

Prêmio "Trabalho Relevante do Ano" do Departamento Fiscal

CONTESTAÇÃO APRESENTADA PELA MUNICIPALIDADE
DE SÃO PAULO, EM AÇÃO DECLARATÓRIA, VISANDO O
NÃO RECOLHIMENTO DE TAXA DE CONSERVAÇÃO DE
VIAS E LOGRADOUROS PÚBLICOS, INSTITUÍDA PELA LEI
Nº 6.989/66. PROCESSO Nº 321/93.

Elaborado por Neusa Iervolino de Aguiar.

Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz de Direito
da 12ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo - Capital.

A MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO, por sua procuradora, nos autos
da **AÇÃO DECLARATÓRIA** que lhe move **SOBLOCO CONSTRUTORA S/A**,
vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, no prazo legal, apresentar sua
CONTESTAÇÃO pelas razões a seguir expostas:

Trata-se de ação declaratória visando o não recolhimento da Taxa de
Conservação de Vias e Logradouros Públicos, instituída pela Lei Municipal nº
6.989/66, referente aos imóveis indicados na inicial.

Em síntese, pretende, nesta ação, que seja declarada por sentença a inexistência de relação jurídica entre a autora e a Municipalidade de São Paulo que obrigue ao recolhimento da Taxa de Conservação de Vias e Logradouros Públicos, relativamente aos imóveis relacionados no item 11 da inicial, enquanto vigorar o direito real de uso das vias em que se localizam os referidos imóveis, direito este concedido mediante escritura pública (doc. 14).

Aduz, basicamente, que o lançamento perpetrado pela Municipalidade não encontraria base legal, alegando que a referida taxa está sendo exigida independentemente da ocorrência do fato gerador, não se encontrando em consonância com a legislação citada.

Com o devido respeito, Ex^ª. não procedem os argumentos da autora, senão vejamos:

Preliminarmente,

1- Alega a autora ser aquela exação indevida, em face da existência de contrato de concessão real de uso celebrado entre a Municipalidade e a Sociedade Civil dos Amigos do Residencial Morumbi.

Nesse contrato, celebrado através de escritura pública, conforme documentos de fls. 50 e seguintes, comparece como outorgada cessionária a "Sociedade Civil dos Amigos do Residencial Morumbi", que portanto, detém os poderes de representação do referido contrato de concessão, e que, no entanto, não se encontra representada na presente ação.

Dessa forma, a inicial deve ser afastada por ilegitimidade da parte.

2- Sabe-se que a ação declaratória não cria nem constitui direitos. Apenas os declara.

Por isso é que o Egrégio Tribunal de Justiça assentou:

"A ação declaratória tem por objeto uma relação jurídica e não fatos."
(TJSP - 2ªc. - Ap. - Rel João Del Nero - RT 537/78)

Por essa razão também, a doutrina vem negando a possibilidade de desconstituir crédito fiscal existente pela via declaratória, só admitindo possível esse procedimento quando se trate de crédito ainda não constituído definitivamente.

No dizer de Milton Flaks, a ação meramente declaratória "pressupõe um crédito fiscal ainda não constituído, uma vez que, se já estiver constituído, a hipótese será de ação anulatória. Em outras palavras: pressupõe a inexistência de um lançamento fiscal ou que este ainda não esteja dotado de eficácia preclusiva". (Comentários à Lei de Execução Fiscal - Forense, Rio, 1981, 1ª Ed. p. 335).

Em conseqüência, se a parte está em condições que lhe permitam o exercício de ação condenatória ou constitutiva, falta-lhe interesse para propor a ação declaratória valendo a solução particularmente para os casos em que se questiona a validade de atos administrativos.

No presente feito, percebe-se que o crédito tributário que se busca afastar já foi constituído, já é uma realidade do mundo fático e afetado de consistência jurídica.

Ora, a pretensão da autora tem nítido caráter constitutivo-negativo, mostrando-se a ação escolhida inadequada ao atingimento do fim visado na inicial.

Sustenta o Prof. Arruda Alvim que a ação anulatória de débito fiscal é constitutiva e não declaratória, não se confundindo com a ação declaratória negativa de débito fiscal:

"Esta ação declaratória negativa difere da ação anulatória de débito fiscal, dado que aquela tem cabimento antes do lançamento, ao passo que esta última pressupõe o lançamento e tem por escopo anulá-lo." (Direito Processual Civil - "Teoria Geral do Processo de Conhecimento" Ed. RT. 1972, vol. II, pág. 349 e 352).

O entendimento jurisprudencial também é nesse sentido:

"A ação declaratória pressupõe crédito fiscal ainda não constituído definitivamente, uma vez que se já o estiver, a hipótese será de ação anulatória." (TJSP 15ª C. - Ap. nº 121.941-2, Rel. Pinto Sampaio - j. em 11.11.87).

"Com efeito, sobretudo no âmbito do Direito Público, a ação declaratória assume o caráter de remédio subsidiário, só admissível quando não possam ser propostas as ações de condenação ou constitutivas" (TJSP, 114ª C. - Ap. Rel. Dinio Garcia - j. 25.9.84 - RT 591/98).

A ação escolhida não foi adequada, vez que não se presta ao fim visado.

Sob o *nomen juris* de "ação declaratória", pediu-se a declaração de inexistência de relação jurídica entre a autora e a ré, pretendendo-se, no entanto, vincular questões fático-jurídicas a essa declaração, visando que a declaração atinja os lançamentos fiscais, desnaturando-os ou negando-lhes a eficácia.

Ainda que se admita, apenas para argumentar, que fosse julgada procedente a ação, a declaração de inexistência de relação jurídica entre as partes não teria o poder desconstitutivo, pois a sentença apenas poderá declarar essa inexistência com eficácia para o futuro, sendo que, para desconstituir, a autora deveria formular pedido de caráter anulatório, ainda que cumulado com a pretensão declaratória.

Assim, a inicial não merece ser acolhida, devendo ser afastada, sem julgamento do mérito.

No mérito, caso superadas as preliminares, não merece prosperar o pedido da autora.

O eminente jurista Aliomar Baleeiro define taxa da seguinte forma:

"Taxa é a contraprestação de serviço público, ou de benefício feito, posto à disposição ou custeado pelo Estado, em favor de quem a paga, ou se este, por sua atividade provocou a necessidade de criar-se aquele serviço público." ("in" Uma introdução à Ciência das Finanças, Editora Forense, 1976).

A existência do serviço, no presente caso, é inequívoca: existe, e é prestado pela Municipalidade, atingindo, genericamente, a toda a comunidade, ensejando a legitimidade da cobrança do tributo.

Instituída pela Lei nº 6.989 de 29/12/66 (art. 91 a 96), alterada por inúmeras leis, a última das quais, a Lei nº 11.152 de 30/12/91, a Taxa de Conservação é calculada por metro linear ou fração em toda extensão do imóvel no seu limite com a via ou logradouro público, correspondendo anualmente:

1- 17,20% da UFM nos casos dos imóveis localizados em logradouros pavimentados no todo ou em parte na sua largura.

2- 6,70% da UFM, quando o imóvel se localiza em logradouro ou via pública não pavimentado, mas com assentamentos de guias e construção de sarjetas ou sarjetões.

3- 4,30% da UFM, nos demais casos que não incluídos nos itens anteriores.

A taxa não pode ser inferior a 10% da UFM vigente em 01 de janeiro no exercício do lançamento.

De acordo com a referida lei, constitui fato gerador da Taxa de Conservação de Vias e Logradouros Públicos a utilização, efetiva ou potencial, dos serviços de conservação do calçamento e dos leitos não pavimentados das ruas, praças e estradas do Município.

O sujeito passivo da taxa é o proprietário, titular do domínio útil ou o possuidor do imóvel, construído ou não, situado em logradouro beneficiado pelos serviços acima referidos.

A taxa de Conservação de Vias e Logradouros Públicos de que trata o art. 94 da Lei nº 6989/66 utiliza, como critério de repartição do custo da respectiva atividade estatal o metro linear em toda a extensão do imóvel.

O Estado não dispõe do serviço público: presta-o, nos termos da lei, para atender, conforme determina a Constituição, ao interesse público. O fator desencadeante do serviço público não é o pagamento que a pessoa por ele alcançada faz ao Estado mas exclusivamente a lei, que determina a sua prestação. Com ou sem pagamento da taxa, o Estado não pode se eximir de, em cumprimento à lei, prestá-lo.

Exige o art. 145, II da Constituição Federal, que, se a pessoa política que presta um serviço público ou pratica um ato de polícia quiser obter dinheiro por isto, deverá fazê-lo por meio de taxa (de serviço ou de polícia, conforme a hipótese), sempre observado o regime jurídico tributário.

É um direito do contribuinte — no mais das vezes esquecido — de só ser compelido a pagar pelo serviço público ou pelo ato de polícia que o alcança, se a importância dele exigida for uma taxa (criada por lei, acatados os princípios da anterioridade, da igualdade, da reserva de competências tributárias etc.).

Como observou Geraldo Ataliba, o princípio informador das taxas é o da retributividade, melhor dizendo, o contribuinte, nelas, retribui o serviço público ou as diligências que levam ao ato de polícia que o alcança, pagando a exação devida.

A pessoa política que realizou uma atuação estatal não está autorizada a

cobrar uma taxa no valor que quiser e de quem quiser: só poderá exigir a taxa daquela pessoa alcançada pela atuação estatal e desde que o tributo tenha por base de cálculo o custo da atuação estatal.

O valor da taxa, seja de serviço, seja de polícia, deve corresponder ao custo, ainda que aproximado, da atuação estatal específica.

É claro que, neste campo, não precisa haver uma precisão matemática; deve, no entanto, existir uma razoabilidade entre a quantia cobrada e o gasto que o Poder Público teve para prestar aquele serviço público ou praticar aquele ato de polícia, sendo essa razoabilidade, em último caso, aferível pelo Poder Judiciário, mediante provocação do contribuinte interessado.

Note-se que os serviços públicos que abrem espaço à instituição desses gravames devem estar, sempre, necessariamente, dentro do campo de competência administrativa da pessoa política tributante.

Segundo a inicial, os logradouros integrantes do loteamento Residencial Morumbi são oficializados pelo Decreto nº 23.266/87, significando que, através de contrato de concessão real de uso, celebrado em 17 /dezembro/91, passaram os particulares a ter a posse das ruas e áreas verdes do loteamento, como direito real resolúvel por prazo indeterminado e condicionado.

Trata-se de loteamento fechado, no sentido de que suas vias de circulação podem ser fechadas ou vedadas a estranhos, mediante autorização da Municipalidade.

Nos termos do art. 22 da lei de Parcelamento do Solo (Lei nº 6.766/79), "desde a data do registro do loteamento, passam a integrar o domínio do Município as vias e praças, os espaços livres e as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo."

Assim, à luz da norma legal, as ruas do loteamento não são de propriedade dos adquirentes dos lotes, presumindo-se, pois, de domínio municipal, donde a incidência do imposto sobre a propriedade territorial (urbana) nos termos dos arts. 32 e 34 do Cód. Tributário Nacional.

O contrato de concessão real de uso acima referido foi condicionado, a uma série de exigências, descritas na sua cláusula 4ª, atendendo aos requisitos do art. 22 e seus parágrafos da Lei nº 9.413 de 30/12/81, devendo, cada caso

concreto, ser submetido à apreciação da Administração Pública, quanto à definição dos requisitos a serem obedecidos pelos contribuintes quando da elaboração dos lançamentos fiscais para esse tipo de loteamento.

De qualquer modo, a prevalência do referido contrato de concessão de uso real dependerá do cumprimento daquelas obrigações assumidas pelos adquirentes dos lotes quando da celebração daquele contrato de concessão de direito real de uso, e isto, somente através da análise da situação fática existente é que poderá ser definido.

De fato, a lei não obriga o particular a exaurir a via administrativa, mas sem dúvida deveria ser esse o caminho utilizado pela autora, para, com maior facilidade, e menor ônus para a Administração, esclarecer seu direito.

Não se demonstrou, em nenhum momento, tenha a Municipalidade sequer se manifestado ou se recusado a acolher o pedido da autora, que aliás é parte ilegítima, pois somente a "Sociedade Civil dos Amigos do Residencial Morumbi", outorgada cessionária do contrato de concessão de uso real daquele loteamento fechado poderia representá-lo.

Como se vê, Emérito Julgador, as razões colacionadas pela autora em sua inicial são insuficientes para apoiar o pedido nela contido.

Ao contrário, os argumentos esposados nesta contestação deixam clara a legalidade do tributo exigido.

Pelo exposto, caso superadas as preliminares, aguarda-se, com os doutos suprimentos desse D. Juízo, a decretação da improcedência da ação, condenando-se a autora no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

Termos em que, protestando provar o alegado por todos os meios de prova que se fizerem necessários,

P. Deferimento.

São Paulo, 05 de julho de 1993.

NEUSA IERVOLINO DE AGUIAR
Procurador do Município
FISC