



PARECER Nº 1109/2004

**INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL
- INTERPRETAÇÃO E CONCREÇÃO DA
CONSTITUIÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA - POSSIBILIDADE DE O EXECUTIVO
MUNICIPAL DECLARAR A INEFICÁCIA DE LEI
VÁLIDA NO ÂMBITO DO MUNICÍPIO -
ADEQUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO AO
PRINCÍPIO DA LEGALIDADE FORMAL
(RESERVA DE LEI) - ORIENTAÇÃO PELO
PRECEITO DA PROPORCIONALIDADE -
EXIGÊNCIA DE ANULAÇÃO DE ATO
ADMINISTRATIVO EMITIDO COM BASE EM LEI
RECONHECIDAMENTE INCONSTITUCIONAL -
EFEITOS JURÍDICOS E LEGAIS.**

A Célula de Gestão Tributária solicitou manifestação desta Procuradoria-Geral sobre a conformação da Administração à legalidade, no que diz respeito à aplicação das Leis Complementares Municipais nºs 312/93 e 333/94, que tratam da progressividade extrafiscal do IPTU, prevista no art. 182, § 4º, II da Constituição Federal. Em caráter preliminar e em regime de urgência, a Equipe de Defesa Tributária, juntamente com a Equipe de Assuntos Legislativos, opinou no sentido de que deveriam ser anulados *ex officio* os lançamentos tributários feitos com base nas referidas leis (inscritos ou não em dívida ativa) com todas as conseqüências daí advindas, tais como expedição de Certidão Negativa de Débito para aqueles contribuintes que assim o requeressem.

Ratificado o entendimento pelo Procurador-Geral e pelo Secretário Municipal da Fazenda e ultimadas as providências iniciais, o expediente retorna para parecer definitivo, pelo que se passa a tecer as seguintes considerações.

1. As Leis Municipais 312/93 e 333/94 pretenderam dar efetividade, no âmbito municipal, ao art. 182, § 4º, II, da CF/88, *verbis*:

Art. 182

§ 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado, ou não utilizado, que promova o seu adequado aproveitamento, sob pena de, sucessivamente:

(....)

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

2. Segundo o sistema tributário nacional, tal norma institui a chamada progressividade extrafiscal do IPTU, ou tributação progressiva no tempo, com vistas ao cumprimento da função social da propriedade. O Município de Porto Alegre, interpretando a Constituição, editou as referidas leis antes que o Congresso Nacional viesse a regulamentar o referido dispositivo constitucional, mediante a promulgação da Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001 (Estatuto da Cidade). Assim, há que se verificar se os diplomas legais edilícios estariam em conformidade com a sistemática constitucional que se rege pelo princípio da reserva legal, que, *in casu*, condiciona a efetividade do inciso II do § 4º do art. 182 da CF/88 à edição de norma regulamentadora federal.

3. Em que pesem as posições assumidas pelo Município em Juízo, e o entendimento inicial de que as leis municipais são constitucionais, o STF acabou por firmar o entendimento de que *"e inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda Constitucional nº 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana."* (Súmula 668). Antes mesmo da edição da súmula referida, o STF já vinha firmando posição, como a explicitada em despacho exarado na medida cautelar nº 1.245-3-SP:

"(...)

"Na realidade, cumpre reconhecer que, tratando-se do IPTU, a única progressividade admitida, pelo texto constitucional, é aquela de índole extrafiscal, que só pode ser instituída pelo município com a finalidade exclusiva de fazer cumprir a função social da propriedade, observados, no entanto, os parâmetros indeclináveis, fixados em LEI FEDERAL, reclamada pela própria Constituição da República (art. 182, § 4º).

(....)

"Vê-se, pois, consoante emerge do próprio texto constitucional, que a progressividade do IPTU, para legitimar-se, deve perseguir finalidade marcadamente extrafiscal, qual seja, o cumprimento da função social da propriedade.

"Existe, pois, a condicionar a atuação normativa do Legislador municipal, em tema de progressividade do IPTU, um parâmetro constitucional que, previsto no art. 156, § 1º, e reiterado no art. 182, §§ 2º e 4º, inciso II, da Carta Política, delimita e restringe o poder dos municípios.

"Vê-se, portanto, a partir das considerações expostas, que a adoção do critério da progressividade do IPTU – embora inquestionavelmente justa e socialmente legítima – está sujeita, por efeito de explícita determinação constitucional, a determinadas limitações de ordem jurídica, notadamente, aqueles cujo fundamento reside no artigo 182, § 4º, da Carta Política.

*“A ausência de lei federal a que se refere o artigo 182, § 4º, da Constituição – Lei Federal que ainda não foi editada – atua em tema de progressividade do IPTU como **fator inibitório da instituição, qualquer município**, do Imposto Predial e Territorial Urbano, com alíquotas progressivas.”*

4. Tal entendimento traduz um princípio basilar do ordenamento constitucional brasileiro, qual seja o de que a Administração Pública deve se conformar ao Preceito da Legalidade. Segundo uma noção restritiva (mínima), o princípio da legalidade “é uma relação de não-contrariedade, de não-incompatibilidade, ou positivamente, de compatibilidade”, afirma Eisenmann,¹ e isto significa apenas que a Administração está submetida à lei, devendo proceder de forma compatível com o sistema de normas legislativas. Sendo assim, pela primazia da lei, as autoridades administrativas têm a tarefa de executar as leis.² Já de acordo com uma noção mais larga, a relação de legalidade é uma relação de conformidade que tem duas direções: a) formal, em que a emissão do ato se desenvolve em conformidade com o esquema processual fixado em lei; b) material ou substancial, em que o conteúdo do ato é modelado pela norma. O princípio de conformidade, então, “postula a existência da regulamentação-módulo como condição necessária para cada ato”,³ de modo que a ausência de regulamentação impede a prática do ato. Então, pelo princípio da compatibilidade, a Administração pode fazer tudo o que não seja, de uma forma ou de outra, proibido pela lei; o princípio da conformidade não permitirá que a Administração faça o que não lhe for permitido, de uma forma ou de outra, por essa mesma lei. Contrariedade é o desacordo com o disposto numa norma - plano da emissão ou do conteúdo e,

¹ EISENMANN, Charles. O Direito Administrativo e o Princípio da Legalidade. RDA, Vol 56, p. 54.

² Ver MAURER, Harmut. *Elementos de Direito Administrativo Alemão*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2000, p. 45. Tradução das conferências realizadas em Porto Alegre, abril de 2000, por Luís Afonso Heck.

³ EISENMANN, cit., p. 56.

conformidade, a idéia de similitude ou reprodução - norma como modelo do ato administrativo. A conformidade lógica ou racional é o que importa para a definição da legalidade. As relações de compatibilidade ou conformidade se suscitam quanto ao modo de produção dos atos e não só quanto ao fundo, sendo, então, requisitos de competência e forma.

Advém daí que as relações entre a lei e o desempenho da função administrativa se caracterizam pela polivalência, pois a legalidade administrativa pode tanto significar precedência da lei, preferência da lei, compatibilidade ou não-contradição (*Vorrang des Gesetzes*), quanto ser a exigência de que a prática de um ato pela Administração corresponda à sua previsão em lei vigente (princípio da reserva legal ou de conformidade - *Vorbehalt des Gesetzes*). A vinculação da Administração à legalidade, por conseguinte, manifesta-se em dois vetores: a) sua competência funda-se juridicamente, em textos legais emanados do Parlamento, e não só nas instruções e comandos do príncipe; b) os direitos dos particulares surgem como limite externo à atividade da Administração e esta atividade está submetida ao controle judicial.⁴ Pela primazia da lei (*Vorrang des Gesetzes*), então, a Administração está vinculada às leis existentes; pela reserva de lei (*Vorbehalt des Gesetzes*), a atuação da Administração deve ter um fundamento e uma autorização legal.⁵

5. Não é difícil perceber que a questão em tela é de **reserva de lei**, e daí se põe o problema do controle dos atos da Administração. Controle é a atividade de fiscalização exercida pelos cidadãos em relação aos atos estatais. Quando o ato é ordem geral e abstrata, válida igualmente para todos (lei em sentido material), o controle é normativo e se cingirá a verificar se o ato em questão, ou mesmo uma lei, é adequado - em forma e conteúdo - à Constituição. É o

⁴ Cf. MAURER, cit., p. 47 e SÉRVULO CORREIA, José Manuel. *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 18.

⁵ Cf. MAURER, cit., p. 45.

controle de constitucionalidade. De outra parte, quando o ato estatal é ordem determinada, especial, a fiscalização se restringirá aos aspectos de legalidade (conformação do ato com o ordenamento jurídico em geral) e legitimidade (competência para a prática do ato), e o controle é administrativo.

6. A Constituição republicana, de 1891, adotou explicitamente não só o modelo norte-americano de Estado – o Estado Federal – como também introduziu o sistema de jurisdição única, de feição inglesa, para o controle jurisdicional da Administração Pública. Pelo sistema de jurisdição única, as autoridades judiciárias conhecem de quaisquer ações, independentemente de estas se terem originado ou não em atos da Administração Pública. Neste particular, ressalta Seabra Fagundes que “nos países de regime presidencial, como o nosso, ficando o Executivo, praticamente, acima das intervenções do Parlamento, que só de modo indireto e remoto influi na sua ação e a fiscaliza, cresce de importância a interferência jurisdicional, no exame da atividade administrativa”.⁶ A Lei no. 221, de 20.11.1894, ao definir os limites entre a legalidade e o mérito dos atos administrativos a propósito do âmbito da ação sumária especial (ação destinada a invalidar atos ou decisões da administração federal, lesivos aos interesses individuais), foi a primeira tentativa clara e inequívoca de garantir o cidadão contra o Estado, abrindo caminho para a adoção explícita do sistema único de controle da Administração, feita pela Constituição de 1946.⁷ De outra parte, a introdução, no sistema jurídico

⁶ SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O Contrôlo dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 114.

⁷ Cf. CAIO TÁCITO, *Direito Administrativo*, p. 15 e OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *Jurisdição e Administração* (notas de direito brasileiro e comparado). *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. Nº 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro-dezembro de 1993, p.40. Ver, também, artigos 13º, *caput* e § 9º, letras “a” e “b”, e § 10º, da Lei 221, *verbis*: Art. 13º - “Os juizes e tribunaes federaes processarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuaes por actos ou decisão das autoridades administrativas da União; ” § 9º - “Verificando a autoridade judiciaria que o acto ou resolução em questão é illegal, o annullará no todo ou em parte, para o fim de assegurar o dieito ao autor: a) Considerando illegaes os actos ou decisões administrativas em razão da não applicação ou indevida applicação do direito vigente. A autoridade judiciaria fundar-se-há em razões juridicas, abstendo-se de apreciar o merecimento de actos administrativos, sob o ponto de vista de sua conveniencia ou oportunidade; b) A medida administrativa tomada em virtude de uma faculdade ou poder

brasileiro, do instituto da ação popular (texto da Constituição de 1946 e sua regulamentação, Lei 4.717/65), o alargamento de seu âmbito de aplicação, aliado ao amplo repertório de meios processuais previstos na Constituição de 1988, outorgaram ao cidadão brasileiro um elenco de instrumentos de controle do Estado que não encontra similar em outros sistemas jurídicos.⁸

7. A tendência de reforçar-se o controle jurisdicional sobre a Administração, ficou claramente delineada na Constituição Federal de 1988, inaugurando um caminho fecundo que Almiro do Couto e Silva denominou “democratização da defesa do interesse público” porque permite aos cidadãos agirem *pro populo*, isto é, postularem, em juízo, “a invalidação de atos lesivos ao interesse público, com a responsabilização de seus autores”.⁹ Com o amplo repertório de meios de controle do Poder Público instituídos na Constituição e na legislação infraconstitucional - ações diretas de inconstitucionalidade por ação ou omissão, Lei da Ação Civil Pública e todas as outras formas de controle especificamente administrativo, “a lesão ao interesse, individual, difuso ou coletivo, dá legitimação para provocar a manifestação do Poder Judiciário, num amplo leque de matérias de utilidade pública,¹⁰ de forma que, além de direitos subjetivos - direitos constitucionalmente garantidos - também restam protegidos os interesses legítimos. Assim, no Brasil, chegou-se a uma concepção de pleito civil, *lato sensu*, “em que se tratam pretensões de direito público, como se tratam pretensões de direito privado, só se reconhecendo a hierarquia das

discricionário sómente será havida por ilegal em razão de incompetencia da autoridade respectiva ou do excesso de poder.” § 10º - “Os juizes e tribunaes apreciarão a validades das leis e regulamentos e deixarão de applicar aos casos occurrentes as leis manifestamente inconstitucionaes e os regulamentos manifestamente incompativeis com as leis ou com a Constituição.”

⁸ CF. COUTO E SILVA, Almiro. *Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas*. Informação por correio eletrônico: <http://www.ufrgs.br/mestredir>

⁹ COUTO E SILVA, p. 24. No texto, o autor explica que até a Constituição de 1946, que instituiu a ação popular, a defesa do interesse público se dava de forma indireta, pela defesa de direitos subjetivos lesados ou ameaçados de lesão. Era o sistema a que Duguit chamou de “contencioso subjetivo”.

¹⁰ COUTO E SILVA, p. 25.

regras jurídicas(...), mas estabelecida a justiça igual sob lei processual igual”,¹¹ salvo exceções como a Lei das Execuções Fiscais (Lei 6839/80) e, mais modernamente, a Lei de Processo Administrativo.

8. Segundo a sistemática constitucional brasileira, o controle da constitucionalidade das leis (atos normativos) e atos administrativos em geral pode ser feito de forma **difusa**, pelo sistema de jurisdição única, ou **concentrada**, mediante as ações diretas de inconstitucionalidade. Na hipótese que ora se discute, muitos contribuintes propuseram ações ordinárias declaratórias de inconstitucionalidade das referidas leis municipais, obtendo, em todas, ganho de causa. Na medida em que tais decisões não geram efeitos *erga omnes* (porque não proferidas em sede de controle concentrado), se torna uma questão tormentosa para a Administração Municipal reconhecer, de plano, a inconstitucionalidade de leis municipais válidas e deixar de aplicá-las, em face de sua vinculação à Legalidade formal. À primeira vista, estaria proibida de fazê-lo, considerando o sistema de repartição de competências funcionais postos na Constituição da República. Daí, há que se verificar se o Executivo Municipal pode, no controle de constitucionalidade, sob o argumento da inconstitucionalidade, se negar a dar cumprimento a uma dada decisão legislativa (lei ou ato normativo). Essa verificação só pode ser feita mediante um exame dos limites da atividade interpretativa, quando se trata de concretizar a Constituição.

9. Considerando que o direito é uma “arte política”, axiologicamente orientada, porque cada estágio da produção jurídica tem valores a fazer cumprir, a levar para a vida prática¹², resta evidente que o direito não resulta nem da mera tradição religiosa nem de simples disposições políticas ou

¹¹ Cf. PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*, I/46, Rio de Janeiro: Forense, 1974, *apud* OLIVEIRA, Carlos A., p. 43.

¹² A expressão é de SEBASTIÃO CRUZ. *Direito Romano (Ius Romanum)*. Tomo I. 4ª ed. Coimbra: 1984, p. 79.

costumes sociais tão somente. “A singularidade do direito reside em outro ponto, uma prática cultural de reflexão e composição, tipificação e mediação que integra e supera tradições, ordens e usos”.¹³ Advém daí que a entidade “direito” encontre sua raiz na jurisprudência, nos seus resultados e técnicas que foram conservados. Na medida em que foi possível recuperar o conceito de direito como liberdade e jurisprudência – ordem de cultura e convivência – sempre que se diz “direito”, se diz “justiça”, porque direito é expressão da justiça: o justo, adjetivo correspondente a justiça, é o que corresponde ao direito, o conforme ao direito.

Se isto é assim, sempre que esteja em causa interpretar e aplicar as normas de direito público, principalmente a Constituição, o intérprete deve se orientar pela racionalidade própria a este ramo do direito, no caso, pela tese da Justiça Distributiva, que estabelece os parâmetros para as relações entre o todo e as partes, segundo a milenar tradição jurídica do Ocidente. Quando o jurista toma o sentido de uma norma a partir de e em virtude de um caso concreto, é sua tarefa mediar compreensivamente a aplicação originária da norma e a aplicação atual. Sendo assim, muitas vezes, quem “aplica” o direito terá que fazer concessões à lei em sentido estrito, não porque não seja possível fazer as coisas de outro modo, senão porque de outro modo não seria justo. Como diz Gadamer, o intérprete “fazendo concessões frente à lei não elimina aspectos da justiça, senão, que pelo contrário, encontra um direito melhor”.¹⁴ Dado que a tarefa da interpretação é concretizar a norma, isto é, aplicá-la, ela é, de início uma tarefa prática. Neste caso, compreender e interpretar significa reconhecer um sentido vigente, e a condição que torna isto possível é precisamente a pertença a uma tradição espiritual-científica: o intérprete “pertence” a seu texto como o “olho” pertence à perspectiva de um quadro, de modo que aquele que compreende não elege arbitrariamente o seu ponto de vista, pois este lhe é dado

¹³ CLAVERO, Bartolomé. *Institucion Histórica Del Derecho*. Madrid: Civitas, 1990.

¹⁴ GADAMER, Hans Georg. *Verdad y Metodo*. Salamanca: Sígueme, 1993, p. 389.

previamente. Assim, a interpretação jurídica é complementação produtiva de todo o direito, dado que a pertença que se exige do intérprete é o reconhecimento de que o ordenamento jurídico é válido para todos e que, por conseguinte, não existem exceções em relação a ele. Ademais, exige-se do intérprete uma certa pré-compreensão, que é nada mais do que esta relação vital que se estabelece entre ele e a tradição (o seu conhecimento prévio e anterior em relação ao tema dado). Daí, o sentido que se deve compreender só se concretiza e completa na interpretação, fazendo com que a compreensão implique sempre a aplicação do sentido compreendido. Isto posto, tanto o juiz quanto o administrador estão legitimados para realizar a complementação do direito no exercício de suas competências e quando o fazem frente ao sentido original de um texto legal, o que fazem é o que de todos os modos tem lugar em qualquer forma de compreensão.

10. Interpretação em geral é a possibilidade de referir um sinal ao seu designado ou a operação como um sujeito (intérprete) refere um sinal ao seu objeto. Fala-se, também, de Interpretação na ciência quando se faz corresponder a um sistema axiomático um determinado modelo. Heidegger a definiu como o desenvolvimento e a realização efetiva da compreensão. A Interpretação não é a tomada de cognição do compreendido, mas a elaboração das possibilidades projetadas na compreensão.

Na interpretação de textos e sentenças judiciais, os termos que exprimem o normativo cobram na linguagem da jurisprudência um significado muito mais preciso do que o que têm na linguagem corrente e geral. Este significado não resulta todavia, em primeira linha, de má definição mas do seu papel, da sua função na cadeia de sentido da esfera normativa do Direito, do seu uso estabelecido no jogo de linguagem e da sua referência de sentido a outros termos, complementares ou opostos entre si, da mesma esfera de sentido. Daí que a Interpretação é uma atividade de mediação pela qual o intérprete

compreende o sentido de um texto, que se lhe tenha deparado como problemático. O intérprete tem presente os diferentes significados possíveis de um termo ou de uma sequência de palavras e pergunta-se sobre qual é o significado correto. Para tal, interroga o contexto textual e o seu próprio conhecimento do objeto de que o texto trata, examina a situação que deu origem ao texto ou ao seu discurso, assim como outras circunstâncias hermenêuticamente relevantes que possam ser consideradas como indícios relativamente ao significado procurado. A conclusão a que chega não é uma conclusão logicamente vinculante, mas uma opção devidamente fundamentada, entre diferentes possibilidades de interpretação. Interpretar um texto quer dizer decidir-se por uma dentre muitas interpretações possíveis, com base em considerações que fazem tal interpretação parecer como a correta. A jurisprudência é precisamente uma ciência porque problematiza por princípio textos jurídicos, questiona-os sobre as diferentes possibilidades de interpretação.

11. Sempre que se aplica uma norma jurídica é preciso decidir, dentre os fatos ocorridos, qual dele é pertinente (exame de pertinência) e, dentre todos os pontos de vista, qual deles são adequados para interpretar os fatos em exame (exame da valoração). Na tese da distinção entre regras e princípios, vale ressaltar que as regras só podem ser superadas se houver razões fortes e suficientes para isso (razoabilidade). Daí, a interpretação de qualquer objeto submete-se a algumas condições essenciais sem as quais ela não se dá. A essas condições se dá o nome de postulados: hermenêuticos (destinados à compreensão em geral do direito) e postulados aplicativos, cuja função é estruturar sua aplicação concreta. Os postulados normativos aplicativos, que orientam a aplicação das normas, são dirigidos ao intérprete e aplicador (juiz, administrador, legislador). Dentre eles, destacam-se a proporcionalidade e concordância prática. Por isso, interpretar é unir e ordenar, e a interpretação do direito deve orientar-se na unidade (formal-material-aplicativa).

12. A interpretação constitucional abrange normas constitucionais em sentido amplo: princípios e regras, valores, bens e interesses imediatamente garantidos pelas normas constitucionais. As normas constitucionais tributárias, por exemplo, protegem a liberdade, a propriedade e a dignidade do contribuinte (o cidadão). Nesse caso, a interpretação se deve orientar pelos valores supremos da Constituição, tais como preservação dos direitos sociais e individuais, liberdade, segurança, bem-estar, igualdade e justiça. Na medida em que a Constituição Federal institui princípios formais (procedimento e forma) e materiais (conteúdo), a interpretação constitucional adequada deve buscar a unidade entre princípios formais e materiais (postulado da unidade ou coerência substancial). A interpretação constitucional, desse modo, deve considerar princípios objetivos de índole jurídico-funcional ou jurídico-material (por exemplo, a distribuição de tarefas entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário ou o da unidade da Constituição).

13. Dentre as várias interpretações possíveis sempre obtém preferência aquela que melhor concorde com os princípios da Constituição. Da intenção do legislador se preserva o máximo que se pode preservar segundo a Constituição. Trata-se, aqui, de redução teleológica. Isto não só se faz quando a lei, sem a consideração de pontos de vista jurídico-constitucionais, admite uma interpretação que é compatível com a Constituição, mas também quando há um conteúdo ambíguo ou indefinido na lei, que pode ser determinado por conteúdos da Constituição. Na interpretação conforme a Constituição, as normas constitucionais não só normas de exame, mas também normas materiais para a determinação dos conteúdos de leis ordinárias. O princípio encontra suas raízes no princípio da unidade da ordem legal (ou do ordenamento) mais do que no da observação da ordem de valores da Constituição. Pelo motivo da unidade, as leis que são publicadas sob a vigência da Constituição devem ser interpretadas de acordo com ela e o direito que continua a vigor de época

anterior deve ser ajustado à nova situação constitucional. Por causa disso, interpretação conforme à Constituição é de significado jurídico-funcional essencial. Requer a coordenação das funções dos órgãos participantes no procedimento de concretização, que satisfaz à função jurídico-material. Este tipo de interpretação coloca não somente a questão sobre o conteúdo da lei a ser examinada, mas também a questão sobre o conteúdo da Constituição, no qual a lei deve ser medida. Interpreta-se tanto a lei quanto a Constituição. Esse efeito confirma a correlação apertada de Constituição e lei e, com isso, a idéia de unidade da ordem jurídica. A orientação, então, deve ser pelo preceito da igualdade, princípio e regras da legalidade, devido processo de direito, ampla defesa, proteção a confiança, etc.

14. É inegável que a autoridade administrativa pode, a qualquer momento, rever seus atos principalmente tendo-se em vista as circunstâncias concretas, os critérios de atuação conforme a lei e o Direito (princípio da legalidade), de adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público (preceito da proporcionalidade) e, ainda, a adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados. Pelo Princípio da Proteção à Confiança, não pode a Administração Pública modificar, em casos concretos, orientações firmadas para fins de sancionar, agravar a situação dos administrados ou denegar-lhes pretensões. Isso é assim porque a presença dos valores da lealdade, da honestidade e da moralidade aplicam-se necessariamente às relações entre a Administração e os administrados. Se a Administração não pode exercer seu poder de forma a atender a confiança daquele com quem se relaciona, tampouco o administrado pode atuar em observância às exigências éticas. A aplicação do princípio da proteção à confiança, sua absorção por determinada realidade jurídica, permite ao administrado recobrar a certeza (confiança de

que não lhe será imposto uma prestação que só superando dificuldades extraordinárias poderá ser cumprida) de que a Administração não adotará uma conduta confusa e equívoca que mais tarde lhe permita tergiversar suas obrigações nem exigir do administrado mais do que seja estritamente necessário para a realização dos fins públicos perseguidos.¹⁵ Daí, o referido princípio visa à conservação de estados obtidos e dirige-se contra modificações jurídicas posteriores.

15. Assim, pode-se afirmar, em relação à aplicação do princípio, que a Administração Pública e o administrado hão de adotar um comportamento leal em todas as fases de constituição das relações até o aperfeiçoamento do ato e das possíveis conformações ao que haja nascido defeituoso. A lealdade no comportamento das partes na fase prévia de constituição das relações obriga a uma conduta clara, inequívoca, veraz, pelo que se rechaça qualquer pretensão que se baseie em uma conduta confusa, equívoca e maliciosa. Através do princípio da proteção à confiança, se presume *iuris tantum* que os órgãos administrativos exercerão suas potestades de acordo com o Direito, presunção que não pode ser destruída por simples conjecturas.

16. Esta presunção decorre dos atributos dos atos administrativos, entendidos como *“características que permitem afirmar que ele se submete a um regime jurídico administrativo ou a um regime jurídico de direito público”*¹⁶. Tais características se subsumem em a) *presunção de legitimidade*; b) *executoriedade*; c) *imperatividade*; d) *exigibilidade*. De acordo com Celso Antonio Bandeira de Mello,¹⁷ *“Os atos administrativos possuem atributos típicos, inexistentes nos atos de Direito Privado. Enquanto alguns deles acompanham quaisquer atos administrativos, outros têm cabida e razão de existir apenas nos casos em que o Poder Público expede*

¹⁵ Cf. GONZALES PEREZ, Jesus. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. Civitas, Madrid, 1983, *passim*.

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Z. *Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1991., pp.149/153

¹⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 257.

atos que condicionam, restringem, a situação jurídica dos administrados ou, de todo modo, quando visam propor-se como impositivos para eles.(...) Salientam-se entre os atributos dos atos administrativos os seguintes: a) Presunção de legitimidade - é a qualidade, que reveste tais atos, de se presumirem verdadeiros e conformes ao Direito, até prova em contrário.(...). b) Imperatividade - é a qualidade pela qual os atos administrativos se impõem a terceiros, independentemente de sua concordância.(...) c) Exigibilidade - é a qualidade em virtude da qual o Estado, no exercício da função administrativa, pode exigir de terceiros o cumprimento, a observância, das obrigações que impôs.(...) d) Executoriedade - é a qualidade pela qual o Poder Público pode compelir materialmente o administrado, sem precisão de buscar previamente as vias judiciais, ao cumprimento da obrigação que impôs ou exigiu". Em última instância, os atos os atos administrativos têm "presunção ou aparência de legalidade".¹⁸

17. Diante destas características (atributos), os atos administrativos podem ser revogados ou anulados, e isto diz respeito à sua eficácia. Revogação é a *supressão de um ato administrativo legítimo e eficaz, realizada pela Administração - e somente por ela - por não mais lhe convir a sua existência. Toda revogação pressupõe, portanto, um ato legal e perfeito, mas inconveniente ao interesse público*".¹⁹ Já anulação é declaração de invalidade de um ato administrativo ilegítimo ou ilegal, feita pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário. Baseia-se, portanto, em razões de legitimidade ou legalidade. De acordo com Celso Antonio Bandeira de Mello,²⁰ "*valemo-nos do termo 'invalidade' para abranger quaisquer casos de desconformidade com o Direito. Evitamos usar com este fim o nomem juris 'anulação', já que tal palavra é correntemente manejada para o batismo de uma das espécies.(...) Invalidação é a supressão, com efeito retroativo, de um ato administrativo ou da relação jurídica dele nascida, por haverem sido produzidos em*

¹⁸ COUTO E SILVA, Almiro. Princípio da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. *Revista de Direito Público*, nº 84, São Paulo, 1987, p. 46

¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 158

²⁰ Cit., pp. 290/291

desconformidade com a ordem jurídica.” Nesse sentido, é pacífica a tese de que, se a Administração praticou ato ilegal pode anulá-lo por seus próprios meios, consoante a Súmula 473 do STF, *verbis*:

“A ADMINISTRAÇÃO PODE ANULAR SEUS PROPRIOS ATOS, QUANDO EIVADOS DE VICIOS QUE OS TORNAM ILEGAIS, PORQUE DELES NÃO SE ORIGINAM DIREITOS; OU REVOGA-LOS, POR MOTIVO DE CONVENIENCIA OU OPORTUNIDADE, RESPEITADOS OS DIREITOS ADQUIRIDOS, E RESSALVADA, EM TODOS OS CASOS, A APRECIÇÃO JUDICIAL.”

18. Por estas razoes, o STF, enfatizou, nos autos da ADIn nº 221, Rel. Ministro Moreira Alves, DJ de 22.10.1993, *“que os Poderes Executivo e Legislativo, por sua Chefia, podem determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei que considerem inconstitucionais.”*²¹

Esta possibilidade é reforçada, no caso concreto, tendo em vista que a regra contida da Carta Magna é de eficácia contida, ou seja, condicionada sua efetividade à edição de lei federal regulamentadora. Portanto, a progressividade extrafiscal como instrumento regulatório da função social da propriedade, definida no art. 182, § 4º, II da CF/88, **só tem eficácia a partir da edição da Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001.**

19. Isto posto, dada a posição e as prerrogativas da Administração Pública, o efeito principal interpretação aqui veiculada a **invalidez do ato, isto é, há que se reconhecer** que os lançamentos perpetrados sob a égide das leis

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. IBDC, Celso Bastos Ed., 1998, p. 312.

municipais nº 312/93 e 333/94 são nulos. Tal orientação também resulta da aplicação do preceito da proporcionalidade, com suas máximas parciais de adequação (alcançar o resultado esperado); necessidade (aplicação do meio mais benigno) e proporcionalidade em sentido estrito (juízo sobre o equilíbrio entre a relação meio e fim) que é **obrigatória no caso** porque o referido postulado é uma condição de possibilidade de aplicação devida de todo o Direito, isto é, estabelece uma estrutura formal de aplicação dos princípios e regras envolvidos em cada caso concreto: o meio escolhido deve ser necessário e não excessivo.²²

Assim, se o controle da proporcionalidade abrange quatro planos: a) a determinação do fim a perseguir; b) o juízo sobre a aptidão ou adequação do meio adotado; c) o juízo sobre a indispensabilidade do meio adotado e d) a proporcionalidade em sentido estrito, parece evidente que na hipótese *in casu*, devem ser anulados os atos administrativos emitidos com base nas leis municipais em comento, porque: a) a finalidade – adequar a ação da Administração à Constituição – é um dever inafastável para o Executivo Municipal, na medida em que o STF já declarou que as leis municipais editadas antes do Estatuto da Cidade são inconstitucionais; b) o meio adotado é adequado para prevenir situações futuras e para recompor o *status quo ante* e, c) a anulação dos lançamentos feitos é indispensável para assegurar a fiel concreção dos comandos constitucionais e infraconstitucionais sobre a matéria e, d) em uma ponderação de meios e fins, verifica-se que a não concessão de Certidão Negativa de Débito aos contribuintes que possuem dívidas constituídas com base nas leis consideradas inconstitucionais pela Administração Fazendária, é medida excessiva, uma vez o IPTU progressivo no tempo, para assegurar a função social da propriedade urbana, só pode ser validamente exigido dos munícipes a partir de 2001. Ademais, se na maioria

²² Cf. ÁVILA, Humberto B. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003, *passim*.

dos casos sequer houve o pagamento da dívida constituída, não se caracteriza qualquer prejuízo para a Administração a anulação da tais lançamentos. Isto é assim porque o dever de proporcionalidade tem a função de estabelecer limites à atividade estatal e determina que um meio deva ser adequado, necessário - isto é, dentre todos os meios adequados aquele menos restritivo - e não deva ficar sem uma relação de proporcionalidade relativamente ao fim instituído pela norma.

20. Ante o exposto, se pode concluir que, ausente à época da publicação das leis municipais nº 312/93 e 333/94, a lei federal exigida pelo artigo 182, §4º, II, da CF/88, não poderia o legislador municipal e, menos ainda, o Chefe do Poder Executivo, dar executoriedade e dispor, no âmbito municipal, sobre a progressividade extrafiscal da forma que hoje é disciplinada pela Lei Federal nº 10.257/2001. Como até o momento, as leis municipais em comento não foram declaradas inconstitucionais em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, resta ao Executivo deliberar, não sobre a sua validade - eis que válidas são, pela sistemática constitucional em vigor -, mas sim sobre a sua **eficácia**, uma vez que ao Chefe do Poder Executivo cabe, se entender inconstitucional determinado regramento edilício, **deixar de aplicá-lo administrativamente**. Pode, portanto, o Executivo, no plano municipal, **deixar de cumprir** os ditames das leis municipais nº 312/93 e 333/94, ao argumento de sua inconstitucionalidade, mesmo que ainda não declarada pelo Poder Judiciário Estadual, na forma prevista no art. 95, XII, d, da Carta da Província. Não seria razoável que o Executivo se visse compelido a aplicar lei que considerasse, fundamentadamente, incompatível com a ordem constitucional vigente, se não dispusesse de outra possibilidade de provocar um pronunciamento jurisdicional sobre a matéria.

Diante do exposto, outra conclusão não se pode chegar senão a de que os lançamentos perpetrados sob a égide das leis municipais nº 312/93 e 333/94 são

nulos, eis que fundados em leis entendidas pela administração municipal como **inconstitucionais**.

Em conclusão:

1) As Leis Municipais n. 312/93 e 333/94, embora válidas, podem ser declaradas ineficazes pela Administração Pública Municipal, mesmo que não tenham sido objeto de declaração formal de inconstitucionalidade *in abstracto*, porque:

- a) foram declaradas inconstitucionais em inúmeras ações propostas por contribuintes (controle difuso de constitucionalidade);
- b) o STF, guardião da Constituição, firmou o entendimento, na Súmula 668, *de que "é inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda Constitucional nº 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana;"*
- c) a Administração Pública Municipal, no exercício de sua competência funcional, também interpreta e concretiza a Constituição Federal. Ao fazê-lo, deve orientar-se pela racionalidade própria do direito público, a saber, os ditames da Justiça Distributiva;
- d) a Administração pode reconhecer a inconstitucionalidade das leis municipais, ante a incidência do princípio e da regra da Legalidade em sentido formal (reserva de lei – exigência de lei formal para intervenções ablativas na liberdade e na propriedade dos cidadãos);

e) orientada pelo preceito da proporcionalidade e pela sistemática de revogação e anulação dos atos administrativos, a Administração Fazendária pode anular os lançamentos tributários feitos com base em lei que considera inconstitucional, para a manutenção da unidade da ordem jurídica e da Constituição.

2. Por conseguinte, anulados os lançamentos fiscais feitos com base em lei reconhecida como inconstitucional, a Administração deve disciplinar os efeitos dessa anulação, tais como emitir Certidões Negativas de Débito aos contribuintes que a requererem, dar baixa dos créditos já inscritos em dívida ativa e desistir das ações executivas ajuizadas para a cobrança de tais créditos.

3. Para que seja vinculativa essa orientação, sugere-se a remessa do expediente ao Prefeito Municipal, para homologação.

É o parecer, s.m.j

À Superior Consideração.

Porto Alegre, 22 de dezembro de 2004.

Maren Guimaraes Taborda
Procuradora do Município de Porto Alegre
Equipe de Defesa Tributária – EDT
OAB/RS 19.670 - Matr. 66.893.9

Gamaliel Valdovino Borges
Procurador do Município de Porto Alegre
Equipe de Defesa Tributária - EDT
OAB/RS 14.714 - MATR. 52.891-9

Marcelo Dias Ferreira
Procurador do Município de Porto Alegre
Equipe de Assuntos Legislativos - EAL
OAB/RS 39.942 – MATR. 61.264-8

HOMOLOGAÇÃO

APROVO o Parecer nº 1109/04, subscrito pelos procuradores MAREN GUIMARÃES TABORDA, GAMALIEL VALDOVINO BORGES e MARCELO DIAS, que orienta a anulação dos lançamentos tributários decorrentes da progressividade das extra-fiscal das alíquotas do IPTU, face sua inconstitucionalidade.

Registre-se. Ciência EDT e EEF/PGM da homologação.

Após, remeta-se o expediente a SMF.

PGM, 29 de dezembro de 2004.



ROGERIO FAVRETO
Procurador-Geral do Município