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, prevendo a hipótese de ocorrência da chamada “modulação de efeitos” da decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade, mas sempre de forma excepcional, desde que cumpridos os requisitos dispostos na norma jurídica.

Em verdade, a veiculação das Leis Federais n<sup>os</sup> 9.868/1999 e 9.882/1999, nada mais fez senão positivar no ordenamento jurídico diversas definições que o STF já havia definido, ao longo de sua história, como sendo adequadas à procedibilidade das ações objetivas onde se veicula pedido de controle concentrado de constitucionalidade, num processo de *autocriação* ou de *heterorreferência* das regras procedimentais pelo Pretório Excelso, como bem explicado por DIMOULIS; LUNARDI (2014):

“O Supremo Tribunal Federal configurou o processo constitucional em sua atividade decisória, exercendo um amplo poder discricionário. Isso é basicamente devido à lacunas com as quais se depara o Tribunal. Considerando como marco de densificação do controle de constitucionalidade no Brasil a promulgação da Constituição Federal de 1988 não podemos olvidar que, por mais de dez anos, praticamente não havia normas processuais legais sobre o controle concentrado. Se o legislador não cumpre com sua obrigação regulamentadora, cabe ao aplicador do direito preencher as lacunas para estruturar sua atividade decisória. Em tais casos o Supremo Tribunal Federal tem duas opções:

a) Elaborar e aplicar normas que, a seu juízo, correspondem a exigências do processo objetivo. Denominamos esse fenômeno de *autocriação*. Temos *autocriação* de uma regra quando certa autoridade estatal estabelece normas e padrões que ela mesma deve seguir. No decorrer do tempo, tais normas e padrões se consolidam e formam uma tradição ou costume que a mesma autoridade reconhece como juridicamente vinculante.

Em tais casos há fatores externos que exercem pressões e influenciam a decisão. Por esse motivo não nos referimos à “autonomia” (política ou social) do órgão que decide, mas tão somente à capacidade autocriativa da autoridade estatal que não se submete à normas emanadas de uma autoridade superior, em particular da autoridade legislativa *stricto sensu*.

O termo “autonomia” é utilizado nos debates sobre a justiça constitucional quando se analisa a “autonomia processual” dos tribunais constitucionais. Tal autonomia não existe em termos sociológicos ou políticos. Tampouco existe do ponto de vista jurídico, pois o Tribunal constitucional não é “Senhor de seu processo” (*Herr seines Verfahrens*), como incorretamente afirmava, no início de sua atividade decisória, o Tribunal Constitucional Federal alemão.

Mesmo assim as Cortes constitucionais configuram, de maneira formal ou informal, regras regulamentadoras do controle de constitucionalidade. Essas formas de autolegislação indicam que o Tribunal constitucional é um legislador positivo quando realiza o controle de constitucionalidade. Teremos, assim, *autocriação* nos casos em que o Tribunal competente configura o processo (no nosso caso, “objetivo”) por decisão própria, estabelecendo uma regra que ele mesmo segue.

b) A segunda opção consiste em recepcionar regras do processo tradicional, “subjetivo”, alegando que a lacuna deve ser preenchida mediante analogia ou aplicação de princípios gerais de direito processual. Nesse caso temos heteroreferência. O primeiro sentido da heteroreferência decorre da hierarquia das fontes do direito. Trata-se dos casos em que uma autoridade se submete a regras criadas por vontade alheia. A heteroreferência está presente no direito processual, pois o poder judiciário aplica normas contidas nos Códigos e nas leis processuais, havendo pouco espaço para inovações.

Ao termo “heteroreferência” pode ser dado um segundo significado, mais incomum. Trata-se das hipóteses nas quais, após a cristalização das regras do processo objetivo, o Tribunal constitucional introduz, em sua prática processual, elementos oriundos de outros ramos do direito processual, subjetivando o processo objetivo e submetendo-o a regras que não lhe são próprias.

Isso pode criar incompatibilidades e confusão de modelos. Mas pode também contribuir à legitimação do processo objetivo, fortalecendo elementos de publicidade e de contraditório, dando-lhe uma forma menos inquisitória e aproximando-o dos demais modelos processuais atuais.

O caso mais comum é a heteroreferência no sentido típico. Isso ocorre cada vez que o Tribunal constitucional aplica normas constitucionais ou infraconstitucionais que regulamentam assuntos de processo ou procedimento. Quando encontramos referências do tipo “nos termos da Lei X decidimos...” estamos diante de uma heteroreferência típica que indica a submissão do Tribunal a normas constitucionais ou infraconstitucionais vigentes que delimitam sua competência e guiam sua atuação, como, no caso do Supremo Tribunal Federal as Leis 9.868 e 9.882 de 1999.

Mais complexos e interessantes são os casos de heteroreferência no sentido incomum de adoção de regras oriundas do processo subjetivo, como do processo civil, por exemplo”.

Nesse sentido, inúmeras normas jurídicas constantes das Leis Federais n<sup>os</sup> 9.868/1999 e 9.882/1999 nada mais são senão a consolidação na via legislativa do entendimento sedimentado na via jurisdicional, como, por exemplo, as disposições dos artigos 5º, 7º, 12, 24, 26, 28, parágrafo único, da Lei 9.868/1999; e dos artigos 2º, inciso I, 4º, § 1º, 12, da Lei 9.882/1999.

Logo, pelas Leis Federais n<sup>os</sup> 9.868/1999 e 9.882/1999 tornaram-se normas jurídicas conceitos e definições tomados na apreciação, ainda que reiterada, de casos concretos, o que não

escapou da análise crítica de DIMOULIS; LUNARDI (2014) para quem alguns posicionamentos reiterados da Corte Superior, os quais eventualmente acabam se condenando em normas positivadas posteriormente, de modo que “*essas decisões não possuem nada de natural ou lógico. Pesquisando a jurisprudência constitucional de outros países perceberemos que foram tomadas decisões exatamente opostas apesar da situação normativa semelhante*”.

Dentre este processo de autocriação do Direito, uma norma específica pretende-se debater nesse artigo: a definição, pelos artigos 26 e 12, respectivamente, das Leis Federais n<sup>os</sup> 9.868/1999 e 9.882/1999 de que em sede de ações de controle concentrado de constitucionalidade releva-se-á sempre inviável a utilização da ação rescisória, derivada do entendimento do STF a respeito do tema, como se exemplifica no seguinte aresto:

AÇÃO RESCISÓRIA. CABIMENTO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI EM TESE. - NÃO CABE AÇÃO RESCISÓRIA CONTRA DECISÃO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI EM TESE, FALCENDO LEGITIMIDADE AO PARTICULAR PARA INTENTÁ-LA. AÇÃO RESCISÓRIA INADMISSÍVEL.(STF, Tribunal Pleno, AR 858, Relator(a): Min. SOARES MUÑOZ, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/1980, DJ 06-06-1980 PP-04134 EMENT VOL-01174-01 PP-00029 RTJ VOL-00094-01 PP-00049) – grifo nosso.

## 2.2 Ação rescisória. Breves anotações.

Ação rescisória, na clássica lição de BAPTISTA (2002, p. 472) “*trata-se de uma ação autônoma, que não só tem lugar noutra relação processual, subsequente àquela onde fora proferida a sentença a ser atacada, como pressupõe o encerramento definitivo dessa relação processual. A ação rescisória (art. 485 do CPC), em verdade, é uma forma de ataque a uma sentença já transitada em julgado, daí a razão fundamental de não se poder considerá-la um recurso. Como toda ação, a rescisória forma uma nova relação processual diversa daquela onde fora prolatada a sentença ou o acórdão que se busca rescindir*”, possuindo natureza constitutiva negativa, conforme anota, com propriedade, GRECO FILHO (2000, p. 403):

“A ação rescisória é de natureza constitutiva negativa porque modifica o mundo jurídico desfazendo a sentença transitada em julgado, podendo conter também outra eficácia quando a parte pede novo julgamento em substituição do rescindido”.

Definido a diferenciação entre a ação rescisória e as espécies recursais, sustenta THEODORO JÚNIOR (1997, p. 634) que “a sentença pode ser atacada por dois remédios processuais distintos: pelos recursos e pela ação rescisória”, sendo que “só cabem recursos enquanto não verificado o trânsito em julgado da sentença. Operada a coisa julgada, a sentença torna-se imutável e indiscutível para as partes no processo (Código de Processo Civil, art. 467). Mas a sentença, tal como ocorre com qualquer ato jurídico, pode conter um vício ou uma nulidade. Seria iniquidade privar o interessado de um remédio para sanar o prejuízo sofrido. É por isso que a ordem jurídica não deixa esse mal sem terapêutica”.

Constitui-se, pois, no meio pelo qual o Estado, por meio do próprio Poder Judiciário, reconhece a existência de decisão judicial transgressora da ordem jurídica, e, por conta disso, disponibiliza o instrumento e o procedimento para sua rediscussão.

Por constituir-se em clara hipótese de exceção no sistema processual, haja vista que, regra geral, as decisões judiciais passadas em julgado não mais comportam digressões pelas partes, sendo coercitivo o seu cumprimento, as hipóteses de cabimento da ação rescisórias são aquelas definidas, taxativamente, no artigo 485 do CPC, a saber:

*Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:*

*I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;*

*II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;*

*III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;*

*IV - ofender a coisa julgada;*

*V - violar literal disposição de lei;*

*VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;*

*VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;*

*VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;*

*IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;*

*§ 1º Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.*

*§ 2º É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato.*

A hipótese sobre a qual se pretende debruçar no presente estudo, diz respeito à ação rescisória fundada no inciso I, a qual, conforme discorre WAMBIER *et al.* (2000, p. 740-1):

*“Estabelece que a sentença de mérito transitada em julgado poderá ser rescindida se for proferida por juiz em relação a quem tenha havido prevaricação, concussão ou corrupção. Na verdade, essas três figuras tem caráter penal” sendo que “do ponto de vista doutrinário, pode-se dizer que, a esse dispositivo, segundo a unanimidade dos autores, deve ser dada a interpretação larga, que diz respeito, de uma maneira geral, às inúmeras fraudes que podem ser praticadas pelo julgador, e não especificamente a essas três. Não se deve, a fortiori, limitar esse dispositivo às figuras penais, porque, como se sabe, existe uma regra de interpretação reativa especificamente às normas penais, que consiste na impossibilidade de se interpretarem os tipos penais de forma analógica ou extensiva”.*

Assim, para casos em que as decisões proferidas pelo Poder Judiciário encontrarem-se viciadas por alguma forma de iniquidade moral ou ética, configure ou não ilícito penal, segundo a doutrina, será cabível a ação rescisória, para a desconstituição do julgamento realizado, para que nova decisão seja proferida, desta vez embasada na moralidade e imparcialidade devidas aos litigantes.

Na ação rescisória, pois, são cabíveis dois novos julgamentos, proferidos pelo Poder Judiciário, para a hipótese de procedência da nova ação: o juízo rescindendo e o juízo rescisório.

Assim, haverá casos em que a simples superação (ou anulação) da decisão judicial anterior revelar-se-á suficiente para o alcance da Justiça, desdizendo a nova decisão aquilo que equivocadamente havia dito anteriormente o julgado rescindido.

O juízo rescindendo, também denominado de *judicium rescindens*, pois, em suma se constitui na própria desconstituição da sentença, encontrando-se presente em todos os julgamentos de procedência das ações rescisórias, posto que consiste na própria anulação da decisão viciada, uma vez incidente ao menos uma das hipóteses previstas no artigo 485 do CPC.

Todavia, casos haverá em que, além da anulação do julgado anterior, mister também será a prolação de um novo julgamento, modificativo do *decisum*, que importará na alteração substancial do julgado anterior.

Estar-se-á diante, neste caso, do juízo rescisório, ou *judicium rescissorium*, o qual tem lugar ocorre quando há, além da desconstituição da sentença viciada, a prolação de uma nova sentença, em substituição daquela.

De se frisar que nem sempre haverá a necessidade ou aplicabilidade do juízo rescisório ao caso concreto, já que, nalgumas situações, não se revela necessária a prolação de um novo

juízo axiológico sobre o caso concreto por parte do Poder Judiciário, sendo suficiente a simples anulação do julgado anterior.

Exemplo claro de tal diferenciação dá-se, no mais das vezes, em ações rescisórias calcadas na hipótese do artigo 485, IV, do CPC, que trata da possibilidade de ajuizamento da ação rescisória quando houver ofensa à coisa julgada, quando então não será necessário modificar a sentença (juízo rescisório), mas apenas anular e afastar sua aplicabilidade (juízo rescindendo), para que a coisa julgada que lhe era anterior possa produzir todos os seus efeitos.

No presente trabalho, nos debruçaremos na hipótese definida pelo inciso I do artigo 485 do CPC, qual seja, a necessidade de rescisão da decisão judicial que foi proferida mediante “prevaricação, concussão ou corrupção do juiz”, onde, em tese, em se verificando a transgressão, seria possível a ocorrência de mero juízo rescindendo, muito embora se deva convir que, na prática, muito dificilmente não seria necessário estar este acompanhado do juízo rescisório, porque imperiosa a modificação dos termos da decisão proferida mediante uma das iniquidades definidas nesta hipótese legal de cabimento da ação rescisória.

Como efeito, a hipótese do inciso I do artigo 485 do CPC define-se como a inviabilidade, no Estado Democrático de Direito, de aceitação de posicionamentos jurisdicionais baseados em atitudes ilícitas, antiéticas ou imorais por parte do próprio Poder Judiciário.

Ora, toda vez que um julgamento é realizado tomando-se em conta não a verdade dos fatos estabelecida no processo judicial, de forma isonômica e justa, mas sim considerando os interesses escusos do magistrado, em conluio com os interesses de uma das partes litigantes (ou até de terceiros alheios à lide formalmente estabelecida), sem a devida isenção de tratamento que legitima a atividade jurisdicional, por certo que se está diante de uma anomalia, de uma falha sistêmica que pode e deve ser corrigida.

E não bastaria, *a priori*, a definição de que houve no caso concreto a ocorrência de prevaricação, concussão ou corrupção<sup>5</sup>, ou ainda outros atos de improbidade não enumerados na lei, por parte do juiz, com a aplicação das correlatas sanções legais aos envolvidos, porque, afinal, se uma decisão judicial foi proferida e transitada em julgado, ainda que iníquo o processo de sua formação, ela passa a ser exigível em desfavor da parte sucumbente.

A ação rescisória, pois, nesta situação, cumpre um papel profilático, para que aquelas decisões judiciais que forem eventualmente proferidas com quebra na regra de conduta moral

---

<sup>5</sup> Que são ilícitos penais com expressa definição legal (artigos 316, 317 e 318 do Código Penal): prevaricar é retardar ou deixar de praticar ato de ofício ou praticá-lo contra disposição legal para satisfazer interesse ou sentimento pessoal; concussão significa exigir, para si ou para outrem, ainda que fora da função, ou antes, dela, vantagem indevida; e a corrupção – o CPC alude à corrupção passiva – que consiste em pedir ou receber em virtude da função).

e ética pelo magistrado possam ser questionadas, para que haja sua rescisão, afastando-se a condenação indevida (porque derivada, unicamente, de prevaricação, concussão ou corrupção), e proferindo-se novo julgamento da causa, desta vez observando-se os primados da moralidade e da isonomia no tratamento dos litigantes devidas pelo Poder Judiciário à população.

### 2.3 A necessidade de possibilitar-se o cabimento da ação rescisória em sede de controle concentrado de constitucionalidade, em se cuidando de hipótese de prevaricação, concussão ou corrupção do órgão julgador.

Vislumbra-se, portanto, um paradoxo jurídico, posto que ao mesmo tempo em que o ordenamento jurídico positivado impede, expressamente, o manejo de ação rescisória em sede de ações de controle concentrado de constitucionalidade (ADI, ADC, ADPF), fruto de uma autoconstrução ou heterorreferência do Direito pela densificação normativa dos julgados nesse sentido provenientes do Supremo Tribunal Federal, a Constituição Federal veda que manifestações estatais sejam imorais ou não isonômicas (artigo 37, *caput*, da CF/88), inclusive taxando-se como ato de improbidade tais iniquidades, sendo que a função primordial da ação rescisória calcada no inciso I do art. 485 do CPC é exatamente a de desconstituir manifestações, porquanto tenham sido derivadas de atos de prevaricação, concussão ou corrupção do órgão judicante.

Ora, por certo que o ordenamento jurídico não poderia conviver com manifestações ímprobas por parte do Poder Judiciário, porque isso seria manifestamente inconstitucional, transgredindo os postulados da moralidade e da igualdade que a Constituição Federal impõe como dever a ser observado pelo Estado, em todas as esferas de manifestação do poder estatal, o que por certo inclui o Poder Judiciário (artigo 37, *caput*, CF/88).

Assim, se uma decisão judicial é proferida tendo como motivação um ato de corrupção, o Direito não se satisfaz apenas com a investigação e punição dos agentes envolvidos, no plano administrativo, civil e penal. Além disso, a decisão tomada, se já passada em julgado, deve ser extirpada do ordenamento jurídico, e o mecanismo posto para tal exclusão é, exatamente, a ação rescisória.

Porém, por expressa disposição legal – artigos 26 e 12, respectivamente, das Leis Federais n<sup>os</sup> 9.868/1999 e 9.882/1999 – não se admite a ação rescisória em sede de controle concentrado de constitucionalidade das normas jurídicas. Será que então, em tal espécie de ação judicial, estaria o Judiciário completamente isento de qualquer ato de prevaricação, concussão ou corrupção? Será que o fato de o controle concentrado de constitucionalidade não envolver, a princípio, a discussão de

direitos subjetivos, importaria na imediata e inafastável conclusão de que na tutela objetiva jamais poderia haver hipótese de ocorrência de interesses escusos, por parte dos indiretamente interessados no resultado da ação?

O argumento primordial do Supremo Tribunal Federal para afastar o cabimento da ação rescisória das decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade sempre se deu tomando por base a natureza objetiva da ação, que, por assim ser, afasta a ocorrência de discussões acerca de direitos subjetivos, de interesses pessoais, sobre seu julgamento. Sendo portanto o julgamento objetivo, afastado de quaisquer interesses pessoais, inexistiria campo para o cabimento da rescisória, em qualquer das hipóteses do artigo 485 do CPC.

Mas tal visão, um tanto quanto romântica, não mais pode ser tida como verdade absoluta em todo e qualquer caso. Apenas para ficar num exemplo simples, admitindo a Constituição Federal a legitimidade ativa de associações de abrangência nacional para a propositura de ações de controle concentrado, será que ao assim o fazer a sobredita associação pretende, unicamente, a defesa do ordenamento jurídico como um todo, extirpando norma inconstitucional, ou também age com a motivação de ver garantido ou defendido determinado interesse subjetivo (ou econômico) de seus associados? Ou, ainda, quando um determinado Governador de Estado ingressa com uma ação direta de inconstitucionalidade para ver afastada a validade de norma jurídica de outro Estado federado, por quebra do pacto federativo na questão tributária, será que o interesse que motiva a ação é meramente a defesa da superioridade hierárquica da Constituição, ou, também, os interesses jurídicos e econômicos daquele Estado, afetados pela prática invasiva decorrente da lei questionada, ou ainda os interesses econômicos dos produtores do Estado governado pelo autor da ação, afetados pela prática nociva perpetrada pelo outro Estado federado?

Enfim, essa visão romântica de que o controle concentrado de constitucionalidade representa a pureza, a candidez do Direito, no sentido de que não envolve qualquer interesse subjetivo em sua discussão, no mais das vezes, não é verificada na prática, e por isso é bastante criticado por doutrina mais especializada sobre o tema.

Corolário lógico, havendo a possibilidade de afetação de direitos subjetivos (ainda que indiretamente) pelo julgamento da ação de controle concentrado, é evidente que também haverá a possibilidade de que tais afetados busquem, por meios escusos, o desfecho que melhor lhes aprouver na lide.

Numa sentença, pois, existe sim a possibilidade teórica de ocorrência de atos de prevaricação, concussão ou corrupção em sede de controle concentrado de constitucionalidade, mormente se considerado que tal controle não é apenas exercido pelo Supremo Tribunal Federal, mas também por todos os Tribunais de Justiça dos Estados (artigo 125, § 2º, CF/88), que no mais das vezes

utilizam-se das Leis Federais n<sup>os</sup> 9.868/1999 e 9.882/1999 como parâmetro normativo para o processamento e julgamento de tais ações objetivas

Admitida, pois, a possibilidade de ocorrência da violação da conduta ética do julgador (ou dos julgadores) em sede de controle concentrado de constitucionalidade, será que, realmente, em tal situação, não haveria campo para a rediscussão do julgamento realizado, porquanto descabida a ação rescisória.

Imagine-se, como exemplo hipotético, que após o trânsito em julgado de um determinado julgamento declarando inconstitucional uma norma jurídica, seja comprovada a definitiva ocorrência de um ato de corrupção por parte da Corte que proferira tal julgamento, sendo os agentes corruptores aqueles interessados na exclusão da norma do ordenamento jurídico. Nesse caso, a extirpação da norma do ordenamento jurídico deve ser mantida? Será que a violação dos princípios da moralidade e da isonomia, conforme artigo 37, *caput*, da CF/88, decorrente da comprovação cabal da corrupção, não poderia mais ser atacada por meio de ação rescisória?

Com todo o respeito aos que pensam em contrário, parece-nos evidente que a transgressão a princípios constitucionais não pode ser aceita, no Estado Democrático de Direito, nem mesmo quando provenha de atos judiciais decisórios.

Há, nesse sentido, a teoria da chamada “coisa julgada inconstitucional”, cuja defesa, por parte de abalizada doutrina, dá-se exatamente no sentido de que a inconstitucionalidade da decisão judicial pode e deve ser atacada, na se prendendo, sequer, às formas processuais clássicas de revisão do ato jurisdicional (ação rescisória e ação de *querella nulitatis*).

A nosso sentir, destarte, conquanto a lei ordinária preveja a impossibilidade de ingresso de ação rescisória em sede de controle concentrado de constitucionalidade, tais normas jurídicas estão a merecer uma *interpretação conforme* com a própria Constituição Federal, no sentido de que quando o vício havido na decisão objetiva relacionar-se ao descumprimento, por parte do Poder Judiciário, de seu dever de probidade, moralidade e isonomia, o que corresponde à hipótese de cabimento da rescisória calcada no inciso I do artigo 485 do CPC, a ação de rescisão tem que ser entendida como cabível, seja para a garantia da supremacia da norma constitucional sobre a lei infraconstitucional, seja para a preservação da dignidade do próprio Poder Judiciário, que não poderia ser exposto a tamanho descrédito sem que lhe fosse dada a oportunidade de modificar o entendimento ímprobo anteriormente manifestado.

A solução, pois, parece trilhar o caminho da técnica da *interpretação conforme* a Constituição Federal, amplamente defendida pela doutrina, aceita pela jurisprudência do STF e

densificada no parágrafo único artigo 28 da Lei Federal n° 9.868/1999<sup>6</sup>, a qual pode ser definida como o método de controle de constitucionalidade pelo qual se deva priorizar a interpretação que possua um sentido em conformidade com a Constituição, em detrimento de quaisquer outras possíveis interpretações de textos legais que possuam caráter polissêmico ou plurissignificativo, afastando-se assim a necessidade de declaração de sua inconstitucionalidade, para fixar-se tão somente a interpretação cabível da norma infraconstitucional pela qual não se agride ao ordenamento constitucional.

Como define Rothenburg (2010, p. 135-6):

“Sendo possíveis várias leituras de um ato normativo, adota-se aquela (ou aquelas) que revela a maior conformidade com a Constituição, desde que não se ultrapasse o sentido claro do texto nem se altere radicalmente o resultado da produção normativa (normalmente, a ‘vontade objetiva’ do Legislativo).

Conquanto seja uma possibilidade de controle de constitucionalidade, a interpretação conforme a Constituição representa uma homenagem à separação dos Poderes: o órgão responsável pelo controle (normalmente, o Judiciário) busca salvar o ato normativo por meio de uma interpretação de compatibilização com a Constituição; quando, porém, o sentido do ato normativo tiver sido claramente definido em oposição à Constituição, ainda assim respeita-se o autor do ato normativo e, sem desvirtuar esse sentido, não resta senão declarar a inconstitucionalidade”.

Assim, por tal técnica de julgamento em sede de controle concentrado de constitucionalidade de normas jurídicas, sem a necessidade de extirpar-se o conteúdo gramatical da norma impugnada, o Poder Judiciário apresenta a interpretação da norma jurídica infraconstitucional que melhor se amolda à Constituição, determinando, com efeitos *erga omnes* e vinculante, que aquela deva ser a interpretação da lei a ser doravante realizada pelos demais órgãos judicantes hierarquicamente inferiores e pelo Poder Executivo.

Nesse contexto, adotando-se a própria autorização legal do parágrafo único do artigo 28 da Lei Federal n° 9.868/1999, os artigos 26 e 12 das Leis Federais n°s 9.868/1999 e 9.882/1999 poderiam ser interpretados no sentido de que os julgamentos proferidos em sede de controle concentrado de constitucionalidade são intangíveis através de ação rescisória, *exceto* quando tais julgamentos importarem em transgressão ao ordenamento jurídico-constitucional, conceito que engloba as normas, as regras e os princípios constitucionais explícitos ou implícitos na Constituição

---

<sup>6</sup> Art. 28 (...) Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal. (grifo nosso)

Federal, notadamente aqueles que dizem respeito à probidade, à moralidade e a isonomia entre as partes que são obrigações constitucionais do Poder Judiciário, quando então a lide rescisória revelar-se-ia até desejável, para a exclusão de atos judiciais evitados de imoralidade, para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, que não pode compactuar com tal situação, e para a preservação, inclusive, do nome e honra do Poder Judiciário.

### 3. Conclusão

1.- O ordenamento jurídico brasileiro admite, para a garantia da supremacia da norma constitucional sobre as demais espécies normativas, o controle concentrado de constitucionalidade, de natureza abstrata, concentrada e repressiva, onde através de ação judicial objetiva visa-se a exclusão de norma jurídica inconstitucional do sistema (ADI, ADPF) ou, em contrário, a declaração judicial de que determinada norma encontra-se em consonância com a Constituição (ADC).

2.- Após longo período de construção heterogênea do Direito por parte do Supremo Tribunal Federal, definindo, por sua jurisprudência, os procedimentos e as regras para o processamento e o julgamento das ações de controle concentrado de constitucionalidade, tal obra pretoriana veio a se densificar pela edição das Leis Federais n<sup>os</sup> 9.868/1999 e 9.882/1999, cujas normas jurídicas, em sua grande maioria, nada mais são senão a consolidação daquilo que já vinha sendo julgado pelo Pretório Excelso como aplicável a tal espécie de ação judicial.

3.- Dentre as normas previstas nas Leis Federais n<sup>os</sup> 9.868/1999 e 9.882/1999, destacam-se seus respectivos artigos 26 e 12, pelos quais veda-se o ingresso de ação rescisória contra os julgamentos proferidos em sede de controle concentrado de constitucionalidade, decorrentes do entendimento manifestado há muito tempo pelo Supremo Tribunal Federal, apontando-se, como *leading case* de tal entendimento, o julgamento da Ação Rescisória 878, realizado em 19/03/1980 e publicado no DJ 06-06-1980, p. 4134, Relator Ministro Soares Muñoz.

4.- A ação rescisória, por seu turno, é o meio processual de extirpação de decisões judiciais que se encontrem em dissonância com o ordenamento jurídico, cujo fundamento e hipóteses de cabimento encontram-se definidas pelo art. 485 do Código de Processo Civil.

5.- Quanto às hipóteses de cabimento da ação rescisória, destaca-se no presente estudo aquela definida pelo artigo 485, inciso I, do CPC, ou seja, quando “se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz”.

6.- O fundamento para o descabimento da ação rescisória em sede de ação de controle concentrado de constitucionalidade sempre se deu porque por possuir esta natureza objetiva, inexistiriam direitos subjetivos a serem tutelados, de modo que não haveria interesse jurídico na desconstituição do julgado, que não afeta diretamente direitos particulares.

7.- Tal entendimento, todavia, não mais pode prevalecer, pelo menos para uma grande parcela de ações de controle concentrado que são submetidas à apreciação do Poder Judiciário, porque sob o manto da natureza objetiva da ação, constantemente são ocultos interesses subjetivos do autor ou dos representados pelo autor da ação, sendo que desfecho da ação objetiva influenciará, no mínimo de maneira indireta, seus interesses pessoais.

8.- Posta tal premissa, é perfeitamente possível se imaginar que mesmo no julgamento de ações de índole objetiva haja a possibilidade de ocorrência de atos de prevaricação, concussão ou corrupção por parte de membros do Poder Judiciário, sendo que a proibição legal de utilização da ação rescisória, em tais situações, acaba por conflitar com dois postulados embasadores de toda a atividade estatal, os Princípios da Moralidade e da Isonomia, conforme artigo 37, *caput*, da Constituição Federal.

9.- Tal situação, todavia, não comporta cabimento no Estado Democrático de Direito, que não pode conviver com atos jurídicos (dentre os quais, o ato jurisdicional) contrários à Constituição, sendo imperioso se reformular o entendimento acerca do cabimento da ação rescisória em sede de controle concentrado de constitucionalidade, quando a decisão proferida vier a contrariar normas, regras ou princípios constitucionais.

10.- Exatamente por isso, entende-se necessário emprestar, por meio da técnica da “interpretação conforme”, nova exegese aos artigos 26 e 12 respectivamente das Leis Federais n<sup>os</sup> 9.868/1999 e 9.882/1999, para se concluir que a ação rescisória não é cabível nas ações de controle concentrado de constitucionalidade (ADI, ADC e ADPF), salvo se a decisão proferida na lide objetiva vier a transgredir norma, regra ou princípio constitucional, quando então haverá necessidade de rescisão, o que se verifica como ocorrente no caso de decisão proferida através de ato de improbidade do julgador, conforme definições do artigo 485, inciso I, do CPC.

#### 4. Referências Bibliográficas

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Rescisória nº 878, Tribunal Pleno, Brasília/DF, 19/03/1980. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=1610>>. Acesso em ago.2014

DIMOULIS, Dimitri. LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. Construção do processo constitucional – objetivo: Os efeitos transcendentais da sentença. Artigo no prelo – Revista Brasileira de Estudos Constitucionais n. 04, 2014.

FACHIN, Zulmar. Curso de Direito Constitucional. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ROTHEMBURG, Walter Claudius. Direito Constitucional. 1 ed. São Paulo: Ed. Verbatim, 2010.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Curso de Processo Civil: processo de conhecimento. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1.

GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 2.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 10.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil. 3 ed. São Paulo: Ed. RT, 2000. v 1.



## A REGULAMENTAÇÃO DA CAÇA NO BRASIL

**Guilherme Côrtes Pinheiro**

*Especialista em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Bacharel em Direito pela Faculdade Pitágoras.*

**SUMÁRIO:** 1 Introdução, 2 Caça e suas Modalidades. 3. Competência Material e Legislativa. 4. Considerações Finais. 5 Referências Bibliográficas.

**RESUMO:** A caça esportiva no Brasil não pode ser praticada por ausência de regulamentação. Contudo, a atividade tem previsão legal na Constituição Federal e em legislação ordinária, incumbindo aos órgãos governamentais a análise sobre a possibilidade de seu exercício. Entretanto, seja por um clamor de entidades de proteção ambiental, ou por falta de interesse do ente público, isto não é feito. São encontradas na doutrina e legislação pátrias diversas modalidades de caça, sendo algumas predatórias e outra não. Entre aquelas que de fato agridem o meio ambiente e são proibidas temos a caça profissional e a sanguinária. Por outro lado, há algumas que são permitidas, mas carecem de algum tipo de regulamentação, ou possuem demasiados entraves burocráticos para seu exercício. A fiscalização para proteção responsabilidade de todos os membros da Federação, a competência para legislar sobre o tema é concorrente entre União, Estados-membros e Distrito Federal, sendo aquele responsável por editar normas de caráter geral e estes de elaborar normas mais específicas sobre o tema.

**PALAVRAS-CHAVE:** Caça. Estados-membros. Regulamentação.

### 1. Introdução

Desde os primórdios da humanidade o homem utiliza a caça para suprir suas necessidades básicas, tais como a obtenção da carne para a alimentação, das peles para o vestuário e de ossos para fabricação dos mais diversos utensílios usados no cotidiano.

A “arte da caça” veio se aprimorando com o passar dos séculos, desde o melhoramento nas armas utilizadas, evoluindo de lanças de pedra, passando pelo arco e flecha, até que a humanidade chegou às modernas armas de fogo dos dias atuais, além do uso de animais auxiliares como, por exemplo, cães, aves de rapina e cavalos. Até o uso de elefantes nas atividades de caça é encontrado em algumas culturas da África e da Ásia.

A palavra “caça” é utilizada tanto para designar todos os animais silvestres que habitam livremente e, portanto, fora do cativeiro, bem como a atividade permitida ou não, destinada a capturar esses animais para os mais diversos fins.

O exercício dessa atividade como esporte é aquele que não visa à obtenção de alimento para sobrevivência, mas sim a continuidade da tradição da caçada, bem como a emoção da perseguição e/ou do abate do animal.

Em território pátrio, essa prática encontra cada vez mais barreiras para seu exercício, seja por um clamor popular para defender o direito dos animais, seja por falta de interesse do poder público em regulamentar a atividade de forma adequada. A falta de regulamentação ocasiona o verdadeiro problema: a caça ilegal, essa sim prejudicial ao meio ambiente, por desrespeitar as próprias condições impostas pela natureza, como a reprodução, por exemplo.

O caça esportiva ou cinegética, uma vez que a atividade não é mais permitida, em nosso país, obriga o caçador a procurar alternativas para continuar caçando, na maioria das vezes tendo que ir a outros países onde ela ainda é autorizada. Por outro lado, aquele que abate um animal que causa danos a sua propriedade não pode mais fazê-lo, pois estará cometendo um crime, a despeito da sua perda econômica e dos riscos e ameaças que outros animais indefesos, domésticos ou de criação, continuam a correr.

Observa-se um paradoxo, pois de um lado há quem insista em praticar ilegalmente a caça e se beneficia da falta de fiscalização necessária para continuar a depredar o meio ambiente e, de outro lado, aquele que vê sua propriedade e seus animais desprotegidos serem dizimados.

O objetivo, portanto, deste artigo é fazer uma análise geral sobre a caça, descrevendo suas modalidades e as competências legislativas e administrativas dos entes federados, bem como a responsabilidade para conceder as licenças necessárias para a execução dessa atividade, identificando, em tais condições, o potencial de proteção ao meio ambiente e às criaturas nela envolvidas na condição de caça.

## 2. Caça e suas modalidades

São diversas as classificações utilizadas tanto pela doutrina quanto pela legislação para a caça, como profissional, sanguinária, de controle, de subsistência, científica e amadorística. A Lei nº 5.197/67 (Lei de Proteção a Fauna) apresenta uma diferenciação para a prática da caça, podendo ser ela predatória (caça profissional e caça sanguinária) ou não predatória (caça de controle, caça de subsistência, caça esportiva ou cinegética, e caça científica).

Tal prática já foi condição fundamental para sobrevivência dos seres humanos, contudo, atualmente, esta atividade merece ser regulamentada em proteção dos animais, já que o descontrole pode causar a extinção de várias espécies, tanto da fauna quanto da flora, causando

verdadeiro desequilíbrio ambiental em virtude da irresponsabilidade e dos excessos cometidos por alguns caçadores.

## 2.1. CAÇA PREDATÓRIA

A caça predatória é justamente a que ocasiona o maior impacto ambiental, uma vez que ela não encontra a proteção legal, sendo proibida na maioria dos países do mundo, pois, como o próprio nome já diz, ela é predatória e, no mais das vezes desrespeita todas as regras, não apenas de origem legal, mas também as impostas pela própria natureza. Como conceitua Luis Paulo Sirvinskas em sua obra: “Caça predatória é aquela praticada para fins comerciais ou por mero deleite.”<sup>1</sup>

Exemplo disso é o das onças pintadas, que estão ameaçadas de extinção devido à caça desenfreada ao longo dos anos. No Parque Nacional do Iguaçu, existia cerca de 150 animais no início dos anos 90, já no final da década, esse número não passava de 50 exemplares, acreditam alguns pesquisadores.<sup>2</sup> Essa queda no número de exemplares aconteceu em virtude da caça predatória ilegal, praticada em uma reserva biológica.

Quando a caça predatória é praticada para fins comerciais ela é chamada de profissional. Certamente que considerando a sua ilegalidade, os rendimentos advindos de tal atividade estão também comprometidos, uma vez que ocorrem sem o conhecimento de autoridades, ou quaisquer outros interessados.

A caça que se dá por mero deleite, utilizando-se de métodos cruéis ou armadilhas, que proporcionam uma morte dolorosa ao animal, desrespeitando a quantidade e as épocas próprias para a realização da atividade, é conhecida como sanguinária e representa a condição mais primitiva do ser humano que não identifica no animal uma condição de importância na “teia da vida”<sup>3</sup>, mas lhe relega uma condição de absoluta inferioridade.

Logo, se deduz de antemão que esse é o tipo de caça que de fato prejudica o meio ambiente causando a extinção das espécies, além de ser prática atroz.

### 2.1.1. Caça Profissional

A caça profissional é aquela que busca a obtenção de lucro com o produto ou subproduto do animal caçado. Isso engloba a venda da carne, couro ou qualquer outro material que porventura venha a ser retirado do animal caçado.

---

<sup>1</sup> SIRVINSKAS, Luis Paulo. **Manual de direito ambiental**. 3 ed. São Paulo: Saraiva. 2005 pág. 226.

<sup>2</sup> BRASIL, **Sefloral**. Disponível em: <<http://www.sefloral.com.br/fau01040305.htm>>. Acesso em: 12 abr. 2011.

<sup>3</sup> CAPRA, Fritjof, *A Teia da Vida. Uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*, 5. ed. São Paulo: Cultrix. 2001

Essa modalidade é terminantemente proibida pela Lei n° 5197/67 em seu art. 2°: “Art. 2° “É proibido o exercício da caça profissional.”<sup>4</sup>

No art. 3° a Lei traz ainda a proibição da comercialização de produtos da fauna silvestre que sejam provenientes da atividade de caça. “Art. 3° É proibido o comércio de espécimes da fauna silvestre e de produtos e objetos que impliquem na sua caça, perseguição, destruição ou apanha”<sup>5</sup>.

A Lei n° 9.111/97 acrescentou a este artigo mais um parágrafo, colocando que o simples fato da falta de comprovação de procedência do produto retirado de fauna silvestre já configuraria desrespeito a Lei n° 5.197/67.

“§ 3° O simples desacompanhamento de comprovação de procedência de peles ou outros produtos de animais silvestres, nos carregamentos de via terrestre, fluvial, marítima ou aérea, que se iniciem ou transitem pelo País, caracterizará, de imediato, o descumprimento do disposto no caput deste artigo.”<sup>6</sup>

A Lei n° 7.653/88 alterou a redação do art. 27 da já mencionada Lei, configurando como crime, com pena de reclusão de 2 a 5 anos, o exercício da caça profissional. “Art. 27. Constitui crime punível com pena de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos a violação do disposto nos arts. 2º, 3º, 17 e 18 desta lei”<sup>7</sup>

A caça realizada para obtenção do couro de certos espécimes de nossa fauna para a comercialização, ainda ocorre em nosso território. Exemplo disso é o jacaré do Pantanal mato-grossense, conforme mostra a decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região nos Autos 94.03.039055-7, que condenou com fulcro nos artigos acima mencionados, a prisão de indivíduo que contratava pessoas com o intuito de caçar jacarés, para posteriormente venderem as peles no Paraguai.

“Comprovado que o apelante havia contratado mão-de-obra para abater jacarés no Pantanal, bem como fornecendo apetrechos, e, ante grande quantidade de couro de jacarés apreendidos, destinados ao comércio e inexistindo dúvidas quanto à autoria, não merece reparos a sentença proferida no juízo “*a quo*”. Processual Penal. Crimes Contra a Fauna. Caça

<sup>4</sup> Lei de Proteção à Fauna – Lei 5.197/67 Art. 2°.

<sup>5</sup> Lei de Proteção à Fauna – Lei 5.197/67 Art. 3°.

<sup>6</sup> Lei 9.111/97 – Art. 3° § 3°.

<sup>7</sup> Lei 7.653/88 - Art. 27.

Profissional. Comércio. Infração aos artigos 2, 3 e 27 da Lei n° 5.197/67 –  
Apelação Criminal Processo 94.03.039055-7.”<sup>8</sup>

Entretanto o parágrafo 1º, do art. 3º permite o comércio de produtos de animais silvestres desde que provenientes de criadouros devidamente legalizados. “§ 1º Excetuam-se os espécimes provenientes legalizados.”<sup>9</sup>

Anteriormente, a caça profissional era permitida e regulamentada pelo Decreto-Lei n° 5.894/43, art. 12, § 1º, a):

“Art. 12. Caçador é toda a pessoa que se entrega ao exercício da caça.

§ 1º O caçador é considerado profissional ou amador:

a) profissional é o que procura auferir lucros com o produto de sua atividade.”<sup>10</sup>

A preocupação do legislador em coibir esse tipo de caça é muito importante para a preservação do meio ambiente, uma vez que esta modalidade é a maior responsável pela extinção das espécies. E como bem traz Celso Antônio Pacheco Fiorillo em seu livro *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*, a proibição da caça profissional em um país como nosso, onde há uma alta taxa de desemprego, é acertada, pois muitas pessoas se usariam dela como forma de sustento, causando um verdadeiro “caos ecológico”.

“Em face da esgotabilidade do bem ambiental fauna silvestre, bem como diante da sua importância no equilíbrio do ecossistema, e tendo em contrapartida os altos níveis de desemprego que assolam os países de terceiro mundo, se admitíssemos ou continuássemos a admitir a caça profissional, isso ocasionaria, por certo, um verdadeiro caos ecológico.”<sup>11</sup>

Portanto, fez muito bem o legislador em proibir esse tipo de conduta, pois apesar de reconhecer à precária condição econômica da população, atentou desta vez, para o risco de impor grandes perdas ambientais, a ponto de colocar em colapso o equilíbrio do meio ambiente, bem maior a ser protegido e preservado por todos.

<sup>8</sup> BRASIL, Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br/trf3r/index.php?id=26>> . Acesso em: 12 abr. 2011.

<sup>9</sup> Lei 5.197/67 - Art. 3º § 1º.

<sup>10</sup> Lei 5.894/43 - Art. 12, § 1º, a.

<sup>11</sup> FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 5ª ed. ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. pág. 101.

### 2.1.2. Caça Sanguinária

A caça sanguinária é aquela praticada sem um fim específico, com o único objetivo de matar o animal, muitas vezes utilizando-se de métodos cruéis, tais como armadilhas, venenos, fogo, explosões, etc.; causando uma morte lenta e dolorosa ao espécime caçado.

“Sanguinária é a caça praticada por puro prazer, deixando o animal morto no local sem qualquer utilidade”<sup>12</sup>

Se houve uma preocupação do legislador em proibir a caça profissional, certamente também houve em coibir a caça sanguinária cuja crueldade, por si só, expõe a maldade humana que em muitas oportunidades se regozija com o mal alheio, e encontra prazer nas cenas mais chocantes e tristes.

Essas duas modalidades de caça são as que oferecem o maior prejuízo à fauna, e, com razão, foram proibidas pelo legislador. Adiante, porém, será demonstrado um conjunto de formas de caça que não têm características predatórias.

## 2.2. CAÇA NÃO PREDATÓRIA

A referida Lei n° 5.197/67 traz, além das modalidades mencionadas, outras formas, tais como a caça de controle, a caça científica e a caça esportiva ou cinegética.

A caça feita com fins de subsistência, que também é permitida, encontra seu fundamento, por sua vez, no próprio texto da Constituição Federal de 1988 e na Lei n° 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento).

Luis Paulo Sirvinkas bem conceitua essas modalidades de caça: “É aquela praticada com uma finalidade específica. É a denominada caça de controle, caça esportiva ou amadorística, caça de subsistência e caça científica”<sup>13</sup>

### 2.2.1. Caça de Controle

A caça de controle destina-se ao controle populacional de alguns animais que porventura venham a desequilibrar o meio ambiente ou ainda quando estes apresentarem um risco para rebanhos, plantações ou ainda a própria saúde pública. O art. 3° § 2° da Lei n° 5.197/67 é bem claro ao tratar do tema:

“Art. 3º. É proibido o comércio de espécimes da fauna silvestre e de produtos e objetos que impliquem na sua caça, perseguição, destruição ou apanha.

<sup>12</sup> SIRVINSKAS, Luis Paulo. op.cit. p. 279.

<sup>13</sup> SIRVINSKAS, Luis Paulo. op.cit. p. 226.

§ 2º Será permitida mediante licença da autoridade competente, a apanha de ovos, lavras e filhotes que se destinem aos estabelecimentos acima referidos, **bem como a destruição de animais silvestres considerados nocivos à agricultura ou à saúde pública.**<sup>14</sup>

Também trata do tema a Lei n° 9.605/98 em seu art. 37, II que traz as penas para condutas lesivas ao meio ambiente, mas não considera como crime o abate de animal com intuito de resguardar o cultivo de lavouras e rebanhos, desde que previamente autorizado.

“Art. 37. Não é crime o abate de animal, quando realizado:

II - para proteger lavouras, pomares e rebanhos da ação predatória ou destruidora de animais, desde que legal e expressamente autorizado pela autoridade competente;”<sup>15</sup>

Percebe-se que, para prática da caça de controle é necessária prévia autorização da autoridade competente, devendo esta ser fundamentada, apresentando qual a espécie do animal caçado e qual o perigo que ele apresenta.

Tratando-se da superpopulação de determinado animal, muitas vezes isso se dá pela própria ação do homem no meio ambiente, independente da causa, a caça de controle é concebida.

Contudo, importante ressalva nos traz Celso Antônio Pacheco Fiorillo: “diante da caça de controle, a fauna silvestre deixa de ter função ecológica. Como foi possível verificar, a função ecológica da fauna silvestre reflete a harmonia entre a relação da sua existência e o habitat em que vive.”<sup>16</sup>

No início do ano de 2013, o IBAMA, resolveu decretar a nocividade do javali europeu (*sus scrofa*), em todo território nacional, bem como autorizar o seu manejo através do controle populacional, por meio da Instrução Normativa 03/2013, publicada em 01 de fevereiro de 2013 e entrando em vigor na data de sua publicação. Essa decretação se deu após os Estados do Rio Grande de Sul e Santa Catarina já adotarem medidas similares para o controle populacional deste animal em seus territórios.

A mencionada Instrução Normativa, logo em seu art. 1º declara a nocividade desta espécie, em todas as suas formas e linhagens.

“Art. 1º Declarar a nocividade da espécie exótica invasora javali-europeu, de nome científico *Sus scrofa*, em todas as suas formas, linhagens, raças e

---

<sup>14</sup> Lei n° 5.197/67 - art. 3° § 2°. (grifo nosso)

<sup>15</sup> Lei n° 9.605/98 - art. 37, II.

<sup>16</sup> FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. op.cit. p. 101.

diferentes graus de cruzamento com o porco doméstico, doravante denominados ‘javalis’<sup>17</sup>

Já em seu art. 2º autoriza o controle populacional do javali em todo território nacional, controle este, exercido por meio de perseguição, abate, captura e marcação dos espécimes, podendo ser feita a soltura para rastreamento, todo conforme o § 1º.

“Art. 2º Autorizar o controle populacional do javali vivendo em liberdade em todo o território nacional.

§ 1º - Para os fins previstos nesta Instrução Normativa, considera-se controle do javali a perseguição, o abate, a captura e marcação de espécimes seguidas de soltura para rastreamento, a captura seguida de eliminação e a eliminação direta de espécimes.”<sup>18</sup>.

Para realizar o controle populacional da espécie do javali europeu, o interessado, que poderá ser tanto pessoa física quanto pessoa jurídica, deverá se inscrever junto ao IBAMA. Além disso, como se trata de caça com o objetivo de controle populacional de uma espécie invasora, aquele que a pratica deverá previamente informar ao órgão ambiental as atividades de controle que pretende desempenhar, conforme preceitua o § 3º, do art. 3º da mencionada Instrução Normativa,

“Art. 3º O controle dos javalis vivendo em liberdade poderá ser realizado por pessoas físicas ou jurídicas, conforme previsto nesta Instrução Normativa.

§3º As pessoas físicas e jurídicas que prestarem serviços de controle de javalis para terceiros deverão informar as atividades previamente por meio da Declaração de manejo de espécies exóticas invasoras, disponível no sítio eletrônico do Ibama na seção ‘Serviços’.<sup>19</sup>

Além disso, o caçador deverá encaminhar trimestralmente relatórios do controle realizado como mencionado no art. 7º do mesmo diploma. O objetivo dessas informações é fornecer subsídios ao órgão ambiental para que ele verifique se o controle populacional feito por meio do abate está sendo realmente eficaz, podendo controlar a atividade dos caçadores e até mesmo evitar abusos.

“Art. 7º As pessoas físicas e jurídicas que realizarem o controle do javali deverão encaminhar relatórios trimestralmente por meio do Relatório de manejo de espécies exóticas invasoras disponível no sítio eletrônico do Ibama na seção ‘Serviços’<sup>20</sup>

<sup>17</sup> Instrução Normativa 03/2013 de 01 de fevereiro de 2013 – Art. 1º.

<sup>18</sup> Instrução Normativa 03/2013 de 01 de fevereiro de 2013 – Art. 2º.

<sup>19</sup> Instrução Normativa 03/2013 de 01 de fevereiro de 2013 – Art. 3º, § 3º.

<sup>20</sup> Instrução Normativa 03/2013 de 01 de fevereiro de 2013 – Art. 7º.

Se for utilizada arma de fogo para o controle populacional aqui previsto, as normas para seu uso se encontram previstas na Lei nº 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) e em portarias emitidas pelo Exército Brasileiro, que serão estudadas adiante, no tópico “Caça Esportiva ou Cinegética”.

Além disso, fica proibida a comercialização e distribuição de qualquer produto ou subproduto do controle realizado, o que configuraria a caça profissional, e como já foi visto, esta é terminantemente proibida.

Cumpra ainda esclarecer que o art. 4º, determina que não há limite de quantidade, ou de época do ano para que se realize o manejo. “Art. 4º O controle de javalis vivendo em vida livre será realizado sem limite de quantidade e em qualquer época do ano”<sup>21</sup>

Deduz-se que a prática da caça de controle é umas das maneiras de se realizar o manejo ecológico das espécies, evitando que haja um desequilíbrio em virtude de uma superpopulação de determinado animal ou ainda para controlar a procriação de animais não naturais da fauna brasileira.

### 2.2.2. Caça de Subsistência

A caça de subsistência é aquela praticada com o único objetivo de alimentar o caçador e sua família. Geralmente é praticada por comunidades que vivem afastadas das grandes cidades e que não possuem outra forma de obtenção de alimento senão por meio do abate de animais silvestres. Esse direito também é garantido às comunidades indígenas.

A Lei de Proteção a Fauna, não prevê em seu texto a prática da caça de subsistência, e nem precisaria, pois esta modalidade está diretamente vinculada à manutenção do direito a vida, garantia fundamental trazida pela Constituição Federal de 1988. Celso Antônio Pacheco Fiorillo bem descreve a permissibilidade dessa prática: “Desse modo, se a caça é de subsistência, legítima é sua prática, pois o que se tutela é o exercício do direito à vida”.<sup>22</sup>

Apesar da caça de subsistência não encontrar respaldo na Lei nº 5.197/67, ela encontra seu fundamento no art. 37, I da Lei nº 9.605/98.

“Art. 37. Não é crime o abate de animal, quando realizado:

I - em estado de necessidade, para saciar a fome do agente ou de sua família;

”<sup>23</sup>

<sup>21</sup> Instrução Normativa 03/2013 de 01 de fevereiro de 2013 – Art. 4º.

<sup>22</sup> FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. op.cit. p.102.

<sup>23</sup> Lei nº 9.605/98 - Art. 37, I.

O estado de necessidade também se configura como possibilidade para a permissão da caça de subsistência, uma vez que, aquele que possa estar perdido na mata, ou ainda, mesmo em centros urbanos utilize-se da caça para a própria alimentação ou de sua família.

O caçador de subsistência que pretende utilizar uma arma de fogo para atividade deverá primeiramente, ter a arma registrada junto a Polícia Federal. Além disso, terá que se cadastrar junto a este órgão na categoria 'Caçador de Subsistência'. Para tanto é necessário preencher e entregar junto à Polícia Federal um requerimento bem como uma série de documentos exigidos, entre eles a comprovação da necessidade da utilização da arma de fogo para obtenção de alimento, conforme preceitua o art. 6º § 5º da Lei nº 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) redação da pela Lei nº 11.706/2008.

“Art. 6º É proibido o porte de arma de fogo em todo o território nacional, salvo para os casos previstos em legislação própria e para:

§ 5º Aos residentes em áreas rurais, maiores de 25 (vinte e cinco) anos que comprovem depender do emprego de arma de fogo para prover sua subsistência alimentar familiar será concedido pela Polícia Federal o porte de arma de fogo, na categoria caçador para subsistência, de uma arma de uso permitido, de tiro simples, com 1 (um) ou 2 (dois) canos, de alma lisa e de calibre igual ou inferior a 16 (dezesseis), desde que o interessado comprove a efetiva necessidade em requerimento ao qual deverão ser anexados os seguintes documentos:

I - documento de identificação pessoal;

II - comprovante de residência em área rural; e

III - atestado de bons antecedentes.”<sup>24</sup>

Deste modo, verifica-se que a caça de subsistência é de fundamental importância para sobrevivência de algumas comunidades do nosso país, onde, ainda hoje, encontram-se pessoas que vivem distantes de qualquer contato com a vida moderna. Contudo, como pode ser verificado, nosso legislador criou várias barreiras para o cidadão que vivendo, nos mais distantes rincões de nosso país, necessita atender uma séria de burocracias para poder exercer um direito inerente a sua sobrevivência sem incorrer na prática de crime.

### 2.2.3. Caça Científica

A necessidade de pesquisas, em animais, para descobertas científicas, justifica a possibilidade da prática dessa modalidade de caça. Para tanto, licenças especiais são concedidas aos cientistas para que estes possam fazer a perseguição, a captura ou apanha de animais silvestres.

---

<sup>24</sup> Lei nº 10.826/2003, art. 6º § 5º.

A contínua busca por medicamentos com o intuito de curar doenças que ainda mazecam os seres humanos é de fundamental importância para uma melhor qualidade de vida.

A Lei n° 9.157/67, no art. 14 prevê o embasamento legal para essa prática, além das normas que regram a atividade dos cientistas que querem obter na caça, subsídios para suas pesquisas.

Art. 14. Poderá ser concedida a cientistas, pertencentes a instituições científicas, oficiais ou oficializadas, ou por estas indicadas, licença especial para a coleta de material destinado a fins científicos, em qualquer época.<sup>25</sup>

No §1º o legislador teve a preocupação de evitar que cientistas estrangeiros se apossassem da fauna nacional para pesquisas.

§ 1º Quando se tratar de cientistas estrangeiros, devidamente credenciados pelo país de origem, deverá o pedido de licença ser aprovado e encaminhado ao órgão público federal competente, por intermédio de instituição científica oficial do país.<sup>26</sup>

Os demais parágrafos deste artigo dizem respeito às condições para obtenção da licença para a caça científica.

§ 2º As instituições a que se refere este artigo, para efeito da renovação anual da licença, darão ciência ao órgão público federal competente das atividades dos cientistas licenciados no ano anterior.

§ 3º As licenças referidas neste artigo não poderão ser utilizadas para fins comerciais ou esportivos.

§ 4º Aos cientistas das instituições nacionais que tenham por Lei, a atribuição de coletar material zoológico, para fins científicos, serão concedidas licenças permanentes.<sup>27</sup>

Contudo, ressalvas devem ser feitas ao § 4º, uma vez que as licenças não devem ser dadas em caráter permanente, sendo que a própria lei determina que a caça não seja praticada fora do período permitido, respeitando os ciclos reprodutivos dos animais.

Luis Paulo Sirvinskas trata dessa ressalva ao § 4º:

“Essa licença, devidamente regulamentada pelo dispositivo transcrito, deverá ser cortejada com outras normas relacionadas ao período de caça, o

---

<sup>25</sup> Lei n° 9.157/67- Art. 14.

<sup>26</sup> Lei n° 9.157/67, no Art. 14, § 1º.

<sup>27</sup> Lei n° 9.157/67, no Art. 14, §§ 2º, 3º e 4º.

local e a maneira de como ocorre a perseguição, a caça ou a apanha de animal silvestre.”<sup>28</sup>

Celso Antonio Pacheco Fiorillo também observa as condições dadas pelo § 4º:

“Além disso, não há como conceber a autorização permanente, mas apenas para determinada época, em certos locais, respeitando-se as condições específicas daquele bioma. Acrescente-se ainda que o art. 8º acaba por não permitir que a autorização tenha validade para mais de um ano, uma vez que determina que: anualmente será publicada e atualizada: a) a relação das espécies cuja utilização, perseguição, caça ou apanhas será permitida, indicando e delimitando as respectivas áreas; b) a época e o número de dias em que o ato será permitido; c) as quotas diárias e exemplares cuja utilização, perseguição caça ou apanha será permitida.”<sup>29</sup>

Percebe-se que esta modalidade de caça é de fundamental importância para o desenvolvimento científico do país, obtendo recursos para pesquisas que podem encontrar a cura de diversas doenças, mas claro, sempre respeitando a legislação vigente, e as condições da fauna a ser caçada.

Também vale frisar que as condições para obtenção de licença para essa modalidade específica de caça para cientistas estrangeiros são complicadas, para evitar que outras nações consigam, utilizando-se de nossa fauna, se apropriar de descobertas que poderiam ser nacionais.

#### 2.2.4. Caça Amadorística ou Cinegética

A caça amadorística ou esportiva é uma forma de integração do homem com o meio ambiente de forma sustentável. O caçador esportista é aquele que procura manter uma estreita relação com a vida selvagem através da caça, mantendo uma tradição que existe desde o começo dos tempos, além de ser ele um dos maiores interessados na manutenção das espécies.

Ela encontra seu fundamento legal primeiramente na Constituição Federal, art. 6º, que traz como Direito Social, o direito ao lazer, que é um dos objetivos desta prática.

Também traz a Lei nº 5.197/67 em seu art. 6º “a” um incentivo a esta modalidade de caça, incumbindo o Estado de estimular a criação e manutenção de clubes e sociedades de caça esportiva.

“Art. 6º O Poder Público estimulará:

---

<sup>28</sup> SIRVINSKAS, Luis Paulo, op.cit. p. 228.

<sup>29</sup> FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. op.cit. p.103.

a) a formação e o funcionamento de clubes e sociedades amadoristas de caça e de tiro ao vôo objetivando alcançar o espírito associativista para a prática desse esporte.”<sup>30</sup>

Já no seu art. 8º a Lei nº 5.197/67 incumbe o próprio Poder Público Federal, atualmente o IBAMA, de listar os espécimes que poderão ser caçados, em que época do ano e as áreas em que será permitida a caça, bem como a quantidade diária de cada espécie que poderá ser abatida por caçador durante o período em que a esta será liberada.

“Art. 8º O Órgão público federal competente, no prazo de 120 dias, publicará e atualizará anualmente:

- a) a relação das espécies cuja utilização, perseguição, caça ou apanha será permitida indicando e delimitando as respectivas áreas;
- b) a época e o número de dias em que o ato acima será permitido;
- c) a quota diária de exemplares cuja utilização, perseguição, caça ou apanha será permitida;”<sup>31</sup>

Para a prática da caça esportiva, utilizando-se de armas de fogo, bem como para caça de controle, primeiramente o caçador deverá se filiar a um clube ou associação de caça ou tiro, de acordo com o art. 5º, da Portaria 005 do Departamento de Logística do Exército.

“Art. 5º Para se registrar no Exército como caçador, o praticante deste esporte deve estar filiado a um clube, a uma associação, à federação com jurisdição sobre o seu domicílio e à confederação nacional, na modalidade de caça que praticar, se houver.”<sup>32</sup>

Uma vez filiado, o caçador terá o Certificado de Caçador emitido pelo Comando do Exército, (Decreto nº 5.123/2003 art. 30) cabendo a este verificar as condições de segurança necessárias para utilização da arma, munições e equipamentos de recarga. Com este certificado, o caçador poderá praticar a caça no território nacional, onde ela for permitida.

“Art. 30. As agremiações esportivas e as empresas de instrução de tiro, os colecionadores, atiradores e caçadores serão registrados no Comando do Exército, ao qual caberá estabelecer normas e verificar o cumprimento das condições de segurança dos depósitos das armas de fogo, munições e equipamentos de recarga.”<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> Lei nº 5.197/67 - Art. 6º “a”.

<sup>31</sup> Lei nº 5.197/67 - Art. 8.

<sup>32</sup> Exército Brasileiro Portaria 005 Departamento de Logística do Exército, art. 5º.

<sup>33</sup> Exército Brasileiro Decreto nº 5.123/2003 Art. 30.

O art. 11 da lei nº 5197/67 trata da licença especial, expedida pelo Órgão Público Federal (Exército Brasileiro), para que os clubes de caça possam funcionar, além da condição de serem pessoas jurídicas regulamentadas pelas normas de direito civil pertinentes à criação de pessoas jurídicas.

“Art. 11. Os clubes ou Sociedades Amadoristas de Caça e de tiro ao vôo, poderão ser organizados distintamente ou em conjunto com os de pesca, e só funcionarão validamente após a obtenção da personalidade jurídica, na forma da Lei civil e o registro no órgão público federal competente.”<sup>34</sup>

Além do Certificado de Caçador, é necessária para caça amadora, e também para caça de controle como já visto, a licença expedida pelo IBAMA, licença esta que poderá ser de caráter regional ou nacional, variando de acordo com estudos anteriormente feitos e que as conclusões determinem a área onde poderá ser exercida a atividade de caça, e que, portanto não permite que se ultrapassem os limites territoriais estabelecidos.

“Estas entidades devem requerer licença especial para seus associados transitarem com arma de caça e de esporte, para uso em suas sedes durante o período defeso (aquele em que a caça está proibida) e dentro do período determinado.”<sup>35</sup>

Contudo, vale frisar que o IBAMA, órgão competente para realizar os estudos de viabilidade da caça esportiva não o faz como a legislação prevê, conseqüentemente não concedendo a licença para nenhum caçador, pois se utiliza o poder discricionário que possui, alegando que não há uma relevância social para esta atividade, além disso, entende que a prática da caça causa um sofrimento desnecessário aos animais.

Celso Antônio Pacheco Fiorillo bem diz quando atenta para essas questões.

“Vale frisar que essa espécie de caça também está sujeita aos regramentos normais que determinam a permissão, ou seja, os critérios de prévia avaliação ambiental, as ressalvas previstas quanto aos aspectos e à observância da conveniência e oportunidade aferidos pela Administração, ante a autorização da caça.”<sup>36</sup>

E ainda traz uma consideração bem importante sobre o assunto.

“Deve-se notar ainda que justificar a impossibilidade da caça amadorística, alegando que haverá um desequilíbrio ecológico, como se tal atividade fosse

---

<sup>34</sup> Lei nº 5.197/67 – Art. 11.

<sup>35</sup> SILVA, Américo Luís Martins da. op.cit. p. 519.

<sup>36</sup> FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. op.cit. p. 103.

responsável por este, reflete uma forma de esconder seus verdadeiros causadores.<sup>37</sup>

### 3 Competência Material e Legislativa

O Brasil adota o sistema federativo como sistema de governo. Na Federação, os Estados-membros gozam de certa autonomia para decidirem sobre suas próprias questões.

A Constituição Federal usou o sistema de repartição de competências entre todos os entes da Federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), seguindo a regra dos poderes remanescentes, ou seja, enumeram-se os poderes que cabem à União e aos Municípios, e os remanescentes aos Estados-membros.

“A Constituição de 1988 busca realizar o equilíbrio federativo por meio de uma repartição de competências que se fundamenta na técnica da enumeração dos poderes da União (arts. 21 e 22), com poderes remanescentes para os Estados (art. 25 § 1º) e poderes definidos indicativamente para os Municípios (art. 29 e 30)”<sup>38</sup>

Toshio Mukai, em seu livro “Direito ambiental sistematizado”, classifica essa repartição de competências como “federalismo cooperativo”, pois não mais há um conflito entre os Estados-membros para a elaboração e execução de normas.

“Trata-se do denominado federalismo cooperativo, onde os níveis de governo não se digladiam pelas suas competências, mas se unem para, cada qual, dentro de suas atribuições, darem conta das necessidades dos administrados.”<sup>39</sup>

Édis Milaré, também trata do tema em seu livro “O direito do ambiente”<sup>40</sup>, mencionando que em questões ambientais, todos os entes da Federação são competentes para elaborar leis e tomar providências com relação à proteção do meio ambiente.

Verifica-se, portanto, que em matéria ambiental, essa repartição segue as mesmas regras. O constituinte abre espaço para que todas as esferas da Federação legislem e executem

---

<sup>37</sup> FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. op.cit. p. 103-104 (grifo nosso).

<sup>38</sup> SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2002. p. 69.

<sup>39</sup> MUKAI, Toshio. **Direito ambiental sistematizado**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 17.

<sup>40</sup> “O quadro de competências desenhado pela Constituição da República discrimina as atribuições conferidas a cada ente federado, com ênfase no que se convencionou chamar de federalismo cooperativo, já que boa parte da matéria relativa à proteção do meio ambiente pode ser disciplinada a um só tempo pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios.” – MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 228.

matérias de ordem ambiental, dando margem para que todos os entes façam suas normas analisando questões regionais e locais.

“(…) em algumas matérias, em especial no direito ambiental, questões poderão existir não só de interesse local, mas também regional ou, até mesmo, nacional”.<sup>41</sup>

A seguir será estudada cada uma dessas competências com suas peculiaridades.

### 3.1. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA

A competência legislativa é aquela que possibilita a elaboração de Leis de determinado assunto. Encontramos nos arts. 22 e 24 da Constituição os temas onde a União possui competência privativa para legislar e onde todos os entes federativos podem legislar concorrentemente, ou ainda, nas palavras de Édis Milaré “as competências legislativas, que tratam do poder outorgado a cada ente federado para elaboração das leis e atos normativos”.<sup>42</sup>

Para questões ambientais, quis o constituinte que essa competência fosse concorrente, cabendo a União à elaboração de diretrizes gerais sobre o tema e aos demais Estados-membros e o Distrito Federal elaborarem as normas mais específicas, observando situações de caráter regional, suplementando a norma geral.

“Conforme se observa, trata-se de competência legislativa concorrente, estando limitada a União a estabelecer normas gerais (art. 24 § 1º). Aos Estados e ao Distrito Federal caberá a suplementação dessas normas gerais.”<sup>43</sup>

Ou ainda, como traz José Afonso da Silva: “Nesse âmbito da legislação concorrente, contudo, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.”<sup>44</sup>

Ainda em relação à competência legislativa concorrente, vale ressaltar o inciso VI, do já mencionado art. 24, onde encontramos a previsão da União, bem como do Distrito Federal e dos Estados de legislarem sobre a caça, a fauna e a conservação do meio ambiente:

“Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

<sup>41</sup> FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. op.cit. p. 58.

<sup>42</sup> MILARÉ, Édis. op.cit. – p. 228.

<sup>43</sup> FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. op.cit. p. 59-60.

<sup>44</sup> SILVA, José Afonso da. op.cit. p. 75.

VI. – florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente, e controle da poluição. (grifo nosso)<sup>45</sup>

Percebe-se nesse inciso que o constituinte determina a elaboração de uma norma geral em relação à caça. A Lei n° 5.197/67 cumpre esse papel, ditando normas gerais sobre o assunto, cabendo aos Estados e ao Distrito Federal analisarem se a caça é viável em seu território, e, se este for caso, elaborar as normas que regulamentem a atividade.

### 3.2. COMPETÊNCIA MATERIAL

A competência material é aquela para a execução de atos administrativos, ela pressupõe a existência da competência legislativa, pois para haver atos executivos no intuito de preservação do meio ambiente é necessário que haja leis que autorizem essas ações.

Contudo, vale frisar que, em matéria ambiental, mesmo com essa distribuição de competências, alguns problemas podem surgir, pois nem sempre os limites entre Estados condizem com os limites naturais, e quando um problema ambiental encontra uma barreira na lei, ele pode ser deslocado para outro Estado que não possua uma legislação tão eficaz. José Afonso da Silva descreve bem essa problemática:

“(...) os problemas ambientais não se detêm nas linhas geográficas que separam os Estados da Federação, pois frequentemente um problema ambiental em um Estado é causado por procedimento ocorrido em outro. Demais, uns Estados podem ser incapazes de proteger eficientemente o seu meio ambiente, enquanto outros o fazem melhor. Por outro lado, quando um Estado regula o meio ambiente a atividade regulada pode evadir-se para outro, onde não encontra restrições.”<sup>46</sup>

Esse problema encontrado no sistema federativo afeta a prática da caça, pois se um Estado-membro regulamentasse a caça, nos moldes da Lei n° 5.197/67, aqueles caçadores que não se enquadrassem poderiam deslocar-se para outro Estado a fim de continuar praticando a caça ilegal em todas as suas formas.

Sobre a execução de atos para preservação do meio ambiente encontramos competência material comum (art. 23 CF), onde todos os entes da Federação têm o dever de zelar pelo meio ambiente.

<sup>45</sup> BRASIL, Constituição Federal 1988. Art. 24 inc. VI.

<sup>46</sup> SILVA, José Afonso da. op.cit. p. 70.

“A proteção do meio ambiente está adaptada à *competência material comum*, ou seja, proteção ambiental adstrita a normas que conferem deveres aos entes da Federação e não simplesmente faculdades.”<sup>47</sup>

Para questões ambientais, mais precisamente sobre a caça, vale frisar o inciso e VII, do art. 23, que coloca a preservação da fauna como competência material comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios:

“Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;”<sup>48</sup>

Verifica-se que o constituinte concedeu a todos os entes federativos o dever de proteger a fauna.

“Dessa forma, podemos afirmar que à União caberá a fixação de pisos mínimos de proteção ao meio ambiente, enquanto aos Estados e Municípios, atendendo aos seus interesses regionais e locais, a de um “teto de proteção.”<sup>49</sup>

O Estado do Rio Grande do Sul foi o único do país a regulamentar a caça amadorística por meio da Lei Estadual n° 10.056/94, contudo esta foi proibida após o julgamento dos Embargos Infringente AC N° 2004.71.00.021481-2/RS.

Contudo, o fundamento para se proibir a caça amadorística no Rio Grande do Sul, foi o excesso de chumbo que sobra na natureza em virtude da caça, ou seja, quando os cartuchos são deflagrados, vários pequenos chumbos, conhecidos como bagos, são disparados, mas nem todos atingem o animal. Esses bagos podem ser confundidos com sementes pelos animais que os comem. Acontece que o chumbo é um metal tóxico, que quando ingerido causa intoxicação.

Mas o referido acórdão menciona a possibilidade da caça feita com bagos de aço, como é feito em outros países, uma vez que este metal não é tóxico como o chumbo se ingerido pelos animais.<sup>50</sup>

<sup>47</sup> FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. op.cit. p. 60.

<sup>48</sup> BRASIL, Constituição Federal 1988. Art. 23, inc. VI e VII. (grifo nosso).

<sup>49</sup> FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. op.cit. p. 60

<sup>50</sup> “Para a caça do Ganso Canadense são dois os calibres mais populares: o 12 Magnum e o 10. Todo o resto é calibre inferior! E não fosse o fato de esta ave ser coberta por uma grossa camada de penas e plumas (aquelas dos deliciosos travesseiros), ter massa corpórea avantajada e voar usualmente a grandes altitudes, sempre convém lembrar que a

Portanto, ao invés de proibir o exercício da caça amadora no Estado, bastava, apenas, impor o uso de munições com bagos de aço, como é feito em outros países.

O Estado do Mato Grosso proibiu em sua Constituição a prática de qualquer modalidade de caça (art. 275)<sup>51</sup>, bem como o Estado de Pernambuco (art. 210, III)<sup>52</sup> e o Estado de São Paulo em sua Constituição art. 204.<sup>53</sup> Enquanto que as constituições dos outros Estados nada mencionam sobre a caça.

#### 4. Considerações Finais

Percebe-se que a prática da caça é legalizada no Brasil, contudo os Estados-membros da Federação não a regulamentam, impedindo que a sociedade exerça uma atividade que lhes é permitida ou a proíbem contrariando uma norma constitucional que determina que os Estados só possam legislar normas de caráter complementar e não proibir algo que já é autorizado pela Lei Federal.

No decorrer da pesquisa a dificuldade foi muito grande em encontrar informações sobre o assunto, tanto em doutrinadores, quanto nas legislações pertinentes, além de decisões dos tribunais. Mesmo visitando os órgãos competentes para regulamentar a atividade da caça as informações fornecidas foram desconhecidas e observou-se desconhecimento geral sobre o tema, muitas vezes apenas se limitando a dizer que a prática da caça é um ato de crueldade com os animais, e que há um clamor popular geral para impedir sua liberação, e que não existe relevância social nesta atividade.

Entretanto, se há uma preocupação tão grande assim com relação à matéria, mais pesquisas deveriam ser feitas, assim como as informações a respeito deveriam ser encontradas com maior facilidade. O que se observa, contudo, é que parece haver a intenção em esconder as informações elementares da população, impossibilitando um avanço nas discussões e até na própria proteção da fauna silvestre que fica a mercê da caça irresponsável. A elaboração de estudos pelos órgãos

---

obrigatoriedade legal do uso de cartuchos carregados com esferas de aço, e não de chumbo, para a caça de aves aquáticas nos EUA é um agente complicador adicional. Pois o uso de bagos de aço, não tóxicos se ingeridos pela fauna aquática (...)” - Embargos Infringente AC Nº 2004.71.00.021481-2/RS.

<sup>51</sup> “Art. 275 Ficam vedadas, na forma da lei, a pesca no período de desova e a pesca predatória em qualquer período, bem como a caça amadora e profissional; apreensão e comercialização de animais silvestres no território mato-grossense, não provenientes de criatórios autorizados pelo órgão competente”.

<sup>52</sup> “Art. 210 - O Plano Estadual de Meio Ambiente, a ser disciplinado por lei, será o instrumento de implementação da política estadual e preverá a adoção de medidas indispensáveis à utilização racional da natureza e redução da poluição resultante das atividades humanas, inclusive visando a:

III - preservar a fauna silvestre que habita os ecossistemas transformados e as áreas rurais e urbanas, proibindo a sua caça, captura e a destruição de seus locais de reprodução;”

<sup>53</sup> “Art. 204 - Fica proibida a caça, sob qualquer pretexto, em todo o Estado”.

responsáveis, bem como a efetiva fiscalização por parte das autoridades, poderia permitir a realização da caça no país, de forma a não destruir a fauna, coibindo os excessos e a caça predatória.

Em uma visão antropocêntrica a preocupação em se manter o meio ambiente preservado é para satisfação primeiramente do homem e se existe a possibilidade de usufruir do meio ambiente de forma sustentável, essa conduta deve ser incentivada, inclusive regulamentando a atividade de caça e promovendo a sua fiscalização de tal forma que, se permitida, seja exercida com responsabilidade e respeito às condições de cada espécie, evitando o sofrimento desnecessário e, principalmente, contribuindo para a preservação ambiental.

#### 4. Referências Bibliográficas

BRASIL Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988: atualizada até a Emenda Constitucional nº. 62, de 9-12-2009. 42. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

BRASIL. Decreto-Lei 5.894 de 20 de outubro de 1943. Aprova e baixa o código de caça. Disponível em [http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=5894&tipo\\_norma=DEL&data=19431020&link=s](http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=5894&tipo_norma=DEL&data=19431020&link=s). Acesso em 08 de mar. de 2014.

BRASIL. Lei 5.197 de 3 de janeiro de 1967. Dispõe sobre a proteção a fauna e da outras providências. Diário Oficial da União publicado em 5/1/1967. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15197.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15197.htm). Acesso em 08 fev. 2014.

BRASIL. Lei 10.826 de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências.. Diário Oficial da União publicado em 22/12/2003. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.826.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.826.htm). Acesso em 08 fev. 2014.

BRASIL. Lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências, art. 37, II.. Publicado no Diário Oficial de União em 13 fev. 1998. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm). Acesso em 10 de mar. de 2014.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. IBAMA. Instrução Normativa 03, de 01 de fevereiro de 2013. Decreta a nocividade do Javali e dispõe sobre o seu manejo e controle. Publicado no D.O.U. de 1 de fevereiro de 2013, seção I, pág. 88-89. Disponível em [http://www.ibama.gov.br/phocadownload/fauna\\_silvestre\\_2/legislacao\\_fauna/2013\\_ibama\\_in\\_003-2013\\_manejo\\_javali.pdf](http://www.ibama.gov.br/phocadownload/fauna_silvestre_2/legislacao_fauna/2013_ibama_in_003-2013_manejo_javali.pdf). Acesso em 12 mar. 2014. Art. 1º.

BRASIL. Ministério da Defesa. Exército Brasileiro. Departamento Logístico. Portaria nº 05 D LOG, de 16 de julho de 2008. art. 32 e art. 40.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br/trf3r/index.php?id=26>>. Acesso em: 12 de abril de 2011.

CAPRA, Fritjof A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. 5. ed. São Paulo: Cultrix, 2001.

FREITAS, Vladimir Passos de, Crimes contra a natureza. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. 5. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

MATO GROSSO, Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso. Constituição do Estado de Mato Grosso, de 05 de outubro de 1989. Disponível em <<http://www.al.mt.gov.br/TNX/storage/constituicao-de-mato-grosso.pdf>>. Acesso em 02 jul. 2014.

MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 228

MUKAI, Toshio. Direito ambiental sistematizado. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

PERNAMBUCO. Assembleia Legislativa do Estado de Pernambuco. Constituição do Estado de Pernambuco, de 05 de outubro de 1989. Disponível em <<http://www.alepe.pe.gov.br/downloads/legislativo/ConstituicaoEstadual.pdf>>. Acesso em 07 jul. 2014.

SÃO PAULO. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Constituição do Estado de São Paulo, de 05 de outubro de 1989. Disponível em <<http://www.legislacao.sp.gov.br/legislacao/dg280202.nsf/a2dc3f553380ee0f83256cfb00501463/46e2576658b1c52903256d63004f305a?OpenDocument>>. Acesso em 02 jul. 2014.

SILVA, Américo Luís Martins da. Direito do meio ambiente e dos recursos naturais. São Paulo: Ed. Revistas dos Tribunais, 2005. v.2

SILVA, José Afonso da. Direito ambiental constitucional. 3. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002.

SIRVINSKAS, Luis Paulo. Manual de direito ambiental. 3 ed. São Paulo: Saraiva. 2005.



# O REGIME DO AGRAVO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SEUS REFLEXOS NAS TUTELAS DE URGÊNCIA CONCEDIDAS EM FACE DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE: MECANISMO CONTRAMAJORITÁRIO OU INSTRUMENTO DE MANTENÇA DO ESTABLISHMENT?

Lucas Cadete Zallio

*Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2004) e Pós-Graduado em Direito Processual pela mesma Instituição (2007). Advogado militante; Chefe da Comissão de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção Minas Gerais; Delegado da Procuradoria de Defesa das Prerrogativas da OAB/MG.*

Luís Henrique Vieira Rodrigues

*Advogado, Mestre em Direito Público pela PUC Minas*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Judicialização do SUS: Ação Contramajoritária ou de manutenção do Estabilishment?. 3. Reformas do Sistema do Recurso de Agravo no CPC vigente. 4. Visão do Recurso de Agravo no Código Projetado. 5. Novo Regime das Tutelas de Urgência em face do Sistema Único de Saúde: os precedentes e sua interação com a tendência de jurisprudencialização do Sistema Processual porvir. 6. Conclusões. 7. Referências Bibliográficas.

## 1. Introdução

Atualmente, a percepção sobre a eficiência da Administração Pública é colocada em xeque no Brasil. No campo da saúde pública, referida ineficiência percebida pelos cidadãos é ainda mais evidente. No anseio de superar o déficit de operação vivenciado pelos usuários do Sistema Único de Saúde, a judicialização de políticas públicas é vista como mecanismo de concretização de direitos fundamentais.

Para CAPPELLETTI<sup>1</sup>,

As instituições jurídicas tendem, necessariamente, a adequar-se às mutáveis exigências da vida prática, às vezes, na verdade, com defasagens de excessiva antecipação ou, mais frequentemente, de excessivo atraso em relação ao evolver daquelas exigências.

Se de um lado o processo judicial é visto como instrumento de efetivação de direitos fundamentais, por outro, caso não seja procedimentalizado conforme impõe o devido processo

---

<sup>1</sup> CAPPELLETTI, 1984, p. 98.

neste campo de atuação, pode gerar efeitos aptos a reduzirem a eficiência do sistema de saúde e ainda contribuir para o recrudescimento das possibilidades de uma Justiça mais célere, em vista da avalanche de processos que diuturnamente chegam às barras do Judiciário.

O dilema evidenciado quando se antagonizam o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição *versus* o direito ao acesso de forma universal e assistência integral no campo da Saúde Pública, permite investigar como a estrutura e legislação do SUS podem conformar a atividade jurisdicional concretizadora de direitos fundamentais. Destacamos neste sentido, a ADC/STF no. 04, de relatoria do Min. Menezes Direito que declarou a constitucionalidade de dispositivos da Lei Federal 9494/97, que impõe como condição de validade da tutela prolatada contra a Fazenda Pública, a prévia aferição dos aspectos financeiros, orçamentários e operacionais (procedimentais e tecnológicos) do ente público. A questão adquire contornos ainda mais carentes de elucidação quando uma mudança iminente pretende alterar a técnica de obtenção de tutelas de urgência, em âmbito recursal, no sistema jurídico como um todo, com reflexos na perspectiva do SUS.

Desta forma, investigar como a legislação brasileira regula e regulará através do novo Código de Processo Civil, o exercício do direito ao processo e ao recurso (regime do Agravo), parece lançar luzes sobre a questão que antagoniza um *modus operandi* contramajoritário (judicialização do SUS) e de manutenção do *establishment* (restrição do direito ao recurso em benefício dos poderes político e econômico).

Para tanto, o presente artigo avaliará sob o ponto de vista teórico, eventuais impactos do novo regime do recurso de Agravo previsto no Art. 969 do Código de Processo Civil, que ora tramita no Congresso Nacional, bem como a nova sistemática que procura dar coerência e integridade sistemática<sup>2</sup>, em vista das disposições dos artigos 10<sup>3</sup>, 499<sup>4</sup>, 521 e 882.

---

<sup>2</sup> Aqui não aludimos a sistema como pensamento sistêmico (Niklas Luhmann. Introdução á teoria dos sistemas. Rio de Janeiro: Vozes, 2009) e sim como conjunto de princípios e regras que decorrem de um respectivo ramo da Ciência do Direito, como na perspectiva de Canaris (Claus-Wilhelm Canaris. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008), v.g., unidade, ordenamento, adequação, na inauguração de um novo conjunto de valores partilhados pela comunidade e dotados de cogência-positividade.

<sup>3</sup> Art. 10. Em qualquer grau de jurisdição, o órgão jurisdicional não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício.

<sup>4</sup> Art. 499. São elementos essenciais da sentença:

I – o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

Parágrafo 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

Antes de avaliar o objeto acima indicado, procederemos a uma breve incursão acerca das reformas havidas na legislação processual brasileira para identificarmos sob o plano dogmático, a configuração atual da legislação. Compreender as reformas que ocorreram em relação à sistemática do regime de Agravo, parece contribuir para uma análise mais ampliada no sentido de detectar as vicissitudes da legislação atual e suas tentativas de superação no novo regramento.

Feita esta abordagem, o artigo buscará, através de uma leitura interdisciplinar, avaliar como a legislação do SUS pode obstar a plena concretização do direito à saúde previsto no Art. 185 da CF/88, impedindo ou restringido o acesso democrático à Justiça. Ao fim, o texto integrará as duas perspectivas a fim de identificar possíveis reflexos na forma de acesso ao SUS pela via jurisdicional, avaliando se as mudanças propostas no Código projetado contribuem tanto para melhorar a efetividade do sistema, bem como para melhorar a percepção dos usuários acerca de um sistema que a um tempo representa a esperança de sobrevivência ou a sentença de morte. Daí a necessidade, em vista do bem jurídico a que este sistema visa proteger, de sustentar-se a processualização do poder. Neste campo, processualizá-lo significa não apenas impor controle de caráter republicano, mas considerar em seu espectro, elementos que podem otimizar a operação do sistema, como planejamento e uma orientação voltada mais para políticas públicas de caráter preventivo do que corretivo.

Destacamos neste sentido, a contribuição de Fazzalari, citado por Freitas et *alii*<sup>5</sup>:

O processo, na observação de Aroldo Plínio Gonçalves ao comentar a concepção de Elio Fazzalari, começa a se definir pela participação dos interessados no provimento na fase que o prepara, ou seja, no procedimento. Mas essa definição se concluirá pela apresentação da específica estrutura legal que inclui essa participação, da qual se extrairá o predicado que identifica o processo, que é o ponto de sua distinção: a participação dos interessados em contraditório. Pode-se afirmar, desde logo, que há processo sempre que o procedimento realizar-se em contraditório entre os interessados, e a essência deste está na simétrica paridade da participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados

---

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Parágrafo 2º No caso de colisão entre normas, o órgão jurisdicional deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

Parágrafo 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

<sup>5</sup> LEAL, 2007.

porque, como seus destinatários, sofrerão os efeitos em suas universalidades de direitos.

Pretendo neste artigo trabalhar com uma revisão bibliográfica que contemple a análise da dogmática atual e porvir; os movimentos de interpretação e aplicação - se assim posso chamá-los - (litigância de interesse público; *living constitution*; jurisprudencialização)<sup>6</sup>, bem como a problematização do meu tema sob o aspecto metodológico e do conteúdo, de ordem a refletir a partir da dogmática tendo como pano de fundo a ideia de processualização do poder. Ainda que Fazzalari não tenha considerado em sua teoria dos módulos processuais a centralidade dos direitos fundamentais como saúde e educação, sua abordagem com relação à importância da participação e do direito de exercer influência no âmbito decisório através do contraditório, será considerada para os fins deste artigo.

## 2. Judicialização do SUS: Ação Contramajoritária ou de manutenção do Establishment?

Precisamos tematizar a crise institucional brasileira sob pena de continuarmos a tratar das consequências (e não das causas) dos déficits de funcionalidade sistêmica sem possibilidade de levar a sério os direitos fundamentais e uma política de democratização destes direitos. Neste cenário, algumas soluções parecem contribuir mais para recrudescer do que desvelar as possibilidades de melhora sistêmica. A padronização decisória - Tribunais julgam teses e não casos (v.g., PEC 209/12 STJ) - ; o decisionismo; o consequencialismo decisório e a ideia de justiça sumulada do direito anglo-saxônico, caso não contextualizadas no contexto do país, longe de trazer agilidade, e economia processuais, minorarão os efeitos da processualização do poder como mecanismo de controle. A seguir, nos valeremos de uma breve incursão retrospectiva a fim de indicar os antecedentes históricos a que assistiu o movimento da Litigância de Interesse Público, antes de sua consolidação no plano jurídico mundial. Posteriormente, verteremos a análise para a atualidade brasileira, com especial atenção ao controle de políticas públicas no âmbito do Sistema Único de Saúde.

---

<sup>6</sup> Movimento de aproximação entre o *civil law* e o *common law* através de alterações legislativas 11728/06 (súmula vinculante, súmula impeditiva de recursos; Art. 543-C; PEC 209/12, através da adoção no âmbito da dogmática, de técnicas de julgamento através da aplicação de jurisprudência consolidada.

## 2.1 Abordagem histórica do Processo Civil: Liberalismo processual, modelo de socialização processual, neoliberalismo processual, Litigância de Interesse Público, Living constitution e tendência de jurisprudencialização.

Neste tópico, faremos uma abordagem retrospectiva das correntes do pensamento processual, destacando o Liberalismo processual (caracterizado pela ideia do solipsismo); o modelo de Socialização processual (com destaque para o instrumentalismo); os movimentos de Litigância de Interesse Público; o *Living Constitution*; e por fim a tendência de jurisprudencialização pela qual passa o direito brasileiro, com reflexos diretos no novo Código de Processo Civil. Segundo informa Dierle Nunes ao tratar do Liberalismo processual:<sup>7</sup>

Como informado em outra oportunidade, “em face da própria estruturação estatal liberal, o processo se dimensionava em perspectiva privatística como mero instrumento de resolução de conflitos e era visualizado como instrumento privado, delineado em benefício das partes (*Sache der Parteien*). Quer dizer, a estrutura interna do processo e seus princípios técnicos refletiam concretamente esse ideário.

São características deste momento: igualdade das partes, igualdade formal e princípio do dispositivo. Mostrou-se perigosa, contudo, a perspectiva do liberalismo processual, caracterizada principalmente pelo protagonismo das partes. Referido modelo reduziu o papel do julgador à condição de mero espectador do diálogo processual, que se transforma, em última análise, em instrumento particular de solução de conflitos. Segundo o referido autor:

Com base nesse prisma de análise, delineavam-se, em regra, legislações e sistemas processuais lastreados em princípios técnicos, agora liberais (liberalismo processual), quais sejam: a igualdade formal dos cidadãos, a escritura (mantida da fase pré-liberal) e, especialmente, o princípio dispositivo. Todos esses princípios técnicos buscavam a manutenção da imparcialidade e de um comportamento passivo por parte do juiz.

No que tange o modelo de socialização processual, temos que são características deste modelo: busca do bem estar social, controle da atividade judicial, enfraquecimento do papel das partes. Ocorre que, com roupagem socializadora e em nome de suposta efetividade, maquiou-se certo desenvolvimento do neoliberalismo processual, que gerou, conseqüentemente, apatia e atecnia dos advogados e das partes, que não mais se mostravam engajados com o desenvolvimento processual,

---

<sup>7</sup> NUNES *et al*, 2013, p. 13.

deixando de assumir suas respectivas responsabilidades processuais. Conforme Dierle Nunes<sup>8</sup>, ao comentar sobre o modelo social de processo:

O desafio ao acesso à justiça, nesta fase, estava em dar efetividade aos direitos reconhecidos e recém institucionalizados. Para tanto, foi preciso pensar em instituições mais comprometidas com as contingências sócio-políticas e menos apegadas ao formalismo conservador do período liberal.[...] Os poderes judiciais não só aumentaram como também se instrumentalizaram para o atendimento dos compromissos estatais (entre eles, o de garantir o acesso à justiça).

Nessa esteira, e também corolariamente, o magistrado, à feição da antiga *capitis diminutio*, passou a infantilizar os cidadãos que, carentes de uma prestação jurisdicional, enxergam superioridade/grandeza no julgador, o que diminui ainda mais, num ciclo vicioso, as responsabilidades técnico-jurídicas daqueles e de seus patronos.

Sob este prisma, já considerando a realidade imposta pela lógica neoliberal, temos que a mesma, quando aplicada ao campo do processo, deturpa a própria função do Estado-Juiz com o discurso falacioso de se garantir, assim, maior acesso à justiça, reduzindo, na realidade, a dialética e o espaço discursivo em prol de suposto proferimento de decisões em larga escala. Este ambiente é propício para reformas processuais, assim como para o aumento de complexidade procedimental, na contramão dos próprios ideais reformadores, e o pior, impedindo a aplicação social e constitucionalmente adequada do direito.<sup>9</sup>

Nesse sentido, para Almeida<sup>10</sup>:

Esse entendimento de efetividade é produzido dentro de uma ação estratégica, pois coloca os destinatários da tutela jurisdicional (decisão) como meros espectadores da ordem jurídico-política. Nesse discurso, a linguagem é rebuscada e eloquente para induzir o participante-observador que desformalizando o processo se atinge justiça social. Mas o que ocorre é que o objeto de proposição de um dos sujeitos do processo termina por não chegar aos outros participantes com a mesma representatividade objetiva (significação), ficando o direito assim reduzido à técnica de organização social para o progresso econômico, técnico ou político.

---

<sup>8</sup> *Op. cit.* p. 30.

<sup>9</sup> TINOCO, 2013.

<sup>10</sup> ALMEIDA, 2005, p. 100.

Este ambiente é propício para reformas processuais, assim como para o aumento de complexidade procedimental, na contramão dos próprios ideais reformadores, e o pior, impedindo a aplicação social e constitucionalmente adequada do direito. Na experiência pátria, referido modelo neoliberal de processo ganhou força, notadamente, pela carência de três elementos, quais sejam: *a)* vontade política; *b)* infraestrutura e *c)* preparação profissional.<sup>11</sup> É sabido que, conforme já asseveravam – com acerto – Cappelletti e Garth, “nenhum dos nossos sistemas jurídicos modernos é imune à crítica.”<sup>12</sup>

Com relação à Litigância de Interesse Público, observamos neste contexto, a partir do movimento – se assim podemos chamá-lo – (Chayes, 1976) que o Poder Judiciário assume um novo papel, para além da atuação clássica de viabilizar o direito ao processo e ao recurso no âmbito do duplo grau de jurisdição. Segundo Ramires<sup>13</sup>:

Desde cedo, alguns juristas chamaram a atenção para o papel dessas disposições nas novas ordens constitucionais de seus países, verificando que a obrigatoriedade de fundamentar é “um princípio instrumental à plena atuação de outros princípios constitucionais”. Michele Taruffo destacava a possibilidade de controle democrático sobre a maneira como se administra a justiça: não apenas um controle processual, típico do sistema de impugnações, mas um controle generalizado e difuso por parte do povo em nome do qual a decisão é pronunciada.

Neste novo cenário, o Judiciário desenvolve um papel contramajoritário, seja para impor limites à atuação Estatal (*Brown vs. Education*, 1954) seja para em outro momento assumir papel provedor no âmbito da concretização de direitos fundamentais. Dworkin<sup>14</sup> ao tratar sobre o tema, assevera que:

Durante algum tempo, os juízes federais promulgaram e supervisionaram decretos que os levaram a interferir na jurisdição normal de diretores de escola que os levaram a interferir na jurisdição normal de diretores de escola e de outras autoridades locais. Exigiram mudanças radicais na organização escolar e traçaram planos detalhados para tais mudanças; criaram programas para transportar crianças negras para escolas localizadas em bairros brancos e vice-versa. Nunca, na história norte-americana, suas decisões pareceram tão diferentes do trabalho normal dos juízes ou atraíram tanta hostilidade do público e da imprensa.

---

<sup>11</sup> Op. cit. p. 45.

<sup>12</sup> CAPPELLETTI; GARTH, Tradução e Revisão: Ellen Grace Northfleet, 1988.

<sup>13</sup> RAMIRES, 2010. p. 40.

<sup>14</sup> DWORKIN, 2007. ps. 466, 467.

Tivemos oportunidade de tratar a respeito do *living constitution* em outra oportunidade<sup>15</sup>:

Logo, esse momento caracteriza-se pelo abandono do conceito de imutabilidade da Constituição, cedendo lugar ao conceito de *living constitution*. Podemos considerar que esse modelo de interpretação possui acentuado caráter material, justificando uma leitura aberta do texto normativo. Dworkin, ao comentar sobre as origens do *judicial review*, indica o importante papel desempenhado pelo Justice Marshall, que a partir do legado do *stare decisis* no sentido de precedentes que atribuíam aos direitos individuais uma posição nuclear no direito inglês, procurou enveredar na direção de justificar a necessidade de proteção destes direitos, à luz de uma leitura que os alçou à condição de direitos fundamentais. Nesse particular, esses direitos nucleares apresentaram-se como limites ao exercício do poder político do governo, naquilo em que a Suprema Corte inovou acerca do conteúdo material do controle.

Esta passagem ilustra como o *living constitution* contribui para o surgimento da figura da litigância de interesse público. Esta nova configuração da jurisdição e dos recursos constitucionais indicou que estes elementos, em vista da transformação mundial sobretudo no pós-guerra. Abandonariam suas feições originárias. A respeito da jurisdição, para além de suas teorias que se lhe atribuíram o papel clássico de substituição das partes através da vontade concreta da lei (Chiovenda)<sup>16</sup> ou ainda de elemento viabilizador da justa composição da lide (Carnelutti)<sup>17</sup>, neste novo cenário a jurisdição é descentrada em virtude da assunção de um papel nuclear dos direitos fundamentais. Para Rosemiro<sup>18</sup>:

Escrevi, portanto, sobre “Garantismo Processual Precognitivista” e não *garantismo-ativismo jurisdicional* da velha e arraigada Escola Positivista (garantista-ativista-realista-pragmatista) que coloca a “jurisdição” no centro do sistema jurídico. Daí, por equívoco, muitos acharem que minha *teoria neoinstitucionalista* teria aderência ao instrumentalismo paulistano de origens ítalo-germânicas. Pode-se inferir claramente que o contraditório no artigo apontado prioriza – o que é forte em minha teoria – o nível instituinte e constituinte do direito com o permanente compromisso de conceber um *direito democrático* longe dos “avatares” da Paidéia grega e do iluminismo, do idealismo alemão, da filosofia analítica da tradição sintático-semântica, do movimento do *frei recht* alemão, logo do “instrumentalismo processual” que invadiu o *civil* e o *common law* do direito europeu e norte-americano.

<sup>15</sup> RODRIGUES, 2014, p.11.

<sup>16</sup> MARINONI, 1998.

<sup>17</sup> MARINONI

<sup>18</sup> LEAL, 2013.

Aqui, tanto o liberalismo processual (Dierle) em um primeiro momento, bem como o modelo social de processo, cedem lugar à posição de centralidade dos direitos fundamentais. Neste particular, o julgado *Brown vs. Education* (1954) inova na perspectiva de dar concretude a direitos constitucionais a partir da atualização do enunciado normativo constitucional. Portanto, observamos que a jurisdição assume um papel contramajoritário, pelo menos no nascedouro deste movimento. Para Baracho<sup>19</sup>

As transformações do Direito Constitucional originário da Constituição dos Estados Unidos decorrem de três fatores: a) a atrofia do *amending power* [...]; b) o dinamismo dos Estados membros da União, que suprimam o acomodamento da Constituição federal, para amortizar as demandas e os conflitos nacionais; c) o papel importante da Suprema Corte como produtora constante da Constituição material.

## 2.2 O recurso constitucional para além do sistema de impugnações e sua utilização como instrumento de concretização de direitos fundamentais

Com relação aos recursos constitucionais, observamos que, para além de sua característica de elemento de impugnações de decisões, o processo assumiu condição de elemento deflagrador do poder contramajoritário, sobretudo para que os direitos lançados ao centro do sistema pudessem irradiar seus efeitos redefinindo as funções, sentido e alcance da jurisdição e do processo, seja no âmbito da concretização de direitos, seja para a consecução desta tarefa com foco no controle do poder. Sob esta ótica, lembra Barroso<sup>20</sup> que:

A efetividade das normas jurídicas resulta, comumente, do seu cumprimento espontâneo. Sem embargos, descartados os comportamentos individuais isolados, há casos de insubmissão numericamente expressiva, quando não generalizada, aos preceitos normativos, inclusive os de hierarquia constitucional (...). De outras vezes, resultará difícil a concretização de uma norma que contrarie interesses particularmente poderosos, influentes sobre os próprios organismos estatais, os quais, por acumpliciamento ou impotência, relutarão em acionar os mecanismos para impor sua observância compulsória.

Ponto que merece crítica, versa sobre o encobrimento de projetos estratégicos de poder sob o véu do Direito. A título de exemplo, sobre a atuação do *amicus curiae* na Suprema Corte dos E.U.A. no período da Corte de Warren e Burger (1953/1985) observamos que nem sempre a atuação da Corte é contramajoritária<sup>21</sup>, e por vezes, veladamente ela se vale deste tipo de mecanismo de

<sup>19</sup> BARACHO, 2008.

<sup>20</sup> BARROSO, 2001, p. 85, 86.

<sup>21</sup> Friends of the Court: examining the influence of *amicus curiae* participation in U.S Supreme Court litigation. Paul M. Collins Jr. Tradução: Lucas Cadete Zallio e Luís Henrique Vieira Rodrigues na disciplina Direito Processual Civil comparado

intervenção para de forma encobrir e atender a interesses econômicos ou políticos. De tudo isso, o que nos interessa é observar como esta função contramajoritária, no Brasil, dialoga com as questões afetas à inadimplência ou urgência na entrega de direitos fundamentais aptos a assegurarem a vida e sobrevivência de cidadãos em demandas que envolvem o SUS.

### 3. Reformas do Sistema do Recurso de Agravo no CPC vigente

Se por um lado a ideia de mitigação do sistema liebmaniano de preclusões em prol da irrecorribilidade das interlocutórias<sup>22</sup>, pode reforçar a possibilidade de concessões de tutelas recursais sobre o fundamento de lesão irreparável ou de difícil reparação (dano ou prejuízo à saúde), por outro pode se apresentar como movimento circular que pretende cerrar em *numerus clausus* as hipóteses de concessão de tutela recursal (art. 969), renovando - em sentido contrário do que justifica seu caráter instituinte - a ideia de simplificação processual. Indaga-se se esta restrição ao acesso a direitos, pode perpetrar um “fechamento do sistema”, como exemplificado através dos arts. 267 (hipóteses de extinção do processo sem resolução do mérito) e 543 (repercussão geral) do CPC.

Em outra perspectiva, a leitura da sumula vinculante 10/STF em face do art. 97 da CF/88 no âmbito do controle difuso, restringe, em nome da racionalização do sistema de precedentes, as tutelas de urgência concedidas no âmbito das ações e atos normativos estatais considerados inconstitucionais ou restritivos de direitos. Bretas<sup>23</sup>, ao tratar das reformas da legislação processual em perspectiva histórica:

As intermináveis reformas processuais empreendidas no processo civil, ao longo de 32 anos de vigência do Código de Processo, cerca de 43 leis e 350 alterações legislativas, não estão atingindo os objetivos pretendidos, o de imprimir celeridade ao processo e eficiência à atividade jurisdicional do Estado (itens 1 e 2, retro). [...] Muitos dos novos conteúdos normativos modificados e trazidos pelas reformas feitas no Código de Processo Civil – artigos 285-A, 527, V, 527, parágrafo único, 475-A, parágrafo 3º., 475-J e 475-M, parágrafo 2º - conforme demonstrado na exposição, agridem o modelo constitucional do processo, urgindo que os operadores ou práticos do direito adotem técnica interpretativa corretiva das anomalias legislativas detectadas, em forma obediente ao modelo constitucional do processo [...].

---

ministrada pelo prof. Dr. Dierle Nunes no primeiro semestre de 2014 na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, cursada a título de disciplina isolada.

<sup>22</sup> Seria este mecanismo uma tentativa de aproximação dos modelos jurídicos norte-americano, britânico e francês?

<sup>23</sup> DIAS, 2009, p. 493.

#### 4. Visão do Recurso de Agravo no Código Projetado

O discurso processual pode ser um elemento discursivo para simplificação da realidade, assim como pode ocorrer com os precedentes em uma aplicação não contextualizada sob o plano da argumentação. Nem sempre a ideia de simplificação pode redundar em restrição do debate e com isso minorar a concretização de direitos. Exemplo, é considerar importante a permeabilidade de princípios. No processo penal, a adoção de preliminares no processo, em aproximação ao sistema processual civil, potencializou a concretização da presunção de inocência, reserva e devido processo legal, com a possibilidade de absolvição sumária por força das alterações da lei 11690/2008<sup>24</sup>.

Se em uma direção o novo Código de Processo Civil anuncia a centralidade da discursividade e da escrita na fundamentação de decisões e distinção de casos e superação jurisprudencial, na aplicação de precedentes, em outra a PEC 209/12 pretende restringir o acesso ao STJ de recursos em processos de valor inferior a 200 salários mínimos.

A propósito do tema da restrição de acesso ao recurso, a redação do Art. 969 do Código projetado, ao cerrar em *numerus clausus* as hipóteses de cabimento de Agravo para obtenção de tutela de urgência, desvela o fundamento da irrecorribilidade da interlocutória como meio tanto para a celeridade como para impedimento ao direito constitucional ao recurso.

Os art. 10 e 499 assumem papel importante para que a nova técnica do Agravo não empodere os anseios de "fechamento sistêmico" vistos tanto no pensamento liebmaniano (art. 267 CPC) como no projeto (art. 543 CPC) de objetivação do Recurso Extraordinário. Tornando a quadra da PEC 209/12, a questão assume contornos ainda mais delicados quando a proposta pretende alterar o art. 105 da CF/88 impondo a figura da súmula impeditiva de recursos, que aponta o julgamento (ou seu interdito) de teses e não de casos. Então: se o novo CPC pretende eliminar do ambiente decisional do julgador a figura mítica e pré-moderna do livre convencimento motivado, impondo o dever de exercício da aplicação do direito pela autoridade mas também pelo discurso, a PEC 209 prescinde da atenção ao caso concreto (fatos, provas, perícia) para legitimar uma aplicação de precedentes que podem não preservar identidade fática com o caso em jogo, em sentido contrário do que exigir-se-á com a adoção da técnica do *distinguishing* no novo CPC.

Para reflexão a partir da atualidade do regime do Agravo, destacamos trabalho de natureza estatística a respeito das reformas do CPC nos últimos anos<sup>25</sup>, no qual pesquisadores de

---

<sup>24</sup> RANGEL, 2014.

<sup>25</sup> GUSTIN; JAYME; NUNES; DIDIER *et al.*, 2013.

Minas Gerais levantaram e tabularam dados referentes à taxa de conversibilidade do agravo e aumento da possibilidade de êxito no processo com a adoção do recurso<sup>26</sup>.

A pesquisa, além de apontar a possibilidade do aumento de celeridade e efetividade processual através da aproximação com outros ramos do Direito (como Processo do Trabalho) e o direito comparado (direito anglo-saxão)<sup>27</sup>. Outro ponto que merece ser lembrado, é que a simplificação do regime do Agravo pretende minorar os efeitos da litigância de massa na perspectiva das altas taxas de congestionamento percebidas hoje nos Tribunais do país, seja os Estaduais, seja os superiores. Indaga-se se comparado sob o aspecto histórico e de outros ordenamentos, o sistema da irrecorribilidade pode se apresentar como um retrocesso, já que, por exemplo da Itália a possibilidade de recurso se apresentou como ponto positivo para o exercício de direitos. Marinoni<sup>28</sup> lembra que

Na Itália, antes da reforma, não cabia recurso algum contra as decisões que concediam as “cautelas inominadas”, e a doutrina aí enxergava uma grande falha do sistema, que não permitia um eficaz controle das decisões. Hoje, após a Lei n. 353, de 26 de novembro de 1990, que entrou em vigor em janeiro de 1992, há no direito italiano o *reclamo contro i provvedimenti cautelari* (artigo 669-terdecies) e a possibilidade do juiz revogar ou modificar a tutela quando ocorrer *mutamenti nelle circostanze* (artigo 669-decies).

---

<sup>26</sup> “Foram abordados em suma: a) Objeto da pesquisa: avaliação dos impactos e análises de cenário das reformas legislativas ocorridas no sistema processual brasileiro nas décadas de 1990, 2000 e Código Projetado. b) Foram levantados dados referentes a quantidade de agravos de instrumento providos neste período, discriminados individualmente, entre 19/01/01 a 19/01/10; c) Quantidade de agravos de instrumento convertidos em agravo retido, a partir de 1º. De janeiro de 2005, data de início da vigência da Lei 11.187/05, que alterou a redação do art. 527, II do CPC. d) O tempo de tramitação dos agravos de instrumento no Tribunal, no período estabelecido na alínea a; e) quantidade de agravos retidos julgados no mesmo período da alínea a; f) quantidade de agravos retidos não conhecidos; g) quantidade de agravos retidos providos; h) quantidade de mandados de segurança impetrados contra decisões irrecorribis proferidas pelo relator nos recursos de Agravo de Instrumento, a partir da vigência da Lei 11.187/05. [...] O projeto teve como escopo a realização de um estudo de avaliação de impacto legislativo sobre a legislação processual civil concernente ao recurso de agravo, fundamentada nos métodos de avaliação retrospectivos e prospectivos de modo a fornecer informações concretas capazes de permitir uma intervenção estatal fundamentada e racional. [...] Para se concluir que é mais vantajoso manejar o mandado de segurança, basta verificar que, de 37 (trinta e sete) impetrações, decorreram 14 (quatorze) concessões de segurança, êxito em 37,83% dos casos. Em se tratando de agravo regimental o êxito cai para insignificantes 1,49%. Mesmo diante deste quadro, tomando-se como base o mesmo período, de 2006 a 2010, em termos absolutos, foram manejados quase o quádruplo de agravos regimentais em relação aos mandados de segurança, o que revela uma cultura forense pouco afeta à utilização da ação constitucional como medida processual. p. 271.

47 – Problemas que comprometem a celeridade do sistema recursal do Processo Civil brasileiro:

- a) carência de infraestrutura dos órgãos do Poder Judiciário;
- b) qualidade das decisões;
- c) cultura jurídica;
- d) excessivo número de processos e conseqüentemente, de recursos;
- e) legislação processual civil

<sup>27</sup> No caso através da concentração na Apelação das matérias hoje abrangidas pela preclusão, apontando para a adoção do sistema de irrecorribilidade das decisões interlocutórias.

<sup>28</sup> MARINONI, 1998.

Para Cássio Scarpinella Bueno,<sup>29</sup>

As Reformas, é isto que importa acentuar, não se limitam a alterar meras técnicas processuais para obtenção de melhores resultados sensíveis no plano do processo. Elas são mais profundas. Elas tiveram o condão de trazer novos temas, novas estruturas, novos desafios, enfim, ao ambiente daquele Código impondo, conseqüentemente, a busca de novos paradigmas capazes de dar à interpretação das mais recentes normas jurídicas, em convívio com as antigas, um sendo de unidade e operacionalidade. Não que a coerência seja necessária para a existência de um sistema jurídico, mas ela é necessária para o adequado funcionamento desse mesmo sistema. O “modelo constitucional do direito processual civil” tem o condão de mostrar-se norte interpretativo seguro para o atingimento dessa finalidade.

#### 4.1 Visão do Agravo no Código projetado e sua interface com o novo sistema de aplicação de precedentes.

Ponto central da reforma é o sistema de precedentes com a aproximação do sistema previsto no plano do common law, com as técnicas *distinguishing* e *overruling*. Grinover,<sup>30</sup> ao tratar do sistema de precedentes no Brasil, pondera que:

Como observação conclusiva, pode-se dizer que a criação da súmula vinculante teve o condão de transformar a jurisprudência do STF, mesmo fora dos casos de controle da constitucionalidade, de mera modalidade de interpretação, em fonte de direito, assumindo o enunciado do tribunal função de ato legislativo. Mas, diferente do *stare decisis* do sistema de *common law*, a jurisprudência do STF, no caso da súmula vinculante, não obriga o tribunal a observar a decisão anterior, ou seja, o precedente, mas impede novos julgamentos:

Outra realidade pretende ser criada com o advento da nova legislação processual. O novo CPC pretende tornar mais rigoroso e explícito o trabalho de justificação das decisões jurisdicionais. Segundo Marinoni<sup>31</sup>

no parágrafo 5º, lê-se que o precedente dotado do efeito previsto nos incisos II, III e IV do *caput* deste artigo pode não ser seguido, quando o órgão jurisdicional distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, mediante

<sup>29</sup> Direito jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 165.

<sup>30</sup> GRINOVER, 2008. p.4.

<sup>31</sup> MARINONI, 2013.

argumentação racional e justificativa convincente, tratar-se de caso particularizado por situação fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor solução jurídica. Tais normas evidenciam a importância do respeito aos precedentes judiciais para o desenvolvimento do direito jurisprudencial e para a segurança jurídica, a igualdade e coerência do direito. [...] Aborda-se a questão do *distinguishing*, ou seja, da possibilidade de demonstração de que determinado precedente não se aplica ao caso sob julgamento, cujas particularidades o tornam distinto daquele que deu origem ao precedente. Além disso, toca-se em ponto de alta importância para a operação com precedentes, o dos efeitos temporais do chamado *overruling*.

Para Ramires<sup>32</sup>:

A “exigência hermenêutica”, segundo Gadamer, é justamente a de “compreender o que diz o texto a partir da situação concreta na qual foi produzido”. Assim, ainda que tenha sido permeável à subjetividade dos métodos, a tradição da *common law* nunca cedeu à tentação de esquecer os fatos ou de escondê-los sob as conceituações jurídicas contidas nas decisões judiciais ou nas *opinions of the court*. Ao contrário, para o juiz daquele sistema decidir invocando um precedente, é imprescindível que antes tome conhecimento dos fatos do caso presente e do caso que deu origem ao julgado pretérito, e só após compará-los, identificá-los e distingui-los poderá aplicar a regra.

## 5. Novo Regime das Tutelas de Urgência em face do Sistema Único de Saúde: os precedentes e sua interação com a tendência de jurisprudencialização do Sistema Processual por vir

A litigância de interesse público no Brasil não deve ser estudada sem que se considere talvez aquele que hoje é ponto mais sensível no âmbito das políticas públicas, quais sejam as do SUS. À medida que o sistema público de saúde possui procedimentalização específica através de princípios, sub-princípios e legislação própria, importante investigar as interações deste sistema com o novo sistema recursal previsto no CPC, com ênfase no novo regime do Agravo.

Como sustentamos no artigo, esta investigação pretende detectar em que medida o nCPC pode melhorar a efetividade do sistema recursal, com reflexo nas tutelas de urgência concedidas no âmbito da Saúde Pública.

Paulo Antônio de Carvalho Fortes<sup>33</sup>, em artigo que análise o cenário do SUS na perspectiva da teoria de John Rawls, questiona:

---

<sup>32</sup> *Op. cit.* P. 71.

Nas condições de saúde atuais da maioria das populações dos países em desenvolvimento, o que seria um nível mínimo aceitável, ou eticamente “decente”, de ações em saúde? Procedimentos cirúrgicos seriam cobertos? Tratamentos para doença renal crônica (diálise peritoneal ou hemodiálise), HIV/AIDS (drogas anti-retrovirais) ou câncer (quimioterapia ou radioterapia) seriam incluídos numa cesta básica? Quem e por quais mecanismos se deveria decidir sobre as bases para estabelecer o que é um “mínimo básico decente de saúde” para todas as pessoas?

Neste aspecto, se por um lado a estrutura formal e operacional do SUS (legislação e estrutura físico-financeira) é um limitador do seu alcance, sinalizando impossibilidade de concessão de muitos pleitos caso não se recorra ao Judiciário, por outro, este movimento de busca pelo acesso e concretização ao menos coloca na pauta a agenda de minorias como no caso dos pacientes de HIV. Ainda segundo o autor: “A universalização não é contrária ao estabelecimento de critérios de seletividade ou focalização, desde quando a seletividade ou focalização estejam subordinadas a uma política geral de universalização”.

O problema ganha contornos mais sensíveis quando à análise da eficiência da Administração Pública (SUS), é adicionada a análise da efetividade da Justiça brasileira (simplificação do sistema recursal do regime de Agravo). Isto porque hoje é recorrente o sentimento de existir uma crise geral que paira sobre os poderes e instituições brasileiras, sobretudo em sua capacidade de responder aos anseios da população por celeridade, eficiência e efetividade. Com relação ao Poder Judiciário, o aumento exponencial da demanda implica em lentidão nos julgamentos, o que leva-nos a indagar se de fato não se encontra este poder também crise.

Para superar o momento atual de desagrado da sociedade com as instituições do país, incluído nesta análise o Poder Judiciário, alguns mecanismos no âmbito do sistema jurídico têm sido adotados como resposta aos clamores sociais. Desde *Brown*, observamos que à Justiça foi atribuído um novo papel. Para além do julgamento de ações individuais ou de massa, a jurisdição hoje também se ocupa de assegurar tutelas de ordem coletiva, como as ações que envolvem direitos fundamentais. No Brasil, este fenômeno, ao mesmo tempo em que amplia formalmente o acesso a justiça, sob o aspecto da efetividade do processo, limita o seu acesso, pelo menos como se depreende de anseios pela jurisprudencialização do direito, com a aproximação entre o *common law* e o *civil law*, sem que se atente para as peculiaridades do sistema brasileiro e para a necessária contextualização discursivo-argumentativa no manejo das decisões postas.

---

<sup>33</sup> FORTES, 2003, p. 39/46.

Atualmente, pairam dúvidas sobre a redução de tais técnicas de julgamento ao julgamento de teses e não de casos, em contramão do que propõe o Código projetado quanto ao fortalecimento da dogmática com um maior cuidado para a teoria do direito e do discurso.

Entre as várias inovações da nova lei processual civil, destacamos: o fortalecimento dos debates na fase postulatória; a tendência à irrecorribilidade das decisórias interlocutórias; a adstrição às provas dos autos, inclusive no aspecto da valoração e justificação da aplicação em detrimento do princípio do livre convencimento motivado; e a necessidade de justificação discursiva da não adoção de um precedente, seja por distinção fático-jurídica (*distinguishing*) ou necessidade de sua superação (*overruling*). Assim, sustentamos que a adoção destas técnicas, com base no Direito Processual Civil comparado, revelar-se-á em ganho para o sistema recursal e para o usuário do sistema de saúde, que poderá acionar o Judiciário com maior segurança jurídica. Logo, à medida que o ambiente decisional arrimar-se-á também em precedentes com maior estabilidade no que tange sua aplicação, a possibilidade de aplicação não fundamentada e fora do contexto ficará evidenciada, o que permitirá o novo exercício do direito à tutela. Segundo Teresa Arruda Alvim Wambier<sup>34</sup>

Os ambientes de decisão – situações de direito material que serão objeto de decisões jurisdicionais – é que determinam o sentido das respostas. A decisão do juiz deve, como regra, respeitar as características do ramo do direito material que disciplina o caso posto sob sua apreciação. Se se tratar, por exemplo, de um caso a ser resolvido por normas de direito tributário, princípios de direito tributário hão de ser respeitados: o da estrita legalidade tributária, o da anterioridade, o da capacidade contributiva e tantos outros. Portanto, nestes ambientes decisórios rígidos o sistema de precedentes vinculantes produz bons resultados. Inovações neste ramo do direito não devem fazer-se pela via da “criatividade” judicial. A evolução do direito deve ter lugar por obra da lei. A possibilidade de que a alteração da jurisprudência tenha efeitos “moduláveis” suaviza o rigor desta regra de divisão de funções.

Assim, as decisões no âmbito das tutelas de urgência concedidas um face do SUS, serão importante referência – e não ponto de partida, como sucede atualmente em grande quantidade de situações de aplicação de precedentes no Brasil. Para Dierle Nunes<sup>35</sup>

A questão da judicialização da saúde no Brasil, por exemplo, induz a um dilema: de um lado, temos milhares de cidadãos que precisam de medicamento e tratamento não ofertado por políticas públicas idôneas, e de outro lado, temos decisões que desequilibram o orçamento público da saúde. Seria preciso induzir o cumprimento de um verdadeiro

---

<sup>34</sup> Precedentes e evolução do direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 17.

<sup>35</sup> *Op. cit.*, p. 252.

financiamento da saúde para tornar desnecessária a propositura das demandas; mas até lá como resolver o problema?

Sob este ponto de vista, as decisões contramajoritárias podem funcionar para além de garantia jurídica, apontando para a inclusão na pauta a agenda de uma minoria. Contudo, indaga-se se em sentido contrário, o interesse de grandes laboratórios e multinacionais, não pode também ser considerado nestas decisões, sob a pretensa alegação de controle do poder, como vimos no texto a que alude a atuação da Suprema Corte Norte americana no âmbito do *amicus curiae*.

Para Tereza Arruda,<sup>36</sup>

A essência dos problemas mencionados é saber se o Judiciário se pode imiscuir a este ponto na atividade do executivo, correndo o risco de resolver um problemas e criar outros: salva a vida daquele que pleiteou em juízo ser o primeiro da fila e causa a morte do primeiro que foi preterido; custeia o remédio não oferecido e, para isso, usa verba dos remédios comuns para a gripe, que beneficiam toda a população.

Sem dúvida, a questão é tormentosa, e considerando os propósitos deste trabalho, a título de conclusão, apresentaremos mais indagações do que respostas, já que a questão central aqui colocada encerra uma ambivalência cuja abordagem simplista pode levar à regressão ao infinito, ou mesmo à tautologia.

## 6. Conclusões

Sempre que os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados são inobservados ou têm sua fruição obstada, faz-se necessária a utilização de ferramentas processuais adequadas à implementação de tais direitos. Daí falar-se nas tutelas de urgência como técnicas jurídico-processuais que objetivam a efetivação de direitos, e que por isso mesmo têm maior relevo no campo dos direitos fundamentais e das garantias individuais.

Lado outro, enquanto houver, como na experiência pátria, contumaz desrespeito e inobservância aos direitos fundamentais e garantias individuais, inclusive pelos entes da Administração Pública Direta e Indireta, o processo será visto, em última análise, como única forma de obtenção de acesso a referidos direitos fundamentais.

---

<sup>36</sup> WAMBIER, 2012.

Tal fenômeno experienciado no Brasil, que tem como consequência imediata a judicialização massiva de feitos em desfavor do próprio Estado e cujo caractere preponderante é a beligerância em níveis assoberbantes, abarrotada, pois, Judiciário de demandas em impressionante escala, com óbvio – e considerável – prejuízo à boa aplicação das regras do devido processo constitucional e democrático, e com atropelo, outrossim, dos caracteres dialéticos e dialógicos do processo, fundamentais no paradigma do Estado de Direito Democrático.

O objeto do presente artigo tratou de analisar a interação de dois sistemas estatais de cuja eficiência questiona e reclama a sociedade. O Sistema Único de Saúde e o Poder Judiciário, que desenvolvem papéis centrais na concretização de direitos no Brasil. O presente estudo conjugou a análise destes dois sistemas no que toca o déficit de operação do acesso e assistência no âmbito do SUS através do Poder Judiciário.

Em muitas das vezes é apenas em âmbito recursal que o acesso ao SUS é viabilizado, o que justificou a opção por analisar sob o aspecto teórico-dogmático a proposta de simplificação do sistema do recurso do Agravo no Código de Processo Civil projetado. Considerando que uma nova sistemática será implementada com a aprovação do Projeto de Lei 8.046, de 2010<sup>37</sup>, ora em tramitação no Congresso Nacional, necessária se torna a investigação de seus reflexos nas possibilidades de melhoria do SUS. O artigo procurou demonstrar as mudanças históricas pelas quais passou a percepção e concepção do processo e da jurisdição, de modo que o sistema jurídico deixou de se ocupar exclusivamente da impugnação de decisões (administrativas e/ou judiciais) para assegurar a correção de ações estatais omissivas ou inadimplentes na entrega de direitos fundamentais de cunho provisional. O Diploma Processual Civil projetado inovará ao aproximar os sistemas do *civil law* e do *common law*, sobretudo com a positivação dogmática das técnicas de *distinguishing* e *overruling*.

Contudo, para que tais técnicas se traduzam em melhoria do sistema recursal, no âmbito da efetividade de direitos e qualidade das decisões – conformidade ao direito e caso concreto – necessária será sua articulação com outros elementos, dentre os quais destacamos: *a)* o empoderamento das partes nos debates na cognição e postulação; e *b)* o abandono do livre convencimento motivado e a normatização em novos moldes no plano infraconstitucional do Art. 93, IX da CF/88. Some-se a isso a necessidade de um olhar para o processo atento à participação e ao policentrismo, não sob a perspectiva formal fazzalariana, mas na perspectivas de direitos fundamentais, no caso, o direito à saúde. Importante considerar que a concretização no campo do direito sanitário não pode descurar da procedimentalização imposta pela legislação do SUS, sob pena de ofensa ao devido processo legal. Fica então a questão: como garantir a concretização da letra do Art. 185 da CF/88 em sua acepção ampla – acesso e assistência integral – sem que se atropela o novo regime de simplificação processual do regime do Agravo?

---

<sup>37</sup> Projeto de Lei n.º 8.046, de 2010, que institui o novo Código de Processo Civil.

Historicamente, ainda que observemos um novo papel do Judiciário – de caráter contramajoritário na concretização de direitos fundamentais em face da inadimplência estatal –, como em regra observamos nos momentos e fases da História do processo citados de modo sucinto no presente trabalho, temos que este papel ora se degenera, e encobre o poder. Assim, o trabalho diário dos usuários, intérpretes e operadores jurídicos que militam no sistema, é lançar luzes e inovar de modo institucional no âmbito de procedimentos populares democráticos. Esta atuação pode minorar o perigo sempre real de o novo sistema servir mais ao poder e ao capital do que ao cidadão – destinatário dos direitos e garantias *in questio*.

Por isso, as técnicas de processualização do poder, aliadas aos mecanismos de participação, tornam-se importantes elementos para a ampliação do texto legal, seja em âmbito administrativo, seja em âmbito jurisdicional.

Se o Constituinte ousou em 1988 ao instituir um sistema de saúde universal que hoje cobre mais de 150 (cento e cinquenta) milhões de vidas, é hora de explicitar com rigor através da nova jurisprudência (*distinguishing/overruling*) os critérios para o acesso a este direito, para que o processo judicial tenha efetividade imediata, e não funcione apenas como ocorre em alguns casos – de elevado valor social, registre-se – como um elemento instituidor de teses e pautas para uma agenda intergeracional.

É chegada a hora, portanto, com a iminente simplificação do sistema recursal do regime do agravo, aliado ao advento de novas técnicas de aplicação de precedentes, de a processualística pátria se debruçar sobre esta realidade, já que o Legislador em breve terá cumprido seu papel de entregar aos intérpretes e operadores, rico ferramental para assegurar as tutelas a que têm direito os usuários do sistema de saúde.

## 6. Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Andréia Alves de. Processualidade jurídica e legitimidade normativa. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CALAMANDREI, Piero. Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares. Tradução: Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000.

CANARIS, Claus-Wilhem. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris Editor, 1984.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução e Revisão: Ellen Grace Northfleet. Porto Alegre, 1988.

COLLINS JR., Paul M. Friends of the Court: examining the influence of amicus curiae participation in U.S Supreme Court litigation. Tradução: Lucas Cadete Zallio e Luís Henrique Vieira Rodrigues na disciplina Direito Processual Civil comparado ministrada pelo prof. Dr. Dierle Nunes no primeiro semestre de 2014 na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, cursada a título de disciplina isolada.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho et al. Processo Civil reformado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

DWOKIN, Ronald, O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FORTES, Antônio de Carvalho. Bioética e saúde pública. São Paulo: Edições Loyola, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Processo Civil – novas tendências, Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GUSTIN, Miracy; JAYME, Fernando; NUNES, Dierle; DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. Avaliação do impacto das modificações no regime do recurso de agravo e a proposta de simplificação do sistema recursal do CPC. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.

LEAL, Rosemiro Pereira (coord). O ciclo teórico da coisa julgada: de Chiovenda a Fazzalari. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

LEAL, Rosemiro Pereira. A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil. Tradução e notas: Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

LIMA, Juliano Vitor. As tutelas de urgência no estado democrático de direito. Belo Horizonte: 2008.

LUHMANN, Niklas. Introdução á teoria dos sistemas. Rio de Janeiro: Vozes, 2009

MARINONI, Luiz Guilherme. A antecipação da tutela. São Paulo: Malheiros, 1998.

NUNES, Dierle et al. Acesso à justiça democrático. Brasília: Gazeta jurídica, 2013.

NUNES, Dierle. Processo jurisdicional democrático – uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012.

RAMIRES, Maurício. Crítica à aplicação de precedentes. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RANGEL, Paulo. Direito processual penal. São Paulo: Atlas, 2014.

RODRIGUES, Luís Henrique Vieira. Controle de contas da administração pública brasileira segundo a jurisprudência do STF. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SCLIAR, Moacyr. Território da emoção. crônicas de medicina e saúde. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

TINOCO; Ana Beatriz Passos. Do neoliberalismo processual, das reformas processuais sob emblema de “acesso à justiça” e da atuação do amicus curiae no processo objetivo: um balanço crítico. Rio de Janeiro: 2013.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Direito jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 165.



## PARECER: PLANTAS GENÉRICAS DE VALORES DO IPTU E LOTES POSTERIORES A SUA APROVAÇÃO POR LEI.<sup>1</sup>

**Carlos Renato Cunha**

*Procurador do Município de Londrina, ocupante das funções de Procurador-Geral Adjunto de Gestão do Contencioso e de Gerente de Assuntos Fiscais e Tributários – GAFT. Mestre em Direito do Estado – Direito Tributário – pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina - UEL. Professor da Graduação e Pós Graduação em Direito. Advogado.*

**EMENTA:** DIREITO TRIBUTÁRIO. IPTU. BASE DE CÁLCULO. PLANTA GENÉRICA DE VALORES. LOTES POSTERIORES À LEI MUNICIPAL N. 8.672/2001. APLICAÇÃO DO ART. 176, § 5º, DO CTM. RESPOSTAS A QUESITOS.

### 1. RELATÓRIO

O Ilmo. Sr. Secretário Municipal de Fazenda consulta este serviço jurídico sobre a situação de loteamentos aprovados e registrados após a vigência da Lei Municipal n. 8.672, de 22 de dezembro de 2001, que aprovou a Planta Genérica de Valores para o Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU londrinense, mediante a elaboração de seis quesitos.

Até aqui temos o relatório. Doravante passamos ao parecer.

### 2. ANÁLISE

#### 2.1 DAS PLANTAS GENÉRICAS DE VALORES DO IPTU

Como é cediço, a base de cálculo do Imposto Predial e Territorial Urbano - IPTU necessariamente precisa ser o “valor do imóvel”, única expressão econômica que possui ligação com o fato presuntivo de riqueza “ser proprietário de imóvel na zona urbana municipal”, elegida pelo legislador como hipótese tributária, e que o expressa em termos pecuniários. No particular andou bem o legislador complementar nacional, ao estabelecer, no artigo 33, do Código Tributário Nacional – CTN, o seguinte:

*Art. 33. A base do cálculo do imposto é o valor venal do imóvel.*

---

<sup>1</sup> A presente publicação é parte do Parecer Jurídico n. 744/2014-PGM, exarado em 6/05/2014.

*Parágrafo único. Na determinação da base de cálculo, não se considera o valor dos bens móveis mantidos, em caráter permanente ou temporário, no imóvel, para efeito de sua utilização, exploração, aformoseamento ou comodidade.*<sup>2</sup>

Trata-se de previsão seguida pelo legislador local, que, no artigo 173, da Lei Municipal n. 7.303/97, o Código Tributário Municipal – CTM, repete a redação do CTN, *ipsis litteris*.

E o que vem a ser o valor venal do imóvel? Como nos ensina AIRES BARRETO, é o “valor de mercado”, o “valor de venda dos imóveis”.<sup>3</sup> Mais detalhadamente, é “um valor provável que se obterá, em transação à vista, em mercado estável e estando o comprador e vendedor bem informados sobre a sua utilidade.”<sup>4</sup> Nesse mesmo sentido, KIYOSHI HARADA.<sup>5</sup> Não discrepam os citados autores, portanto, da clássica definição de ALIOMAR BALEEIRO, de que o valor venal “é aquele que o imóvel alcançará para compra-e-venda à vista, segundo as condições usuais do mercado de imóveis”.<sup>6</sup>

Fixada a base de cálculo do IPTU em lei municipal e partindo-se do pressuposto que referido diploma legal tenha adotado a previsão do CTN, atendido está o primado da Legalidade Tributária: a previsão de que o valor venal do imóvel deve ser a base de cálculo do referido imposto atende à determinação constitucional de que os critérios da Regra-Matriz de Incidência Tributária sejam veiculados pelo instrumento “lei”.

Para a continuidade do processo de positivação, para que incida a norma tributária, contudo, faz-se necessária a aplicação da norma geral e abstrata, mediante a expedição de norma individual e concreta, que, declarando a ocorrência do evento tributário, constitua o crédito da Fazenda Pública, inclusive com o cálculo do valor devido pelo sujeito passivo, o que perpassa pela apuração da base de cálculo no caso concreto (a base calculada).<sup>7</sup> Essa é a determinação do art. 142, do CTN.<sup>8</sup>

Partindo-se aqui da realidade londrinense, em que o IPTU é lançado de ofício, o esperado, o normal, seria que a autoridade fazendária apurasse a base calculada; vale dizer, que, no ato

---

<sup>2</sup> Tal previsão está fulcrada na exigência de norma geral em matéria tributária a que alude o art. 146, inciso III, “b”, da CF/88 e, aqui, nos furtaremos de aprofundar sobre a profícua discussão acerca da possibilidade de uma tal veiculação e toda a problemática sobre as teorias dicotômica e tricotômica sobre os papéis das normas gerais.

<sup>3</sup> AIRES FERNANDINO BARRETO, **Curso de Direito Tributário Municipal**, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 207.

<sup>4</sup> *Id.*, *Ibid.*, p. 209.

<sup>5</sup> KIYOSHI HARADA, Imposto sobre Propriedade Predial e Territorial Urbana, in MARCELO MAGALHÃES PEIXOTO [Coord.]. **IPTU: Aspectos Jurídicos Relevantes**, São Paulo: Quartier Latin, 2002, p. 349.

<sup>6</sup> ALIOMAR BALEEIRO, **Direito Tributário Brasileiro**, 10 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 148.

<sup>7</sup> Ou, como afirma PAULO DE BARROS CARVALHO, a “base de cálculo fáctica”, em contraposição à “base de cálculo normativa.” In **Curso...**, *op. cit.*, p. 347-348.

<sup>8</sup> “Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.”

de lançamento, enunciasse o valor venal efetivamente considerado para determinado imóvel. Com efeito, é o que ordinariamente ocorre com todos os demais tributos: no momento da efetiva aplicação da norma de incidência tributária se enuncia a base calculada, dizendo-se qual o valor da renda auferida para fins do Imposto sobre a Renda, do valor da terra nua, para fins do Imposto Territorial Rural, do preço do serviço, para fins do Imposto sobre Serviços, etc.

Para tanto, e levando o procedimento de aplicação da norma de incidência do IPTU ao extremo, seria necessária uma detalhada avaliação individual e anual de cada um dos imóveis urbanos existentes no Município, que permitisse ao agente tributário a realização dos milhares de lançamentos, ano a ano. Trata-se de cenário de difícil implementação prática, mas que se adequaria totalmente aos ditames constitucionais sobre a matéria. *Não haveria a necessidade de qualquer previsão normativa intermediária entre o tipo legal “valor venal do imóvel”, na norma geral e abstrata, e o valor da avaliação individual do imóvel realizada pelo Fisco, na norma individual e concreta.*

Sabe-se, contudo, que o mundo fenomênico é bem mais complexo do que a descrição acima poderia sugerir. As Fazendas Municipais, com o passar dos anos, viram-se impossibilitadas de, na prática, realizar a apuração individual do valor venal de cada imóvel. Trata-se de uma quase impossibilidade material facilmente perceptível, tendo em vista que os custos para tal proceder seriam desproporcionalmente elevados. Eis um caso de “estado de necessidade administrativa”, que leva à criação de formas mais simples de aplicação da norma tributária, mais práticas e eficientes. Eis, portanto, um caso no qual se verifica a necessidade de uso da chamada “praticabilidade tributária”. Segundo REGINA HELENA COSTA:

*A necessidade de aumentar a eficiência da arrecadação de tributos veio a impor a adoção de mecanismos voltados à simplificação do sistema, envolvendo medidas de ordem legislativa e administrativa. Tornar mais simples os sistemas tributários constitui, mesmo, um dos grandes objetivos da fiscalidade de nossos dias, já que, por razões várias, os ordenamentos fiscais se têm convertidos em realidades cada vez mais complexas.<sup>9</sup>*

Surgiram, então, as chamadas plantas, pautas ou mapas genéricos de valores, mediante os quais a autoridade fazendária passou a realizar uma avaliação em massa dos imóveis urbanos, deixando de lado algumas peculiaridades dos casos concretos para facilitação da aplicação do IPTU. MISABEL DERZI explica-nos:

*A rigor, não se verifica uma aplicação individual da lei ao caso concreto, fenômeno que pressupõe a investigação exaustiva dos dados juridicamente relevantes do fato isolado, mas sim uma aplicação da norma segundo o “imóvel padrão”, idealizado ou esquematizado. [...]*

---

<sup>9</sup> **Praticabilidade e Justiça Tributária:** exequibilidade de Lei Tributária e Direitos do Contribuinte, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 19.

*A polêmica em torno da base de cálculo do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana concentra-se nesses pontos básicos: o estado de necessidade administrativo leva à formação de padrões e esquemas que atuam como presunções, fixadas pelo Poder Executivo, as quais são um arranhão ao princípio da legalidade tributária.*<sup>10</sup>

Desse modo, as “plantas fiscais de valores foram criadas pela lei, em virtude da impossibilidade fática do Fisco determinar, caso a caso, o valor venal dos imóveis”.<sup>11</sup> Também a respeito de tais plantas fiscais de valores, fala-nos REGINA HELENA COSTA que as “plantas fiscais de valores apontam presunções relativas de fixação da base de cálculo desse imposto [IPTU] – o valor venal do bem – estabelecidas com valores prováveis, aproximados, dos imóveis”.<sup>12</sup>

Como relata AIRES FERNANDINO BARRETO, os mapas de valores genéricos, como ele prefere chamar, começaram a ser utilizados, no Brasil, pelo Município de São Paulo, no início da década de 40 do século passado, após exibição de um estudo por técnicos da cidade de Boston, EUA.<sup>13</sup> Podem eles ser definidos como

*o complexo de plantas, tabelas, listas, fatores e índices determinantes dos valores médios unitários de metro quadrado (ou linear) de terreno e de construção, originários ou corrigidos, acompanhados de regras e métodos, genéricos ou específicos, para a apuração do valor venal de imóveis.*<sup>14</sup>

Como recorda referido autor, tendo em vista a extremada complexidade de uma exata mensuração do valor de um dado imóvel, comumente se mantém uma “faixa de segurança”, estabelecendo-se a presunção de valor com uma diferença para menor, em relação ao valor de mercado.<sup>15</sup>

Inicialmente, os Municípios veiculavam tais Plantas Genéricas de Valores - PGVs através de decretos que, à guisa de regulamentar a aplicação da norma do IPTU, trazia tais presunções tributárias em ato infralegal. Ninguém menos que GERALDO ATALIBA foi um dos defensores de tal procedimento:

*[...] a planta de valores: – é ato simplesmente declaratório; não atribui valor a nenhum imóvel, mas revela, espelha o valor que nele existe (ou que ele tem); – não altera, por isso, a lei, não excedendo o limite que nela*

<sup>10</sup> **Direito Tributário, Direito Penal...** *op. cit.*, p. 351.

<sup>11</sup> MARIA RITA FERRAGUT, **Presunções no Direito Tributário**, São Paulo: Dialética, 2001, p. 135.

<sup>12</sup> **Praticabilidade e Justiça...** *op. cit.*, p. 259.

<sup>13</sup> **Curso de Direito...** *op. cit.*, p. 225.

<sup>14</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 227.

<sup>15</sup> AIRES FERNANDINO BARRETO, **Curso de Direito...** *op. cit.*, p. 229-230.

*se contém; – se, eventualmente, em algum caso concreto, sua aplicação, mediante o prosseguimento do lançamento, levar a tal resultado, a ordem jurídica prevê correção administrativa ou judicial; – nesse caso, o que se compromete é ou uma interpretação da planta, ou parte da mesma, ou a própria planta concretamente individualizada; jamais a idéia de planta, ou a competência a que o Executivo recebe da lei, para expedi-la; – além do mais, a planta se insere na categoria de atos administrativos incumbentes ao Executivo, para instrumentar a ação dos agentes menores da Administração; – é ato de execução da lei. Ato privativo, por sua natureza, do Executivo, não altera a lei, mas dispõe no sentido de sua fiel “execução” (como o quer o n. III do art. 81 da Constituição); – é providência concreta administrativa para orientação dos funcionários; – é ato de aplicação do Direito. Como observa Celso Antônio Bandeira de Mello, não assume função inaugural, não invade o campo da lei, pela circunstância de constituir-se em instrumento de sua aplicação não a um só caso singular, mas a uma generalidade de casos.<sup>16</sup>*

A jurisprudência, no entanto, não caminhou neste sentido. Como se sabe, tanto o Supremo Tribunal Federal – STF<sup>17</sup>, quando o Superior Tribunal de Justiça – STJ<sup>18</sup>, fixaram o entendimento, ainda mantido, sobre a necessidade de que tais plantas genéricas de valores sejam fixadas através de lei. MISABEL DERZI, didaticamente, explicita as razões que levaram o Judiciário a tal posicionamento:

*Posta à frente desse aporema – a praticidade exige que a Administração estabeleça presunções (padrões, esquemas, somatórios ou pauta de valores) sem as quais não é possível aplicar a lei em “massa”, mas tais presunções são ofensivas à legalidade estrita e ao princípio da justiça tributária individual – a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal optou por uma solução intermediária. O sempre citado RE 87.763-1 (DJU 23.11.1979, Pleno), que teve como relator o Min. Moreira Alves, desencadeou o entendimento, hoje consolidada, de que as padronizações e pautas de valores genéricos são presunções que devem ser estabelecidas em lei. Mas, com razoável prudência, o STF não inviabilizou a execução da lei, porque estabiliza os valores atribuídos aos imóveis em exercícios anteriores e vem permitindo que a Administração os atualize nominalmente (independentemente de lei) nos mesmos índices da correção monetária. Entende o mais alto Pretório que fica vedado ao Poder Executivo apenas majorar, em termos reais, os valores, atribuídos aos imóveis em exercício anteriores.<sup>19</sup>*

<sup>16</sup> GERALDO ATALIBA, Avaliação de Imóveis para lançamento de imposto – Ato administrativo por natureza – caráter regulamentar da planta de valores – Atualização de valores imobiliários *in* **Revista de Direito Tributário**, v. 3, n. 7/8, p. 36–59, jan./jun., 1979, p. 54-55.

<sup>17</sup> Supremo Tribunal Federal. RE 234.605, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 8.8.2000, Primeira Turma, DJ 1º.12.2000; AI 534.150-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 30.4.2010; RE 114.078, Rel. Min. Moreira Alves, Plenário, DJ 1º.7.1988.

<sup>18</sup> Superior Tribunal de Justiça. Súmula 160: “É defeso, ao Município, atualizar o IPTU, mediante decreto, em percentual superior ao índice oficial de correção monetária.”. DJ 19.06.1996.

<sup>19</sup> MISABEL DE ABREU MACHADO DERZI, **Direito Tributário, Direito Penal...op. cit.**, p. 352-353.

Com tal posicionamento jurisprudencial, além da fixação da base de cálculo através de lei, passaram os Municípios a ter que, também pela via legislativa, veicular as Plantas Genéricas de Valores do IPTU. As dificuldades na aprovação de atualizações dos mapas genéricos passou a criar um desnível ainda maior entre o verdadeiro valor venal dos imóveis, corrente no mercado, e aquele cadastrado nos bancos de dados fiscais.

De se notar que o STF, ao julgar o Recurso Extraordinário – RE 648.245/MG – cujo julgamento se deu em agosto de 2013, com a publicação do acórdão muito recentemente, em 24/02/2014 - travou interessantíssima discussão sobre a matéria.

Em referido julgamento, manteve-se decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que havia declarado a inconstitucionalidade do aumento de IPTU de Belo Horizonte, no ano de 2006, em índices superiores aos inflacionários, sem aprovação de lei. Contudo, o MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO ventilou a necessidade de se repensar a matéria em futuros julgamentos.

Afirmou o Ministro que o caso em concreto analisado não oferecia solução diversa da que acabavam de proferir, tendo em vista que no Município de Belo Horizonte existia lei que estabelecia a planta genérica de valores do IPTU, e o decreto que aprovou o aumento discutido afrontou diretamente referido diploma legal. O caso seria, portanto, não de “reserva de lei”, mas de “preferência da lei”. E pontua:

*Mas a discussão de exigir-se que lei estabeleça a base de cálculo para o IPTU, a meu ver, a jurisprudência do Supremo já oscilou, como sabem Vossas Excelências, e pessoalmente acho que esta é uma fórmula que engessa excessivamente o Município. Quer dizer, aqui é preciso encontrar um ponto de equilíbrio entre a proteção do contribuinte, que não deve ficar à mercê do alvedrio do Poder Executivo, mas também há um problema que, muitas vezes, o município e o prefeito ficam reféns da câmara municipal, que, por animosidade política ou às vezes por populismo, não aprova a lei que modifica a base de cálculo, o que priva o município, muitas vezes, de uma das suas principais fontes de receita. De modo que, se não neste caso, talvez em uma outra oportunidade, eu acho que seria, sim, hipótese de se discutir se não poderia o legislador, mediante uma delegação, com parâmetros objetivos razoáveis e controláveis, delegar ao Executivo uma atualização que pudesse extrapolar, em certos casos, a mera correção monetária.*

*O que se vê é que essa é uma fonte importante de receita para os municípios, e com o congelamento, muitas vezes, dos valores reais nessas tabelas, o imposto fica efetivamente defasado quando o Código Tributário fala em valor venal. Portanto, a lei complementar já diz qual é o critério, que é o valor venal. De modo que, se a lei municipal estabelecer critérios razoáveis e controláveis, eu não acho que haja uma impossibilidade desta delegação. [...]*

*Mas veja: se o município pode fixar por ato administrativo – vai lá, avalia e fixa –, evidentemente ele pode estabelecer um parâmetro: tudo que eu posso fazer, em concreto, eu posso estabelecer uma regra geral. [...]*<sup>20</sup>

Entendemos que as ponderações trazidas por BARROSO vão ao encontro de uma necessária reanálise do tema, perpassando sobre os limites de fixação de presunções tributárias e o real papel do ato administrativo de lançamento tributário e dos atos administrativos normativos.

O passar do tempo e a tendência de que os entendimentos jurisprudenciais passem a ser repetidos acriticamente no julgamento de outros casos, parecem ter criado, contudo, uma enorme confusão sobre a matéria. Num resumo simplório, parece que se passou a entender como conceito de valor venal do imóvel aquele que é cadastrado nos registros municipais, que nunca chega próximo do real valor de mercado; ou, então, que a planta genérica equivale à própria fixação da base de cálculo do IPTU.

Não à toa a Emenda Constitucional n. 42/2003, ao incluir a alínea “c” ao inciso III, do artigo 150, da CF/88 (anterioridade mínima nonagesimal), modificou a redação do § 1º do mesmo dispositivo para excepcionar da regra a “fixação da base de cálculo” do IPTU.<sup>21</sup> Veja-se a impropriedade técnica sendo “constitucionalizada”: subentende-se do texto que “aprovar a planta genérica de valores” identifica-se com “fixar a base de cálculo do imposto”.

Temos percebido que a difundida forma presuntiva de apuração da base de cálculo do IPTU, somada a uma míope interpretação e aplicação da Súmula 160, do STJ, é capaz de levar a decisões que entendam não ser possível a avaliação individual de um imóvel pela autoridade fiscal, como se a existência de plantas genéricas fosse essencial no IPTU, uma determinação constitucional, o que está muito distante da realidade.

Em nosso entender, não haveria a necessidade de que o valor do metro quadrado presumido dos imóveis, numa planta genérica, fosse veiculado por lei. Nesse sentido, estamos com GERALDO ATALIBA, distanciando-nos do atual entendimento jurisprudencial. Não bastasse o fato de que a base de cálculo do IPTU já está fixada em lei, tratando-se as pautas genéricas de ordens administrativas aos agentes fiscais, regulamentando-se a forma de aplicação da previsão legal genérica e abstrata, a submissão de um típico assunto de cunho executivo e técnico à necessidade de decisão pelo Poder Legislativo ofende à própria ideia da Separação dos Poderes. Com clareza afirma CINTIA ESTEFANIA FERNANDES:

---

<sup>20</sup> Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 648.245-MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, Julg. 01.08.2013, DJE 24.02.2014.

<sup>21</sup> “Art. 150. [...]”

§ 1º A vedação do inciso III, b, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, IV e V; e 154, II; e a vedação do inciso III, c, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, III e V; e 154, II, nem à fixação da base de cálculo dos impostos previstos nos arts. 155, III, e 156, I.”

*Conclui-se do estudo da base de cálculo do IPTU, que grandes discussões foram e estão sendo travadas, as quais decorrem justamente da incorreção da interpretação do critério quantitativo do IPTU, ou seja, da distinção existente entre a base de cálculo e a base calculada, o que leva o Poder Judiciário a exigir atividade legislativa onde compete apenas atividade executiva [...].*<sup>22</sup>

O que seria necessário é que *o uso de tal forma presuntiva fosse expressamente autorizado pelo Poder Legislativo, que poderia fixar os critérios e procedimentos para a elaboração de tais PGVs*. Com isso, entendemos que estaria atendida a Legalidade Tributária, com seu substrato democrático da autotributação.

Esse, aliás, parece ter sido o caminho trilhado pelo próprio STF, ao julgar o tema da contribuição previdenciária para custeio de acidentes de trabalho:

EMENTA: - CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO: SEGURO DE ACIDENTE DO TRABALHO - SAT. Lei 7.787/89, arts. 3º e 4º; Lei 8.212/91, art. 22, II, redação da Lei 9.732/98. Decretos 612/92, 2.173/97 e 3.048/99. C.F., artigo 195, § 4º; art. 154, II; art. 5º, II; art. 150, I. I. - Contribuição para o custeio do Seguro de Acidente do Trabalho - SAT: Lei 7.787/89, art. 3º, II; Lei 8.212/91, art. 22, II: alegação no sentido de que são ofensivos ao art. 195, § 4º, c/c art. 154, I, da Constituição Federal: improcedência. Desnecessidade de observância da técnica da competência residual da União, C.F., art. 154, I. Desnecessidade de lei complementar para a instituição da contribuição para o SAT. II. - O art. 3º, II, da Lei 7.787/89, não é ofensivo ao princípio da igualdade, por isso que o art. 4º da mencionada Lei 7.787/89 cuidou de tratar desigualmente aos desiguais. III. - As Leis 7.787/89, art. 3º, II, e 8.212/91, art. 22, II, definem, satisfatoriamente, todos os elementos capazes de fazer nascer a obrigação tributária válida. O fato de a lei deixar para o regulamento a complementação dos conceitos de "atividade preponderante" e "grau de risco leve, médio e grave", não implica ofensa ao princípio da legalidade genérica, C.F., art. 5º, II, e da legalidade tributária, C.F., art. 150, I. IV. - Se o regulamento vai além do conteúdo da lei, a questão não é de inconstitucionalidade, mas de ilegalidade, matéria que não integra o contencioso constitucional. V. - Recurso extraordinário não conhecido.<sup>23</sup>

Obviamente, tal presunção, veiculada em norma individual e concreta de lançamento tributário e baseada em ato infralegal normativo (que só vincula ao próprio agente público, pelo poder hierárquico administrativo), seria, de todo, *relativa*.<sup>24</sup> Poderia o sujeito passivo,

<sup>22</sup> CINTIA ESTEFANIA FERNANDES, *IPTU: Texto e Contexto*, São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 348. Neste mesmo sentido, LEANDRO PAULSEN, *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da Doutrina e da Jurisprudência*, 7ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005, p. 762.

<sup>23</sup> Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 343.446, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2003, DJ 04-04-2003.

<sup>24</sup> Neste sentido, também, CINTIA ESTEFANIA FERNANDES, *IPTU... op. cit.*, p. 336-337; REGINA HELENA COSTA, *Praticabilidade... op. cit.*, p. 259; MARIA RITA FERRAGUT, *Presunções...op. cit.*, p. 135.

sempre, impugnar o valor da avaliação presumida do imóvel, comprovando que ultrapassou ela o real valor de mercado, no dia da ocorrência do fato jurídico tributário. Tentasse o Fisco tratar tal presunção como absoluta, e estaríamos diante de equivocada utilização da praticabilidade tributária, eivada de inconstitucionalidade, no particular.<sup>25</sup>

## 2.2 DO CASO DOS IMÓVEIS NÃO PREVISTOS NA LEI MUNICIPAL N. 8.672/2001

Pelo antes exposto, verifica-se que numa pela PGV, apura-se um valor estimado dos lotes para a incidência de alíquota aplicável. No caso de Londrina, a lei em comento, atualmente vigente, é a de n. 8.672/2001. Esta previu os valores, repise-se, estimados, com o fim de agilizar e simplificar os lançamentos tributários, mormente nos lotes não edificados.

Esta foi a última veiculação de PGV em Londrina. Desde então, os imóveis nela incluídos não foram reavaliados, tendo havido, somente, a aplicação da correção monetária no período.

Conforme narra a consulente, após o advento da Lei Municipal n. 8.672/2001, surgiram alguns loteamentos, não previstos na PGV vigente.

Fácil de perceber o que passou a ocorrer: antes, existia um lote sem melhorias que era tributado (no todo) por um valor previsto (de modo estimado, mas com procedimento com arrimo em lei, qual seja a Lei Municipal nº 8.672/2001).

Posteriormente, o lote foi desmembrado, dando origem a lotes individualizados. Ora, evidente que o valor venal de cada lote, agora individualizado, com avaliação específica será maior, pois o lançamento tributário foi efetivado não por estimativa, mas por avaliação técnica, de forma individualizada, ou seja, de modo mais adstrito à lei tributária.

A realização de avaliação individual dos lotes não incluídos na PGV vigente é expressamente autorizada por lei municipal, conforme se verifica da previsão do art. 176, § 5º do CTM:

*Art. 176. O valor dos imóveis será apurado com base nos dados fornecidos pelo Cadastro Imobiliário levando em conta, a critério da repartição, os seguintes elementos:*

*[...]*

*§ 5º Os critérios previstos nos incisos I e II serão utilizados para apurar o valor venal dos imóveis não previstos na Planta Genérica de Valores à época do lançamento do tributo. [...]*

---

<sup>25</sup> Sobre as formas de aplicação de presunções absolutas e relativas e a praticabilidade tributária, remetemos o leitor à nossa obra **O Simples Nacional, a Norma Tributária e o Princípio Federativo**: limites da praticabilidade tributária, Curitiba: Juruá, 2011, oportunidade em que pudemos tratar do tema de forma mais detalhada.

Percebe-se, portanto, que em tais casos não houve aumento da base de cálculo sem edição de lei. Isso porque, quando do advento da PGV vigente, referido imóvel não existia, juridicamente. Eles são fruto de loteamento de outro imóvel, já não existente juridicamente. No momento em que o novo lote é registrado no Cartório do Registro Imobiliário competente, conforme projeto aprovado pelo Município e executado pelo requerente, não há mais que se falar no lote originário. Aquele previsto na Planta Genérica de Valores, foi substituído por outros. Fala-se agora de novo imóvel com matrícula nova e independente.

Tais imóveis são legalmente e fisicamente diferentes daquele de que se originaram, pois possuem novas matrículas, novas confrontações, novas metragens, aparelhamentos urbanos (ruas, praças, escoamento pluvial, rede elétrica etc., com possibilidade de transmissão autônoma, sem qualquer vínculo com o lote de que se originaram, como se denota da legislação de Registros Públicos.

Diante disso, os imóveis novos não estão obviamente previstos na Planta Genérica de Valores atualmente em vigor (Lei nº 8.672/2001), pois passaram a existir posteriormente a ela, decorrendo disso, que após a criação da matrícula individualizada no Cartório do Registro Imobiliário, passaram a existir legalmente e também entraram autonomamente no campo de incidência do Imposto Predial e Territorial Urbano, demandando uma primeira avaliação para que, uma vez fixado o valor venal, que é a base de cálculo do tributo, pudessem ter seus lançamentos efetuados.

Em suma, após estudos, fundamentados nas premissas do já referido art. 176, §5º do Código Tributário Municipal (CTM), levados a cabo por servidores públicos municipais, foram apurados os valores do m<sup>2</sup> de cada lote novo, surgido após a aprovação da PGV vigente.

A existência de uma PGV não significa que o lançamento tenha de se dar, para sempre, com base em tal estimativa. Tendo havido a atuação fiscalizatória municipal, e constatado que o valor venal encontra-se defasado, por certo que é obrigação da Administração Tributária em efetuar as modificações pertinentes, até para atendimento do que dispõe a Lei de Responsabilidade Fiscal.

Numa sentença: entendimento diverso pretenderia que fosse perpetuado o lançamento estimativo, impedindo-se o Fisco de realizar o lançamento real. Seria o mesmo que se tornar obrigatório o regime do lucro presumido no imposto sobre a renda ou do Simples Nacional, traçando-se um paralelo com tributos federais.

Por conta do exposto, vislumbra-se que no caso em questão não se aplica o disposto na Súmula 160 do STJ, por dois motivos:

- (i.) *porque os imóveis foram criados posteriormente à lei que instituiu a Planta Genérica de Valores, que, portanto, não os previu, de modo que o lançamento de IPTU observou o disposto no art. 176, § 5º, do CTM, supra transcrito;*
- (ii.) *não bastasse isso, porque o lançamento de IPTU utilizando-se a base de cálculo consignada na Planta Genérica de Valores é sempre por estimativa, com natureza provisória, sendo que, averiguada qualquer divergência entre o valor venal ali consignado e o realmente praticado no mercado constitui-se em obrigação legal do Fisco em proceder as alterações necessárias, não podendo pretender-se que comando judicial obrigue ao órgão fazendário em descumprir a lei.*

Portanto, consideramos válida a realização individual de avaliação no caso dos imóveis não incluídos na PGV vigente, com base no art. 176, § 5º, do CTM. O problema, já várias vezes anunciado à Secretaria Municipal de Fazenda, é que a forma atualmente adotada para a aplicação do dispositivo em questão não nos parece a mais consentânea com as previsões de nosso ordenamento jurídico, dando azo à interpretação de que o Município está fixando pautas fiscais de valores por ato infralegal, com possível ofensa à Súmula 160, do STJ.

O problema, portanto, está na forma de realização da avaliação do imóvel e do lançamento do IPTU, atualmente efetuado pela autoridade fazendária municipal. Isso tem trazido maiores complicações à defesa da Municipalidade em Juízo nas ações que discutem o tema. E isso temos avisado à autoridade fazendária desde, no mínimo, 2010, ano em que recebemos a primeira demanda judicial sobre a matéria.

Agora, a Secretaria de Fazenda nos consulta sobre algumas estratégias a serem adotadas sobre o tema. A possível criação de uma PGV específica desses novos loteamentos; a atualização completa da PGV; possíveis problemas referentes à isonomia tributária, etc.

Nós não temos como fazer afirmações categóricas sobre os efeitos que serão produzidos pela tomada de decisões administrativas, numa eventual discussão judicial sobre o tema. Trata-se de situação completamente fora de nosso controle, sobre o qual apenas podemos conjecturar e apontar tendências e riscos. A decisão, contudo, passa pela avaliação de tais riscos, num juízo político-administrativo que ultrapassa o nosso limite de análise técnico-jurídica.

A interpretação jurídica é disciplina muito distante de uma ciência exata: o direito é texto, e texto se interpreta, havendo, sempre e sempre, muitas possibilidades, algumas com maior e outras com menor riscos de anulação pelo Poder Judiciário. Tudo isso se modifica, também, com o tempo.

O envio de uma PGV específica para os imóveis novos, em que pese suprir o problema em relação à discussão sobre a necessidade de lei, a que se refere a Súmula 160, do STJ, poderia gerar um problema adicional, que precisaria ser avaliado pela autoridade fazendária: haveria a abertura de flanco de discussão quanto à eventual quebra da isonomia tributária, a que alude o art. 150, II, 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:*

[...]

*II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos; [...]*

Afinal, em ambos os casos tem-se imóveis urbanos, avaliados por estimativa (vale dizer, os proprietários são contribuintes em situação equivalente); mas haveria o tratamento diferenciado: uma avaliação estimativa datada de 2001, com correção monetária, e outra avaliação datada de 2014, após o “boom” imobiliário que levou os valores de imóveis a níveis altíssimos.

A solução ideal, obviamente, seria a aprovação de uma nova PGV geral, que acabasse com tal discussão de forma genérica e abstrata, para todo o universo de contribuintes londrinenses. Contudo, trata-se de decisão limitada, também, por aspectos extrajurídicos, cuja avaliação e final decisão competem, exclusivamente, ao Chefe do Executivo Municipal.

### 3. CONCLUSÃO

Dessarte, por todo o exposto no tópico 2, a que remetemos a consulente, passamos a responder as quesitos formulados:

1) Ao se encaminhar ao Legislativo uma lei específica, acrescentando ao Anexo II da Lei nº 8.672/2001 os valores por metro quadrado de terreno dos novos lotes, que foram matriculados no R.I. no período de 2001 a 2013, estaremos admitindo a ilegalidade dos lançamentos efetuados por intermédio de pauta de valores nesse mesmo período?

Não cremos que uma coisa leve à outra. O fato de se prever em uma nova PGV a estimativa de valor venal de imóveis posteriores à PGV vigente não leva logicamente à conclusão de que os lançamentos efetuados com base no art. 176, § 5º, do CTM, são ilegais. Pelo contrário: é a própria falta de PGV para tais imóveis que levou à necessidade de aplicação do referido dispositivo legal municipal.

O problema, como dissemos, é outro: o procedimento atualmente adotado, inclusive com a expedição de “pautas de valores”, que dificultam, e muito, a defesa judicial da atuação fazendária.

2) Se o entendimento de que houve ilegalidade se disseminar com essa proposta, há risco de ações de repetição de indébito para devolução dos últimos cinco anos?

O risco sempre existe, e não está sob nosso controle. O direito de ação é garantido em nosso ordenamento jurídico, e, faça-se ou não modificações legislativas sobre o tema, o risco de ações judiciais continuará existindo em potência, até o fim do prazo prescricional.

3) Com um projeto de lei fixando valores mais atualizados para os imóveis parcelados em data mais recente e fixando valores mais desatualizados para os imóveis parcelados há mais tempo (a fim de manter o valor vigente em 2013 para todos esses imóveis), estaríamos ferindo o princípio da isonomia, em relação aos demais imóveis que tiveram unicamente a atualização monetária do seu valor venal?

Como explicado antes, não se pode afirmar categoricamente que haverá, com certeza, lesão ao princípio da isonomia. Mas, a nosso ver, há riscos de que tal entendimento surja em decisões judiciais. Afinal, estar-se-ia tratando contribuintes em situação análoga de forma diferenciada, o que contrariaria, em tese, o art. 150, II, da CF/88.

4) Na hipótese do item anterior se configurar incorreto, a adoção de valores atualizados em data de hoje para todos os loteamentos não previstos na Lei 8.672/2001 (nova planta de valores somente para esses imóveis), estaríamos desrespeitando também o princípio da isonomia?

Entendemos que o mesmo raciocínio aplicado ao quesito anterior serve para o presente.

5) Há probabilidade da iniciativa prejudicar de alguma forma o argumento do Município na defesa das ações já ajuizadas?

Como exposto no quesito 1, não cremos que uma coisa leve à outra. O fato de se prever em uma nova PGV a estimativa de valor venal de imóveis posteriores à PGV vigente não leva logicamente à conclusão de que os lançamentos efetuados com base no art. 176, § 5º, do CTM, são ilegais. Pelo contrário: é a própria falta de PGV para tais imóveis que levou à necessidade de aplicação do referido dispositivo legal municipal.

6) A aprovação de uma nova planta genérica de valores para todos os imóveis é solução mais viável para solucionar a questão?

A solução ideal, obviamente, seria a aprovação de uma nova PGV geral, que acabasse com tal discussão de forma genérica e abstrata, para todo o universo de contribuintes londrinenses. Contudo, trata-se de decisão limitada, também, por aspectos extrajurídicos, cuja avaliação e final decisão competem, exclusivamente, ao Chefe do Executivo Municipal.

Eis o parecer.

Londrina (PR), 6 de maio de 2014.

**CARLOS RENATO CUNHA**  
Gerente de Assuntos Fiscais e Tributários  
Procurador do Município de Londrina

Recebi o Parecer n. 744/2014, e, tendo em vista o contido na Portaria n. 5/2010-PGM, encaminho ao Gabinete para ratificação. Em \_\_/\_\_/\_\_

***RENATA KAWASAKI SIQUEIRA***  
Procuradora-Geral Adjunta de Gestão da Consultoria

Ratifico o Parecer n. 744/2014. Em \_\_/\_\_/\_\_

***PAULO CÉSAR GONÇALVES VALLE***  
Procurador-Geral do Município de Londrina

## PARECER: IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS – ISS SOBRE A INTERCONEXÃO DE REDES DE TELECOMUNICAÇÕES<sup>1</sup>

**Marcelo Moreira Candeloro**

*Procurador do Município de Londrina, ocupante da função de Gerente de Assuntos Legislativos e Normativos – GALN. Especialista em Direito Tributário e em Administração Pública. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá - UEM. Bacharel em Comunicação Social (Jornalismo) pela Universidade Estadual de Londrina - UEL.*

**EMENTA:** DIREITO TRIBUTÁRIO. TRIBUTOS EM ESPÉCIE. LANÇAMENTO. TELECOMUNICAÇÃO. INTERCONEXÃO DE REDE. TRIBUTAÇÃO. ISS X ICMS. PRECEDENTES JUDICIAIS.

### I.

O expediente foi remetido à PGM/GAF para que seja dirimida dúvida jurídica quanto a incidência do Imposto Sobre Serviços (ISS) sobre a atividade denominada “uso de rede”. O questionamento é oriundo de recente decisão judicial, favorável a determinado contribuinte, em matéria assemelhada, reconhecendo a não incidência do referido tributo. Em suma, o relatório, passemos à análise.

[...]

### II.1 Da competência tributária para a instituição do ISS (art.156, III c/c art. 155, II da CF/88).

Pois bem, pelo relato, observa-se que o ente público tributa a atividade “uso de rede”, também denominada “interconexão de rede”, no exercício de sua competência tributária extraída da Carta Magna, no seguinte preceptivo:

*Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:*

(...)

---

<sup>1</sup> A presente publicação é parte do Orientação Jurídica n. 1.901/2014-PGM, exarada em 20/11/2014.

III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993).

Ante a referência, colaciona-se o art. 155, II do mesmo diploma normativo:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

(..)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993);

Pela leitura dos artigos citados, percebe-se que não há superposição de competências no âmbito da tributação, em suma, a competência do Estado não invade a do Município e vice-versa, resguardando-se que cada ente político possa instituir e gerir os tributos (em sentido amplo) que lhe são próprios, ou em linguagem técnica, privativos, no que se atine aos impostos.

## II.2 Lei Complementar 116/03. Taxatividade da lista. Possibilidade de interpretação extensiva. Impossibilidade do uso da analogia.

Partindo da norma constitucional inscrita no art. 156, III, da Carta da República, vê-se que a competência municipal é aferida com a exclusão das atividades que estão no escopo dos Estados (art.155, II).

Outra premissa constitucional para a instituição do ISS é a veiculação de lei complementar, definindo os serviços que podem ser tributados pelos Municípios.

A atual Lei Complementar é a 116, de 31 de julho de 2003. Ela contempla, além dos aspectos gerais do imposto, uma lista de serviços. Tal lista é considerada, pela doutrina majoritária, como taxativa. A conclusão é reafirmada pela jurisprudência pátria. Não obstante, admite-se a interpretação extensiva, mas não a analogia, em obediência a “tipicidade” tributária, isso porque aquela é regra interpretativa, enquanto esta é forma de integração do direito, contemplando hipóteses não previstas na lei. Destaca-se do Código Tributário Nacional:

(..)

*Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada:*

*I - a analogia;*

*II - os princípios gerais de direito tributário;*

*III - os princípios gerais de direito público;*

*IV - a equidade.*

*§ 1º O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei.*

Assim, a lista anexa à LC 116/2003 é taxativa, admitindo-se a interpretação extensiva, vedada a integração, via analogia, para abarcar situações que não se amoldam a tais preceitos.

### II.3 Código Tributário Municipal (Lei 7.303/97). Da atual lista anexa do ISS. Item 3.04.

A Constituição Federal reparte a competência tributária entre os entes políticos. Para os tributos vinculados, tais como os impostos, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios somente podem instituir os expressamente consignados na Carta Magna. A União possui a prerrogativa de instituir impostos não previstos na Constituição, desde que o faça por meio de lei complementar e desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados naquela, a teor do que dispõe o art.154, I.

Não obstante a previsão constitucional abstrata para a instituição dos impostos, em respeito ao princípio da legalidade tributária, com arrimo no art. 150, I da Constituição e art.97, I do CTN, cada ente político deve editar a sua lei própria.

No âmbito do Município de Londrina, a lei vigente é a 7.303, de 30 de dezembro de 1997, que dispõe sobre o Sistema Tributário. No que nos pertine para resposta à consulta, mister expressar que a tabela I da referida lei colaciona, ou melhor, *reproduz* a lista anexa prevista na LC 116/2003. Em suma, os serviços que atraem a incidência do ISS são os enumerados, consoante a previsão do art. 1º da lei federal citada:

*Art. 1º O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.*

Reitera-se que tanto a doutrina majoritária quanto a orientação jurisprudencial dominante concebem que tal lista é taxativa, admitindo, apenas, a interpretação extensiva, mas não a analogia, conforme a seguinte ementa emblemática do exposto (grifos nossos):

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. DL 406/1968. LISTA DE SERVIÇOS. TAXATIVIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DE CADA ITEM. SÚMULAS 5/STJ E 7/STJ. RECURSO REPETITIVO. ART. 543-C DO CPC. 1. A jurisprudência do STJ pacificou-se no sentido de reconhecer que a Lista de Serviços anexa ao Decreto-Lei 406/1968, para efeito de incidência de ISS sobre serviços bancários, é taxativa, mas admite leitura extensiva de cada item a fim de enquadrar serviços idênticos nos expressamente previstos. 2. Orientação reafirmada no julgamento do REsp 1.111.234/PR, sob o rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC). 3. Hipótese em que o Tribunal de origem concluiu, com base na prova dos autos, que o serviço prestado pela instituição bancária (conta denominada "outras rendas operacionais") enseja a incidência do ISS. 4. A revisão desse entendimento implica reexame de fatos e provas, notadamente do contrato que discrimina os serviços oferecidos ao cliente da instituição financeira, obstado pelo teor das Súmula 5/STJ e 7/STJ. 5. Agravo Regimental não provido. (STJ - AgRg no REsp: 1442930 PR 2014/0060566-5, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 15/05/2014, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/06/2014)

É esse também o magistério de André Mendes Moreira<sup>2</sup>

*“Nos termos assentados pelo STF e STJ, a lista de serviços tributáveis pelo ISSQN é taxativa, trazendo um numerus clausus não passível de ampliação de ampliação pelo legislador municipal. Contudo, admite-se sua interpretação extensiva, podendo haver a incidência do imposto sobre os serviços que se assemelham aos constantes da relação legal. Já o recurso à analogia é vedado, por força da ‘tipicidade’ que vigora no Direito Tributário”.*

II.4 Da atividade de interconexão. Campo de incidência do ICMS. Inteligência do art. 155, II e §3º da CF/88. Lei Complementar 87/96. Lei Federal n.º 9.472/97 (Lei Geral das Telecomunicações), art.146, §Único. Resolução 410/05 da Anatel. Convênio ICMS 126/98, Cláusula Décima.

<sup>2</sup> MOREIRA, André Mendes. A tributação dos serviços de comunicação. Dialética. São Paulo: 2006, p.196.

Apresentadas as premissas que ensejam a tributação do ISS, mister analisar o campo de incidência do ICMS, no que se atine ao objeto da consulta, qual seja, o serviço de telecomunicação. Colaciona-se, mais uma vez, o indigitado artigo 155, II da Constituição Federal:

*Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)*

(...)

*II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)*

Importante, também, trazer à tona a prescrição do §3º do mesmo artigo (grifos nossos):

(...)

*§ 3º À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do caput deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)*

Vê-se que com relação aos serviços de telecomunicações incide, tão somente, o ICMS-Comunicação, a menção ao Imposto de Importação e Exportação (art.153, I e II) refere-se às demais operações citadas.

Dessarte, em uma leitura preliminar da norma constitucional, sobre os serviços de telecomunicação incidiria, exclusivamente, o ICMS. Não haveria, portanto, lastro jurídico para a incidência do ISS.

Importa colacionar, também, a previsão inscrita na Lei Complementar nº.87, de 13 de setembro de 1996, que dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências. Destaca-se (grifos nossos):

*Art. 1º Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.*

*Art. 2º O imposto incide sobre:*

*(...)*

*III - prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;*

Por seu turno, a Lei Federal nº. 9.497, de 16 de julho de 1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995 (Lei Geral de Telecomunicações) prevê (grifamos):

*Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.*

*§ 1º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza;*

*(...)*

*Art. 145. A implantação e o funcionamento de redes de telecomunicações destinadas a dar suporte à prestação de serviços de interesse coletivo, no regime público ou privado, observarão o disposto neste Título.*

*Parágrafo único. As redes de telecomunicações destinadas à prestação de serviço em regime privado poderão ser dispensadas do disposto no caput, no todo ou em parte, na forma da regulamentação expedida pela Agência.*

*Art. 146. As redes serão organizadas como vias integradas de livre circulação, nos termos seguintes:*

*I - é obrigatória a interconexão entre as redes, na forma da regulamentação;*

*II - deverá ser assegurada a operação integrada das redes, em âmbito nacional e internacional;*

III - o direito de propriedade sobre as redes é condicionado pelo dever de cumprimento de sua função social.

Parágrafo único. Interconexão é a ligação entre redes de telecomunicações funcionalmente compatíveis, de modo que os usuários de serviços de uma das redes possam comunicar-se com usuários de serviços de outra ou acessar serviços nela disponíveis.

Art. 147. É obrigatória a interconexão às redes de telecomunicações a que se refere o art. 145 desta Lei, solicitada por prestadora de serviço no regime privado, nos termos da regulamentação.

(..)

Para a compreensão do significado de interconexão de rede, destaca-se trecho de pedagógico julgado:

EMENTA: TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PIS. COFINS. LEI 9.718/98. SERVIÇO DE TELEFONIA. INTERCONEXÃO. LEI 9.472/97. VALOR DO PAGAMENTO PELO SERVIÇO, RECEBIDO DO USUÁRIO PELA OPERADORA DE ORIGEM E REPASSADO À OPERADORA DE DESTINO. HIPÓTESE DE NÃO INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA. PRESCRIÇÃO. (...) 3. O fenômeno interconexão, normatizado pela Lei 9.472/97, ocorre quando a concessionária da qual o usuário do serviço é assinante, não dispõe de rede e de mecanismos para a execução integral de seus serviços, necessitando da utilização da rede e dos mecanismos de outra concessionária para a prestação do serviço ao usuário. Em outras palavras, é um serviço prestado em duas fases distintas: primeiro, uma empresa concessionária origina a ligação (a que detém a assinatura do usuário); depois, outra empresa (a detentora da rede e dos mecanismos para a prestação do serviço na região de destino da ligação) continua e termina a execução do serviço. 4. Hipótese em que o usuário efetua o pagamento integral do serviço e a operadora de origem repassa à operadora de destino o valor corresponde à etapa complementar da interconexão. 5. Conforme disciplina o artigo 15, combinado com o artigo 3º, do ANEXO À RESOLUÇÃO N.º 410, DE 11 DE JULHO DE 2005, que regulamenta a Lei n.º 9.472/97 (Artigo 15 - (...) cada prestadora deve arcar com os custos de entrega do tráfego advindo de sua rede até o Ponto de Interconexão ou Ponto de Presença para Interconexão da prestadora recebedora do tráfego - Artigo 3º (...) VI - Ponto de Interconexão: Elemento de Rede empregado como ponto de entrada ou saída para o tráfego a ser cursado na Interconexão com outra rede, constituindo o ponto de referência para definição dos deveres e obrigações de cada uma das partes envolvidas no contrato de interconexão; VII - Ponto de Presença para Interconexão: Elemento de Rede empregado como acesso remoto de um Ponto de Interconexão, tornando-se o ponto de referência

*para definição dos deveres e obrigações de cada uma das partes envolvidas no contrato de interconexão) verifica-se que há um divisor de águas, definido em norma objetiva, explicitando que os custos da etapa complementar da interconexão deve ser suportado pela operadora de destino. 6. Logo, indevido inverter-se o regime e classificar o valor a ser repassado como um "custo" a ser suportado pela operadora de origem. 7. Com efeito, para a operadora de origem, o valor que recebe do usuário pelo serviço de telefonia via interconexão, a parte a ser repassada à operadora de destino não deve integrar a base de cálculo para a incidência de PIS e COFINS. (...). (TRF4, AC 5000984-38.2010.404.7003, Primeira Turma, Relator p/ Acórdão Joel Ilan Paciornik, juntado aos autos em 17/12/2013).*

Com as menções constitucionais/legais apostas, já é possível tecer algumas considerações.

Viu-se a hipótese de incidência do ISS (CF/88, art.153, III; LC 116/03; CTM) e também a do ICMS, no que se atine aos serviços de comunicação (CF/88, art.155, II c/c §3º; LC 87/96). Ademais, colacionou-se excerto da Lei Geral de Telecomunicações (Lei n.º.9.472/97, art.145-147) reportando à definição legal da “interconexão de rede” – objeto da consulta. Em complemento às referências constitucionais e legais, cita-se excerto da Resolução 410/2005 da Anatel que aprovou o Regulamento Geral da Interconexão:

(...)

### *Seção III*

#### *Do Provimento da Interconexão*

(...)

*Art. 12. As prestadoras de Serviços de Telecomunicações de interesse coletivo são obrigadas a tornar suas redes disponíveis para Interconexão quando solicitado por qualquer outra prestadora de Serviço de Telecomunicações de interesse coletivo.*

(...)

*Art. 32. Nos termos do contrato de Interconexão as prestadoras de Serviços de Telecomunicações de interesse coletivo podem compartilhar equipamentos, infra-estrutura, facilidades e outros meios visando à implementação da Interconexão de redes.*

(...)

## Seção II

### Da Construção das Redes

(...)

*Art. 38. As prestadoras de Serviços de Telecomunicações de interesse coletivo devem tornar disponíveis, em condições justas e não discriminatórias, facilidades, tais como cabos, fibras, dutos, postes, torres dentre outras, para uso, quando solicitado, pelas prestadoras de Serviços de Telecomunicações de interesse coletivo com a finalidade específica destas construírem suas redes.*

No mesmo diapasão, a Cláusula Décima do Convênio ICMS n°.126, de 11 de dezembro de 1998, com alterações posteriores, revogada pelo Convênio ICMS n°.16/2013, previa (sem destaques no original):

(...)

*10 - Cláusula décima. Na prestação de serviços de comunicação entre empresas de telecomunicação relacionadas no Ato COTEPE 10/08, de 23 de abril de 2008, prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC, Serviço Móvel Celular - SMC ou Serviço Móvel Pessoal - SMP, o imposto incidente sobre a cessão dos meios de rede será devido apenas sobre o preço do serviço cobrado do usuário final.*

*§ 1º Aplica-se, também, o disposto nesta cláusula às empresas prestadoras de Serviço Limitado Especializado - SLE, Serviço Móvel Especializado - SME e Serviço de Comunicação Multimídia - SCM, que tenham como tomadoras de serviço as empresas referidas no caput, desde que observado o disposto no § 2º e as demais obrigações estabelecidas em cada unidade federada.*

*§ 2º O tratamento previsto nesta cláusula fica condicionado à comprovação do uso do serviço como meio de rede, da seguinte forma:*

*I - apresentação de demonstrativo de tráfego, contrato de cessão de meios de rede ou outro documento, contendo a natureza e o detalhamento dos serviços, endereços e características do local de instalação do meio;*

*II - declaração expressa do tomador do serviço confirmando o uso como meio de rede;*

*III - utilização de código específico para as prestações de que trata esta cláusula, no arquivo previsto no Convênio ICMS 115/03, de 12 de dezembro de 2003;*

*IV - indicação, no corpo da nota fiscal, do número do contrato ou do relatório de tráfego ou de identificação específica do meio de rede que comprove a natureza dos serviços e sua finalidade. (Redação dada à cláusula pelo Convênio ICMS nº 117, de 26.09.2008, DOU 01.10.2008, com efeitos a partir de 01.07.2009);*

### III. Conclusão.

Por toda a contextura apresentada, temos que o item específico, objeto da consulta, qual seja, a “interconexão de rede” está fora do escopo da tributação pelo ISS. No âmbito local, entendemos que o “serviço” não se amolda à previsão do item 3.04 da lista anexa ao Código Tributário Municipal.

Ademais, o ISS não incide sobre atividade meio e a Constituição é expressa ao excluir do campo de incidência do imposto municipal os serviços de comunicação, atribuindo-os, exclusivamente, aos Estados (CF/88, art.155, II e §3º).

Do mais, o antigo enquadramento da atividade em apreço no item 79 (locação de bens móveis) da lista do ora revogado Decreto Lei nº.406, de 31 de dezembro de 1968, foi rechaçado pelo STF. Destaca-se a seguinte ementa:

*"Ementa: Tributo - Figurino constitucional. A supremacia da Carta Federal é conducente a glosar-se a cobrança de tributo discrepante daqueles nela previstos. Imposto sobre serviços - Contrato de locação. A terminologia constitucional do Imposto sobre Serviços revela o objeto da tributação. Conflita com a Lei Maior dispositivo que imponha o tributo considerado contrato de locação de bem móvel. Em Direito, os institutos, as expressões e os vocábulos têm sentido próprio, descabendo confundir a locação de serviços com a de móveis, práticas diversas regidas pelo Código Civil, cujas definições são de observância inafastável - artigo 110 do Código Tributário Nacional." RE 116.121, Relator para o acórdão Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgamento em 11.10.2000, DJ de 25.5.2001.*

O tema foi sedimentado com a edição da Súmula Vinculante nº. 31 que expressa: “É inconstitucional a incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza - ISS sobre operações de locação de bens móveis”.

Portanto, em nosso sentir, o serviço de interconexão de rede não está no âmbito da incidência do ISS.

Todavia, é preciso mencionar que tal conclusão difere da vislumbrada pelo Conselho Municipal de Contribuintes, isso na sistemática anterior ao advento da Lei Complementar 116/2003.

Mais recentemente, pela leitura de voto proferido no âmbito do processo n.º 41.284/2006, tem-se que o Conselho posiciona-se pela incidência do ISS com fundamento no artigo 61 da LGT, por compreender que a interconexão de rede trata-se de serviço de valor agregado (SVA) e também pelo fato de que a posição do STF acerca da inconstitucionalidade da incidência do ISS sobre locação de bens móveis não teria efeitos *erga omnes*.

Sobre os argumentos expendidos pelo Conselho, não sabemos se houve ou não a superação de tal entendimento. *Tal fato deve ser aferido pela consulente, para a baliza de sua conduta*. Não obstante, temos que com a edição da Súmula Vinculante n.º 31 não subsiste fundamento para se enquadrar a atividade de locação de bens móveis no escopo da incidência do ISS. Noutro giro, sobre os serviços de valor agregado (SVA) também não haveria, em tese, a incidência do imposto municipal, conforme assentado na doutrina:

*“(...) os serviços conexos aos de telecomunicação que não possuem autonomia própria e não tem um fim em si mesmo, consistindo em meras etapas para a prestação do serviço-fim, não podem ser alcançados pelo ISSQN<sup>3</sup>”.*

Por fim, nosso posicionamento, ora manifestado, não vincula a Consulente, sendo apenas opinativo. Todavia, caso se entenda por bem adotá-lo, é mister que o assunto seja normatizado em âmbito interno, até mesmo em reverência ao princípio da isonomia.

É nossa orientação que submetemos à ratificação superior.

Londrina (PR), 20 de novembro de 2014.

MARCELO MOREIRA CANDELORO

Procurador do Município de Londrina – Matrícula n.º 15.443-1

---

<sup>3</sup> Ob.cit.p.211.

Ratifico a Orientação Jurídica n.º. 1.901/2014-PGM. Encaminho-a para a Procuradoria-Geral Adjunta da Gestão do Contencioso. Data supra.

CARLOS RENATO CUNHA

Gerente de Assuntos Fiscais e Tributários

Procurador do Município de Londrina – Matrícula n.º.14.157-7

Recebi a Orientação Jurídica n.º. 1.901/2014-PGM, e, tendo em vista o contido na Portaria n. 5/2010-PGM, encaminho-a ao Ilmo. Sr. Procurador-Geral. Data supra.

RENATA KAWASAKI SIQUEIRA

Procuradora-Geral Adjunta de Gestão da Consultoria

Ratifico a Orientação Jurídica.

Em \_\_/\_\_/\_\_

PAULO CESAR GONCALVES VALLE

Procurador-Geral do Município

