PARECER N.º: 724/92

PROCESSO N.º: Ofício SMIC nº 403/92./ 1.028361.92.0

INTERESSADO: Secretaria Municipal da Produção, Indústria e Comércio.

ASSUNTO: Taxa de Fiscalização de Localização e Funcionamento - Inconstitucionalidade do inc. XX, do art. 1º, da LC nº 209/89 - Efeitos.

EMENTA: - Taxa de Fiscalização de Localização e Funcionamento (TFLF) - Inconstitucionalidade da nova base de cálculo introduzida pelo inc. XX, do art. 1º, da Lei Complementar Municipal nº 209, de 28 de dezembro de 1989, declarada em Ação Direta de Inconstitucionalidade pelo Tribunal de Justiça do RS - Efeitos - Nulidade desde a publicação da alteração da base de cálculo da TFLF - Continuidade da cobrança da taxa com fulcro nos critérios estabelecidos na Lei Complementar nº 7, de 7 de dezembro de 1973 e alterações posteriores - Possibilidade

- Repetição do Indébito Tributário - Necessidade quando o valor cobrado, tomando por base o dispositivo declarado inconstitucional, for superior àquele devido levando-se em consideração a base de cálculo anterior - Necessidade de auferição caso a caso - Imprescindível o requerimento expresso da parte interessada - Devolução, na via administrativa, somente após o trânsito em julgado da decisão do Tribunal de Justiça

- Multas por Infração ao Código de Posturas do Município - Continuidade da cobrança - Necessidade de utilização de base (Tabela) prevista na Lei Complementar nº 7/73 - Manutenção de critérios objetivos por parte da Administração - Princípio da Moralidade Administrativa - Constituição Federal, art. 37, "caput".

A Secretaria Municipal da Produção, Indústria'

...

...

e Comércio (SMIC) formulou consulta a esta Procuradoria -Geral acerca da possibilidade de serem aplicadas multas por infringência ao Código de Posturas do Município de Porto Alegre, ante à declaração de inconstitucionalidade do inc. XX, do art. 1º, da Lei Complementar Municipal nº 209, de 28 de dezembro de 1989, o qual alterou a redação do art. 48, da Lei Complementar nº 7/73, introduzindo nova base de cálculo para cobrança da Taxa de Fiscalização de Localização e Funcionamento.

Ainda que restrinja-se à possibilidade ou não da continuidade de cobrança de multas por infração ao Código de Posturas do Município, porquanto utiliza-se a Secretaria consulente de critérios fixados por Resolução (002/90-SMIC) que adota, como base para a exigência das referidas multas, mesma Tabela de cálculo que vinha sendo aplicada para lançamento da TFLF, a qual foi declarada , em ação direta, inconstitucional, faz-se necessário, com vistas a clarificar outras questões que advém da decisão do Tribunal de Justiça do RS em comento, ferir todas as nuances relativas à inconstitucionalidade da base de cálculo da TFLF e seus reflexos. É o que passa-se a fazer.

A decisão do Tribunal de Justiça do RS, declarando a inconstitucionalidade do inc. XX, do art. 1º, da Lei Complementar Municipal nº 209/89, tornou nula e sem efeito a base de cálculo erigida naquele dispositivo para cobrança da Taxa de Fiscalização de Localização e Funcionamento. O Plenário do TJ/RS, na forma determinada pela letra "d", do inc. XII, do art. 95, da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, julgou, em Ação Direta de Inconstitucionalidade movida pelo Procurador-Geral de Justiça, que não poderia ser fixado, como elemento integrante da base imponível da TFLF, a área dos imóveis de propriedade dos sujeitos passivos. Dessarte, fulminou a Tabela de Incidência da referida Taxa fixada no Anexo II, da Lei Complementar nº 209/89.

A decisão do TJ/RS, por ter sido proferida em

...

...

Ação Direta de Inconstitucionalidade, possui eficácia "erga omnes" e efeitos "ex tunc". Ou seja, tornou nula a base de cálculo fixada desde sua introdução no ordenamento jurídico, atingindo todas as relações jurídico-tributárias existentes entre o Município e os contribuintes da referida taxa. Dita assertiva é pacificamente aceita pela doutrina e jurisprudência pátrias.

GILBERTO FERREIRA MENDES é incisivo ao afirmar' que:

> "Como assentado, é pacífico, entre nós, que a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle abstrato de normas, acarreta a nulidade 'ipso iure' e 'ex tunc' da norma".

Em suporte à afirmativa, arrola o citado autor as seguintes decisões do Supremo Tribunal Federal: Rp. 971-RJ, Rel. Min. Djaci Falcão, RTJ, 87 (3): 758; RE 93.356-MT, Rel. Min. Leitão de Abreu, RTJ 97 (3): 1369; Rp. 1016-SP, Rel. Min. Moreira Alves,RTJ, 101 (2): 503, ("in" Controle de Constitucionalidade - Aspectos Jurídicos e Políticos, 1990, Ed. Saraiva, págs. 277-278).

No mesmo sentido, SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA (RDP, vol. 28, mar.-abr. 1974, pág. 33) e CELSO RIBEIRO BASTOS (RDP, vol. 67, jul.-set. 1983, pág. 67).

"In casu", tratou-se de declaração de inconstitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Estadual, o que, entretanto, não acarreta modificação dos efeitos da decisão. Igualmente serão "erga omnes" e "ex tunc".

Veja-se, contudo, que a declaração de inconstitucionalidade restringiu-se à base de cálculo do tributo, permanecendo válidos e eficazes os dispositivos da Lei Complementar nº 209 /89 que modificaram as normas atinentes à sujeição passiva, ao fato gerador, às obrigações acessórias, ao lançamento e aos fundamentos da

..

...

instituição da TFLF. Vale dizer, a decisão tornou inválida, única e exclusivamente, a forma pela qual era feita a quantificação da taxa.

Ao extirpar do ordenamento jurídico a modificação da base de cálculo da TFLF, por declará-la inconstitucional, a decisão do TJ/RS fez ressurgir, de forma retroativa, a disciplina legal anterior (art. 47, da Lei Complementar nº 7, de 7 de dezembro de 1973).

Não se trata, evidentemente, de hipótese de repristinação (art. 2º, § 3º, da LICC), o que exigiria expressa previsão legal. Houve, de fato, dispositivo de lei inapto a produzir efeitos (por ser contrário à Constituição Estadual), inclusive no tocante à revogabilidade das normas anteriores. Em verdade, o inciso XX, do art. 1º, da Lei Complementar nº 209/89, sequer produziu efeitos válidos. Admitir o contrário, significa conceder à lei contrária à Constituição eficácia imutável, subvertendo a hierarquia das normas.

Entretanto, na tutela da boa-fé e da segurança jurídica, não se pode, simplesmente, desconstituir as relações jurídicas nascidas da lei inconstitucional. Há necessidade de temperamento, de relativisação do princípio da nulidade absoluta da norma jurídica declarada contrária à Lei Maior.

Assim, duas situações devem ser analisadas: se pode a Administração efetuar lançamento suplementar da TFLF, relativo às diferenças oriundas da utilização da tabela (base de cálculo) declarada inconstitucional, se o valor assim cobrado foi inferior àquele devido se aplicada a tabela da Lei Complementar nº 7/73, e, de outra parte, se pode o contribuinte requerer a restituição total ou parcial da TFLF que lhe foi cobrada, eis que utilizou-se a autoridade administrativa de base de cálculo infringente à Constituição Estadual.

Relativamente à possibilidade da Administração

...

...

efetuar lançamentos suplementares da TFLF, dois aspectos inviabilizam a eventual pretensão. Primeiro, pela necessidade da tutela jurídica da boa-fé. O contribuinte, ao efetuar o pagamento do tributo na forma como lhe estava exigindo o Sujeito Ativo, teve no seu íntimo a certeza absoluta de que estava cumprindo corretamente a obrigação tributária, extinguindo, de vez, o crédito tributário dela nascido. Por outro lado, a necessidade de manutenção da segurança nas relações jurídicas, especialmente entre o Fisco e os contribuintes, afasta a hipótese aventada. Se perpetrados lançamentos suplementares de diferenças, estará inaugurada fase de total inquietação e incerteza. O contribuinte, mesmo pagando o tributo, qualquer que seja, jamais saberá se estão satisfeitas suas obrigações fiscais, posto que, num futuro, poderia a lei que instituiu a obrigação tributária cumprida ser declarada inconstitucional. E isto especialmente no caso dos dispositivos legais que reduzam o tributo, quer por restrição da base de cálculo, quer por diminuição da alíquota. Diga-se, outrossim, que até aspectos práticos inviabilizam eventual cobrança de diferencial da TFLF. Em grande parte dos casos, o valor pago a menor é insignificante, sendo muito inferior ao custo administrativo dos lançamentos suplementares. Finalmente, deve ser referido que, por não haver o trânsito em julgado da decisão do Tribunal de Justiça do RS, um possível provimento de recurso interposto aos Tribunais Superiores pode modificá-la, tirando os efeitos da declaração de inconstitucionalidade e julgando, definitivamente, válida a alteração da base de cálculo da TFLF veiculada pelo inc. XX, do art. 1º, da Lei Complementar Municipal nº 209/89.

No tocante à restituição da TFLF, a ser possivelmente pleiteada pelos contribuintes, tanto na esfera administrativa, como na judicial, pode-se dizer, de plano, que não é possível a restituição "in totum" do tributo. Ora, se foi a TFLF calculada com base em tabela declarada inconstitucional e, se havia outra expressamente disciplinada na legislação anterior, somente é possível o pleito repetitório de diferença eventualmente paga a maior. O que é certo, frise-se, é que não houve instituição da referida Taxa, mas

...

...

sim, simples alteração na forma de cálculo do tributo. Portanto , jamais houve "vácuo" legislativo, e nem haverá, considerando a possibilidade do trânsito em julgado da decisão do Tribunal de Justiça do RS.

O que deverá fazer a Administração, nos casos de pedido de restituição, será recalcular a TFLF cobrada no Requerente, tomando por base a Tabela de Incidência instituída pela Lei Complementar nº 7/73, e verificar, no caso concreto, se houve ou não cobrança a maior. Em caso afirmativo, deverá ser restituída a diferença. Contudo, dito procedimento, necessariamente, deverá seguir dois caminhos distintos, conforme haja ou não o trânsito em julgado da declaração de inconstitucionalidade da TFLF. Até a confirmação do Acórdão do Tribunal de Justiça do RS pelo Supremo' Tribunal Federal, se esta ocorrer, não deverá ser deferida a restituição na esfera administrativa, mas somente na via judicial, onde serão as ações contestadas, caso a caso. Após o trânsito em julgado da decisão declaratória de inconstitucionalidade, mediante confirmação da posição do TJ/RS pelo Supremo Tribunal Federal, as restituições deverão ser feitas administrativamente. Contudo, como já dito, somente são restituíveis eventuais diferenças de TFLF cobradas a maior.

Finalmente, relativamente ao último aspecto que pode gerar dúvidas em razão da declaração de inconstitucionalidade' da base de cálculo da TFLF, qual seja o critério utilizado pela SMIC para cobrar as multas por infringência ao Código de Posturas do Município (Lei Complementar nº 12/75), três são as considerações.

Em primeiro lugar, impende determinar a natureza jurídica das penalidades oriundas da infringência ao Código de Posturas.

A fiscalização de quaisquer atividades desenvolvidas no Município de Porto Alegre, relativamente ao regular fun

...

...

cionamento dos estabelecimentos comerciais, industriais, de prestação de serviços e de entidades associativas (Lei Complementar nº12/75), é, de fato, indispensável exercício do Poder de Polícia do Município, de modo a controlar as atividades desenvolvidas nos seus limites territoriais.

O descumprimento das determinações do Código de Posturas gera a possibilidade de cobrança de multas administrativas, **NÃO TRIBUTÁRIAS**, nos valores determinados pela própria legislação que prevê os atos e fatos ilícitos, contrários às normas de regulação das atividades de qualquer natureza, desenvolvidas no Município. São as chamadas sanções inerentes ao Poder de Polícia da Administração, as quais, se inexistentes, tornam sem efeito e inóquo o controle exercido pela Autoridade.

Na precisa e feliz definição de HELY LOPES MEIRELLES, "As sanções do poder de polícia, como elemento de coação e intimidação, principiam geralmente com a multa, e se escalonam em penalidades mais graves como a interdição de atividades, o fechamento de estabelecimento, a demolição de construção, o embargo administrativo de obra, a destruição de objetos, a inutilização de gêneros, a proibição de fabricação ou comércio de certos produtos; a vedação de localização de indústrias ou de comércio em determinadas zonas ; a proibição da exibição de filmes e espetáculos ou a divulgação de textos, e de tudo o mais que houver de ser impedido em defesa da moral, da saúde e da segurança pública bem como da segurança nacional, desde que estabelecidas em lei ou regulamento." ("in" Direito Administrativo Brasileiro, 1976, ed. RT, São Paulo, págs. 112 e 113)

No que pertine especificamente à localização ' regular de estabelecimentos, o Código de Posturas de Porto Alegre , nos artigos 28 a 33, estabelece regras que deverão ser cumpridas pelos interessados. O descumprimento desses dispositivos acarreta o pagamento de multas, as quais, por não se revestirem de natureza tributária e por originarem-se de atos e fatos completamente estranhos à TFLF, são devidas independentemente da exigibilidade ou não da Ta

...

...

xa de Fiscalização de Localização e Funcionamento.

As multas administrativas supra-referidas fo - ram estabelecidas, na redação original do Código de Posturas, em valores variáveis, a critério da autoridade administrativa, que oscilavam entre um e cinco salários mínimos (art. 28, caput e § 1º,art. 32 e art. 33, § 2º) e entre dois décimos a um salário mínimo (art. 28, § 3º); posteriormente pela Lei Complementar nº 15, de 1975, foi substituído o salário mínimo pela URP, à razão de uma URP para cada salário mínimo, guardada a mesma graduação prevista no texto original; finalmente, pela Lei Complementar nº 205, de 1989, a URP foi extinta e, em seu lugar, foi criada e URM, passando todos os valo - res de receitas municipais a serem indexados pela URM, à razão de 3,5 URM para cada URP;

Destarte, a Instrução 002/90, da SMIC, nada mais fez do que adaptar os valores das multas administrativas por infringências ao Código de Posturas ao novo indexador do Município de Porto Alegre;

Quanto à graduação dessas multas, os critérios são fixados pela Administração, respeitados os limites mínimo e máximo estabelecidos na Lei Complementar nº 12/75 (os quais, hoje, pela URM, são, respectivamente, 3,5 URM e 17,5 URM);

A utilização de tabela para graduação das multas administrativas não tem nada de ilegal, sendo apenas critério uniformizador da aplicação das sanções administrativas por descumprimento ao Código de Posturas.

Entretanto, ainda que a Tabela utilizada pela SMIC não possua relação direta com TFLF, depreende-se que os critérios para graduação das multas também levam em consideração a área dos estabelecimentos infratores, o que infere uma relação entre a base de cálculo da TFLF declarada inconstitucional e as bases uni - formes de aplicação das sanções administrativas. Verifica-se, niti-

...

damente, que a SMIC tem se utilizado do mesmo critério gradativo na aplicação das multas administrativas e na cobrança da TFLF, o que , longe de inconstitucional ou ilegal, denota objetividade e moralidade no procedimento. Mas, haja vista a declaração de inconstitucionalidade proferida pelo TJ/RS, a continuidade da aplicação das sanções administrativas com fulcro na tabela semelhante à inquinada de nulidade pelo TJ/RS, destitui o critério adotado de objetividade, e, especialmente, de motivação. Não há mais razão para utilização da referida tabela, posto que a lei que a instituiu, ainda que para outros fins (cobrança da TFLF), foi declarada inconstitucional.

Assim, objetivando manter a moralidade administrativa (art. 37, "caput", da CF /88) e a uniformidade de critérios, bem como a vinculação do ato administrativo com dispositivo legal ' válido e em vigor, deve a SMIC, também quanto às multas por infração ao Código de Posturas do Município de Porto Alegre, utilizar a Tabela de Incidência da TFLF prevista na Lei Complementar nº 7/73 , guardadas,evidentemente, as modificações nos índices introduzidas (Salário mínimo - URP - URM).

A nova tabela, além de evitar questionamentos, traduz critério objetivo e uniforme de imposição das sanções administrativas, não significando, de outra parte, diminuição expressiva no valor das penalidades aplicadas.

Por fim, caso não seja confirmada a decisão do Tribunal de Justiça do RS no Supremo Tribunal Federal, todas as considerações aqui expendidas perdem significado, eis que a disciplina da TFLF e da cobrança das multas por infração ao Código de Posturas, afetada pela referida decisão, permanecerá, a partir da decisão favorável ao Município, inalterada. Os atos praticados e as relações jurídicas nascidas no interregno havido entre a data da decisão do TJ/RS e a eventual modificação favorável ao Município do Acórdão , deverão receber o mesmo tratamento aqui exposto, tanto no que se refere aos pleitos de restituição, como na aplicação de penalidades

...

por descumprimento ao Código de Posturas do Município, ou seja, as obrigações tributárias pagas deverão ser consideradas quitadas, as eventuais restituições deverão ser objeto de análise caso a caso e a Tabela de cobrança de multas administrativas voltará a ser aquela prevista na Instrução nº 002/90, da SMIC.

É o parecer.

Porto Alegre, 28 de agosto de 1992.

GUSTAVO NYGAARD,
Procurador - matr. 52.927.1.

/CRMC

Aprovo, por suas conclusões, o Parecer nº 724/92 do Procurador do Município Dr. Gustavo Nygaard.

Devolva-se o expediente à SMIC.

Em 02.09.92

Eulália Maria de Carvalho Guimarães,
Procuradora-Geral do Município.