

INSTRUMENTOS TRIUTÁRIOS DE IMPLANTAÇÃO DAS DIRETRIZES URBANÍSTICAS:

- Parcelamento, edificação e utilização compulsórios,
- Desapropriação/sanção,
- IPTU progressivo e função social da propriedade.

SUMÁRIO:

1 - Constitucionalização e tendências do Direito Civil; 2 – Estatuto da Cidade, Código Civil e Constituição Federal – integração e interpretação; 3 – Função social da propriedade; 4 – Parcelamento, utilização e edificação compulsórios e desapropriação para fins de reforma urbana; 5 – IPTU progressivo – Critérios tributários, fiscais e extrafiscais. Constitucionalidade.

Este texto foi feito como requisito para aprovação na disciplina Direito à Cidade, ministrada pelo Prof. Dr. Régis Fichtner Pereira no curso de Mestrado da Universidade Estácio de Sá – Rio de Janeiro.

1 – CONSITUCIONALIZAÇÃO E TENDÊNCIAS DO DIREITO CIVIL

O direito civil, ao longo de sua história no mundo romano-germânico, sempre foi identificado como o *locus* normativo privilegiado do indivíduo, enquanto tal. Nenhum ramo do direito era mais distante do direito constitucional do que ele. Em contraposição à constituição política, era cogitado como constituição do homem comum, máxime após o processo de codificação liberal.

Sua lenta elaboração vem perpassando a história do direito romano-germânico há mais de dois mil anos, parecendo infenso às mutações sociais, políticas e econômicas, às vezes cruentas, com que conviveu. Parecia que as relações jurídicas interpessoais, particularmente o direito das obrigações, não seriam afetadas pelas vicissitudes históricas, permanecendo válidos os princípios e regras imemoriais, pouco importando que tipo de constituição política fosse adotada.

Os estudos mais recentes dos civilistas têm demonstrado a falácia dessa visão estática, atemporal e desideologizada do direito civil. Não se trata, apenas, de estabelecer a necessária interlocução entre os variados saberes jurídicos, com ênfase entre o direito privado e o direito público, concebida como interdisciplinaridade interna. Pretende-se não apenas investigar a inserção do direito civil na Constituição jurídico-positiva, mas os fundamentos de sua validade jurídica, que dela devem ser extraídos.

Na atualidade, não se cuida de buscar a demarcação dos espaços distintos e até contrapostos. Antes havia a disjunção; hoje, a unidade hermenêutica, tendo a Constituição como ápice

conformador da elaboração e aplicação da legislação civil. A mudança de atitude é substancial: deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição, segundo o Código, como ocorria com frequência (e ainda ocorre).

A mudança de atitude também envolve uma certa dose de humildade epistemológica. O direito civil sempre forneceu as categorias, os conceitos e classificações que serviram para a consolidação dos vários ramos do direito público, inclusive o constitucional, em virtude de sua mais antiga evolução (o constitucionalismo e os direitos públicos são mais recentes, não alcançando um décimo do tempo histórico do direito civil). Agora, ladeia os demais na mesma sujeição aos valores, princípios e normas consagrados na Constituição. Daí a necessidade que sentem os civilistas do manejo das categorias fundamentais da Constituição. Sem elas, a interpretação do Código e das leis civis desvia-se de seu correto significado.

Diz-se, com certa dose de exagero, que o direito privado passou a ser o direito constitucional aplicado, pois nele se detecta o projeto de vida em comum que a Constituição impõe¹.

Pode afirmar-se que a constitucionalização é o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional.

Muitos propugnam pela superação da velha dicotomia, que resiste à falta de outra mais convincente e mantém sua utilidade no plano didático. Os arautos de seu desaparecimento têm em mente o grau de intervenção do Estado (legislador ou juiz) em certas relações, para considerá-las publicizadas. No Estado social (*welfare state*) todos os temas sociais juridicamente relevantes foram constitucionalizados. O Estado social caracteriza-se exatamente por controlar e intervir em setores da vida privada, antes interditados à ação pública pelas constituições liberais. No Estado social, portanto, não é o grau de intervenção legislativa, ou de controle do espaço privado, que gera a natureza de direito público. O mais privado dos direitos, o direito civil, está inserido essencialmente na Constituição de 1988 (atividade negocial, família, sucessões, propriedade). Se fosse esse o critério, então inexistiria direito privado.

Independentemente do grau de intervenção estatal, se o exercício do direito se dá por particular em face de outro particular, ou quando o Estado se relaciona paritariamente com o particular sem se valer de seu império, então o direito é privado.

¹ www.mundojuridico/adv.br/html/artigos/documentos

Em suma, para fazer sentido, a publicização deve ser entendida como o processo de intervenção legislativa infraconstitucional, ao passo que a constitucionalização tem por fito submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos. Enquanto o primeiro fenômeno é de discutível pertinência, o segundo é imprescindível para a compreensão do moderno direito civil.

As primeiras constituições, nada regularam sobre as relações privadas, cumprindo sua função de delimitação do Estado mínimo. Ao Estado coube apenas estabelecer as regras do jogo das liberdades privadas, no plano infraconstitucional, de sujeitos de direitos formalmente iguais, abstraídos de suas desigualdades reais. Consumou-se o darwinismo jurídico, com a hegemonia dos economicamente mais fortes, sem qualquer espaço para a justiça social. Como a dura lição da história demonstrou, a codificação liberal e a ausência da constituição econômica serviram de instrumento de exploração dos mais fracos pelos mais fortes, gerando reações e conflitos que redundaram no advento do Estado Social.

Em verdade, houve duas etapas na evolução do movimento liberal e do Estado liberal: a primeira, a da conquista da liberdade; a segunda, a da exploração da liberdade.

Como legado do Estado liberal, a liberdade e a igualdade jurídicas, apesar de formais, incorporaram-se ao catálogo de direitos das pessoas humanas, e não apenas dos sujeitos de relações jurídicas, e nenhuma ordem jurídica democrática pode delas abrir mão. Os Códigos cristalizaram a igualdade formal de direitos subjetivos, rompendo a estrutura estamental fundada no *jus privilegium*, nos locais reservados às pessoas em razão de suas origens.

A codificação civil liberal tinha como valor necessário da realização da pessoa, a propriedade, em torno da qual gravitavam os demais interesses privados, juridicamente tutelados. O patrimônio, o domínio incontestável sobre os bens, inclusive em face do arbítrio dos mandatários do poder político, realizava a pessoa humana.

É certo que as relações civis têm um forte cunho patrimonializante, bastando recordar que seus principais institutos são a propriedade e o contrato (modo de circulação da propriedade). Todavia, a prevalência do patrimônio, como valor individual a ser tutelado nos códigos, submergiu a pessoa humana, que passou a figurar como pólo de relação jurídica, como sujeito abstraído de sua dimensão real.

A patrimonialização das relações civis, que persiste nos códigos, é incompatível com os valores fundados na dignidade da pessoa humana, adotados pelas Constituições modernas, inclusive pela brasileira (artigo 1º, III). A repersonalização reencontra a trajetória da longa história da emancipação humana, no sentido de repor a pessoa humana como centro gravitacional do direito civil e de todo o sistema jurídico, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante, nem sempre necessário.

O desafio que se coloca aos civilistas é a capacidade de ver as pessoas em toda sua dimensão ontológica e, através dela, seu patrimônio. Impõe-se a materialização dos sujeitos de direitos, que são mais que apenas titulares de bens. A restauração da primazia da pessoa humana, nas relações civis, é a condição primeira de adequação do direito à realidade e aos fundamentos constitucionais. Ao contrário do que se imaginou e muito se escreveu após a Constituição Federal de 1988, não houve uma redução de valor do Direito Civil, ao contrário, a ele se agregou a força do Direito Constitucional, não se experimentou uma “invasão de ocupação”, mas sim uma junção de forças e um acoplamento de interesses tendo agora como peça principal o homem, a pessoa humana, sendo a propriedade uma das formas de servi-lo.

A propriedade é o grande foco de tensão entre as correntes ideológicas do liberalismo e do igualitarismo. O direito de propriedade, no Estado democrático e social de direito, como o da Constituição brasileira de 1988, termina por refletir esse conflito. No artigo 5º, dois incisos estabelecem regras que constituem uma antinomia, se lidos isoladamente: o XXII (*XXII – é garantido o direito de propriedade*) é a clássica garantia da propriedade privada, do Estado liberal; o XXIII (*XXIII – a propriedade atenderá a sua função social*) é a dimensão coletiva e intervencionista, própria do Estado social. A antinomia é reproduzida no artigo 170, que trata da atividade econômica. Em um, dominante é o interesse individual; em outro, é o interesse social. Mais que uma solução de compromisso, houve uma acomodação do conflito.

O caminho indicado para a superação do impasse é a utilização do critério hermenêutico do princípio da proporcionalidade, largamente adotado pelos teóricos da interpretação constitucional e pelas cortes constitucionais, nomeadamente o do *balanceamento* ou da *ponderação de direitos e interesses* em conflito. Veda-se a interpretação isolada de cada regra, ou a hegemonia de uma sobre outra, devendo-se encontrar o sentido harmônico de ambas, pois têm igual dignidade constitucional.

A função social é incompatível com a noção de direito absoluto, oponível a todos, em que se admite apenas a limitação externa, negativa. A função social importa limitação interna, positiva, condicionando o exercício e o próprio direito. Lícito é o interesse individual quando realiza, igualmente, o interesse social. O exercício do direito individual da propriedade deve ser feito no sentido da

utilidade, não somente para si, mas para todos. Daí ser incompatível com a inércia, com a inutilidade, com a especulação.

Para determinadas situações, a Constituição estabelece o conteúdo da função social, como se lê no artigo 182, § 2º, relativamente à propriedade urbana, e no art. 186, relativamente à propriedade rural. Neles, evidentemente, não se esgota seu alcance. A desapropriação por interesse social arma o Poder Público de poderoso instrumento para alcançá-la, pois não se trata de expropriação tradicional, que transfere o bem particular para o domínio público, mas de transferência de bem particular, que não realizou a função social, para o domínio ou posse de destinatários particulares, que presumivelmente a realizarão. No caso da propriedade urbana, outros mecanismos de intervenção estatal estão previstos: o parcelamento ou a edificação compulsórios e o imposto progressivo no tempo. O conflito entre a concepção individualista da propriedade e a concepção social emerge na reação que se nota nos tribunais à implementação, pelos municípios, do imposto progressivo sobre terrenos urbanos desocupados, apenas utilizados para fins especulativos.

Depreende-se da Constituição que a utilidade e a ocupação efetivas são determinantes, prevalecendo sobre o título de domínio, que transformava o proprietário em senhor soberano, dentro de seus limites, permitido como estava a usar, gozar e dispor de seus domínios como lhe aprouvesse, segundo conhecida formulação da legislação civil tradicional. O direito à habitação entrou na cogitação dos juristas, competindo com o direito de propriedade.

O direito de propriedade deve ser compatível com a preservação do meio-ambiente, que foi elevado a macro limite constitucional insuperável (artigo 225 da Constituição), no sentido da construção do desenvolvimento ecologicamente sustentável. O meio-ambiente é bem de uso comum do povo e prevalece sobre qualquer direito individual de propriedade, não podendo ser afastado até mesmo quando se deparar com exigências de desenvolvimento econômico (salvo quando ecologicamente sustentável). É oponível a todos e exigível por todos. A preservação de espaços territoriais protegidos veda qualquer utilização, inclusive para fins de reforma agrária, salvo mediante lei.

A concepção de propriedade, que se desprende da Constituição, é mais ampla que o tradicional domínio sobre coisas corpóreas, principalmente imóveis, que os códigos civis ainda alimentam. Co-envolve a própria atividade econômica, abrangendo o controle empresarial, o domínio sobre ativos mobiliários, a propriedade de marcas, patentes, franquias, biotecnologias e outras propriedades intelectuais. Os direitos autorais de *software* transformaram seus titulares em megamilionários. As riquezas são transferidas em rápidas transações de bolsas de valores, transitando de país a país, em investimentos

voláteis. Todas essas dimensões de propriedade estão sujeitas ao mandamento constitucional da função social.

O direito do século XXI será diferente do direito dos anteriores séculos, exatamente porque o jurista de hoje tem uma atitude muito diferente da atitude do jurista de séculos anteriores.

E é este homem do direito atual que relê o que efetivamente restou de perene, após o desmoronamento de uma secular estrutura de dogmas, afastando de si a segurança da fossilização e da estagnação de conceitos e de normas, para admitir a abertura de castelos – ou de prisões – em prol da atenção às transformações geradoras da crise, em prol da vivificação dos valores da vida e dos anseios do homem de hoje, este ser de incansável movimento e de infinitos sonhos. Sua vivacidade, sua inteligência ímpar, sua aguda percepção dos fenômenos, sua supremacia na escala biológica, tudo isso que o colocou em pé, uma primeira vez, prossegue agigantando-se em seu espírito, não lhe conferindo paz, serenidade ou repouso, mas, antes, incitando-o eternamente a caminhar além, a esmiuçar segredos e a constranger costumes ancestrais.

Este caminhar desvenda-lhe outros mistérios, inova-lhe o espírito, estabelece novos horizontes de contemplação de sua ambientação jurídica. Fá-lo novo e faz novos os seus projetos. Por isso, novo há de ser também o direito que dimensiona e organiza a sua vida privada. O desafio – profetiza Fachin – consiste em trocar práticas de medievo pelos saberes construídos às portas do terceiro milênio. E este é apenas o singelo ponto de partida rumo ao que abre o terceiro milênio.²

Não se há, contudo, de destruir e desconstruir³ o que se tem até agora, mas sim de se remodelar, de se lançar um novo olhar a partir da perspectiva de se colocar como centro de todo o sistema, o próprio ser humano, e não mais a propriedade, o contrato, o patrimônio ou qualquer outro valor típico do liberalismo e do individualismo que, não se duvida nem se questiona, teve seu momento e seu

² FACHIN, Luiz Edson, *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.5

³ Utilizado pela primeira vez por Jacques Derrida em 1967 na *Gramatologia*, o termo “desconstrução” foi formatado da arquitetura. Significa a deposição ou decomposição de uma estrutura. Em sua definição derridiana, remete a um trabalho do pensamento inconsciente (“isso se constrói”) e que consiste em desfazer, sem nunca destruir, um sistema de pensamento hegemônico ou dominante. Desconstruir é de certo modo resistir à tirania do Um, do *logos*, da metafísica (ocidental) na própria língua em que é enunciada, com a ajuda do próprio material deslocado, movido com fins de reconstruções cambiantes. A desconstrução é o “que acontece”, aquilo acerca de que não sabemos se chegará a seu destino, etc. Jacques Derrida lhe confere igualmente um uso gramatical: o termo designa então uma desorganização da construção das palavras na frase. Ver *lettre à um ami japonais*” (1985) in *Psyché: invention de l'autre*, Paris, Galilée, 1987, p. 387-95. No grande dicionário de Émile Littré, podemos ler: “A erudição moderna nos atesta que numa região do imóvel Oriente uma língua que havia chegado à perfeição foi desconstruída e alterada em si mesma exclusivamente pela lei da mudança natural do espírito humano”. In *DERRIDA, Jacques e ROUDINESCO Elisabeth. “De que amanhã... diálogo”*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004, p.9.

valor histórico, mas não pode ainda ser aceito num mundo moderno, globalizado e acima de tudo, que se quer solidário e humano.

Gustavo Tepedino⁴ bem observa que a inserção da função social como um dos mega-princípios constitucionais – entre os direitos e as garantias fundamentais – teve o escopo de elevar a determinação de seu atendimento ao patamar de regra fundamental, apta a instrumentalizar todo o tecido constitucional e, por via de consequência, todas as normas infraconstitucionais, criando um parâmetro interpretativo do ordenamento jurídico.

Eis aí, provavelmente, a mais significativa tendência, ou releitura, do direito de propriedade, neste findar de século XX e início do século XXI.

A sociedade que se anseia e que possibilita a convivência nos tempos atuais exige do homem uma participação mais consciente de sua importância transcendental, não egoísta, no sentido de que, não só, não está sozinho no universo, como também, é responsável pela conservação da terra e do espaço urbano para nas gerações vindouras e, nesta perspectiva há de sobressair o homem dotado de consciência social e que tem como ponto cardeal em suas relações com os outros, a boa-fé e a solidariedade.

O homem de boa-fé tanto diz o que acredita, mesmo que esteja enganado, como acredita no que diz. É por isso que a boa-fé é uma fé, no duplo sentido do termo. Vale dizer, é uma crença ao mesmo tempo que é uma fidelidade. É crença fiel, e fidelidade no que se crê. É também o que se chama de sinceridade, ou veracidade, ou franqueza, é o contrário da mentira, da hipocrisia, da duplicidade, em suma, de todas as formas, privadas ou públicas, da má-fé.⁵

O Direito Civil que nos foi legado tinha na autonomia privada – propriedade e contrato – o seu pilar fundamental, mas, na atualidade, verifica-se uma profunda alteração axiológica na sua concepção, passando por uma crise que visa resgatar a dignidade da pessoa humana e os direitos sociais, conforme estampados na Constituição Federal. Um olhar atento sobre os dias de hoje, enfim, demonstra claramente a ocorrência de uma funcionalização de todos os institutos privados, na busca por adequá-los ao prisma novo.

A tendência marcante, a partir deste repensar das matrizes fundantes e dos matizes axiológicos do direito na pós-modernidade, marcar-se-á, por certo, na consecução e completude

⁴ TEPEDINO, Gustavo, A Nova Propriedade (o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição), in Revista Forense, v. 306, p. 75 e ss

⁵ MARTINS-COSTA, Judith, O Direito Privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro (www.jusnavigandi.com.br).

de um direito mais ético, mais composto com o sentir do que com a razão, mais digno, mais socializado, mais corajoso e fiel, mais permeável ao afeto, mais despojado de arcaísmos meramente patrimoniais.

A travessia do século inspira, enfim, um direito mais humanizado.⁶

2 – O ESTATUTO DA CIDADE, CÓDIGO CIVIL E CONSTITUIÇÃO FEDERAL – INTEGRAÇÃO E INTERPRETAÇÃO.

A Constituição Federal estabelece, em seu artigo 5º, XXIII que “ a propriedade atenderá à sua função social” e no artigo 170, depois de declarar que a ordem econômica e social funda-se na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, e tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, impõe a observação, entre outros, dos princípios da propriedade privada e da função social da propriedade.

Em capítulo específico, reconhecendo os problemas que atingem a convivência e a ocupação nos grandes centros urbanos, sob o título “Da Política Urbana”, traçou os eixos sobre os quais há de se pautar o tema: a) subordinação da propriedade urbana ao cumprimento da função social, impondo inclusive o parcelamento e a edificação compulsórios dos terrenos não edificados, b) a definição e concretização legal pela União das diretrizes gerais da política urbana, c) a previsão de utilização geral da desapropriação com fins urbanísticos, d) a atribuição ao Poder Público Municipal da competência básica para definir a política de desenvolvimento urbano de cada cidade, com a finalidade de alcançar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, e) a utilização do planejamento urbanístico, particularmente do plano diretor, como instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana e, f) a instituição da usucapião especial do solo urbano para fins de moradia.

Desta forma que a União, utilizando-se de sua competência legislativa editou e promulgou a Lei 10.257 de 10 de julho de 2001 que ela própria denominou de Estatuto da Cidade. Posteriormente, em janeiro de 2003 passou a vigor o Novo Código Civil que envolve a necessidade de questionamento sobre a eventual alteração e mesmo a revogação de normas inseridas no estatuto.

Cuidando-se de eventual conflito de normas, parte-se do princípio que o Estatuto é anterior ao Código Civil e compõe legislação especial sobre direito urbanístico, a meio caminho entre o direito público e o privado, visto que considerado como direito social, enquanto o Código Civil é

⁶ Tendências do Direito Civil no Século XXI – Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. Conferência de encerramento proferida em 21.09.01, no Seminário Internacional de Direito Civil, promovido pelo NAP – Núcleo Acadêmico de Pesquisa da Faculdade Mineira de Direito da PUC/MG.

regra geral de relacionamento entre as pessoas. Penso que o mais adequado seja pensar que ambas as regulamentações se integram em um todo orgânico, o ordenamento jurídico brasileiro e, em consequência, deve proceder-se a uma interpretação sistemática, única, conjunta e integrada, de todo o complexo normativo relativo ao mesmo assunto.

O Código Civil não derroga ou suprime qualquer dos princípios do Estatuto da Cidade, que tomam sua força da Constituição, mas sim pode modificar o regime jurídico de alguns instrumentos concretizadores da gestão urbana, se regulamentados de forma diversa e incompatível pelo Código Civil que, no entanto, não se pode olvidar, tem seus princípios norteadores harmonizados com aqueles que embasam a lei urbanística, notadamente o da função social da propriedade, a necessidade de convivência pacífica no meio urbano e a limitação à plenitude dos direitos inerentes ao domínio.

Porém, também não há que se imaginar que será navegar em águas plácidas a tentativa necessária de harmonização e interpretação conjunta de ambas as normas legais. O intérprete tem que ser muito consciente das dificuldades que cria a integração de ambas, principalmente de matizes peculiares na regulação especial urbanística muito além das normas de direito privado, bem como em razão das características do objeto sobre o qual recai, o solo urbano e da natureza pública de seu principal destinatário, o Poder Público Municipal e a função ou finalidade econômico-social chamado a cumprir, isto é ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais de cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, presentes e futuros. Matizes e particularidades que, embora não modifiquem a natureza essencial dos instrumentos jurídicos utilizados na gestão urbanística, introduzem especialidades em seu concreto regime jurídico.

Aliás, a função primordial do intérprete e hermeneuta no Direito atual, cada vez mais relevante e mesmo essencial no sentido de que interpretar seja explicar porque determinadas palavras podem fazer várias coisas, e não outras ou, nas palavras de Larenz⁷, “interpretar é uma atividade de mediação, pela qual o intérprete traz à compreensão o sentido de um texto que se lhe torna problemático” e, para tanto, o saber jurídico ocupa papel de relevo, pois não se restringe a um conjunto de códigos, mas tem de ser concebido como um processo de diálogo, de troca entre o ser e o mundo, necessariamente entendido como uma reação ao positivismo.

A própria norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade, a sua essência reside no fato de que a relação por ela regulada venha a ser concretizada na

⁷ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997, p. 439.

realidade.⁸ E, complementando com a idéia de interpretação trazida por Häberle⁹, de que não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada, e sustenta que interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública, inclusive com espaço para participação das potências públicas pluralistas, concretizando-se uma “interpretação democrática”.

Fica-se aqui, com o primado de Bonavides¹⁰, para quem a interpretação jurídica, em si, é a reconstrução do conteúdo da lei, sua elucidação, de modo a operar-se uma restituição do sentido do texto viciado, obscuro ou não condizente com a realidade temporal-geográfica. Em verdade, a interpretação mostra o Direito vivendo plenamente a fase concreta e integrativa, objetivando-se na realidade. E, “se é verdade que a Modernidade não cumpriu com suas promessas emancipatórias à civilização ocidental, cumpre verificar como podemos conviver e solucionar os impasses que se apresentam no âmbito das demandas sociais emergentes, todas dizendo respeito á necessidade de concretização dos direitos assegurados pelas Cartas Políticas vigentes”.¹¹

A necessidade de enfocar, ao menos superficialmente o tema da hermenêutica, se deve ao fato de que o direito à convivência pacífica no solo urbanizado, com todas as conseqüências e vicissitudes, foi colocada na Constituição como direito econômico, social e cultural e seu não cumprimento rende ensejo à inconstitucionalidade por omissão e que, segundo Canotilho¹², desafia a *proibição de retrocesso social* querendo com isso significar que, uma vez consagradas legalmente as prestações sociais, entre elas a de viver num espaço urbano planejado e civilizado, o legislador não pode mais eliminá-las sem alternativas ou compensações e, principalmente, invocando a responsabilidade de todos nós, intérpretes do direito, quer na condição de profissionais ou de participantes da forma democrática de interpretação para a conclusão de que num Estado Democrático Constitucional de Direito, notadamente em sistemas de cláusulas abertas como o incorporado pela Constituição e pelo Código Civil, v.g. conceitos como “pessoa”, “direito subjetivo”, “bem jurídico”, “regular funcionamento das instituições democráticas”, etc podem se modificar, alterando todo o direito sem necessidade de se modificar a lei “positiva”.¹³

⁸ Nesse sentido, HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

⁹ HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. Porto Alegre: Fabris, 1997, com tradução de Gilmar Ferreira Mendes.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Malheiros, 1997, p. 399.

¹¹ GESTA LEAL, Rogério. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre: 2000, p. 156.

¹² CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed, Coimbra; 1999, p. 451..

¹³ Nesse sentido, QUEIROZ, Cristina M.M. *Direitos Fundamentais. (Teoria Geral)*. Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Caderno – Teses e monografias, número 4, p. 188.

É exatamente nesse contexto que Rawls¹⁴ avança com a distinção entre um conceito de justiça e as diversas concepções de justiça. As regras jurídicas, afirma, tanto podem conter preceitos bem precisos, que não requerem nenhuma interpretação especial, posto que o seu significado é sempre o mesmo, as chamadas “concepções”, que o legislador quis que perdurassem como decisões globais de sistema, como podem incorporar ainda temas vagos, referências a padrões ou condutas, cuja concretização depende essencialmente das idéias do momento, os chamados “conceitos”, que reclamam dos juizes e dos tribunais uma complementação ou concretização posteriores.

3 – FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE.

Já se disse e voltar-se-á mais à frente, que o Estatuto da Cidade veio em função de previsão constitucional e da necessidade do estabelecimento de um conjunto de meios e instrumentos voltados à intervenção urbanística, como forma de concretização dos princípios da função social da propriedade e da função social da cidade. Ensina Sundfeld¹⁵ que “os princípios são as idéias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se.” Faz-se mister seguir e ensinamento refinado de Luis Roberto Barroso¹⁶ para quem:

A linguagem do Direito há de conformar-se aos rigores da técnica jurídica. Mas, sem desprezo à clareza, à transparência, à elegância e ao ritmo melodioso da poesia. As palavras, para o Professor, para o Advogado, para os operadores do Direito, em geral, são feitas para persuadir, demover, incentivar. Não basta sintaxe. Não basta ortografia. Não basta semântica. É preciso paixão.

E, o princípio da função social da propriedade é a idéia central que confere coerência e racionalidade ao sistema de atos normativos e administrativos que visam à organização conveniente dos espaços habitáveis.

Função social da propriedade consiste no fato de que deva ela cumprir o destino economicamente útil, produtivo, de maneira a satisfazer as necessidades sociais atingíveis em sua espécie. Nesse sentido pode-se fazer uma primeira afirmação de que a função social da propriedade é tomada como necessidade de que o uso da propriedade responda a uma plena utilização, otimizando-se ou tentando-se otimizar os recursos disponíveis em mãos dos proprietários ou possuidores. Num segundo sentido é possível também concluir que a expressão função social da propriedade pode ter seu conteúdo vinculado a

¹⁴ RAWLS, John. *Theory of Justice* (trad. Cast. Teoria de la Justicia), México, Madrid, 1979. p. 22 e *Political Liberalism*. Nova York: Columbia University Press, 1993. p. 14, nota 15

¹⁵ SUDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4ª ed. 2ª tir. São Paulo, Malheiros Editores, 2001, p. 143.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. Direito e paixão. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, n. 2, p. 321-338.

objetivos de justiça social: vale dizer, comprometido com o projeto de uma sociedade mais igualitária ou menos desequilibrada, de forma a proporcionar ampliação de oportunidades a todos os cidadãos independentemente da utilização produtiva que porventura já esteja tendo.

Inserido no poder normativo municipal o de planejamento do espaço urbano, ao organizar as áreas habitáveis, em toda a dimensão geográfica do município, há de se ter a preocupação social de justiça social, de realização do mandamento constitucional (art. 3º –III), no sentido da erradicação da pobreza e da marginalidade e redução das desigualdades sociais e regionais, objetivos que foram instituídos pelo legislador constituinte como forças e valores insertos em toda e qualquer norma, legal ou constitucional, vinculando o intérprete à sua busca incessante e constante. E, para a consecução daquele intento, foi previsto o plano diretor, instrumento pelo qual a Administração Pública Municipal, com a participação popular, deverá determinar quando, como e onde edificar de maneira a melhor satisfazer o interesse público, por razões estéticas, culturais, funcionais, econômicas, sociais e ambientais.

O que se constata é que o Poder Público Municipal recebeu uma enorme tarefa do legislador constitucional e infraconstitucional e, ao que parece, não vem se mostrando apto e preparado a dela se desvencilhar, visto que a ocupação do espaço urbano em grandes centros se transformou em verdadeiro e irremediável caos, inexistindo as mais mínimas possibilidades não só de convivência sadia e pacífica como propriamente de manutenção da própria vida e integridade física, situação que vem se mostrando catastrófica a ponto de transformar a antes “cidade maravilhosa” em campo de guerra, onde as pessoas não têm sequer a certeza de que voltarão para suas casas, onde se presencia o genocídio diário, onde se potencializa a agressão mútua, se amesquinha a violência, passa a se considerar normal a morte de pessoas ao nosso redor, o domínio desenfreado e escancarado da criminalidade sobre o poder constituído, a ocupação de espaços cada vez maiores por ditos “chefes do tráfico”, a total inapetência da classe política para o enfrentamento de situações que se corporificam como agressoras dos direitos humanos e fundamentais e entre eles, o principal que é o próprio direito a vida.

Toda essa situação distancia o assim chamado “poder constituído” da população, tornando-o ilegítimo, a despeito de legal, descomprometido com as promessas democráticas e com as obrigações assumidas quando da ocupação de cargos públicos, preocupados apenas com avolumação, cada vez aviltante da tributação e quando se vê que a esmagadora maioria das cidades, sequer foi capaz de organizar seu plano diretor, como forma mínima de planejamento de ocupação do espaço urbano que, no entender de Comparato¹⁷, “quando o Estado exerce um papel decisivo e insubstituível na aplicação normativa. Assim, tanto no plano urbano quanto no rural, o dever de adequada utilização de seus bens em

¹⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *Função Social da propriedade, Estado, Empresa e função social*. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, volume 752, outubro 1996.

proveito da sociedade, supõe a existência de uma política urbana e de uma política agrária, ou seja, um programa de atuação governamental”, sendo impossível qualquer outra conclusão que não seja a de que um **Estado despreocupado com o bem estar geral da comunidade e da população não tem legitimidade** para exigir dos proprietários o cumprimento da função social dos bens que detêm em seus patrimônios e mesmo de desempenhar a função pública para a qual foram eleitos.

“...enquanto não construir, ou pelo menos esboçar, uma sociedade justa e solidária (CF, art. 3º I), erradicando a pobreza e marginalização (art. 3º III), promovendo a dignidade da pessoa humana (art. 1º III), assegurando a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170), emprestando à propriedade sua função social (art. 5º XXIII e 170 III) – enquanto não fizer isso, elevando os marginalizados à condição de cidadãos comuns, pessoas normais, aptas a exercerem sua cidadania, o Estado não tem autoridade para dele exigir – diretamente ou pelo braço da justiça – o reto cumprimento da lei.”¹⁸

4 – PARCELAMENTO, UTILIZAÇÃO E EDIFICAÇÃO COMPULSÓRIOS E DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA URBANA.

4.1 Sistema legal - Diz o artigo 5º do Estatuto da Cidade que lei municipal específica para área incluída no plano diretor poderá determinar o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, devendo fixar as condições e os prazos para implemento da referida obrigação.

Para a aplicação desses instrumentos pelo Poder Público municipal é necessário o preenchimento dos seguintes requisitos:

a) a propriedade urbana que não atende a função social, seja integrante de área definida no plano diretor como sujeita à aplicação dos instrumentos;

b) instituição do plano urbanístico local (lei municipal específica) dispondo sobre as exigências concretas para a propriedade urbana atender sua função social, bem como sobre o procedimento e o prazo para o cumprimento das exigências;

¹⁸ Sentença proferida pelo Juízo da 8ª Vara da Justiça Federal de Minas Gerais em que a solidariedade social e outros princípios constitucionais serviram de fundamento contra a retirada de diversas famílias alojadas às margens da rodovia BR 116, *in* Função Social da Propriedade na prática jurisprudencial brasileira, comentários de ANDERSON SCHREIBER.

c) lei federal (lei federal de desenvolvimento urbano) dispendo sobre a regulamentação dos referidos instrumentos.

O Estatuto da Cidade instituído como a lei federal prevista no parágrafo 4º do artigo 182 estabelece as normas que devem ser observadas para aplicar o parcelamento ou edificação compulsória, o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo, e a desapropriação para fins de reforma urbana.

Essa norma constitucional permite a aplicação dos referidos instrumentos nas situações na qual a propriedade urbana não atende sua função social, que são a de não estar edificada, de estar subutilizada, de não estar sendo utilizada. Essas situações têm como característica a ausência de uma destinação concreta para a propriedade ser aproveitada de forma adequada, considerando os limites para o exercício desse direito previstos na legislação urbanística.

As demais situações que implicam em desrespeito ao princípio da função social da propriedade, como o uso indevido ou nocivo da propriedade urbana, poderão ser atacadas por outros instrumentos, tais como multas, suspensão de licença urbanística, interdição ou demolição.

Os instrumentos adotados pelo texto constitucional têm por característica obrigar o proprietário a um comportamento positivo de promover uma destinação concreta para a sua propriedade. São mecanismos destinados a impedir e inibir o processo da especulação imobiliária nas cidades, de conferir aos imóveis urbanos ociosos uma destinação voltada a beneficiar a coletividade. Isto é, o proprietário de imóvel urbano para garantir o seu direito de propriedade já deveria ter conferido a este uma função social. Na falta dessa destinação, o poder público municipal está constitucionalmente capacitado para tornar social a função da propriedade urbana.

O comportamento que pode ser exigido do proprietário com base nas situações e instrumentos previstos no parágrafo 4º do artigo 182 é de este edificar, de construir em sua propriedade, de utilizar a propriedade no potencial mínimo de aproveitamento estabelecido no plano urbanístico local. O plano diretor, nesse caso, deve delimitar como áreas sujeitas à aplicação desses instrumentos as áreas urbanas onde as condições do meio físico e a disponibilidade da infra-estrutura instalada tenham capacidade de intensificar o uso e ocupação do solo urbano e de ampliar as atividades econômicas.

As normas do Estatuto da Cidade que regulamentam estes instrumentos por exigência constitucional devem ser respeitadas pelo Poder Público municipal, quando houver a

necessidade da aplicação destes instrumentos diante de uma situação concreta onde a propriedade urbana não esteja atendendo a sua função social.

Parcelamento ou Edificação Compulsórios são instrumentos urbanísticos a serem utilizados pelo Poder Público municipal, como forma de obrigar os proprietários de imóveis urbanos a utilizar socialmente esses imóveis de acordo com que está disciplinado no plano diretor do Município. Esta obrigação pode ser o parcelamento de uma área urbana subutilizada ou não utilizada, na qual o proprietário esta se beneficiando do processo de especulação imobiliária, bem como de edificação de uma área urbana visando o uso máximo do potencial de uso e construtivo da propriedade para que haja uma destinação social que beneficie a coletividade.

O Estatuto da Cidade através dos artigos 5º e 6º, disciplina os instrumentos do parcelamento ou edificação compulsórios, introduzindo o instrumento da utilização compulsória, que poderão ser aplicados nas propriedades urbanas situadas nas áreas urbanas delimitadas no plano diretor como áreas que não estão atendendo a sua função social.

De acordo com o artigo 42 do Estatuto da cidade é conteúdo obrigatório do plano diretor a delimitação das áreas urbanas para a aplicação do parcelamento, edificação ou utilização compulsória.. Nos termos do inciso I deste artigo o Plano Diretor deverá conter no mínimo: a delimitação das áreas urbanas onde poderá ser aplicado o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, considerando a existência de infra-estrutura e de demanda para utilização na forma do art. 5º.

O plano diretor tem, portanto a tarefa de delimitar as áreas urbanas onde será necessário uma ação coercitiva do Poder Público para as propriedades urbanas situadas nestas áreas tenham uma real função social.

Em razão da exigência constitucional da necessidade de uma lei municipal específica para a aplicação destes instrumentos nos termos do parágrafo 4º do artigo 182, o Estatuto da Cidade através do caput do artigo 5º atribui a lei municipal a competência para definir as condições e os prazos para o cumprimento desta exigência no seguintes termos:

Art. 5º - Lei municipal específica para área incluída no plano diretor poderá determinar o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios do solo urbano não edificado ou não utilizado, devendo fixar as condições e os prazos para implementação da referida obrigação.

Cabe a lei municipal específica que se caracteriza como um plano urbanístico local conter os critérios específicos de uso e ocupação do solo para a área urbana incluída no

plano diretor. A lei municipal específica na qualidade de um plano urbanístico local deve dispor sobre as exigências concretas para a propriedade urbana atender sua função social, bem como sobre o procedimento e o prazo para o cumprimento da obrigação de parcelar ou edificar pelo proprietário de imóvel urbano considerado não edificado, subutilizado ou não utilizado como base nas exigências fundamentais de ordenação da cidade definidos no plano diretor.

4.2 - Subutilização e Utilização Compulsória

Através do parcelamento ou edificação compulsória o Poder Público municipal condiciona o proprietário para assegurar o uso social da propriedade a um comportamento positivo, de utilizar, de construir, de parcelar, de eliminar a subutilização.

O Estatuto da Cidade estabelece dois critérios para identificar se uma propriedade urbana se enquadra na categoria de propriedade subutilizada. De acordo com o § 1º do artigo 5º, o imóvel é considerado subutilizado no caso do aproveitamento seja inferior ao mínimo definido no plano diretor ou em legislação dele decorrente; ou quando for utilizado em desacordo com a legislação urbanística ou ambiental.

Como forma de modificar a condição de uma propriedade urbana subutilizada para a condição de utilizada em consonância com a sua função social, o Estatuto instituiu o instrumento da utilização compulsória nos termos do caput do artigo 5º.

O Estatuto da Cidade é a lei federal que tem respaldo constitucional para estabelecer as normas gerais de direito urbanístico e constituir as normas que possibilitem o grau máximo de eficácia as normas constitucionais da política urbana, ao instituir o instrumento da utilização compulsória busca justamente conferir maior eficácia para estas normas constitucionais. Visa conferir ao Município efetiva condição de exigir e obrigar que a propriedade urbana tenha a sua função social cumprida e respeitada.

Este objetivo de conferir o maior grau de eficácia as normas constitucionais da política urbana fundamentam a instituição da compulsoriedade para fins de parcelamento ou edificação, como também para fins da utilização da propriedade urbana.

O Poder Público municipal poderá nos casos em que a propriedade urbana for considerada subutilizada aplicar a utilização compulsória como forma de garantir uma destinação social para esta propriedade.

Na situação prevista no inciso I do § 1º do artigo 5º do Estatuto, no qual consideras-se subutilizado o imóvel cujo aproveitamento seja inferior ao mínimo definido no Plano Diretor ou em legislação dele decorrente como, por exemplo, a lei de uso e ocupação do solo, para a propriedade urbana atender a sua função social, será suficiente que o Poder Público exija do proprietário a utilização da propriedade no potencial mínimo de uso fixado no plano, sem que haja a necessidade de ser feito algum tipo de parcelamento ou edificação.

Vamos supor a existência na área do plano urbanístico local de prédios, armazéns, galpões abandonados. Neste caso seria suficiente o plano estabelecer os usos de interesse urbanístico admitidos para esses imóveis, como os equipamentos sociais, de modo a exigir de seus proprietários a utilização prevista no plano.

4.3.1 - Requisitos para a Aplicação do Parcelamento ou Edificação ou Utilização Compulsória.

Para o Poder Público municipal aplicar o parcelamento ou edificação ou utilização compulsórios é necessário que o plano urbanístico local tenha especificado que formas de uso, de ocupação e que atividades a área urbana delimitada no plano diretor deve conter para atender os objetivos da política urbana, do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, de garantir condições dignas para seus habitantes e do cumprimento da função social da propriedade.

Vamos supor que a lei municipal específica (plano urbanístico local) contenha uma área urbana não utilizada, definindo esta como zona especial de interesse social destinada a habitação de interesse social. Esta lei pode estabelecer as seguintes obrigações aos proprietários de imóveis urbanos desta área:

- a) no caso da propriedade ser uma gleba urbana, de promover o parcelamento para fins de constituir um loteamento urbano,
- b) no caso do imóvel já parcelado de promover a edificação para fins de habitação de interesse social;
- c) no caso do imóvel já parcelado e edificado, promover sua utilização para fins de habitação de interesse social.

De acordo com o § 2º do artigo 5º do Estatuto, com base no plano diretor e na lei municipal específica o proprietário será notificado pela Administração Municipal, para o cumprimento da obrigação devendo a notificação ser averbada no Cartório de Registro de Imóveis.

A notificação, nos termos do § 3º do artigo 5º será feita inicialmente por funcionário do órgão competente do Poder Público municipal, ao proprietário do imóvel ou, no caso do mesmo ser pessoa jurídica, a quem tenha poderes de gerência geral ou administração. A outra modalidade prevista é a do edital que poderá ser utilizada quando frustrada, por três vezes, a tentativa da notificação efetuada pelo funcionário do órgão competente do Poder Público municipal.

A lei municipal específica (plano urbanístico local) deve fixar os prazos para o cumprimento da obrigação, estabelecendo o prazo para apresentação do projeto, do início da execução do projeto e da conclusão das obras. Esses prazos devem ser contados a partir da data da notificação feita pelo poder público ao proprietário, devendo a notificação ser averbada no Registro de Imóveis.

De acordo com o § 4º do artigo 5º do Estatuto, os prazos estabelecidos para o cumprimento da obrigação pelo proprietário são de um ano a partir da notificação para protocolar o projeto no órgão municipal competente; e dois anos a partir da aprovação do projeto para iniciar as obras do empreendimento.

Para os empreendimentos de grande porte, o Estatuto da Cidade através do § 4º do artigo 5º, possibilita em caráter excepcional que a lei municipal específica possa prever a conclusão das obras em etapas, assegurando-se que o projeto aprovado compreenda o empreendimento como um todo.

A averbação no Registro de Imóveis é um procedimento necessário, pois no caso da alienação do imóvel, posterior à notificação, é transferido ao adquirente ou promissário comprador as obrigações previstas na lei municipal específica (plano urbanístico local), não se interrompendo o prazo fixado para o parcelamento, a edificação ou a utilização. Essa medida visa impedir que através da alienação do imóvel seja iniciada novamente a contagem dos prazos para o cumprimento da obrigação.

Nos termos do artigo 6º, a alienação ou transferência do imóvel não gera a extinção da obrigação. De acordo com este artigo, a transmissão do imóvel, por ato *inter vivos* ou *causa mortis*, posterior à data da notificação, transfere as obrigações de parcelamento, edificação ou utilização, sem interrupção de quaisquer prazos.

No caso do não cumprimento da obrigação de parcelar, edificar ou utilizar, no prazo fixado no plano urbanístico local, o Poder Público municipal poderá aplicar o imposto predial e territorial urbano progressivo no tempo, nos termos do artigo 7º do Estatuto que dispõe o seguinte:

"Em caso de descumprimento das condições e dos prazos previstos na forma do caput do artigo 5º, ou não sendo cumpridas as etapas previstas no § 4º do artigo 5º, o Município procederá à aplicação do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) progressivo no tempo, mediante a majoração da alíquota pelo prazo de cinco anos consecutivos".

4.4 - DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA URBANA

Com a instituição da desapropriação para fins de reforma urbana no texto constitucional, é fundamental definir como critério para a declaração de uma área de utilidade pública ou interesse social para fins de desapropriação, vincular a utilização da desapropriação ao planejamento urbano aos planos e operações urbanísticas necessários para a execução da política urbana.

As áreas sujeitas a obras públicas e empreendimentos urbanísticos devem ser definidas através de planos urbanísticos que visam não somente a realização da obra mas uma intervenção mais abrangente, de modo a melhorar a qualidade de vida na cidade. Nesse sentido, cabe ao plano diretor, diante de sua atribuição constitucional, delimitar as áreas urbanas sujeitas à desapropriação para fins de reforma urbana, nos termos do artigo 182 parágrafo 4º, visando garantir que a propriedade urbana atenda a sua função social.

Esse procedimento pressupõe que o plano urbanístico seja decorrente de um processo de planejamento urbanístico democrático, no qual a responsabilidade pública pelo planejamento da cidade é de toda a coletividade e não apenas do Executivo e Legislativo.

A desapropriação prevista no inciso III do parágrafo 4º do artigo 182 é um dos casos de exceção ao artigo 5º, inciso XXIV da Constituição, pelo qual a desapropriação será efetuada mediante justa e prévia indenização em dinheiro. O Poder Público municipal poderá efetuar essa desapropriação no caso do proprietário deixar de cumprir com a obrigação de conferir uma destinação social à sua propriedade urbana, nos termos e prazos estabelecidos no plano urbanístico local, após o término do prazo mínimo de 5 anos da aplicação do imposto predial e territorial urbano progressivo no tempo nos termos do Estatuto da Cidade.

Pela forma como está prevista no texto constitucional, essa desapropriação é um instrumento urbanístico que possibilita o Poder Público municipal aplicar uma sanção ao proprietário de imóvel urbano, por não respeitar o princípio da função social da propriedade, nos termos do plano diretor e da lei municipal específica (plano urbanístico local).

A desapropriação se configura como sanção pelo critério definido para fins do pagamento da indenização, que será mediante títulos da dívida pública, de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Por ser um instrumento destinado a garantir o cumprimento da função social da propriedade, podemos caracterizar que essa desapropriação é destinada a promover a reforma urbana, isto é, promover transformações na cidade como a regularização fundiária dos assentamentos urbanos precários, criar espaços públicos atividades culturais, de lazer e de preservação do meio ambiente, bem como destinação de áreas para atividades econômicas voltadas a geração de renda e emprego para comunidades carentes, portanto, merece um tratamento especial.

Apesar do instituto da desapropriação ter uma legislação própria, a desapropriação para fins urbanísticos, na qual se inclui a desapropriação para fins de reforma urbana, por ser um instrumento de política urbana recebeu um tratamento especial no Estatuto da Cidade (lei federal de desenvolvimento urbano).

O Poder Público municipal poderá promover a desapropriação para fins de reforma urbana no caso do proprietário do imóvel urbano não ter cumprido com a obrigação de parcelar, edificar ou utilizar a propriedade nos termos da lei municipal específica e após a aplicação do IPTU progressivo no tempo pelo prazo de cinco anos.

De acordo com o artigo 8º do Estatuto da Cidade: Decorridos cinco anos de cobrança do IPTU progressivo, sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização, o Município poderá proceder à desapropriação do imóvel, com pagamentos em títulos da dívida pública.

Atendendo a esta norma, a desapropriação para fins de reforma urbana poderá ser procedida pelo Município, quando forem decorridos cinco anos de cobrança do IPTU progressivo, sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização compulsória.

No que se refere ao valor da indenização da desapropriação de imóveis urbanos para fins reforma urbana é uma matéria fundamental tratada no Estatuto da Cidade. O artigo 182, parágrafo 3º da Constituição determina que as desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro. É necessário estabelecer parâmetros para definir o que significa este valor, diante das situações distintas dos imóveis urbanos, que se caracteriza pela função social da propriedade urbana.

Deve haver, em função da destinação do imóvel, critérios diferenciados para a aferição do valor da indenização. Pensar na mesma regra para o proprietário de um imóvel urbano que utiliza sua propriedade para moradia própria e para o proprietário de solo urbano ocioso ou subutilizado é provocar o desrespeito ao princípio da igualdade, pois os proprietários que respeitam a função social estariam recebendo o mesmo tratamento destinado aos proprietários que utilizam suas propriedades para fins de especulação imobiliária.

O estabelecimento no Estatuto da Cidade de um tratamento diferenciado para apurar o valor da indenização de imóveis urbanos desapropriados para fins de reforma urbana se fundamenta na própria Constituição, que institui esta modalidade de desapropriação como uma das sanções a serem aplicadas nos termos do parágrafo 4º do artigo 182, pelo Poder Público municipal ao proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que não promover o seu adequado aproveitamento com base no plano diretor e na lei municipal específica (plano urbanístico local).

Nos termos do Estatuto da Cidade o pagamento da indenização será efetuado através de títulos da dívida pública. De acordo com o § 1º do artigo 8º, os títulos da dívida pública terão prévia aprovação pelo Senado Federal e serão resgatados no prazo de até dez anos, em prestações anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais de seis por cento ao ano.

Na ocorrência dessa situação, o pagamento da indenização não será nem justa, nem prévia, nem em dinheiro, mas sim mediante títulos de dívida pública com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, uma vez que a Constituição já promove a diferenciação sobre a forma do pagamento da indenização aos proprietários dos imóveis urbanos que estiverem contrariando o princípio da função social da propriedade.

Para Carlos Ari Sundfeld¹⁹ em seu estudo sobre a Desapropriação para fins de Reforma Urbana:

¹⁹ V. Desapropriação - Ed. Revista dos Tribunais - 1990.

"A indenização não precisa ser prévia nem justa, porque a Constituição não o exige no caso, em oposição ao que ocorre nas demais desapropriações urbanas (artigo 182, Parágrafo 3º) e na desapropriação para Reforma Agrária (artigo 184), deste ante o pagamento condizer a entrega dos títulos da Dívida Pública poder nos termos do que vier a prever a lei ser feito após a aquisição da propriedade pelo Município e corresponder a valor inferior ao justo, isto é, inferior ao valor do mercado".

O Estatuto da Cidade ao regulamentar esta matéria constitucional através do § 2º do artigo 8º definiu os seguintes critérios sobre o valor da indenização. O valor real da indenização:

I - Refletirá o valor da base de cálculo do IPTU, descontado o montante incorporado em função de obras realizadas pelo Poder Público na área onde o mesmo se localiza após a notificação de que trata o § 2º do art. 5º.

II – não computará expectativas de ganhos, lucros cessantes e juros compensatórios.

Estes critérios atendem o objetivo de não considerar, na apuração do valor da indenização, a valorização imobiliária decorrente de investimentos públicos,. A introdução destes critérios evitam que o Município continue destinando uma significativa parcela dos seus recursos para o pagamento de indenizações de imóveis urbanos, com base no valor de mercado, sem que estes tenham de fato um uso social que atenda os interesses da comunidade.

Esses recursos passam a ser aplicados na prestação dos serviços para a coletividade, ao invés de beneficiar individualmente aqueles que se apropriaram da riqueza da cidade com a utilização do espaço urbano para fins de especulação imobiliária. Na desapropriação para fins de reforma urbana, a natureza de ser uma desapropriação sanção justifica que o valor da indenização seja inferior ao valor de mercado, como meio de respeitar o princípio da igualdade, promover a justa distribuição de benefícios e ônus da atividade urbanística e recuperar para a coletividade a valorização que se originou pela ação do poder público.

É preciso também não confundir o significado da expressão valor real da indenização prescrito no inciso III do parágrafo 4º do artigo 182 com o valor justo. A compreensão do valor real está vinculado ao reconhecimento constitucional da existência de inflação em nosso país, assegurando, nesse sentido, ao expropriado, a atualização da moeda entre a data do pagamento e a do resgate dos títulos.

Essa distinção é observada no artigo 184 que, ao dispor sobre a desapropriação para fins de reforma agrária, assegura a prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos.

Pode-se assim, concluir que a desapropriação prevista no parágrafo 4º do artigo 182 é um instrumento urbanístico, que se configura como uma sanção ao proprietário que despreza o princípio da função social da propriedade, devido à indenização não ser justa, não ser prévia e não ser em dinheiro;

A desapropriação sanção é destinada a possibilitar a intervenção direta do Poder público, de modo a tornar concreta a destinação social da propriedade urbana, com base no plano diretor e no plano urbanístico local.

Como instrumento de política urbana, as normas do Estatuto da Cidade que dispõe sobre o valor da indenização de imóveis urbanos desapropriados para fins de reforma urbana têm fundamento nas normas constitucionais da política urbana.

No entanto, a despeito de haver previsão legal para a perda da propriedade imóvel para fins urbanísticos, a forma como estabelecida a desapropriação no artigo 8º do Estatuto da cidade padece de vícios de inconstitucionalidade. Vejamos: Enquanto a Constituição Federal prevê para a desapropriação em geral o pagamento de prévia e justa indenização, permite que para fins urbanísticos e respeitado o procedimento estabelecido, outra forma de pagamento. O artigo 182 traz o objetivo de implementação de política urbana voltada a ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, estabelece o plano diretor como instrumento básico de tal política para as cidades com mais de 20.000 habitantes sendo que a propriedade cumpre sua função social quando atende às exigências de ordenação da cidade, tal como previsto no plano diretor.

A urbanificação, segundo José Afonso da Silva²⁰, deve atender às funções urbanas elementares, que a doutrina costuma definir como habitação, o trabalho, o lazer e circulação, e hoje também a sadia qualidade de vida, com respeito ao equilíbrio ecológico do meio ambiente.

E, para os imóveis urbanos que não atendam a tais preceitos e respeitado o procedimento administrativo previsto no Estatuto, o inciso III, do parágrafo 4º do artigo 182 prevê a desapropriação/sanção, imposta como penalidade quando a indenização não será feita por prévia indenização, mas sim através de títulos da dívida pública resgatáveis no prazo de 10 anos. Mas, o Estatuto vai além e

²⁰ Direito Urbanístico Brasileiro. 5ª ed. São Paulo, Ed. RT, 1985, p. 397.

preconiza que além de a indenização não se fazer de forma prévia e em dinheiro (o que é admitido pela Constituição Federal), este pagamento excluirá os lucros cessantes e do preço poderá ser abatido o valor correspondente a obras realizadas na região após a imissão na posse pelo Poder Público, além do que afirma que o valor da indenização será aquele previsto para o lançamento do IPTU.

E aí começam os problemas. O valor venal é fixado unilateralmente pela Administração, sem qualquer participação do proprietário que poderá, quando muito, após ser notificado, requerer a sua retificação, mesmo assim, após procedido o lançamento do IPTU – o que por si já é suficiente para caracterizar a inconstitucionalidade visto que a CF determinou que a indenização poderá não ser prévia nem em dinheiro, mas terá que ser justa (a CF utiliza o termo REAL) o que não se vê necessariamente com a aplicação do Estatuto. Ademais, no conceito de indenização estão incluídos os danos emergentes e os lucros cessantes e, sendo estes afastados pelo Estatuto, mais uma vez parece presente o vício da inconstitucionalidade pelo fato de o legislador prever uma penalidade maior do que admitiu a CF, reduzindo o valor da indenização.

A situação mais ainda se agrava quando o Estatuto prevê o desconto do valor incorporado em razão de obras realizadas pelo Poder Público na área onde o imóvel se localize, o que deve ser objeto de lançamento do tributo “contribuição de melhoria” que deverá seguir as regras, diretrizes e pressupostos estabelecidos nos artigos 81 e 82 do CTN. Ora, se as tais obras aproveitaram e beneficiaram a todos quantos proprietários de imóveis nas imediações, não há motivo para que apenas o desapropriado arque integralmente com os seus custos.

E, finalmente, a exclusão dos juros compensatórios também fere os limites constitucionais, visto que se referem exatamente ao pagamento pelo tempo em que o desapropriado permanecer sem o imóvel até o recebimento do preço correspondente.

Para Celso Antonio Bandeira de Melo²¹, os juros compensatórios são devidos ao expropriado como compensação pela perda antecipada da posse em razão da imissão *initio litis*. Daí, diz o autor, *Como a justa indenização só é paga ao final da lide, o expropriado, cuja posse foi subtraída no início dela, se não fosse pelos juros compensatórios, ficaria onerado injustamente com a perda antecipada da utilização do bem.*

O pagamento com títulos da dívida pública municipal, depende para sua emissão, de autorização do Senado Federal (artigo 52, IX) que, no entanto, baixou a Resolução 78 de 1 de julho de 1998 que vedou a assunção de novas dívidas até 31 de dezembro de 2010.

²¹ Curso de Direito Constitucional, 13ª Edição, p. 729

Cumpra ainda ressaltar que esta espécie de expropriação só deverá ser utilizada após ser notificado o proprietário a parcelar ou edificar e, não cumprida a determinação, aplicação e incidência de IPTU progressivo sob as regras procedimentais adiante demonstradas e necessariamente, que haja demanda ou interesse pela área por alguém que lhe irá atribuir a função social desejada.

5 – IPTU PROGRESSIVO NO TEMPO:

CRITÉRIOS TRIBUTÁRIOS, FISCAIS E EXTRAFISCAIS. CONSTITUCIONALIDADE.

O artigo 7º do Estatuto da Cidade prevê instrumentos tributários voltados à implantação e implementação da Política Urbana, dispondo que o Município poderá nas condições lá previstas, aplicar o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo, mediante a majoração da alíquota pelo prazo de 5 anos consecutivos.

Esta previsão legal encontra respaldo e amparo nos artigos 182 e 183 da Constituição Federal e neste ponto nota-se a exrafiscalidade como o conector entre o direito urbanístico e o tributário que, na lição de Geraldo Ataliba²² consiste *no uso de instrumentos tributários para a obtenção de finalidades não arrecadatórias, mas estimulantes indutoras ou inibidoras de comportamentos, tendo em vista outros fins, a realização de outros valores constitucionalmente consagrados*. Opõe-se à idéia de fiscalidade, mas corrente, que se traduz na utilização de instrumentos fiscais para a geração de recursos para o Estado,²³ lembrando que só poderá ser aplicado sucessivamente após o parcelamento e edificação compulsórios e que não poderá ser utilizado com efeito de confisco (artigo 15º, IV, CF).

O artigo 32 do Código Tributário informa que a hipótese de incidência tributária do IPTU é a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou acessão física, situado na zona urbana do município, desde que servido por, no mínimo dois dos melhoramentos arrolados no parágrafo primeiro do mesmo dispositivo.

No caso de descumprimento destes prazos o Município poderá aplicar o IPTU progressivo no tempo mediante a majoração da alíquota pelo prazo de cinco anos consecutivos. A

²² IPTU e progressividade. RDP 93/233-8, São Paulo, RT.

²³ BUENO, Vera Scarpinella. Estatuto da Cidade. Comentários à Lei Federal 10.257/2001, Malheiros Editora, 2003, p. 104.

alíquota máxima que poderá ser aplicada é de quinze por cento do valor do lançamento fiscal do imóvel, até que o proprietário cumpra com a obrigação.

A progressividade do imposto predial territorial urbano pode ser fiscal e extrafiscal. A progressividade fiscal se fundamenta nos artigos 145, § 1º; artigo 150, inciso II e no artigo 156, § 1º, de modo a promover a distribuição justa da riqueza inerente à propriedade, como instrumento de realização da justiça social, sua aplicação é independente da ocorrência dos pressupostos estabelecidos no art. 182, § 4º. Esta é a opinião de Toshio Mukay²⁴, corroborada por Nelson Saule Junior, manifestada no Curso de Gestão Urbana e de Cidades, Estatuto da Cidade e Instrumentos de Reforma Urbana (www.eg.fjp.gov.br/gestaourbana/arquivos- (Estatuto da cidade - Instrumento de reforma urbana, acesso em 25 de março de 2003).

O imposto predial e territorial urbano progressivo no tempo, como sanção ao proprietário que não destinou sua propriedade a uma função social, tem natureza extrafiscal. Seu objetivo é motivar a utilização devida da propriedade urbana, de modo a garantir, nos termos do plano diretor, e do plano urbanístico local o cumprimento da função social da propriedade. A finalidade do poder público municipal na utilização do IPTU progressivo no tempo, não é a arrecadação fiscal, mas sim a de induzir o proprietário do imóvel urbano a cumprir com a obrigação estabelecida no plano urbanístico local, de parcelar ou edificar, de utilizar a propriedade urbana de forma a atender sua função social.

Para o Poder Público municipal poder aplicar o imposto predial e territorial urbano progressivo no tempo é necessário que o proprietário de imóvel urbano não cumpra o prazo da obrigação de parcelar ou edificar nos termos do plano urbanístico local.

Pelo artigo 7º do Estatuto da Cidade em caso de descumprimento das condições e dos prazos previstos para o parcelamento ou edificação nos termos da lei municipal específica, o Município deve aplicar o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) progressivo no tempo, mediante a majoração da alíquota pelo prazo de cinco anos consecutivos.

Com relação ao valor da alíquota o § 1º do artigo 7º, estabelece que o valor a ser aplicado a cada ano será fixado na lei municipal específica, e não excederá a duas vezes o valor referente ao ano anterior, respeitada a alíquota máxima de quinze por cento.

²⁴ MUKAY, Toshio. O imposto predial e territorial progressivo - a função social da propriedade e a constituição de 1988. Cadernos de Direito Municipal, RDP 93.

No caso da obrigação de parcelar, edificar ou utilizar não ser atendida em cinco anos, o Município manterá a cobrança pela alíquota máxima, até que se cumpra a referida obrigação, ficando garantida a prerrogativa de desapropriar o imóvel para fins de reforma urbana nos termos do §2º do artigo 7º.

Pelo § 3º deste artigo fica proibida a concessão de isenções ou de anistia relativas à tributação progressiva para os proprietários dos imóveis que não estão cumprindo com a obrigação de dar uma destinação social a propriedade urbana.

Quanto ao tema da existência concomitante de duas espécies de IPTU progressivo manifestou-se o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro nas apelações cíveis números 2003.001.009157 e 2002.001.14145, ambos relatados pela Desembargadora Maria Henrique Lobo, ementados da seguinte forma:

IPTU Progressivo. Inconstitucionalidade do artigo 67 do Código Tributário do Município do Rio e Janeiro, declarada pelo Órgão Especial deste Tribunal o que implica na vinculação, na forma regimental, dos demais órgãos no julgamento de questões idênticas.

A cobrança do tributo deve ser feita na hipótese em exame, com base na alíquota de 0,65% porque o imóvel alvo do tributo se encontra classificado como não residencial.

A taxa de iluminação pública e a taxa de coleta de lixo e limpeza urbana padecem de dupla inconstitucionalidade: ferem o disposto no parágrafo 2º do artigo 145 e o parágrafo 3º do artigo 155 da Constituição Federal.

Ausência de caráter de divisibilidade dos serviços que o Município pretendeu elevar a fato gerador dos tributos.

Proveito insuscetível de ser individualmente mensurado, prestados a pessoas indeterminadas.

Caráter universal que não se compadece com o de taxa (Constituição Federal, artigo 145, inciso II).

Pretensão de atribuição à declaração de inconstitucionalidade de eficácia prospectiva, a fim de resguardar as situações estabelecidas à luz da norma impugnada.

Descabimento.

Provimento parcial recurso para fixar-se os juros de mora em 0,5% (meio por cento) ao mês contados a partir do trânsito em julgado da sentença.”

E, colhe-se do v. acórdão, menção a julgamento do STF, quando reconheceu a inconstitucionalidade do IPTU cobrado no município de São Paulo a impossibilidade e inexistência de IPTU progressivo a outro título que não o extrafiscal, exatamente pelo fato de ser um tributo real não podendo levar em consideração características de ordem pessoal, subjetivas.

(...) sendo que a única progressividade admitida pela CF 88 m relação ao IPTU é a extrafiscal, destinada a garantir o cumprimento da função social da propriedade urbana, tal como previsto nos artigos 156 parágrafo 1º e 182 parágrafo 4º II, todos da CF... E, na hipótese do Município do Rio de Janeiro restou decidido que (...) É pacífica a jurisprudência dessa Corte no sentido de que a progressividade do IPTU, que é imposto de natureza real em que não se pode levar em consideração a capacidade econômica do contribuinte, só é admissível em face da Constituição Federal, para o fim extrafiscal de assegurar o cumprimento da função social da propriedade.

Pois bem, visando atender aos Prefeitos Municipais o Congresso Nacional entendeu por bem em alterar a redação constitucional através da emenda 29/00.

Distribuindo competência tributária entre os entes políticos, a Constituição Federal de 1.988, em seu artigo 156, I, estabeleceu que aos Municípios compete a instituição do imposto incidente sobre a propriedade predial e territorial urbana. No respectivo parágrafo primeiro dispunha:

"§ 1º. O imposto previsto no inciso I poderá ser progressivo, nos termos de lei municipal, de forma a assegurar o cumprimento da função social da propriedade."

Com a Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2.000, referida disposição passou a ter a seguinte redação, *verbis*:

"§ 1º - Sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, § 4º, inciso II, o imposto previsto no inciso I poderá:

I - ser progressivo em razão do valor do imóvel; e

II - ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel."

Antes dessa alteração, muito já se havia discutido sobre a possibilidade da graduação do IPTU com finalidade fiscal e extrafiscal. Uma forte posição predicava que o IPTU poderia ser progressivo (forma de graduação) não somente para assegurar o cumprimento da função social da propriedade, mas também para atender ao princípio da capacidade contributiva. Mas predominou no Egrégio Supremo Tribunal Federal o entendimento de que a fixação de alíquotas progressivas para o IPTU só era admitida com finalidade extrafiscal, sob pena de se afrontar a limitação estabelecida pelo inc. II do § 4º do artigo 182, bem como o disposto no § 1º, do artigo 145, todos da Constituição.

Assim, a progressividade do IPTU só era considerada constitucional se instituída para penalizar no tempo o proprietário que não promovesse o adequado aproveitamento do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, situado em área incluída no plano diretor.

5.1 - Progressividade do IPTU antes da EC nº 29/2000

O parágrafo 1º do artigo 156 da Constituição Federal (redação anterior), condicionava a fixação de alíquotas progressivas no IPTU à finalidade de assegurar o cumprimento da função social da propriedade, nos devidos termos da lei municipal, enquanto o inciso II do § 4º do artigo 182 permite que o Poder Público municipal, através da progressividade de alíquotas do IPTU, force o proprietário de solo não edificado, subutilizado ou não utilizado a promover seu adequado aproveitamento, tal como exigido no plano diretor, nos termos da lei federal. Com base nessas disposições, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o inciso II do § 4º do artigo 182 limitava a disposição do artigo § 1º do artigo 156, vez que este apenas permitia a progressividade-sanção, ou seja, para assegurar o cumprimento da função social da propriedade, in verbis:

MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. TRIBUTÁRIO. LEI Nº 10.921/90, QUE DEU NOVA REDAÇÃO AO ART. 7º, INCS. I E II, DA LEI Nº 6.989/66, DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE PREDIAL E TERRITORIAL URBANA.

Inconstitucionalidade dos dispositivos sob enfoque, reconhecida em precedente Plenário desta Corte (RE 204.827-5), por instituir alíquotas progressivas alusivas ao IPTU, em razão do valor do imóvel, com ofensa ao art. 182, § 4º, II, da Constituição Federal, que limita a faculdade

contida no art. 156, § 1º, à observância do disposto em lei federal e à utilização do fator tempo para a graduação do tributo. *Conhecimento e provimento do recurso.*"²⁵

MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ. TRIBUTÁRIO. ARTIGOS 2º E 3º DA LEI Nº 6.747, DE 21.12.90. IPTU CALCULADO COM BASE EM ALÍQUOTA PROGRESSIVA, EM RAZÃO DA ÁREA DO TERRENO E DO VALOR VENAL DO IMÓVEL E DAS EDIFICAÇÕES.

Ilegitimidade da exigência, nos moldes explicitados, por ofensa ao art. 182, § 4º, II, da Constituição Federal, que limita a faculdade contida no art. 156, § 1º, à observância do disposto em lei federal e à utilização do fator tempo para a graduação do tributo.

Recurso conhecido e provido, declarando-se a inconstitucionalidade dos arts. 2º e 3º da Lei Municipal nº 6.747, de 1.990."²⁶

Desta forma, considerou-se que o artigo 156, § 1º, da CF/88 só autorizava a fixação de alíquotas progressivas do IPTU para assegurar o atendimento à "função social" do imóvel, dentro dos limites do artigo 182, § 4º, II, reputando-se inconstitucional qualquer outra forma de progressividade para referido imposto.²⁷

Certamente, entendimentos contrários existiram, valendo destacar o do Ministro Carlos Velloso²⁸ para quem o que está na Constituição "é que é possível distinguir a progressividade fiscal - C.F., art. 145, § 1º, art. 156, § 1º - da progressividade-sanção inscrita no art. 182, § 4º, II", e conclui: "ressai a conclusão no sentido de que, forte na Constituição, art. 145, § 1º, as alíquotas do IPTU deverão ser progressivas, forma, aliás, de se emprestar a esse imposto caráter de pessoalidade, (...). Essa progressividade assentar-se-á, especificamente, no disposto no art. 156, § 1º, da Constituição, certo que a 'função social' ali inscrita não é a mesma 'função social' do § 2º do art. 182 da Constituição: a primeira, do art. 156, § 1º, independe do plano diretor, porque localizada no campo tributário e não está jungida ao reordenamento de áreas urbanas. Ela se assenta, a função social do art. 156, § 1º, numa política redistributivista, ou a progressividade assentada no art. 156, § 1º, visa a realizar uma política redistributivista".

²⁵ Cf. STF - 1ªT., RE nº 230.343/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, Julg. 20.10.1998, v.u.

²⁶ Cf. STF - Tribunal Pleno, RE nº 194.036-1, Rel. Min. Ilmar Galvão, Julg. 24.04.1.997, maioria de votos.

²⁷ O Ministro Celso de Mello, em voto proferido no RE 153.771/MG ressaltou: "Reconheço, quando do julgamento da Rel nº. 383-SP, que me inclinei a admitir, em tema de IPTU, a possibilidade jurídico-constitucional de o Município valer-se da progressividade das alíquotas tributárias, tanto com objetivos fiscais quanto com finalidades extrafiscais. Novas reflexões sobre essa matéria, no entanto, levaram-me a rever esse entendimento, pois hoje, tenho como unicamente possível em nosso sistema constitucional, em tema de IPTU, a progressividade de caráter extrafiscal, suscetível de instituição pelo Município, desde que observados, conjuntamente, os parâmetros fixados pelo art. 156, § 1º e pelo art. 182, §§ 2º e 4º, ambos da Constituição da República"

²⁸ Cf. voto vencido proferido nos autos do Recurso Extraordinário nº 153.771/MG - os destaques constam do original.

5.2 - Progressividade do IPTU após da EC nº 29/2000

Com o advento da EC nº 29/2000, a redação do § 1º do artigo 156 da CF/88 foi alterada para também "permitir": a) a progressividade do IPTU em razão do valor do imóvel; b) a adoção de alíquotas diferenciadas de acordo com a localização e o uso do imóvel. Dizemos também porque o dispositivo é exposto ao estabelecer que a progressividade em razão do valor pode ser instituída sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, § 4º, inciso II.

Então, duas são as novidades trazidas pela EC nº 29/2000: a "possibilidade" de se fixar alíquotas progressivas para o IPTU em razão do valor do imóvel; e autorização para adoção de alíquotas diferentes, levando-se em consideração localização e uso do imóvel. Esta segunda hipótese relaciona-se à política de desenvolvimento urbano a ser executada pelo Poder Público municipal nos termos da lei, ou seja, não versa sobre a progressividade do imposto, mas sim sobre a fixação de alíquotas distintas para o reordenamento das áreas urbanas, o que é admissível.

A primeira impressão que se tem da leitura do inciso I do § 1º do art. 156 da Constituição, na sua nova redação, sem interpretá-lo sistematicamente, é a de que a progressividade do IPTU passou a ser possível também com escopo fiscal. Se houve necessidade de inovar o ordenamento jurídico (EC nº 29/2000) para supostamente "permitir" a fixação de alíquotas progressivas em caso outro que não apenas o previsto no inc. II, do § 4º, do art. 182, da CF/88, concluímos que até então, como bem havia entendido o Eg. Supremo Tribunal Federal²⁹, a progressividade do IPTU realmente só era possível(13) para assegurar o cumprimento da "função social" da propriedade, tal como prevista no art. 182, § 4º, II da CF/88 (extrafiscalidade).

Deveras, num primeiro momento pode-se chegar a acreditar que com o advento da EC nº 29/2000, o IPTU, que é um imposto real, a despeito do disposto no artigo 145, § 1º, da CF/88, passou a ser progressivo, o que, *data venia*, como será exposto adiante, parece não ter ocorrido.

5.3 - Capacidade econômica do contribuinte e classificação dos impostos em reais e pessoais

A EC nº 29/2000, que impropriamente alterou o § 1º do artigo 156 da CF/88, para em seu inciso I supostamente "permitir" a fixação de alíquotas progressivas no IPTU em razão do valor do imóvel, nada mais fez do que "autorizar" a progressividade fiscal no IPTU, que é um imposto real, o que entendemos, com o devido respeito, não ser possível.

²⁹ Cf. RE nº 153.771/MG; RE nº 194.036-1/SP; RE nº 230.343/SP; RE nº 213.735/SP; RE nº 199.969/SP; etc

A Constituição Federal de 1.988, em seu artigo 145, § 1º, estabelece que "sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte".³⁰

Da redação do citado dispositivo, que indiscutivelmente, no que se refere à sua primeira parte, permite que sejam obtidas interpretações distintas, temos que esse primado constitucional, aplicável somente aos impostos, norteia a atividade legiferante para que, sempre que possível, ao instituir impostos, faça-o atribuindo-lhes caráter pessoal, quando fixará alíquotas diferenciadas, majoradas gradativamente, de acordo com a capacidade contributiva de cada um.

Em razão da expressão "sempre que possível", interpretou-se a disposição contida no § 1º do artigo 145 da Constituição Federal de duas formas: uma entendendo que apenas a pessoalidade dos impostos a referida expressão estava atrelada, e outra, no sentido de que na medida do possível os impostos devem ter caráter pessoal majorando-se suas alíquotas na proporção da capacidade contributiva de cada contribuinte. Vejamos alguns entendimentos:

a) "sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal, dado que há impostos que não possuem tal característica. Mas a pessoalidade dos impostos deverá, a todo modo, ser perseguida. Todos os impostos, entretanto, estão sujeitos ao princípio da capacidade contributiva, mesmo os que não tenham caráter pessoal"³¹

b) para Américo Lacombe³², "a primeira observação é que a expressão sempre que possível só pode se referir ao caráter pessoal dos impostos. Não é de ser conectada com a expressão seguinte, vale dizer, graduação segundo a capacidade econômica do contribuinte. Isto porque a graduação dos impostos segundo a capacidade econômica é um corolário lógico do princípio da igualdade, e, assim sendo, a sua referência expressa é totalmente despicienda. A conclusão, portanto, é que os impostos deverão ser graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte";

c) Hugo de Brito Machado³³ predica: "é certo que a expressão 'sempre que possível', utilizada no início do mencionado dispositivo, pode levar o intérprete ao entendimento segundo

³⁰ Antes da EC nº 29/2000

³¹ Cf. voto vencido do Exmo. Min. Carlos Mário da Silva Velloso no Recurso Extraordinário nº 153.771/MG.

³² 'Igualdade e Capacidade Contributiva' - "V Congresso Brasileiro de Direito Tributário", São Paulo, Separata da Revista de Direito Tributário, 1991, pág. 157.

³³ 'Curso de Direito Tributário', 11ª ed., Malheiros Editores, 1.998, pág. 29.

o qual o princípio da capacidade contributiva somente será observado quando possível. Não nos parece, porém, seja essa a melhor interpretação, porque sempre é possível a observância do referido princípio. A nosso ver, o sempre que possível, do § 1º, do art. 145, diz respeito apenas ao caráter pessoal dos tributos, pois na verdade nem sempre é tecnicamente possível um tributo com caráter pessoal";

d) "Desse dispositivo decorre que a Constituição, adotando a distinção clássica segundo a qual os impostos podem ter caráter pessoal ou caráter real (é a classificação que distingue os impostos em pessoais e reais), visa a que os impostos, sempre que isso seja possível, tenham caráter pessoal, caso em que serão graduados - um dos critérios de graduação poderá ser a progressividade - segundo a capacidade contributiva do contribuinte".³⁴

O que se discute é se a graduação com finalidade fiscal deve ou não ser admitida nos impostos reais. "Chamam-se impostos pessoais ou subjetivos, os que são regulados em seu quantitativo e noutros aspectos pelas condições individuais do contribuinte, de sorte que sua pressão é estabelecida adequadamente à capacidade econômica dele. (...). Os impostos reais, ou objetivos, pelo contrário, são decretados sob a consideração única da matéria tributável, com inteira abstração das condições personalíssimas de cada contribuinte. O legislador concentra sua atenção exclusivamente no fato gerador, desprezadas as circunstâncias peculiares ao contribuinte e que poderiam ser tomadas como dados de fato sobre sua capacidade contributiva".³⁵

Com a devida vênia, como dito anteriormente, filiamo-nos ao entendimento exposto no item "d" acima transcrito, ou seja, os impostos podem ser instituídos com caráter real ou pessoal; no entanto, na medida do possível, deverão ser criados *in abstracto* com caráter pessoal e, apenas nestes casos, poderão ser graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte, para o que poderá a administração tributária, nos estritos termos da lei e observando os direitos individuais, identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Deveras, essa identificação a que alude a parte final do § 1º do artigo 145 da Constituição, só tem sentido em se tratando de impostos pessoais, nos quais deve-se levar em conta as condições pessoais de cada contribuinte. Não podemos imaginar que num mesmo dispositivo o legislador constituinte laborasse com tamanha confusão: seria um contra-senso a expressão "sempre que possível" referir-se somente à pessoalidade dos impostos porque, por um lado, a parte final do artigo, que trata da identificação das condições econômicas do contribuinte, indubitavelmente só tem sentido se pertinente aos

³⁴ Cf. voto do Exmo. Min. Moreira Alves no Recurso Extraordinário nº 153.771/MG

³⁵ Aliomar Baleeiro, Uma Introdução à Ciência das Finanças, 9ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1.973, pág. 278

impostos pessoais, e por outro lado, a parte que trata da graduação dos impostos estaria perdida no meio do citado parágrafo. Deveras, a graduação dos impostos a que alude a citada disposição constitucional é pertinente aos impostos pessoais.³⁶

5.4 - A capacidade contributiva e o IPTU

De início, voltemos a frisar que comungamos do entendimento de que somente os impostos pessoais podem ser graduados em razão da capacidade econômica dos contribuintes, o que não consideramos possível no caso dos impostos reais, tais como o IPTU, que, como bem destacou o Ministro Moreira Alves³⁷, é "inequivocamente um imposto real, porquanto tem ele como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de imóvel localizado na zona urbana do Município, sem levar em consideração a pessoa do proprietário, do titular do domínio ou do possuidor".

Ocorre que da leitura do inciso I do § 1º do artigo 156 da Constituição, na sua nova redação, num primeiro momento, tem-se a impressão de que se permitiu a adoção de alíquotas progressivas no IPTU também³⁸ em razão do valor do imóvel.

Ensina Roque Antonio Carrazza³⁹ que "nos impostos sobre a propriedade (como o IPVA, o IPTU, o ITR, o imposto sobre grandes fortunas etc.), a capacidade contributiva revela-se com o próprio bem" (capacidade contributiva objetiva), sendo que "o proprietário de amplo e luxuoso imóvel, situado em bairro residencial, deve proporcionalmente ser mais tributado, por via de IPTU, do que o proprietário de casa modesta em bairro fabril"⁴⁰, enfatizando que "a capacidade contributiva, para fins de tributação por via de IPTU, é aferida em função do próprio imóvel (sua localização, dimensões, luxo, características etc), e não da fortuna em dinheiro de seu proprietário".⁴¹

Exemplifica o mestre que "se o imóvel urbano de 'A' vale 1.000 e o imóvel urbano de 'B' vale 10.000 e o primeiro paga 1 e o outro, 10, ambos estão pagando, proporcionalmente, o mesmo imposto, o que fere o princípio da capacidade contributiva", predicando que "a Constituição exige, in casu, que 'A' pague 1 e 'B' pague, por hipótese, 30, já que, só por ser proprietário do imóvel mais caro, revela possuir maior capacidade contributiva do que 'A'".

³⁶ A Constituição de 1.946, em seu artigo 202, estabelecia que "os tributos terão caráter pessoal sempre que possível, e serão graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte".

³⁷ RE nº 153.771/MG

³⁸ Vide artigo 182, § 4º, II, da CF/88.

³⁹ 'Curso de Direito Constitucional Tributário', 11ª ed., Malheiros Editores, 1.998, pág. 67

⁴⁰ Ob. cit., pág. 73.

⁴¹ Ob. cit., pág. 74.

Com o devido respeito, ousamos discordar desse entendimento, pois ainda que se admitisse a possibilidade de se adotar a progressividade no IPTU, o valor do imóvel, sua localização, suas características etc., não seriam índices seguros para revelar a capacidade econômica do contribuinte. O Ministro Sepúlveda Pertence destacou: "depois de longa reflexão, não consegui libertar do que resulta da parte final desse mesmo § 1º (do art. 145 da CF), onde explicitamente se prescreveu que para conferir efetividade a esses objetivos - isto é, aos de que, sempre que possível, 'os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte', é 'facultado à administração tributária identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e a atividade econômica do contribuinte'. Parece claro daí que a capacidade contributiva a tomar como critério de graduação do imposto é a capacidade econômica efetiva, real e global do contribuinte, o que, lamentavelmente para mim, afasta o meu primeiro impulso, que seria o de admitir, com os professores Roque e Elisabeth Carrazza, a tese de que a propriedade imobiliária de grande valor geraria presunção *juris et de jure* de capacidade contributiva: deveria gerar, *de lege ferenda* mas a Constituição impede que assim se considere".⁴²

Valendo-nos do exemplo dado pelo Prof. Aires F. Barreto,⁴³ suponhamos que para o IPTU fosse constitucional a progressividade fiscal de alíquotas e um determinado Município as estabelecesse da seguinte forma: 5% no caso de imóveis com valor até 500; 7% para imóveis com valor entre 500 e 8.000 e 15% para imóveis com valor acima de 8.000. Agora imaginemos que o sujeito mais afortunado "B", ao invés de ser proprietário de um imóvel no valor de 10.000, seja-o de 10 imóveis no valor de 1.000 cada um, todos com as mesmas características e na mesma região em que se situa o imóvel do sujeito mais pobre "A", também avaliado em 1.000. Certamente, mesmo que progressivas as alíquotas em função do valor do imóvel, sua localização etc., ainda assim, estaria o sujeito mais abastado "B" sendo tributado na mesma proporção que o sujeito "A", embora sua capacidade para contribuir, em tese, pareça maior, o que somente seria "corrigido" se considerada a quantidade de imóveis de sua propriedade (o que é inadmissível no caso do IPTU). Agora suponhamos que o sujeito "B", mais rico, fosse proprietário de 20 imóveis no valor de 500 cada um; neste caso "B" seria tributado em proporção inferior à do sujeito mais humilde "A", já que aplicável a alíquota de 5%. Explícita afronta ao princípio da isonomia.

Aliomar Baleeiro⁴⁴ esclarece que "em regra geral, só os impostos pessoais se ajustam adequadamente à aplicação de critérios progressivos medidos pela capacidade contributiva, se bem que esta se possa presumir da natureza, valor ou aplicação específica de determinada coisa, no sentido

⁴² Cf. voto no RE 153.771/MG – sem destaque no original entre parênteses.

⁴³ Comentários ao Código Tributário Nacional', vol. 1, Coord. Ives Gandra da Silva Martins, Ed. Saraiva, 1.998, pág. 262.

⁴⁴ 'Igualdade e Capacidade Contributiva' - "V Congresso Brasileiro de Direito Tributário", São Paulo, Separata da Revista de Direito Tributário, 1991, pág. 157.

de que a possui, compra ou prefere o indivíduo de maiores recursos econômicos. Mas imposto sobre coisa, em princípio, exclui, por exemplo, a progressividade em atenção à pessoa, salvo casos de aplicação extrafiscal".

Embora pela alíquota uniforme o IPTU onere os proprietários mais afortunados e os mais pobres proporcionalmente, quanto mais valioso o imóvel e quanto mais imóveis possuir, mais o proprietário terá que desembolsar quando do recolhimento do respectivo IPTU (alíquota aplicada à base calculada).

Como exposto, comungamos do entendimento de que o IPTU, como imposto real que é, nos termos da atual Carta Magna, só pode ser instituído com alíquota uniforme, pouco importando o valor do imóvel, o que não afronta o princípio da capacidade econômica do art. 145, § 1º, vez que a graduação de impostos lá prevista é possível tão-somente para os impostos pessoais (capacidade contributiva subjetiva).

Se admitirmos que a nova redação dada ao § 1º do artigo 156 da Constituição permitiu que os Municípios adotem alíquotas progressivas para o IPTU também em razão do valor do imóvel, estaremos concordando que a referida Emenda Constitucional 29/2000, por via reflexa, alterou o princípio insculpido no artigo 145, § 1º. Isto porque se estará facultando aos legislativos municipais graduar imposto de caráter inequivocamente real - o IPTU.

Neste ponto, vale transcrevermos a lição de Roque Carrazza⁴⁵ acerca dos princípios: "princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam. (...). Evidentemente, os princípios são encontráveis em todos os escalões da 'pirâmide jurídica'. De fato, há princípios constitucionais, legais e até infralegais. Dentre eles, os constitucionais, sem dúvida alguma, são os mais importantes, já que sobrepõem aos outros princípios e regras (inclusive às contidas na Lei Máxima)". Mais adiante esclarece: "portanto, tudo se congrega a indicar que as leis e demais atos normativos de igual ou inferior hierarquia, além de deverem obedecer às regras constitucionais, precisam ser interpretados e aplicados da forma o mais congruente possível com os princípios encartados no Código Supremo".⁴⁶

⁴⁵ 'Curso ...' cit., págs. 31/2.

⁴⁶ Ob. cit., pág. 38.

No magistério de Geraldo Ataliba, os princípios expressam "as linhas mestras da legislação, da administração e da jurisdição. Por estas não podem ser contrariados; têm que ser prestigiados até as últimas conseqüências".⁴⁷

Explica Souto Maior Borges⁴⁸ que "a violação de um princípio constitucional importa em ruptura da própria Constituição, representando por isso mesmo uma inconstitucionalidade de conseqüências muito mais graves do que a violação de uma simples norma, mesmo constitucional".

Com efeito, o princípio constitucional da capacidade contributiva subjetiva, constante do § 1º do artigo 145 da Constituição Federal, como diretriz do exercício da competência tributária distribuída entre as três esferas legislativas (Federal, Estadual e Municipal) proíbe a graduação dos impostos reais, vez que estes não são quantificados considerando as condições do contribuinte, mas tão-somente a matéria tributável, garantindo aos legislados o direito de serem tributados na forma graduada apenas quando o imposto for pessoal. Tais princípios, como alicerces do ordenamento, blindam os direitos individuais, sendo inalteráveis até mesmo por emenda constitucional, razão pela qual entendemos que a nova redação do § 1º do artigo 156 da Constituição Federal não outorga aos Municípios competência para estabelecerem alíquotas progressivas no IPTU, senão com finalidade extrafiscal. Noutras palavras, entendemos que mesmo perante a "nova redação" do § 1º do artigo 156 da Constituição o IPTU não pode ter suas alíquotas graduadas em razão do valor do imóvel.

Nesse sentido, vale conferir decisões do Eg. Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, *verbis*:

... "IPTU - Progressividade - inconstitucionalidade - ofensa à regra dos artigos 145, § 1º, 150, inciso II e 60, § 4º, inciso IV da CF - Recurso Provido para concessão da ordem.

Embora tenha a Emenda Constitucional nº 29 mudado texto do parágrafo primeiro do artigo 156 da Constituição Federal, nem por isso o contido no parágrafo primeiro no seu artigo 145 comporta ser relegado, competindo haver interpretação sistemática da regra jurídica em que os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, sendo para tanto pertinente ditame contido no artigo 6º da lei federal nº 8.021/90 em que valores exteriores, como

⁴⁷ República e Constituição, 1ª ed., RT, São Paulo, 1985, págs. 6/7 - citado por Roque Antonio Carrazza em Curso de Direito Constitucional Tributário, 11ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 1998, pág. 36 (os destaques constam da citação).

⁴⁸ 'Lei Complementar Tributária', Revista dos Tribunais, Educ, São Paulo, 1.975, págs. 13/4.

sendo sinal de riqueza, irão identificar o contribuinte, com presunção de haver sua capacidade assim decorrente, o que, todavia, não aplicável a tributos de natureza real."⁴⁹

"Imposto - Predial e Territorial Urbano - Município de São Paulo - Exercício de 2002 - Instituição da progressividade de alíquotas pela Lei Municipal nº 13.250/01 - Inconstitucionalidade - Violação ao princípio da isonomia e da capacidade contributiva - Emenda Constitucional nº 29/00 - Reconhecimento de sua ineficácia, por contrariar a própria Constituição Federal - Ordem concedida - Recurso Provido.

...

Que o IPTU é imposto de natureza real e não pessoal, dúvida não existe.

Se assim é, o mecanismo estabelecido pela Lei Municipal referida fere o princípio da capacidade contributiva.

A assertiva feita escora-se em voto proferido pelo Min. Moreira Alves, no RE nº 153.771-MG, que ao discorrer sobre a matéria aqui versada assim se expressa:

'Ora, no Sistema Tributário Nacional, é o IPTU inequivocamente um imposto real, porquanto tem ele como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de imóvel localizado na zona urbana do Município, sem levar em consideração a pessoa do proprietário, do titular do domínio útil ou do possuidor, tanto assim que o CTN ao definir seu fato gerador e sua base de cálculo não leva em conta as condições do sujeito passivo'.

A ilação que se extrai do trecho pinçado do acórdão referido, aqui transcrito, é a de que a Lei Municipal 13.250/01 adotou a mensuração da capacidade do contribuinte, como instituída pela Emenda Constitucional nº 29/00, divorciando-se da realidade, não merecendo, assim, a ele ser imposta, penalizando-o de maneira excessiva, pela sede tributária do Estado."⁵⁰

Destarte, analisando referidas decisões, é possível notar que ambos estão em total sintonia com o afirmado no início de que sendo o imposto real, não admite a variação em razão de critérios e condições pessoais do detentor do domínio e, na verdade, existe apenas uma possibilidade de

⁴⁹ Cf. 1º TAC/SP - 2ª C., Apel. Nº 1.118.824-8, Rel. Juiz Ribeiro de Souza, RDDT nº 99, p. 191.

⁵⁰ Cf. 1º TAC/SP - 8ª C. Férias, Apel nº 1.142.624-3, Rel. Juiz Carlos Bondioli, RDDT nº 99, p. 192.

progressividade na incidência do IPTU que é exatamente aquela voltada ao planejamento dos espaços urbanos.

Conclusões:

a) O § 1º do artigo 145 da Constituição é expresso quando determina ao legislativo que, ao instituir impostos, atribua-lhes caráter pessoal, caso em que os graduará conforme a capacidade econômica do contribuinte, e para tanto, poderá a autoridade tributária, dentro dos limites legalmente fixados, identificar seu patrimônio, rendimentos e atividades econômicas;

b) O IPTU é um imposto inequivocamente real e, de acordo com o disposto no § 1º do artigo 145 da Constituição, não pode ser progressivo - (forma de graduação);

c) A vedação referente à não graduação dos impostos reais decorre de um princípio constitucional, e como fundamento dos direitos individuais (cláusula pétrea) funciona como esteio da atividade legislativa, inclusive de nível constitucional, de forma que não pode ser alterada nem mesmo por emenda constitucional;

d) A Emenda Constitucional nº 29/2000, no que tange à redação do inciso I do parágrafo 1º do artigo 156, é inconstitucional;

e) As alíquotas do IPTU só poderão ser progressivas com finalidade extrafiscal.

f) E, se assim não o for, necessariamente se chegará à conclusão de que o IPTU associado à progressividade fiscal resultará em bitributação. O critério quantitativo, base de cálculo somado à alíquota, é que será considerado para medir o núcleo da intensidade da conduta do contribuinte que ao ser tributada progressivamente pelo IPTU ensejará o fenômeno inconstitucional da bitributação.

A Constituição Federal ao ser alterada da forma como foi, na verdade, passou a justificar os fins pelos meios, o legislador constituinte derivado no afã de incrementar a obtenção de receitas públicas compulsórias aos municípios, simplesmente ignorou os mandamentos do Legislador Constituinte Originário que em sua manifestação soberana e fundadora, definiu entre muitas outras coisas que é vedado (artigo 150, caput), instituir tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente (art. 150,II) e que somente a União possuirá competência supletiva para instituir novos impostos desde que não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição (art. 154, I).

Pois bem, o que a emenda 29/2000 fez foi exatamente desatender os princípios acima mencionados caracterizados como verdadeiras garantias individuais, pois protege o direito de propriedade do contribuinte, estando amparado, portanto, no disposto no artigo 5º parágrafo 2º c.c. artigo 60, parágrafo 4º, ambos da Carta Maior, por tratar-se de cláusula pétrea de natureza material.⁵¹

A emenda alterou a base de cálculo substituindo a adoção de uma alíquota fixa e percentual por uma aplicação de alíquotas percentuais crescentes, ditas progressivas, donde resulta que a única diferença entre um e outro está no impacto da progressividade sobre a base de cálculo, que dimensionará o *quantum* da prestação devida pelo contribuinte, levando em conta mera presunção de capacidade econômica que grava na mesma base de cálculo da renda e/ou do preço do imóvel, daí a bitributação, invadindo a incidência do ITBI – Imposto sobre transmissão de bens imóveis, quando antecipa tributação sobre o preço de futura venda, por exemplo, que esta mesma incidência também extravasa-se sobre a competência do Imposto de Renda, portanto extrapolando, assim, todos os limites da ordem tributária erigidos contra o confisco, pois a riqueza apresentada no bem imóvel por si só não significa um fruto, uma renda, um acréscimo patrimonial passível de tributação progressiva mediante IPTU, mas como consequência da permissividade, da libertinagem tributária atual, onde o contribuinte vive sujeito às mais diversas curvas impositivas, então, na configuração da base de cálculo processa-se a bitributação tanto na base de cálculo do ITBI, quanto do IR.

Como afirma Werner Nabiça Coelho⁵² “os diversos espécimes tributários afetos aos bens imóveis resultam que no quadro maior do direito de propriedade, o valor venal, enquanto capital é de competência do IPTU, o valor venal enquanto preço compete ao ITBI, e os rendimentos são da incidência do IR”, de forma que a aplicação progressiva do IPTU significa uma forma de bitributação velada e espúria, pois equipara o valor venal do imóvel à renda e ao preço, como se eventual valorização nominal representasse renda nova ou transmissão em potencial da titularidade, quando na verdade é mero valor presumido, até porque o valor do imóvel, não é medida confiável para aferimento da capacidade contributiva, ensejadora de progressividade e, para finalizar, a capacidade econômica do contribuinte só poderá ser graduada em função do caráter pessoal quando for possível, e não há como se aceitar a afirmação de que o “valor venal” possa ser condizente como “caráter pessoal”.

Vê-se, assim, cair por terra apenas mais uma manifestação expressa e inescrupulosa da cobiça tributário-legislativa, desvinculada de qualquer forma de melhoria na vida do

51 Nesse sentido, MORAES, Alexandre. Direito Constitucional, 6a ed, revista, ampliada e atualizada com a EC 22/99, São Paulo, Atlas, 1999, p. 506.

52 IPTU associado à progressividade fiscal resulta em bitributação. Texto extraído do Jus Navigandi, <http://www1.jusnavigandi.com.br/doutrina/texto.asp?id=402>. acesso em 09 de abril de 2004.

cidadão-contribuinte, revelando-se apenas e tão somente como forma de engordar o já adiposo tecido governamental, de forma a propiciar a continuação e eternização dos chamados acordos políticos dos quais resultam aprovações de leis e até emendas constitucionais com os mais variados fins, até para possibilitar a reeleição do Presidente da República, o que acaba custando caro aos cofres públicos pela barganha levada a efeito no nobilíssimo Congresso Nacional onde, infelizmente, ainda prevalece o lema apregoado por antigo Ministro do “é dando que se recebe”, e que se lixe o interesse público.

Houvesse interesse efetivo de planejamento do espaço urbano transformando-o em um lugar com um mínimo de dignidade para se viver, não estaríamos vendo uma total omissão em elaborar e aprovar planos diretores na esmagadora maioria das cidades. E esta desídia, esta inoperância, esta total irresponsabilidade com a coisa pública e com a própria população que parece existir apenas em épocas eleitorais, ocasiona diretamente os resultados que hoje se mostram mais claros e nítidos aos olhos populares, nacionais e internacionais, notadamente na cidade do Rio de Janeiro, onde por mais de 100 anos, se ignorou o movimento de crescimento das favelas, formando-se nelas verdadeiros redutos de criminalidade e impunidade, lugares onde o Estado não existe, não cumpre com qualquer de suas funções institucionais e não tem qualquer poder de império ou de mando, onde prevalece as leis ditadas pelos próprios detentores do verdadeiro poder, que são os traficantes.

Enfim, é momento mais do que passado de se unir esforços, conhecimentos, atitudes positivas envolvendo não só os diversos níveis de governo, como também a sociedade organizada, através de suas múltiplas e legítimas representações, objetivando de forma nítida, transparente e célere, a organização do espaço urbano, o planejamento do remodelamento das favelas através do estabelecimento de estruturas básicas de serviços de saneamento, saúde, segurança e educação, para que o Estado passe a ser sentido e, de alguma forma, possa se legitimar sua atuação no combate à criminalidade e à violência.