

PROCURADORIA DE
DESENVOLVIMENTO E PESQUISA

**Revista da
Procuradoria-Geral
do Município de Fortaleza**

Ano 24 • Vol. 24

Fortaleza – Ceará
2016

**PREFEITURA MUNICIPAL DE FORTALEZA
PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO
PROCURADORIA DE DESENVOLVIMENTO E PESQUISA – PRODESP**

Av. Santos Dumont, 5335 – 11º andar – Papicu
Fone: (85) 3234-7666 Fax: (85) 3265-1975
Site: revista.pgm.fortaleza.ce.gov.br (em construção)
E-mail: revista.pgm@fortaleza.ce.gov.br

EDITOR-CHEFE

Marcelo Sampaio Siqueira

CONSELHO EDITORIAL

Antonio Gomes Moreira Maués, Fátima Maria Nunes Memória, Guilherme José Purvin de Figueiredo, Isabella Franco Guerra, José Maria Arruda de Andrade, Juraci Mourão Lopes Filho, Luísa Cristina Pinto e Netto, Luciola Maria de Aquino Cabral, Marcelo Sampaio Siqueira, Marcia Dieguez Leuzinger, Marcio Augusto de Vasconcelos Diniz, Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, Narciso Leandro Xavier Baez, Natercia Sampaio Siqueira, Otavio Luiz Rodrigues Junior, Paulo Bonavides e Ricardo Camargo.

REVISOR

Conceição de Maria Vasconcelos Lima

APOIO TÉCNICO E ADMINISTRATIVO

Sandra Maria Pessoa Simões – Bibliotecária
Teresa Selma Oliveira Luna – Bibliotecária
Igor Brandão Feitosa de Carvalho – Assessor Administrativo da Prodesp

Os artigos são de inteira responsabilidade dos seus autores. As opiniões neles manifestadas não correspondem necessariamente às opiniões da Procuradoria-Geral do Município de Fortaleza. Os trabalhos aprovados por superiores hierárquicos representam também a opinião dos órgãos por eles dirigidos. Permite-se transcrição dos artigos com citação da fonte.

As correspondências devem ser dirigidas à Procuradoria de Desenvolvimento e Pesquisa – PRODESP – PGM.

Pede-se permuta. We request exchange. On demande l'échange. Wir erbitten Austausch. Se solicita canje. Si chiede lo scambio.

R454 Revista da Procuradoria-Geral do Município de Fortaleza. Ano 1, v. 1, n. 1, (1992) - . Fortaleza: RDS Gráfica e Editora LTDA, 1992 - .

Anual.

Ano 24, v. 24, n. 24, 2016.

ISSN 1806-5619

1. Direito - Periódicos. I. Fortaleza (Procuradoria-Geral do Município).

CDD 340.05



ROBERTO CLÁUDIO RODRIGUES BEZERRA
PREFEITO DE FORTALEZA

JOSÉ LEITE JUCÁ FILHO
PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO

MARCELO SAMPAIO SIQUEIRA
PROCURADOR-CHEFE DA PROCURADORIA DE
DESENVOLVIMENTO E PESQUISA - PRODESP

PREFEITO MUNICIPAL DE FORTALEZA
ROBERTO CLÁUDIO RODRIGUES BEZERRA

PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO
JOSÉ LEITE JUCÁ FILHO

PROCURADOR-GERAL ADJUNTO
MIGUEL ROCHA NASSER HISSA

PROCURADOR ASSISTENTE
JOÃO PAULO DE SOUSA BARBOSA NOGUEIRA

PROCURADOR ADMINISTRATIVO
FELIPE AUGUSTO SIQUEIRA COSTA

PROCURADOR-CHEFE DA PROCURADORIA DE URBANISMO E MEIO AMBIENTE
DENISE BARBOSA SOBREIRA COSTA

PROCURADOR-CHEFE DA PROCURADORIA JUDICIAL
JOÃO AFRÂNIO MONTENEGRO

PROCURADOR-CHEFE DA PROCURADORIA FISCAL
VALERIA MORAES LOPES

PROCURADOR-CHEFE DA PROCURADORIA DA DÍVIDA ATIVA
JURACI MOURÃO LOPES FILHO

PROCURADOR-CHEFE DA PROCURADORIA JURÍDICO – ADMINISTRATIVA
MARCIO AUGUSTO DE VASCONCELOS DINIZ

PROCURADOR-CHEFE DA CONSULTORIA
MARIA DE FÁTIMA NOBREGA ARAÚJO

PROCURADOR-CHEFE DA PROCURADORIA DE APOIO AOS FEITOS JUDICIAIS
YANDRA MARIA RIBEIRO MENDES

PROCURADOR-CHEFE DA PROCURADORIA DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA
ANTÔNIO GUILHERME RODRIGUES DE OLIVEIRA

**PROCURADOR-CHEFE DA PROCURADORIA DE
PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR**
ELIZA MARIA MOREIRA BARBOSA

PRESIDENTE DE JUNTAS PROCESSANTES
ELIZA MARIA MOREIRA BARBOSA

PROCURADOR-CHEFE DA REPRESENTAÇÃO DA PGM EM BRASÍLIA – DF
EDVALDO ASSUNÇÃO E SILVA

PROCURADOR-CHEFE DA PROCURADORIA DE DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
MARCELO SAMPAIO SIQUEIRA

Sumário

Apresentação	7
---------------------------	---

ARTIGOS

Sindicância: considerações teóricas e práticas à luz da lei nº 6.794/90 (estatuto dos servidores públicos do município de Fortaleza)

Fátima Maria Nunes Memória	11
---	----

A constitucionalidade do sistema progressivo de alíquotas para o imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação de quaisquer bens ou direitos (ITCD)

Bruno Lima Barbalho	25
----------------------------------	----

As teorias da responsabilidade internacional por dano ambiental

Aline Melo Figueiredo	47
------------------------------------	----

Direito comparado: uma breve análise dos sistemas eleitorais brasileiro e norte-americano

Aline Memória de Andrade	65
---------------------------------------	----

PARECERES

Decadência Parcial – inteligência do art. 150, §4º, do CTN. Nulidade dos autos em virtude do descumprimento do art. 51 da Lei nº 8.954/2005, incisos I, VI e IX. Declaração de nulidade por vício formal sem prejuízo de nova ação fiscal

Pedro Robston Quariguasi Vasconcelos	81
---	----

Constituição de hipoteca para aprovação definitiva de loteamento

Francisco Edonizete Tavares	93
--	----

APRESENTAÇÃO

Senhores Leitores

O compromisso institucional da Prodesp-PGM de Fortaleza mais uma vez é cumprido ao promover a edição nº 24 da prestigiosa Revista da Procuradoria-Geral do Município de Fortaleza, em circulação anual desde a década de 1990. Conforme o exposto nas apresentações contidas nas edições anteriores, reitera-se que sua longevidade faz desta uma das mais antigas e conceituadas publicações acadêmicas editadas por Procuradorias das capitais brasileiras.

A presente edição reúne trabalhos da procuradora municipal Fátima Memória e dos bacharéis Aline Melo, Aline Memória e Bruno Barbalho. Na segunda parte há publicação dos pareceres dos procuradores Pedro Robston Q. Vasconcelos e Edonizete Tavares.

Mais uma vez reitera-se que não se podem olvidar os agradecimentos àqueles que, por seus esforços, tornaram esta publicação possível. Agradece-se, em primeiro lugar, por financiar a edição, revisão e publicação deste volume, ao Fundo de Aperfeiçoamento da PGM, na pessoa do prefeito municipal, Doutor Roberto Cláudio Rodrigues Bezerra. O financiamento do Fundo para a edição da obra ora apresentada é um indicativo permanente do acerto dos seus objetivos, que abrangem a capacitação e formação profissional do quadro de procuradores e servidores desta Procuradoria.

Agradece-se, igualmente, ao quadro de servidores da Procuradoria de Desenvolvimento e Pesquisa (Prodesp), pelo estuendo trabalho de organização desempenhado, nas pessoas dos servidores Sandra Simões, Teresa Selma, João Costelha e José Erisvaldo. Agradece-se, por fim, à professora Conceição de Maria Vasconcelos Lima e à equipe da RDS Editora, pelo excelente trabalho realizado.

Por oportuno, como de costume, aproveita-se o ensejo para felicitar os colaboradores da revista, cujas pesquisas são imprescindíveis para o desenvolvimento da ciência jurídica, e desejar a todos uma boa leitura.

Fortaleza, dezembro de 2016.

José Leite Jucá Filho

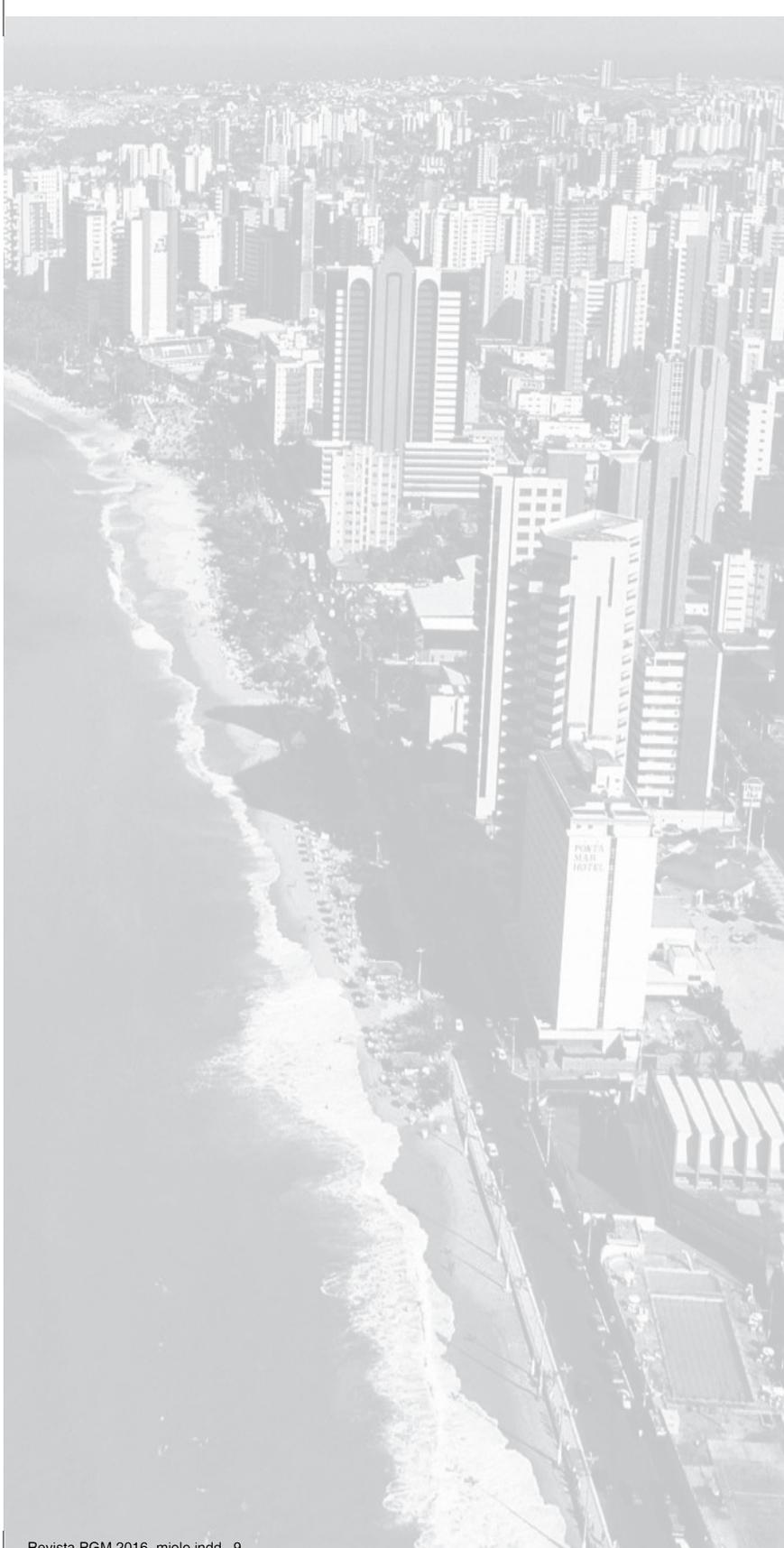
Procurador-Geral do Município

Marcelo Sampaio Siqueira

Procurador-Chefe da Prodesp

Igor Brandão Feitosa de Carvalho

Assessor Administrativo da Prodesp



ARTIGOS

SINDICÂNCIA: CONSIDERAÇÕES TEÓRICAS E PRÁTICAS À LUZ DA LEI Nº 6.794/90 (ESTATUTO DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO MUNICÍPIO DE FORTALEZA)

INQUIRY: THEORETICAL AND PRACTICAL CONSIDERATIONS IN THE LIGHT OF LAW NO. 6.794/90 (STAFF REGULATIONS OF OFFICIALS OF THE MUNICIPALITY OF FORTALEZA)

Fátima Maria Nunes Memória

Procuradora do Município de Fortaleza.
Procuradora-Chefe da Propad do Município de Fortaleza.
Especialista em Direito Público pela UFC.
E-mail: fatima.memoria@pgm.ce.gov.br

Sumário: 1 Introdução; 2 Sindicância; 2.1 Instauração da sindicância; 2.2 Instalação da sindicância; 3 Instrução da sindicância; 4 Relatório final da sindicância; 5 Considerações finais; Referências.

Contents: 1 Introduction; 2 Inquiry; 2.1 Inquiry establishment; 2.2 Inquiry instalation; 3 Inquiry instructions; 4 Final report; 5 Final considerations; References.

Resumo: O presente artigo apresenta tópicos basilares referentes à sindicância administrativa, à luz da legislação do município de Fortaleza, enfatizando os aspectos teóricos e práticos, visando a uma compreensão da dinâmica desse instituto e sua importância para o aperfeiçoamento do poder disciplinar da Administração Pública. O presente artigo é eminentemente bibliográfico.

Palavras-chave: Sindicância administrativa. Definição. Instauração. Membros. Prazo. Relatório.

Abstract: This study approaches basic topics related to the inquiry under the city of Fortaleza's municipal law, putting emphasis on its

practical and theoretical aspects, in order to understand this institute dynamics and its importance to strengthen the Public Administration's disciplinary power.

Keywords: Inquiry. Definition. Establishment. Members. Deadline. Report.

1 Introdução

A Administração Pública, para o regular exercício de suas funções, conta com um corpo de servidores que materializa suas ações.¹ Quanto mais bem selecionados, treinados e motivados forem esses servidores, melhores serão os serviços públicos prestados à população.

A realidade dinâmica da Administração Pública – assim como o resto da vida em sociedade – apresenta desvios comportamentais prejudiciais ao bom desenrolar das atividades quotidianas. Cometendo o servidor, no exercício de suas funções, alguma das faltas disciplinares previstas na lei sob a qual está jungido seu vínculo laboral, estará sujeito a sanções disciplinares. Segundo Sebastião José Lessa (2001), “essa obrigação que tem o servidor público de arcar com as conseqüências da transgressão cometida é o que se chama de responsabilidade disciplinar [...]”, sendo que “através do poder disciplinar, a Administração institui mecanismos eficazes para, diante do comportamento censurável do servidor, de plano, aplicar o regime disciplinar, após a regular apuração do fato” (p. 56). Essa “regular apuração do fato” se verifica por meio da sindicância e, posteriormente, do processo administrativo disciplinar. Surge, nesse diapasão, a sindicância como meio sumário de apuração das inevitáveis irregularidades administrativas.

Diante da falibilidade da natureza humana, a gerar desvios da conduta ideal, despontam as irregularidades funcionais, que podem variar do menor potencial ofensivo à Administração Pública e administrados àquelas de seriedade patente. Torna-se fundamental, pois, a apuração imediata dos desvios perpetrados pelos servidores, a fim de que, sendo merecedores de reprimenda disciplinar, sofram as conseqüências de seus atos faltosos. O poder

1 “A Administração Pública coloca em movimento o Estado segundo a decisão de governo assumida.” (ROCHA, 1994, p. 16).

disciplinar “consiste na possibilidade de a Administração Pública apurar infrações e aplicar penalidades aos servidores públicos e demais pessoas sujeitas à disciplina administrativa” (MORAES, 2002, p. 95), garantindo um sistema legal eficaz de correção de desvios nocivos à normal execução dos serviços públicos.

Consoante bem firmado por José Armando da Costa (2004, p. 33):

Se qualquer associação de pessoas, por pequena que seja, necessita de regras internas para a garantia de sua sobrevivência e prossecução dos seus fins, imaginem como seria o agigantado corpo do funcionalismo público, se não existisse um sistema legal disciplinar preocupado em garantir a normalidade de suas atividades. Seria o caos a única realidade a prevalecer no âmbito da Administração.

Daí a importância do aperfeiçoamento do poder disciplinar para “resguardar a normalidade, a eficiência e a legalidade do desempenho funcional da administração pública” (COSTA, 2004, p. 34).

Não se pode olvidar que um dos princípios constitucionais que norteia a atuação da Administração Pública é o da eficiência (art. 37, caput, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998), definido por Hely Lopes Meirelles (apud PIETRO, 2011, p. 83) como “o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional”. De fato, consoante explanação de Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari (2012, p. 124),

[...] essa preocupação com a efetiva realização dos objetivos está em perfeita consonância com o papel atualmente desempenhado pela Administração Pública perante a sociedade. Presentemente os mecanismos de tomada de decisões precisam ser ágeis, para atender aos novos reclamos da coletividade – motivo pelo qual o princípio da eficiência, sempre elementar à Administração Pública, ganhou menção expressa no texto constitucional e maior relevância na aferição da regularidade do comportamento das autoridades públicas.

Nesse sentido, deve a Administração Pública realizar seu mister com a máxima eficiência possível; para tanto, além das boas práticas administrativas, urge que persiga também um eficiente regime disciplinar, colimando coibir e punir as irregularidades administrativas acaso praticadas por seus agentes por intermédio das sindicâncias e dos posteriores processos administrativos disciplinares.

O presente trabalho se dispõe a apresentar aspectos fundamentais acerca do mecanismo legal previsto para, numa primeira instância, a da sindicância, identificar a materialidade e autoria dos ilícitos administrativos, a fim de ensejar possível aplicação de penalidade ao(s) servidor(es) infrator(es) mediante os subsequentes processos administrativos disciplinares.²

2 Sindicância

Sindicância é “o instrumento usado para aprofundar investigações e dar à autoridade os dois elementos fundamentais para a instauração de processo, se for o caso: o fato e a autoria” (ALVES, 2005, p. 26). É um procedimento administrativo sumário que visa à apuração de irregularidade administrativa ocorrida no serviço público.

Expõe José Armando da Costa (1999, p. 85) que “sindicância é um expediente simples e célere que objetiva esclarecer duvidosos fatos irregulares, os quais, uma vez confirmados, deverão ensejar a instauração do processo disciplinar”. Reveste-se de peculiaridades inerentes à necessidade de rapidez na averiguação dos fatos tortuosos: prazo exíguo para sua conclusão, ausência do contraditório e ampla defesa.

Assim, tão logo o Administrador público tome ciência de irregularidade ocorrida sob sua esfera de comando, estará adstrito, por lei, à necessidade de determinar a instauração de sindicância para apurar os fatos. Não cabe, aqui, poder discricionário, ou seja, o Administrador público não detém a liberali-

2 Este artigo foi redigido com base no “Roteiro de Sindicâncias” elaborado pela Autora quando ocupou o cargo em comissão de Procuradora-Chefe da Propad - Procuradoria de Processo Administrativo Disciplinar da PGM de Fortaleza, no período de 2011 a 2016, roteiro aperfeiçoado e distribuído anualmente aos Diretores da Divisão de Pessoal dos órgãos e entidades que compõem a Prefeitura de Fortaleza, com o desiderato de orientar as comissões sindicantes na condução de seus trabalhos e aperfeiçoar a apuração das infrações disciplinares.

dade de sopesar, segundo seu juízo de valor, se o fato é ou não merecedor de apuração, visto que a lei impõe essa ação, conforme prevê a Lei nº 6.794, de 27 de dezembro de 1990 (Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Fortaleza [ESPMF]), no art. 186:

Art. 186 – A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa.

É, pois, dever do Administrador público, no exercício de suas funções, determinar a apuração de toda e qualquer irregularidade administrativa, tão logo lhe seja levada a conhecimento. Na lição de Léo da Silva Alves (2005, p. 36),

[...] se não o fizer, incorrerá, de plano, em improbidade administrativa, como está patente na Lei nº 8.429/92, art. 11, II. E, dependendo da causa do ato omissivo, tem-se os crimes de prevaricação ou condescendência criminosa. O interesse público, portanto, é indisponível por absoluto).

Comanda o citado dispositivo legal:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

[...]

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício.

Essa rapidez é necessária para que os membros da sindicância possam colher informações com maior riqueza de detalhes, o que, com o passar do tempo, poderá restar prejudicado. Outrossim, a ação disciplinar está sujeita a prescrição, nos moldes do art. 185 do ESPMF.

Importante trazer à baila que, além de servir como expediente de investigação, a sindicância (ALVES, 2005, p. 26)

[...] também é o meio adequado para esclarecer quaisquer outras circunstâncias que comprometam a regularidade do serviço público, incluindo-se, aqui, questões relacionadas a empregados de empresas que prestam serviço terceirizado, contratos administrativos, vulnerabilidade de normas e procedimentos e interferência de terceiros nas ações administrativas. Do relatório, serão articuladas as providências, que podem incluir, por exemplo, rescisão de contrato administrativo, adoção de medidas gerenciais de prevenção ou correção, modificação de normas, tomada de contas especiais e ciência ao Ministério Público.

2.1 Instauração da sindicância

A partir do conhecimento de irregularidade cometida sob sua esfera de competência, o titular do órgão ou entidade – Secretário, Superintendente ou Presidente - deverá diligenciar de imediato a confecção da portaria instauradora, em estrita observância aos princípios constitucionais que norteiam a atividade da Administração Pública. É imperiosa, frise-se, a abertura de sindicância em casos de irregularidades administrativas ou suspeita de ocorrência das mesmas.

Às comissões sindicantes deverão ser assegurados pela Administração Pública os meios adequados para a boa consecução dos fins colimados: instalação em salas adequadas, confortáveis, garantia de sigilo e modernos computadores. Infelizmente, na maioria das vezes são destinados locais improvisados, sem a mínima estrutura para a audição dos envolvidos e informantes, prejudicando a qualidade do relevante serviço público desempenhado pelas comissões sindicantes.

a) Da portaria

A portaria de instauração da sindicância deverá ser elaborada pela autoridade competente, que indicará seu objeto - fato irregular objeto da apuração – e um servidor ou comissão de servidores para

realizá-la, nos termos do art. 191, caput, da Lei nº 6.794/90.³

Em casos de apuração após denúncia com autoria, deverá constar na portaria menção ao documento ou processo que contém a denúncia. Observe-se, na pertinente explanação de Léo da Silva Alves (2005, p. 42), que

[...] o fato de a Constituição Federal vedar o anonimato não tem interpretação que autorize a Administração Pública a desconsiderar as situações irregulares de que tenha ciência sem a identificação da fonte. A exigência de identificação do responsável por denúncia, como posta nos estatutos funcionais, refere-se a uma das muitas formas de conhecimento de ilícitos administrativos. Desse modo, a denúncia anônima enseja a averiguação, que recolherá elementos mínimos de razoabilidade e informará a conveniência ou não de ser instaurada uma sindicância.

b) Dos membros da sindicância

O Presidente e o(s) membro(s) deverão ser escolhidos dentre servidores de carreira e estáveis no serviço público municipal. É recomendável que o Presidente da Comissão sindicante seja um Bacharel em Direito, por ser detentor de conhecimentos técnico-jurídicos que irão facilitar a condução do procedimento. Porém, não há impedimento na nomeação de um servidor de outra área, desde que detenha conhecimentos da praxis e nível de escolaridade igual ou superior à dos investigados.

c) Da publicação da portaria

Em seguida, a portaria deverá ser publicada no Diário Oficial do Município de Fortaleza, em respeito ao princípio constitucional da publicidade. Somente após a publicação desse ato administrativo na imprensa oficial poderá a Comissão sindicante elaborar a Ata de instalação e começar seus trabalhos.

Registre-se que uma cópia da publicação da portaria instauradora no Diário Oficial do Município (DOM) deverá constar nos autos da sindicância, antes da Ata de instalação.

³ Deverão constar na portaria o nome do Sindicante ou dos membros da Comissão, matrículas, cargos e lotação, assim como o prazo para conclusão dos trabalhos (sempre de 30 dias).

2.2 Instalação da sindicância

A instalação da sindicância ocorre com a elaboração da Ata de instalação, que deverá indicar a Portaria instauradora, os nomes dos servidores que compõem a Comissão de sindicância e a deliberação dos expedientes iniciais. A data da ata de instalação da sindicância deverá ser posterior à da publicação da portaria na imprensa oficial.

Em caso de necessidade de nomeação de secretário da Comissão, o Presidente deverá providenciar o ato de nomeação e de compromisso do secretário indicado (documento que deverá anteceder a ata de instalação dos trabalhos).⁴

3 Instrução da sindicância

Após redigir a Ata de Instalação, a Comissão deverá notificar todos os informantes necessários à eficaz instrução processual, incluindo servidores, terceirizados, detentores de cargos comissionados e particulares que tenham conhecimento da irregularidade, determinando os dias para ouvi-los em audiência.

Observe-se que a convocação dos servidores de carreira deverá mencionar o dever que lhes é atribuído de atender às notificações para depor nos procedimentos disciplinares, *ex vi* do art. 4º, inc. XIV estatutário, constituindo, frise-se, descumprimento a esse dever o não comparecimento injustificado do servidor às audiências. Em caso de recusa ao comparecimento, esse fato deverá constar do relatório final, a fim de ser também apurada, como infração que se configura, em sede de processo administrativo disciplinar. Observe-se que, diante da supremacia do interesse público na apuração de irregularidades funcionais, “o fato de o servidor estar em férias não retira a sua obrigação de depor, podendo a comissão intimá-lo normalmente” (ALVES, 2005, p. 60).

4 Na explanação do jurista Léo da Silva Alves, “o secretário pode integrar a comissão. Preferimos, entretanto, que seja servidor escolhido pelo presidente para o desempenho dessa tarefa específica. Ele não desenvolverá atividade processual, ou seja, não produzirá atos, mas oferecerá apoio operacional. Vale sublinhar que essa atividade exige perfil específico. Há de recair sobre funcionário que seja: idôneo, discreto, pontual, organizado, educado e com apresentação pessoal compatível com a seriedade do trabalho [...] Compete ao presidente emitir a Portaria de nomeação do secretário e, depois, tomar o seu compromisso” (2005, p. 67).

Os terceirizados, mesmo não tendo vínculo estatutário com o município de Fortaleza, devem ser notificados para prestar eventuais esclarecimentos que possam ajudar a elucidar os fatos apurados.

Quanto aos particulares, devem ser convidados a prestar informações junto à Comissão sindicante, vez que não têm qualquer dever legal de atender a notificações administrativas (sugere-se apontar, no convite, a importância dos respectivos comparecimentos para o esclarecimento da verdade acerca da irregularidade sob apuração; muitas vezes, os particulares também foram lesados por ação ou omissão ilegal dos servidores públicos).

Além disso, todos os esforços deverão ser envidados pela Comissão processante na busca da verdade real, como a ouvida dos informantes que possam elucidar a matéria apurada, acareação, reinquirição, requisição de documentos, perícias, etc. Quanto mais robustas forem as provas carreadas aos autos, mais embasada estará a Comissão para emitir o relatório final, que servirá de suporte ao consequente processo administrativo disciplinar.

Os depoimentos serão reduzidos em termos, devidamente assinados pelos membros da Comissão e pessoas ouvidas, de maneira a reproduzir o mais fielmente possível o que foi dito pelos informantes, bem como o que não foi respondido. Urge, por óbvio, que as perguntas tenham conexão com o objeto de apuração, e, caso desponte alguma outra irregularidade que não a apurada pela portaria, deverá ser comunicado o fato ao dirigente do órgão (entidade), colimando a instauração de outra sindicância para apurar o incidente.

Como na sindicância não há acusação formal contra servidor, e sendo a apuração sumária, não cabe nessa instância apresentação de defesa escrita. Somente na posterior apuração - em sede do processo administrativo disciplinar -, serão assegurados os princípios do contraditório e ampla defesa, sob pena de cerceamento e possível anulação do processo disciplinar.

Caso haja necessidade de provas que apresentem demora para sua consecução (testemunhas ausentes por viagem, perícia com laudo sem previsão de entrega, etc.), aponta o professor Léo da Silva Alves (2005, p. 71):

[...] o processo não será encerrado para cumprir prazo, sacrificando a verdade e/ou a defesa; nem poderá ficar em aberto, expondo os membros da comissão a mal-entendidos. Propomos, neste caso, que a comissão requiera à autoridade o sobrestamento do processo até que a testemunha retorne ou o laudo pericial seja entregue. O sobrestamento tem previsão tanto no Código de Processo Civil quanto no Código de Processo Penal.

4 Relatório final da sindicância

Após a colheita de documentos e depoimentos tendentes a elucidar a materialidade e autoria da irregularidade, a Comissão sindicante elaborará o Relatório final, contendo a síntese de tudo o que foi apurado na sindicância, analisando os fatos e as provas produzidas; no final, opinará conclusivamente pelo arquivamento do processo de sindicância ou pela abertura do processo disciplinar, consoante prescreve o art. 190 estatutário.

Portanto, somente se confirmadas a materialidade da conduta faltosa e sua possível autoria por servidor estatutário, estarão presentes os elementos necessários à abertura do processo administrativo disciplinar, devendo haver a indicação do(s) servidor(es) acusado(s), a irregularidade e a tipificação constante do Estatuto incidente ao fato. O relatório deverá apontar o(s) dispositivo(s) passível(is) de haver(em) sido infringido(s) pelo(s) servidor(es), que podem ser, de acordo com a Lei nº 6.794/90:

- Art. 4º e seus incisos (I a XVII);
- Art. 168 e seus incisos (I a XVIII);
- Art. 180 e seus incisos.

Quanto à indicação dos dispositivos legais possivelmente infringidos pelo(s) servidor(es) faltoso(s), elucidativo é o ensinamento de Léo da Silva Alves (2005, p. 48):

[...] em que pese a relação estreita do processo penal com o processo disciplinar, não há que se falar em tipificação de faltas disciplinares. Isto porque o rol de condutas marginais no serviço público é de tal ordem amplo que nenhum exercício de criatividade esgotaria o campo da previsão. Os fatos seriam sempre mais ricos que a produção legislativa. Por isso, os servidores públicos estão vinculados

a regras gerais de conduta, exemplificativas, suscetíveis de enquadramento a partir do confronto com princípios gerais do direito, com os princípios inerentes ao processo disciplinar e, especialmente, os princípios traçados como fundamentais ao exercício da função pública, postos com relevo no art. 37, caput, da Carta Política.

Dessa maneira, a Comissão sindicante traça, no relatório final, um indicativo para as comissões processantes, que poderão - na portaria instauradora do processo disciplinar - atribuir novos dispositivos estatutários e/ou suprimir algum(ns) indicado(s), conforme entendam pertinente.

Nos casos de impossibilidade de se apontar servidor municipal envolvido, ou constatando-se a ausência da materialidade de conduta faltosa (ex. após denúncia anônima não comprovada), a Comissão optará pelo arquivamento do processo de sindicância (art. 190, inc. I, do ESPMF). Nesse diapasão, as comissões sindicantes deverão sopesar com bastante acuidade a sugestão final de arquivamento da sindicância, a fim de não serem passíveis de responsabilização pela não indicação de possíveis servidores faltosos que deveriam responder a processos disciplinares. Portanto, somente se não comprovadas a autoria e/ou a materialidade, poderá a Comissão sindicante pugnar pelo arquivamento. O poder disciplinar é medida que visa, além de punir servidor faltoso, servir de exemplo a outros servidores quanto à punibilidade em casos de desvio da correta ação administrativa. Não devem as comissões sindicantes - sob pena de infringência de deveres funcionais -, acobertar situações irregulares, ou até sugerir soluções "conciliatórias", em detrimento dos princípios da legalidade, moralidade e eficiência que norteiam a Administração Pública.

O art. 196 do ESPMF prescreve que o relatório da sindicância deverá integrar os autos do inquérito administrativo, como peça informativa da instrução do processo. Assim, após a conclusão da sindicância, a autoridade que determinou sua instauração deverá encaminhar os autos à Procuradoria-Geral do Município, cabendo à Procuradoria de Processo Administrativo Disciplinar (Propad) - integrante da estrutura da Procuradoria-Geral do Município, *ex vi* da Lei Complementar nº 0071, de 23 de novembro de 2009 -, a competência legal para instaurar o respectivo processo administrativo disciplinar.

Registre-se mais uma vez que, de acordo com o art. 188 do Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Fortaleza (ESPMF) (Lei nº 6.794, de 27 de dezembro de 1990), a sindicância administrativa não poderá ensejar a aplicação de penalidade a servidor público: somente após o devido processo administrativo disciplinar – no qual serão assegurados os princípios do contraditório e da ampla defesa – poderá a penalidade vir a ser aplicada. Portanto, não é cabível apresentação de defesa durante as sindicâncias, uma vez que ainda não há formalmente servidor acusado.⁵

Importa observar que somente servidores públicos municipais (de carreira e/ou detentores de cargo em comissão) podem vir a responder a processo administrativo disciplinar (*ex vi* do art. 1º, § 1º, da Lei nº 6.794/90). Caso a Comissão sindicante apure que um terceirizado foi o autor da irregularidade, a Assessoria Jurídica (ou Procuradoria) deverá comunicar o fato à empresa contratada pelo Município para que providencie o afastamento do empregado faltoso.

a) Do prazo para conclusão da sindicância

Dispõe o art. 189 da Lei nº 6.794/90 que a Comissão sindicante dispõe do prazo de 30 (trinta) dias para concluir seus trabalhos. Caso não seja possível o cumprimento desse prazo, excepcionalmente poderá ser prorrogado por mais 15 (quinze) dias, quando o Presidente da Comissão sindicante solicitará à autoridade instauradora a prorrogação pelo prazo mencionado, motivando as razões do pedido (“[...] à vista da representação motivada do sindicante”). Se a autoridade instauradora concordar, deverá determinar a elaboração e publicação de uma nova portaria, prevendo a prorrogação e o novo prazo para conclusão dos trabalhos da comissão.

5 No âmbito da legislação do município de Fortaleza, para aplicação de qualquer penalidade há necessidade de instauração do processo administrativo disciplinar, diferentemente do que ocorre na legislação federal (Lei nº 8.112/90), em que as penalidades de advertência ou suspensão até 30 (trinta) dias podem ser aplicadas após a sindicância, restando a necessidade de instauração de processo administrativo disciplinar para aplicação das penalidades mais severas: suspensão por mais de 30 (trinta) dias, demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo em comissão, *ex vi* do art. 146 do citado Diploma Legal.

b) Da documentação que deve instruir a sindicância

Visando à melhor instrução processual e celeridade na apuração das irregularidades na instância do processo administrativo disciplinar junto à Propad/PGM, recomenda-se, após o relatório final da sindicância, a juntada de **Histórico funcional**, por parte da Divisão de Pessoal, contendo os dados cadastrais do(s) servidor(es) apontado(s) pela Comissão sindicante como possível(is) responsável(is) pela autoria, destacando-se: nome completo, cargo efetivo, Matrícula e endereço residencial; data de admissão no serviço público municipal (mencionando o ato de nomeação e a respectiva data de publicação no DOM); cargos comissionados possivelmente ocupados (mencionando os períodos de nomeação e exoneração); indicação de penalidade(s) administrativa(s) acaso imputadas nos últimos cinco anos (apontando as portarias que determinaram a aplicação das penas).

Nos casos de abandono de cargo e inassiduidade habitual, a Comissão sindicante deverá anexar a Certidão Negativa de Frequência, consignando o período de não comparecimento ao trabalho por parte do servidor faltoso e se a ausência persiste até a atualidade, documento assinado pelo Coordenador da Célula de Gestão de Pessoas do órgão (entidade) e por seu Secretário (Superintendente). Outrossim, deverão compor a sindicância as cópias das fichas financeiras referentes ao período de apuração, para que seja verificado se o servidor faltoso terá que reembolsar valores recebidos durante sua ausência injustificada ao trabalho.

Essas medidas de ordem administrativa são importantes e visam conferir maior celeridade na instauração do processo administrativo disciplinar.

5 Considerações finais

A atividade pública tem por objetivo a satisfação das necessidades coletivas e a prestação de serviços públicos aos administrados, devendo buscar atingir tal objetivo com eficiência, visando o bem comum. Nesse diapasão, o controle administrativo surge como medida necessária para que os agentes públicos desempenhem suas atribuições dentro da legalidade, punindo eventuais desvios funcionais, os quais podem propiciar desar-

monia não apenas no funcionamento interno das repartições, como até resvalando em direção aos administrados.

O aprimoramento na condução das sindicâncias irá proporcionar maior eficiência na apuração das irregularidades administrativas em instância de processo administrativo disciplinar, possibilitando assim um regime disciplinar mais eficaz. Cabe à Administração proporcionar meios para a consecução dos fins almejados, no tocante à prestação dos serviços públicos aos administrados.

Diante da falibilidade da conduta humana, refletida amiúde no microcosmo das repartições públicas, urge aperfeiçoar-se o regime disciplinar no âmbito da Administração Pública, o que ensejará maior eficiência na consecução do bem-estar social.

Referências

ALVES, Léo da Silva. **Sindicância & processo disciplinar em 50 súmulas**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

COSTA, José Armando da. **Direito Administrativo Disciplinar**. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

_____. **Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

LESSA, Sebastião José. **Do Processo Administrativo Disciplinar e da Sindicância**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2011.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

A CONSTITUCIONALIDADE DO SISTEMA PROGRESSIVO DE ALÍQUOTAS PARA O IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO DE QUAISQUER BENS OU DIREITOS (ITCD)

THE CONSTITUTIONALITY OF PROGRESSIVE ALIQUOTS SYSTEM TO THE CAUSA MORTIS TRANSMISSION AND DONATION TAX (ITCD)

Bruno Lima Barbalho

Advogado e Consultor Jurídico.

Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC).
Ex-membro e pesquisador do Centro de Estudos em Direito Constitucional (Cedic) da Faculdade de Direito da UFC.

E-mail: brunolbarbalhoadv@gmail.com

Sumário: 1 Introdução; 2 Regime legal do Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos (ITCD); 3 Fato gerador e seus aspectos; 3.1 Aspecto temporal; 3.2 Aspecto espacial; 3.3 Aspecto pessoal; 3.4 Aspecto material; 4 Da progressividade e da função; 5 A constitucionalidade do ITCD Progressivo à luz do julgamento do RE nº 562.045/RS; 6 Considerações finais; Referências.

Contents: 1 Introduction; 2 Legal Regime of *Causa Mortis* Transmission and Donation Tax of any Goods or Rights (ITCD); 3 Fact Generator and its aspects; 3.1 Temporal aspect; 3.2 Spatial aspect; 3.3 Personal aspect; 3.4 Material aspect; 4 Of progressiveness and function; 5 The constitutionality of Progressive ITCD in light of the RE nº 562.045/RS judgment; 6 Final considerations; References.

Resumo: O objetivo do presente artigo é demonstrar a constitucionalidade da aplicação de alíquotas progressivas no Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos (ITCD), à luz do recente entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em sede de RE nº 562.045/RS. Não obstante a consonância do julgado com os institutos da progressividade e da capacidade contributiva, ainda há posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais contrários à progressão de alíquotas do ITCD, visto que seria incompatível o caráter real dos tributos com a progressividade, salvo disposição constitucional em sentido contrário. Sob essa ótica, faz-se mister examinar a matriz tributária do ITCD e a legislação aplicável na espécie, com vistas a atestar a possibilidade do emprego de alíquotas progressivas no âmbito do referido imposto.

Palavras-chave: ITCD. Imposto real. Matriz tributária. Progressividade. Constitucionalidade.

Abstract: This paper intends to demonstrate the constitutionality of the application of progressive aliquots in *Causa Mortis* Transmission and Donation Tax of Any Goods or Rights (ITCD) in the light of the recent understanding by the Brazilian Supreme Federal Court (STF) signed in RE (Extraordinary Appeal) nº 562.045/RS. Notwithstanding the fact that the forementioned decision is in accordance with the institutes of progressivity and contributive capacity, there are still doctrinal and jurisprudential positions against the progression of the ITCD aliquots - incompatibility between real nature of taxes and the progressivity, except explicit constitutional precept to the contrary. In this context, it was mandatory examining the ITCD tax basis and the applicable statute to the sort in order to attest the possibility of using progressive aliquots within that state tax.

Keywords: ITCD. Real tax. Tributary basis. Progressivity. Constitutionality.

1 Introdução

O Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos (ITCD) é, segundo a doutrina majoritária e farta jurisprudência, um imposto de natureza real, e não pessoal.

Tradicionalmente vigorou, por um grande lapso temporal, o entendimento de que o ITCD não poderia ser progressivo, uma

vez que tal técnica seria aplicável somente aos impostos pessoais, nos termos do art. 145, § 1º, da CF/88.

Ocorre que, nos últimos anos, muito se discutiu acerca da aplicabilidade dos princípios constitucionais ao Direito Tributário, a exemplo da capacidade contributiva e da progressividade, para fins de adequar os objetivos da política fiscal com a distribuição de renda e a diminuição das desigualdades sociais, independentemente do caráter do imposto de ser real ou não.

Nessa conjuntura de conscientização da realidade tributária do País, o Pretório Excelso, privilegiando a capacidade contributiva em favor da justiça fiscal entendeu, em sede de Recurso Extraordinário nº 562.045/RS, que para o ITCD não existe afronta aos preceitos constitucionais quando da utilização do sistema progressivo de alíquotas.

A seu turno, o presente trabalho busca analisar a constitucionalidade da incidência de alíquotas progressivas para cobrança do ITCD, fazendo um estudo de suas especificidades (aspectos relativos aos casos de incidência, fato gerador, alíquotas, competência para instituição), da aplicabilidade dos princípios da capacidade contributiva e da progressividade, bem como das previsões fundamentais estatuídas no ordenamento constitucional, no sistema tributário vigente e na Lei nº 13.417, de 30 de dezembro de 2003, do estado do Ceará.

2 Regime legal do Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos (ITCD)

Inicialmente, cumpre aduzir que o Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos (ITCD) está previsto no art. 155, inciso I, e § 1º¹, da Constituição Federal de 1988, bem como no art. 35 do Código Tributário Nacional (CTN)².

- 1 “Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: I - transmissão *causa mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos; [...] § 1º O imposto previsto no inciso I: I - relativamente a bens imóveis e respectivos direitos, compete ao Estado da situação do bem, ou ao Distrito Federal; II - **relativamente a bens móveis, títulos e créditos, compete ao Estado onde se processar o inventário ou arrolamento, ou tiver domicílio o doador, ou ao Distrito Federal**; (grifos nossos) III - terá competência para sua instituição regulada por lei complementar: a) se o doador tiver domicílio ou residência no exterior; b) se o de cujus possuía bens, era residente ou domiciliado ou teve o seu inventário processado no exterior; IV - terá suas alíquotas máximas fixadas pelo Senado Federal; [...]”
- 2 “Art. 35. O imposto, de competência dos Estados, sobre a transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos tem como fato gerador: I - **a transmissão, a qualquer título, da propriedade**

Não é necessário uso aprofundado da hermenêutica para constatar que, à época da edição do CTN, aludido imposto somente se aplicaria aos bens imóveis, uma vez que ali não havia referência expressa aos bens móveis. Contudo, o texto constitucional hodierno já prevê também a incidência do imposto sobre a transmissão de bens móveis, ampliando a abrangência desse imposto estadual, de tal sorte que o mencionado regramento foi recepcionado pela vigente ordem constitucional.

De mais a mais, ante a inexistência de lei complementar específica dispendo sobre normas gerais para o Imposto sobre a Transmissão *Causa Mortis* e Doação de bens móveis, bem como considerando o princípio federalista/republicano, prevalece o entendimento de que os Estados e o Distrito Federal podem legislar plenamente sobre o assunto, vez que são detentores de competência impositiva, nos termos do art. 24, e parágrafos³, da CF/88 c/c o art. 34, §§ 3º e 4º, do ADCT⁴.

Nas palavras de Eduardo de Castro:

[...] apenas alguns dispositivos do Código Tributário Nacional foram recepcionados pela ordem inaugurada com o advento da Constituição de 1988, haja vista que, à época de sua promulgação, conforme exposto, fundiam-se em um só tributo os atuais ITBI (municipal)

ou do domínio útil de bens imóveis por natureza ou por acessão física, como definidos na lei civil; II - a transmissão, a qualquer título, de direitos reais sobre imóveis, exceto os direitos reais de garantia; (grifos nossos) III - a cessão de direitos relativos às transmissões referidas nos incisos I e II. Parágrafo único. Nas transmissões *causa mortis*, ocorrem tantos fatos geradores distintos quantos sejam os herdeiros ou legatários”.

- 3 “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I - **direito tributário**, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico; (grifo nosso) [...] § 1º **No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.** (grifos nossos) § 2º **A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.** (grifos nossos) § 3º **Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.** (grifos nossos) § 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário”.
- 4 “Art. 34. O sistema tributário nacional entrará em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao da promulgação da Constituição, mantido, até então, o da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 1, de 1969, e pelas posteriores. [...] § 3º **Promulgada a Constituição, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão editar as leis necessárias à aplicação do sistema tributário nacional nela previsto.** (grifos nossos) § 4º As leis editadas nos termos do parágrafo anterior produzirão efeitos a partir da entrada em vigor do sistema tributário nacional previsto na Constituição. § 5º Vigente o novo sistema tributário nacional, fica assegurada a aplicação da legislação anterior, no que não seja incompatível com ele e com a legislação referida nos §§ 3º e 4º”.

e ITCMD. Estamos falando dos artigos 35 (em parte), 38, 39, 41 e 42. No que diz respeito às operações envolvendo bens móveis não existe qualquer regulação da matéria no CTN, sendo admissível falarmos, aqui, em competência plena dos Estados para reger a matéria (CF/88, art. 24, §3º c/c ADCT-CF/88, art. 34, §3º). (CASTRO, 2015, p. 10).

Com efeito, não paira dúvida de que os Estados e o Distrito Federal são competentes para criação e instituição do ITCD, seja no que concerne aos bens móveis, seja quanto aos bens imóveis.

3 Fato gerador e seus aspectos

3.1 Aspecto temporal⁵

O ITCD tem como fato gerador a transmissão de propriedade, a transmissão de direitos decorrentes do falecimento do titular e a transmissão e cessão gratuita.

Por transmissão, entende-se a passagem jurídica da propriedade ou de bens e direitos de uma pessoa para outra, podendo advir de forma não onerosa, pelo evento da morte (transmissão *causa mortis*) ou, ainda, pela doação (ato de liberalidade).

Acerca do assunto Eduardo Sabbag ensina que:

O fato gerador do ITCMD é: a) transmissão de propriedade de quaisquer bens (por exemplo, bens imóveis ou móveis, tais como: veículos, valores financeiros, títulos de crédito etc.); b) transmissão (cessão) de direitos em decorrência de: - falecimento; - transmissão e cessão gratuitas. A transmissão é a passagem jurídica da propriedade ou de bens e direitos de uma pessoa para outra. Ocorre em caráter não oneroso, seja pela ocorrência de morte (transmissão *causa mortis*), ainda ou doação (ato de liberalidade). (SABBAG, 2014, p. 1130).

No mesmo sentido, Leandro Paulsen e José Eduardo Soares de Melo preconizam que “O imposto incide sobre a transmis-

⁵ Aspecto temporal é o marco de tempo revelado pela norma tributária em que se dá a ocorrência do fato, registrando a origem de um direito subjetivo ao sujeito ativo e de um dever jurídico para o sujeito passivo.

são de qualquer bem ou direito (I) havido por sucessão legítima ou testamentária, inclusive a sucessão provisória; (II) por doação; ocorrendo tantos fatos geradores distintos quantos forem os herdeiros, legatários ou donatários.” (PAULSEN; MELO, 2009, p. 206).

Destarte, o fato gerador do imposto *causa mortis* dá-se com a transmissão da propriedade ou de quaisquer bens e direitos, e ocorre no momento do óbito, aplicando-se a lei vigente à época da sucessão.

Assim versam a Súmula nº 112 do STF - “O Imposto Transmissão Causa Mortis é devido pela alíquota vigente ao tempo da abertura da sucessão” - e as lições de Hugo de Brito Machado:

A morte opera automaticamente a transmissão da propriedade de todos os bens que a pessoa natural possui. Seja por força de lei, simplesmente, seja por ato de última vontade do autor da herança. A formalização dessa transmissão de propriedade ordinariamente ocorre mediante processo de inventário, e no âmbito deste o imposto é lançado pela autoridade competente e pago pelos interessados. (MACHADO, 2011, p. 365).

Por outro lado, com relação ao aspecto temporal de incidência do imposto sobre transmissão de bens a título gratuito *inter vivos* (doação), o mesmo se dá no momento em que o bem ou direito fora transmitido ao donatário.

Significa dizer que, quando se tratar de bens móveis, a transferência da propriedade se efetiva pela sua tradição, ao passo que, com relação aos bens imóveis, só se efetiva quando do registro do título no órgão dos Registros Públicos.

Nesse ponto, Leandro Paulsen e José Eduardo Soares de Melo afirmam:

Na doação de bens imóveis, o fato gerador somente ocorrerá no momento da efetiva transcrição realizada no Registro de Imóveis, sendo impertinente o preceito que determine o recolhimento antes da celebração da respectiva escritura pública. No que concerne aos bens móveis ou direitos, somente poderá ser considerada a transmissão mediante sua tradição (física, escritural etc.); se for

caso, com respectivo registro (veículos no Departamento de Trânsito, Capitania dos Portos; quotas de capital ou ações, na Junta Comercial ou Registro de Títulos e Documentos). (PAULSEN; MELO, 2009, p. 209).

Vê-se, portanto, que no caso de imposto *causa mortis*, o fato gerador ocorre na ocasião do falecimento do proprietário dos bens, momento em que se dá a transferência de seus bens para os herdeiros/legatários, enquanto nas doações, concretiza-se a hipótese de incidência do ITCD na data em que se lavrar a respectiva escritura pública (bens imóveis) ou pela tradição (bens móveis).

A título de esclarecimento, veja-se o que dispõe a legislação ordinária do estado do Ceará - Lei nº 13.417, de 30 de dezembro de 2003, em seus art. 2º, *caput*, §§ 1º, 2º e 3º, e art. 3º, acerca das hipóteses de incidência do ITCD:

Art. O imposto de que trata o art. 1º incide sobre a transmissão *causa mortis* ou a doação, a qualquer título de:

I - propriedade ou domínio útil de bem imóvel, seja por natureza, por acessão física ou intelectual, ou por definição legal;

II - direitos reais sobre bens imóveis;

III - bens móveis, corpóreos ou incorpóreos, títulos, créditos e respectivos direitos;

IV - semoventes.

§ 1º. A transmissão *causa mortis* ocorre no momento do óbito do autor da herança ou legado.

§ 2º. Considera-se, para os efeitos desta Lei, doação:

I - a desistência ou renúncia de herança ou legado, manifestada por herdeiro ou legatário, em favor de pessoa determinada ou determinável, que importe ou se resolva em transmissão de quaisquer bens ou direitos;

II - a cessão por ato de liberalidade, nos termos da Lei Civil.

§ 3º. Nas transmissões *causa mortis* e nas doações ocorrem tantos fatos geradores distintos quantos forem os herdeiros, legatários, donatários e cessionários.

Art. 3º. Configuram-se as hipóteses definidas no art.2º ao ocorrerem os seguintes fatos e atos:

I - sucessão legítima ou testamentária de bens imóveis situados neste Estado e de direitos a eles relativos;

II - sucessão legítima ou testamentária de bens móveis, títulos, créditos e semoventes, quando o inventário ou arrolamento se processar neste Estado;

III - doação, a qualquer título, de bens imóveis, bens móveis, títulos, créditos e direitos a eles relativos e semoventes.

Por óbvio, foram excluídas da definição de fato gerador as transmissões de propriedade de bens por ato oneroso entre vivos.

3.2 Aspecto espacial

No que tange ao aspecto espacial de hipótese de incidência do ITCD, a Constituição Federal traz disposições específicas no art. 155, § 1º, incisos I, II, III, alínea “b”, veja-se:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

[...]

§ 1º O imposto previsto no inciso I:

I - relativamente a bens imóveis e respectivos direitos, compete ao Estado da situação do bem, ou ao Distrito Federal;

II - relativamente a bens móveis, títulos e créditos, compete ao Estado onde se processar o inventário ou arrolamento, ou tiver domicílio o doador, ou ao Distrito Federal;

III - terá competência para sua instituição regulada por lei complementar:

[...]

b) se o de *cujus* possuía bens, era residente ou domiciliado ou teve o seu inventário processado no exterior;

[...]

Da leitura, observa-se que há dois tratamentos legais distintos a depender do tipo de bem a ser transmitido.

Segundo Eduardo de Castro:

Nos termos do art. 155, § 1º, I, da Constituição de 1988, o ITCMD, relativamente a bens imóveis e respectivos direitos, compete ao Estado da situação do bem, ou ao

Distrito Federal. Trata-se da regra geral da sujeição ativa tributária para os casos de bens imóveis situados no Brasil. [...] Relativamente aos bens móveis, títulos e créditos, competirá o ITCMD ao Estado onde se processar o inventário ou arrolamento – ITCMD *Causa Mortis* -, ou tiver domicílio o doador, ou ao Distrito Federal – ITCMD Doação (CF/88, art. 155, § 1º, II). (CASTRO, 2015, p. 20).

Com efeito, no caso de transmissão de bens imóveis, a competência para instituição do imposto independe do local de residência ou domicílio do autor da herança ou mesmo do local de seu falecimento, cabendo ao Estado Membro ou Distrito Federal no qual se situa o bem.

Já no caso de transmissão *causa mortis* relativa aos bens móveis, títulos e créditos, compete ao Distrito Federal e aos Estados membros onde se processar o inventário e arrolamento dos bens.

3.3 Aspecto pessoal

Os sujeitos ativos do tributo em exame são os estados e o Distrito Federal, dada a competência que a Lei Maior, em seu art. 155, I, lhes outorga.

Ocorre que a regra geral não impossibilita a atribuição legal da titularidade da exigência desse imposto (capacidade tributária ativa) à outra pessoa.

No que concerne aos sujeitos passivos do ITCD, a Constituição Federal foi omissa - não os apresentou de forma explícita. Ainda assim, é possível concluir de seu texto que os destinatários da carga tributária são os herdeiros ou os legatários do *de cuius* ou qualquer das partes envolvidas na doação, conforme previsão inserida em cada lei estadual.

De acordo com Eduardo de Castro:

Em regra, no ITCMD *Causa Mortis*, a legislação estadual fixa, como contribuintes da exação, os herdeiros e legatários do *de cuius*. Nas doações, por sua vez, costuma-se classificar como contribuintes os adquirentes dos bens doados. Além disso, com fundamento no Código Tributário Nacional, costuma-se fixar a

responsabilidade tributária também de figuras como a do inventariante, pelos tributos devidos pelo espólio (CTN, art. 134, IV), e dos tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício (CTN, art. 134, VI). [...] Nada obsta, no entanto, que a legislação local estabeleça como contribuinte ou responsável figuras diversas das enumeradas acima, desde que, obviamente, possuam alguma relação com o fato gerador da obrigação tributária. (CASTRO, 2015, p. 22).

Já segundo Eduardo Sabbag, “São sujeitos passivos do IT-CMD: a) herdeiro ou legatário (transmissão *causa mortis*; b) qualquer das partes adstritas à doação (doador ou donatário), na forma da lei.” (SABBAG, 2014, p. 1129).

Não é diferente daquilo a que alude o art. 7º da Lei nº 13.417/2003 do estado do Ceará, uma vez que elenca como contribuintes do ITCD o herdeiro, o legatário, o fiduciário e o fideicomissário nas transmissões *causa mortis*; o donatário nas transmissões por doação; o cessionário nas transmissões por cessão de herança.

3.4 Aspecto material

De imediato, cumpre destacar que o CTN, em seu artigo 38⁶, estabelece como base de cálculo do ITCD o valor venal dos bens ou direitos transmitidos, com aplicabilidade apenas aos bens imóveis, por motivos já apresentados anteriormente.

Por sua vez, no que se refere aos bens móveis, ainda inexistente lei complementar dispondo sobre a matéria. Daí os Estados membros e o Distrito Federal, com o uso de sua competência constitucional, estabeleceram que a base de cálculo do ITCD inerente aos bens móveis também seria o valor dos bens ou dos direitos transmitidos.

Os ensinamentos de Leandro Paulsen são esclarecedores no que diz respeito ao assunto:

6 Art. 38. A base de cálculo do imposto é o valor venal dos bens ou direitos transmitidos.

É o valor venal do bem ou direito transmitido, expresso em moeda nacional ou em Unidades Fiscais do Estado (Ufesp, em São Paulo), considerando-se o valor de mercado do bem ou direito na data da abertura da sucessão, ou realização do ato ou contrato de doação. (PAULSEN; MELO, 2009, p. 213).

Ainda nesse contexto, Hugo de Brito Machado assevera que

A base de cálculo desse imposto há de ser fixada pela lei da entidade competente para instituir o tributo. Deve ser, em princípio, o valor de mercado do bem objeto da transmissão. Pode ser menor. Não pode ser maior, posto que estaria atingindo riqueza outra que não o próprio bem transmitido. (MACHADO, 2011, p. 367).

Visto isso, é imperioso registrar que a Constituição Federal, em seu art. 155, § 1º, IV, determina que as alíquotas máximas do imposto estadual sobre transmissão *causa mortis* e doação de bens e direitos serão fixadas pelo Senado Federal.

A seu turno, o art. 39 do CTN prevê que:

Art. 39. A alíquota do imposto não excederá os limites fixados em resolução do Senado Federal, que distinguirá, para efeito de aplicação de alíquota mais baixa, as transmissões que atendam à política nacional de habitação.

É tanto que o Senado Federal editou a Resolução nº 9, datada de 5 de maio de 1992, fixando uma alíquota máxima de 8% para os impostos de transmissão *causa mortis* e doação. Por conseguinte, os Estados membros e o Distrito Federal ficam limitados à aplicação de alíquota no teto estabelecido pela Casa Legislativa.

Nesse momento, é relevante que se atente para as lições de José Jayme de Macêdo Oliveira sobre a matéria:

[...] cabe ao titular da competência para instituir o ITCD (o Estado e o DF) a definição da(s) alíquota(s), mediante a(s) qual(is) se efetua a apuração do valor do impos-

to a pagar. Sem embargo, há disposição constitucional limitativa de tal fixação pelo legislador ordinário estadual, insere no, §1º, IV, do art. 155, da CF, segundo a qual esse tributo “terá suas alíquotas máximas fixadas pelo Senado Federal”. Em 1992, editou-se a Resolução n. 9 (05.05.92), que, especificamente dirigida ao ITCD, definiu-lhe a alíquota de 8%, “a partir de 1º janeiro de 1992”, sendo certo, entretantes, que, em obediência ao princípio da anterioridade tributária (CF, art. 150, III, b), os efeitos práticos de citada Resolução só se fizeram sentir no exercício de 1993, ou seja, as leis estaduais que definiram alíquotas superiores aquelas máxima (4%) apenas puderam ser aplicadas a partir de 1º janeiro de 1993 (exercício seguinte ao da publicação). (OLIVEIRA, 2009, p. 336-337).

A título de ilustração, elencam-se os seguintes dispositivos normativos da Lei nº 13.417/2003 do estado do Ceará:

Art. 9º. A base de cálculo do imposto é o valor venal dos bens ou direitos, ou ainda o valor dos títulos e créditos, apurados mediante avaliação administrativa ou estimativa fiscal procedida pela autoridade fazendária. § 1º Entende-se por valor venal o valor corrente de mercado do bem ou direito.

[...]

Art. 10. As alíquotas do Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação são:

a) nas transmissões *causa mortis*:

1. até 5.000 (cinco mil) Ufirces, 2% (dois por cento);
2. acima de 5.000 (cinco mil) e até 15.000 (quinze mil) Ufirces, 4% (quatro por cento);
3. acima de 15.000 (quinze mil) e até 40.000 (quarenta mil) Ufirces, 6% (seis por cento)
4. acima de 40.000 (quarenta mil) Ufirces, 8% (oito por cento);

b) nas transmissões por doação:

1. até 25.000 (vinte e cinco mil) Ufirces, 2% (dois por cento);
2. acima de 25.000 (vinte e cinco mil) Ufirces, 4% (quatro por cento).

Importante registrar ainda que a alíquota limite estipulada pelo Senado Federal teve por escopo evitar que os Estados viessem a fixar alíquotas confiscatórias, tendo em vista que as pessoas não escolhem o local da residência com base na alíquota do imposto de transmissão a ser pago pelos herdeiros no momento da morte (CASTRO, 2015).

4 Da progressividade e da função

A progressividade é considerada um instrumento de justiça fiscal, pois as alíquotas serão maiores conforme o montante da grandeza da expressão econômica do fato tributado.

No sistema constitucional vigente a técnica da progressividade tanto pode ser aplicada para fins fiscais – elevação da carga tributária proporcional ao aumento da capacidade contributiva do contribuinte – quanto para fins extrafiscais – elevação das alíquotas segundo critérios fixados em norma, a estimular ou desestimular determinados comportamentos.

No caso específico do ITCD, o art. 2º da Resolução nº 9/1992 do Senado Federal reza que as alíquotas, a serem fixadas em lei estadual, poderão ser progressivas em função do quinhão que cada herdeiro efetivamente receber.

Ocorre que esse dispositivo gera polêmicas doutrinárias e jurisprudenciais, uma vez que há quem ateste que a Casa Legislativa extrapolou a competência constitucional, restrita à fixação de alíquotas máximas, assim como há quem ateste que o Senado apenas exerceu sua competência, em privilégio ao princípio da capacidade contributiva.

Apesar dessa controvérsia, a Corte Suprema, consoante restará abordado, já decidiu pela admissão da progressividade, haja vista ser o melhor meio de se afastarem as injustiças tributárias. E, por consectário lógico, ratificou que o ITCD apresenta uma função fiscal, a de obter receitas públicas, e uma extrafiscal, consistente em desestimular a concentração de renda.

Nessa mesma linha de raciocínio Hugo de Brito Machado ensina:

A função do imposto sobre herança e doações é fiscal. Ele tem a finalidade de gerar recursos financeiros para

os cofres públicos. Isto não quer dizer que não possa ter função extrafiscal. Todo tributo pode. No caso de imposto sobre herança e doações, a função extrafiscal possível consiste em desestimular o acúmulo de riqueza, ou, em outras palavras, desestimular a concentração de renda. Basta a instituição de alíquotas progressivas, com percentuais bastante elevados para os valores mais expressivos. Tal progressividade, [...], deve ser em função da parcela de bens recebida para cada herdeiro, legatário ou donatário. Não em função da totalidade dos bens deixados pelo autor da herança, ou doados. (MACHADO, 2011, p. 364).

5 A constitucionalidade do ITCD Progressivo à luz do julgamento do RE nº 562.045-RS

O estado do Ceará, consoante apontado, fixou alíquota progressiva, que tem como teto a alíquota máxima de 8% fixada pelo Senado Federal. Ademais, estabeleceu a progressividade em razão da base de cálculo, dispondo que em função desse valor, fixado em unidades fiscais, a alíquota será correspondente a 2%, 4% e 8%.

Sobre essa temática, Hugo de Brito Machado assim se manifesta:

Essa vinculação suscitou a questão de saber se, havendo modificação da alíquota máxima fixada pelo Senado Federal, estariam automaticamente alteradas as alíquotas do imposto. O Supremo Tribunal manifestou-se, já, pela negativa (RE nº 213.266, rel. Min. Marco Aurélio, DJU 17.12.1999). As alterações da alíquota desse imposto dependem, sempre, de leis estaduais. As resoluções do Senado Federal são limitações ao legislador estadual, mas não o substituem. Quando definiu as alíquotas do imposto fazendo remissão às alíquotas máximas fixadas pelo Senado Federal, o legislador incorporou à lei estadual as normas das resoluções então vigentes. [...] Em alguns Estados, a lei estabelece que as alíquotas progressivas desse imposto serão definidas com base no resultado da soma do valor venal da totalidade dos bens e direitos transmitidos (no Estado do Ceará, Lei nº 13.417, de 30.12.2013, art. 10, § 2º). Os

dispositivos de leis estaduais que assim estabeleçam contrariam flagrantemente o disposto no art. 35, parágrafo único, do CTN e são, portanto, desprovidos de validade. Contrariam, também, o princípio da capacidade contributiva, cuja observância no caso é perfeitamente possível. [...] Também em atenção ao art. 145, §1º, da CF, a determinação das alíquotas progressivas aplicáveis em cada caso deve ocorrer em razão do valor dos bens recebidos por cada sucessor, individualmente, porque somente assim se estará considerando a capacidade contributiva de cada um deles. (MACHADO, 2011, p. 366-367).

Daí se vislumbra que a aplicação da progressividade é tradicionalmente discutida com relação à aplicação do princípio da capacidade contributiva, inserida no art. 145, § 1º, da CF/88. A ver:

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.

Ao se analisar o dispositivo normativo em questão, nota-se uma distinção entre impostos de natureza real e de natureza pessoal. Os primeiros são aqueles nos quais se identifica apenas a coisa sobre a qual recai o tributo, sem levar em consideração as condições particulares dos contribuintes. Já os segundos são aqueles em que são ponderadas as qualidades individuais dos contribuintes para graduação do tributo. A medida da tributação, nos impostos reais, dá-se com fulcro em critérios objetivos, ao passo que, nos pessoais, é determinada subjetivamente.

A respeito da progressividade o ministro Carlos Velloso, no julgamento do RE nº 153.771/MG, em que fora relator, defendeu a aplicação da capacidade contributiva a todos os impostos, sem distinção, nos seguintes termos:

A interpretação, pois, do que está inscrito no § 1º do art. 145 da Constituição Federal deve ser esta: sempre que possível os impostos terão caráter pessoal, dado que há impostos que não possuem tal característica. Mas a pessoalidade dos impostos deverá, a todo modo, ser perseguida. Todos os impostos, entretanto, estão sujeitos ao princípio da capacidade contributiva, mesmo os que não tenham caráter pessoal.

Em contrapartida, no mesmo julgamento, o redator, ministro Moreira Alves, se pronunciou no sentido de acolher a distinção dos impostos, designando a progressividade apenas aos impostos pessoais. A ver:

Por outro lado, em face desse dispositivo, não se pode pretender que a expressão “sempre que possível” se refira apenas ao caráter pessoal do imposto, e que, por isso, o princípio da capacidade contributiva seja aplicável a todos os impostos ainda quando não tenham caráter pessoal [...]. De feito, a parte final do dispositivo repele essa conclusão, porque a Constituição Federal atribui à administração tributária a faculdade de identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, “especialmente para conferir efetividade a esses objetivos”, ou seja, ao objetivo de que os impostos, se possível, tenham caráter pessoal e ao de que esses impostos com caráter pessoal sejam graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte [...].

Fato é que o art. 145, § 1º, da CF faculta à administração a identificação do patrimônio, rendimentos e atividades econômicas do contribuinte como forma de dar caráter pessoal aos impostos e de graduá-los conforme a capacidade econômica dos contribuintes.

A finalidade do legislador era ter condições de averiguar, sempre que possível, a capacidade econômica de cada contribuinte, tributando mais pesadamente quem tem mais condições de absorver a carga tributária.

Por ora, vale lembrar que o ITCDD não é um tributo incidente sobre a propriedade de um bem, por exemplo, de característi-

cas estáticas e dissociadas da situação do contribuinte. Referido imposto é devido pelo “beneficiário ou recebedor do bem ou direito transmitido” por decorrência do direto e necessário acréscimo patrimonial que a transmissão implica.

Enfim, o imposto sobre a transmissão *causa mortis*, também denominado imposto sobre heranças ou sobre sucessão, revela a efetiva capacidade contributiva de quem percebe a transferência patrimonial, por conseguinte se vocaciona à técnica da progressividade de alíquotas.

Atente-se para os ensinamentos de Sacha Calmon Navarro Coelho:

As alíquotas são fixadas pelos legisladores estaduais, competindo ao Senado Federal fixar as máximas (tetos) a teor do art. 155, § 1º, IV, da CF/88. As alíquotas são progressivas para realizar o princípio da capacidade contributiva e para graduar a carga com igualdade, pelo merecimento. É dizer, os parentes próximos merecem mais que os distantes. Os alemães cognominam os parentes distantes que venham a herdar de “os parentes que riem”. Sabedoria milenar comum à raça humana. (COELHO, 2012, p. 458).

Observe-se, ainda, o entendimento de Roque Antônio Carrazza sobre a necessidade de autorização constitucional à introdução da progressividade ou adequação ao princípio da capacidade contributiva:

É por isso que, em nosso sistema jurídico, todos os impostos, em princípio, devem ser progressivos. Por quê? Porque é graças à progressividade que eles conseguem atender ao princípio da capacidade contributiva. Melhor esclarecendo, as leis que criam *in abstracto* os impostos devem estruturá-los de tal modo que suas alíquotas variem para mais, à medida que forem aumentando suas bases de cálculo. Assim, quanto maior a base de cálculo do imposto, tanto maior haverá de ser a alíquota aplicável na determinação do *quantum debeat*. [...] Muitos estudiosos dizem que só o imposto de renda (IR) e o imposto predial e territorial urbano (IPTU) devem ser progressivos (e que mesmo no IPTU,

Segundo Eduardo de Castro:

Nos autos do Recurso Extraordinário nº 562.045, o Supremo Tribunal Federal julgou válido o sistema progressivo de alíquotas para o ITCMD estabelecido pela Lei Gaúcha nº 8.821 /89. Na oportunidade, salientou nossa Corte Suprema que todos os impostos estariam sujeitos ao princípio da capacidade contributiva, mesmo os que não tivessem caráter pessoal, e que o § 1º do art. 145 da Constituição apenas estabeleceria que os impostos, sempre que possível, deveriam ter caráter pessoal. Aduziu-se, também, ser possível aferir a capacidade contributiva do sujeito passivo do ITCMD, pois, tratando-se de imposto direto, a sua incidência poderia expressar, em diversas circunstâncias, progressividade ou regressividade direta. Asseverou-se, por fim, que a progressividade de alíquotas do imposto em comento não teria como descambar para o confisco, porquanto haveria o controle do teto das alíquotas pelo Senado Federal (CF, art. 155, § 1º, 1V). Muito embora, no julgado supracitado, tenha o STF salientado inexistir incompatibilidade entre o posicionamento defendido e aquele constante do Enunciado nº 668 da Súmula de sua jurisprudência dominante (*“É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda Constitucional 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana”*), parece ter havido sensível mudança no entendimento segundo o qual a progressividade em função da capacidade contributiva só seria possível nos impostos reais nos casos expressamente permitidos pela Constituição. (CASTRO, 2015, p. 24-25).

Nesse julgado, os ministros Eros Grau, Menezes Direito, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Ayres de Brito, Ellen Gracie, Teori Zavascki e Gilmar Mendes deram provimento ao Recurso Extraordinário, sendo vencidos, na ocasião, os ministros Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio.

A Corte Suprema, ao admitir a progressão de alíquotas do ITCD dentro da faixa fixada pelo Senado Federal, posicionou-se corretamente. Veja-se brilhante enxerto do ministro Menezes Direito *in casu*:

[...] eu entendo que não se pode justificar a exigência constitucional da progressividade na disciplina positiva explícita, na medida em que a própria Constituição estabelece a possibilidade de que os impostos, sempre que possível, portanto, sejam de natureza progressiva, porque a progressividade do imposto em um país que já tem uma carga tributária como a nossa é sempre benfazeja, porque permite levar em conta, objetivamente, a capacidade contributiva do contribuinte. E esse deve ser o objeto essencial do próprio imposto, do próprio tributo. Não se pode, por isso a Constituição tem diversos dispositivos para proteger o contribuinte contra a exarcebação da carga tributária.

Desde então, infere-se que não há inconstitucionalidade na progressividade das alíquotas do ITCD, visto que é o entendimento mais adequado aos princípios constitucionais.

6 Considerações finais

O ITCD é ao mesmo tempo tributo e corretivo das desigualdades de riquezas, pois onera a riqueza que é ganha sem qualquer trabalho realizado pelo contribuinte.

Sendo assim, defende-se neste trabalho a possibilidade de aplicação da progressividade, referendada no art. 145, § 1º, da CF/88 às alíquotas do ITCD, vez que é um mecanismo muito eficiente para se alcançar a Justiça Fiscal.

Para tanto, asseverou-se que a progressividade, consectário lógico do princípio da capacidade contributiva e da igualdade, tem a finalidade constitucional de reduzir as desigualdades sociais mediante a compatibilização da redistribuição de riquezas com o pleno desenvolvimento de seus cidadãos.

Logo em seguida, restou destacado o recente julgado - RE nº 562.045/RS, em que o STF firmou o entendimento de que é constitucional o sistema progressivo de alíquotas para o imposto de transmissão *causa mortis* e doação.

Por último, inferiu-se que como as tributações, em geral, têm um caráter social para redistribuir as riquezas de modo a diminuir as diferenças sociais, é justo o escalonamento das alíquotas do ITCD no sentido de alcançar sua verdadeira função social.

Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 562.045/RS. Recurso Extraordinário. Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski. Relator(a) p/ Acórdão: Min. Cármen Lúcia. Julgamento: 06/02/2013. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: **DJe** 233 27-11-2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE+562045%29+%28%28RICARDO+LEWANDOWSKI%29%2ENORL%2E+OU+%28RICARDO+LEWANDOWSKI%29%2ENORV%2E+OU+%28RICARDO+LEWANDOWSKI%29%2ENORA%2E+OU+%28RICARDO+LEWANDOWSKI%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/khf8dbb>>. Acesso em: 20 dez. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE nº 153.771/MG. Recurso Extraordinário. Relator(a): Min. Carlos Velloso. Relator(a) p/ Acórdão: Min. Moreira Alves. Julgamento: 20/11/1996. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: **DJ** 05-09-1997 PP-41892. Ement. Vol. 01881-03 PP-00496. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE+153771%29+%28%28MOREIRA+ALVES%29%2ENORL%2E+OU+%28MOREIRA+ALVES%29%2ENORV%2E+OU+%28MOREIRA+ALVES%29%2ENORA%2E+OU+%28MOREIRA+ALVES%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/n3yjhez>>. Acesso em: 20 dez. 2014.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CASTRO, Eduardo de. **Impostos estaduais para concurso**. Bahia: JusPodivm, 2015.

CEARÁ. Lei nº 13.417, de 30 de dezembro de 2003. Dispõe acerca do Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação, de Quaisquer Bens ou Direitos – ITCD, e dá outras providências. **DO de 30.12.2003**. Fortaleza: Assembleia Legislativa do estado do Ceará, 2003. Disponível em: <<https://www.al.ce.gov.br/legislativo/tramitando/lei/13417.htm>>. Acesso em: 11 jan. 2015.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

OLIVEIRA, José Jayme de Macêdo. **Impostos Estaduais: ICMS, ITCD, IPVA**. São Paulo: Saraiva, 2009.

PAULSEN, Leandro; MELO, José Eduardo de. **Impostos federais, estaduais e municipais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2009.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

AS TEORIAS DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL POR DANO AMBIENTAL

THEORIES OF INTERNATIONAL RESPONSIBILITY FOR ENVIRONMENTAL DAMAGE

Aline Melo Figueiredo

Especialista em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará (UFC) e em Direito Internacional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Advogou por um período de 04 anos na Secretaria de Urbanismo e Meio Ambiente (Seuma). Atualmente, advogada da Construtora Manhattan Incorporação. Membro integrante da Comissão de Direito Ambiental.
E-mail: linemelof@hotmail.com

Sumário: 1 Introdução; 2 Os princípios de direito internacional do meio ambiente; 2.1 Princípio do direito ao desenvolvimento; 2.2 Princípio do patrimônio comum da humanidade; 2.3 Princípio da responsabilidade comum, mas diferenciada; 2.4 Princípio da precaução; 2.5 Princípio do poluidor-pagador; 2.6 Princípio do dever de não causar dano ambiental; 2.7 Princípio da responsabilidade estatal; 3 As teorias da responsabilidade internacional por dano ambiental; 3.1 A evolução do tema no plano internacional; 3.2 As teorias da responsabilidade por dano ambiental internacional; 3 Considerações finais; Referências.

Contents: 1 Introduction; 2 The principles of international law on the environment; 2.1 Principle of the right to development; 2.2 Principle of the common property of humanity; 2.3 Principle of common, but differentiated responsibility; 2.4 Precautionary principle; 2.5 The polluter-pays principle; 2.6 Principle of duty

to not cause environmental damage; 2.7 Principle of State responsibility; 3 Theories of international responsibility for environmental damage; 3.1 Evolution of the subject at the international level; 3.2 The theories of liability for environmental damage; 3 Final considerations; References.

Resumo: Em decorrência da ação do homem, o meio ambiente vem sendo drasticamente alterado. As alterações em si não configuram problema, uma vez que toda relação do homem com a natureza implica transformação no meio ambiente, mas a profundidade com que se realizam. A modificação intensa produzida no meio ambiente gera grandes consequências, há algum tempo não perceptíveis tão de perto como agora, intensificadas e difundidas pela globalização, que transcendem a degradação ambiental e comprometem a qualidade de vida. O presente artigo se propõe a, em um primeiro momento, examinar os princípios ambientais internacionais de maior relevância para este estudo, considerando os elementos que norteiam os tratados e convenções multilaterais sobre o tema e sua contribuição para a consolidação de uma doutrina relacionada aos principais pontos do Direito Ambiental Internacional.

Palavras-chave: Dano ambiental. Teorias da responsabilidade internacional. Estado.

Abstract: As a result of man's action, the environment has been drastically altered. The changes themselves do not pose a problem, 'cause every relation of man to nature implies transformation in the environment, but the depth with which they are realized. The intense change produced in the environment has great consequences, for some time not perceived as closely as now, intensified and diffused by globalization, transcending environmental degradation and compromising the quality of life. The present article proposes to first examine the most important international environmental principles for this study, considering the elements that guide the multilateral treaties and conventions on the subject and their contribution to the consolidation of a doctrine related to the main points of International Environmental Law.

Keywords: Environmental damage. Theories of international responsibility. State.

1 Introdução

No plano internacional, a responsabilidade por danos ambientais tem evoluído com o tempo. Passou-se de uma responsabilidade que atuava apenas no campo da subjetividade, amparada na busca pela culpa, para uma responsabilidade objetiva. Nesta a culpa não é relevante, pois, independentemente da licitude ou ilicitude da conduta, o agente causador dos danos ambientais terá que responder, uma vez que se busca apenas o fato, o causador e o nexa de causalidade.

O presente artigo se propõe a, em um primeiro momento, examinar os princípios ambientais internacionais de maior relevância para este estudo, considerando os elementos que norteiam os tratados e convenções multilaterais sobre o tema e sua contribuição para a consolidação de uma doutrina relacionada aos principais pontos do Direito Ambiental Internacional. Assim, no primeiro tópico, abordam-se os princípios de Direito Internacional do Meio Ambiente, como, por exemplo, o princípio do direito ao desenvolvimento, o princípio do patrimônio comum da humanidade e o princípio da precaução, que se revestem de grande importância para o objeto em estudo.

O artigo tem por objeto as duas teorias de responsabilidade internacional por dano ambiental: a subjetiva e a objetiva. Enquanto a primeira busca apurar a ilicitude ou licitude da conduta alvo, orientada pela culpa, a segunda intenciona identificar suas consequências danosas para, conseqüentemente, chegar ao agente causador do dano.

No segundo tópico, após a exposição de uma breve evolução histórica, analisam-se as duas teorias internacionais por dano ambiental, a subjetiva e a objetiva. Ao final, na conclusão do artigo, examinam-se, de forma crítica, os principais pontos abordados.

2 Os princípios de direito internacional do meio ambiente

Neste tópico apresentam-se os princípios ambientais internacionais cuja análise considera-se pertinente para o alcance do objetivo que orienta a elaboração deste artigo.

2.1 Princípio do direito ao desenvolvimento

No plano internacional, o princípio do direito ao desenvolvimento tem por objetivo consolidar o direito dos Estados de usarem seus recursos de acordo com suas próprias políticas nacionais. Nesse princípio, encontram-se dois componentes elementares: a reafirmação da soberania permanente dos Estados sobre seus recursos naturais, possibilitando-lhes a formulação e implementação de suas políticas de proteção ao meio ambiente e a contribuição e participação do homem no desenvolvimento cultural, social, econômico e político.

2.2 Princípio do patrimônio comum da humanidade

Tal princípio tem por essência constituir uma limitação à ação irrefletida do homem sobre a natureza, afirmando que determinados recursos são comuns a toda a humanidade. Para seu melhor entendimento, estipularam-se alguns conceitos, considerando-se três formas específicas de “comunialidade” presentes no Direito Internacional do Meio Ambiente: i) recursos que são considerados comuns por não se encontrarem sob a jurisdição de nenhum Estado; ii) questões que constituem preocupação comum da humanidade; e iii) conceito de patrimônio comum construído de modo que nenhum Estado poderia reivindicar a sua propriedade (SAMPAIO; WOLD; NARDY, 2003).

Nesse azo, o princípio encontra-se inserido expressamente em diversos tratados internacionais, como o Tratado sobre os Princípios Reguladores das Atividades dos Estados na Exploração e Uso do Espaço Cósmico e o Acordo da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre Atividades dos Estados na Lua e nos demais Corpos Celestes.

A polêmica consiste em saber quando o princípio em questão será aplicado em detrimento do princípio da soberania sobre os recursos naturais. Para Hunter, Salman e Zaelke apud Sampaio, Wold e Nardy (2003), o princípio examinado tem sua aplicação logo no momento em que termina a aplicação do princípio da soberania sobre os recursos naturais comuns.

2.3 Princípio da responsabilidade comum, mas diferenciada

A formulação desse princípio partiu dos esforços dos países em desenvolvimento para estabelecer critérios de compartilhamento da responsabilidade internacional pela solução dos problemas ambientais como um todo, sempre levando em consideração a situação socioeconômica dos Estados.

Logo, a origem do princípio parte das negociações travadas durante a Conferência da ONU sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992, dando origem a quatro documentos fundamentais: Declaração do Rio, Agenda XXI, Convenção-Quadro sobre Mudanças Climáticas e Convenção sobre Diversidade Biológica.

O princípio em consideração reconhece que, além de as atividades econômicas dos países desenvolvidos produzirem impactos negativos sobre o meio ambiente em maior intensidade do que o fazem as atividades econômicas dos países em desenvolvimento, aqueles países também possuem mais recursos econômicos para solucionar tais problemas do que estes.

Assim, para entender sua aplicação no sentido prático, toma-se por exemplo a Convenção da ONU sobre Diversidade Biológica no trecho em que afirma que todas as obrigações em que incidem as partes signatárias devem ser implementadas “tanto quanto possível e da forma apropriada”. Nesse sentido, as formas de implementação das obrigações internacionais variam de Estado para Estado, conforme a capacidade técnica e a disposição de recursos financeiros de cada país.

2.4 Princípio da precaução

A pronúnciação mais conhecida desse princípio encontra-se na Declaração do Rio (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1992), ao estabelecer que, havendo ameaças de danos sérios e irreversíveis ao meio ambiente, a falta de certeza absoluta não serve para ser usada como fundamento para adiar a adoção de medidas econômicas necessárias a evitar ou reduzir os danos ambientais.

Assim sendo, o princípio em questão deverá ser aplicado quando houver incerteza científica e natureza de ameaça de

degradação ambiental que se pretende prevenir. Contudo, a “incerteza científica” deixa em aberto a questão de saber qual o grau de incerteza que torna necessária a adoção de medidas de precaução.

Nos Tribunais brasileiros, a ideia de precaução encontra-se associada a qualquer evidência objetiva que indique a possibilidade de ocorrência de dano ao meio ambiente. Nesse sentido, os Tribunais australianos, por exemplo, estabeleceram restrições à construção de determinada estrada de rodagem por sua interferência com o habitat de uma espécie de sapo ameaçada de extinção, invocando o princípio da precaução e com amparo no testemunho de apenas uma pessoa (NARDY; SAMPAIO; WOLD, 2003).

Já quando relacionada a controvérsias comerciais, o órgão de apelação da Organização Mundial do Comércio (OMC) requer um conjunto mais detalhado de indicativos que reduzam a margem de incerteza científica para aplicar o princípio em análise. Ao decidir uma disputa comercial entre os Estados Unidos e a União Europeia sobre a comercialização de carne de bovinos submetidos à técnica de crescimento à base de hormônios, a OMC entendeu que a demonstração feita pela União Europeia de que a administração de hormônios do crescimento poderia causar câncer não era suficiente para legitimar sua decisão de proibir a importação da carne norte-americana. Segundo a OMC, essa demonstração deveria ser específica, o que comprova que a Organização compreende o princípio da precaução em termos bastante restritivos, exigindo uma incerteza científica muito limitada em um conjunto de indicativos factuais.

2.5 Princípio do poluidor-pagador

Compreende-se mencionado princípio como um mecanismo de destinação da responsabilidade pelos custos ambientais associados à atividade econômica. Ele fornece um fundamento dos instrumentos da política ambiental de que os Estados dispõem para promover a internalização dos custos ambientais vinculados à produção e comercialização de bens e serviços.

O princípio em questão induz os Estados a promoverem uma melhor alocação dos custos de prevenção e controle, por isso sua aplicação é considerada parte integrante da orientação geral

do Direito Ambiental em evitar a degradação do meio ambiente.

Desse princípio não derivam apenas obrigações ambientais, pois se configura como um instrumento de política ambiental empregado pelos Estados para estabelecer de que modo os custos ambientais serão distribuídos perante os atores econômicos.

Por conseguinte, os custos podem ser divididos em três: de prevenção, controle e reparação. Os custos de prevenção associam-se às medidas para prevenir os impactos negativos que poderiam decorrer do desenvolvimento de determinada atividade econômica; os de controle constituem aqueles associados aos sistemas de controle e monitoramento ambiental, cuja adoção é exigida como requisito para a implantação e operação de empreendimentos potencialmente poluidores; já os de reparação estão associados às medidas de recuperação ambiental.

2.6 Princípio do dever de não causar dano ambiental

Os Estados devem assegurar que as atividades desenvolvidas sob seu controle não causem danos ambientais em áreas além dos limites de suas respectivas jurisdições nacionais.

Por isso, uma questão que sempre resta associada ao princípio em análise incide em saber que medidas serão consideradas cabíveis ante o cumprimento do dever de não causar danos ambientais. Nessa problemática, pacifica-se o entendimento de que deverá ser aplicado o conceito de diligência devida, que indica que os Estados deverão prover um conjunto de regras de controle que permita o desenvolvimento da atividade econômica de forma ambientalmente adequada.

2.7 Princípio da responsabilidade estatal

O princípio do dever de não causar dano ambiental complementa-se com o princípio da responsabilidade estatal, o qual regula a responsabilidade dos Estados por descumprimento de suas obrigações ambientais internacionais.

Assim, o princípio ora mencionado ampara-se ainda no reconhecimento da própria comunidade internacional de que os Estados têm o dever de não usar o seu território para causar danos a outros Estados.

As diferentes decisões da Corte Internacional de Justiça também fundamentam e amparam o nascimento desse princípio. Como exemplo, menciona-se a decisão do caso do Canal de Corfu (1949), em que o Estado da Albânia foi considerado responsável pelos danos causados a navios ingleses por minas plantadas em suas águas territoriais por rebeldes albaneses. Em decisão, a Corte Internacional de Justiça estabeleceu que, dadas as circunstâncias envolvidas, o Estado da Albânia tinha o dever de notificar o Reino Unido sobre a existência de minas no canal de Corfu e, por não o ter feito, encontrava-se obrigado a indenizá-lo pelas perdas decorrentes do naufrágio de seus dois navios.

Para ser caracterizada dentro dos moldes do princípio em questão, a responsabilidade do Estado deverá revestir-se de alguns elementos: a manifestação do exercício de jurisdição sobre seus nacionais; o nexo causal entre a violação do dever específico identificado e os danos causados a outros Estados; e a identificação de danos passíveis de individualização associados aos problemas ambientais causados pela violação de um dever estatal específico.

3 As teorias da responsabilidade internacional por dano ambiental

No tópico ora em construção traça-se inicialmente um panorama evolutivo da temática para, em seguida, debruçar-se sobre a análise das teorias subjetiva e objetiva da responsabilidade internacional por dano ambiental, escopo deste estudo.

3.1 A evolução do tema no plano internacional

Desde o ano de 1935, os Estados começaram a aceitar a responsabilidade jurídico-ambiental no plano internacional. Mediante a ocorrência de um litígio entre americanos e canadenses, caso conhecido como “Fundição Trail”, firmou-se a ideia de que os Estados são responsáveis pelos atos poluidores de seus nacionais, desde que essa poluição ultrapasse a fronteira de seu Estado (MACHADO, 2010).

Desde então, o sistema de responsabilidade civil tem sofrido diversas modificações, tentando, de uma maneira geral, adaptar-se às novas prioridades para atender à função estabilizadora do Direito.

Consequentemente, antes de se valer de uma forte estrutura de responsabilização por dano ambiental, o Estado deverá cercar-se de alguns princípios estruturantes, bem como de uma política ambiental eficiente para evitar a lesão ambiental. Ressalta-se que a ação dos princípios é inibitória, enquanto a responsabilização já é remédio à ocorrência do dano ambiental. Morato Leite expõe ainda que:

[...] de nada adiantaria um Estado que atendesse, com eficácia, apenas parcialmente os princípios de direito ambiental e não estruturasse de forma condizente os demais. Há que prevalecer um sistema integrado e não de eficácia parcial, evitando-se falar da função simbólica do direito ambiental (2003, p. 171).

No entanto, atualmente, as catástrofes ecológicas de grande proporção demonstram que o direito e a responsabilização civil por danos ambientais ainda não fornecem respostas seguras e confiáveis à lesão ambiental. Algumas dessas dificuldades devem-se à complexidade do dano ambiental, além da forte inclinação à índole individualista do Direito ao revés do trato solidário e difuso que exige a lesão ao meio ambiente.

Apesar dessas complicações, Morato Leite, visando dar uma visão mais detalhada aos casos mencionados na literatura jus ambiental concernente à reparabilidade do dano ambiental, de forma cronológica, pontuou os principais relatos, a saber: i) epidemia causada por contaminação da água, especialmente por mercúrio, ocorrida na Baía de Minamata, no Japão; ii) encalhamento de navio petroleiro, em um recife perto de Porto Rico, onde se despejaram 5 mil toneladas de petróleo no mar; iii) naufrágio de navio-tanque, no norte da Bretanha, no qual se derramaram cerca de 220 mil toneladas de petróleo bruto no mar; iv) incêndio em uma fábrica na Suíça e, como consequência, a combustão de 1.200 toneladas de produtos químicos, formando uma nuvem tóxica que acabou por se depositar no Rio Reno; v) encalhamento de navio petroleiro na costa do Alasca, derramando 41,69 milhões de litros de óleo cru, que degradou uma área de cerca de 2.400 quilômetros quadrados, onde se situavam numerosas reservas naturais (2003).

No Brasil, a prática da tutela coletiva do dano ambiental intensificou-se apenas a partir da Lei da Política Nacional

do Meio Ambiente, Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, pois anteriormente predominava a concepção de cunho individualista de uma proteção coletiva do bem ambiental, tendo-se como única exceção a Ação Popular.

A evolução dessa matéria, dentro do cenário internacional, começou a partir da Declaração de Estocolmo, em junho de 1972 (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, 1972), que estabeleceu:

Princípio 21: Conforme a Carta das Nações Unidas e os princípios de Direito Internacional, os Estados têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos segundo sua política ambiental e têm o dever de agir de tal modo que as atividades exercidas nos limites de sua jurisdição ou sob seu controle não causem prejuízo ao meio ambiente de outros Estados ou nas regiões que não dependam de qualquer jurisdição nacional.

Pode-se perceber claramente que os Estados têm liberdade relativa ou liberdade controlada para a exploração de seus recursos naturais. Nesse sentido, entende-se que a soberania “cria para os Estados obrigações que são corolário de seus próprios direitos” (MACHADO, 2010).

Em junho de 1992, a Declaração do Rio (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1992) determinou o seguinte:

Princípio 2: Os Estados, em conformidade com a Carta das Nações Unidas e os princípios da lei internacional, têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos segundo suas próprias políticas ambientais e de desenvolvimento, e a responsabilidade de velar para que as atividades realizadas sob sua jurisdição ou sob seu controle não causem danos ao meio ambiente de outros Estados ou de zonas que estejam fora dos limites da jurisdição nacional.

Princípio 13: Os Estados deverão desenvolver a legislação nacional relativa à responsabilidade e à indenização referente às vítimas da contaminação e outros danos ambientais. Os Estados deverão cooperar de maneira diligente e mais decidida no preparo de novas leis internacionais sobre responsabilidade e indenização pelos efeitos adversos dos danos ambientais cau-

sados pelas atividades realizadas dentro de sua jurisdição, ou sob seu controle, em zonas situadas fora de sua jurisdição.

Destarte, a Declaração do Rio (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1992), ao limitar-se a preconizar as indenizações apenas às vítimas, revela-se tímida em relação ao regime da reparação ambiental. Ou seja, o Direito Ambiental Internacional ainda não evoluiu o suficiente no sentido da obtenção da reparação ao meio ambiente danificado.

Ressalta-se ainda que, no Brasil, conforme mencionado anteriormente, a matéria intensificou-se apenas a partir de 1981, com o estabelecimento da Política Nacional do Meio Ambiente. Posteriormente, a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, estabeleceu um instrumental jurisdicional mais contemporâneo para a responsabilização do dano ambiental coletivo. Por fim, a Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, destinou vários dispositivos à proteção ambiental, prosseguindo com a criação de instrumentos de jurisdição coletiva.

A Agenda 21, plano de ação global adotado após a Conferência Rio 92, também faz menção à responsabilidade por dano ambiental, utilizando o termo como uma forma de obrigação de reparar.

3.2 As teorias da responsabilidade por dano ambiental internacional

Inicialmente, sobre as teorias da responsabilidade por dano ambiental, ressalta-se um breve relato de Paulo Affonso Leme Machado, indicando o seguinte:

Ocorrendo o dano ao meio ambiente, surge a discussão jurídica da obrigação de reparação desse dano no plano internacional. Dependerá da existência de convenção onde esteja prevista a responsabilidade objetiva ou sem culpa ou a responsabilidade subjetiva ou por culpa. A Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas está estudando a possibilidade de os Estados poderem chegar a incorrer em responsabilidade pelas consequências prejudiciais de atos não proibidos pelo Direito Internacional (responsabilidade por danos causados, ainda que sem ato ilícito). (2010, p. 96).

A responsabilidade no campo do Direito Civil concretiza-se no cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer e no pagamento de condenação em dinheiro.

No campo da proteção internacional do meio ambiente, o Direito Internacional sofreu uma verdadeira revolução no que compete à regulamentação da responsabilidade civil do Estado pela reparação de danos. Anteriormente, as normas que regulavam a responsabilidade civil internacional do Estado por danos a ele atribuídos constituíam o “sistema da responsabilidade subjetiva por culpa”. De acordo com Soares, nesse sistema, para haver a atribuição a um Estado do dever de reparar um prejuízo a outro Estado, eram necessárias:

- a) a ocorrência de uma violação de uma norma anterior (a comissão de um ilícito, por um ato ou uma omissão);
- b) a ocorrência de um dano (perda de vidas, de bens materiais ou imateriais); c) a sua atribubilidade a um Estado (direta ou indiretamente) (2003, p. 160).

Em tal caso, nota-se que somente poderiam ser autor ou vítima de um dano Estados soberanos. Portanto, para um particular ter seus direitos reconhecidos e seus danos reparados, somente poderiam ser instaurados mecanismos adequados de controvérsias nas relações internacionais na medida em que o Estado assumisse junto com o particular as reivindicações do mesmo.

O instituto em comento refere-se à proteção diplomática, de natureza bastante costumeira, mas que nem sempre consegue oferecer adequada proteção aos interesses e direitos dos particulares, uma vez que depende unicamente da vontade do Estado assumir os direitos de um particular.

Segundo Soares (2003), o sistema da responsabilidade subjetiva tem o inconveniente de reforçar a tendência de considerar proibidas quaisquer atividades que causem dano a outro Estado, mesmo aquelas atividades perigosas, porém necessárias à vida em sociedade.

A Comissão de Direito Internacional da ONU, na Resolução nº 56/83, de 12 de dezembro de 2001, dispendo sobre ato internacional ilícito, designa que o seu surgimento se manifesta sempre que um Estado cometer um ato ilícito perante o Direito

Internacional, pouco importando se na sua legislação interna a conduta é considerada lícita, estabelecendo, ainda, a necessidade de oferecer reparação pelos danos causados, que pode ocorrer mediante restituição (recuperação da situação existente antes do ato), compensação ou satisfação (utilizada quando não for possível a restituição ou a compensação).

A teoria subjetiva é criticada por diversos juristas no direito comparado. Boris Starck, na França, *apud* Paulo Affonso Leme Machado, assevera que:

As contínuas transformações da técnica do direito da responsabilidade têm como objetivo único a maior garantia da segurança corporal e material dos homens vivendo em sociedade. A noção de culpa, sobre a qual se queria fazer uma muralha das responsabilidades humanas, foi submergida pelo fluxo da vaga de acidentes industriais e mecânicos do mundo contemporâneo. (2010, p. 363).

Por sua vez, o jurista norte-americano Calabresi, *apud* Paulo Affonso Leme Machado, afirma que “A culpa não podia assegurar a obtenção de resultados que a responsabilidade civil deve prefixar, sendo inadequada seja no terreno da prevenção, seja naquele da reação ao dano.” (2010, p. 363).

A industrialização produziu para as relações internacionais o sistema da responsabilidade objetiva, definindo que a obrigação de reparar não se preocupa em determinar a licitude ou ilicitude de uma conduta que cause dano, mas em definir as consequências de uma conduta perigosa, necessária ao homem da atualidade. Assim, a norma jurídica, nesse sistema:

- a) tipifica o que se considera um dano (perda de vida, perda de uma propriedade, perda de utilidade de determinados bens);
- b) define, de modo infosismável, o autor do dano, consagrando, assim, o fenômeno denominado canalização da responsabilidade, segundo o qual a norma jurídica define o autor do dano, no intuito de beneficiar a vítima (que não mais necessitará fazer prova de autoria de um dano);

- c) estabelece as conseqüências da ocorrência do dano, com as definições dos tetos financeiros que se encontram envolvidos nas obrigações de reparar;
- d) define, de maneira clara, as causas de exoneração da responsabilidade (caso fortuito, força maior) ou de limitação ou de agravamento da responsabilidade (variação para menos ou para mais, nos valores devidos);
- e) institui a obrigação de seguros obrigatórios e de garantias de pagamento de eventuais danos futuros, seguros e garantias (esses tanto em nível nacional quanto internacional);
- f) obriga os Estados a estabelecer sistemas de suprimento de fundos oficiais para eventuais reparações de danos não cobertos por seguros privados (fundos públicos e fundos internacionais supridos por todos os Estados), consagrando-se a denominada “socialização do risco”;
- g) indica o juiz nacional ou juízes nacionais a quem a vítima deverá recorrer e as conseqüentes regras para facilitar a validade de sentenças estrangeiras, nos foros nacionais. (SOARES, 2003, p. 162).

A responsabilidade objetiva ou por risco abrange um campo de normas que incidem em áreas precisas, que excepcionam o sistema da responsabilidade subjetiva, achando-se regida, segundo Soares, em nível internacional, pelas seguintes Convenções (de interesse para o Brasil):

- a) Responsabilidade por Danos Nucleares: regulada primordialmente pela Convenção de Viena sobre Responsabilidade Civil por Danos Nucleares, adotada em Viena, em 21 de maio de 1963, sob a égide da AIEA, tendo sido promulgada no Brasil pelo Decreto nº 911 de 3 de setembro de 1993. A responsabilidade objetiva se concentra na figura do operador de uma instalação nuclear e tem o limite máximo de indenização em 300 milhões de DES, ou seja, de Direitos Especiais de Saque.
- b) Responsabilidade Civil por Danos Derivados de Poluição Marinha por óleo: regulada mundialmente pela Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil por Danos Causados por Poluição por Óleo, adotada em Bruxelas, em 29 de novembro de

1969 (conhecida por CLC, sigla para *Civil Liability Convention*). No Brasil, foi promulgada pelo Decreto nº 79.437 de 28 de março de 1977. A responsabilidade se concentra na figura do proprietário do navio petroleiro e seu limite máximo de indenização tem variado, estando atualmente na faixa de 59,7 milhões de DES, para cada incidente que envolva um superpetroleiro;

- c) Responsabilidade por Danos Causados por Objetos Espaciais: regulada pela Convenção sobre Responsabilidade Internacional por Danos Causados por Objetos Espaciais, adotada conjuntamente em Londres, Moscou e Washington, em 22 de março de 1972, promulgada pelo Decreto nº 71.981 de 22 de março de 1972, a única Convenção Internacional que adota a responsabilidade canalizada de maneira objetiva e exclusiva na pessoa de um Estado, ou seja, do Estado lançador do objeto espacial. Os danos compreendidos na Convenção são aqueles “danos causados por objetos espaciais na superfície da Terra ou a aeronaves em vôo” (art. 2º da Convenção), estando assim excluídos os danos causados por objetos espaciais a outros objetos espaciais, cuja responsabilidade é regida não pela Convenção, mas pelas normas do Direito Internacional geral, ou seja, pelo regime da responsabilidade subjetiva, ou por culpa. A Convenção não regula a questão da responsabilidade pelo dano causado pelo lixo espacial, que pode assumir a forma de uma poeira microscópica, constituída de pequenas e cortantes lâminas de metal indestrutível, que conseguiriam atravessar a roupa de um astronauta que estivesse num passeio pelo espaço e causar-lhe a morte. (2003, p. 163-165).

No tema da responsabilidade internacional por danos ao meio ambiente, ainda pelo regime da responsabilidade objetiva ou por risco, é importante mencionar a Convenção sobre Responsabilidade dos Operadores de Navios Nucleares (maio de 1962); a Convenção sobre o Regime Jurídico das Atividades Relativas aos Recursos Minerais da Antártida (1988); a Convenção sobre Responsabilidade e Reparação por Danos Relacionados com o Transporte de Substâncias Perigosas e Nocivas (1996); e

o Protocolo da Basileia sobre Responsabilidade e Reparação por Danos Resultantes do Movimento Transfronteiriço de Resíduos Perigosos e seu Depósito (2000) como exemplos de algumas convenções multilaterais.

Como se observa, os avanços tecnológicos resultaram na necessidade de se evoluir na apreciação dos danos causados ao meio ambiente. Assim, surgiu o sistema da responsabilidade objetiva, visando atingir o princípio da igualdade, porquanto independe de apuração de culpa do causador dos danos ambientais quando, no momento de sua aplicação, pouco importa a licitude ou ilicitude de sua conduta, mas apenas o fato e as consequências dele decorrentes ao meio ambiente.

Considerações finais

As recentes catástrofes ambientais sinalizam a necessidade de realização de grandes mudanças no quadro normativo internacional. Nesse momento, entram em cena as organizações internacionais e os Estados para tentar minimizar as consequências ambientais das ações humanas irrefletidas que o Planeta vem sofrendo.

Dentro desse quadro normativo, a teoria objetiva da responsabilidade dos Estados por danos ambientais reveste-se de impactante importância. Isso porque nasceu com os avanços tecnológicos (que claramente interferem no meio ambiente) e, juntamente com esses, firmou-se a responsabilidade dos próprios Estados no tratamento do meio ambiente. Não uma responsabilidade por culpa, vez que muito subjetiva em sua aplicação, mas uma responsabilidade que independe de licitude ou ilicitude da conduta do agente causador do dano.

As recentes degradações ambientais causadas pela mão do homem têm acarretado grandes transtornos para o meio ambiente, que acaba respondendo de maneira pouco convidativa. É nesse momento que entra em cena a teoria objetiva, a qual, em vez de buscar analisar a licitude da conduta do agente para apenas depois concluir pela sua culpabilidade ou não, prima pela análise das consequências desastrosas que podem derivar de uma conduta humana. Dessa forma, concluindo pela produção de danos ao meio ambiente, não importa a licitude ou não da conduta em análise, mesmo porque alguns danos são irreversíveis.

Em tal caso, a preocupação internacional com o futuro do Planeta vem crescendo de forma gradativa. Diversos encontros, várias discussões, porém nenhum consenso. As catástrofes assolam todo o Planeta e a natureza vem mostrando todos os dias que a situação só tende a piorar. Assim, nada mais tão adequado quanto a teoria da responsabilidade objetiva aqui exposta, uma vez que, por seu intermédio, os danos ambientais sofridos serão severamente punidos, independentemente da culpa do agente. Os problemas ambientais não serão resolvidos. Mas não é para isso que o Direito Ambiental Internacional existe. As teorias, doutrinas, tratados, convenções ou as amplas discussões existem e estão cada vez mais em voga para tentar minimizar as consequências que as futuras gerações sofrerão. Não há dúvida de que sérios problemas irão ocorrer, contudo tudo isso pode e deve ser desacelerado.

Referências

LEITE, José Rubens Morato. **Dano Ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração do Rio sobre meio ambiente e desenvolvimento**. 1992. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. **Princípio de Direito Ambiental na dimensão internacional e comparada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SOARES, Guido Fernando Silva. **A Proteção Internacional do Meio Ambiente**. São Paulo: Manole, 2003.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. **Declaração de Estocolmo sobre o ambiente humano - 1972**. 1972. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

DIREITO COMPARADO: UMA BREVE ANÁLISE DOS SISTEMAS ELEITORAIS BRASILEIRO E NORTE-AMERICANO

COMPARATIVE LAW: A BRIEF ANALYSIS OF ELECTORAL SYSTEMS ON BRAZIL AND ON THE UNITED STATES

Aline Memória de Andrade

Advogada.

Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio.

E-mail: alinememoria@yahoo.com.br

Sumário: 1 Introdução: breve histórico do Direito Comparado e sua importância; 2 Sistema Eleitoral: conceito; 3 Sistema Eleitoral Brasileiro; 3.1 Sistema majoritário; 3.2 Sistema proporcional; 3.2.1 Quociente eleitoral; 3.2.2 Quociente partidário; 3.2.3 Distribuição das sobras; 4 Sistema Eleitoral Americano; 5 Algumas diferenças entre os sistemas eleitorais dos dois países; 6 Considerações finais; Referências.

Contents: 1 Introduction: brief history of Comparative Law and its importance; 2 Electoral System: concept; 3 Brazilian Electoral System; 3.1 Majoritary system; 3.2 Proportional system; 3.2.1 Electoral quotient; 3.2.2 Political party quotient; 3.2.3 Remains distribution; 4 The North American Electoral System; 5 Some differences between the two electoral systems; 6 Final considerations; References.

Resumo: O objetivo deste artigo científico consiste em realizar breve análise de Direito Comparado entre os sistemas eleitorais brasileiro e norte-americano mediante o emprego de pesquisa bibliográfica qualitativa e método descritivo-comparativo. Traça-se, primeiro, um histórico do Direito Comparado, demonstrando sua importância para a

solução de problemas. Após, expõem-se conceitos básicos ligados à matéria de sistema eleitoral para, em seguida, trazer à baila uma breve caracterização do modelo americano, comparando-o posteriormente ao modelo brasileiro, mediante a apresentação de algumas importantes diferenças. Evidenciou-se que a experiência norte-americana pode ser adaptada à realidade própria brasileira e inspirar mudanças tendentes a atualizar o sistema eleitoral em um contexto plenamente democrático.

Palavras-chave: Direito Comparado. Direito Eleitoral. Sistema Eleitoral. Estados Unidos.

Abstract: This study aims to make a brief analysis between the electoral systems on Brazil and on the United States of America, by using bibliographical research and comparative method. Initially, the origins of Comparative Law will be discussed, demonstrating its importance for solving problems. Then, some indispensable concepts for the subject are examined and, afterwards, a brief description of the North American's model, to enable making a comparison with the Brazilian one, enumerating some important differences. It was evidenced that the North American experience can be adapted to the Brazilian's reality and inspire changes that will turn the Brazilian's electoral system into a true democratic context.

Keywords: Comparative Law. Election Law. Electoral System. United States of America.

1 Introdução: breve histórico do Direito Comparado e sua importância

A origem do Direito Comparado remonta à Antiguidade. Na Grécia Antiga, antes do processo de criação de leis, procurava-se viajar e pesquisar como os institutos jurídicos eram tratados por outros povos para só então se editar suas próprias leis. O mesmo ocorria em Roma, inclusive para a edição da Lei das XII Tábuas, quando se buscou o conhecimento de leis estrangeiras, em especial as gregas, que exerceram importante influência sobre a primeira legislação romana. Já na Modernidade, no século XVII, Montesquieu recorre à sistemática de consulta a outras legislações para escrever sua célebre obra "O Espírito das Leis".

O Direito Comparado, porém, só passou a se desenvolver de forma plena a partir de 1900, quando ocorreu o I Congres-

so Internacional de Direito Comparado, em Paris, o qual buscou discutir sobre quais seriam suas funções. Entre as várias finalidades do Direito Comparado – já que se delongar em expor todas as finalidades fugiria ao foco do presente artigo –, pontua-se a de que o conhecimento de outras regras e sistemas diferentes dos que orientam a realidade em que se vive permite que se depare com situações-problemas que se busca resolver atualmente e que já foram enfrentadas em outros países. Dessa maneira, pode-se inspirar nas soluções estrangeiras para a criação das nativas, assim como na Antiguidade uma nação inspirava-se em outra para criar e atualizar seu arcabouço jurídico.

No âmbito do sistema eleitoral, objeto do presente estudo, o Direito Comparado é um instrumento valioso para propor melhores soluções a questões recorrentes, tanto academicamente quanto na mídia, como as discussões, em ano eleitoral – caso do ano de 2016 no Brasil e nos Estados Unidos – que questionam se o sistema adotado neste País acaba por beneficiar grandes partidos, tornando a participação de pequenos partidos difícil ou quase impossível.

Nesse contexto, considerou-se relevante a elaboração de uma pesquisa que se propusesse a realizar breve análise de Direito Comparado entre os sistemas eleitorais brasileiro e norte-americano, com a finalidade de possibilitar uma análise comparativa com vistas a estimular discussões que levem a um modelo aperfeiçoado do sistema brasileiro, que pode vir a, futuramente, incorporar técnicas existentes em outros países, adaptando-as, obviamente, à sua peculiar realidade.

A concreção desse objetivo favoreceu o emprego da pesquisa bibliográfica em livros, revistas e artigos em meios eletrônicos sobre o tema como a metodologia mais adequada. Quanto à forma de abordagem, optou-se pela utilização da pesquisa qualitativa, objetivando a interpretação dos fenômenos sem o uso de técnicas estatísticas, privilegiando a realização de comparações entre o sistema eleitoral brasileiro e o norte-americano.

Algumas das matérias que se diferenciam nos sistemas eleitorais dos Estados Unidos e do Brasil, por opção metodológica, foram deixadas de lado na pesquisa, como condições de elegibilidade, financiamento eleitoral, propaganda eleitoral, administração do processo eleitoral, cadastro dos eleitores e inscri-

ção eleitoral, vez que o foco se direcionou à análise das formas de votação e obrigatoriedade do voto.

Na disposição dos resultados obtidos neste artigo, inicialmente conceitua-se sistema eleitoral, bem como outros institutos a ele ligados, enfatizando o modo como são tratados no Brasil. Em seguida, analisam-se as principais características do sistema eleitoral norte-americano para, finalmente, adentrar nas diferenças entre os dois sistemas. As considerações finais demonstrarão como a experiência norte-americana pode ser introduzida no sistema brasileiro, e quais adaptações devem ser observadas nesse processo.

Ademais, o modelo norte-americano é uma boa referência para o Brasil, em razão de o desenvolvimento dos Estados Unidos como nação autônoma estar, no mínimo, um século à frente do brasileiro, com instituições bem delineadas e uma sólida ordem constitucional. Essa diferença reside na emancipação das Treze Colônias americanas do domínio britânico em 1776, enquanto o Brasil só alcançou a sua independência política de Portugal em 1822 – permanecendo economicamente dependente da Inglaterra –, adotando a monarquia até 1889, com a proclamação da República. Destarte, a comparação trazida por este artigo é justificada.

2 Sistema eleitoral: conceito

Segundo José Afonso da Silva (2014, p. 372), sistema eleitoral é “[...] o conjunto de técnicas e procedimentos que se empregam na realização de eleições, destinadas a organizar a representação do povo no território nacional”.

Complementando a conceituação apresentada, o autor explica que o sistema eleitoral “compreende técnicas como a divisão do território em distritos ou circunscrições eleitorais, o método de emissão do voto, e os procedimentos de apresentação de candidatos e de designação dos eleitos de acordo com os votos emitidos” (SILVA, 2014, p. 372).

3 Sistema Eleitoral Brasileiro

Analisando-se a Constituição Federal de 1988¹ e outros dispositivos espalhados na legislação referente ao Direito Eleitoral brasileiro, evidencia-se que são adotados no Brasil dois sistemas eleitorais: o majoritário e o proporcional. Além dessa classificação, o sistema eleitoral brasileiro também é eletrônico, devido à utilização de urnas eletrônicas na votação desde o ano 2000. As cédulas de votação atualmente são usadas apenas excepcionalmente, em caso de erro na urna eletrônica. Na continuidade, passa-se à análise de alguns conceitos de suma importância à matéria.

3.1 Sistema majoritário

É o sistema adotado para a eleição de Prefeito, Governador, Presidente e Senadores. Nas eleições para os cargos do Executivo, o candidato precisa alcançar mais de 50% dos votos válidos (sem o cômputo dos brancos e nulos) para ser eleito. Se nenhum obtiver a maioria absoluta dos votos, será realizado o segundo turno para Presidente, Governador, e para Prefeito das cidades com mais de 200 mil eleitores, no qual competem os dois candidatos mais votados do primeiro turno. Em caso de empate, o candidato mais velho é eleito.

O Senado Federal renova-se a cada quatro anos nas proporções de um terço em uma eleição e dois terços na seguinte. Dessa feita, no ano em que se elege apenas um candidato, ele é escolhido por maioria relativa dos votos válidos. No ano que se escolhem dois candidatos, os eleitores votam em dois nomes, e os dois candidatos que obtiverem a maior votação são eleitos.

3.2 Sistema proporcional

É empregado para as eleições de Deputados Federais, Estaduais, Distritais e Vereadores. Para saber se determinado

¹ Acerca do modelo democrático, que é o adotado no Brasil, assevera Torquato Jardim (1998, p. 37): “O modelo democrático compreende três elementos essenciais. Primeiro, a escolha dos governantes mediante eleições por sufrágio universal e secreto. Segundo, a existência de um parlamento com grandes poderes e de representação popular abrangente do maior número possível dos segmentos sociais. Terceiro, uma hierarquia de normas jurídicas destinadas a assegurar o controle das autoridades públicas por juízes independentes.”

candidato foi eleito, é necessário realizar um cálculo aritmético, utilizando-se, para tanto, dos números referentes ao quociente eleitoral, ao quociente partidário e à distribuição das sobras, formas de preenchimento de vagas cujos conceitos são importantes para se entender como funciona o sistema proporcional.

3.2.1 Quociente eleitoral

É o número mínimo que um partido político ou coligação deve alcançar para poder eleger um parlamentar. Chega-se a esse número por meio da divisão entre o número de votos válidos (todos os votos dados aos partidos e aos candidatos, excluindo-se os votos em branco e nulos) e o número de lugares a serem preenchidos.

Se o partido não alcançar esse quociente eleitoral, mesmo que por uma diferença mínima, não terá nenhum candidato eleito.

3.2.2 Quociente partidário

É obtido mediante a divisão do número de votos válidos conquistados pelo partido ou coligação pelo quociente eleitoral. O resultado é o número de vagas obtidas pelo partido ou coligação.

3.2.3 Distribuição das sobras

Pode acontecer que, após o cálculo do quociente partidário, ainda existam vagas que não foram preenchidas. Proceder-se-á, então, à técnica de distribuição das sobras, a qual é explicada no art. 109 do Código Eleitoral:

Os lugares não preenchidos com a aplicação dos quocientes partidários serão distribuídos mediante observância das seguintes regras:

I - dividir-se-á o número de votos válidos atribuídos a cada Partido ou coligação de Partidos pelo número de lugares por ele obtido, mais um, cabendo ao Partido ou coligação que apresentar a maior média um dos lugares a preencher;

II - repetir-se-á a operação para a distribuição de cada um dos lugares.

4 Sistema Eleitoral Americano

Comparativamente ao sistema eleitoral brasileiro, o sistema eleitoral americano é muito mais complexo, para não dizer complicado. Até os norte-americanos têm dificuldade para compreendê-lo. A título de exemplo, o Departamento de Estado Americano divulgou uma cartilha com o fim de explicar seu sistema eleitoral aos cidadãos, e na introdução já constava um alerta: “O sistema de indicação dos candidatos presidenciais parece complexo e até mesmo caótico. E de fato o é” (FROTA, 2003). Essa dificuldade em entender o sistema eleitoral americano decorre das tentativas de manutenção da Constituição Americana, promulgada em 1787, adaptando-a às mudanças na realidade social.

Nos Estados Unidos, o presidente é eleito por votos indiretos por intermédio de colégios eleitorais. Os colégios eleitorais são compostos pelos delegados estaduais, escolhidos mediante votos de militantes e membros dos partidos em cada Estado. Cada um dos 50 Estados americanos mais o DC² (semelhante ao Distrito Federal no Brasil) tem um número de delegados geralmente igual ao número de seus representantes nas duas casas do Congresso Nacional, quais sejam, o Senado e a Câmara. Ao todo, o colégio eleitoral conta com 538 integrantes (delegados), distribuídos de forma proporcional entre os Estados, seguindo fatores que levam em conta critérios como a representatividade econômica e populacional de cada Estado. Ao final, o número de delegados por Estado varia de três a 55: ou seja, cada Estado tem um peso diferente. Para ser eleito, o candidato deve ter no mínimo 270 votos de colégios eleitorais. Na prática, é como se cada Estado votasse para presidente.

O modelo norte-americano não possui um sistema eleitoral nacional unificado, de forma que cada Estado escolhe a melhor maneira de computar e contar seus votos. Por exemplo, se em um Estado que tem direito a 55 delegados, como a Califórnia, 28 votos são para o candidato A, e 27 para o candidato B, na contagem final dos colégios eleitorais o colégio da Califórnia contribui

2 A título de complementação, a sigla DC significa “District of Columbia” (Distrito de Columbia). Seria análogo ao Distrito Federal brasileiro, “já que o status de ‘distrito’, na prática, designa a mesma coisa que no resto do mundo: uma unidade administrativa do mesmo nível de um estado, só que sem representantes no Congresso”, como explica Sean Purdy, professor de História dos EUA da USP (RODRIGUES, 2013).

com 55 votos para o candidato A, que foi o vencedor naquele Estado, sistema conhecido como “*the winner takes it all*” (o vencedor leva tudo).

Outra peculiaridade do sistema eleitoral americano é a de que não são os partidos que apontam seus candidatos a presidente, mas o povo, de forma direta ou indireta. Apesar de haver muitos partidos políticos nos Estados Unidos, o processo eleitoral é absolutamente dominado pelos seus dois maiores partidos: o Republicano e o Democrata. Mesmo assim, os candidatos independentes que não são filiados a partidos políticos podem afetar o resultado da eleição, pois se nenhum candidato obtiver o mínimo de 270 votos de colégio eleitoral, os três candidatos que receberam mais votos disputam uma nova eleição. Porém, essa nova eleição não mais se decide pelos colégios eleitorais, e sim pela Câmara de Representantes, na qual cada Estado tem um voto.

5 Algumas diferenças entre os sistemas eleitorais dos dois países

I) No Brasil, as eleições são feitas de forma direta: o eleitor vota no candidato a presidente de sua preferência sem intermediários, por intermédio do sistema majoritário. Nos Estados Unidos, as eleições são indiretas, mediante os colégios eleitorais, conforme o tópico anterior.

II) O sistema eleitoral brasileiro é nacional, isto é, uniformizado para todo o seu território. Dessa forma, não pode um Estado, por exemplo, eleger seu Governador utilizando critérios e forma diferentes dos adotados em outro Estado; tampouco um Município instituir critérios próprios para reger as eleições de vereadores.

Nos Estados Unidos, por outro lado, a organização do sistema eleitoral é deixada a critério de cada Estado, o que explica a grande confusão para se entender o sistema de escolha do presidente, considerando que há 50 legislações diferentes - uma para cada um dos 50 Estados. Por exemplo, o número de candidatos a presidente varia de Estado para Estado.

III) Os cargos para serem votados no Brasil são: Presidente, Governadores, Prefeitos, Senadores, Deputados Federais, Deputados Estaduais e Vereadores.

No sistema eleitoral norte-americano, todavia, no dia das eleições os cidadãos votam para eleger outros ocupantes de cargos estaduais e municipais - além de Presidente, Senador e Deputado - como tesoureiros do Estado, integrantes do Conselho de Educação e juízes distritais.

IV) No Brasil, os partidos escolhem seu candidato a presidente, diferentemente do que acontece nos Estados Unidos, onde quem faz essa escolha é o povo. Essa opção é feita de forma direta - com o eleitor votando diretamente para escolher o candidato de sua preferência - ou indireta - votando em delegados partidários que escolherão entre os pré-candidatos. Pode a escolha do candidato também ser realizada por meio de primárias ou convenções em etapas.

V) A Constituição Federal de 1988 permite que no Brasil haja uma reeleição, proibindo um terceiro mandato consecutivo. Por outro lado, nos Estados Unidos a restrição é mais rígida: dois mandatos é o máximo que alguém pode exercer como presidente, continuamente ou não. Barack Obama, por exemplo, que estava no seu segundo mandato, não pôde concorrer novamente à presidência - tal só poderia ocorrer se a Constituição Americana fosse emendada.

VI) Tanto nos Estados Unidos quanto no Brasil, o mandato dos Senadores é de oito anos, com a diferença de que aqui se renova um terço em uma eleição, e dois terços na seguinte; no sistema americano a renovação do Senado é de um terço a cada dois anos. Já na Câmara dos Deputados, o mandato no Brasil dura quatro anos e nos Estados Unidos dois anos.

VII) No Brasil, desde os anos 2000, as eleições são feitas por urnas eletrônicas em nível nacional, abolindo-se as cédulas de votação, usadas apenas excepcionalmente.

Nos Estados Unidos, porém, ainda são usadas as cédulas de votação, inclusive para decidir questões que, aqui no Brasil, seriam tratadas em plebiscito ou referendo, como o fim da isenção de impostos sobre imóveis militares, tratado há alguns anos. A complexidade da cédula de votação - algumas chegam a ter várias páginas - explica a demora no processo de votação, razão pela qual, nos últimos anos, muitos norte-americanos vêm defendendo a sua padronização. No entanto, as autoridades eleitorais americanas têm preferido manter a tradição de que cada Estado delibere de *per si*.

VIII) O voto no Brasil é obrigatório para os maiores de 18 (dezoito) anos, nos termos do § 1º do art. 14 da Constituição Federal de 1988³. Portanto, se por algum motivo o cidadão não puder comparecer às eleições, terá que justificar o voto. Se não justificar, ser-lhe-ão aplicadas sanções, como não poder inscrever-se em concurso ou prova para cargo ou função pública, obter carteira de identidade, entre outras (ELEITOR..., 2017).⁴

No sistema eleitoral americano, o voto é facultativo, de forma que no dia das eleições, o cidadão pode escolher entre encaminhar-se ou não às urnas, sem que o seu não comparecimento implique qualquer prejuízo, e sem ter o dever de justificar sua ausência.

Essa importante característica reflete nas campanhas eleitorais. No Brasil, os candidatos não se esforçam muito para vencer o eleitor – não é à toa que é constante a presença de candidatos que fazem do horário eleitoral um programa humorístico, tentando chamar a atenção do eleitor com piadas e nomes espalhafatosos, ao invés de apresentar propostas.

Já nos Estados Unidos, como o voto é facultativo, o esforço de quem almeja um mandato eletivo é maior, pois não deve simplesmente convencer o cidadão a escolher um candidato no momento em que, sem escolha, tiver que se dirigir às urnas – como ocorre no Brasil, em que os eleitores sofrem coerção indireta para votar mediante a cominação de sanções pelo seu não comparecimento -, mas sim a efetivamente exercer seu direito de voto, dei-

3 Art. 14, § 1º - O alistamento eleitoral e o voto são: I - obrigatórios para os maiores de dezoito anos; II - facultativos para: a) os analfabetos; b) os maiores de setenta anos; c) os maiores de dezesesse e menores de dezoito anos.

4 O eleitor que não regularize a sua situação com a Justiça Eleitoral poderá sofrer proibição de: “inscrever-se em concurso ou prova para cargo ou função pública, investir-se ou empossar-se neles; receber vencimentos, remuneração, salário ou proventos de função ou emprego público, autárquico ou paraestatal, bem como fundações governamentais, empresas, institutos e sociedades de qualquer natureza, mantidas ou subvencionadas pelo governo ou que exerçam serviço público delegado, correspondentes ao segundo mês subsequente ao da eleição; participar de concorrência pública ou administrativa da União, dos Estados, dos Territórios, do Distrito Federal ou dos Municípios, ou das respectivas autarquias; obter empréstimos nas autarquias, sociedades de economia mista, caixas econômicas federais ou estaduais, nos institutos e caixas de previdência social, bem como em qualquer estabelecimento de crédito mantido pelo governo, ou de cuja administração este participe, e com essas entidades celebrar contratos; obter passaporte ou carteira de identidade; renovar matrícula em estabelecimento de ensino oficial ou fiscalizado pelo governo; praticar qualquer ato para o qual se exija quitação do serviço militar ou imposto de renda, obter Certidão de Quitação Eleitoral, conforme disciplina a Res.-TSE nº 21.823/2004”. Ademais, se o eleitor não votar em três eleições consecutivas, nem justificar sua ausência e não quitar a multa devida, terá sua inscrição cancelada e, após seis anos, excluída do cadastro de eleitores (ELEITOR..., 2017).

xando a inércia e assumindo uma posição ativa, optando livremente por ir às urnas e votar no candidato que conscientemente conquistou seu voto, usando para tanto de propostas concretas e de um perfil político bem trabalhado.

IX) No Brasil, só se pode votar no dia da eleição e no período apropriado (das 8 horas da manhã até as 17 horas da tarde). Nos Estados Unidos, entretanto, o eleitor que não quiser ou não puder comparecer às urnas tem o direito de votar com antecedência, podendo a cédula ser enviada por fax ou e-mail.

6 Considerações finais

É importante a análise da experiência norte-americana no tocante ao sistema eleitoral para delinear as diferenças entre o sistema estrangeiro e o pátrio, discutindo-se acerca da possibilidade ou não de se aproveitar algumas de suas características, adaptando-as à realidade brasileira. Afinal, a história e a evolução das nações brasileira e norte-americana deram-se de forma bem diversa. Portanto, de nada adiantaria simplesmente transportar alguns institutos e ideias estrangeiras para o sistema local, transformando-o em uma verdadeira “colcha de retalhos”, sem identidade própria e sem condizer com a realidade e a idiosincrasia brasileira.

O sistema eleitoral nacional merece ser aprimorado, pois, apesar de avançado e elogiado em alguns pontos – como no uso de urnas eletrônicas, – permanece conservador em outros aspectos, como o do voto obrigatório.

Aqui, cumpre abrir um breve parêntese, citando a pesquisa de Wanderson Bezerra de Azevedo (2013), segundo o qual, no mundo, 42% dos 26 casos de países que adotam o voto obrigatório ocorrem no continente americano, ressaltando que até mesmo em Cuba o voto é facultativo. Certo é que algumas democracias notáveis também o adotam, como Áustria, Austrália e Bélgica, porém a massiva parte das democracias atuais pratica o voto facultativo, o que pode levar, no mínimo, a se questionar o modelo brasileiro. Ademais, o nível de abstenção nas eleições brasileiras cresce a cada ano, tendo chegado a mais de 20% nas eleições para Presidente de 2014.

Não se trata, por fim, de utilizar as soluções norte-americanas para toda e qualquer questão eleitoral, mas de melhorar

cada vez mais o sistema eleitoral brasileiro, atentando-se às suas peculiaridades. Não se pretende, portanto, aplicar características próprias de sistemas de países cuja realidade é tão destoante da brasileira, mas sim verificar a possibilidade de adaptar tais características à complexa realidade pátria.

No mesmo sentido atesta o cientista político Gianfranco Pasquino, citado em introdução de estudo realizado pelo Senado Federal (SENADO, 2011) acerca dos sistemas eleitorais adotados em diversos países: “os sistemas eleitorais integram os sistemas políticos respectivos por razões peculiares à vida de cada país, de natureza histórica, e, desse modo, não podem ser simplesmente copiados e transferidos de uma experiência a outra”.

Destarte, a missão de atualizar e aprimorar o sistema eleitoral brasileiro é complexa, considerando-se as características próprias do Brasil; porém, isso não a torna menos necessária. Ressalte-se que não foram alvos deste trabalho outros temas como financiamento partidário e regras para mudança de partido, os quais também demandam urgente reforma eleitoral⁵, para a qual o presente artigo buscou contribuir, mediante comparação com o modelo norte-americano e a proposta de extinção do voto obrigatório, dentre outras alterações.

Referências

AZEVEDO, Wanderson Bezerra de. Voto democrático é voto facultativo. **Revista Consultor Jurídico**, 25 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-25/wanderson-azevedo-voto-democratico-voto-facultativo>>. Acesso em: 26 jan. 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **DOU de 5.10.1988**. Brasília, DF: Casa Civil da Presidência da República, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 jan. 2016.

5 No ano de 2015, conforme explicado no site do TSE <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2016/Janeiro/conheca-as-novas-regras-das-eleicoes-municipais-de-2016>> (acesso em: 27 de abril de 2017) a “Lei nº 13.165/2015, conhecida como *correaReforma Eleitoral 2015*, promoveu importantes alterações nas regras das eleições deste ano ao introduzir mudanças nas Leis nº 9.504/1997 (Lei das Eleições), nº 9.096/1995 (Lei dos Partidos Políticos) e nº 4.737/1965 (Código Eleitoral). Além de mudanças nos prazos para as convenções partidárias, filiação partidária e no tempo de campanha eleitoral, que foi reduzido, está proibido o financiamento eleitoral por pessoas jurídicas”.

_____. Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. **DOU de 19.7.1965 (retificado em 30.7.1965)**. Brasília, DF: Casa Civil da Presidência da República, 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm>. Acesso em: 26 jan. 2016.

ELEITOR tem até dia 02 de maio para regularizar situação junto ao TRE. **TV Jornal**, 25 abr. 2017. Disponível em: <<http://tvjornal.ne10.uol.com.br/noticia/ultimas/2017/04/25/eleitor-tem-ate-dia-02-de-maio-para-regularizar-situacao-junto-ao-tre-30335.php>>. Acesso em: 27 abr. 2017.

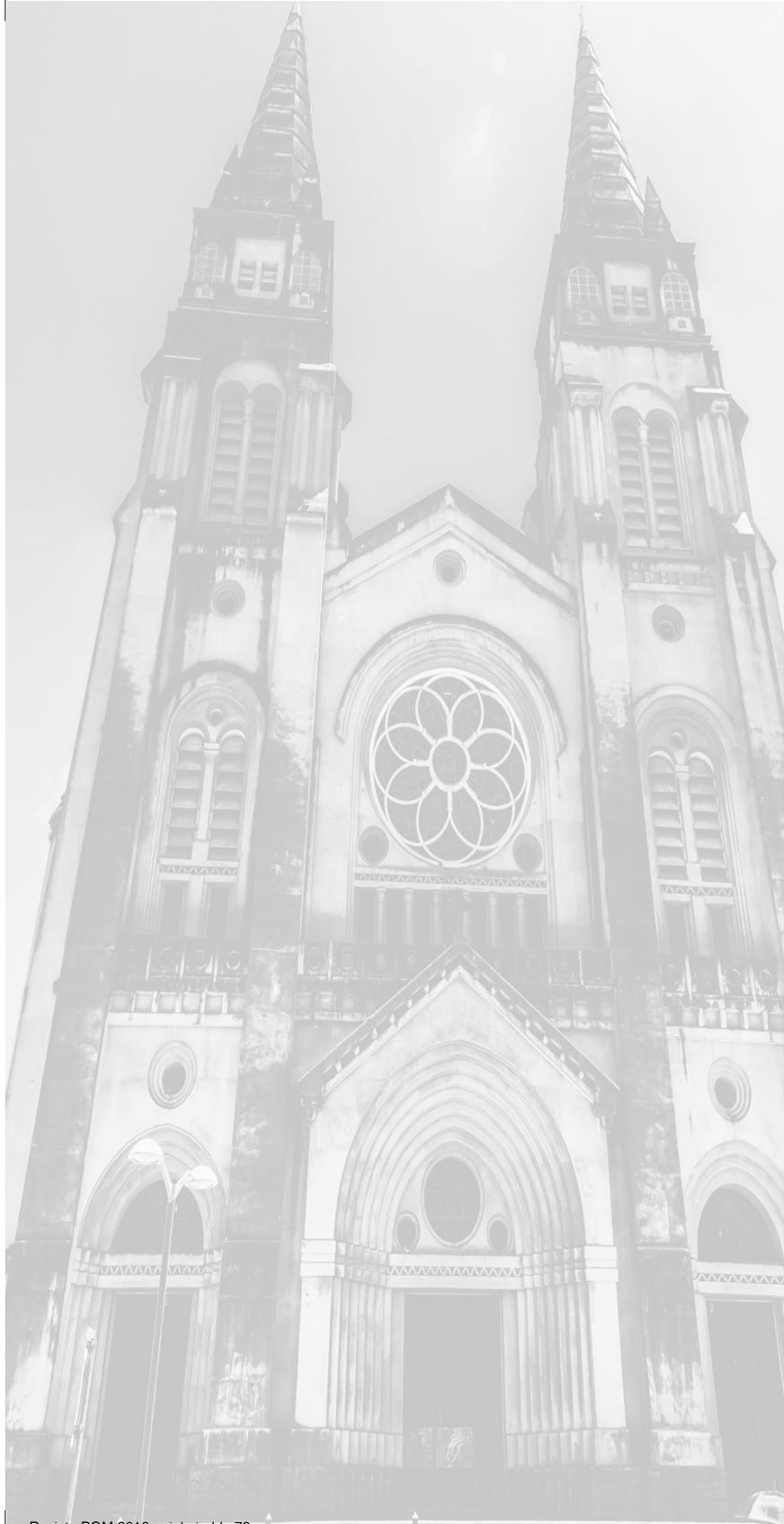
FROTA, Marcel. O complexo sistema eleitoral americano. **Universia Brasil**, 9 mar. 2008. Disponível em: <<http://noticias.universia.com.br/destaque/noticia/2008/03/09/422444/complexo-sistema-eleitoral-americano.html>>. Acesso em: 27 abr. 2017.

JARDIM, Torquato. **Direito eleitoral positivo**. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

RODRIGUES, Anna Carolina. O que significa o D.C. em Washington, D.C.? **Mundo Estranho**, 27 maio 2013. Disponível em: <<http://mundoestranho.abril.com.br/materia/o-que-significa-o-dc-em-washington-dc>>. Acesso em: 22 mar. 2016.

SENADO publica estudo sobre Direito Eleitoral. **Revista Consultor Jurídico**, 21 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-abr-21/senado-publica-estudo-direito-eleitoral-comparado>>. Acesso em: 27 abr. 2017

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.



PARECERES

PARECER Nº 28/2015.
PROCESSO Nº 179504/2007.
RECURSO DE OFÍCIO
RECORRENTE: AUDITORIA DE JULGAMENTO EM
PRIMEIRO GRAU.
RECORRIDO: PRESTMEDIC COOPERATIVA
PRESTADORA DE SERVIÇOS MÉDICOS LTDA.
RELATOR(A): CATARINA DE SOUZA MELO TEIXEIRA.
PROCURADOR: PEDRO ROBSTON QUARIGUASI
VASCONCELOS.

Ementa: Decadência Parcial – inteligência do art. 150, §4º. do CTN. Nulidade dos autos em virtude do descumprimento do art. 51 da Lei nº 8.954/2005, incisos I, VI e IX. Declaração de nulidade por vício formal sem prejuízo de nova ação fiscal.

Pedro Robston Quariguasi Vasconcelos
Procurador do Município

Os presentes autos originaram-se de autuação fiscal lavrada contra o contribuinte que teve por base o lançamento de ISS que não teria sido integralmente pago – AI. N. 3816/07, 3817/07, 3818/07, 3829/07, 3830/07 e 3831/07.

Nesse azo faço meu o relatório que já consta acostado às fls. 942/943 – que faz parte da decisão monocrática –, posto que ele abrange os pontos necessários à compreensão da lide, sendo desnecessário reiterá-los.

O juízo singular decidiu pela declaração da nulidade dos autos de infração lavrados contra o contribuinte, por vício formal, por entender que os autos de infração deixaram de atender às formalidades exigidas no art. 51 da Lei nº 8.954, de 14 de setembro de 2005, em especial os incisos I, VI e IX, além de salientar a decadência dos meses de abril a agosto de 2002, que não deveriam constar do auto de infração de n. 3829/07.

O julgador singular recorreu de ofício, não foi apresentado recurso voluntário.

Feito esse breve relato, passo ao opinativo.

Logo de início, compulsando os autos, verifica-se que assiste razão ao julgador de primeira instância em salientar a decadência dos meses de abril a agosto de 2002, que não deveriam constar do auto de infração de n. 3829/07. Destarte, o contribuinte foi intimado do auto de infração na data de 16 de agosto de 2007.

Por sua vez, correto é o entendimento, posto que foi efetuado o pagamento do imposto – ISSQN - sobre a taxa de administração cobrada pela cooperativa pelo repasse dos honorários aos médicos cooperados. Desse modo, afasta-se a incidência do art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional.

O STJ tem proferido reiterados entendimentos nesse mesmo sentido, como se depreende a seguir:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ISS. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. **NÃO OCORRÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. APLICAÇÃO DO ART. 173, I, DO CTN.** ALÍQUOTA MÁXIMA DE 5% PREVISTA NA LC 100/99. LIMITAÇÃO QUE SE APLICA AO SERVIÇO DE EXPLORAÇÃO DE RODOVIA MEDIANTE COBRANÇA DE PREÇO DOS USUÁRIOS.

1. A orientação da Primeira Seção desta Corte firmou-se no sentido de que, em regra, o prazo para se efetuar o lançamento é o previsto no art. 173, I, do CTN, ou seja, cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Contudo, tratando-se de tributo sujeito a lançamento por homologação, cujo pagamento ocorreu de modo antecipado, o prazo de que dispõe o Fisco para constituir o crédito tributário é de cinco anos, contados a partir do fato gerador. No caso concreto, não havendo pagamento antecipado, aplica-se a regra prevista no art. 173, I, do CTN (REsp 413.265/SC, 1ª Seção, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 30.10.2006).

[...]

5. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1.372.512/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ de 17.9.2013) **DEVIDO ENFRENTAMENTO DAS QUESTÕES RECURSAIS. EMBARGOS À EXECUÇÃO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. INEXIS-**

**TÊNÇIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECA-
DÊNCIA. TERMO INICIAL. ART. 173, I, DO CTN. EN-
TENDIMENTO FIRMADO EM RECURSO REPETITIVO
(ART. 543-C DO CPC). RESP PARADIGMA 973.733/SC.
SÚMULA 83/STJ. MULTA.**

[...]

2. Nos tributos sujeitos à homologação em que não há o pagamento destes, o início do prazo decadencial para a constituição do crédito tributário ocorre a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (art. 173, inciso I, do CTN).

3. Entendimento reiterado pela Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 973.733/SC, relatoria Min. Luiz Fux, submetido à sistemática dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC).

4. O inconformismo posterior ao julgado “representativo da controvérsia” implica, em regra, a aplicação da multa prevista no art. 557, §2º, do CPC.

Agravo regimental improvido, com aplicação de multa. (AgRg no AREsp 260.213/PE, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 25.4.2012).

Do Regime Jurídico das Cooperativas

Cooperativa de trabalho ou de serviços é aquela constituída por trabalhadores autônomos que oferecem, sem exclusividade, os serviços profissionais do grupo ou de seus membros individualmente, sem perder sua liberdade de aceitação de tarefas.

O incentivo constitucional dado à criação das cooperativas, explicitado pela promotente ao reportar-se aos arts. 5º, inciso XVIII; 146, inciso III, alínea “c”; 174, § 2º; 192, inciso VIII, da Constituição Federal, visa sobretudo o desenvolvimento econômico do País. O estímulo dado a esse tipo de sociedade que funciona como intermediária dos serviços prestados por seus associados (trabalhadores autônomos), não almejando para tanto fins lucrativos e devendo as sobras líquidas retornarem proporcionalmente aos sócios, não impede que essa realize atos não cooperativos que se sujeitam à incidência do ISS.

A Lei nº 5.764/74, que as disciplina, delimita as características essenciais desse tipo de sociedade civil:

- a) número mínimo de vinte associados;
- b) capital variável, representado por quota-parte, para cada associado, inacessível a terceiros, estranhos à sociedade;
- c) limitação do número de quota-parte para cada associado;
- d) singularidade de voto, exceção feita às de crédito, que devem optar pelo critério de proporcionalidade;
- e) *quorum* para as assembleias, baseado no número de associados e não no capital;
- f) retorno das sobras líquidas do exercício, proporcionalmente às operações realizadas pelo associado;
- g) prestação de assistência ao associado;
- h) fornecimento de serviços a terceiros atendendo a seus objetivos sociais.

As cooperativas organizadas para fins de prestação de serviços praticam, portanto, com características diferentes, dois tipos de atos:

- a) atos cooperados consistentes no exercício de suas atividades em benefício dos seus associados que prestam serviços a terceiros;
- b) atos não cooperados de serviços de administração a terceiros que adquiram seus serviços.

Os primeiros atos, por serem típicos atos cooperados, na expressão do art. 79 estão isentos de tributação. Os segundos, por não serem atos cooperados, mas simplesmente serviços remunerados prestados a terceiros, sujeitam-se ao pagamento de tributos, conforme art. 87 da Lei nº 5.764/71, que foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, em face de a lei complementar mencionada pela alínea “c” do inciso III do art. 146 não ter sido até o momento editada.

O ato não cooperativo, que é a operação com os não associados, pode ser tributado desde que haja previsão em lei para a exigência do tributo (art. 97, inciso III, do Código Tributário Nacional), que é o que ocorre. Portanto, descabida é a dedução da promotente de que a lei municipal ou o Decreto-lei nº 406/68 estariam manipulando a definição legal do instituto com a finalidade de arrecadar tributos.

Meritoriamente é sabido que quem se enquadra na hipótese de incidência tributária *ipso facto* realiza o fato gerador e, dessa feita, faz surgir a obrigação tributária que deve ser cumprida, sendo, segundo conceituada doutrina e jurisprudência, obrigação *ex lege*, advinda e derivada diretamente de lei, formal e materialmente legítima, não se tratando de forma alguma de analogia ou discricionariedade por parte da Administração Pública.

Conforme o mesmo entendimento, inexistente bitributação, haja vista a prestação de dois serviços distintos, um pelos cooperados, pelos serviços prestados e outro pela cooperativa, quando presta serviços de administração a terceiros.

A cooperativa, mesmo sendo sociedade civil sem fins lucrativos, realiza atos organizados e voltados para obter lucros de terceiros e constituiu, pelo menos quanto à parte de suas atividades relevante para efeitos tributários, “empresa de prestação de serviços de assessoria e consultoria”, sujeita à disciplina do art. 8º do DL nº 406/68 e item 22 da sua Lista de Serviços.

Não pode ser outra a exegese a se extrair desse diploma. Tanto que, no tocante ao ICM (hoje ICMS), dispôs:

Art. 6º - [...]

§ 1º - Consideram-se também contribuintes;

I – as sociedades civis de fins econômicos, INCLUSIVE COOPERATIVAS que pratiquem com habitualidade operações relativas à circulação de mercadorias;

II – as sociedades civis de fins não-econômicos que explorem estabelecimentos industriais ou que pratiquem, com habitualidade, venda de mercadorias que para esse fim adquirem [...]

Quanto à suposta ofensa ao princípio da isonomia, não vinga, tendo em vista o entendimento equivocado da promotente em relação ao referido preceito, senão vejamos o que dispõe o art. 150, inciso II, da Carta Magna:

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

I – [...]

II – instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão da ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos; [...]

Por estar em situação equivalente aos demais prestadores de serviço, exonerar a cooperativa do pagamento do referido tributo traria, sim, tratamento desigual aos contribuintes.

Em relação especificadamente às empresas de informática, foi proferida recentemente uma decisão pelo Conselho de Contribuintes de São Paulo ao examinar processo de cobrança de ISS de uma cooperativa de informática, vejamos:

ISS – ASSESSORIA OU CONSULTORIA DE QUALQUER NATUREZA – COOPERATIVAS. São tributados pelo ISS os serviços de produção, manutenção, pesquisa, consultoria e suporte em informática e automação, prestados pelas cooperativas a terceiros estranhos a seu quadro social.(inteligência do inciso XXII, do art. 8º , da Lei 691/84, alterada pela Lei 1.194/87) Recurso improvido à unanimidade. Recurso Voluntário 3.640- acórdão 5.231 de 06.08.98).

Situação semelhante ocorre em relação às cooperativas de plano de saúde, sobre as quais leciona o eminente tributarista Kiyoshi Harada, em “O ISS e as Cooperativas de Serviços Médicos”, artigo publicado em *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, nº 4, julho/setembro de 1993, Revista dos Tribunais, p. 60, que:

Porém, isso não quer dizer que a cooperativa de serviços médicos jamais poderia sujeitar-se ao pagamento do ISS. Primeiramente, a própria legislação corporativista permite, excepcionalmente, a prática dos atos de mercancia pelas cooperativas. Por outro lado, as cooperativas poderão fornecer bens e serviços a não associados, desde que tal facul-

dade atenda aos objetivos sociais e esteja de conformidade com a legislação cooperativista (Art. 86 da Lei 5.764/71).

Os resultados dessas operações atípicas deverão ser “contabilizado em separado, de molde a permitir cálculo para incidência de tributos” (Art. 87 da Lei 5.764/71). Quando a cooperativa prestar serviços médicos, dando execução aos convênios firmados, quer por via de seus empregados médicos, quer por via de seus associados, percebendo, de per-si e para si, os preços respectivos, estará se posicionando como sujeito passivo do ISS. Nessa hipótese, é irrelevante o fato de o associado, que tenha prestado serviço em nome da cooperativa, já ser contribuinte do ISS, individualmente. (Grifou-se).

Os arestos invocados pela impetrante não encontram respaldo na **SÚMULA 81 do STF**, segundo a qual “As cooperativas não gozam de isenção de impostos locais, com fundamento na Constituição e nas leis federais”, e foram superados pelo novo rumo imprimido no STJ quanto a esse tema, que não dá mais ensanchas às razões expendidas na inicial:

Recurso Especial. TRIBUTÁRIO – ISS - COOPERATIVA MÉDICA –ATIVIDADE EMPRESARIAL.

1. *A cooperativa, quando serve de mera intermediária entre seus associados (profissionais) e terceiros, que usam do serviço médico, está isenta de tributos, porque exerce atos cooperativos (art. 79 da Lei 5.764/71) e goza de não-incidência.*
2. *Diferentemente, quando a cooperativa, na atividade de intermediação, realiza ato negocial, foge a regra da isenção, devendo pagar os impostos e contribuições na qualidade de verdadeira empregadora.*
3. *Recurso Especial não conhecido.” (Ac. Un. Da 2ª T. do STJ. Resp 215311/MA. Rel. Min. Eliana Calmon, Julgado em 10.10.2000, DJ 11.12.2000).*

Recurso Especial. TRIBUTÁRIO – ISS - COOPERATIVA MÉDICA – CARÁTER EMPRESARIAL (ATOS NÃO - COOPERADOS) - INCIDÊNCIA PRECEDENTES.

As cooperativas de prestação de serviços médicos praticam atos empresariais de prestação de serviços remunerados prestados a terceiros, sujeitos à incidência do ISS, conforme determina o art. 87 da Lei 5.764/71. Recurso Especial não conhecido. (Ac. Un. Da 2ª T. do STJ. Resp 235654/RR. Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, Julgado em 05.03.2002, DJ 13.05.2002).

Recurso Especial. É devido o Imposto Sobre Serviços pelas Sociedades Profissionais quando estas assumem o caráter empresarial, estando ainda, consoante o art. 9º, §§ 1º e 2º, do Dec.-Lei 406/68, modificado pelo Decreto-Lei 834/69, onde incluem-se as sociedades dos médicos. Incidência no caso da Súmula 81 do Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial conhecido e provido. (Ac. Un. Da 2ª T. do STJ. Resp 16.096-0/PR. Rel. Min. José de Jesus Filho. J. 22.06.94. Recte.- Município de Curitiba; Recda. - Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos e Hospitalares de Curitiba Ltda. - UNIMED de Curitiba-Medipar. DJU I 10.08.94, p. 18.609 – Ementa Oficial).

Com efeito, pode-se concluir, sem dúvida: os atos não cooperativos praticados pela impetrante de forma habitual, de acordo com o seu Estatuto, e as operações em que funciona como contribuinte substituta e retentora do ISS devido por seus contratantes, inserem-se tranquilamente no âmbito de imposição do tributo.

Assim, inequivocamente, a impetrante não faz jus ao que pleiteia, porque é uma cooperativa, cuja atividade envolve atos não cooperativos, com repercussão no Direito Tributário, cujo objeto valoriza os fatos econômicos praticados, com incidência do ISS, portanto.

Sobre a Nulidade da Autuação

Sinale-se que foi requerida ao contribuinte a apresentação de documentação para realização de perícia e resposta de questionamentos a fim de saber se os atos praticados pela cooperativa seriam integralmente atos cooperados, não tendo o contribuinte

apresentado os documentos requeridos, limitando-se a apresentar notas fiscais de repasse de honorários e contratos celebrados relativos ao fornecimento de serviços médicos por seus cooperados.

Como bem asseverou o julgador singular, poderia ser aplicada a sanção prevista no art. 63 da lei do contencioso, contudo, assiste razão ao julgador em reconhecer a nulidade formal dos autos de infração, tendo em vista que foram inobservados os requisitos formais do art. 51 do diploma legal citado.

Vejam os autos de infração lavrados contra o contribuinte devem obedecer a requisitos previstos no art. 51 da Lei nº 8.954/2005, sob pena de irregularidade formal, o que enseja igualmente a nulidade, tudo isso contribuindo para que o sujeito passivo não estivesse apto a defender-se apropriadamente.

Art. 51 - O Auto de Infração será lavrado em formulário próprio por auditor fiscal, não podendo ter rasuras, emendas ou entrelinhas, exceto as ressalvadas, e contendo, ainda:

I - a descrição minuciosa da infração;

II - a referência aos dispositivos legais respectivos;

III - a penalidade aplicável e a referência aos dispositivos legais infringidos;

IV - o local, data e hora de sua lavratura;

V - o nome e endereço do sujeito passivo e testemunhas, se houver;

VI - elementos e documentos que serviram de base à apuração da infração;

VII - a inscrição municipal correspondente, bem como a inscrição no Ministério da Fazenda;

VIII - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de 15 (quinze) dias, contados a partir da ciência do Auto de Infração, sob pena de revelia;

IX - o cálculo dos valores devidos;

X - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula;

XI - a cientificação do autuado.

§ 1º - Além dos elementos descritos neste artigo, o Auto de Infração pode conter outros para maior clareza na descrição da infração e identificação do infrator.

§ 2º - As incorreções ou omissões verificadas no Auto de Infração não constituem motivo de nulidade do processo, desde que do mesmo constem elementos suficientes para determinar a infração e o infrator.

§ 3º - A cada infração a esta legislação corresponde, obrigatoriamente, uma autuação específica.

§ 4º - A assinatura no Auto de Infração não importa confissão, nem a sua falta ou recusa em nulidade do Auto ou aumento da penalidade, mas a circunstância será mencionada pelo autuante.

Em verdade, como bem disse o julgador singular:

A ausência das informações necessárias de como a auditora-autuante chegou aos valores que serviram como base de cálculo do ISSQ, quais os documentos que embaçaram (se foram as notas fiscais, declarações prestadas pelo contribuinte, extrato de contas, análise do sistema informatizado da SEFIN etc.) prejudicam a opção de deduzir os valores das notas fiscais apresentadas se assim conclui-se esta auditoria de julgamento após a análise dos autos do processo e da legislação aplicável em caso em comento, já que não se pode atestar que os documentos apresentados pela defesa foram os mesmos que serviram de base para autuação fiscal.

Deveras a autuante nada juntou aos autos de infração e nada explicou à base de como lançou o tributo que alega que o contribuinte sonegou, assim não é possível manter-se a autuação, até porque impossibilita a defesa do contribuinte e a mensuração da regularidade da autuação.

Por fim, não há que se falar em imunidade da cooperativa, como já explicado, não sendo viável o requerimento do contribuinte de que teria pago valor do tributo de forma indevida a merecer a devolução; até porque o mesmo não apresentou os documentos para a perícia nesse sentido.

Por fim, haverá a Fazenda Pública Municipal que observar o que preceitua o art. 173, II, do CTN, ou seja, deverá proceder

ao novo lançamento tributário no prazo previsto na legislação:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Em razão do exposto, opino pelo conhecimento do Recurso de Ofício, mas, quanto ao mérito, para negar-lhe provimento, mantendo inalterada a decisão que declarou a nulidade dos autos de infração, acrescentando, contudo, a possibilidade de novo lançamento, **sem prejuízo de nova ação fiscal, nos termos do art. 173, II, do CTN.**

É este o entendimento, salvo melhor juízo.

Fortaleza, 13 de fevereiro de 2015.

Pedro Robston Quariguasi Vasconcelos
Procurador do Município de Fortaleza
Matrícula nº 63072-01

**PARECER Nº 52/2016 – PROURMA/PGM.
PROCESSO: Nº 7.875/2015 - SEUMA.
INTERESSADO: FORTALEZA MODA CENTER IN-
CORPORADORA DE IMÓVEIS LTDA.
ASSUNTO: CONSTITUIÇÃO DE HIPOTECA PARA
APROVAÇÃO DEFINITIVA DE LOTEAMENTO.**

Ementa: Constituição de hipoteca sobre o imóvel constituído do lote 01 da quadra 03 de loteamento a ser aprovado, avaliado em R\$ 510.000,00 (quinhentos e dez mil reais), para garantia da execução das obras e serviços de infraestrutura exigidos pela Lei Municipal nº 5.532, de 18/12/1981, que deu nova redação ao art. 4º da Lei nº 5.122-a, de 13/03/1979. Custos estimados no valor de R\$ 503.877,55 (quinhentos e três mil, oitocentos e setenta e sete reais e cinquenta e cinco centavos). Admissibilidade. Concomitante ao registro do loteamento deverá ser aberta matrícula específica para o lote a ser desmembrado da quadra, na qual se procederá ao competente registro da hipoteca. Recomenda-se que seja observada e cumprida a exigência da doação do percentual de 5% (cinco por cento) da área da gleba para implantação de programas habitacionais de interesse social (art. 12, inciso III, da Lei nº 5.122-a/1979, com as alterações das Leis nºs 5.532/1981 e 6.543/1989).

Francisco Edonizete Tavares
Procurador do Município

A Secretaria Municipal de Urbanismo e Meio Ambiente (Seuma), por intermédio do **OFÍCIO nº 1994/16 – ASSJUR/Seuma**, autuado sob o nº de processo **P255444/2016**, encaminhou à Procuradoria-Geral do Município (PGM) os autos do **Processo nº 7875/2015 – Seuma** referente à aprovação definitiva de loteamento dos terrenos de propriedade da empresa **FORTALEZA MODA CENTER INCORPORADORA DE IMÓVEIS LTDA.**, objetos das matrículas nºs 77169 e 85355 do Registro de Imóveis

da 1ª Zona, lembrados e unificados na matrícula nº 90529 da mesma Serventia Imobiliária, com os autos dos Processos nºs 27770/2013 – Seuma e 5867/2015 – Seuma, sete pastas com memórias e jogos de plantas, para análise e parecer acerca do pedido de constituição de hipoteca a ser prestada pelo loteador para garantia da execução das obras de infraestrutura do loteamento.

Recebi os autos por distribuição em 29/06/2016. Tudo bem visto e cuidadosamente examinado, passo à análise e parecer.

O loteamento, como é sabido, constitui-se no instrumento urbanístico de ocupação da gleba de terreno urbano que se efetua por procedimento voluntário e formal do proprietário, o qual deverá atender às normas urbanísticas estabelecidas nas legislações federal e municipal e submeter-se à prévia aprovação do órgão municipal competente para subsequente inscrição no registro imobiliário, transferência gratuita das áreas das vias públicas e espaços livres ao Município e alienação dos lotes aos interessados.

A Lei Federal nº 6.766/1979, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras providências, estabelece os requisitos urbanísticos mínimos para aprovação do loteamento, dentre os quais se destacam:

Art. 4 – Os loteamentos deverão atender, pelo menos, aos seguintes requisitos:

I - as áreas destinadas a sistema de circulação, a implantação de equipamento urbano e comunitário, bem como a espaços livres de uso público, serão proporcionais à densidade de ocupação prevista pelo Plano Diretor ou aprovada por lei municipal para a zona em que se situem; (Redação dada pela Lei nº 9.785 de 29.01.1999)

II – os lotes terão área mínima de cento e vinte e cinco metros quadrados, salvo quando a legislação estadual ou municipal determinar maiores exigências, ou quando o loteamento se destinar a urbanização específica ou edificação de conjuntos habitacionais de interesse social, previamente aprovados pelos órgãos públicos competentes;

III – ao longo das águas correntes e dormentes e das faixas de domínio público das rodovias e ferrovias, será obrigatória a reserva de uma faixa não edificável de 15 (quinze) metros de cada lado, salvo maiores exigências da legislação específica; (Redação dada pela Lei nº 10.932, de 03.08.2004).

IV - as vias de loteamento deverão articular-se com as vias adjacentes oficiais, existentes ou projetadas, e harmonizar-se com a topografia local.

§ 1º - A legislação municipal definirá, para cada zona em que se divide o território do Município, os usos permitidos e os índices urbanísticos de parcelamento e ocupação do solo, que incluirão obrigatoriamente as áreas mínimas e máximas de lotes e os coeficientes máximos de aproveitamento. (Redação dada pela Lei nº 9.785 de 29.01.1999).

Os arts. 6º e 7º da Lei em estudo estabelecem as diretrizes para a elaboração e aprovação do projeto de loteamento, as quais devem ser fixadas pelo Município ou pelo Distrito Federal quando for o caso, e vigorarão pelo prazo máximo de quatro anos. O art. 10 reporta-se à aprovação do projeto de desmembramento, estabelecendo que:

[...] o interessado deverá apresentar requerimento à Prefeitura Municipal, ou ao Distrito Federal quando for o caso, acompanhada de certidão atualizada da matrícula da gleba, expedida pelo Serviço Registral Imobiliário competente e da planta do imóvel a ser desmembrado contendo: I – a indicação das vias existentes e dos loteamentos próximos; II – a indicação do tipo de uso predominante no local; e III – a indicação da divisão de lotes pretendida na área.

De conformidade com a norma do parágrafo único do art. 12 da Lei em comento: “O projeto aprovado deverá ser executado no prazo constante do cronograma de execução, sob pena de caducidade da aprovação.”. O art. 16, caput, prescreve que “A lei municipal definirá os prazos para que um projeto de parcelamento apresentado seja aprovado ou rejeitado e para que as obras executadas sejam aceitas ou recusadas.”.

Nos termos do art. 18, caput e inciso V da Lei nº 6.766/1979, temos que:

Art. 18. Aprovado o projeto de loteamento ou de desmembraento, o loteador deverá submetê-lo ao registro imobiliário dentro do prazo de cento e oitenta dias, sob pena de caducidade da aprovação, acompanhada dos seguintes documentos:

[...].

V – cópia do ato de aprovação do loteamento e comprovante do termo de verificação pela Prefeitura Municipal ou pelo Distrito Federal, da execução das obras exigidas por legislação municipal, que incluirão, no mínimo, a execução das vias de circulação do loteamento, demarcação dos lotes, quadras e logradouros e das obras de escoamento das águas pluviais ou da aprovação de um cronograma, com a duração máxima de quatro anos, acompanhado de competente instrumento de garantia para a execução das obras. (Redação dada pela Lei nº 9.785 de 29.01.1999).

Enfoca-se que a Lei Municipal nº 5.532, de 18/12/1981, que deu nova redação aos arts. 4º e 12 da Lei nº 5.122-A, de 13/03/1979 (ainda em vigor no que tange ao parcelamento do solo urbano), estabelece que:

Art. 4º - Qualquer parcelamento do solo para fins urbanos dentro do Município, só poderá ser realizado após a previa aprovação do projeto pela Prefeitura e a concessão de licença para sua execução, respeitadas as disposições desta Lei.

§ 1º. – Nenhum loteamento ou plano de arruamento será aprovado sem que o proprietário assine escritura pública, na qual se obrigue, num prazo máximo de 02 (dois) anos:

- I. a executar as obras constantes do projeto;
- II. a executar as obras de drenagem e obras d'arte de acordo com as Normas Técnicas Oficiais;
- III. a pavimentar com tratamento mínimo, em pedra tosca, todas as vias;

IV. a assentar meios-fios nas áreas destinadas a utilização pública: espaços livres (praças, parques e jardins) e terrenos destinados ao uso institucional;

V. a executar o plano de arborização constante do projeto.

§ 2º. – Para garantir os compromissos referidos no parágrafo anterior, o proprietário dará obrigatoriamente garantia hipotecária de valor correspondente àqueles compromissos, calculados:

I. quanto aos terrenos, à base da avaliação contemporânea feita pelo órgão municipal competente;

II. quanto aos serviços, à base da tabela de preços de serviços em vigor no órgão competente da Prefeitura.

§ 3º. – Fica o proprietário do loteamento ou plano de arruamento obrigado a transferir para o Município, independente de ônus de qualquer natureza por parte da Prefeitura, o domínio público dos terrenos que se destinarem a logradouros públicos (ruas, avenidas, praças e parques), e áreas destinadas ao uso institucional. (sublinhamos).

Art. 12. Da área total do projeto de parcelamento será destinado um mínimo de 45% (quarenta e cinco por cento) para o sistema viário, áreas livres, áreas institucionais e áreas destinadas à implantação de programas habitacionais de interesse social, obedecendo aos seguintes percentuais:

I - Um mínimo de 15% (quinze por cento) para áreas livres (praças, parques, jardins e outras destinações da mesma natureza);

II - Um mínimo de 5% (cinco por cento) para áreas institucionais (escolas, postos de saúde, equipamentos comunitários, e outras destinações da mesma natureza);

III - Um mínimo de 5% (cinco por cento) para implantação de programas habitacionais de interesse social.

§ 1º - Quando as diretrizes fixadas pela Prefeitura para o sistema viário básico excederem de 15% (quinze por cento) da área a ser parcelada, às áreas

as excedentes serão declaradas de utilidade pública para efeito de desapropriação.

§ 2º - Desmembramento resultante de inventário, desde que não implique em abertura de vias ou na ocupação da gleba, é isento de doação de área à Prefeitura.

§ 3º - Desmembramento de gleba que já foi objeto de loteamento fica isento de doação de áreas para a P.M.F., salvo exigências do parágrafo único do art. 11 da Lei Federal Nº 6766, de 19 d dezembro de 1979.

§ 4º - Desmembramento de gleba que não foi objeto de loteamento está sujeito à doação de 15% (quinze por cento) de áreas livres e 5% (cinco por cento) de áreas institucionais.

§ 5º - Poderá ficar isento da doação dos percentuais de que trata o parágrafo anterior o desmembramento de gleba com áreas igual ou inferior a 10.000,00m² (dez mil metros quadrados), desde que atenda os critérios que serão estabelecidos por ato administrativo do Prefeito Municipal.

§ 6º - O percentual da área de que trata o inciso III deste artigo poderá ser oferecido em outro local, à escolha da Prefeitura, desde que situe-se no Município de Fortaleza, possua valor equivalente e permita implantar um programa habitacional igual ao previsto no terreno original, conforme avaliação elaborada pelo órgão competente da Prefeitura. (sublinhamos).

Giza-se que, não obstante a atual redação dada pela Lei nº 9.785/1999 ao inciso V do art. 18 da Lei Federal nº 6.766/1979 estabeleça que a duração máxima para a execução das obras exigidas pela legislação municipal é de 04 (quatro) anos, deverá ser observado o prazo máximo de 02 (dois) anos, estabelecido na § 1º do art. 4º da Lei Municipal nº 5.532, de 18/12/1981, que deu nova redação ao art. 4º Lei nº 5.122-A, de 13/03/1979 (ainda em vigor no que tange ao parcelamento do solo urbano).

Compulsando os autos do Processo nº 7875/2015 – Seuma, constata-se que o loteamento em questão engloba os imóveis (terrenos) situados nesta Capital, no Distrito de Messejana, lugar

denominado Sítio Paupina, descritos e delimitados nas Matrículas nºs 77169 e 85355 do Registro de Imóveis da 1ª Zona, lembrados e unificados na matrícula nº 90529 da mesma Serventia Imobiliária, perfazendo uma área total de 92.239,89m², com perímetro de 1.363,45m. (Documentos de fls. 09/10, 57/58 e 72/74).

Encontra-se às fls. 17/21 dos autos **MEMORIAL DESCRITIVO DE PARCELAMENTO DAS QUADRAS E ÁREAS PÚBLICAS**, compondo as **QUADRAS 01 e 02, com ÁREAS de 4.149,41m² e 49.368,27m², respectivamente, ÁREA VERDE de 13.181,83m², ÁREA INSTITUCIONAL de 4.394,23m² e SISTEMA VIÁRIO 16.774,69m²**. Observa-se, todavia, que as áreas das QUADRAS 01 e 02 não se encontram divididas em lotes; e que **não consta do quadro das áreas de destinação pública o percentual de 5% (cinco por cento) para implantação de programas habitacionais de interesse social (art. 12, inciso III, da Lei 5.122-A/1979, com as alterações introduzidas pelas Leis nº 5.532/1981 e 6.543/1989).**

A Empresa interessada solicitou inicialmente à Seuma a aceitação de carta de garantia para conclusão das obras de infraestrutura do loteamento no prazo de 240 (duzentos e quarenta) dias (fls. 25). Constam das fls. 31/49 dos autos os orçamentos dos custos e cronogramas de implantação da infraestrutura do loteamento encaminhados à Seinf para análise (fls. 51/52).

Anota-se que, de acordo com análise e informações da Seinf constantes da fl. 78 dos autos do Processo em exame, reportando-se ao Processo nº P190079/2016:

[...], conforme parecer da COPROJ/SEINF, fl. 62,o valor global das obras é de R\$ 188.226,63, o valor de obras executadas é de R\$ 134.349,08 e o valor de obras a executar é de R\$ 53.877,55 (cinquenta e três mil, oitocentos e setenta e sete reais e cinquenta e cinco centavos), valor que deve ser garantido com área utilizável do imóvel em parcelamento pelo interessado, que oferta o LOTE 3 da Quadra 1, com área de 498,61m² (quatrocentos e noventa e oito metros quadrados e sessenta e um centímetros).

Em vistoria no local, nesta data, restaram evidenciados alguns aspectos da implantação em curso:

- 1) A infraestrutura correspondente ao Sistema Viário está em estágio adiantado de implantação, com pavimentação em pedra tosca e meio-fio em concreto, restando a implantação de parte da Rua A e da faixa de alargamento da Rua Augusta;
- 2) A obra encontrava-se paralisada, necessitando de manutenção nos trechos já concluídos com serviços de capinação no geral e reforma de calçamentos e meios-fios em regiões específicas;
- 3) Nos trechos ainda não executados evidencia-se residências (4 ou 5 a ser confirmado por topografia), somando uma área de construção de aproximadamente 440,00m², encravados nos alinhamentos das vias que impedem atualmente o avanço da execução;
- 4) O imóvel ofertado à garantia não possui área suficiente ao seu aproveitamento com implantação de equipamento público.

Ante o exposto, acatamos parcialmente o parecer da COPROJ/SEINF no que se refere ao valor das obras a serem executadas no valor de R\$ 53.877,55 (cinquenta e três mil, oitocentos e setenta e sete reais e cinquenta e cinco centavos), todavia sugerimos a inclusão na garantia da infraestrutura do valor correspondente às desapropriações e/ou indenizações, sem a qual não será viabilizada a implantação, o que estipulamos custar R\$ 450.000,00 (quatrocentos e cinquenta mil reais), totalizando um valor a ser garantido de R\$ 503.877,55 (quinhentos e três mil, oitocentos e setenta e sete mil, cinqüenta e cinco centavos).

Por fim, para cumprimento da garantia real à infraestrutura a ser implantada, indicamos o LOTE 01 da QUADRA 01, com área de 1.803,97m² (um mil, oitocentos e três metros quadrados e noventa e sete centímetros), o qual avaliamos na presente data, em números redondos, considerando-o livre e desembaraçado para ser imediatamente comercializado em R\$ 510.000,00 (quinhentos e dez mil reais). (sublinhamos).

Foi anexado aos autos termo de **DECLARAÇÃO** de fl. 81 firmada pelo representante legal da empresa interessada, em concordância com a hipoteca do lote 01 da quadra 01, com área de 1.803,97m², como garantia da execução das obras de infraestrutura do loteamento.

EDSON JACINTO DA SILVA, ao tratar dos lineamentos para a aprovação do projeto de loteamento pelos Municípios e Distrito Federal, assinala que:

Cumpridas as exigências técnicas, o interessado encaminhará o projeto global ao órgão competente da Prefeitura, que o encaminhará com o seu parecer ao Prefeito para a aprovação a título precário e, se aprovado assinará o termo de acordo, no qual se obrigará a executar, no prazo fixado pela Prefeitura, a abertura das vias de circulação e praças, e a execução dos equipamentos e infraestrutura urbana exigidas a facilitar a fiscalização da Prefeitura durante a execução das obras, a não iniciar a venda nem outorgar escritura definitiva de venda de lotes antes de concluídas as obras e demais obrigações, a fazer constar nos compromissos de compra e venda de lotes a condição de que os mesmos só poderão receber construções depois de executadas as obras previstas no projeto. Sempre é bom ressaltar que nenhuma licença para loteamento urbano será concedida, sem que o loteador assine o termo de compromisso, sendo que o prazo previsto para abertura das vias de circulação e praças e, a execução dos equipamentos de infraestrutura não poderá ser superior a dois anos; podendo a Prefeitura, atendendo parecer do órgão competente, permitir a execução das obras por etapas, atendendo as seguintes condições: O termo de acordo deverá fixar prazo total para a execução das obras do loteamento e as áreas a prazo correspondente a cada etapa e forem executadas na área em cada uma das etapas todas as obras previstas, assegurando-se aos compradores dos lotes o pleno uso e gozo dos equipamentos implantados.

Como garantia das obrigações assumidas, no termo de acordo, o interessado prestará caução de bens imóveis que a juízo da Prefeitura bastem para cobrir o custo dos serviços e serem utilizados. Sendo que essa caução poderá ser substituída por fiança prestada por estabelecimento de créditos quando da não execução das obras previstas nos termos de acordo, a Prefeitura se obriga a executá-la, promovendo a ação competente para adjudicar ao seu patrimônio os bens caucionados e, para receber junto ao estabelecimento de crédito a quantia afiançada.

Somente após pagos os emolumentos devidos assinados o termo de acordo e escritura de calção, e, aceita a fiança, a Prefeitura expedirá o alvará revogável se não forem cumpridas as obrigações constantes do termo de acordo. Somente após serem realizadas todas as obras ou serviços no total ou nas etapas e forem devidamente vistoriados pelo órgão competente, a Prefeitura liberará os bens caucionados ou a fiança prestada, conforme o caso.

Todas as áreas como todas as obras e serviços exigidos, passarão mediante termo jurídico a ser efetuado concomitantemente à liberação de caução ou fiança, a fazer parte do patrimônio do Município, sem qualquer indenização (**Parcelamento e Desmembramento do Solo Urbano**, doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: LED – Editora de Direito Ltda, 1999, p. 62-63).

Trata-se, no caso dos autos em exame, de hipoteca convencional a ser voluntariamente constituída em favor do município de Fortaleza, sobre o terreno constituído pelo Lote 01 da Quadra 01, com área de 1.803,97m², avaliado pela Secretaria Municipal de Infraestrutura - Seinf no valor de R\$ 510.000,00 (quinhentos e dez mil reais), como garantia das obras de infraestrutura do loteamento em processo de aprovação pela Secretaria Municipal de Urbanismo e Meio Ambiente – Seuma e indenizações de ocupações que impedem a sua execução, orçadas no valor global de R\$ 503.877,55 (quinhentos e três mil, oitocentos e setenta e sete reais

e cinquenta e cinco centavos), a ser executadas pela empresa proprietária do loteamento num prazo de 02 (dois) anos, conforme estabelecido no art. 4º da Lei Municipal nº 5.532, de 18/12/1981, que deu nova redação ao art. 4º da Lei nº 5.122-A, de 13/03/1979.

Segundo CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA¹, “**hipoteca é o direito real de natureza civil, incidente em coisa imóvel do devedor ou de terceiro, sem transmissão da posse ao credor**”.

Para LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA²:

Como direito real, a hipoteca tem um caráter absoluto, vigora contra todos – adversus omnes – e, enquanto não se extingue, acompanha a coisa pelas mutações por que passa. Daí o direito do credor de penhorar o imóvel em poder de quem quer que o detenha e de fazê-lo vender. Este direito se denomina – direito de seqüela.

O Código Civil em seu art. 1.422 estabelece que:

Art. 1.422. O credor hipotecário e o pignoratício têm o direito de excutir a coisa hipotecada ou empenhada, e preferir, no pagamento, a outros credores, observada, quanto à hipoteca, a prioridade no registro. Parágrafo único. Excetua-se da regra estabelecida neste artigo as dívidas que, em virtude de outras leis, devam ser pagas precipuamente a quaisquer outros créditos.

Convém sublinhar que o imóvel, Lote 01 da Quadra 01 do loteamento que se encontra em processo de aprovação pela Seuma, disponibilizado pela empresa Interessada para a constituição de hipoteca, ainda não se encontra desmembrado da matrícula imobiliária da gleba. Dessa forma, se faz necessário que, concomitante com o registro do loteamento seja aberta matrícula específica para o imóvel em questão, na qual se procederá ao competente registro da garantia hipotecária.

1 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. IV, p. 368.

2 PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p. 421.

Por fim, giza-se que caberá ao município de Fortaleza, por intermédio da Secretaria Executiva Regional – SER VI e da própria Secretaria Municipal de Urbanismo e Meio Ambiente – Seu-
ma, a fiscalização e acompanhamento da execução das obras e do cumprimento do prazo de conclusão e entrega previsto no instrumento de garantia real dada pela empresa loteadora. Pois, na hipótese do não cumprimento das obrigações da empresa interessada, caberá ao Município a execução da garantia hipotecária para cobrir os custos dessas obras.

VICENTE CELESTE AMADEI e VICENTE DE ABREU AMADEI³, com propriedade, acentuam bem essa questão nos seguintes termos:

A implantação das obras de infraestrutura pode anteceder ao registro de loteamento ou pode lhe ser subsequente: para o primeiro caso, necessário apresentar com o pedido de registro, o termo de verificação de obras; para o segundo caso, o cronograma de obras e o instrumento de garantia.

A execução das obras de infraestrutura ficam sob a fiscalização do Município e, uma vez concluída, devem ser entregues à municipalidade. Assim, cabe ao loteador executá-las corretamente e entregá-las à municipalidade; cabe por sua vez, ao Município, a verificação de sua boa execução, bem como, estando em ordem, recebê-las e atestar a ocorrência desse ato. Isso é formalizado pelo documento oficial denominado termo de vistoria de obras (TVO).

[...].

No ponto relativo ao instrumento de garantia, cumpre lembrar, inicialmente, que a oferta da garantia pelo loteador se faz em favor da Municipalidade, para a hipótese de não cumprimento das obrigações relativas à execução das obras destinadas à implantação do loteamento. Isso porque, ocorrendo esse inadimplemento do loteador, a execução dessas obras será realizadas pela municipalidade, que, então, po-

³ AMADEI, Vicente Celeste; AMADEI, Vicente de Abreu. **Como lotear uma gleba**: o parcelamento do solo urbano em seus aspectos essenciais – loteamento e desmembramento. 2. ed. Campinas, São Paulo: Millennium, 2002, p. 164-166.

derá executar a garantia ofertada, sem prejuízo dos demais meios que há para satisfação de seu crédito indenizatório contra o loteador, tal como o levantamento dos depósitos de que trata o artigo 40, § 1º, da Lei nº 6.766/76.

Em razão do exposto e com fulcro nos preceptivos normativos do art. 18, caput e inciso V, da Lei Federal nº 6.766/1979 e dos arts. 4º e 12 da Lei Municipal nº 5.532, de 18/12/1981, que deu nova redação ao art. 4º e 12 da Lei nº 5.122-A, de 13/03/1979, ainda em vigor no que tange ao parcelamento do solo urbano, **CONCLUI-SE pela admissibilidade do pedido de constituição de hipoteca sobre o imóvel (terreno) constituído pelo Lote 01 da Quadra 03 do Loteamento da gleba objeto da Matrícula nº 90529 do 1º Ofício de Registro de Imóveis, avaliado em R\$ 510.000,00 (quinhentos e dez mil reais), a ser prestada pela empresa FORTALEZA MODA CENTER INCORPORADORA DE IMÓVEIS LTDA., como garantia real da execução das obras de infraestrutura do loteamento com custos estimados no valor de R\$ 503.877,55 (quinhentos e três mil, oitocentos e setenta e sete reais e cinquenta e cinco centavos), a ser concluída no prazo de 02 (dois) anos.**

Recomenda-se que seja observada e cumprida a exigência da doação do percentual de 5% (cinco por cento) da área da gleba para implantação de programas habitacionais de interesse social (art. 12, inciso III, da Lei nº 5.122-A/1979, com as alterações introduzidas pelas Leis nº 5532/1981 e 6543/1989).

Nestes termos, salvo melhor juízo, é o parecer que submeto a apreciação e decisão superior.

Fortaleza/CE, 14 de outubro de 2016.

