



# DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONFLITOS DE COMPETÊNCIAS TRIBUTÁRIAS NO FEDERALISMO FISCAL BRASILEIRO: O CASO DOS MUNICÍPIOS

---

*Heleno Taveira Tôrres<sup>1</sup>*

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O que se espera de um estudo que nos abre a oportunidade de relacionar direitos humanos e fazenda pública local deve coincidir com a identificação daquilo que a fiscalidade pode fazer pelo crescimento e melhoria das condições de vida das pessoas que vivem em um determinado município. E deve ser a partir deste reconhecimento que a efetividade das liberdades individuais deve iniciar-se, pela própria concretização dos valores que informam o conceito de “interesse local”, princípio central das autonomias locais. Ora, se o desenvolvimento pode ser visto como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam (atingidas por liberdades chamadas de instrumentais, que são aquelas políticas, econômicas, oportunidades sociais, garantia de transparência e segurança protetora), a liberdade deve ser alçada à condição de fim primordial e principal meio do desenvolvimento, como pensa Amartya Sen. E aqui acrescentamos o protagonismo dos municípios para a concretização dessa tarefa, pela sua importância como instrumento da expansão das liberdades humanas.

Dentre os critérios de identificação dos níveis de desenvolvimento de um dado estado ou município, recentemente, as medidas de promoção das liberdades individuais, nas suas múltiplas possibilidades, foram alçadas a fator de importante predomínio. Como bem demonstrou o economista Amartya Sen, com o que conquistou seu Prêmio Nobel em 1998, ao examinar o papel dos direitos humanos no desenvolvimento, não é o nível da riqueza de um estado ou território elemento apto à identificação do grau de desenvolvimento atingido, mas sim o reconhecimento e garantia das liberdades substantivas que

---

<sup>1</sup> Professor e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. Advogado.

os membros dessa sociedade desfrutam<sup>2</sup>, a permitir a realização daquilo que valorizam, mediante expansão das oportunidades e da possibilidade de interferir positivamente no crescimento de todos os membros da comunidade.

É indiscutível que toda a doutrina que se ocupou das autonomias municipais laborava na compreensão da sua importância para a descentralização administrativa como instrumento de redistribuição regional de riquezas e melhor atendimento das necessidades materiais das pessoas. Inusitadamente, mesmo municípios de grande arrecadação vêem-se com problemas semelhantes àqueles de menor expressão, quanto ao aprimoramento da qualidade de vida das pessoas. E os problemas tornam-se ainda mais evidentes quando comparamos os maiores entes locais e verificamos problemas incontroláveis de liberdades instrumentais em todos eles.

Nesse contexto, os princípios de garantias de liberdades constitucionais e da eficiência administrativa apresentam-se como medida importante para a ação do Estado e desempenho da Administração com respeito indelével aos direitos e garantias individuais; mas, ao mesmo tempo, como instrumento de concretização dos direitos fundamentais pela própria funcionalidade da Administração. Este é o grande desafio contemporâneo.

Neste particular, basicamente, o âmbito de aplicação dos direitos fundamentais no estudo das atividades das fazendas públicas locais, em matéria tributária, tem um múltiplo campo de possibilidades. Poderemos falar da concretização de direitos individuais na continuidade dos atos de aplicação da legislação tributária (i), no respeito à observância da separação de competências e subsidiariedade, de repartição de poderes entre as autonomias (ii), como medida de prestação de serviços e atendimento das necessidades coletivas decorrentes do interesse local (iii) ou como instrumento para a concretização de políticas públicas, na forma de uma tributação extrafiscal (iv). São estes os principais aspectos que devem nortear uma análise sobre a interação entre os domínios da fazenda pública local e os direitos fundamentais, pois é evidente que toda a discussão sobre a observância dos direitos fundamentais em matéria tributária poderia ser aqui reproduzida, o que seria de todo despendioso. Diversamente, numa redução de complexidade, preferimos efetuar análise mais detida sobre aquilo que é peculiar à fiscalidade municipal no que concerne ao superamento de eventuais conflitos de competência.

## 2 A GARANTIA DE SUBSIDIARIDADE NO FEDERALISMO FISCAL E A AUTONOMIA MUNICIPAL

O direito a ter um sistema tributário próprio implica necessariamente, como decorrência, o dever de observância a uma série de limitações, especialmente aquelas decorrentes do estatuto constitucional de direitos e garantias dos contribuintes. Princípios como os de segurança jurídica, legalidade,

<sup>2</sup> SEN, Amartya. *Development as Freedom*, Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 32 e ss.

isonomia e generalidade, indelegalidade das competências, irretroatividade das leis, não utilização do tributo com efeito confiscatório, capacidade contributiva, tutela jurisdicional, dentre outros, devem ser atendidos em todos os seus termos. Contudo, o respeito às autonomias das entidades federadas também contemplam idêntico efeito, pois, do mesmo modo, consistem em delimitação e racionalização do poder estatal.

Em geral, o federalismo fiscal tem como características a subsidiariedade, a descentralização e o cooperativismo das unidades, segundo a preservação institucional de poderes, a realização de despesas, e o financiamento das unidades. Assim, do ponto de vista das despesas, a descentralização, para permitir ordenação política e administrativa para a realização dos seus propósitos; quanto ao financiamento, a estrutura cooperativa, a autorizar a imputação de receitas próprias e participação no produto da arrecadação dos tributos das demais unidades; e, por fim, quanto à preservação institucional de competências, a subsidiariedade, como garantia institucional destas.

A descentralização presta-se à aproximação dos entes estatais às necessidades das pessoas, numa busca de democratização do acesso ao público e eficiência administrativa na aplicação dos recursos públicos. Por outro lado, favorece ao controle sobre os gastos públicos, pela maior fiscalização que possibilita, mediante intensa participação popular. E tanto mais quando implanta-se forma de orçamento baseada na cooperação popular, como é o caso do chamado orçamento participativo, experiência sobremodo positiva de alguns municípios brasileiros. No plano da descentralização, mesmo estados unitários podem adotar modelo de financiamento típico de “federalismo fiscal”.

Quanto à subsidiariedade, o princípio de simetria entre as pessoas competentes impõe um respeito constante aos limites materiais do exercício do poder de cada uma destas. Em toda a América Latina, por muito tempo, discutiu-se sobre serem os municípios entidades autárquicas, sob a forma de descentralizações administrativas territoriais, ou entes dotados de autodeterminação, como autonomias; com um poder tributário delegado ou com um sistema tributário autônomo<sup>3</sup>. Na atualidade, contudo, a tendência é a confirmação da autonomia das competências em ordem institucional, político, administrativo e tributário.

Deve-se, ao mais, observar o princípio de preservação da competência federal sempre que esta seja exercida, em detrimento da competência remanescente dos municípios, sobre tributos análogos aos nacionais. É o que ocorre na Argentina, pelo requisito de compatibilidade dos gravames

<sup>3</sup> CASÁS, José Osvaldo. Restricciones al poder tributario de los municipios de provincia a partir de la Ley de coparticipación tributaria. In: CASÁS, José Osvaldo (Coord.). *Derecho tributario municipal*. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001, p. 20-21; RODRÍGUEZ VILLALBA, Gustavo. *La potestad tributaria de los gobiernos departamentales*. Montevideu: Fundación de Cultura Universitária, 2000, 371 p.; FERRARI, Regina Maria Macedo. *Direito Municipal*. 2. ed. SP: RT, 2004; PITA GRANDAL, Ana Maria (Coord.). *Hacienda Autónoma y local*. Vigo, Tórculo, 2003, 764 p.; CASADO OLLERO, Gabriel (Coord.). *La financiación de los municipios*. Madrid: Dykinson, 2005, 748 p.; CHECA GONZÁLEZ, Clemente. *Los tributos locales*. Madrid: Marcial Pons, 2000, 534 p.

municipais com os níveis superiores de governo, e que consta da constituição das municipalidades, como medida de proteção dos contribuintes. Isto é de grande importância, especialmente em matéria de taxas, incidentes sobre atos típicos de controle (poder de polícia). Basicamente, a subsidiariedade afirma-se pelo primado do respeito às autonomias locais, de um tal modo que tudo o quanto possa ser objeto de competência destas entidades não possa ser absorvido por órgãos dos estados, regiões ou nação.

Essa subsidiariedade de que falamos é base do estado social de direito e princípio fundamental de qualquer organização federal, ao exigir necessária complementariedade entre suas unidades para atingir os propósitos capitais que a Constituição pretende concretizar, numa unidade incidível de valores e objetivos. Nesse particular, a subsidiariedade<sup>4</sup> determina os critérios necessários de complementação no exercício das competências que não sejam exclusivas, como as concorrentes. Por isso, entende-se que todo e qualquer exercício de competências não exclusiva no federalismo deve observar o efeito de escala da intervenção legislativa, a necessidade de manter coerência entre a atuação das unidades, com respeito às normas gerais (se houver) e garantia da atuação legislativa dos estados e municípios por parte da entidade central. É que o princípio de subsidiariedade presta-se precipuamente a afirmar a garantia das unidades periféricas do federalismo, de tal sorte que, ao ente central, o exercício legislativo realize-se sem causar prejuízos ao espaço de competências das demais unidades, a garantir o espaço de liberdade legislativa dos municípios nas hipóteses de competências não exclusivas da União.

Por fim, quanto ao financiamento, visando a assegurar os direitos à liberdade e à propriedade, o texto constitucional brasileiro discriminou exaustivamente as competências tributárias, ordenando o poder de tributar em angustos limites, sob a égide do princípio do federalismo fiscal cooperativo, o qual pressupõe a discriminação de rendas não somente baseada na fonte (entabulada pela repartição de competências), mas também na distribuição do produto arrecadado (diretamente ou por meio de fundos de participação).

Sendo o Estado brasileiro típico Estado Social de Direito, tal como o funda a Constituição, falar de segurança jurídica em matéria tributária no nosso ordenamento exige, necessariamente, cuidar dos critérios inerentes a este modelo e dos valores do próprio conceito de Estado, a exigir envolvimento dos seus institutos e princípios com a ordenação de políticas públicas, especialmente aquelas dirigidas ao desenvolvimento e à intervenção do Estado da ordem Econômica, que se nutre do estudo das repercussões perpetradas pela ação de legislar em matéria tributária, a partir de criterioso planejamento e programação dos fatores da ordenação econômica.

<sup>4</sup> Cf. SARAIVA, Rute Gil. *Sobre o princípio da subsidiariedade*. Lisboa: Faculdade de Direito, 2001, p. 88; BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O Princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*. Belo Horizonte: Movimento Editorial/FDUFMG (Nova Fase), 1995. 135 p.; QUADROS, Fausto de. *O princípio da subsidiariedade no direito comunitário após o tratado da união européia*. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

### 3 COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA DO MUNICÍPIO E SEU TERRITÓRIO

Por muito tempo, discutiu-se sobre serem, os municípios, entidades autárquicas, sob a forma de descentralizações administrativas territoriais, ou entes dotados de autodeterminação, como autonomias; com um poder tributário delegado ou com um sistema tributário autônomo<sup>5</sup>. Na atualidade, contudo, o entendimento uniforme coincide com a confirmação da autonomia das competências em ordem institucional, político, administrativo e tributário. Criado o município, mesmo que se faça por lei estadual, passa ele a dotar-se de autonomias que balizam seu poder e garantem o exercício de obrigações e direitos, como corolário da personalidade jurídica adquirida, na integração do federalismo brasileiro. E desde então, somente nos casos autorizados pela Constituição, em lista taxativa e exaustiva, poderão os estados intervirem nos municípios. Daí porque o Município, que se exterioriza por seu território, base na qual vigora sua jurisdição, não pode sofrer coarctações sobre suas competências ou sobre sua demarcação geográfica e fronteiras firmadas com os municípios limítrofes por qualquer outro membro do federalismo.

Como prescreve o artigo 1º, da Constituição: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito (...)”. Trata-se de uma feição tridimensional de federalismo, unicamente encontrável no Brasil, acompanhada do princípio de autonomia municipal, ao lado da autonomia dos estados, que é a feição bidimensional comum às demais nações federativas.

Vê-se, o modelo de federalismo adotado pela Constituição brasileira acolhe os municípios como partícipes da sua extensão, enquanto entidades autônomas<sup>6</sup>, igualmente aos estados, o distrito federal e a União, com campo próprio de competências administrativas e de organização política, fundadas na descentralização. Tal descentralização é sua principal virtude e presta-se à aproximação dos entes estatais às necessidades das pessoas, numa busca de

<sup>5</sup> Cf. CASÁS, José Osvaldo. Restricciones al poder tributário de los municipios de provincia a partir de la Ley de coparticipación tributaria. In: CASÁS, José Osvaldo (Coord.). *Derecho tributario municipal*. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001, p. 20-21; RODRÍGUEZ VILLALBA, Gustavo. *La potestad tributaria de los gobiernos departamentales*. Montevideu: Fundación de Cultura Universitária, 2000, 371 p.; FERRARI, Regina Maria Macedo. *Direito Municipal*. 2ª ed. SP: RT, 2004; PITA GRANDAL, Ana Maria (Coord.). *Hacienda Autonômica y local*. Vigo, Tórculo, 2003, 764 p.; CASADO OLLERO, Gabriel (Coord.) *La financiación de los municipios*. Madrid: Dykinson, 2005, 748 p.; CHECA GONZÁLEZ, Clemente. *Los tributos locales*. Madrid: Marcial Pons, 2000, 534 p.

<sup>6</sup> Cf. HORTA, Raul Machado. Posição do Município no Direito Constitucional Federal Brasileiro. *Revista de Direito Público*. SP: RT, nº 63, 1982, p. 12-27; LEAL, Victor Nunes. Restrições à autonomia municipal. In: LEAL, Victor Nunes. *Problemas de Direito Público e outros Problemas*. Brasília: Imprensa Nacional, 1999, p. 339-92; \_\_\_\_\_. Alguns problemas municipais em face da Constituição. In: LEAL, Victor Nunes. *Problemas de Direito Público e outros Problemas*. Brasília: Imprensa Nacional, 1999, p. 312-37; FERREIRA, Pinto. A autonomia política dos municípios. *Revista de Direito Público*. SP: RT, 1969, v. 7, p. 157-67; NAZAR, Elizabeth. Sistema Constitucional Tributário Brasileiro. *Revista de Direito Público*. SP: RT, 1973, v. 25, p. 197-216; DERZI, Misabel de Abreu Machado. Fundamentos da competência tributária municipal. SP: RT, 1980, nº 13/14, p. 99-113.

democratização do acesso ao público e eficiência administrativa na aplicação dos recursos públicos. Por outro lado, favorece ao controle sobre os gastos públicos, pela maior fiscalização que possibilita, mediante intensa participação popular.

Corolário dessa disposição quanto à formação do federalismo brasileiro, a Constituição consagra a autonomia dos municípios, em dispositivos próprios, quando versa, por exemplo, sobre a organização da República Federativa do Brasil, especialmente no art. 18: “A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”. Validamente criadas, as municipalidades terão Constituição própria (a Lei orgânica), conforme acentua o art. 29: “O Município reger-se-á por lei orgânica, (...) que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição (...)”. Falamos aqui da autonomia institucional, quanto à possibilidade de autodeterminação, no espaço de competência.

A afirmação do princípio da autonomia dos municípios, em matéria tributária vê-se antecipada pelo art. 30, da Constituição, ao atribuir poderes para: *III - instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei*. A prestação de contas não se confunde com a autonomia, que se delimita unicamente pelos poderes para *instituir e arrecadar os tributos de sua competência*. E estes tributos são os que constam do art. 145, *impostos (i); taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição (ii); e contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas (iii)*. Ademais, *cumpre-lhe instituir a Contribuição de Iluminação Pública*, prevista no art. 149-A, E, além destes, podem ainda, os municípios, instituírem contribuição dos servidores para o financiamento da previdência destes, nos termos do § 1º, do art. 149: *Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União*. (Redação dada pela EC nº 41, 19.12.2003). Em matéria de impostos, a Constituição especificou, de modo exclusivo, no seu art. 156, a competência dos municípios para *instituir impostos sobre: I - propriedade predial e territorial urbana; II - transmissão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição; e III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar*.

O direito de ter um sistema tributário próprio implica, necessariamente, o dever de observância a uma série de limitações, especialmente aquelas decorrentes do estatuto constitucional de direitos e garantias dos contribuintes. Princípios como os de segurança jurídica, legalidade, isonomia, indelegalidade das competências, irretroatividade das leis, não confisco, capacidade contributiva, tutela jurisdicional, dentre outros, devem ser atendidos em todos os seus termos. Outrossim, o respeito

às autonomias das entidades federadas também contemplam equivalente efeito, pois, do mesmo modo, consistem em delimitação e racionalização do poder estatal. E neste âmbito encontra-se, tanto mais, em respeito às competências dos demais municípios, a tipificação de fatos jurídicos tributários.

Por fim, a autonomia dos municípios vê-se garantida processualmente pelos limites de intervenção e o controle de constitucionalidade das leis, postos como instrumentos que podem ser usados em face de qualquer atividade de estados que tenham como fim qualquer prejuízo ao seu exercício. O art. 34, da CF, impede que a União possa intervir nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: (...) VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal<sup>7</sup>. Portanto, as competências municipais recebem proteção formal à sua preservação. E para qualquer medida que traga afetação às competências dos municípios, resguarda-se o livre acesso ao judiciário, no controle de inconstitucionalidade, além dos poderes atribuídos à União para intervir em Estados que eventualmente assim possam agir.

### 3.1 Competência tributária e territorialidade como condições para a atuação do sujeito ativo na cobrança do crédito tributário

Geralmente o estudo da sujeição ativa reduz-se à designação, em lei, da pessoa ou ente estatal competente para efetuar a exigibilidade, arrecadação e cobrança do crédito tributário. Sua determinação, porém, nem sempre é simples e merece grande acuidade por parte do aplicador do direito positivo. A dignidade do tema é superlativa.

No Brasil, a sujeição ativa tributária decorre do arquétipo constitucional de atribuição de competências aos entes federativos, União, Estados, Distrito Federal e Municípios. É do exercício legislativo destas que deriva a imputação do sujeito ativo, para o exercício do direito subjetivo na cobrança do crédito tributário. Por isso mesmo, o estudo da sujeição ativa deve ser precedido de uma análise bem determinada do conceito de competência tributária.

Mas não só. O sujeito ativo encontra-se invariavelmente limitado ao espaço territorial da pessoa competente, cabendo-lhe o dever-poder de exigibilidade dos tributos sempre nos estritos limites territoriais da entidade competente (quando com esta não se confunda), salvo o caso de extraterritorialidade autorizada por convênios.

Competência tributária é conceito que qualifica exclusivamente atribuição de poderes para criação de tributos, usado para dizer da competência legislativa. Normas de competência são normas de organização ou de estrutura<sup>7</sup>, normas

<sup>7</sup> Cf. BOBBIO, Norberto. *Dell'uso delle grandi dicotomie nella teoria del diritto*. In: *Dalla struttura alla funzione – nuove studi de teoria del diritto*. Verona: Edizioni di Comunità, 1976, p. 124-63; HART, Herbert. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press – 1961, cap. 5; ALCHOURRON, Carlos E.; BULYGIN,

que estabelecem condições, requisitos ou pressupostos para a criação de outras normas, as normas de condutas, que tipificam obrigação, permissão ou proibição, e decorrem do campo material de definição da competência tributária.

As normas que circunscrevem o objeto da competência normativa demarcam o campo material possível para a criação de novas normas jurídicas, representado pelo conjunto de fatos, situações ou relações objeto da disciplina jurídica sobre as quais as normas podem constituir fatos jurídicos, permissões, obrigações ou proibições.

No Brasil, as normas de atribuição de competência tributária reservam a cada pessoa de direito público interno o direito de exclusividade na tributação dos fatos entabulados na Constituição como típicos da discriminação constitucional de rendas do federalismo. E ao tempo que se verifica uma “autorização” para tributar, mediante tais regras de competência, também decorrem proibições para que tais competências possam ser exercidas fora de tal quadro material designado.

Como disse Lourival Vilanova com muita acuidade: “um órgão de Estado é uma porção constitucionalmente delimitada de competência”<sup>8</sup>. Cada pessoa política tem sua competência tributária previamente discriminada, como condição para o exercício do poder de tributar no sistema tributário nacional. Dessa delimitação decorre efeito próprio de proibição à invasão de competências por qualquer outro ente de competência alheia. E para dirimir hipóteses de conflito, em matéria tributária, a Constituição Federal outorgou ao legislador poderes para edição de lei complementar (art. 146, II), na função de normas gerais em matéria tributária.

E o conflito de competências pode dar-se tanto na relação entre competências materiais distintas, dos três tipos de entes federais (União, Estados, Municípios), quanto nas relações entre sujeitos de competências materiais equivalentes, de estados entre si ou de municípios entre si. As razões são variadas. Pode ser caso de aproximação material dos conceitos legislados sobre determinadas situações (como exemplo, de industrialização, serviços ou mercadorias), designação de sujeito passivo ou de base de cálculo conflitante com o âmbito material do tipo tributário; como pode ser também pela definição espacial da norma tributária (limites territoriais da pessoa política ou regionais, a exemplo de área urbana ou área rural).

Como consequência de qualquer descumprimento das normas de competência, tem-se o vício da “incompetência”<sup>9</sup> do órgão que age, quer além dos limites materiais, o que pode avançar também para o vício de inconstitucionalidade decorrente da “invasão de competência”, quando algum órgão atua sobre matéria distinta ou sobre situações sujeitas à competência alheia.

Eugenio. *Análisis lógico y derecho*. Madrid: CEC, 191, p. 196

<sup>8</sup> VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no Direito*. 4. ed., SP: RT, 2000, p. 269. veja-se ainda: ROSS, Alf. *Lógica de las normas*. Granada: Comares, 2000, p. 167-171;

<sup>9</sup> Ou como afirma Alf Ross: “Puesto que una norma de competencia prescribe las condiciones para la creación de una norma, es una tautología afirmar que si se intenta ejercer la competencia *ultra vires* (fuera del ámbito de competencia) no se crea ninguna norma”. ROSS, Alf. *Lógica de las normas*. Granada: Comares, 2000, p. 168.

Ao lado destas regras de competência, como tipo das normas de estrutura, ou “indiretas”<sup>10</sup> (em relação à conduta normada), são espécies ainda aquelas que versam sobre a demarcação espacial ou temporal da eficácia normativa, aquelas que qualificam os sujeitos destinatários e os que podem exercer a ação de produção de normas de conduta (órgãos ou pessoas). Regras que dizem sobre a vigência no espaço ou sobre extraterritorialidade, regras que demarcam territórios, por exemplo. O descumprimento a estas regras geram os mesmos efeitos acima designados, mas também a ineficácia do ato praticado.

Por isso, outra condição, ao lado do cumprimento das competências entabuladas na Constituição, fundamental para a atuação do sujeito ativo, é a execução das suas funções de formalização e cobrança do crédito tributário circunscrita integralmente ao território da entidade competente, salvo permissão autorizada por convênio ou por normas gerais, nos termos do CTN, art. 102, *in verbis*:

“A legislação tributária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios vigora, no País, fora dos respectivos territórios, nos limites em que lhe reconheçam extraterritorialidade os convênios de que participem, ou do que disponham esta ou outras leis de normas gerais expedidas pela União”.

Ora, sendo o tributo obrigação que decorre do cometimento de fato previsto em hipótese de incidência normativa contida em lei; não de concurso de vontades, mas da materialização dos respectivos fatos jurídicos tributários, ou como prefere a doutrina tradicional, como obrigação *ex lege*, sua constituição somente pode perfazer-se nos limites de dada territorialidade. A exigibilidade do tributo, mediante atos administrativos de lançamento, cobrança, fiscalização ou mesmo de atos judiciais de execução e sancionatórios, qualquer um desses, sujeitam-se aos contornos e às limitações da territorialidade, que é espaço da competência de cada ente federativo.

O “território” é a dimensão espacial que justifica a cobrança do tributo a todos que sobre tal base realizem situações qualificadas como fatos jurídicos tributários. Por isso mesmo, há uma indissociável vinculação entre território, fato jurídico tributário e a identificação dos sujeitos da relação jurídica. Como bem observou Sainz de Bujanda, a realização do fato jurídico tributário, em função do território no qual fora produzido, oferece uma importância transcendental, qual seja, determinar os sujeitos da obrigação tributária, e, principalmente, quando se recorda que, além de servir à atribuição de crédito público a um ente estatal, territorialmente determinado, um dos grandes avanços da técnica tributária foi a passagem de uma aplicação dos tributos fundada numa relação meramente pessoal (relação de súdito) para um critério de índole territorial: lugar no qual o fato jurídico tributário tenha-se por realizado<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Cf. ROBLES, Gregorio. *Teoría del Derecho (fundamentos de teoría comunicacional del derecho)*. Madrid: Civitas, 1998, v. I, p. 184.

<sup>11</sup> *Passim*, SAINZ DE BUJANDA, Fernando. *Hacienda y Derecho*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1966, v. IV, p. 347-8.

### 3.2 Sujeito ativo e as funções de aplicação da legislação tributária e exigência do cumprimento de deveres tributários

Como visto acima, não se confundem a competência tributária, de ordem constitucional, forma de atribuição de poder legislativo para criação de tributos por lei; com a sujeição ativa ou competência administrativa tributária, atribuída por lei à pessoa competente ou terceiro, para o exercício do direito ao crédito tributário. A competência esgota-se com a edição da lei tributária. A partir daí, fala-se da capacidade tributária ativa, reflexo daquela parcela de poder atribuída pela carta constitucional. Contudo, não se pode deixar de recordar que esta capacidade tributária ativa tem origem e é o reflexo dos poderes revelados pela Competência tributária.

O sujeito ativo integra um dos pólos da relação jurídica tributária e quando ocorre o pressuposto fático definido em lei como suficiente para o aperfeiçoamento do vínculo jurídico definidor da obrigação tributária, de imediato instaura-se a relação jurídica entre ele o sujeito passivo. Esta é a dinâmica da formação da obrigação tributária e o sujeito ativo da obrigação não é outro senão o mesmo sujeito responsável pelo lançamento e cobrança do crédito tributário.

Desse modo, atendida a competência tributária, para a fiel expedição de lei em compatibilidade material com a Constituição, bem como a atuação nos limites do território da pessoa competente, cumpre ainda ao sujeito ativo observar estritamente o conteúdo das leis, para os fins de formalização do crédito tributário e procedimentos de arrecadação, tanto no que concerne ao seu agir (Direito Tributário formal ou Administrativo, à preferência de Hensel) quanto no que concerne à tipicidade, ou seja à aplicação vinculada da legalidade.

Em virtude do princípio de indisponibilidade<sup>12</sup> das competências tributárias, estas são indelegáveis. A capacidade tributária ativa, diversamente, pode ser delegada, desde que amparada em limites justificados e delimitados pelo âmbito territorial. A legalidade domina a designação do sujeito ativo, mesmo quando este coincide com a pessoa competente; mas também a lei da pessoa competente pode inovar a designação do sujeito ativo, mediante delegação, i.e., transferência do poder de exigência e arrecadação do tributo para outra pessoa jurídica de direito público interno ou autorizada para agir em nome da pessoa estatal competente. Nesse caso, cumprirá a esta observar a competência constitucional, agir nos limites da demarcação territorial do ente federativo competente, atender às leis, decretos e atos complementares expedidos por este sobre o cumprimento dos deveres relativos à exigibilidade do crédito tributário e, principalmente, aplicar a lei tributária com atenção ao princípio da tipicidade material, com todos os elementos para a formalização do crédito tributário.

Em vários casos, entretanto, apesar de a lei imputar a um dado sujeito

<sup>12</sup> Cf. BERLIRI, Antonio. *Corso istituzionale di diritto tributario*. Milano: Giuffrè, 1985, v. I, p. 142.

a capacidade tributária ativa, que poderá ser coincidente ou não com a pessoa constitucionalmente competente, a Constituição, a lei impositiva ou ainda outra lei (complementar, como norma geral de direito tributário ou de direito financeiro, bem assim outra lei ordinária, da própria entidade tributante) pode atribuir os créditos tributários a outros titulares, total ou parcialmente. Não se confunde, pois, o sujeito ativo da obrigação tributária com o agente de arrecadação ou destinatário do tributo arrecadado, posto não ser o destino da receita tributária determinante do sujeito ativo.

Neste passo, o fato jurídico tributário mantém íntima relação com o sujeito ativo da obrigação, por conferir-lhe os necessários poderes, enquanto motivação do ato administrativo, para formalizar a exigibilidade e cobrança do crédito tributário dele decorrente, no prazo decadencial. Ao mesmo tempo, porém, para lançar o crédito, o sujeito ativo deve atentar para todos os elementos típicos previstos em lei para aplicação a lei tributária e constituir a obrigação tributária à qual se integrará como o próprio elemento do pólo ativo da referida relação jurídica tributária.

Tudo esse esforço de amarração de conceitos e funções presta-se à efetividade dos princípios de segurança e certeza do direito quanto ao exercício do poder impositivo, que não atua desprovido de controle. A certeza do direito, como expressão de segurança jurídica, serve à previsibilidade sobre as condutas do Estado na regular positividade do direito. Deveras, tal previsibilidade da ação estatal somente poderá ser atendida se houver exata determinação das normas aplicáveis, manutenção da igualdade no tratamento empregado por parte das autoridades competentes, nos respectivos atos de instituição (leis) ou de aplicação do direito (atos administrativos) e respeito à confiança gerada. O direito de todos a um direito seguro decorre do direito à certeza, à igualdade<sup>13</sup> e à confiança. Todos têm o direito de conhecer, prévia e adequadamente, a regulação normativa da ação-tipo<sup>14</sup>, gozar da garantia de cumprimento das leis de modo imparcial, impessoal e não-discriminatório, no processo de positividade do direito e, além disso, em louvor ao princípio de moralidade administrativa, manter-se em um permanente estado de confiança em relação às condutas do Estado.

Decididamente, não haverá segurança jurídica onde prevaleça incerteza do direito aplicável. A obscuridade e a confusão são espécies claras de incertezas no direito, aliás, de uso assaz freqüente no âmbito tributário, como

<sup>13</sup> Para maiores considerações, Cfr.: FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Segurança Jurídica – Normas Gerais Tributárias, *Revista de Direito Tributário*. SP: RT, 1981, no 17/18, p. 42. Ver ainda: GONZÁLEZ GARCÍA, Eusebio. Relaciones entre los principios de seguridad jurídica y legalidad. In: IBET. *Justiça Tributária*. SP: Max Limonad, 1998, p. 151.

<sup>14</sup> Como assinala César García Novoa: “A la pretensión de definitividad de la norma hay que unir la pretensión de estabilidad de la misma, expresión formal de la confianza del ciudadano en el Derecho, lo que debe servir para reprobos los cambios normativos excesivos e injustificados. Y finalmente, la plenitud de la norma. La regulación normativa ha de expresarse de tal manera que la definición de los supuestos de hecho comprenda un ámbito de la realidad normada lo más amplio posible, de forma que se aminoren las lagunas” GARCÍA NOVOA, César. *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 77.

forma de, pela complexidade, recorrer a conceitos indeterminados, câmbios normativos constantes e ações administrativas inopinadas, abrindo portas à discricionariedade e, porque não dizer, ao arbítrio. Como diz sempre Ferreiro Lapatza, isso faz da relação tributária, a cada dia, mais uma relação de poder e menos uma relação jurídica.<sup>15</sup>

Assim, o legítimo exercício do direito subjetivo de crédito do sujeito ativo, concretizado mediante a expedição do ato de lançamento tributário, para formalizar a obrigação tributária, dependerá, invariavelmente, da ocorrência do fato jurídico tributário, para que todas as condicionantes acima possam justificar sua atuação. Como disse Albert Hensel<sup>16</sup>, é do fato jurídico tributário que decorrem as relações jurídicas entre pessoas: o titular do crédito (credor tributário) e o obrigado à prestação (devedor tributário). E só fatos jurídicos localizados no território da entidade competente, qualificados segundo leis tributárias vigentes e compatíveis com a competência material definida na Constituição poderão ensejar lançamentos de créditos tributários, para constituição de legítimas obrigações tributárias.

### 3.3 Sujeito ativo e dever de cumprimento da tipicidade tributária – localização espacial dos fatos jurídicos tributários e eficácia espacial das normas jurídicas

O sujeito ativo da obrigação tributária tem como função, ao verificar-se a ocorrência do fato jurídico tributário, realizar os atos de concretização da norma tributária, mediante formalização do crédito tributário (lançamento ou auto de infração), e usar de todos os procedimentos postos à disposição, como designado em lei, para exigir do sujeito passivo o cumprimento da prestação tributária. A vinculação administrativa impõe-se como medida da sua atividade, haja vista o princípio da indisponibilidade do crédito tributário.

Nesse particular, a relação entre sujeito ativo e fato jurídico tributário é, sem dúvidas, muito intensa, na medida que todo e qualquer fato servirá como “motivo” para que aquele possa exercer sua atividade vinculada de lançamento (motivo do ato administrativo). E ao mesmo tempo que assim se procede, ao constituir a obrigação tributária, coloca-se, o sujeito ativo, como parte integrante do próprio liame obrigacional, na posição de credor, com o direito subjetivo creditício para exigir do devedor o cumprimento da obrigação tributária.

No âmbito do sistema constitucional brasileiro de normas tributárias, dentre as garantias outorgadas aos contribuintes para oferecer previsibilidade e segurança jurídica, destacam-se os princípios da estrita legalidade, formal e material (tipicidade), da capacidade contributiva (objetiva) e da tipologia das espécies de tributos. Tal particularismo confere à nossa Constituição um trato com questões de legalidade

<sup>15</sup> FERREIRO LAPATZA, José Juan. El estatuto del contribuyente y las facultades normativas de la administración. (derecho tributario y orden democrático). *Revista de Direito Tributário*. SP: Malheiros, 1999, n.º 76, p. 24.

<sup>16</sup> HENSEL, Albert. *Derecho Tributario*. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 153.

muito distinto do quanto se pratica em qualquer outro lugar do mundo, ficando, tanto o legislador (no exercício de competência), quanto o sujeito ativo (no pólo ativo da obrigação tributária), sobremodo tolhidos no exercício das suas atividades, devendo agir exclusivamente nos limites a eles conferidos pela Constituição Federal, para os fins de produção ou aplicação das suas leis tributárias.

Como consectário das funções do *sujeito ativo*, os agentes da Administração, encontram-se obrigados e vinculados ao exercício do ato de aplicação dos tributos, sob pena de responsabilidade funcional (art. 142, parágrafo único, do CTN). E a vinculação a lei não é outro senão dar cumprimento ao princípio da tipicidade, colhida integralmente na legalidade do tributo, a isolar todos os aspectos do fato jurídico à luz do arquetipo constitucional e legalmente tipificados.

Os agentes do sujeito ativo, portanto, executam o dever funcional de formalização, exigência e cobrança do crédito tributário porventura surgido, como expressão do direito subjetivo que decorre do próprio poder de tributar, nos termos de estrita legalidade, dando cumprimento, assim, ao princípio de tipicidade tributária.

Para garantir a efetividade do ordenamento no cumprimento da legalidade tributária, o princípio da tipicidade tem grande importância na aplicabilidade das leis, como meio de coordenação entre o conteúdo das normas tributárias e o exercício das competências administrativas de concretização das leis tributárias (pelo sujeito ativo).

Como é sabido, o raciocínio jurídico-normativo opera mediante tipos e conceitos, conotando classes de condutas no plano abstrato, para permitir aplicação aos casos que se possam adequar aos critérios e propriedades denotados a partir da classe. Contudo, os tipos normativos indicam apenas o modelo da conduta na norma, daí porque uma análise de sua estrutura deve ser feita mediante designação dos elementos constantes e fundamentais para a concretização da incidência, a exemplo do que fez Paulo de Barros Carvalho, Geraldo Ataliba<sup>17</sup> ou Sacha Calmon<sup>18</sup>. A norma de conduta tributária, igualmente às demais normas, é um juízo condicional dual, composto de antecedente e consequente. Desse modo, não somente a previsão do fato descrito na hipótese, mas também todos os elementos do fato relacional, típicos da relação jurídica, hão de vir qualificados previamente por lei (*nullum tributum sine legem scripta*), para que possa haver criação válida de tributos, no respectivo processo de aplicação. Interessa-nos aqui, exclusivamente o antecedente.

No antecedente, encontram-se os elementos caracterizadores do fato jurídico<sup>19</sup>, a saber: i) o critério material, ii) o critério temporal e iii) o critério

<sup>17</sup> Cf. ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*, SP: RT, 1991, p. 215.

<sup>18</sup> Cf. COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Teoria geral do tributo e da exoneração tributária*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 186.

<sup>19</sup> Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 2. ed., SP: Saraiva, 1999, p. 100.

espacial. O critério material qualifica a ação, a conduta, o comportamento de pessoas, físicas ou jurídicas, condicionado a circunstâncias de espaço e de tempo (critérios espacial e temporal), para que o perfil típico esteja completo, como descrição normativa de um fato. Já o critério espacial, por sua vez, indica o âmbito espacial dentro do qual seja possível verificar-se a ocorrência do fato jurídico. Para esta opção, o legislador poderá eleger um critério que: i) venha a se confundir com a vigência da norma no espaço (territorialidade), mas pode também ii) possa superar essa limitação territorial (princípio da renda mundial), iii) reduzir-se a uma área do território (área urbana, área rural) ou iv) limitar-se a pontos específicos, como postos aduaneiros etc. E por fim, na tipificação do fato jurídico, a norma deve especificar o marco de tempo dentro do qual tomará o fato por ocorrido. É o critério temporal.

Cumpra assinalar que os limites espaciais dentro do qual a norma produz seus efeitos, pela eficácia da norma tributária no espaço, não devem ser confundidos com a localização de fatos impositivos, que podem ser territoriais ou extraterritoriais. Estamos aqui diante do tema da eficácia da lei no espaço, que não tem que ver com o problema da localização no espaço dos elementos integrantes do fato jurídico tributário, ou seja, com determinação do critério espacial das leis tributárias, como mencionado acima.

A extensão eficaz das leis tributárias no espaço aparece como destaque quando estamos diante de situações as quais quedam-se sujeitas à tributação por mais de um ente tributante ou quando um determinado ente estatal considera como tributável um certo fato jurídico localizado em outro território, total ou parcialmente. A solução desse problema depende de uma análise segura de todos os elementos que compõem a formação da obrigação tributária, inclusive a própria qualificação territorial do sujeito interessado.

Certo é que não existe, para qualquer um dos entes federais, liberdade de determinação do âmbito de aplicação territorial das suas leis, exceto para o seu interior, que pode vir a ser reduzido ou ampliado, conforme atenda aos requisitos do ordenamento, a exemplo do que ocorre com a definição de área urbana dos municípios, nos termos do art. 32, do CTN.

O lançamento dos tributos deve circunscrever-se exclusivamente ao âmbito territorial das entidades tributantes, como garantia aos contribuintes de segurança jurídica na execução das leis tributárias e contra situações de dupla tributação dentro do espaço federativo, decorrente de casos de invasão de competência, ambos oponíveis a todas as pessoas políticas.

No Código Tributário Nacional, o Art. 101 deixa claro que a vigência, no espaço e no tempo, da legislação tributária rege-se pelas disposições legais aplicáveis às normas jurídicas em geral, apenas ressalvando as previsões contidas nos artigos 102 e 103 do próprio Código. Com essa norma geral permissiva, foram mantidos, entre normas tributárias, os mesmos critérios de solução de conflitos aplicáveis a todas as demais regras do ordenamento.

Sobre a vigência territorial, o art. 102 afirma o princípio de prevalência dos efeitos de territorialidade, com liberdade para eventual atuação extraterritorial, desde que previamente regulado pelo direito, mas preponderantemente com nítido sentido de regra proibitiva, ao vedar qualquer hipótese de “extraterritorialidade” da aplicação das leis tributárias quando esta não for previamente autorizada. É a sua redação:

“A legislação tributária dos Estados, do Distrito Federal e dos *Municípios* vigora, no País, fora dos respectivos territórios, nos limites em que lhe reconheçam extraterritorialidade os convênios de que participem, ou do que disponham esta ou outras leis de normas gerais expedidas pela União”.

Cabe, portanto, a cada unidade da federação, autonomia normativa e de execução de suas leis, mas sempre nos limites de cada território, o que se excepciona, para os fins de ampliação eficaz (extraterritorialidade), unicamente nas hipóteses de persistirem convênios firmados entre estas, ou quando autorizado por normas gerais (lei complementar) de direito financeiro ou tributário (por exemplo, a Lei Complementar nº 116/03, que regula a aplicação territorial do ISS). Ao reverso, pois, significa norma de proibição para qualquer atuação que extrapole os limites territoriais, vedada sempre qualquer hipótese de cobrança de tributos sobre fatos realizados sob o espaço sujeito a leis de outras entidades tributantes.

Dito de outro modo, deriva do princípio de territorialidade a regra segundo a qual a lei tributária tem eficácia em todo o território, salvo quando disponha diversamente<sup>20</sup>, ou quando regras heterônomas prevejam modificações. Assim, a eficácia no espaço das leis tributárias encontra-se delimitada internamente ou externamente<sup>21</sup>. Fala-se de delimitação interna aquela decorrente de disposição legal própria ou autônoma, quanto à discriminação do critério espacial dos tributos, do exercício do poder de tributar, segundo a qual a própria entidade demarca o campo eficaz do tributo. Mas cumpre falar ainda em uma delimitação externa, que corresponde justamente à aplicação de regras heterônomas para definição do espaço territorial, como normas gerais, convênios ou mesmo a própria modificação do território por lei estadual, como ocorre com os municípios.

Decerto que o exercício de competência fora do campo territorial de atividade do ordenamento queda-se prejudicado. Porém, antes da confirmação do âmbito eficaz das leis, a “territorialidade” depende, preliminarmente, da adequada qualificação do “território” da entidade competente, espaço no qual vê-se evidenciada a extensão espacial do poder tributário do Estado. Por vezes, a dupla tributação pode surgir como decorrência de dúvidas sobre a exata determinação do espaço territorial.

<sup>20</sup> Cfr. FANTOZZI, Augusto. *Il Diritto Tributario*, 3 ed., Torino: UTET, 2005, p. 207.

<sup>21</sup> Passim, BLUMENSTEIN, Ernst. *Sistema di diritto delle imposte*. Milano: Giuffrè, 1954, p. 71.

#### 4 QUALIFICAÇÃO DOS TERRITÓRIOS DOS MUNICÍPIOS E O PRINCÍPIO DE AUTONOMIA FEDERATIVA

O princípio da territorialidade, como conceito dogmático, corresponde aos efeitos de vigência espacial da norma tributária. Nos estados unitários, confunde-se com território estatal, na sua integridade; já no federalismo, a territorialidade dos ordenamentos de estados ou de municípios projeta-se como reflexo da própria autonomia que a Constituição lhes outorga. E neste caso, os limites territoriais entre estados ou entre municípios são, pois, juridicamente estabelecidos, seguindo rigorosos critérios de demarcações fáticas.

Aparentemente, a questão da demarcação dos territórios não ofereceria maiores problemas, mas só aparentemente. Inúmeras celeumas vigoram quanto aos espaços de fronteiras, mormente quanto à clareza e acertamento numérico de cada extensão territorial, apesar do esforço da Constituição e das leis estaduais.

A autonomia municipal, princípio atributivo de poderes, é garantida constitucionalmente contra qualquer intervenção por parte da União ou Estados sobre o feixe de competências de cada municipalidade. Certo que as competências expressas da União não podem ser invadidas pelas legislações municipais, como também que a guisa de exercer os poderes decorrentes das suas competências, não podem os municípios invadirem o espaço de competência remanescente dos Estados.

Como bem anotado por Santi Romano<sup>22</sup>, um Município pode surgir de forma originária (i), com todo o estado, mas pode ainda decorrer de novação da situação ou da personalidade de uma dada figura estatal, quando se atribui a certas aglomerações urbanas ou microrregiões tal condição (ii); pode ocorrer seu surgimento por transformação ou modificação de um outro já existente, do qual se desagrega parte do seu território (iii) ou ainda por extinção de um outro ou outros municípios, mediante divisão ou por fusão ou incorporação (iv).

Para criação dos municípios, todos devem ser dotados de uma base territorial, sobre a qual a pessoa política instituída exercerá sua jurisdição, como uma inexorável condição para a aplicação das normas do respectivo sistema tributário, sob ampla autonomia e exclusividade. Em vista disso, podemos dizer que a relação jurídica entre o município e o seu território é semelhante a que se passa entre forma e conteúdo, como uma referência ao exterior,<sup>23</sup> excludente de qualquer medida de interferência por parte de outros sujeitos do federalismo (*jus excludendi alios*), salvo nos casos autorizados pela Constituição, como decorrência da própria noção de “autonomia”.

Corolário disso, a autonomia federativa dos municípios somente pode ser tutelada quando juridicamente o ente local obtenha o reconhecimento

<sup>22</sup> ROMANO, Santi. La formazione, le modificazioni e l'estinzione del comune. In: ROMANO, Santi. *Gli Scritti nel Trattato Orlando*. Milano: Giuffrè, 2003, p. 684-5.

<sup>23</sup> Cfr. MORTATI, Constantino. *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova: CEDAM, 1991, T. 1, p. 109.

jurídico necessário para sua personalização. Antes disso, é simples território de um estado ou mesmo distrito, região metropolitana de outro município, aglomerações urbanas ou microrregiões constituídas a partir de agrupamentos de municípios limítrofes.

Como dito, os estados detêm a competência para legislar sobre a criação de municípios e, nesse passo, determinar os seus limites de fronteiras, de um tal modo que, no espaço territorial de cada Estado, ou tem-se terras devolutas ou território municipal. Assim, quanto à designação dos territórios dos municípios, a Constituição imputou aos estados que estes, mediante lei complementar, poderão “instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum”.

O “território” de cada município, enquanto espaço físico juridicamente qualificado e delimitado, compreende o espaço terrestre legalmente demarcado em seus confins (fronteiras) e define-se como condição de validade e regência espacial das suas leis e do exercício da sua autonomia, configurado a partir da expedição lúdima de leis estaduais que asseguram sua existência autônoma nos limites fronteiriços previamente indicados. Uma vez constituído, este passa a exercer a titularidade da autonomia federativa, com direito à auto-organização e tutela contra qualquer medida de interferência sobre o exercício da sua jurisdição, dentre os quais o poder para instituir e arrecadar os tributos de sua competência (art. 30, III, da CF).

Território, em termos estritamente jurídicos, é o espaço físico de um ente estatal, juridicamente delimitado, imprescindível para conferir-lhe individualidade e determinação do campo eficaz da sua jurisdição. É a partir desse conceito que se pode falar de uma doutrina do “território-competência”<sup>24</sup>, por ser este um elemento de validade eficaz das normas jurídicas. Não aquelas que dizem sobre o território, que são normas de competência ou de estrutura, mas aquelas de conduta.

Em matéria de território, nossa Constituição contempla regra de unidade fundamental, logo no seu art. 1º, ao prever que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal. Disso resulta que os territórios e competências que formalmente designam estados e municípios não se destacam do todo unitário que é a República Federativa do Brasil, sendo desta partes integrantes.

Em seguida, dispõe, no art. 20, II, que são bens da União “as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei”, como que a garantir, por exclusão, para os Estados, o domínio sobre todas as demais áreas de terras devolutas encontráveis no espaço territorial brasileiro, o que se vê confirmado expressamente no inciso IV, do art. 26, da própria Constituição, que prevê entre os bens dos Estados as terras devolutas não compreendidas entre as da União.

<sup>24</sup> Vide BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed., SP: Malheiros, 1997, p. 104.

Entende-se por “terras devolutas” aquelas desocupadas e desprovidas de titular proprietário ou possuidor legítimo, público ou privado, que são devolvidas<sup>25</sup> ou transferidas aos domínios dos estados ou da União (quando localizadas em áreas de fronteira) e que podem ser mantidas com o poder público, alienadas ou concedidas a particulares. Como é conhecido, só mediante sentença judicial discriminatória (Lei nº 6.383/76, cujo titular pode ser a União ou o Estado, *ex vi* do art. 19) as terras devolutas passam à disposição dos Estados, a partir de processo declaratório que só cabe quando houver incerteza quanto à existência e os limites do domínio público em determinada extensão territorial<sup>26</sup>. E isso porque as terras devolutas somente são determinadas na sua extensão quando devidamente discriminadas, com o que passam a serem certas e determinadas, para legitimar a constituição em título, após o competente registro. *Mutatis mutandis*, é o mesmo que se passa com a demarcação de terras particulares, conforme prescreve o Código de Processo Civil, com a única diferença que ali está-se diante de terras públicas.

Quanto ao aproveitamento interno do território municipal, dispôs, a Constituição, competência específica no art. 30, incisos IV e VIII, para que estes possam “criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual”, bem como “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano”.

4.1 Regime de desmembramento ou anexação territorial na Constituição, a partir da EC nº 15/96 – dever de consulta popular e impossibilidade de inovação territorial por lei estadual interpretativa

Criado o Município, este recebe da Constituição a titulação para exercer os poderes que lhe são próprios, sobre a base territorial juridicamente demarcada, nos limites das competências discriminadas (art. 30 e outros, da CF), mediante reserva da autonomia que lhe cabe como pessoa componente do federalismo brasileiro (art. 18, da CF), sob tutelas e garantias de efetividade, defesa qualquer espécie intervenção não autorizada pela própria Constituição (art. 35, da CF).

Segundo regras entabuladas na Constituição e nas leis nacionais (complementar) e estaduais, criam-se, incorporam-se, fundem-se ou desmembram-se os municípios. Estes são os regimes jurídicos típicos que podem dar ensejo a surgimento (“criação” ou “desmembramento total”), modificação (“desmembramento parcial” ou “anexação” – “incorporação parcial”) ou extinção (“incorporação” ou “fusão”) de municípios. Destarte, a lei estadual, ao contemplar alguma dessas figuras, necessariamente, deverá atender aos requisitos procedimentais exigidos pela Constituição e leis complementares nacionais aplicáveis a cada espécie.

<sup>25</sup> F. MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado – Direito das coisas*. 3. ed., SP: Revista dos Tribunais, 1984, t. XII, p. 419 e ss..

<sup>26</sup> Cf. LEAL, Victor Nunes. Titulação constitucional dos estados para primeira alienação de terras devolutas. In: *Problemas de Direito Público e outros Problemas*. Brasília: Imprensa Nacional, 1999, v. II, p. 339-92; GARCIA, Paulo. *Terras Devolutas*. RJ: Livraria Oscar Nicolai, 1958; LIMA, Ruy Cirne. *Terras Devolutas*. Porto Alegre: Globo, 1935.

Após a criação de qualquer município, a Constituição permite que sejam eventualmente modificados seus contornos geográficos ou mesmo extinto, mas, em qualquer caso, sempre que atendidos os requisitos definidos na carta constitucional, sem qualquer possibilidade para que a União ou os estados, de modo autônomo, possam fazê-lo diretamente<sup>27</sup>. E o principal requisito constitucional foi a aceitação ou autorização plebiscitária, a partir de consulta popular (art. 18, § 4º, da CF).

Desmembramento e anexação de municípios são modalidades de modificação dos limites territoriais e, por conseguinte, do espaço de atuação jurisdicional das leis dos entes envolvidos<sup>28</sup>. Por isso, o desmembramento de território de um dado município e anexação de território por outro enseja a necessidade de atendimento dos requisitos constitucionais, seja qual for a extensão da modificação dos limites geográficos entre os municípios afetados<sup>29</sup>. Jurisprudência do STF dá conta desse entendimento:

EMENTA: I. Ação direta de inconstitucionalidade: cabimento contra lei de criação, incorporação, fusão e desmembramento: jurisprudência do STF: precedentes. II. Município: desmembramento. A subtração de parte do território de um município substantiva desmembramento, seja quando a porção desmembrada passe a constituir o âmbito espacial de uma nova entidade municipal, seja quando for ela somada ao território de município preexistente. III. Município: desmembramento: EC 15/96: inconstitucionalidade da criação, incorporação, fusão e do desmembramento de municípios desde a promulgação da EC 15/96 e até que lei complementar venha a implementar sua eficácia plena, o que, entretanto, não ilide a imediata revogação do sistema anterior (precedente: ADInMC 2381, 20.06.01, Pertence, DJ 24.5.2002). IV. Município: desmembramento: exigibilidade de plebiscito. Seja qual for a modalidade de desmembramento proposta, a validade da lei que o efetive estará subordinada, por força da Constituição, ao plebiscito, vale dizer, à consulta

<sup>27</sup> EMENTA: CONSTITUCIONAL. CRIAÇÃO DE MUNICÍPIO. Lei posterior que altera os limites do município sem cumprir os requisitos do art. 18, §4º da Constituição Federal. Ato normativo que se sujeita ao controle concentrado de constitucionalidade, pois altera limites do Município. Precedente. Caracteriza-se a ofensa à Constituição Federal. Precedentes. Liminar deferida. (ADI-MC 1825-RJ, STF, Min. NELSON JOBIM, Julgamento: 29/03/1999).

<sup>28</sup> Para extensas considerações teóricas, veja-se, dentre outros: ROMANO, Santi. La formazione, le modificazioni e l'estinzione del comune. In: ROMANO, Santi. *Gli Scritti nel Trattato Orlando*. Milano: Giuffrè, 2003, p. 695 e ss.

<sup>29</sup> EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA. LIMINAR. ALTERAÇÃO DE LIMITES TERRITORIAIS DE MUNICÍPIOS. FALTA DE PLEBISCITO. ART. 18, 4., DA CARTA DA REPUBLICA. A alteração de limites entre os territórios de dois municípios vizinhos encerra a hipótese de desmembramento, cuja efetivação depende de lei estadual, observados os requisitos da legislação complementar respectiva, sem prejuízo de previa consulta plebiscitária junto as populações diretamente interessadas. Ausência de plebiscito a demonstrar a plausibilidade da tese de inconstitucionalidade que, associada à conveniência de serem afastadas as conseqüências inerentes a alteração do *status quo* político-institucional, especialmente para o cotidiano dos habitantes da localidade, justifica a suspensão da lei até o julgamento final do processo. Medida cautelar deferida. (ADI-MC 1143-AP, STF, Pleno, Min. Ilmar Galvão, Julgamento: 21/10/1994).

prévia das 'populações diretamente interessadas' - conforme a dicação original do art. 18, § 4º - ou "às populações dos Municípios envolvidos" - segundo o teor vigente do dispositivo. (ADI 2967-BA, STF, Min. Sepúlveda Pertence, Julgamento: 12/02/2004).

A regra que exige a consulta pública é garantia significativa da autonomia e do território original do Município (art. 18, § 4º, da CF), como medida de preservação da base física que corporifica e delimita o espaço de eficácia do ordenamento normativo, resguardando-se sua integridade<sup>30</sup> contra qualquer outro interesse, salvo aquele emanado do povo que ali habite ou exerça seu principal interesse. Eis porque qualquer modificação que se pretenda efetuar ou impor a um dado município deve vir precedida de consulta plebiscitária, cumprimento dos procedimentos constitucionais e atendido às leis nacionais e estaduais vigentes, relativas a tal propósito, e sempre mediante lei estadual que serve a dar cumprimento à modificação do status ou da fisionomia do referido município.

Para melhor compreensão desse entendimento, vejamos o regime jurídico que se apresenta na nossa ordem interna para modificação dos municípios, a saber:

Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

§ 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.

Fica, pois, no espaço de competência estadual, o poder-dever para autorizar a criação, incorporação, fusão e desmembramento de municípios<sup>31</sup>. Neste caso, a lei estadual cumpre a vontade expressa por plebiscito formalmente constituído nos termos de participação democrática direta do povo na afirmação da sua vontade. Iniciado que seja este, entendemos que o Estado não pode deixar de instituir ou modificar, por lei sua, o referido município, quando atendidos todos os requisitos previstos na Constituição. Esta Lei, como alude Pontes de Miranda, é lei constitutiva geradora<sup>32</sup>.

A Lei estadual é ato que outorga personalidade jurídica a cada porção territorial sobre a qual esteja presente um determinado grupo de pessoas, na qualidade de município, quando atendidos os requisitos constitucionais e legais,

<sup>30</sup> Cf. GASPARINI, Diógenes. Desmembramento e anexação de território municipal. *Revista de Direito Público*. SP: RT, 1984, v. 72, p. 237.

<sup>31</sup> GASPARINI, Diógenes. Criação de municípios. *Revista de Direito Público*. SP: RT, 1985, v. 73, p. 296-302; \_\_\_\_\_. Desmembramento e anexação de território municipal. *Revista de Direito Público*. SP: RT, 1984, v. 72, p. 237-241.

<sup>32</sup> MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição Federal de 1967*, 2. ed., SP: RT, 1970, t. II, p. 327.

a inovar a ordem jurídica com a criação de autonomia local<sup>33</sup> constitucionalmente protegida contra posteriores intervenções, inclusive do próprio Estado que a criou.

Aquela citada regra do § 4º do art. 18, da CF, depende de Lei Complementar para surtir seus efeitos. Neste âmbito, a LC nº 1/67 poderia suprir o papel daquela em muitos aspectos, porém, enquanto não sobrevier Lei Complementar que discipline o período determinado para realização dos eventos de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios (i) e a forma de apresentação e divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal (ii), nenhum procedimento poderá ser concretizado, sob pena de invalidade.

Trata-se de competência exclusiva da União, a edição da citada Lei Complementar, e, por não se cuidar de modalidade de espécie concorrente, estados não podem pretender legislar supletivamente na matéria. Em verdade, contra previsão que venha a ser objeto da Lei Complementar, sequer a Constituição estadual poderá opor-se, inovando procedimentos ou requisitos. Exemplo disso, a Constituição do Rio Grande do Norte, ao prever, no art. 14, que lei complementar estadual disporá sobre os requisitos e sujeitar-se-á a consulta prévia, mediante plebiscito, às populações diretamente interessadas, a criação, incorporação, fusão ou desmembramento de municípios. Após a EC nº 15/96, já não prospera cabimento para lei complementar estadual dispor sobre os requisitos, que passou a ser objeto de lei complementar federal, além de exigir-se agora prévia divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei (a complementar).

<sup>33</sup> “EMENTA: I. Ação direta de inconstitucionalidade: objeto idôneo: lei de criação de município. Ainda que não seja em si mesma uma norma jurídica, mas ato com forma de lei, que outorga status municipal a uma comunidade territorial, a criação de Município, pela generalidade dos efeitos que irradia, é um dado inovador, com força prospectiva, do complexo normativo em que se insere a nova entidade política: por isso, a validade da lei criadora, em face da Lei Fundamental, pode ser questionada por ação direta de inconstitucionalidade: precedentes. II. Norma constitucional de eficácia limitada, porque dependente de complementação infraconstitucional, tem, não obstante, em linha de princípio e sempre que possível, a imediata eficácia negativa de revogar as regras preexistentes que sejam contrárias. III. Município: criação: EC 15/96: plausibilidade da arguição de inconstitucionalidade da criação de municípios desde a sua promulgação e até que lei complementar venha a implementar sua eficácia plena, sem prejuízo, no entanto, da imediata revogação do sistema anterior. É certo que o novo processo de desmembramento de municípios, conforme a EC 15/96, ficou com a sua implementação sujeita à disciplina por lei complementar, pelo menos no que diz com o Estudo de Viabilidade Municipal, que passou a reclamar, e com a forma de sua divulgação anterior ao plebiscito. É imediata, contudo, a eficácia negativa da nova regra constitucional, de modo a impedir - de logo e até que advenha a lei complementar - a instauração e a conclusão de processos de emancipação em curso. Dessa eficácia imediata só se subtraem os processos já concluídos, com a lei de criação de novo município. No modelo federativo brasileiro - no ponto acentuado na Constituição de 1988 - os temas alusivos ao Município, a partir das normas atinentes à sua criação, há muito não constituem - ao contrário do que, na Primeira República, pudera sustentar Castro Nunes (Do Estado Federado e sua Organização Municipal, 2ª ed., Câmara dos Deputados, 1982, passim) - uma questão de interesse privativo do Estado-membro. Ente da Federação (CF, art. 18), que recebe diretamente da Constituição Federal numerosas competências comuns (art. 23) ou exclusivas (art. 30) - entre elas a de instituir e arrecadar tributos de sua área demarcada na Lei Fundamental (art. 156) - além de direito próprio de participação no produto de impostos federais e estaduais (art. 157-162) - o Município, seu regime jurídico e as normas regentes de sua criação interessam não apenas ao Estado-membro, mas à estrutura do Estado Federal total. (...). (ADI-MC 2381-RS, STF, Min. Sepúlveda Pertence, Julgamento: 20/06/2001). Grifamos.

De qualquer modo, como, até o presente, nova Lei Complementar nacional não foi publicada, remanesce em vigor a Lei Complementar nº 1, de 9 de novembro de 1967, com as modificações insertas pela Lei Complementar nº 46, de 21 de agosto de 1984, para tratar dos critérios relativos à criação ou modificação dos municípios, mas de modo insuficiente. E exatamente por isso o STF entende que enquanto não sobrevier Lei Complementar que prescreva todos os requisitos para tal propósito, nenhum Município poderá ser criado ou modificado.

#### 4.2 Modificação territorial de municípios após sua criação – o caso do desmembramento ou anexação territorial

Constituído o Município, múltiplas questões podem surgir em decorrência de alguma imprecisão das linhas de demarcação, como também pode haver interesse recíproco entre dois ou mais municípios por modificarem suas áreas, com desmembramentos e anexações de territórios. São situações inconfundíveis. No primeiro caso, põe-se em evidência um problema de esclarecimento dos limites de fronteira; no outro, situação de ampliação ou de supressão de territórios. Naquele, a lei estadual tão somente declara o exato espaço de atuação jurisdicional, com efeitos retroativos; neste, o ato é constitutivo de situação nova e, portanto, modificativo do campo eficaz dos ordenamentos de cada um dos municípios.

Desse modo, somente poder-se-ia falar de inovação do regime de vigência espacial ou do campo de atuação territorial das leis tributárias municipais quando diante de efetiva hipótese de modificação e inovação, por supressão ou acréscimo, dos limites territoriais dos municípios envolvidos, o que somente ocorre nas situações próprias de “desmembramento” ou “anexação”.

O “desmembramento” ou “anexação” de município, igualmente à criação, deve sujeitar-se a exigências constitucionais e de legislação complementar, não podendo ser, um ou outro, promovido sem a devida atenção para os procedimentos formais ali discriminados. E não poderia ser diferente, em virtude da gravidade de que se reveste tal ato supressivo do território comunal. Justamente em virtude da gravidade que isso representa para a população e para o exercício da autonomia do ente local, o Constituinte viu por bem usar de rigoroso procedimento e de pressupostos claramente definidos para qualquer alteração da fisionomia territorial.

De nenhum modo, o legislativo estadual pode tratar do desmembramento ou anexação de território como simples competência disponível, sob pena de ferir de morte o princípio da autonomia da unidade federativa afetada.

Como magistralmente observou o Ministro Ribeiro da Costa, do STF:

“Ao desmembrar o Território de um Município já existente, a ato estadual pode ferir-lhe a autonomia se não obedecer às condições e requisitos preestabelecidos na Constituição e nas leis. O Território é elemento essencial do Município, condição fundamental do seu

desenvolvimento, e só nos casos expressos é que pode ser desmembrado para a formação de outro Município. A matéria é de ordem constitucional e pode propiciar a representação. No caso, aliás, Supremo Tribunal Federal (RE nº 44.093) já assim decidiu”. (Rp 489-SP, STF, Pleno, Min. Ribeiro da Costa, Julgamento: 27/07/1962).

Deveras, qualquer ato de desmembramento ou anexação de território exige atenta verificação do suporte probatório da área “desmembrada” e da área “anexada”, e, do mesmo modo, atendimento às condições mínimas de procedimento e de aceitação democrática, por via da consulta popular, como motivo a legitimar a edição do ato legislativo estadual que atuará sobre a autonomia do município já existente.

O § 4º do art. 18, da CF, não deixa dúvidas: a “incorporação” (anexação) ou o “desmembramento” de Municípios somente serão válidos quando a lei estadual (i), seja precedida de “consulta prévia”, mediante “plebiscito”, às populações dos Municípios envolvidos (ii), o que somente poderá ser feito “após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei” (iii). Assim, haverá uma ordem de procedimentos a serem atendidos, a saber:

I – Os municípios interessados devem efetuar divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei;

II – Com base nesses estudos, dados à ampla divulgação entre a população dos municípios envolvidos, realizar-se-á “plebiscito” em cada um deles, para os efeitos de “consulta prévia”;

III – Concluídos os plebiscitos em todos os municípios envolvidos, verifica-se se estes foram válidos (atendido o quorum mínimo e outros) e favoráveis ao “desmembramento” ou “anexação”, nos dois municípios;

IV – Válidas e favoráveis as consultas públicas, o legislativo estadual vê-se autorizado a constituir, por lei sua, os atos de “desmembramento” ou “anexação” de áreas territoriais dos municípios interessados;

Esta disposição, como se demonstra, é sobejamente clara, pois a qualquer Município, a lei estadual que venha a autorizar alguma espécie de desmembramento do seu território, no todo ou em parte, para anexação a outro Município, dependerá de atendimento a pressupostos formais e materiais muito claros, e sempre precedida de aprovação popular. Não prospera, assim, qualquer disposição de Constituição ou de Lei Complementar estadual oponível a tal efeito<sup>34</sup>.

<sup>34</sup> “EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 11.361/2000 DO ESTADO DE SANTA CATARINA. DESMEMBRAMENTO DE ÁREA DO MUNICÍPIO DE CAMPOS NOVOS E ANEXAÇÃO AO MUNICÍPIO DE CAMPINZAL. AUSÊNCIA DE CONSULTA PRÉVIA. INCONSTITUCIONALIDADE. Lei que se considera passível de controle concentrado de constitucionalidade. Precedentes. Irrelevante o argumento das autoridades requeridas acerca da existência de lei complementar estadual, de 1995, que teria dispensado a consulta plebiscitária quando a área a ser desmembrada fosse inferior a um décimo da área total do município. Emenda

Dentre todas as condições, a autorização plebiscitária é a mais expressiva, sem qualquer concessão para qualquer momento das mutações territoriais, seja na criação, na modificação ou na extinção de algum município. E não poderia ser diverso, pois não se poderia consagrar ao povo o superior direito público subjetivo de manifestar-se sobre a criação do Município e, ato contínuo, em momento seguinte, aceitar que parlamentares estaduais decidissem pela sua redução ou mesmo supressão, “empregando mecanismos representativos exatamente num dos raros casos em que a Constituição Federal impõe decisão por plebiscito”, como bem observou Geraldo Ataliba<sup>35</sup>.

Por reiteradas vezes, o descumprimento da exigência plebiscitária, tem sido objeto de julgamento no Supremo Tribunal Federal, que nunca tergiversou em declarar a inconstitucionalidade de leis estaduais “redefinidoras” de limites territoriais municipais, como se pode verificar nos casos da ADI 2.812, ADI 2.702 e ADI 2.632-MC. E não importa forma de consulta popular adotada, diversa do plebiscito<sup>36</sup>, bem como a extensão ou a forma de mutação dos contornos geográficos dos municípios envolvidos, como já decidiu o STF:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. MUNICÍPIOS: DESMEMBRAMENTO: PLEBISCITO: EXIGIBILIDADE. Lei 11.599/2001, do Rio Grande do Sul. C.F., art. 18, § 4º. I. - *Seja qual for a modalidade de desmembramento, exige-se o plebiscito ou a consulta prévia às populações diretamente interessadas, ou “às populações dos Municípios envolvidos”.* C.F., art. 18, § 4º. Lei 11.599/2001, do Rio Grande do Sul: inconstitucionalidade. II. - ADI julgada procedente. (ADI 2812-RS, STF, Pleno, Min. Carlos Velloso, Julgamento: 09/10/2003).

---

constitucional superveniente que reserva à União a competência legislativa inicialmente atribuída aos estados-membros. Não-recepção da norma estadual que tratava da matéria. Ofende o § 4º do art. 18 da Constituição federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional 15/1996, lei estadual que desmembra área de município para anexá-la a outro, sem que tenha sido elaborada lei complementar federal e realizada a consulta prévia por plebiscito. Ação julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade da Lei 11.361/2000 do estado de Santa Catarina. (ADI 3149-SC, STF, Pleno, Min. Joaquim Barbosa, Julgamento: 17/11/2004).

<sup>35</sup> ATALIBA, Geraldo. Criação de Município – plebiscito. *Revista de Direito Público*. SP: RT, 1991, v. 98, p. 105;

<sup>36</sup> AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 8.264/02, DO ESTADO DA BAHIA. REDEFINIÇÃO DOS LIMITES TERRITORIAIS DO MUNICÍPIO DE SALINAS DA MARGARIDA. DESMEMBRAMENTO DE PARTE DE MUNICÍPIO E INCORPORAÇÃO DA ÁREA SEPARADA AO TERRITÓRIO DA MUNICIPALIDADE LIMÍTROFE, TUDO SEM A PRÉVIA CONSULTA, MEDIANTE PLEBISCITO, DAS POPULAÇÕES DE AMBAS AS LOCALIDADES. OFENSA AO ART 18, § 4º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1 - Pesquisas de opinião, abaixo-assinados e declarações de organizações comunitárias, favoráveis à criação, à incorporação ou ao desmembramento de município, não são capazes de suprir o rigor e a legitimidade do plebiscito exigido pelo § 4º do art. 18 da Carta Magna. 2- O descumprimento da exigência plebiscitária tem levado este Supremo Tribunal Federal a declarar, por reiteradas vezes, a inconstitucionalidade de leis estaduais ‘redefinidoras’ dos limites territoriais municipais. Precedentes: ADI 2.812, Rel. Min. Carlos Velloso, julg. em 09.10.2003, ADI 2.702, Rel. Min. Maurício Corrêa, julg. 05.11.2003 e ADI 2.632-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 29.08.2003. 3 - As questões relativas à idoneidade da lei de criação de município como objeto do controle concentrado e às conseqüências da eficácia limitada da norma inscrita no art. 18, § 4º da CF; já foram suficientemente equacionadas no julgamento cautelar da ADI 2.381, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.12.2001. Ações diretas de inconstitucionalidade julgadas procedentes. (ADI 2994-BA, STF, Min. Ellen Gracie, Julgamento: 12/05/2004).

A Constituição retirou, assim, das mãos dos políticos e dos mesquinhos interesses estaduais episódicos e transitórios a decisão sobre os destinos dos municípios, transferindo diretamente ao povo tal poder supremo, àqueles que nele vivem e onde realizam suas atividades, na melhor expressão de conservação de direitos fundamentais e sociais básicos, como expressão da sua liberdade de escolha, expressos pela moradia, cultura e tradição, que se deverá manifestar por meio de plebiscito válido para dizer sobre os destinos do território da sua municipalidade.

## 5 SOLUÇÕES DE CONFLITOS MUNICIPAIS – UM EXEMPLO: O CASO DO IMPOSTO PREDIAL E TERRITORIAL URBANO – SUJEIÇÃO ATIVA QUE DEPENDE DA CONEXÃO MATERIAL ENTRE BEM IMÓVEL E TERRITÓRIO MUNICIPAL

A Constituição de 1988 atribuiu aos municípios competência para instituir um imposto sobre “propriedade predial e territorial urbana”. Trata-se de imposto que, sendo municipal, vige em todo o território municipal, mas sua aplicação limita-se exclusivamente às áreas qualificadas como “urbanas” pela lei do Município.

Nisso, evidentemente, põe-se em destaque a necessidade de delimitar dois aspectos sobremodo importantes, um relativo à eficácia da lei no espaço, que corresponde ao território do município e, por conseguinte, depende da demarcação externa deste, i.e., das suas fronteiras em relação aos territórios dos comunas que lhe são vizinhos (i); e a demarcação interna, de uma mesma base territorial, entre área urbana e área rural (ii), que diz respeito à determinação do âmbito espacial de aplicação do Imposto, relativamente à identificação do fato jurídico tributário.

Em ambos os casos acima assinalados há possibilidades de conflitos de competência entre unidades federativas, quer entre a União e o Município, quanto à designação do espaço interno como “urbano” ou “rural”; quer de municípios entre si, no que diz respeito ao exercício de competência sobre fatos jurídicos tributários verificados estritamente nos limites territoriais.

Quanto à *eficácia da lei no espaço*, limitado ao território da autonomia municipal, o que pode ser objeto de eventual conflito de competência decorrerá unicamente da localização de bens imóveis situados em área fronteira (a) ou ainda da própria demarcação técnica do território dos municípios afetados (b).

Como, nos termos do art. 146, III, “a”, da CF, cabe à Lei Complementar estabelecer os requisitos de uniformização do “fato gerador” dos impostos, para solução de eventuais concursos de pretensão impositiva entre União e Município, o Código Tributário Nacional, na função de norma geral de direito tributário, nos artigos 32 a 34, discrimina os critérios necessários para aferir os limites entre as áreas “urbana”<sup>37</sup> e “rural”,

<sup>37</sup> Art. 32 (...) § 1º- Para os efeitos deste imposto, entende-se como zona urbana a definida em lei

como medida para evitar conflitos de competência na espécie, a partir da definição do âmbito espacial das normas dos impostos envolvidos (IPTU e ITR).

Para bem compreender este aspecto, é bom recordar que a hipótese de incidência do IPTU não recai sobre o objeto da propriedade, ou seja, a coisa em si, sobre a qual se exerce o domínio, mas sim sobre o direito de propriedade que seja exercido sobre aquele bem imobiliário localizado em área urbana. Não cabe dizer, entretanto, como fazem muitos, o STF incluso, que o IPTU seja um “imposto real”, na medida que toma por sujeito passivo pessoa qualificada como proprietária, detentora de título pessoal sobre determinado bem imóvel situado em área urbana. A pessoalidade antepõe-se ao bem em si mesmo considerado.

Não se pode deixar de considerar a importância da vinculação entre o “bem imóvel” e o “território” do Município. O fato de se caracterizar o IPTU como um imposto “real” apenas denota uma prevalência, na hipótese de incidência, do aspecto material sobre o pessoal quanto à determinação da ocorrência do fato jurídico tributário, não significando que o timbre de “pessoalidade” não exista, mas que é reconduzido ao âmbito que lhe é próprio, qual seja, o de formação da obrigação tributária, necessária relação entre pessoas, exclusivamente.

Ora, imposto que incide sobre o patrimônio, como é o caso do IPTU, refere-se a uma característica essencialmente pessoal, qual seja, a de exercer o título de ser proprietário de um determinado bem imobiliário. Quem possui o imóvel e o que faz com este são fatores de larga importância para o tratamento conferido pelo imposto, em vista da pessoalidade exigida pelo art. 145, § 1º, da nossa Constituição. O Domicílio declarado por este sujeito interpõe um simples elo de comunicação para fins de exigibilidade do crédito tributário, mas que não tem qualquer influência sobre a definição do sujeito passivo e, tanto menos, da competência tributária.

Como bem lembrou Sainz de Bujanda, um dos grandes avanços da técnica tributária foi exatamente a passagem de uma aplicação dos tributos fundada numa relação meramente pessoal (relação de súdito) para um critério de índole territorial: lugar no qual o fato jurídico tributário tenha-se por realizado<sup>38</sup>. Não se despreza a pessoalidade, antes, esta assume agora uma nova fisionomia, como medida determinante para apuração da obrigação tributária; já não mais como realização,

---

municipal, observado o requisito mínimo da existência de melhoramentos indicados em pelo menos dois dos incisos seguintes, construídos ou mantidos pelo Poder Público:

I- meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais;

II- Abastecimento de água;

III- Sistema de esgotos sanitários;

IV - Rede de iluminação pública com ou sem posteamento para distribuição domiciliar;

V- Escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de 3 quilômetros do imóvel considerado.

§ 2º- A lei municipal pode considerar urbanas as áreas urbanizáveis, ou de expansão urbana, constantes de loteamentos aprovados pelos órgãos competentes, destinados à habitação, à indústria ou ao comércio, mesmo que localizados fora das zonas definidas nos termos do parágrafo anterior.

<sup>38</sup> *Passim*, SAINZ DE BUJANDA, Fernando. *Hacienda y Derecho*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1966, v. IV, p. 347-8;

em si mesma, do fato jurídico tributário, como o fora em priscas eras. A tal efeito, só a pertinência ou vinculação do fato ou da situação com um dado território poderá marcar o elo de pertinência que resulta na formação da obrigação tributária.

A relação determinante para o surgimento da obrigação tributária do IPTU é aquela da existência de “bem imóvel” localizado em “território municipal” e situado em porção qualificada como “área urbana” deste. É necessário que a propriedade predial ou territorial esteja circunscrita ao território de um dado Município, que é a base geográfica sobre a qual ele exerce sua jurisdição, como o limite para a vigência de suas leis no espaço, sem o que não se afirma nenhuma conexão material entre o ordenamento e o contribuinte.

Desse modo, é simples a operação de solução de conflito entre municipalidades, na medida que só o elemento de fixação do imóvel é suficiente para permitir o surgimento do fato jurídico tributário, nenhum outro. A mobilidade típica da pessoa e, por conseguinte, do seu domicílio, encontra-se totalmente descartada. O que a Constituição requer para justificar a aplicação do imposto é tão-só a existência de Propriedade Predial e Territorial Urbana.

Para compreendermos melhor os dados constantes da hipótese de incidência do IPTU, basta analisar conjuntamente o artigo 156, I da Constituição de 1988 e o artigo 32, do CTN. Aquele primeiro dispositivo diz que compete ao Município a instituição de Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana e o segundo prevê como hipótese de incidência do IPTU a “propriedade”, o “domínio útil” ou a “posse” de *bem imóvel*, por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado, o bem imóvel, na zona urbana do Município. Na realidade, a legislação referente ao IPTU não tributa a “propriedade”, a “posse” ou a “enfitese” consideradas como tais, mas sim o fato jurídico de “ser proprietário”, “ser possuidor” ou “ser enfitentea” de imóvel *localizado no seu território*. “Ser proprietário”, ou outro, pressupõe a existência de um objeto (um bem imóvel, que pode assumir a forma de terreno ou imóvel edificado), sob a égide de uma dada situação jurídica, em relação a um certo sujeito, mas principalmente um local de situação do bem. Observa-se, assim, que a abrangência da hipótese de incidência do IPTU que acabamos de delimitar liga-se à identificação territorial de “bem imóvel” que justifica sua tributação.

Só a ligação entre “bem imóvel” e o “território” afirma a competência tributária de um município e exclui a dos demais. Dizer que a hipótese de incidência do IPTU não recai sobre o objeto da propriedade, ou seja, sobre a coisa em si, mas sim sobre o próprio direito de propriedade<sup>39</sup>, não implica relegar à desconsideração a superior importância que aquele tem nesse âmbito, por de servir, o bem imóvel, à própria caracterização do fato jurídico tributário, como pressuposto fundamental da exteriorização da relação de propriedade (usus, fructus, abusus). A conexão entre contribuinte e o município é, assim,

<sup>39</sup> Misabel de Abreu Machado Derzi e Sacha Calmon Navarro Coelho. *Do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana*, p. 114.

uma conexão material, e não pessoal, portanto, no que concerne estritamente ao acerto da competência tributária, na medida que só a posição baseada em dado território motiva a aplicação do imposto, alcançando o contribuinte que o detenha seja qual for o título.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, o objeto da autonomia dos municípios delimita-se pelos “interesses locais”, que serve como definição das competências materiais e coincide com o atendimento de necessidades individuais inerentes a direitos fundamentais resguardados ou garantidos expressamente pela Constituição. Contudo, o sentido não é o mesmo quando se fala do respeito a tais direitos individuais no espaço da aplicação da legislação tributária. O federalismo ou mesmo a repartição de poderes entre as distintas autonomias de um estado unitário não deixa de ser uma modalidade de organização do estado voltada à preservação dos interesses individuais. A garantia de diferenciação de competências e respeito a cada uma destas reflete-se como espécie de garantia aos direitos individuais.

## 7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALCHOURRON, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Análisis lógico y derecho*. Madrid: CEC, 1991.
- ATALIBA, Geraldo. *Criação de Município – plebiscito*. Revista de Direito Público. SP: RT, 1991, v. 98.
- ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. SP: RT, 1991.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O Princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*. Belo Horizonte: Movimento Editorial/FDUFMG (Nova Fase), 1995.
- BERLIRI, Antonio. *Corso istituzionale di diritto tributario*. Milano: Giuffrè, 1985, v. I.
- BLUMENSTEIN, Ernst. *Sistema di diritto delle imposte*. Milano: Giuffrè, 1954.
- BOBBIO, Norberto. Dell’uso delle grandi dicotomie nella teoria del diritto. In: *Dalla struttura alla funzione – nuove studi de teoria del diritto*. Verona: Edizioni di Comunità, 1976.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. SP: Malheiros, 1997.
- BUJANDA, Fernando Sainz de. *Hacienda y Derecho*. Madrid: Instituto de Estudios Politicos, 1966, v. IV.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 2. ed. SP: Saraiva, 1999.
- CASA DO OLLERO, Gabriel (Coord.) *La financiación de los municipios*. Madrid: Dykinson, 2005.

CASÁS, José Osvaldo. Restricciones al poder tributário de los municipios de provincia a partir de la Ley de coparticipación tributaria. In: CASÁS, José Osvaldo (Coord.). *Derecho tributario municipal*. Buenos Aires? 2001.

Cf. GASPARINI, Diógenes. *Desmembramento e anexação de território municipal*. Revista de Direito Público. SP: RT, 1984, v. 72, p. 237.

CHECA GONZÁLEZ, Clemente. *Los tributos locales*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Teoria geral do tributo e da exoneração tributária*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Fundamentos da competência tributária municipal*. SP: RT, 1980, nº 13/14.

FANTOZZI, Augusto. *Il Diritto Tributario*. 3. ed. Torino: UTET, 2005.

FERRARI, Regina Maria Macedo. *Direito Municipal*. 2. ed. SP: RT, 2004.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Segurança Jurídica – Normas Gerais Tributárias*. Revista de Direito Tributário. SP: RT, 1981, no 17/18.

FERREIRA, Pinto. *A autonomia política dos municípios*. Revista de Direito Público. SP: RT, 1969, v. 7, p. 157-67.

FERREIRO LAPATZA, José Juan. *El estatuto del contribuyente y las facultades normativas de la administración. (derecho tributario y orden democrático)*. Revista de Direito Tributário. SP: Malheiros, 1999, n.º 76.

GARCÍA NOVOA, César. *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

GARCIA, Paulo. *Terras Devolutas*. RJ: Livraria Oscar Nicolai, 1958.

GASPARINI, Diógenes. *Criação de municípios*. Revista de Direito Público. SP: RT, 1985, v. 73, p. 296-302.

\_\_\_\_\_. *Desmembramento e anexação de território municipal*. Revista de Direito Público. SP: RT, 1984, v. 72.

GONZÁLEZ GARCÍA, Eusebio. *Relaciones entre los principios de seguridad jurídica y legalidad*. In: IBET. Justiça Tributária. SP: Max Limonad, 1998.

HART, Herbert. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1961.

HENSEL, Albert. *Derecho Tributario*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

HORTA, Raul Machado. *Posição do Município no Direito Constitucional Federal Brasileiro*. Revista de Direito Público. SP: RT, nº 63, 1982.

LEAL, Victor Nunes. Restrições à autonomia municipal. In: LEAL, Victor Nunes. *Problemas de Direito Público e outros Problemas*. Brasília: Imprensa Nacional, 1999.

LEAL, Victor Nunes. Titulação constitucional dos estados para primeira alienação de terras devolutas. In: *Problemas de Direito Público e outros Problemas*.

Brasília: Imprensa Nacional, 1999, v. II.

\_\_\_\_\_. Alguns problemas municipais em face da Constituição. In: LEAL, Victor Nunes. *Problemas de Direito Público e outros Problemas*. Brasília: Imprensa Nacional, 1999.

LIMA, Ruy Cirne. *Terras Devolutas*. Porto Alegre: Globo, 1935.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição Federal de 1967*. 2 ed. SP: RT, 1970, t. II, p. 327.

MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado – Direito das coisas*. 3 ed. SP: Revista dos Tribunais, 1984.

MORTATI, Constantino. *Istituzioni di diritto pubblico*. Padova: CEDAM, 1991.

NAZAR, Elizabeth. *Sistema Constitucional Tributário Brasileiro*. Revista de Direito Público. SP: RT, 1973, v. 25, p. 197-216.

PITA GRANDAL, Ana Maria (Coord.). *Hacienda Autonômica y local*. Vigo, Tórculo, 2003.

QUADROS, Fausto de. *O princípio da subsidiariedade no direito comunitário após o tratado da união européia*. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

ROBLES, Gregorio. *Teoría del Derecho (fundamentos de teoría comunicacional del derecho)*. Madrid: Civitas, 1998, v. I.

RODRÍGUEZ VILLALBA, Gustavo. *La potestad tributaria de los gobiernos departamentales*. Montevideu: Fundación de Cultura Universitária, 2000.

ROMANO, Santi. La formazione, le modificazioni e l'estinzione del comune. In: ROMANO, Santi. *Gli Scritti nel Trattato Orlando*. Milano: Giuffrè, 2003.

ROSS, Alf. *Lógica de las normas*. Granada: Comares, 2000.

SARAIVA, Rute Gil. *Sobre o princípio da subsidiariedade*. Lisboa: Faculdade de Direito, 2001.

SEN, Amartya. *Development as Freedom*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no Direito*. 4. ed. SP: RT, 2000.