



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Victor Gonçalves Romeu

A contribuição de melhoria como instrumento de política urbana

Rio de Janeiro

2011

Victor Gonçalves Romeu

A contribuição de melhoria como instrumento de política urbana

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade.

Orientador: Prof. José Marcos Domingues de Oliveira

Rio de Janeiro

2011

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

R763c Romeu, Victor Gonçalves.

A contribuição de melhoria como instrumento de política urbana / Victor Gonçalves Romeu. – 2011.
123 f.

Orientador: José Marcos Domingues de Oliveira.
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1. Direito tributário - Teses. 2. Direito urbanístico - Teses. 3. Políticas públicas – Teses. I. Oliveira, José Marcos Domingues de. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 336.2

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Victor Gonçalves Romeu

A contribuição de melhoria como instrumento de política urbana

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade.

Aprovado em 16 de agosto de 2011.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. José Marcos Domingues de Oliveira (Orientador)

Faculdade de Direito da UERJ

Prof^a. Dr^a. Ângela Moulin Simões Penalva Santos

Faculdade de Ciências Econômicas da UERJ

Prof. Dr. Celso de Albuquerque Silva

Faculdade de Direito da UNIRIO

Rio de Janeiro

2011

DEDICATÓRIA

*À minha avó Tita, que
sempre esteve ao meu lado.*

AGRADECIMENTOS

Seria demasiadamente extensa a lista de agradecimentos se se contemplassem todos aqueles que tiveram, em maior ou em menor proporção, alguma participação na elaboração deste trabalho, ao longo dos mais de dois anos de estudos e pesquisas. A tentativa de se aproveitar esta oportunidade única pode resultar em alguma injustiça em razão de algum lapso de memória, fato potencializado pelo adiantado da hora em que escrevo estas mal traçadas linhas.

Pela mesma razão exposta acima, a ordem de apresentação não significa grau de importância ou qualquer classificação do gênero. Aqui ficam os meus agradecimentos genuínos a todos aqueles que, de fato, foram essenciais para que este trabalho chegasse aonde chegou.

Começo os agradecimentos pelos meus pais, Sr. Sergio e Sra. Dirce, que sempre me apoiaram na ideia de ingressar no meio acadêmico e que me deram o melhor suporte possível ao longo de minha vida. Descrever aqui tudo o que por eles foi feito seria uma das mais árduas tarefas.

Ficam os agradecimentos à avó Tita, que nunca deixará de estar ao meu lado, com as lições de simplicidade e de humildade que me foram passadas.

Agradeço ao meu Professor Orientador, José Marcos Domingues de Oliveira, que, no ano de 2009, acolheu em seu gabinete um mestrando desconhecido, que por missiva eletrônica, havia sugerido a orientação pelos próximos anos. Agradeço pelo voto de confiança que me foi dado, pelas brilhantes orientações e por ter acompanhado de perto todo o desenvolvimento do trabalho.

Há ainda de ser feito considerável agradecimento aos Professores que me deram a honra de participar da banca de qualificação, Professora Ângela Penalva e Professor Luís Cesar Souza de Queiroz, que fizeram excelentes ponderações ao que ali se expunha.

Ficam ainda os meus agradecimentos aos demais professores da Uerj e aos servidores, destacando-se, neste particular, a figura da Sônia Leitão, que sempre respondeu às minhas dúvidas por *e-mail* em tempo recorde.

Agradeço ao camarada Vinícius Lahorgue, que, no dia da defesa de dissertação, foi meu substituto voluntário em audiências em um Juizado Especial Federal em Nova Iguaçu. Agradeço também a Mariana Ganem, pelo apoio de sempre.

Por fim, agradeço aos meus irmãos, aos meus amigos e aos companheiros de trabalho, que souberam entender as restrições por que passei em razão dos compromissos acadêmicos. Obrigado!

RESUMO

ROMEU, Victor Gonçalves. *A contribuição de melhoria como instrumento de política urbana*. 2011. 123f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

Com o crescimento desordenado das cidades, surgiu a necessidade de um planejamento urbano adequado, que garantisse a dignidade da pessoa humana e o respeito aos direitos fundamentais. Em um sistema tributário inchado, com reformas desastrosas e o colapso financeiro de Municípios, alternativas de solução para o problema do crescimento das cidades são essenciais. A contribuição de melhoria, tributo pioneiramente previsto na Constituição Federal de 1934, é uma dessas alternativas, na medida em que pode representar importante e justo meio de obtenção de recursos públicos que financiem políticas urbanas. Ademais, o tributo em questão atende aos princípios jurídicos, como o da capacidade contributiva e aquele que veda o enriquecimento sem causa. A contribuição de melhoria, inspirada particularmente no *special assessment* do direito norte-americano e na *betterment tax* inglesa, também é uma expressiva forma de consagração da função social da propriedade. A depender de vontade política e de iniciativas administrativas, a contribuição de melhoria pode gerar resultados inusitados para a ordenação do crescimento das cidades no Brasil, para o atendimento da função social da propriedade e para o respeito aos direitos fundamentais, daí dever-se reconhecer seu caráter de relevante instrumento de política urbana.

Palavras-chave: Direito tributário e Direito urbanístico. Contribuição de melhoria. Função social da propriedade. Capacidade contributiva. Políticas públicas e política urbana.

ABSTRACT

In view of disorganized city growth, there has arisen the need for appropriate urban planning, in order to ensure the dignity of the human person and the respect for fundamental rights. In an inflated tax system, with disastrous reforms and financial collapse of Municipalities, alternative solutions to the problem of urban growth are essential. The special assessment/betterment tax, originally provided for in the Constitution of 1934, is one such alternative, as it may represent an important and fair means to raising public funds to finance urban policies. Moreover, the tribute in question meets the legal principles, such as the ability-to-pay and that which prohibits unjust enrichment. Such tribute or contribution, inspired particularly on American special assessment and on English betterment tax, is also an expressive form of consecration of the social function of property. Depending on political will and administrative initiatives, the special assessment/betterment tax can generate unprecedented results for the orderly development of cities in Brazil, to meet the social function of property and respect for fundamental rights; hence it must be recognized as a relevant instrument of urban policy.

Key-words: Tax Law and Urban Law. Special assessment/betterment tax. Social function of property. Ability-to-pay. Public policy and urban policy.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	10
1	O CRESCIMENTO POPULACIONAL, A INTENSA URBANIZAÇÃO E A NECESSIDADE DE UM PLANEJAMENTO URBANO.....	12
2	ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA.....	18
3	FUNDAMENTOS.....	24
3.1	Fundamento jurídico.....	25
3.1.1	<u>Princípio que veda o enriquecimento sem causa.....</u>	27
3.1.2	<u>Princípio do custo/benefício.....</u>	32
3.1.3	<u>Princípio da capacidade contributiva.....</u>	42
3.1.4	<u>Gestão de negócios.....</u>	47
3.1.5	<u>Domínio eminente.....</u>	49
3.2	Fundamentação econômica.....	52
4	O POTENCIAL URBANÍSTICO DA CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA.....	57
4.1	Considerações preliminares.....	57
4.2	Conceito de meio ambiente. O meio ambiente urbano.....	58
4.3	A função social da propriedade e a relação com a função social das cidades.....	62
4.3.1	<u>A função social da propriedade.....</u>	62
4.3.2	<u>Função social das cidades.....</u>	69
5	CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA. CARACTERÍSTICAS.....	77
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	100
7	CONCLUSÕES.....	103
	REFERÊNCIAS.....	105

INTRODUÇÃO

Não são raras as vezes em que se clama por maiores recursos para a realização de políticas públicas¹ que visem a um meio ambiente urbano sadio. Diminuição do caos no trânsito com a criação de novas vias, construção de praças e de áreas de lazer, bem como o desenvolvimento de linhas de transporte de massa são apenas alguns exemplos de onerosas obras públicas fundamentais, que proporcionam qualidade de vida à população.

Em um contexto caracterizado por escassos investimentos e insuficientes recursos públicos, verifica-se que a cidade – no caso do Brasil, resultante de intensa, rápida e desorganizada urbanização – manifesta flagrantemente as injustiças e desigualdades de toda a sociedade. Como afirma RENATO CYMBALISTA, “a cidade é agente de reprodução dessa desigualdade”, dividindo-se em “uma porção legal, rica, provida de equipamentos públicos, e outra, ilegal, pobre, precária e desprovida de investimentos públicos”.²

Vivendo em um quadro de crise fiscal e de elevada carga tributária, restam poucas opções para arrecadar e realizar as políticas públicas urbanas necessárias. Com um sistema tributário inchado e reformas muitas vezes desastrosas, surge como alternativa viável o amadurecimento da aplicação prática de tributo que não só proporcione obtenção de recursos, mas também respeite o ideal de justiça fiscal subjacente ao princípio da capacidade contributiva, expressão tributária do princípio geral de igualdade.

A contribuição de melhoria é tributo subutilizado e sobre o qual pesa mais preconceito e perplexidade do que vontade política para a sua transformação em importante ferramenta de realização de políticas públicas.

¹ De acordo com MARIA PAULA DALLARI BUCCI, a questão das políticas públicas é interdisciplinar e sua vertente jurídica envolve, necessariamente, a concretização dos direitos humanos. Aduz a autora: “A necessidade de compreensão das políticas públicas como categoria jurídica se apresenta à medida que se buscam formas de concretização dos direitos humanos, em particular os direitos sociais” (BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 3).

² CYMBALISTA, Renato. Política urbana e regulação urbanística no Brasil. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 281.

O presente trabalho buscará estabelecer os fundamentos, limites e possibilidades da contribuição de melhoria, alertando para as perdas que sua não utilização acarreta.

Após descrição do novo papel do Estado na organização do espaço público e de uma breve análise histórica, com referência a institutos análogos no direito estrangeiro, nos quais se enfatiza o princípio da vedação do enriquecimento sem causa, serão feitas considerações sobre a função social e a conformação do sistema atual de propriedade pela tributação, já que tributação e propriedade apresentam relação de simbiose.

Considerando-se que a propriedade deve ter uma função social e que o sistema tributário é fundamental para a manutenção da propriedade assegurada constitucionalmente, nesse contexto será analisada a contribuição de melhoria, que, ao mesmo tempo em que é eficaz para a satisfação da função social da propriedade, tal como hodiernamente concebida, submete-se ao princípio da capacidade contributiva - e da igualdade a ele subjacente - e é um importantíssimo instrumento para ingressos necessários à realização de políticas públicas urbanas em nome do direito fundamental ao meio ambiente sadio.

As referências ao direito comparado procurarão demonstrar ser possível a aplicação prática do tributo, sendo para tal necessárias condições materiais e cadastrais mínimas. Em suma, é preciso vontade política para que a contribuição de melhoria seja adequadamente instituída e cobrada.

1. O CRESCIMENTO POPULACIONAL, A INTENSA URBANIZAÇÃO E A NECESSIDADE DE UM PLANEJAMENTO URBANO

Inicialmente, é imprescindível que se faça uma análise da gênese do planejamento urbano contemporâneo, desencadeado por intensos processos de industrialização e de urbanização, e que representa parcela significativa dos custos estatais, notadamente dos Municípios. O fenômeno deu-se de forma conturbada, com geração de enorme quantidade de desempregados e de miseráveis, de cidades com péssimas condições de habitação e de uma grande massa de excluídos.

Situação emblemática foi testemunhada na Inglaterra, palco da Revolução Industrial, onde, no século XIX, foram presenciadas severas violações aos direitos humanos em decorrência de uma urbanização desenfreada, sem planejamento e socialmente excludente. FRIEDRICH ENGELS faz relatos impressionantemente marcantes sobre a situação da classe trabalhadora naquele país, em livro publicado em 1845. Transcreve-se abaixo um trecho de sua obra:

“As edificações, por todos os lados, estão parcial ou totalmente degradadas e algumas estão realmente sem moradores – o que, aqui, é eloqüente; raras são as habitações que dispõem de piso, seja de madeira ou de pedra; quase sempre as portas e janelas estão em frangalhos. E que imundície! Lixo e detritos amontoados por todos os lados, poças em vez de canaletas e um mau cheiro que impede a que um homem minimamente civilizado viver neste bairro.

[...]

Num desses buracos, que não media mais que seis pés de comprimento por cinco de largura, vi duas camas – e que camas! – que, junto com uma escada e um fogareiro, enchiam todo o cômodo. Em muitos outros não vi absolutamente nada, embora, como a porta estivesse aberta, constatasse que os moradores lá estavam. À frente das portas, de todas, detritos e sujeira – e tanta que, para saber se havia algum revestimento sobre o chão, era preciso em alguns locais tentar senti-lo com os pés. Todo esse conjunto de estábulos habitados por seres humanos era cercado, em dois lados, por casas e uma fábrica e, no terceiro, pelo rio”.³

³ ENGELS, Friedrich. *A situação da classe trabalhadora na Inglaterra*. Tradução de B. A. Schumann. Boitempo: São Paulo, 2008, pp. 93-94. MANUEL CASTELLS também faz relatos interessantes sobre as condições degradantes de moradia de significativa parcela da população da capital francesa (CASTELLS, Manuel. *A questão urbana*. Tradução de Arlene Caetano. Paz e Terra: 1975, pp. 222 *et seq*). Ainda sobre a condição dos trabalhadores da Inglaterra no século XIX, cf. HALL, Peter. *Cidades do Amanhã*. Tradução de Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 1995, pp. 17-53.

O quadro descrito por ENGELS não foi exclusividade da Inglaterra, podendo ser vislumbrado em todos os locais que passaram por este brusco movimento de industrialização e de urbanização. Em sua obra, ao comentar as observações de Comissão governamental instituída na Inglaterra para corrigir as aludidas mazelas, PETER HALL narra fatos semelhantes aos mencionados por ENGELS. Confira-se:

“Fato digno de nota é que a média dos inquilinos de uma casa de cômodos dispunha de muito menos espaço do que o prescrito pelo Estado vitoriano para os encarcerados em prisões ou em reformatórios. Como era de prever, os índices de mortalidade – sobretudo de crianças – permaneciam alarmantemente altos. As que sobreviviam, segundo cálculos da Comissão, perdiam em média, vinte dias de trabalho por ano, ‘por depressão e fadiga’. Agregue-se a tudo isso o fato de que ‘o mais fervoroso apologista das classes mais pobres não afirmaria que nesse meio, de modo geral, prevalecessem hábitos de limpeza’”.⁴

No Brasil, a história não foi diferente. Guardadas as devidas proporções – agravadas com o fato de ser o Brasil país periférico e de Terceiro Mundo – verificaram-se flagrantemente violações aos direitos fundamentais, notadamente aqueles relacionados ao meio urbano, e representados na importantíssima figura do direito à moradia digna. Apenas para não fugirmos de nossa realidade, trazemos relato da urbanização da cidade do Rio de Janeiro, fruto, sobretudo, da tardia industrialização brasileira, no conhecido processo de substituição de importações.⁵ Confira-se:

“O aumento do valor do solo, a distância cada vez maior que separava os locais de emprego dos novos loteamentos, o congelamento dos aluguéis (que diminuía muito a oferta de novas habitações), tudo isso resultou numa crise habitacional generalizada, que afetou principalmente a população pobre. Consequentemente, multiplicou-se a população favelada e proliferaram novamente as casas de cômodo”.⁶

Seja na Europa do século XIX, seja no Brasil da metade do século XX, o fato é que a intensificação da ocupação do espaço suscitava numerosos problemas, que demandavam urgente atuação do Poder Público em defesa dos direitos fundamentais. A defesa de direitos humanos – dentre os quais se inclui o direito à habitação digna - não se coaduna com as condições em que vivia parcela significativa da população.

⁴ *Ibid.*, pp. 24-25.

⁵ É de bom alvitre ressaltar que o processo de urbanização no Brasil deu-se não apenas em razão do processo de industrialização, mas também em virtude da desestruturação das atividades e da desorganização do modo de vida na zona rural. Sobre o tema, cf. OLIVEIRA, Francisco de. *O Estado e o Urbano no Brasil*. In: Revista Espaço e Debates. Volume 6. São Paulo: Annablume, 1982, pp. 36-54. O autor citado ainda destaca a meteórica evolução da cidade de São Paulo, com a modificação da divisão social do trabalho levantada pela indústria (*Ibid.*, p. 41).

⁶ ABREU, Maurício de A. *Evolução Urbana do Rio de Janeiro*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Iplanrio, 1997, p. 116.

O alto preço da terra para a maioria dos novos moradores dos centros urbanos fazia com que fossem comuns as citadas condições de habitação. Como acentua PETER HALL, “as pessoas viviam amontoadas porque eram pobres e, porque eram pobres, não tinham recursos para providenciar o remédio óbvio: mudar para um lugar onde o aluguel fosse mais barato”.⁷ Além disso, a população ainda padecia com a inoperância das entidades governamentais diante do aparato legislativo vigente, com a corrupção e com o surgimento de verdadeira baderna urbana, caracterizada pela barbárie, vandalismo e violência de gangues de rua.⁸ O sistema econômico que consagrou a Revolução Industrial dava sinais de fracasso diante das negativas repercussões sociais. Já era tempo, portanto, de abandonar-se o *laissez-faire* em sua plenitude. Era necessário um contrapeso nesta balança.

Pois bem. Diante disto, o auge e consagração do Estado mínimo na Economia sentiram um refluxo e deu-se margem à atuação estatal na garantia de direitos sociais⁹ e na consecução de prestações de cunho positivo em favor da coletividade. Esta atuação estatal deveria ocorrer por meio de bases teóricas e científicas bem definidas; o planejamento urbano passou a exercer esse papel de ordenador do espaço público, como uma necessidade premente em razão do binômio industrialização/urbanização.

Guardadas as peculiaridades locais, os diferentes países encontraram no planejamento urbano o manancial de instrumentos necessários para a ordenação dos novos moradores das cidades, de modo que não se afetasse radicalmente a economia e de maneira a se preservar os direitos fundamentais dos envolvidos.¹⁰

Ocorre que a infra-estrutura econômica altera-se e, conseqüentemente, muda a atuação do poder público no espaço urbano.¹¹ De acordo com ensinamento de MANUEL CASTELLS, a criação do espaço urbano dá-se, em linhas gerais, pela incorporação à cidade de glebas que tinham antes uso agrícola;¹² por outro lado, também não é

⁷ HALL, Peter. Op. cit., p. 22.

⁸ *Ibid.*, pp. 17-53.

⁹ Sobre o surgimento dos direitos sociais ou de segunda geração, cf. BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Campus/Elsevier: Rio de Janeiro, 2004, p. 30.

¹⁰ A propósito, são variadíssimas as propostas de planejamento urbano, muitas vezes com soluções diametralmente opostas. A título de exemplo, tem-se a oposição ferrenha que faz JANE JACOBS às cidades-jardins (JACOBS, Jane. *Morte e Vida de Grandes Cidades*. Tradução de Carlos S. Mendes Rosa. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, pp. 221 *et seq.*). Ainda a respeito da divergência de visões sobre as questões urbanas, confira-se o ensinamento de DAVID HARVEY, sustentando ser o urbanismo um fenômeno demasiadamente complicado, que não pode ser restrito a uma teoria geral (HARVEY, David. *Urbanismo y Desigualdad Social*. Madrid: Siglo XXI, 1977, pp. 205 *et seq.*).

¹¹ DAVID HARVEY analisa a obra de MARX e faz interessantes observações sobre as constantes mutações e adaptações por que passa o modo de produção capitalista (*Ibid.*, pp. 211 *et seq.*).

¹² CASTELLS, Manuel. Op. cit., p. 23.

novidade o fato de que “o crescimento urbano implica necessariamente uma reestruturação do uso das áreas já ocupadas”.¹³

A dinâmica da criação do meio urbano pode ser entendida a partir da compreensão dos elementos econômicos, sociais e históricos que envolvem um determinado meio. De acordo com CASTELLS,¹⁴ o sistema econômico é o mais importante para explicar o social, que, por sua vez, é a especificação do urbano. Em outros termos, pode-se dizer, segundo o citado autor, que o meio urbano não se reduz ao social, mas deste não pode prescindir.

Dentro deste contexto, não se questiona que as redefinições na ordem econômica implicam mudanças na ordenação do espaço urbano.¹⁵ Ainda que no Brasil não se tenha operado uma mudança paradigmática com os contornos nítidos como os verificados na Europa,¹⁶ é de se destacar o surgimento de um novo quadro, chamado por muitos de “neoliberal”, em que se tornou flagrante a crescente participação das parcerias entre o Poder Público e a iniciativa privada na ordenação da coisa pública.

Com o surgimento desse novo pano de fundo,¹⁷ com a redefinição das bases econômicas e com o surgimento de um novo contexto, instaurou-se uma nova conceituação do espaço público, verificando-se a imprescindibilidade do Poder Público no planejamento urbano e na ordenação da *res publica*, ainda que em menor medida que outrora.

¹³ *Ibid.*, p. 29. Sobre o processo de urbanização brasileira, caracterizando-se um Brasil urbano e um Brasil não-urbano, cf. SANTOS, Milton. *A Urbanização Brasileira*. 5ª ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2008.

¹⁴ CASTELLS, Manuel. Op. cit., pp. 201 *et seq.*

¹⁵ HARVEY, David. Op. cit., p. 214.

¹⁶ Como é sabido, caracterizam-se três fases pelas quais atravessou o Estado: a da pré-modernidade, ou do Estado liberal, caracterizado por um Estado de funções reduzidas; a fase da modernidade ou do Estado social ou *welfare state*, em que o Estado assume diretamente alguns papéis na ordem econômica, buscando reduzir as desigualdades sociais e; a fase da pós-modernidade, com a ascensão de institutos como desestatização e desregulamentação e da participação de organizações não-governamentais (NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 16-22). No mesmo sentido, cf. SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização. Privatização, Concessões, Terceirizações e Regulação*. 4ª ed., revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 11. Sobre a transição não precisa das fases pelas quais passou o Estado brasileiro, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO afirma: “Não se deve encobrir, artificialmente, a circunstância de que o Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser nem liberal nem moderno. De fato, no período *liberal*, jamais nos livramos da onipresença do Estado. A sociedade brasileira, historicamente, sempre gravitou em torno do *oficialismo*. As bênçãos do poder estatal sempre foram – ressalvadas as exceções que confirmam a regra – a razão do êxito ou do fracasso de qualquer projeto político, social ou empresarial que se pretendesse implantar” (NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Op. cit., p. 18). [grifos no original].

¹⁷ Cf. COMPANS, Rose. *Empreendedorismo Urbano. Entre o discurso e a prática*. São Paulo: Editora Unesp, 2004, pp. 46 *et seq.*

Ao mesmo tempo, os indispensáveis gastos estatais precisam ser feitos de modo a respeitar-se a economicidade:¹⁸ são necessárias novas fontes de receita, as quais o Estado não pode renunciar, e a própria gestão dos recursos deve ser feita da maneira mais racional possível, visando, ao mesmo tempo, ao bem-estar da população e à saúde financeira do Poder Público.

Em meio a esse novo paradigma, de economicidade e responsabilidade na gestão dos recursos públicos,¹⁹ aliada à participação do Estado no planejamento urbano e na realização de anseios sociais,²⁰ é que devem ser analisadas e estudadas as opções tributárias, questionando-se sua viabilidade e eficácia. O novo paradigma pede não apenas uma redefinição na atuação estatal nas prestações em favor da coletividade, mas também suscita uma nova visão sobre os modos de captar recursos para a realização de suas finalidades.

O que se quer deixar assente é que a atuação do Poder Público encontra novos contornos na contemporaneidade, sendo indispensável a presença estatal na realização dos atos administrativos e obras públicas essenciais para a ordenação do espaço urbano. E não há que se questionar que dita atuação demanda verbas públicas, sendo necessárias opções constitucionalmente amparadas, que estejam em consonância com a capacidade contributiva²¹ e que representem, por fim, uma justa modalidade de obtenção de recursos.

¹⁸ É o que prescreve o artigo 70, da Constituição Federal, *in verbis*: “Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder”.

¹⁹ Trata-se dos princípios informadores da Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar 101, de 04 de maio de 2000 (BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000). Sobre o tema, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO afirma: “A administração pública, enquanto *função* de um Estado que é subsidiário à sociedade, e não um conjunto de *prerrogativas* de um Estado tutor, passa, com isso, a ser submetida não apenas ao tradicional crivo da legalidade, em que se demandava nada mais que a qualidade da *eficácia*, mas aos da licitude e da legitimidade, justificando-se, respectivamente, os reclamos pela *moralidade* e pela *eficiência administrativas*, que despontam como novos e robustos princípios constitucionais. [...] É nesta fase que se situa a Lei de Responsabilidade Fiscal [...]” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Considerações sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal. Finanças Públicas Democráticas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 18-19). [grifos no original]

²⁰ Papel muito bem desempenhado pelo Estatuto da Cidade, Lei 10.257, de 10 de julho de 2001, cujo artigo 1º dispõe o seguinte: “Art. 1º. Na execução da política urbana, de que tratam os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, será aplicado o previsto nesta Lei. Parágrafo único. Para todos os efeitos, esta Lei, denominada Estatuto da Cidade, estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental” (BRASIL. Lei 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências).

²¹ Reza o artigo 145, da Lei Maior: “Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: I - impostos; II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição; III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas. § 1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração

Dentre as opções constitucionalmente possíveis, percebe-se que a contribuição de melhoria, desde longa data, é subutilizada e que poderia atender perfeitamente às necessidades públicas,²² sem serem violadas as demandas do paradigma do Estado Democrático de Direito.

Portanto, buscar-se-á fazer uma análise da contribuição de melhoria e de seus aspectos principais, ressaltando a origem histórica e importantes referências ao direito estrangeiro, como se verá a seguir.

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. § 2º - As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos”. Muito embora a Constituição refira-se à capacidade contributiva nos impostos, é o melhor entendimento aquele segundo o qual o aludido princípio é aplicável a todos os tributos. Cf. OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. *Direito Tributário: Capacidade Contributiva*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 91.

²² ALIOMAR BALEEIRO ensina: “A necessidade é pública quando, em determinado grupo social, costuma ser satisfeita pelo processo de serviço público, isto é, quando o Estado, ou outra pessoa de direito público, para satisfazê-la, institui ou mantém um regime jurídico e econômico especial, propício à sua obrigatoriedade, segurança, imparcialidade, regularidade ou continuidade, a cargo de seus agentes ou por delegação a pessoas sob sua supervisão. Necessidade pública é toda aquela de interesse geral, satisfeita pelo processo do serviço público. É a intervenção do Estado para provê-la, segundo aquele regime jurídico, que lhe dá o colorido inconfundível. A necessidade torna-se pública por uma decisão dos órgãos políticos” (BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à Ciência das Finanças*. Atualizado por Hugo de Brito Machado Segundo. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pp. 4-5).

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA

Pesquisas sobre antecedentes históricos do tributo a que se dá o nome de contribuição de melhoria produzem resultados relevantes, encontrando-se vários registros de tentativas de se sanar, pela via tributária, a injustiça ocasionada pelo enriquecimento de uns em razão de obras públicas custeadas por toda a coletividade.

Embora pacífico o entendimento no sentido de que foram muitos os embriões da contribuição de melhoria, pairam dúvidas sobre o início das mencionadas iniciativas tributárias. CARLOS ROBERTO MARQUES, por exemplo, aponta como marco inicial das aludidas tentativas uma contribuição instituída no Império Romano, no ano de 533, data em que Justiniano promulgou o *Digesto*.²³ Para AIRES BARRETO, uma possível origem relevante da contribuição de melhoria estaria na Inglaterra, no ano de 1250, em razão do incidente dos diques de Romney, oportunidade em que aos proprietários de imóveis vizinhos às áreas pantanosas era atribuído o dever de arcar com os custos públicos com as obras de infra-estrutura.²⁴ BERNARDO RIBEIRO DE MORAES traz o seguinte relato:

“Segundo o Romney Marsh Case, de 1250, as obras de reconstrução de diques contra a inundação da região dos pântanos de Romney beneficiavam as propriedades que lhe eram vizinhas, valorizando-as, razão pela qual os respectivos proprietários adjacentes deveriam ficar com o encargo do custo da obra, da sua manutenção e da sua reparação”.²⁵

O citado autor faz um levantamento interessante de diversas possíveis fontes da contribuição de melhoria no continente europeu, destacando, por exemplo, o custeamento, em 1296, de obras de melhoramentos nas proximidades da praça onde se situava a Igreja de Santa Maria dei Fiori;²⁶ a legislação inglesa de 1427, que atribuiu a proprietários marginais o custo de obras do Rio Tâmis; as Ordenações Filipinas de

²³ MARQUES, Carlos Roberto. *Contornos e fundamentos modernos da contribuição de melhoria*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 5. De acordo com BERNARDO RIBEIRO DE MORAES, o instituto do Direito Romano consubstanciava obrigação de fazer, criando encargos para os proprietários dos imóveis beneficiados. Desta forma, a figura apontada afasta-se muito da contribuição de melhoria (MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Compêndio de Direito Tributário*. Volume 1. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 560).

²⁴ BARRETO, Aires F. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). Volume 1. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 617.

²⁵ MORAES, Bernardo Ribeiro de. Op. cit., pp. 560-561.

²⁶ No mesmo sentido é a posição de AIRES BARRETO, que destaca a versão italiana *contributi di miglioria* para o tributo em comento (BARRETO, Aires F. Op. cit., p. 617). Também referindo-se à *contributi di miglioria*, cf. BALEIRO, Aliomar. Op cit., p. 316.

1562, que cobravam *fintas* em razão da construção de estradas e pontes; a lei inglesa de 1662, que determinava a cobrança dos proprietários de imóveis valorizados dos custos com as obras das ruas de Westminster; a *contribution de la plus-value*, instituída na França, no ano de 1807.²⁷

Registros históricos mais recentes – e, portanto, mais condizentes com as figuras contemporâneas – dão conta de que a contribuição de melhoria, tal como concebida hodiernamente, surgiu, segundo BILAC PINTO, nos Estados Unidos da América do Norte, com o instituto do *special assessment*, mesmo que antes dele tenham sido tentados outros instrumentos de cobrança pela valorização imobiliária em decorrência de obra pública.²⁸ Pelo que se percebe, os instrumentos anteriores ao *special assessment* eram apenas semelhantes à contribuição de melhoria, visto que tinham em comum meramente o objetivo de evitar que uns se enriquecessem às custas de obras públicas pagas com os tributos suportados por todos. O instituto só veio, pois, a ter a moldura como é entendida hoje em dia, a partir do século XIX, no direito anglo-saxão.

RICARDO LOBO TORRES, por seu turno, elege a *betterment tax* inglesa como o verdadeiro embrião surgido na Idade Moderna. Assim se manifesta o autor:

“A Inglaterra oferece os exemplos mais antigos de cobrança da contribuição de melhoria (*betterment tax*). Em 1250 já se cobravam as despesas feitas para a

²⁷ MORAES, Bernardo Ribeiro de. Op. cit., pp. 561 *et seq.*

²⁸ BILAC PINTO nos ensina que: “Não importa que, muitos séculos antes delles, outros povos tivessem ensaiado o tributo. Pesquisas pacientes por certo que poderão conduzir á descoberta de suas fontes em épocas distantes, em varios paizes. Investigações desse genero servirão, unicamente, para apontar, em diferentes momentos da historia, experiencias frustras que só podem constituir indices de precariedade de um recurso fiscal, que nunca logrará ser praticado com continuidade” (PINTO, Bilac. *Contribuição de Melhoria*. 2ª ed. atualizada por Firly Nascimento Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 11) [sic]. Há advertência interessante de GERALDO ATALIBA: “Cumprе, entretanto, examinar com redobrada cautela a legislação e a doutrina americana. É que, naquele país, a designação *special assessment* além de se prestar a designar a contribuição de melhoria, serve para referir outras espécies de exações” (NOGUEIRA, José Geraldo Ataliba. *Natureza Jurídica da Contribuição de Melhoria*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, p. 45). BERNARDO RIBEIRO DE MORAES, como já destacado, afirma que o instrumento de cobrança do valor empregado em obra pública e que ocasionou valorização de imóveis particulares já há muito vinha sendo praticado na Europa, v.g., Prússia (1848), Itália (1865), Espanha (1877), Alemanha (1855), Suíça (1900), Bélgica (1902) etc. No entanto, o autor ressalta que a contribuição de melhoria é instituto moderno, encontrando sua verdadeira origem no século XX, com a rápida urbanização ocorrida nos Estados Unidos da América do Norte (MORAES, Bernardo Ribeiro de. Op. cit., pp. 562-564). ALIOMAR BALEEIRO discorre brilhantemente: “A despeito dessas origens vetustas, a popularidade das ‘contribuições de melhoria’, denominação atribuída a Roncali (*contributi di miglioria*, que também passou para o espanhol – *contribuciones de mejoras*, das leis argentinas), proveio da aplicação reiterada e sistemática do princípio, só o nome de *special assessments* pelas cidades americanas, no século XIX, depois que se perdeu a tradição européia. Usando desse recurso fiscal generalizadamente e polindo-o no atrito das circunstâncias e das resistências dos contribuintes perante os tribunais, os americanos construíram a teoria e a técnica do *special assessment*, tal como ela permanece no termo de sua evolução” (BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 571). Ainda sobre o tema, ANTÔNIO ROBERTO SAMPAIO DÓRIA afirma: “Modalidade fiscal encontrada desde o império romano, é apenas na tradição dos países anglo-saxões que a contribuição de melhoria se revela instrumento de extrema ductibilidade nas mãos da técnica financeira, apto a suprir a deficiência de atuação, em certos setores, do imposto e da taxa e a complementá-los na captação de recursos perante o erário público” (DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Direito Constitucional Tributário e “Due process of Law”*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, pp. 65-66. No mesmo sentido, cf. BARRETO, Aires F. Op. cit., p. 618.

reparação de diques. Mas foi sobretudo com a lei de 1662, que autorizou o lançamento para compensar o alargamento de certas ruas de Westminster, que teve início a aplicação da *betterment tax*. Pouco depois foi adotada uma lei análoga para a reedificação de Londres, após um grande incêndio. A lei de 1667 foi particularmente importante porque serviu de modelo ao tributo cobrado pelos Estados Unidos, embora, segundo anota Seligman, os ingleses pensem que o instituto é de origem americana”.²⁹

É de se ressaltar que, conforme explicitado acima, a *betterment tax* inglesa surgiu no ano de 1662, ao passo que o *special assessment* tornou-se público no ano de 1691. Concluir-se-ia, desta forma, pela primazia da *betterment tax*. No entanto, a questão não é tão simples como parece. A tradução literal dos institutos pode dar o primeiro sinal de que a confusão não é infundada. Se *betterment* quer dizer *melhoria*, por outro lado *tax* traduz-se como imposto, que não é, obviamente, o caso da contribuição de que trata este trabalho. Por esta razão singela, pode-se chegar à conclusão de que o *betterment tax* era um instituto que visava à correção da desigualdade, mas com a roupagem de um imposto, não servindo, portanto, como genuíno germe da nossa contribuição de melhoria. A propósito, o próprio RICARDO LOBO TORRES assevera que a *betterment tax* perdeu toda a sua importância ao ser absorvida pelos impostos locais, sendo cobrada, nos dias atuais, como uma modalidade de imposto, e não de tributo autônomo.³⁰

Por outro lado, o *special assessment* norte-americano, embora tenha uma conotação de *especial* inexistente em nossa contribuição de melhoria, melhor se afeiçoa ao nosso tributo, por representar categoria autônoma de tributos, que não se confunde com as taxas nem com os impostos.³¹

Portanto, dois são os institutos com as mesmas raízes, ou seja, com a busca de um mecanismo que se volte contra o enriquecimento de uns às custas dos esforços alheios; existe, em ambos os casos, a mesma índole igualitária: se uns se enriquecem às custas de todos, surge o dever de ressarcir o Erário. O que se pretende pôr em destaque é que tanto o *special assessment* como a *betterment tax* inglesa beberam nas mesmas

²⁹ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário*. Volume IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 507-508. BERNARDO RIBEIRO DE MORAES também faz referência à *betterment tax* inglesa (MORAES, Bernardo Ribeiro de. Op. cit., pp. 561-564). Sobre entendimento semelhante, cf. COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988: Sistema Tributário*. 7ª ed., revista e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 75. Há que se destacar, contudo, que RICARDO LOBO TORRES relewa sua posição, ao afirmar que, certamente, “[...] no Brasil, é no *special assessments*, com fundamento no fator *benefício* e não no ‘custo’, que encontramos a contribuição de melhoria, espécie tributária específica”. (TORRES, Ricardo Lobo. Op. cit., p. 564). Não se deve concordar plenamente com a posição segundo a qual a contribuição de melhoria fundamenta-se no *benefício* e não no custo. O assunto será abordado adiante com maiores detalhes.

³⁰ TORRES, Ricardo Lobo. Op. cit., p. 508.

³¹ *Ibid.*, p. 508.

fontes, só se apresentando sob distintas formas. A considerar-se o aspecto substancial, pode-se dizer que a *betterment tax* é o verdadeiro elemento de inspiração para a nossa contribuição de melhoria; no entanto, ao se considerar o aspecto formal, pode-se dizer, pela similitude entre os institutos, que o *special assessment* é o verdadeiro embrião da contribuição de melhoria, tal como ensinou BILAC PINTO.³²

Para melhor entender a questão substantiva de fundo tanto da *betterment tax* como do *special assessment*, deve-se recorrer a demais experiências relativas a valorizações de imóveis em razão de obras públicas. Como exemplo fundamental para se compreender que o fenômeno já deu ensejo a doutrinas distintas, pode-se citar a chamada teoria do *unearned increment*, originada na Inglaterra. Nas palavras de BILAC PINTO, o aludido instituto

“representa o princípio financeiro da tributação do incremento *immerecido*. E por incremento *immerecido* se entende todo aumento de valor da propriedade, não motivado pelo trabalho ou pelo capital do seu titular”.³³[sic]

O *unearned increment* surgiu após a Revolução Industrial, quando ficaram mais evidentes desequilíbrios estruturais, como os latifúndios, a concentração de renda e numerosos problemas sociais.³⁴ O quadro instaurado deu azo à doutrina citada, capitaneada por STUART MILL,³⁵ podendo o citado princípio – que teve aplicação significativa não apenas na Inglaterra, mas também na Alemanha³⁶ - assumir feição fiscal ou social a depender as circunstâncias em que fosse aplicado.³⁷

Pode-se dizer, com apoio na doutrina de BILAC PINTO,³⁸ que o princípio do *unearned increment* não é puramente fiscal, com fins meramente arrecadatários. Parafraseando NITTI,

“a tributação do *unearned increment* sob a forma *typica* e nova de imposto do Estado é coisa inteiramente diversa. Trata-se de imposto sobre o capital, cuja experiência é da mais alta importância tanto para os políticos como para os sábios”.³⁹ [sic]

³² PINTO, Bilac. Op. cit., p. 11.

³³ *Ibid.*, p. 57.

³⁴ Sobre o tema, cf. ENGELS, Friedrich. *A situação da classe trabalhadora na Inglaterra*. Tradução de B. A. Schumann. São Paulo: Boitempo, 2008.

³⁵ PINTO, Bilac. Op. cit., pp. 62 *et seq.*

³⁶ *Ibid.*, p. 64.

³⁷ *Ibid.*, p. 66.

³⁸ PINTO, Bilac. Op. cit., p. 66.

³⁹ NITTI, Francesco. *Princípios de Ciência das Finanças*. Rio de Janeiro: Athena Editora, 1937, p. 60.

Assim, mais que um instrumento em favor do abastecimento financeiro dos Estados, o *unearned increment* funciona como um mecanismo de correção de injustiças fiscais proporcionadas por valorizações imobiliárias em decorrência de atuações do Poder Público. Trata-se de princípio aplicável basicamente aos impostos e sobre o ganho de capital, distanciando-se, de certa forma, da contribuição de melhoria, embora em ambos houvesse subjacente a intenção legislativa de coibir o incremento patrimonial não merecido, derivado de fatores alheios à vontade do contribuinte.

O *unearned increment*, portanto, historicamente representou a atuação estatal em nome dos ditames básicos da justiça distributiva, visando a corrigir-se a distorção causada pela concentração da propriedade nas mãos de poucos em detrimento da maioria, em decorrência de políticas públicas não uniformes que beneficiavam um pequeno grupo com valorizações resultantes de esforços financeiros de todos os contribuintes. No entanto, como visto, não era o mesmo que a contribuição de melhoria; embora partissem do mesmo ponto, apresentavam-se sob formas distintas. Há, como se percebe, apenas um fundo em comum a ambos.

A valorização de imóveis em decorrência de fatores alheios a qualquer atuação do proprietário também deu ensejo a institutos como o *excess condemnation* e do já citado *special assessment*. O primeiro pode ser entendido como uma espécie de desapropriação marginal ou *por zona*: o Estado desapropria áreas além das necessárias para a realização das obras públicas; com a valorização, vende tais áreas com o aumento de preço e amortiza o custo da obra.⁴⁰ Por outro lado, o *special assessment*, como já dito, é o tributo norte-americano que foi incorporado à realidade brasileira sob o nome de contribuição de melhoria, que é objeto deste trabalho.

Apesar das vozes no sentido de que o *special assessment* inspirou-se na teoria do benefício,⁴¹ o verdadeiro fundamento do instituto reside no princípio que veda o enriquecimento injusto e no princípio jurídico da capacidade contributiva, apresentando

⁴⁰ De acordo com ROBERT EUGENE CUSHMAN, o instituto pode ser definido nos seguintes termos: “Defined thus generally, excess condemnation may be said to be the policy, on the part of the state or city, of taking by right of eminent domain more property than is actually necessary for the creation of a public improvement, and of subsequently selling or leasing this surplus” (CUSHMAN, Robert Eugene. *Excess Condemnation*. Bibliolife, p. 2).

⁴¹ EDWIN SELIGMAN. *Essais sur l'impôt*, vol. I., p. 117; vol. III., p. 34 *apud* PINTO, Bilac. Op. cit., p. 9. Como muito bem ressaltado por JOSÉ CASALTA NABAIS, o princípio do benefício contém um forte viés contratualista, incompatível com os fundamentos de um Estado Social (NABAIS, José Casalta. *Direito Fiscal*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 154). Note-se que, de fato, não há que se falar hoje em dia em um Estado tipicamente Social.

ambos estreita relação entre si e com a função social da propriedade.⁴² Assim crendo, concentrar-se-á a atenção no concernente à valorização imobiliária e à repartição dos encargos tributários por toda a coletividade.

Com efeito, é inegável que algumas obras públicas, financiadas por toda a sociedade, têm o condão de valorizar imóveis particulares. Em outras palavras, todos pagam por benefícios sociais sendo que apenas alguns, adicionalmente, obtêm vantagem patrimonial. É intuitivo que existe flagrante injustiça fiscal nestes casos. O fenômeno sempre foi percebido e para atacar-se a distorção apontada buscaram-se distintas soluções. Assim se pronuncia GRIZIOTTI sobre as possibilidades do direito italiano, existindo tanto impostos como as verdadeiras contribuições:

“Considerando este beneficio especial o diferencial, se determina una particular capacidad contributiva, que se grava con contribuciones y con impuestos especiales que pueden ser de distinta naturaleza, según lo explicaremos luego.

[...]

Si el beneficio que obtienen los particulares de una obra pública es individualmente valorable, puede dar fundamento a la aplicación de un tributo llamado contribución.

*Pero si el beneficio no se diferencia con respecto a individuos o cosa, por ser común a toda una clase de individuos o a una región de maneira indistinta, puede justificar un tributo, llamado impuesto especial”.*⁴³ [grifos no original]

Destarte, vislumbram-se tentativas várias de se sanar o ganho de uns às custas de todos. Iniciaram-se os esforços com medidas relativas a impostos, fundamentadas em teorias distintas. Contudo, assumiu a contribuição de melhoria feição moderna e autônoma notadamente no século XX, baseando-se, segundo a melhor doutrina, no *special assessment* do direito norte-americano e não se confundindo com o que se tentara até então.

Feitos os registros históricos, passa-se à análise dos fundamentos da contribuição de melhoria e dos institutos que lhe serviram de inspiração

⁴² Ver-se-á mais adiante que existem outras correntes para a fundamentação da contribuição de melhoria e de tributos análogos em outros países. Cf. TORRES, Ricardo Lobo. Op. cit. pp. 500 *et seq.*

⁴³ GRIZIOTTI, Benvenuto. *Principios de ciencia de las finanzas*. Tradução e notas de Dino Jarach. Buenos Aires: Depalma, 1949, p. 375..

3. FUNDAMENTOS

Para que se tenha uma adequada exposição teórica da contribuição de melhoria, é essencial que sejam expostos os seus fundamentos, os alicerces sobre os quais se estruturam a disciplina e a razão do tributo em tela. Não basta conhecer o instituto, sendo imprescindível entender as suas razões, a sua base epistemológica, os valores que estão por trás de sua normatividade jurídica.

É de se destacar, nesta oportunidade, que mais de um fundamento dão sustentação à contribuição de melhoria. Trata-se de tributo com principiologia complexa, heterogênea, o que ressalta mais ainda sua rica cientificidade, fato de importância substantiva para a mais concreta aplicabilidade prática possível. Um tributo com bases sólidas é um tributo apto a ser aplicado com significativas chances de êxito.

Considerando-se essa heterogeneidade da fundamentação da contribuição de melhoria, será feita uma análise dúplice do tributo, separando-se os fundamentos jurídico e econômico. Ressalta-se, por óbvio, que a análise em apartado representa apenas a apresentação em etapas de um fenômeno complexo, sendo certo que o fundamento de índole jurídica não exclui a vertente econômica e vice-versa.

Todavia, reconhecendo-se que existem imbricações entre os pontos de vista e que é sempre problemática uma observação hermética, rematar-se-á a discussão com a abordagem de fundamentação que simbioticamente aborda tanto o lado jurídico como o econômico: a função social da propriedade e a relação desta com o papel das cidades na urbanização. Portanto, serão vistos os fundamentos jurídicos, a vertente econômica e por fim, em tópico distinto, será analisada a questão da função social da propriedade, que, inegavelmente, engloba as matrizes jurídica e econômica de forma indissociada.

Feitos esses registros, passa-se ao estudo do fundamento jurídico da contribuição de melhoria.

3.1. Fundamento jurídico

A noção de fundamento jurídico tem estreita relação com a busca da exata localização de um determinado instituto dentro de todo o sistema normativo. Em outras palavras, encontrar um fundamento de um instituto é o mesmo que fixar bem as suas bases, de modo a construir uma sólida disciplina para a sua mais adequada aplicação. Entender bem o fundamento de um instituto é dar razão e sentido às suas normas e, a partir daí, encontrar plena harmonia com todo o ordenamento. O resultado não pode ser outro a não ser uma aplicabilidade tendente à sua plenitude. Desta forma, pode dizer-se que o fundamento não é encontrado na norma posta, mas em todo o sistema de princípios que permeia o ordenamento jurídico.

Não obstante a constatação *supra*, verifica-se que há entendimentos mais restritivos. Ao dissertar sobre os fundamentos de um determinado instituto, GERALDO ATALIBA, em posição nitidamente positivista, é antagônico ao que se disse acima, ao afirmar que:

“O fundamento jurídico dos tributos, mais do que o dos demais institutos jurídicos, deve sempre ser procurado no direito positivo.

[...]

Só na falta de expressa previsão legal, deverá êle ser buscado na sistemática jurídica. Não tem, pois, cabimento, no Brasil, perquirir-se o fundamento *jurídico* da contribuição de melhoria na sistemática ou nos princípios. Está êle patente na Constituição Federal [...]”.⁴⁴ [sic] [grifos no original]

Em que pese a autoridade da opinião do citado jurista, deve-se entender, dentro do paradigma constitucional contemporâneo, pela imprescindibilidade do estudo e da aplicação dos princípios na sistemática de uma categoria jurídica, incluindo-se os tributos.

O Direito, com sua pretensão de promover a integração social, faz com que os princípios e direitos fundamentais sejam incorporados em ordens jurídicas concretas. Ora, a dimensão dada e os limites impostos aos pilares da igualdade e da liberdade

⁴⁴ NOGUEIRA, José Geraldo Ataliba. Op. cit., p. 83

variam de acordo com o paradigma vigente. Como é sabido, são registradas significativas diferenças entre as dimensões dadas à liberdade e à igualdade no Estado Liberal e no Estado Social, o que representa não só o surgimento de nova geração de direitos, mas a releitura dos institutos existentes, com base em uma nova “filtragem”.

Defendendo a idéia de um paradigma distinto dos mencionados – do Estado Liberal e do Estado Social -, temos a Teoria Discursiva do Direito e da Democracia, que rompe com os modelos explicativos tradicionais. Neste particular, supera-se a ideia de legalidade e passa-se para a legitimidade das normas jurídicas.⁴⁵

O Direito não deve ser visto como mera redução à norma jurídica, e a postura a ser adotada pelo intérprete deve ser aquela que dê a todo o Direito um caráter principiológico; o Direito, em sua pretensão de regular os comportamentos sociais e de promover a integração social, incorpora os valores jurídicos, os direitos fundamentais e os princípios em ordens jurídicas concretas. O paradigma hodierno é o da legitimidade das normas jurídicas e não o da legalidade. A pura e simples aplicação da norma não representa, no caso, a consagração da igualdade material. Deste modo, a aplicação do Direito deve ser feita com vistas a considerar a integridade de todo o ordenamento jurídico.

Existem duas teorias para a explicação da tensão existente entre os direitos fundamentais e as respectivas restrições. A primeira das teorias é a externa, que entende os direitos como, em princípio, ilimitados e, portanto, dependentes de uma limitação externa para que seja condicionado o seu exercício. Por outro lado, a teoria interna lança mão da ideia de que as limitações fazem parte do conteúdo do próprio direito fundamental, ideia que se coaduna com a concepção de um direito como parte de um ordenamento jurídico.

Confira-se trecho de texto escrito em co-autoria por GUILHERME SCOTTI e MENELICK DE CARVALHO NETTO, notadamente no ponto em que se critica negativamente a teoria externa:

“O problema central da chamada teoria externa é conceber os direitos como, a princípio, ilimitados, carecedores de atos externos legislativos, ou judiciais, para lhes emprestar limites de forma constitutiva. Ora, mesmo no silêncio do texto, qualquer

⁴⁵ Sobre a evolução da legalidade para a legitimidade, cf. NETTO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Mutações de Direito Administrativo*. 2ª ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2001.

direito, inclusive os clássicos direitos individuais, só pode ser compreendido adequadamente como parte de um ordenamento jurídico”.⁴⁶

Portanto, mostra-se importantíssimo o entendimento de um tributo, de uma instituição jurídica, de modo que suas normas sejam aplicadas da melhor maneira possível, atendendo-se às peculiaridades do caso concreto, da sociedade, do meio cultural e das circunstâncias que envolvem uma determinada hipótese de incidência.

A alegada obsessão pela busca da regra no direito positivo é resultado de concepção exacerbadamente positivista, vinculada à tipicidade fechada, que não mais se coaduna com a vertente atual, em que se privilegia a defesa dos direitos fundamentais e da justiça fiscal.⁴⁷

Vista a importância da análise dos fundamentos e de toda a principiologia que cerca um instituto, passa-se à exposição das principais correntes que explicam a contribuição de melhoria.

3.1.1. Princípio que veda o enriquecimento sem causa

O primeiro fundamento que pode ser citado para a contribuição de melhoria jaz no princípio jurídico que veda o enriquecimento sem causa. Princípio geral do Direito, permeia tanto os ramos do dito direito público como aqueles do direito privado. Traz, em linhas gerais, a obrigação de pagar em desfavor daquele que se enriquece às custas do empobrecimento de outrem, sem uma causa jurídica. Embora mais visto nas relações jurídicas privadas, o princípio não passa despercebido pelo direito tributário, servindo de fundamento para a repetição de indébito, prevista nos artigos 165 e 166 do CTN.⁴⁸

⁴⁶ SCOTTI, Guilherme; NETTO, Menelick de Carvalho. Limites internos e externos e o “conflito de valores”. In: *Os Direitos Fundamentais e a (In)certeza do Direito*. 1ª ed. Brasília: Editora Fórum, 2011, p. 120.

⁴⁷ Cf. DOMINGUES, José Marcos. *Direito Tributário e Meio Ambiente*. 3ª ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 116 *et seq.*

⁴⁸ Assim dispõem os artigos 165 e 166 do Código Tributário Nacional: “Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu

No Código Civil de 1916, a matéria vinha disciplinada entre os artigos 964 e 971, e no atual Código vem prevista entre os artigos 876 e 886. Os referidos dispositivos e o princípio que veda o enriquecimento sem causa tratam da questão do pagamento indevido, prevendo, como consequência, a possibilidade de repetição do valor pago em razão da ausência de causa jurídica idônea.⁴⁹

Fonte de inspiração para o direito civil pátrio, a doutrina francesa estabelece os seguintes requisitos para a caracterização do enriquecimento sem causa: (i) o empobrecimento de um e correlativo enriquecimento de outro; (ii) ausência de culpa do empobrecido; (iii) ausência de interesse pessoal do empobrecido; (iv) ausência de causa e; (v) ausência de uma outra ação pela qual o empobrecido possa reaver a sua perda patrimonial. A consequência da situação fática descrita é a obrigatoriedade de repetição do pagamento, sob pena de admitir o ordenamento jurídico o enriquecimento de uns com a jactura de outrem.⁵⁰

Os exemplos citados no tópico anterior (*special assessment, bettement tax etc.*) partem dessa elementar premissa, visando-se, primordialmente, a corrigir-se a injustiça fiscal decorrente do enriquecimento de alguns, proporcionado por obras públicas que são custeadas por toda a sociedade.⁵¹ Neste ponto, portanto, seria em princípio suficiente o embasamento do tributo em questão pelo princípio que veda o enriquecimento sem causa.

Todavia, o entendimento esposado acima não é pacífico. Corrente doutrinária da qual faz parte GERALDO ATALIBA,⁵² por exemplo, refuta a ideia de que o fundamento jurídico da contribuição de melhoria estaria no princípio que veda o enriquecimento sem causa, sob o argumento de que, antes da lei instituidora do tributo, o enriquecimento é

pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos: I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido; II - erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento; III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória. Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la" (BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966).

⁴⁹ Assim reza o artigo 876 do Código Civil: "Art. 876. Todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir; obrigação que incumbe àquele que recebe dívida condicional antes de cumprida a condição" (BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil).

⁵⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Volume 2. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 205.

⁵¹ RICARDO LOBO TORRES, ao discorrer sobre os possíveis fundamentos da contribuição de melhoria, fala que é tecnicamente mais correta a expressão enriquecimento imerecido, em vez de enriquecimento sem causa, embora não indique a razão para a preferência vocabular (TORRES, Ricardo Lobo. Op. cit., p. 502).

⁵² NOGUEIRA, José Geraldo Ataliba. Op. cit., p. 83.

lícito, só passando à condição oposta após a instituição e cobrança da contribuição de melhoria. Ora, o raciocínio do citado autor parte da seguinte cadeia lógica: o direito é um sistema de tutelas, ou seja, uma norma jurídica está sempre a proteger um determinado interesse;⁵³ vale dizer: segundo o direito, o que não é proibido é permitido; logo, um enriquecimento sem causa é um enriquecimento tutelado pelo direito;⁵⁴ desta maneira, antes do advento da lei instituidora da contribuição de melhoria, todo enriquecimento em razão de obra pública é permitido, lícito e que, desta forma, tem causa.⁵⁵ Dada a relevância da opinião do abalizado Professor, transcreve-se trecho de sua obra:

“Assim, antes da consagração do instituto da contribuição de melhoria, no Brasil, toda vez que alguém se enriquecia em virtude de valorização trazida a seu imóvel por obra pública, êsse enriquecimento era lícito, legítimo e tinha causa amparada pela ordem jurídica, porque não havia a infirmação dessa causa. Entretanto, a partir do momento em que surgiu a lei criando a contribuição de melhoria – que consiste em a administração atribuir-se a valorização decorrente das obras por ela empreendidas – ficou desamparado, sob o aspecto jurídico, o enriquecimento que anteriormente era lícito”.⁵⁶[sic]

Com a devida vênia, é possível ver uma impropriedade no raciocínio do eminente Professor GERALDO ATALIBA. O erro está justamente em confundir – como é feito por muitos – os conceitos de enriquecimento sem causa e de enriquecimento ilícito: enquanto este é resultado de um ato contrário ao Direito, em desacordo com as normas postas, aquele é fruto de um pagamento sem causa.⁵⁷ O enriquecimento sem causa não se confunde com enriquecimento ilícito e este é o primeiro ponto digno de nota nesta abordagem.

É se lembrar que, sob o ponto de vista juspositivo, a aludida posição de GERALDO ATALIBA vai de encontro ao conceito de tributo, previsto no artigo 3º do Código Tributário Nacional. Com efeito, o citado dispositivo é categórico ao afirmar que, dentre outras características essenciais, o tributo é prestação pecuniária compulsória que não constitui sanção de ato ilícito. Trata-se de cláusula essencial no conceito, como forma definitiva de se estrear o tributo das multas.

⁵³ *Ibid.*, p. 80.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 81.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 81.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 81.

⁵⁷ No mesmo sentido, é a posição de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA: “Muito embora a literatura jurídica nacional reclame a sistematização do instituto do enriquecimento sem causa, que alguns confundem com a idéia de *ilícito*, mas sem razão [...]” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 206). [grifos no original]

Ora, de acordo com GERALDO ATALIBA, se se admite que o tributo tenha como fundamento o enriquecimento sem causa, pode-se dizer que ficam caracterizados dois momentos distintos: um, anterior à lei instituidora, em que a valorização não é contrária ao direito; outro, após a lei instituidora, em que a valorização reveste-se de antijuridicidade. Consoante GERALDO ATALIBA, a lei instituidora da contribuição de melhoria - se se admitisse o entendimento segundo o qual deve ser vedado o enriquecimento sem causa por meio deste tributo - tornaria a valorização imobiliária decorrente de obras públicas algo contrário ao direito. Pode-se concluir, destarte, que o tributo representaria, neste caso, sanção de ato ilícito. Eis, portanto, um flagrante equívoco na consideração do respeitado Professor.

Ademais, deve ser ressaltado que o enriquecimento é não apenas fundamento da contribuição de melhoria, mas consequência de sua não-cobrança. E talvez esteja aí o cerne, a origem da confusão feita por GERALDO ATALIBA. O fundamento da contribuição de melhoria é o enriquecimento sem causa que deriva da obra pública. Se não houver a cobrança, alguns enriquecem-se às custas do Erário, às custas dos esforços de toda a coletividade. O próprio GERALDO ATALIBA é claro, ao exemplificar caso de aplicação de contribuição de melhoria; que a sua não instituição teria como consequência o *enriquecimento* de um grupo de proprietários em detrimento da massa que pagou pela obra:

“Formulemos preciso exemplo: em determinada cidade, a administração, tendo em vista – o que é axiomático – o bem geral e as conveniências sociais, alarga e repavimenta determinada artéria, de maneira a transformá-la em esplêndida avenida. Tício possui prédio que vale X, na sua vizinhança. É evidente que, ao completar-se a obra, o valor da obra aumenta sensivelmente. Figuremos que tal aumento seja de Y. Temos, afinal, que o imóvel passou a valer X + Y. Assim, sem qualquer participação de Tício até mesmo a despeito de sua inércia, enriquece-se seu patrimônio [...]”.⁵⁸

Portanto, não se deve olvidar o princípio que veda o enriquecimento sem causa como um dos fundamentos o tributo.⁵⁹ A consideração do princípio é fundamental para estruturar-se sua disciplina, notadamente na aplicação de seus requisitos essenciais: valorização e obra pública. Em cotejo com demais vetores, o princípio em tela será essencial para que se conclua pela imprescindibilidade da valorização imobiliária para a

⁵⁸ NOGUEIRA, José Geraldo Ataliba. Op. cit., pp. 17-18.

⁵⁹ ALIOMAR BALEEIRO afirma: “Daí a justificação do tributo pelo princípio do enriquecimento sem causa, peculiar ao Direito Privado. Se o Poder Público, embora agindo no interesse da coletividade, emprega vultosos fundos desta em obras restritas a certo local, melhorando-o tanto que se observa elevação do valor dos imóveis aí situados, com exclusão de outras causas decorrentes da diligência do proprietário, impõe-se que este, por elementar princípio de justiça e de moralidade, restitua parte do benefício originado do dinheiro alheio” (BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro...* p. 570).

cobrança da contribuição de melhoria e é base de apoio para a regra segundo a qual o *quantum* a ser pago tem estrita relação com o *plus* que o proprietário teve no valor de seu imóvel.

Em outros termos, o enriquecimento sem causa é fundamento e base de aplicação das normas referentes à contribuição de melhoria. Não se pode desconsiderar o princípio em tela na aplicação prática do tributo, sob pena de serem desvirtuados os objetivos fiscais e extrafiscais existentes.

Há que se ressaltar, ainda, a estreita relação que o princípio em tela tem com a capacidade contributiva. Com efeito, o enriquecimento de uns às custas de outros representa maior capacidade tributável, surgindo a necessidade da tributação sobre a *mais valia*. Caso contrário, ter-se-á não apenas o enriquecimento como também a violação do princípio da igualdade, que deve ser buscada a todo modo pela norma tributária.

Feitas as considerações acima, merece atenção um interessante registro doutrinário. Considerando-se a acolhida que o princípio que veda o enriquecimento sem causa tem em parcela significativa da doutrina, é de se reconhecer que existe, por via de consequência, uma alternativa à fundamentação em tela: trata-se do embasamento pela regra que visa a corrigir os efeitos negativos do pagamento indevido. Tal possibilidade é apresentada, por exemplo, por CARLOS ROBERTO MARQUES,⁶⁰ como aplicação do artigo 876, do Código Civil, que representa o axioma segundo o qual o proprietário que recebe indevidamente uma valorização fruto de obra pública é obrigado a restituir o que recebeu.

Apesar da aparente distinção de fundamentos, deve entender-se haver, na verdade, dois momentos distintos de um mesmo fato. O pagamento indevido implica enriquecimento sem causa e, pode-se dizer, portanto, que este é consequência daquele. Não é por outra razão que são descritos os mesmos dispositivos legais e as mesmas objeções teóricas em ambos os casos.⁶¹

Feitas essas considerações, passa-se à análise de outro fundamento apresentado pela doutrina: o princípio do custo/benefício.

⁶⁰ MARQUES, Carlos Roberto. Op. cit., pp. 27 *et seq.*

⁶¹ Cf. MARQUES, Carlos Roberto. Op. cit., p. 28.

3.1.2. Princípio do custo/benefício

O Professor RICARDO LOBO TORRES chama a atenção para o fato de que o fundamento com base no enriquecimento sem causa seria insuficiente para a fundamentação da contribuição de melhoria:

“A teoria do *enriquecimento indevido*, utilizada também pelos aspectos da corrente que atribui demasiada importância à *valorização*, não explica melhor o fundamento da contribuição de melhoria. Sendo princípio próprio do direito privado, não tem aplicabilidade na conceituação dos tributos. Demais disso, necessitaria da sua contrapartida representada pelo princípio do empobrecimento sem causa (do ente público), para que pudesse se tornar produtivo no Direito Tributário. Acrescente-se, ainda, que a mais-valia não tributada pela contribuição de melhoria pode se transformar num enriquecimento imerecido, mas não num enriquecimento sem causa. Finalmente, esse princípio levaria à obrigatoriedade da cobrança da contribuição de melhoria em todos os casos de realização de obra pública, coisa que não ocorre, como veremos adiante”.⁶² [grifos no original]

Ao que parece, existe um desvio de perspectiva do Professor RICARDO LOBO TORRES. Em primeiro lugar, como já ressaltado anteriormente, é largamente aceito o entendimento de que o princípio que veda o enriquecimento sem causa tem aplicação não apenas no direito privado, mas também nos ramos predominantemente de interesse público, tal como sucede com o Direito Tributário e com o Direito Financeiro. GERALDO ATALIBA dá exemplo de aplicação do princípio em ramo fora do direito privado:

“Ocorrendo hipótese de, não importa por qual circunstância, ser pago qualquer tributo *em excesso*, em quantia superior à devida, tem direito o contribuinte de exigir a *repetição do excesso*. O mesmo na hipótese de tributo não devido. O fundamento pelo qual o faz e que deve ser reconhecido pelo fisco – e se não o for, há de ser pelo judiciário – é o enriquecimento *sem causa* do poder público”.⁶³ [grifos no original]

⁶² TORRES, Ricardo Lobo. Op. cit., p. 502.

⁶³ NOGUEIRA, José Geraldo Ataliba. Op. cit., p. 92. A propósito, há Súmula do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto: “Súmula nº 546: Cabe a restituição do tributo pago indevidamente, quando reconhecido por decisão, que o contribuinte “de jure” não recuperou do contribuinte “de facto” o “quantum” respectivo”.

Acompanha-se, pois, neste ponto, a opinião de GERALDO ATALIBA, seguida por CARLOS ROBERTO MARQUES,⁶⁴ no sentido de que, se por um lado o princípio que veda o enriquecimento sem causa não é aplicado no Direito Financeiro nos exatos moldes como é aplicado no direito privado, por outro lado não se pode deixar de reconhecer a sua importância e aplicabilidade nas questões relativas a tributos, ingressos financeiros etc. É por esta razão que não faz sentido a colocação de RICARDO LOBO TORRES, pela imprescindibilidade de empobrecimento do poder público na hipótese de enriquecimento sem causa do proprietário de imóvel valorizado pela obra pública. Se é certo que no direito privado se raciocina com um binômio enriquecimento/empobrecimento de forma mais nítida, tal não sucede nas relações que permeiam o Direito Financeiro, por serem de natureza radicalmente distinta daquelas disciplinadas pelo Direito Civil.

Em segundo lugar, o Professor RICARDO LOBO TORRES não esclarece a distinção entre enriquecimento imerecido e enriquecimento sem causa. Pelo que se expôs até aqui, com citação de raízes históricas como o *betterment tax* e o *special assessment*, a ideia que se tem é de que ambos os institutos – e, conseqüentemente, a contribuição de melhoria – derivaram da teoria que busca evitar o enriquecimento imerecido de alguns às custas de outrem. Destarte, não se vislumbra, com a devida vênia, distinção entre as expressões.

Por fim, analisa-se o argumento segundo o qual o princípio que veda o enriquecimento sem causa levaria à cobrança da contribuição de melhoria em todos os casos em que fosse realizada obra pública. Não há que se concordar com essa colocação. O princípio que veda o enriquecimento sem causa baseia-se na premissa de que deve ser sanado o vício que é causado pelo enriquecimento de uns em razão da realização de obras públicas custeadas pela coletividade.⁶⁵ Ora, não havendo enriquecimento, não há que se falar em cobrança de contribuição de melhoria, mesmo que tenha havido obra pública. Há obras públicas que valorizam imóveis particulares; há obras públicas que nenhuma repercussão financeira têm sobre imóveis e há ainda as

⁶⁴ MARQUES, Carlos Roberto. Op. cit., p. 21.

⁶⁵ São as palavras de ROQUE ANTONIO CARRAZZA: “Queremos ainda destacar que a contribuição de melhoria é um tributo eminentemente social. Por meio dele, o proprietário que, sem nada ter feito para isto, recebe da comunidade um especial benefício (a valorização de seu imóvel) devolve-lhe uma parcela de seu, por assim dizer, ‘enriquecimento sem causa’ (isto é, do sobrevalor acrescido a seu patrimônio em virtude de uma obra pública, para a qual toda a sociedade concorreu)” (CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 499-500).

obras públicas que desvalorizam os imóveis.⁶⁶ A contribuição de melhoria só seria aplicada no primeiro dos casos, em razão de sua própria natureza e de seus requisitos fundamentais. A conclusão do Professor RICARDO LOBO TORRES parece equivocada por associar o princípio que veda o enriquecimento sem causa a apenas um elemento da contribuição de melhoria.

Explica-se melhor: para RICARDO LOBO TORRES, o fato de obra pública e valorização serem requisitos indispensáveis à contribuição de melhoria⁶⁷ faz com que seja incorreto o apego a apenas um pólo da hipótese de incidência do tributo: a valorização do imóvel. Em outras palavras, para o referido autor, o enriquecimento sem causa representaria apenas um dos requisitos da contribuição de melhoria (valorização), e o tributo seria aplicado de forma indevida.

Do mesmo modo, a título argumentativo, se se vincula o princípio que veda o enriquecimento sem causa não à valorização, mas ao custo da obra – pois assim os particulares teriam ganhos com os gastos feitos pela coletividade e deveriam, portanto, devolver os valores pagos – a conclusão também não pode ser diferente. É fato que os gastos são feitos por toda a coletividade, mas apenas e tão-somente as obras que implicam valorização dos imóveis particulares é que devem fazer parte da hipótese de incidência da contribuição de melhoria. Se o tributo é sobre *melhoria*, não há que se cogitar da absurda possibilidade de se tributar o contribuinte em caso de obra pública, mesmo que não tenha havido a mais ínfima valorização.

Destarte, parece que existe uma impropriedade na afirmação do Professor RICARDO LOBO TORRES, ao entender que o princípio que veda o enriquecimento sem causa daria ensejo à aplicação da contribuição de melhoria em todos os casos em que houvesse obra pública. Ora, se o princípio que veda o enriquecimento sem causa vincula-se à *valorização* do imóvel - o raciocínio é o mesmo se se entender que o princípio que veda o enriquecimento sem causa vincula-se não à valorização, mas ao custo da obra - em razão da obra pública custeada por todos, não há como se entender pela aplicação do tributo em todos os casos em que houver obra pública. A conclusão é lógica e a relação de causa e efeito dá-se da seguinte maneira: existe *valorização* em

⁶⁶ Neste último caso há a hipótese de responsabilidade civil do Estado. ROQUE ANTONIO CARRAZZA traz o exemplo do Elevado Costa e Silva, em São Paulo: “No caso, não se cogitou sequer cobrar contribuição de melhoria dos proprietários de tais imóveis. Pelo contrário, a Justiça, partindo do princípio de que o Poder Público, mais do que qualquer particular, se causa de danos, deve ressarcir-los, mandou indenizar os que bateram às suas portas” (CARRAZZA, op. cit., p. 497).

⁶⁷ TORRES, Ricardo Lobo. Op. cit., p. 488.

razão da obra pública; logo, existe um *enriquecimento sem causa*; diante disso, há competência para instituição e cobrança de contribuição de melhoria. Ao que tudo indica, a exacerbação do fundamento pelo princípio que veda o enriquecimento sem causa teria, de acordo com a doutrina de RICARDO LOBO TORRES e seguindo o silogismo acima, como consequência a falta de limite pelo custo da obra. Em outros termos, o princípio que veda o enriquecimento sem causa daria maior importância ao benefício deixando de lado o custo.

A propósito, não é incomum o entendimento acima. BERNARDO RIBEIRO DE MORAES, ao discorrer sobre o histórico do tributo no Brasil, destaca que o Decreto-lei nº 195, de 24 de fevereiro de 1967, na época da sua edição, teria disciplinado totalmente a matéria referente à contribuição de melhoria e, portanto, retirado a eficácia dos artigos 81 e 82 do CTN,⁶⁸ editados sob a égide da Emenda Constitucional 18, de 1º de dezembro de 1965.

Portanto, se antes os artigos 81 e 82 do CTN faziam necessárias a obra pública e a valorização, com o advento do Decreto-lei nº 195/67, estes requisitos, segundo o entendimento de alguns, tornaram-se dispensáveis.

Como forma de melhor entender o panorama descrito, é de se transcrever o dispositivo constitucional sob a égide da Emenda nº 18, de 1965. Confira-se:

“Art. 19 – Compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, cobrar contribuição de melhoria para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado”.⁶⁹

Em suma, de acordo com BERNARDO RIBEIRO DE MORAES, a Emenda Constitucional 18, de 1965 teria criado os dois limites para a contribuição de melhoria (custo da obra e valorização individual); o Código Tributário Nacional foi editado no ano seguinte com os mesmos requisitos; e o Decreto-lei 195, por sua vez, teria retirado a eficácia dos dispositivos do CTN, tornando-se desnecessária a limitação pela valorização individual. Bastaria, pois, o custo da obra como limite.

⁶⁸ MORAES, Bernardo Ribeiro de. Op. cit., p. 572. Entendimento acompanhado por AIRES BARRETO (BARRETO, Aires F. Op. cit., p. 645). Também entendendo pela revogação do Decreto-lei 195/67, há a posição de SACHA CALMON NAVARRO COELHO (COELHO, Sacha Calmon Navarro. Op. cit., pp. 77 *et seq.*).

⁶⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1946). Emenda Constitucional nº 18, de 1º de dezembro de 1965.

O panorama modificou-se com a Constituição de 1967. O texto da citada carta constitucional é o seguinte:

“Art 19 - Compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios arrecadar:

[...]

III - contribuição de melhoria dos proprietários de imóveis valorizados pelas obras públicas que os beneficiaram.

[...]

§ 3º - A lei fixará os critérios, os limites e a forma de cobrança, da contribuição de melhoria a ser exigida sobre cada imóvel, sendo que o total da sua arrecadação não poderá exceder o custo da obra pública que lhe der causa”.⁷⁰

Apesar de inexistir disposição expressa no sentido de que deve ser respeitado o limite individual de cada valorização, o texto transcrito fala em *imóveis valorizados*, razão suficiente para se concluir pela imprescindibilidade da limitação pelo valor agregado a cada imóvel beneficiado.⁷¹

Com a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, restabeleceu-se no texto da Lei Maior a exigência de respeito ao limite individual da valorização para a cobrança da contribuição de melhoria, *in verbis*:

“Art. 18 – Além dos impostos previstos nesta Constituição, compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir:

[...]

II – contribuição de melhoria, arrecadada dos proprietários de imóveis valorizados por obras públicas, que tenha como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado”.⁷²

Reacendeu-se a polêmica após a Emenda Constitucional 23, de 01.12.1983.⁷³ ROQUE ANTONIO CARRAZZA, por exemplo, embora sustente serem necessários os dois requisitos – obra pública e valorização – entende inexistir o limite global pelo custo da obra:

“Portanto, a interpretação sistemática do art. 145, III, da CF leva-nos à insofismável conclusão de que não é qualquer obra pública que pode ensejar a instituição (por meio

⁷⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967.

⁷¹ MORAES, Bernardo Ribeiro de. Op. cit., p. 575.

⁷² BRASIL. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969.

⁷³ Assim dispunha o artigo 18, II, da referida Emenda: “Além dos impostos previstos nesta Constituição, compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir: [...] contribuição de melhoria, arrecadada dos proprietários de imóveis valorizados por obras públicas [...]” (BRASIL. Emenda Constitucional nº 23, de 1º de dezembro de 1983. Altera dispositivos da Constituição Federal).

de lei) e a cobrança (por meio de providências administrativas) de contribuição de melhoria, mas, tão-somente, *a obra pública que provoca valorização imobiliária*.

[...]

Observamos, por outro lado, que, com a nova Constituição, caiu o limite global de arrecadação da contribuição de melhoria. No regime constitucional anterior, o total arrecadado, a título de contribuição de melhoria, não podia superar o custo total da obra pública que desencadeara a valorização dos imóveis vizinhos.

Agora, esta preocupação não precisa mais assaltar as entidades tributantes. Elas lançarão e arrecadarão o tributo de todas as pessoas que tiveram seus imóveis valorizados pela obra pública, independentemente de o total arrecadado superar, ou não, o montante das despesas realizadas”⁷⁴. [grifos no original]

No mesmo sentido é o entendimento de BERNARDO RIBEIRO DE MORAES.

“*Suprimiu-se*, assim, da contribuição de melhoria, a exigência da comprovação, em relação a cada imóvel beneficiado com obra pública, do acréscimo de valor obtido, ou a comprovação individualizada dos limites de valores em relação ao custo da obra. A pretexto de se simplificar a cobrança da contribuição de melhoria, suprimiu-se o limite individual da mesma e substituiu-se ‘imóveis valorizados’ por ‘imóveis beneficiados’. O fato gerador da contribuição de melhoria deixou de ser o acréscimo de valor do imóvel para ser o benefício”⁷⁵.

Assim também pensa AIRES BARRETO:

“Parece-nos que a contribuição de melhoria mudou, apenas, no pertinente à eliminação do limite global. Com isso, esse tributo ressurgiu aprimorado, porquanto a previsão desse teto – constante das Constituições anteriores – deformava a pureza do instituto como doutrinariamente concebido. É sabido que obras há acarretadoras de grande valorização imobiliária, embora de custo pouco expressivo; contrariamente, outras são geradoras de pequena valorização, embora o custo das obras seja altíssimo.

Concebida e prevista para recuperar o enriquecimento sem causa de proprietários de imóveis valorizados por obras públicas, nenhum sentido teria – como não tem – limitar-se a recuperação pela sociedade (representada pelo Estado) apenas de parte da valorização de imóvel (para a qual o proprietário não deu causa). Se a obra foi custeada pela sociedade, se não se deve ao proprietário a desusada valorização do imóvel, o montante da valorização deve reverter à sociedade, pouco importando o custo da obra”⁷⁶.

Com a devida vênia a seus brilhantes defensores, a tese esposada acima não passa pelo crivo do Código Tributário Nacional e da Constituição Federal. Com efeito, a despeito de opiniões em sentido contrário⁷⁷ e conforme já ressaltado, o Código Tributário Nacional está em vigor na parte referente à contribuição de melhoria. Não se deve acompanhar o entendimento de que os artigos 81 e 82 do CTN teriam sido revogados pelo Decreto-lei 195/67 e que este ato normativo, por sua vez, não teria sido

⁷⁴ CARRAZZA, Roque Antonio. Op. cit., pp. 497-502.

⁷⁵ MORAES, Bernardo Ribeiro de. Op. cit., p. 576.

⁷⁶ BARRETO, Aires F. Op. cit., p. 620.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 645.

recepcionado Emenda Constitucional 23/83. Segue-se, neste particular, o escólio de ARX TOURINHO, no sentido de que o artigo 81 do CTN definira a contribuição de melhoria e que o Decreto-lei 195/67, embora posterior, não tratou da mesma matéria. Ademais, a Emenda Constitucional citada refere-se a benefício, o que não é incompatível de maneira alguma com a expressão “acréscimo de valor”, constante do Decreto-lei. Essas são as palavras do autor:

“A aludida Emenda, cuidando, apenas, de benefício agregado ao imóvel e excluindo o denominado ‘acréscimo de valor’, realmente facilitou, porém, não houve legislação infraconstitucional nesse sentido, mantendo-se o legislador inerte. Mas, daí dizer-se que o Decreto-lei nº 195/67 jaz incompatível com a norma constitucional, parece-nos existir grande distância”.⁷⁸

O tema levantou controvérsias e não foram poucas as questões levadas ao Pretório Excelso objetivando-se solucionar a dúvida. Afinal de contas, seria possível a cobrança da contribuição de melhoria considerando-se apenas o custo da obra, prescindindo-se da valorização? Em julgamento de Recurso Extraordinário, o Supremo Tribunal Federal decidiu, de forma unânime a acompanhando voto do Ministro Relator Octavio Gallotti, pela indispensabilidade da valorização imobiliária. Transcreve-se abaixo trecho do aludido voto:

“A Emenda Constitucional nº 23, de 1983, ao reduzir a expressão literal do texto anterior, revela, sem dúvida, a preocupação de eliminar as inegáveis dificuldades práticas, de mensuração da exigência, advindas da necessidade de respeitar-se o valor acrescido ao imóvel, como resultado da obra pública.

Mas a circunstância de deixar de ser explícita, no permissivo constitucional (mais ainda abreviado na Carta de 1988), essa limitação da base de cálculo, não desfigura o fato gerador próprio do tributo, como bem fixado pelo eminente Ministro CARLOS VELLOSO, com sólido apoio doutrinário nos precedentes a que me referi [RREE 115.863 e 116.147]:

‘A hipótese de incidência continuou sendo a *valorização imobiliária* decorrente de obra pública, certo que a dicção *imóvel beneficiado* não tem outra significação que *imóvel valorizado*’ [grifos no original, RTJ 138/623].

Versando, em conteúdo e declaradamente, o mérito da controvérsia tributária, resolveu-a, a maioria do Tribunal *a quo*, em franca oposição à tese acima registrada, claramente afastando o requisito da valorização.

[...]

Conheço, portanto, do recurso e dou-lhe provimento para conceder a segurança, restabelecendo a sentença de primeiro grau”.⁷⁹

⁷⁸ TOURINHO, Arx. *Comentários ao Código Tributário Nacional: (Lei nº 5.172, de 25.10.1966)*. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). 1ª ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 162.

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 116.148-5/SP, Rel. Min. Octavio Gallotti, Brasília, DF, publicado no DJ de 21.05.1993, ementário nº 1704-2. No mesmo sentido, cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 115.863-8/SP, Rel. Min. Célio Borja, Brasília, DF, publicado no DJ de 08.05.1992, ementário vol. 01660-03, pp. 520, RTJ vol. 138-02, pp. 600, com a seguinte ementa: “RECURSO

Em decisão relativamente recente, o Supremo Tribunal Federal, pela pena do Ministro Relator, Joaquim Barbosa, em caso em que Tribunal estadual havia entendido ser desnecessária a aplicação de limite individual na cobrança da contribuição de melhoria, assentou o seguinte no voto proferido:

“[...] Se norma geral em matéria tributária estabelece a necessidade de aferimento do benefício individual experimentado pelo contribuinte, e lei local ou outros atos administrativos-normativos não observam tal parâmetro, a violação, se existente, seria diretamente do texto de lei complementar de normais gerais. A violação constitucional seria, quando muito, indireta ou reflexa”.⁸⁰ [grifos no original]

Por esta razão, e como forma de enfatizar o duplice aspecto da hipótese de incidência da contribuição de melhoria, é que, para RICARDO LOBO TORRES, o verdadeiro fundamento do tributo estaria no princípio do custo/benefício:

O princípio que melhor se adapta à contribuição de melhoria é o do custo/benefício. Cuida-se de custo e benefício integrados na mesma equação, em ponderação permanente. O princípio do custo/benefício exibe-se simetricamente à problemática *mais-valia/despesa pública*, no concernente ao fundamento do tributo.⁸¹ [grifos no original]

Ora, segundo RICARDO LOBO TORRES, o princípio estaria relacionado à dualidade de fenômenos que se deve fazer presente na hipótese de incidência da contribuição de melhoria: despesa (custo) e valorização (benefício).⁸² Contudo, essa dualidade teria sido deixada de lado com o apego à doutrina italiana, que dá maior

EXTRAORDINÁRIO. Constitucional. Tributário. Contribuição de melhoria. ART. 18, II, da CF/67, com redação dada pela EC n. 23/83. Recapeamento asfáltico. Não obstante alterada a redação do inciso II do art. 18 pela Emenda Constitucional n. 23/83, a valorização imobiliária decorrente de obra pública - requisito insito a contribuição de melhoria - persiste como fato gerador dessa espécie tributária. Hipótese de recapeamento de via pública já asfaltada: simples serviço de manutenção e conservação que não acarreta valorização do imóvel, não rendendo ensejo a imposição desse tributo. RE conhecido e provido”. Em outra decisão, cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 116.147-7, Rel. Min. Célio Borja, Brasília, DF, publicado no DJ de 08.05.1992, ementário nº 1660-3, com a seguinte ementa: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Constitucional. Tributário. Contribuição de melhoria. Art. 18, II, CF/67, com a redação dada pela EC n. 23/83. Não obstante alterada a redação do inciso II do art. 18 pela Emenda Constitucional n. 23/83, a valorização imobiliária decorrente de obra pública - requisito insito a contribuição de melhoria - persiste como fato gerador dessa espécie tributária. RE conhecido e provido”. No referido acórdão, destaca-se trecho do voto do Ministro Relator: “[...] Assim é que não vejo como se possa seguir a posição adotada pelo v. acórdão recorrido [no sentido de se dispensar a valorização individual], sob pena de [...] descaracterizar-se totalmente o tributo em tela, visto que A CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA ESTÁ SEMPRE CONDICIONADA À VALORIZAÇÃO DO IMÓVEL”.

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 228.339 – AgR/PR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Brasília, DF, decisão de 20 de abril de 2010 e publicada no DJe nº 96, de 28.05.2010, ementário nº 2403-4.

⁸¹ TORRES, Ricardo Lobo. Op. cit., pp. 503-504. Acompanhando o entendimento segundo o qual são indispensáveis os dois limites, o global e o individual, cf. OLIVEIRA, Bernardo A. Cardoso. In: GOMES, Marcus Lívio; ANTONELLI, Leonardo Pietro (coord). *Curso de direito tributário brasileiro. Curso de direito tributário brasileiro*. Volume 2. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 278.

⁸² TORRES, Ricardo Lobo. Op. cit., p. 504.

ênfase à teoria do benefício e, conseqüentemente, à valorização imobiliária.⁸³ Para o citado Professor, a teoria do custo/benefício, portanto, seria corolário da necessidade inarredável dos dois pressupostos: valorização e obra pública. Ou seja: por não ser suficiente a valorização sem obra pública nem vice-versa; por serem necessários os dois citados requisitos é que o mencionado autor entende pela fundamentação por meio do princípio do custo/benefício.

Para a teoria do custo/benefício, a valorização geral é remunerada pelos impostos ao passo que é tributada por meio da contribuição de melhoria a valorização excedente aos ganhos que a população tem com a obra pública.

Parece que a aparente divergência quanto ao fundamento do tributo ocorre em razão da perspectiva em que é observado o fenômeno. Como dito, dois são os requisitos necessários à cobrança da contribuição de melhoria: a realização de obras públicas e a valorização imobiliária.

Ademais, os institutos que funcionaram como germe das contribuições de melhoria – dentre os quais se destaca o *special assessment* – foram desenvolvidos notadamente em face da valorização imobiliária sem qualquer esforço do proprietário. Vale dizer: o princípio do enriquecimento sem causa não pode ser olvidado neste ponto, pois a valorização é da essência da contribuição de melhoria, e é o enriquecimento imerecido o ponto de partida para a adequada disciplina dos tributos de que se trata.

Em outras palavras, na contribuição de melhoria justapõem-se dois elementos distintos, determinando-se entre eles uma relação simbiótica que dá um aspecto unitário ao fenômeno: a valorização imobiliária e a realização da obra pública. No que se refere ao primeiro aspecto, é o princípio do enriquecimento sem causa – ou imerecido – o principal fundamento; no que se refere ao segundo é que se encontrará suporte no elemento *custo* do binômio *custo/benefício*. Ressalte-se que o custo/benefício não deve significar que deva existir equivalência entre o que se paga e o que se recebe. Haveria, neste caso, um erro flagrante ao considerar-se a contribuição de melhoria como uma contraprestação. O que se pode dizer é que o princípio que veda o enriquecimento sem causa é fundamento da contribuição de melhoria à medida em que busca fazer com que sejam ressarcidos os cofres públicos pela valorização que alguns tiveram em razão de

⁸³ TORRES, Ricardo Lobo. Op. cit., p. 504. Por esta razão é que alguns autores, como o já citado ROQUE ANTONIO CARRAZZA, sustentam um apego exacerbado ao elemento valorização, desconsiderando o custo total da obra como limite à cobrança do tributo (CARRAZZA, Roque Antonio. Op. cit., p. 502).

obras públicas custeadas por todos. Por outro lado, não bastam a valorização e a vedação do enriquecimento sem causa, sob pena de se tributar irrestritamente aqueles que fossem beneficiados. É necessário que haja um limite, e considerar-se o custo da obra e a relação de custo/benefício, sem se perquirir uma equivalência típica de prestação/contraprestação, é um importante passo para a caracterização correta da contribuição de melhoria.

Em suma: como não se pode esquecer da valorização imobiliária – pois é ela da essência da contribuição de melhoria – não deixaremos de nos referir ao princípio do enriquecimento sem causa como seu fundamento. Por outro lado, como deve haver um limite na cobrança do tributo e como este limite é feito pela valorização individual e pelo custo total da obra, o princípio do custo/benefício pode ser de salutar aplicabilidade ao tributo, contudo restrita, como se expõe a seguir.

Assim é que pode-se dizer que o custo/benefício não é propriamente um fundamento da contribuição de melhoria, mas um importante elemento a ser considerado no aspecto quantitativo do fato gerador do tributo, a ser ponderado nos limites individual e total do que será cobrado do contribuinte. O custo/benefício é antes uma conclusão que se tem ao se conhecer a contribuição de melhoria. Ora, o fundamento deve ser anterior ao tributo, e não uma mera descrição de suas faces e vértices.

Considerar o custo/benefício como fundamento da contribuição de melhoria é o mesmo que atribuir como sua base dois elementos que são consequência de tributo já maduro. Em outras palavras, a consideração pelo custo e pelo benefício, tal como sustenta RICARDO LOBO TORRES, nada mais é do que a descrição de dois elementos do tributo em si; é a apresentação de dois caracteres essenciais. No entanto, por trás desses caracteres, existe um fundamento. O fundamento é anterior; a consideração pelo custo/benefício são consequentes. Dentro deste panorama, pode-se dizer que o fundamento é essencialmente outro, embora não se possa desconsiderar, obviamente, o custo/benefício, de modo que o fundamento se ajuste perfeitamente à realidade e à disciplina jurídica exigida pela razão que demanda a contribuição de melhoria.

Feitas estas considerações, pode-se dizer, finalmente, que o verdadeiro fundamento da contribuição de melhoria reside em dois princípios: o que veda o enriquecimento sem causa e a capacidade contributiva. Esta justifica e fundamenta o

tributo, e ganhará, em sua disciplina, as feições que caracterizam considerações importantes sobre o custo, sobre o benefício, sobre valorização imobiliária.

Em outras palavras, tributar o enriquecimento sem causa nada mais é do que evitar que o surgimento de capacidade contributiva – leia-se, de riqueza – às custas dos esforços de todos passe incólume pelo poder fiscal do Estado. Deve-se deixar bem claro que a tributação visando a evitar-se enriquecimento sem causa representa importante manifestação do princípio da capacidade contributiva. Tributar para evitar o enriquecimento sem causa tem como finalidade evitar a desigualdade; tributar de acordo com a capacidade contributiva é, por excelência, o modo mais adequado de se impedir tratamento não equânime entre os contribuintes.

Destarte, nota-se que princípio que veda o enriquecimento sem causa e o da capacidade contributiva são faces da mesma moeda e apresentam relação estreita. Passa-se, pois, à análise da capacidade contributiva e de como os seus ditames ficam ameaçados caso não seja cobrada a contribuição de melhoria.

3.1.3. Princípio da capacidade contributiva

Ao contrário do que já se supôs na doutrina tributária, o princípio da capacidade contributiva é fundamento de todos os tributos.⁸⁴ Como se sabe, os tributos são cobrados para fazer funcionar a atividade financeira do Estado. E, dentro da tarefa de arrecadação dos tributos, é primordial que sejam levadas em consideração as características pessoais dos contribuintes, de modo a se respeitar a igualdade em geral e, conseqüentemente, a justiça fiscal em particular. ALBERTO DEODATO traz importantes observações a respeito:

⁸⁴ BILAC PINTO faz parte dos adeptos da corrente no sentido de que não se aplica a capacidade contributiva às contribuições de melhoria (PINTO, Bilac. Op. cit., p. 5). No entanto, trata-se de orientação doutrinária superada e, segundo melhor e atual entendimento, de acordo com as bases que dão sustentação ao Estado Democrático de Direito, é inconcebível que as exações sejam instituídas sem se levar em consideração tão importante princípio. Mais que um critério de quantificação dos tributos, a capacidade contributiva é um verdadeiro fundamento para a sua instituição e cobrança (OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. *Direito Tributário - Capacidade Contributiva*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, pp. 77 et seq).

“O tributo tem, pois, um fundamento ético: é a convicção individual, que se enraíza nos que formam uma comunidade para o bem comum, de que a manutenção da sociedade exige o sacrifício de cada um, em bens ou em serviços.

Esse sacrifício, mais voluntário que coercitivo, tem levado os componentes da associação, desde os primeiros tempos, à procura de um clima de justiça, para que cada um pague o tributo de acordo com a sua capacidade. O histórico da tributação é uma escalada em busca da justiça na distribuição dos encargos”.⁸⁵

Como se sabe, ordinariamente, os tributos são um meio de suprir de recursos os cofres públicos para a satisfação das necessidades de toda a coletividade a serem atendidas pelo Estado (*necessidades públicas*). A própria origem do tributo está relacionada ao surgimento da atividade financeira, que, por sua vez,⁸⁶ vincula-se à idéia de Estado como “sistema orgânico de serviços para satisfazer às necessidades gerais da população.”⁸⁷ Em outros termos, falar em atividade financeira significa o reconhecimento do Estado como o maior consumidor de produtos e serviços.⁸⁸

De acordo com ensinamento do Professor JOSÉ MARCOS DOMINGUES DE OLIVEIRA:

⁸⁵ DEODATO, Alberto. *Manual de Ciência das Finanças*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 111.

⁸⁶ RICARDO LOBO TORRES ensina que a atividade financeira é “o conjunto de ações do Estado para a obtenção da receita e a realização dos gastos para o atendimento das necessidades públicas” (TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 3). Em lição semelhante, cf. FALCÃO, Amílcar. *Introdução ao direito tributário*. atualizado por Flávio Bauer Novelli. Rio de Janeiro: Forense, 1994, pp. 1 et seq., ao falar em “função financeira”.

⁸⁷ BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 1. Sobre a noção de atividade financeira, trazemos à lume definição magistral de GRIZIOTTI: “El conjunto de las operaciones preordenadas por el Estado para sus finanzas, o sea para procurarse los medios para los gastos públicos y para la consecución de sus fines, constituye la *actividad financiera*” (GRIZIOTTI, Benvenuto. Op. cit., p. 4). [grifos no original] Ainda sobre o tema, aduz ALBERTO DEODATO: “É a aquisição de dinheiro que constitui, precipuamente, a atividade financeira do Estado, que é, em síntese, um ente que arrecada e que paga. É o maior criador e consumidor de riquezas” (DEODATO, Alberto. Op. cit., p. 6).

⁸⁸ BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução...*, p. 1. A atividade financeira, nos moldes como é concebida hoje, surgiu com o advento dos Estados Nacionais a partir das Revoluções Liberais. Na Antiguidade, as despesas eram custeadas por meio das guerras, dos saques, da atividade expansionista dos Impérios. Com a Idade Média, passaram a ter importância os direitos regalianos, visto que o patrimônio do Estado confundia-se com o patrimônio do príncipe. DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO destaca que a Magna Carta foi um “histórico acordo em que, paradoxalmente, a monarquia cedia para ganhar, pois com o gambito das limitações a que passava a se submeter, assegurava-se, o soberano, um *direito* de lançar tributos sobre o reino para criar um exército real permanente, dotando-se-lhe de um instrumento de poder reminescente dos imperadores romanos, com o qual se enfraqueceria o feudalismo e se reforçaria o absolutismo real, que desse modo se manteria como regime político dominante por mais de meio milênio.” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Considerações sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal. Finanças Públicas Democráticas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 12). GIAN ANTONIO MICHELI brilhantemente fala em *potestade tributária*, ao referir-se ao poder que tem o Estado para cobrar os impostos (MICHELI, Gian Antonio. *Curso de Direito Tributário*. Tradução de Marco Aurélio Greco e Pedro Luciano Marrey Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, pp. 56 et seq). RUBENS GOMES DE SOUSA é enfático ao concluir que “a natureza da obrigação tributária é a de uma *relação jurídica subjetiva de direito público*” (SOUSA, Rubens Gomes de. *Compêndio de legislação tributária*. São Paulo: Resenha Tributária, 1975, p. 86). [grifos no original]. A respeito das teorias que explicam a natureza da obrigação tributária, cf. TORRES, Ricardo Lobo. *Curso...*, pp. 206-209. Ali são elencadas as seguintes teorias: (i) relação de poder; (ii) relação obrigacional *ex lege* (iii) relação procedimental e; (iv) relação obrigacional e Constituição. Nota-se que a posição adotada por RUBENS GOMES DE SOUSA é a típica do CTN e considera a obrigação tributária como uma obrigação *ex lege*. Com a devida vênia ao autor, entendemos ser a obrigação tributária uma relação obrigacional de acordo com os ditames constitucionais e direitos fundamentais. Transcrevemos a lição de RUBENS GOMES DE SOUSA como uma forma de enfatizar a aludida potestade tributária, inegável em relação jurídica desta natureza.

“O tributo é o instituto criado pelo Homem que permite, num clima de liberdade, racionalizar juridicamente o esforço de cooperação individual em prol da comunidade: ao mesmo tempo em que representa uma contribuição, constitui uma obrigação, permitindo ao seu destinatário exigí-lo daqueles que, por uma razão ou por outra, deixem de prestá-lo ou o façam em desconformidade com a norma vigente”.⁸⁹

Portanto, o tributo não significa uma imposição unilateral sem qualquer contrapartida ao cidadão-contribuinte. Paga-se tributo em função da expectativa de fornecimento de bens ou serviços públicos. E, como as prestações estatais se dão em prol de toda a coletividade, natural é que a repartição dos encargos que sustentam a máquina administrativa estatal seja feita por todos os membros da sociedade. Mais uma vez, socorremo-nos do ensinamento do Professor JOSÉ MARCOS DOMINGUES DE OLIVEIRA:

“Tal é a *concepção ético-jurídica* do tributo, baseada no interesse social, resultante da *possibilidade* que tem o indivíduo, componente do grupo, de concorrer para o sustento deste; possibilidade que, se efetiva, transforma-se em dever, pois, do contrário, estar-se-ia determinando ou, pelo menos, ensejando o locupletamento de uns à custa de outros e a própria inviabilização da forma social”.⁹⁰[grifos no original]

A questão que se coloca é: em que medida e em quais situações é justo cobrar do indivíduo certa quantia para a manutenção de todo o aparato estatal que devolverá à sociedade bens e serviços? Ou ainda: em quais proporções cada indivíduo deve ter limitado ou conformado o seu direito de propriedade, mediante o pagamento de tributos em nome de benefícios a serem vertidos a toda a sociedade, ou seja, em *quanto* o direito de propriedade deve atender à sua função social mediante a submissão à requisição tributária?

A resposta à pergunta formulada encontra mais perplexidades do que certezas e tem sido tema de fundo para intermináveis e instigantes debates teóricos.

Como forma de encarar a questão, MURPHY e NAGEL⁹¹ apresentam duas funções essenciais que exerce a tributação: (i) a de *repartição* entre o que é público e

⁸⁹ OLIVEIRA, José Marcos Domingues. Op. cit., pp. 5-6. De acordo com GERALDO ATALIBA, o conceito de tributo é constitucional. Por tratar-se de instrumento por meio do qual se determina que comportamentos humanos transfiram dinheiro aos cofres do Estado, são imprescindíveis a obediência a ditames constitucionais e a defesa de direitos fundamentais. Por ser conceito constitucional, nenhuma lei pode alargá-lo, reduzi-lo ou modificá-lo. É por esta razão que o conceito previsto no artigo 3º do Código Tributário Nacional seria mero *precepto didactico* (ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 32). Afirmando não ser função da lei conceituar, cf. MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 57).

⁹⁰ OLIVEIRA, José Marcos Domingues. Op. cit., p. 6.

⁹¹ MURPHY, Liam e NAGEL, Thomas. *O Mito da Propriedade*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 101. Afirmam os autores: “Há quem seja a favor de uma política distributiva

privado, vale dizer, a tributação define o que é destinado aos bens públicos em prol da coletividade e o que permanece sob o domínio dos particulares e; (ii) a de *distribuição* do produto social entre os indivíduos.

Os tributos, portanto, ao mesmo tempo em que são fonte financeira essencial para o custeio dos serviços públicos,⁹² direta e indiretamente promovem a distribuição da riqueza, dando abrigo ao direito de propriedade consagrado constitucionalmente. Vale dizer: a tributação sobre a propriedade está de acordo com os ditames constitucionais que determinam que a propriedade deve cumprir a sua função social.⁹³ Como destacado por autorizada doutrina, a tributação funciona como um meio de se consagrar na prática o dever de se exercer o direito de propriedade conforme a função social; o sacrifício tributário imposto a um *dominus* significará restrição de sua propriedade individual em nome dos benefícios do coletivo. Como afirmam MURPHY e NAGEL:

“Os impostos têm de ser avaliados como um elemento do sistema geral de direitos de propriedade que eles mesmos ajudam a criar. A justiça ou injustiça na tributação não pode ser outra coisa senão a justiça ou injustiça no sistema de direitos e concessões proprietárias que resultam de um determinado regime tributário”.⁹⁴

Em suma: o tributo não é mero instrumento de abastecimento financeiro do Estado, mas funciona, sobretudo, para pôr em prática e manter um determinado sistema econômico de distribuição de renda e de disciplina do direito de propriedade, configurando-se em garantidor e ao mesmo tempo vetor das políticas públicas que dependem da sua estruturação.

As duas funções mencionadas relacionam-se com o que cada componente do grupo social deve pagar para o custeio da máquina estatal em nome do interesse

fortemente igualitária, de transferências de dinheiro ou subsídios em moeda, mas seja contra toda ação pública direta que vá além de um certo domínio – deixando os indivíduos totalmente livres para determinar como gastar sua parte do produto social. Por outro lado, há quem seja a favor de uma extensa ação pública direta na educação pública, na saúde, nos gastos militares, no controle ambiental e social, no apoio às ciências, às artes, aos esportes, ao entretenimento e à cultura, mas não seja a favor de nenhuma redistribuição, exceto a que ocorre como um efeito colateral inevitável do financiamento desses bens por meio da tributação desigual de pessoas dotadas de recursos desiguais. É claro que pode haver alguém hostil tanto à redistribuição quanto à ação pública direta, ou favorável a ambas; o que queremos frisar é que a correlação não é necessária e que não teremos uma visão clara das razões concernentes às duas questões se não distinguirmos uma da outra” (*ibid.*, p. 102).

⁹² MURPHY e NAGEL fazem interessante observação sobre o que seria o mundo sem governo: “[...] nesse estado de coisas, não há dúvida de que o nível de bem-estar de todos seria muito baixo e - o que é importante - aproximadamente o mesmo” (*ibid.*, p. 23)

⁹³ HUMBERTO ÁVILA é claro ao dizer que “[...] a relação tributária possui efeitos patrimoniais (isto é, a disponibilidade do direito de propriedade é afetada) decorrentes da subtração de meios de pagamento, e efeitos comportamentais (isto é, a disponibilidade do direito à liberdade é afetada) juntos ou separados do encargo tributário” (ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 334-335).

⁹⁴ MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. Op. cit., p. 11.

público. Neste particular, ganha relevo a questão atinente à divisão dos encargos, encarada pela doutrina sob o prisma do princípio da capacidade contributiva, que pode ser visto como manifestação tributária do princípio da igualdade. No dizer de HUMBERTO ÁVILA, a capacidade contributiva “constitui a concretização setorial específica do princípio da igualdade, no caso das normas tributárias primariamente criadoras de encargos.”⁹⁵

Concebendo-se o tributo como meio de financiamento do Tesouro para a satisfação dos interesses da coletividade, e considerando-se a manifestação de riqueza como essencial para a caracterização de uma situação idônea à cobrança da exação, pode-se concluir que a capacidade contributiva, mais que um critério de divisão dos encargos, é o próprio fundamento do tributo.⁹⁶ Com força jurídica inquestionável, o princípio da capacidade contributiva deve instruir toda a atividade tributária, tanto na divisão dos ônus como na distribuição dos bônus. Para JOSÉ MARCOS DOMINGUES DE OLIVEIRA:

“Quer, pois, como *pressuposto* do tributo, quer como *critério de graduação* ou *limite* da tributação, o princípio requer tratamento compatível com a estatura dos interesses por ele protegidos, ordinariamente agasalhados nas constituições democráticas, um ‘mandato inspirador do sistema tributário’ que vincula tanto os poderes públicos como os cidadãos”.⁹⁷[grifos no original]

JOSÉ CASALTA NABAIS acompanha o entendimento ao afirmar que:

“Efectivamente, afirmado contra os privilégios próprios do Estado pré-liberal, o princípio da igualdade fiscal teve sempre ínsita sobretudo a ideia de generalidade ou universalidade, nos termos da qual todos os cidadãos se encontram adstritos ao cumprimento do dever de pagar impostos, e da uniformidade, a exigir que semelhante dever seja aferido por um mesmo critério – o critério da capacidade contributiva”.⁹⁸

⁹⁵ ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 370. GRIZIOTTI, ao tratar da capacidade contributiva, é enfático ao destacar como seu efeito a não tributação de certos entes: “Están exentos los inmuebles del Estado, de las provincias, de los municipios, de la Santa Sede, de los entes de asistencia y beneficencia y de los entes para la construcción de casas populares y de casas para los empleados del Estado” (GRIZIOTTI, Benvenuto. Op. cit., p. 377).

⁹⁶ GRIZIOTTI sustenta interessante relação entre capacidade contributiva e contraprestação do Estado, ao aduzir que este, ao promover riqueza e bem-estar social, gera mais capacidade contributiva e, conseqüentemente, tem mais facilidades para promover mais riqueza ainda: “El círculo lógico es completo y se cierra exactamente: el gasto público; *éste aumenta inmediata o paulatinamente la capacidad contributiva*; la capacidad contributiva da lugar a la recaudación de los impuestos; los impuestos alimentan el gasto público” (GRIZIOTTI, Benvenuto. Op. cit., p. 215). [grifos no original].

⁹⁷ OLIVEIRA, José Marcos Domingues. Op. cit., p. 42.

⁹⁸ NABAIS, José Casalta. *Direito Fiscal*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 153.

Ora, ausente a contribuição de melhoria, a valorização imobiliária em favor de alguns, decorrente de obras públicas custeadas por todos, é uma afronta ao postulado de que a distribuição dos encargos pela sociedade deve ser feita de forma igualitária.

Não se aplicando a tributação sobre a valorização imobiliária decorrente de obras públicas, cria-se um enriquecimento sem causa, viola-se a capacidade contributiva (princípio de igualdade), e ainda deixa-se ao desabrigo o princípio da função social da propriedade.

LUIZ CESAR DE QUEIROZ RIBEIRO é enfático ao sustentar que:

“[...] o que presenciamos é uma incapacidade do governo em intervir de maneira eficaz nos mecanismos de valorização da terra, não somente no Brasil, mas também nos países latino-americanos. Em muitos, existe mesmo um conjunto de instrumentos jurídicos e institucionais de intervenção que formalmente permitiriam um controle do desenvolvimento urbano. No entanto, nestes países é muito acanhada a atividade planejadora e o crescimento continua a produzir ‘irracionalidades’ na ocupação do solo”⁹⁹.

É imperioso que não se crie, sem causa justa, riqueza particular com dinheiro oriundo dos cofres públicos. Interessante e eficaz forma de se evitar essa distorção está na instituição de tributos sobre a valorização imobiliária decorrente de obras públicas.

Como afirma GABRIEL BOLAFFI

“A abertura de uma via expressa ou de uma linha de metrô valoriza os terrenos lindeiros sem que o ônus do investimento recaia sobre os beneficiados. O poder público [...] nem cobra a ‘contribuição de melhoria’ prevista na Constituição. As conseqüências dessa prática governamental não se limitam a uma flagrante iniquidade tributária, mas transformam a propriedade imobiliária no santuário da especulação parasitária que persegue o lucro sem risco”¹⁰⁰.

Portanto, não há como se deixar de se considerar a capacidade contributiva como um dos fundamentos da contribuição de melhoria.

3.1.4. Gestão de negócios

⁹⁹ RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz. *Dos cortiços aos condomínios fechados. As formas de produção da moradia na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997, p. 39

¹⁰⁰ BOLAFFI, Gabriel. Habitação e Urbanismo: o problema e o falso problema. In: MARICATO, Ermínia (org.). *A produção capitalista da casa (e da cidade) no Brasil industrial*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1979, p. 66.

Foram até então feitos registros sobre importantes manifestações doutrinárias para fundamentar a contribuição de melhoria. Existem fundamentos outros de menor expressão. No entanto, a despeito da pouca expressividade científica, não é possível dispensar linhas a respeito. O objetivo, neste ponto, é enfatizar que a contribuição de melhoria é tributo que envolve distintos ramos do saber jurídico e envolve fundamentação variada.

Neste particular, é de bom alvitre que seja feita uma análise, ainda que breve, da justificação da contribuição de melhoria na figura da gestão de negócios, de raiz tipicamente civilista. Considerando que, como já dito alhures, é possível, *mutatis mutandis*, a aplicação de um instituto de raiz privatística ao direito público – tal como ocorre com o pagamento indevido em razão do enriquecimento sem causa – passa-se à análise da viabilidade da fundamentação em foco.

A gestão de negócios é caracterizada pela prática de atos por uma pessoa no interesse de outra, como se seu representante fosse, embora sem a investidura dos respectivos poderes. Trata-se, portanto, de figura na qual uma das partes atua em nome e no interesse de outra, sem o consentimento expresso desta.

Segundo a teoria que fundamenta o tributo pela gestão de negócios, o poder público agiria como gestor de negócios, como um mandatário em nome dos interesses dos particulares que têm os seus imóveis valorizados. Ora, ao que tudo indica, existe uma incompatibilidade flagrante do instituto com a seara do direito público, sendo impossível, portanto, a adaptação de outros instrumentos e princípios.

Como se descreveu, na gestão de negócios, existe a administração oficiosa de negócios alheios, desprovidos de procuração.¹⁰¹ Considerando-se as peculiaridades de que se reveste a atuação administrativa, conclui-se pela impossibilidade da aludida fundamentação. Com efeito, não pode ser considerada, em qualquer hipótese, oficiosa a atuação do poder público.

Em segundo lugar, é equivocada a premissa de que o Poder Público estaria a atuar em interesse de terceiros; a Administração Pública, ao realizar uma obra, atua em

¹⁰¹ ATALIBA, *Natureza jurídica*. p. 95.

nome próprio, o que não desconsidera, por óbvio, a necessidade de atendimento ao interesse público primário.

Em razão disso, inexistente na obra pública a presença de um dos pressupostos da gestão de negócios do direito civil: o desconhecimento da obra; a impossibilidade de oposição à sua execução ou ainda a caracterização de um mandato tácito pelo silêncio do interessado. Como afirma GERALDO ATALIBA

“O empreendimento da obra pública é finalidade natural da administração pública. Ao direito administrativo incumbe disciplinar os aspectos jurídicos dessa atividade. Está a administração gerindo negócio próprio e o custeio da atividade administrativa é sempre promovido por meio de *tributos* que são manifestação da soberania do estado”.¹⁰²[grifos no original]

O que se quer evidenciar é que inexistem na realização de uma obra pública de que decorra valorização de imóveis particulares quaisquer traços que tangenciam a gestão de negócios. A Administração atua em nome próprio visando ao interesse público primário e não ao interesse dos particulares, devendo ser destacado que a atuação estatal não é nem pode ser, em hipótese alguma, oficiosa. Como bem ressalta GERALDO ATALIBA, em sua contundente crítica à teoria que fundamenta a contribuição de melhoria pela gestão de negócios, o Estado, ao realizar uma obra pública, “a desempenha independentemente, a *despeito* dos interessados”.¹⁰³

3.1.5. Domínio eminente

Outra fundamentação que se busca para a contribuição de melhoria está no domínio eminente. Segundo esta teoria, o Estado teria o chamado *domínio eminente* sobre todos os bens que compõem o seu território, fazendo valer o interesse público nas hipóteses em que houvesse aparente choque com interesses particulares. Pode-se dizer, portanto, que, segundo esta teoria, o Estado tem um domínio genérico sobre todos os

¹⁰² NOGUEIRA, José Geraldo Ataliba. *Natureza jurídica...*, p. 98.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 96.

bens que compõem o seu território, o que permite que seja aplicado qualquer instrumento apto a fazer valer o interesse de toda a coletividade.

Dentro dessa perspectiva, a valorização causada por uma obra pública daria ensejo à cobrança da contribuição de melhoria, visto que a titularidade do direito de propriedade sobre *plus valia* seria do Estado, e não do particular. O prestígio da teoria exposta acima já não seria o mesmo de outrora, fato destacado por GERALDO ATALIBA, já em obra publicada no ano de 1964.¹⁰⁴

No entanto, tal afirmação não deve fazer com que se conclua pela inaplicabilidade do conceito de domínio eminente às relações que são tratadas pela contribuição de melhoria. Com efeito, fez-se sentir, com o passar dos anos, significativa mudança nos conceitos de direito de propriedade e de domínio eminente, devendo ser revista, portanto, a concepção posta tempos atrás de que a teoria do domínio eminente teria caído em desuso e que seria aplicada apenas por resistentes pensadores.

Em primeiro lugar, no que se refere ao conceito de domínio eminente, é preciso que se estabeleça, com nitidez, a relação exata que o Estado tem com a propriedade privada. Se hoje em dia é inconcebível que se desaproprie um imóvel sem a justa indenização, pode-se dizer que tal não sucedia em outros tempos, sob a vigência de outro paradigma, quando, em caso de necessidade de uso de bens dos cidadãos, por exemplo, o Estado neles intervinha sem qualquer consideração aos direitos fundamentais.¹⁰⁵

Tal quadro modificou-se sensivelmente com o advento do Estado de Direito e, obviamente, evoluiu o conceito, adaptando-se aos reclamos do atual sistema constitucional. Com o Estado de Direito, é possível que a Administração Pública intervenha no direito de propriedade dos particulares; o que não se admite é que esta intervenção seja feita de forma arbitrária, desmotivada e, sobretudo, sem a devida indenização.

Hodiernamente, com o Estado Democrático de Direito, do mesmo modo que não se deve admitir a propriedade privada sem quaisquer limites, voltada ao atendimento de interesses exclusivamente particulares, eventuais restrições em nome do

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 98.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 138.

interesse da coletividade devem ser feitas dentro das molduras legais, tal como preceitua o *caput* do artigo 37 da Lei Maior.¹⁰⁶

Portanto, o permissivo constitucional que o Estado tem para intervir na propriedade privada em nome do interesse coletivo tem por base embrionária o domínio eminente que existe sobre todos os bens localizados em dado território. Pode-se dizer, com isso, que o domínio eminente representa, hoje, a possibilidade que o Estado tem de intervir na propriedade privada em nome do interesse coletivo, de modo a corrigir o seu uso em desacordo com a função social, que é outro pilar essencial para entendimento do fenômeno. Vale dizer: o permissivo básico para a intervenção do Estado na propriedade privada está não apenas na busca de interesses coletivos, como é o caso das desapropriações, mas também nas hipóteses de uso anti-social do direito de propriedade.

Não são poucos os instrumentos postos à disposição do Poder Público para fazer valer o interesse coletivo e para se coibir o uso anti-social da propriedade. Como exemplos podem ser citados, além da desapropriação (CF, artigos 5º, XXIV, 182, § 4º, III e 184):¹⁰⁷ a ocupação temporária (artigo 36 do Decreto-lei 3.365/41),¹⁰⁸ o tombamento (CF, artigo 216¹⁰⁹ e Decreto-lei 25/37),¹¹⁰ a requisição (artigo 5º, XXV e

¹⁰⁶ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988).

¹⁰⁷ O inciso XXIV do artigo 5º da Constituição Federal diz o seguinte: “Art. 5º [...] XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988); por sua vez, o artigo 182, § 4º é redigido nos termos seguintes: “Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. [...]§ 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: [...] I - parcelamento ou edificação compulsórios; II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988); e, por fim, diz o *caput* do artigo 184: “Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988).

¹⁰⁸ Reza o artigo 36: “É permitida a ocupação temporária, que será indenizada, afinal, por ação própria, de terrenos não edificados, vizinhos às obras e necessários à sua realização. O expropriante prestará caução, quando exigida” (BRASIL. Decreto nº 3.365, de 21 de junho de 1941. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública).

¹⁰⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.

¹¹⁰ BRASIL. Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional.

139, VII),¹¹¹ a servidão administrativa (Decreto-lei 3.365/41, artigo 40)¹¹² e a limitação administrativa (artigos 5º, 25 e 36 da Lei 10.257/01¹¹³).

A enumeração de hipóteses tratadas eminentemente pelo Direito Administrativo não impede que medidas sejam tomadas no âmbito do Direito Tributário. Dentro dessas possibilidades estariam o IPTU progressivo - previsto na Constituição (artigos 156, § 1º¹¹⁴ e 182, § 4, II)¹¹⁵ e regulamentado no Estatuto da Cidade (artigo 4º, IV, a)¹¹⁶ – e a contribuição de melhoria.

Portanto, com base no domínio eminente, o Estado pode intervir na propriedade privada, com vistas a atender ao interesse público e a adequar o direito de propriedade à sua função social. Além das medidas de cunho administrativo, concebem-se medidas de natureza tributária, dentre as quais se situa a contribuição de melhoria.

Vistos os aspectos essenciais que compõem os fundamentos jurídicos da contribuição de melhoria, passa-se à análise de uma vertente economicista do fenômeno.

3.2. Fundamentação econômica

¹¹¹ Assim são redigidos os dispositivos: “Art. 5º [...] XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano” e “Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: [...] VII - requisição de bens” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988).

¹¹² “Art. 40. O expropriante poderá constituir servidões, mediante indenização na forma desta lei” (BRASIL. Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública).

¹¹³ “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, subutilizado ou não utilizado, devendo fixar as condições e os prazos para implementação da referida obrigação” [...];

¹¹⁴ “Artigo 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: I - propriedade predial e territorial urbana; [...]§ 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” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988).

¹¹⁵ Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. [...] § 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: [...]II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; [...] (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988).

¹¹⁶ Diz o Estatuto da Cidade: “Art. 4º Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos: [...]IV – institutos tributários e financeiros: a) imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana - IPTU; [...]” (BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001).

Feitas as considerações sobre o fundamento jurídico da contribuição de melhoria, passa-se à fundamentação econômica. Vendo de um outro ângulo, por uma vertente que se diria economicista, vislumbra-se na *teoria do valor* a justificativa da necessidade de cobrança de tributo em razão de valorização imobiliária decorrente de obras públicas.

Deve-se ressaltar que essa perspectiva não exclui a abordagem anterior e representa uma visão distinta da problemática do enriquecimento sem causa e dos mecanismos existentes para a sua correção. Trata-se de construção doutrinária baseada nos elementos considerados tradicionalmente na caracterização do capitalismo.

O modo de produção capitalista assenta-se na propriedade privada dos meios de produção, que são fonte de lucro a ser obtido mediante a exploração da força de trabalho alheia, mediante paga de salário. Analisando-se os elementos que constituem a lógica capitalista, verifica-se que a propriedade privada do solo, por si só, não constitui um dos componentes da produção.

Nas palavras de PAUL SINGER:

“Sendo a cidade uma imensa concentração de gente exercendo as mais diferentes atividades, é lógico que o solo urbano seja disputado por inúmeros usos. Esta disputa se pauta pelas regras do jogo capitalista, que se fundamenta na propriedade privada do solo, a qual – por isso e só por isso – proporciona renda e, em conseqüência, é assemelhada ao capital. Mas este último é constituído pela propriedade privada de meios de produção, os quais, quando movimentados pelo trabalho humano, reproduzem o seu valor, o valor da força de trabalho gasta e mais um valor excedente, que aparece nas mãos do capitalista sob a forma de lucro. O capital gera lucro na medida em que preside, orienta e domina o processo social de produção. *Mas o ‘capital’ imobiliário não entra neste processo, na medida em que o espaço é apenas uma condição necessária à realização de qualquer atividade, portanto também da produção, mas não constitui em si meio de produção, entendido como emanção do trabalho humano que o potencia.* A posse dos meios de produção é condição necessária e suficiente para a exploração do trabalho produtivo, ao passo que a ocupação do solo é apenas uma contingência que o seu estatuto de propriedade privada torna fonte de renda para quem o detém. Isto é igualmente verdadeiro nos casos em que o solo é objeto de trabalho, como na agricultura e na extração vegetal ou mineral. Se a propriedade privada dos meios de produção fosse abolida, o capitalismo desapareceria. Mas, se a propriedade do solo fosse socializada, desapareceria a dedução do lucro representada pela renda da terra, mas o capitalismo não só continuaria existindo mas inclusive se fortaleceria, pois o lucro assim incrementado intensificaria a acumulação de capital”.¹¹⁷ [grifos no original]

¹¹⁷ SINGER, Paul. O uso do solo urbano na economia capitalista. In: MARICATO, Ermínia (org.). *A produção capitalista da casa (e da cidade) no Brasil industrial*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1979, pp. 21-22.

As lições transcritas esclarecem ser o solo um componente necessário para o exercício de atividades produtivas, mas que não faz parte do conjunto dos elementos que compõem o modo de produção capitalista. O citado PAUL SINGER prossegue em suas considerações afirmando o seguinte:

“O ‘capital’ imobiliário é, portanto, um falso capital. Ele é, sem dúvida, um valor que se valoriza, mas a origem de sua valorização não é a atividade produtiva, mas a monopolização do acesso a uma condição indispensável àquela atividade”.¹¹⁸ [grifei]

A valorização que é possível nas propriedades imobiliárias faz com que tenhamos uma noção de ser o bem imóvel um componente da cadeia produtiva. A explicação para esse fenômeno é, além da oscilação do valor, o fato de raramente encontrarmos em solo urbano uma propriedade imobiliária que ainda não tenha sofrido a interferência humana. Muitas vezes, confunde-se o valor de todo imóvel com o valor das benfeitorias realizadas. No entanto, como ressalta PAUL SINGER,

“[...] a influência de tais inversões sobre o ‘valor’ do imóvel muitas vezes é negligenciável. Para perceber isso, basta lembrar que imóveis com as mesmas benfeitorias podem ter preços completamente diferentes conforme sua localização. É comum que o preço de um imóvel seja constituído inteiramente pelo ‘valor’ do terreno, pois o valor da construção, em termos de materiais usados, pode não cobrir sequer o custo de sua demolição”.¹¹⁹ [grifei]

É claro que não se pode desconsiderar o mercado imobiliário baseado na construção civil, que explora a força de trabalho para a posterior alienação dos imóveis com significativa margem de lucro para os empreendedores. A propósito, este foi um dos motivos pelos quais as atividades de construção de imóveis passaram a ter disciplina equiparada às atividades comerciais, com a Lei 4.068/62,¹²⁰ em época em que vigia a teoria dos atos do comércio, consagrada com o Regulamento 737, de 1850.¹²¹

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 22.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 22.

¹²⁰ BRASIL. Lei nº 4.068, de 09 de junho de 1962. Declara comerciais as empresas de construções e dá outras providências.

¹²¹ Com o Regulamento 737, de 1850, considerava-se como ato de comércio, sujeito à disciplina própria do direito comercial, os atos de intermediação, com intuito de lucro (BRASIL. Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850). Estavam excluídos, por conseguinte, os incorporadores de imóveis e as atividades agrícolas. Sensível à realidade econômica e à identidade de efeitos entre as atividades dos incorporadores e dos comerciantes, o legislador editou a Lei 4.068/62, equiparando aquelas a estas últimas (cf. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Volume 1. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 23). Comentando o sistema instituído pelo Regulamento 737 e pelo Código Civil de 1916, JOSÉ EDWALDO TAVARES BORBA afirma o seguinte: “Permaneceram no contexto do direito civil, pois relacionadas à terra, a agricultura, a pecuária, a compra e venda para revenda de imóveis, e até mesmo a construção de imóveis, a qual só a partir da década de sessenta (Lei nº 4.068, de 09.06.62) foi considerada comercial” (BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997, p. 24).

A associação é inevitável: se o legislador equiparou às atividades comerciais a incorporação de imóveis, é porque os efeitos práticos sob o ponto de vista econômico eram incontestavelmente semelhantes. A evidência desta constatação faz desnecessária qualquer explicação econômica mais aprofundada. O que deve ser ressaltado, no entanto, é a busca de solução jurídica análoga para hipóteses com repercussões econômicas de mesma natureza. E restou claro que a construção de imóveis em muito se assemelhava às atividades comerciais propriamente ditas.¹²²

No entanto, a semelhança de efeitos na economia não faz com que, à luz da teoria do valor, seja considerada a terra um elemento da cadeia produtiva, um componente dos meios de produção. Como já ressaltado por PAUL SINGER, a incorporação de imóveis é um elemento que não merece ser desconsiderado, mas que, no conjunto da ordem capitalista, é, *na maioria das vezes*, negligenciável.

Parece que a questão que envolve a incorporação imobiliária deve ser encarada sob dois pontos de vista distintos. Sob um primeiro ângulo, é considerável a obtenção de lucro que o incorporador obtém com a realização do negócio mediante a exploração da força de trabalho. Dentro desta perspectiva, não há que se negar a semelhança com as demais atividades produtivas, como ressaltado acima. Todavia, uma nova visão sobre o fenômeno é necessária. Se se reconhece que, salvo hipóteses excepcionais, é o preço da terra o que, de fato, vale no total da propriedade imóvel, afirma-se, com apoio na doutrina de PAUL SINGER, que embora haja lucro com a incorporação imobiliária, é a valorização da terra o principal fenômeno a ser considerado. E é exatamente a terra um fator que não faz parte dos elementos de produção, mas que sofre os efeitos de eventual atividade sobre ela exercida.

Ademais, também faz com que a terra perca o caráter de típico elemento capitalista o fato de constantemente haver valorização de imóveis apenas com o movimento especulatório do mercado, independentemente de qualquer envolvimento de força de trabalho.

Portanto, a terra é um elemento indispensável às atividades capitalistas, mas não é propriamente um componente da produção. Não sendo, portanto, a propriedade imobiliária um elemento típico das engrenagens capitalistas pautadas pela produção e

¹²² Tanto é que a evolução jurídica abraçou, no mesmo campo, ambas as atividades sob a rubrica de empresárias, conforme teoria contemporânea, consagrada no Código Civil de 2002.

pela obtenção de lucro mediante a contratação de força de trabalho,¹²³ passam a ser indagadas as origens e os exatos mecanismos da valorização imobiliária, de modo que possamos relacionar as oscilações de preço dos imóveis com as políticas públicas voltadas ao planejamento urbano e à criação e recriação das cidades.

Para tanto, é indispensável que se faça uma análise do direito de propriedade como um direito individual e a imprescindibilidade de seu exercício de acordo com a respectiva função social. Só desta maneira é que se verificará com fundamentos jurídicos sólidos a necessidade de tributação sobre o incremento individual de patrimônio em razão da valorização imobiliária decorrente de obras públicas financiadas por toda a coletividade. A visão da propriedade com um viés social é indispensável para que se criem alicerces seguros para a construção de pretensões legítimas para a cobrança da contribuição de melhoria e de demais tributos análogos. Vale dizer: sem função social, não há que se falar em propriedade; sem função social, não há que se falar em cobrança de incremento imerecido; não há que se falar em contribuição de melhoria. Passamos, pois, ao tratamento do direito de propriedade e de sua função social, análise que abrange simbioticamente aspectos jurídicos e econômicos significativos.

¹²³ Sobre o tema, FRIEDRICH ENGELS faz a seguinte afirmação: “[...] na indústria, o homem, o operário, não é considerado mais que uma fração do capital posta à disposição do industrial e a que este paga um juro, sob o nome de salário, por sua utilização” (ENGELS, Friedrich. Op. cit., p. 64).

4. O POTENCIAL URBANÍSTICO DA CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA

4.1. Considerações preliminares

Importante ponto de partida para o entendimento da dinâmica que requer a instituição da contribuição de melhoria reside na disciplina jurídica do direito de propriedade. É na análise do direito de propriedade e de sua relação com a tributação que serão encontrados os fundamentos derradeiros para um tributo que é instituído na hipótese de valorização imobiliária decorrente de obra pública. A cobrança do tributo em tela é reclamo da função social da propriedade, cuja responsabilidade tem sido progressivamente atribuída aos Municípios.

A conclusão acima parte das seguintes premissas: o meio urbano é considerado meio ambiente; nele, existe, naturalmente, um patrimônio ambiental comum a todos os moradores da cidade e esse patrimônio comum deve ser respeitado; o respeito a esse patrimônio comum é realizado na medida em que o exercício de cada direito individual é feito em conformidade com o social.

Portanto, início da análise que aqui se faz reside no conceito de meio ambiente, de modo que seja bem sedimentada a definição da cidade como meio ambiente urbano. A partir daí serão feitas considerações sobre a propriedade e a relação que ela tem com a defesa do meio ambiente urbano e com a tributação. Neste ponto é que será então concluído que a contribuição de melhoria é um importante instrumento de realização não apenas da capacidade contributiva e da igualdade e justiça fiscais, mas representa, sobretudo, a materialização tributária da vertente segundo a qual o direito de propriedade individual deve ser exercido de acordo com os interesses sociais, do qual faz parte o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado. Passa-se, pois, a uma breve exposição do conceito jurídico de meio ambiente e das repercussões que este conceito tem sobre a tributação e sobre o direito de propriedade.

4.2. Conceito de meio ambiente. O meio ambiente urbano

O conceito de meio ambiente é, segundo EDIS MILARÉ, um conceito “camaleão”,¹²⁴ apresentando-se de formas distintas na doutrina. Trata-se, ainda segundo o citado autor, de “uma daquelas categorias cujo conteúdo é mais facilmente intuído que definível, em virtude da riqueza e complexidade do que encerra”.¹²⁵

Esta constatação faz com que se tenha cautela em demasia em qualquer referência ao termo *meio ambiente*. Seus contornos precisam ser muito bem traçados; entender o meio ambiente de forma equivocada significa o emprego de políticas públicas ineficazes e pouco abrangentes. O meio ambiente precisa ser bem entendido e bem apreendido, sob pena de se dispensar tratamento jurídico obsoleto e com produção de efeitos aquém do esperado.

Neste momento, é fundamental que seja feita uma leitura adequada do paradigma vigente, em que devem ser postos em seus devidos lugares os conceitos de sujeito e objeto de uma relação jurídica. Esta nova concepção paradigmática deve estar em consonância com o conceito de meio ambiente, entendido este não apenas sob um viés ecocentrista, mas também da forma mais abrangente, não se restringindo à ideia de meio ambiente natural.

Em primeiro lugar, deve ser ressaltado que existem mais de um conceito de meio ambiente, destacando-se as vertentes restritivas e aquelas de índole mais extensa. Em uma visão estrita, meio ambiente seria compreendido pelo patrimônio natural e pelos seres vivos, excluindo-se qualquer elemento que não seja recurso natural. Contudo, a visão ampla é a mais difundida pela doutrina e vai muito além dos limites estabelecidos pela Ecologia tradicional. Além do meio ambiente natural, há um meio ambiente artificial ou construído.

¹²⁴ MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente. A gestão ambiental em foco. Doutrina. Jurisprudência. Glossário*. 6ª ed., revista, atualizada e revisada. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 112.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 112.

O Professor CELSO ANTONIO PACHECO FIORILLO classifica o meio ambiente em: (i) meio ambiente natural: constituído pela atmosfera, pelas águas, pelo solo etc; (ii) meio ambiente artificial, compreendido pelo espaço urbano; (iii) meio ambiente cultural, que abrange os valores culturais de natureza material e imaterial e são tutelados pelo artigo 216 da Lei Maior;¹²⁶ (iv) meio ambiente do trabalho, constituído pelo “local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais relacionadas à sua saúde, sejam remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio [...]”.¹²⁷

Não se pode negar que o conceito amplo é o único que está em consonância com o paradigma do Estado Democrático de Direito,¹²⁸ de garantia de direitos fundamentais, individuais e coletivos. É inconcebível que a proteção ambiental e as normas atinentes a este ramo do Direito padeçam do mal da restrição.¹²⁹ Os direitos fundamentais e difusos ao meio ambiente sadio não podem ser limitados apenas à proteção dos ecossistemas naturais. A sadia qualidade de vida depende também da obediência às normas que disciplinam o meio construído, razão pela qual entendemos, com apoio na maioria da doutrina, ser inadequado e obsoleto o conceito de meio ambiente na visão restritiva apontada acima.

Paralelamente ao estabelecimento de que a visão mais ampla é a que se coaduna com os princípios vigentes no ordenamento jurídico, há de se estabelecer, neste ponto, que deve ser superada a visão antropocentrada do conceito de meio ambiente, que jaz em uma leitura desavisada dos dispositivos legais e constitucionais pertinentes.

¹²⁶ Artigo 216: “Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico [...]” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988).

¹²⁷ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 20-22.

¹²⁸ Estado Democrático de Direito é aquele no qual prevalecem as ideias de legitimidade em vez de mera legalidade; de democracia participativa em vez de democracia representativa. Trata-se de novo paradigma constitucional com significativa alteração das atuações administrativa e jurisprudencial. DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO nos ensina que “Na relativamente breve mas fascinante trajetória bicentenária do Direito Administrativo podemos distinguir uma nítida evolução conceptual em que a Disciplina surge, em seu período de formação, no Estado Páleo-Liberal, ainda pouco desvencilhada das instituições da monarquia absoluta; submete-se, progressivamente, a requisitos de *legalidade*, com o aperfeiçoamento das exigências juspolíticas caracterizadoras do Estado de Direito; e atende, finalmente, às demandas de *legitimidade*, possibilitando o advento do Estado Democrático contemporâneo” (NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Mutações do Direito Administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 33). Em outras palavras, no Estado Democrático de Direito, não seria suficiente a legalidade estrita, mas a legitimidade e a conformidade dos atos do poder público com toda a ordem jurídica, incluindo os mandamentos contidos nos princípios.

¹²⁹ Cf. RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. Uma cidade para todos. In: GARCIA, Maria (coord). *A cidade e seu Estatuto*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 173. O conceito de meio ambiente não deve sofrer quaisquer restrições, por estar vinculado à sadia qualidade de vida, conforme determina o *caput* do artigo 225 da Lei Maior.

Na ânsia de conceituar meio ambiente, o legislador e o constituinte cometeram alguns deslizes significativos, que demandam interpretação adequada, sob pena de se desvirtuar o verdadeiro espírito normativo que inspira a proteção do meio ambiente.

Neste passo, dispõe o artigo 3º da Lei 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente) o seguinte:

“Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”;¹³⁰

Por sua vez, estabelece a Lei Maior no *caput* do artigo 225:

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.¹³¹

As definições descritas acima merecem leitura *cum grano salis*. Perceba-se a atenção demasiada dada pela Lei 6.398/81 ao meio ambiente como objeto de direitos, extrínseco ao homem. Uma análise literal da norma faz com que se conclua precipitadamente que o meio ambiente compõe-se apenas de elementos bióticos e abióticos, como algo externo e como um meio à satisfação da qualidade de vida, como um meio à disposição do homem para realizar as suas necessidades.

É de se destacar que ambos os conceitos evidenciam o caráter finalístico, omitindo a nobre circunstância de que o homem é parte integrante do mundo natural e, por consequência, do meio ambiente.¹³² Percebe-se uma visão antropocentrada do conceito, vício resultante da dificuldade em se definir eficazmente a diferença entre sujeito e objeto de uma relação jurídica. Sofre-se do mal que é fruto de uma orientação individualista, em que o meio ambiente é apenas encarado como um objeto, como um *meio* para a satisfação de necessidades. Olvida-se o argumento de que o homem é dele parte integrante e encontram-se dificuldades para conceituar sem se praticar tal desvio.

¹³⁰ BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.

¹³¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.

¹³² MILARÉ, Édis. Op. cit., p. 116.

Ademais, desconsidera-se que meio ambiente, natureza, meio construído e demais ideias análogas são conceitos culturais, sendo impossível a existência de qualquer das construções doutrinárias sem uma racionalidade humana a elas precedente.

Por outro lado, a posição no pólo diametralmente oposto, no sentido de que o homem nada mais é do que um dos elementos integrantes do meio ambiente, como um todo indivisível, parece trilhar caminho igualmente equivocado e representar também uma visão extremamente reducionista dos fatos.

A melhor maneira de se encarar o conceito jurídico de meio ambiente está no entendimento de que o homem e a natureza não apresentam relação de sujeito e objeto típica do paradigma civilista. Da mesma forma, não se pode desconsiderar que os elementos bióticos e abióticos que compõem o meio ambiente são, em última análise, objeto de direitos e deveres dos seres humanos. Nas palavras de EDIS MILARÉ:

“A concepção antropocentrada que fundamenta a lei deve-se, em última análise, ao fato de apenas seres humanos serem se qualificarem como sujeitos de direitos e obrigações. Na caracterização de um fato jurídico, os demais seres naturais, bióticos e abióticos, estão referidos ao homem. Assim, o mundo natural, como patrimônio da coletividade, é objeto da tutela da lei e do Poder Público, bem como da solicitude da sociedade.

O Direito não atribui nem poderia atribuir autonomia aos seres irracionais, porém ocupa-se deles, protege-os e dispõe sobre suas boas condições e o seu correto uso, e dessa forma, direta ou indiretamente, ocupa-se da preservação do planeta Terra. É o nosso Direito que se aplica aos ‘direitos’ dos demais seres, especialmente os vivos, a fim de garantir a harmonia na convivência planetária”.¹³³

Destarte, não se pode fazer uma leitura simplista dos dispositivos transcritos acima. É fundamental que se veja não uma relação baseada no paradigma civilista patrimonialista tradicional, mas que seja evidenciado um vínculo que une – porém não mistura - sujeito e objeto. Assim, meio ambiente não é apenas um somatório de bens naturais e artificiais a serviço do homem, mas um conceito que evidencia um *macrobem*, de fruição comum.

O conceito de *macrobem* é capiteneado por ANTÔNIO HERMAN BENJAMIN¹³⁴, distinguindo-se um *macrobem* ambiental e os *microbens*, sendo o primeiro o meio ambiente como um todo, não apenas um somatório de bens naturais e artificiais, ao

¹³³ MILARÉ, Édis. Op. cit., p. 117.

¹³⁴ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Função Ambiental. In: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Dano Ambiental: Prevenção, Reparação e Repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 60.

passo que os demais seriam caracterizados pelos bens individualmente considerados. O que consagra a diferenciação dos *microbens* e do *macrobem* é que o exercício do direito de propriedade sobre aqueles deve estar sempre em consonância com o respeito ao *macrobem*.

Conjugando-se as duas considerações que se fizeram acima sobre o conceito de meio ambiente, conclui-se o seguinte: em primeiro lugar, o meio urbano faz parte do conceito de meio ambiente e; em segundo lugar, é essencial que todas as questões relativas ao meio ambiente urbano sejam encaradas sob o ponto de vista da existência de um *macrobem*, em que o exercício de direitos individuais sobre a propriedade urbana esteja em consonância com os interesses tutelados pelo interesse coletivo.

Portanto, pode-se dizer que o meio urbano é uma vertente do conceito de meio ambiente e que nele existe um patrimônio comum a todos os moradores, o que exige o exercício de direitos em conformidade com o interesse social. Dentro deste panorama é que se delineia com perfeição o conceito de função social da propriedade, que demanda, no caso do meio urbano, a titularidade de quaisquer dos *microbens* – seja ela pública ou privada – de acordo com o atendimento e respeito aos interesses do *macrobem* abstrato. Em outros termos, sem se respeitar o *macrobem* não há que se falar em legítimo exercício de direitos sobre o *microbem*.

4.3. A função social da propriedade e a relação com a função social das cidades

4.3.1. A função social da propriedade

Vistos o conceito de meio ambiente bem como as noções de *macrobem* e de *microbens*, destacando-se a necessidade de exercício de titularidade de direito de

propriedade sobre estes últimos de modo a se respeitar aquele, passa-se à exposição dos pilares da função social da propriedade e de sua relação com a função exercida pelas cidades.

O direito de propriedade, sob a ótica liberal da época das codificações, consagrou um modelo pautado na liberdade de seu titular e no exercício de amplos poderes, tais como usar, fruir, dispor e não usar. Trata-se de concepção visivelmente obsoleta, mas que desperta um considerável apego aos seus ditames, vez que o poder econômico tem na propriedade uma de suas principais bases. Neste particular é que EROS ROBERTO GRAU faz importante observação, sob a influência de FÁBIO KONDER COMPARATO, ao destacar o quão essencial é a propriedade para o sistema econômico:

“A propriedade – observa Fábio Konder Comparato – ‘sempre foi justificada como modo de proteger o indivíduo e sua família contra as necessidades materiais, ou seja, como forma de prover à sua subsistência. Acontece que na civilização contemporânea, a propriedade privada deixa de ser o único, senão o melhor meio de garantia da subsistência individual ou familiar. Em seu lugar aparecem, sempre mais, a garantia de emprego e salário justo e as prestações sociais devidas ou garantidas pelo Estado, como a previdência contra os riscos sociais, a educação e a formação profissional, a habitação, o transporte, e o lazer’”.¹³⁵

Portanto, há de se reconhecer a importância do direito de propriedade e o longo período em que o exercício deste direito esteve invariavelmente associado ao poder econômico. A consequência desta concepção é, naturalmente, uma resistência à variação paradigmática por parte daqueles que possuem os meios de produção e a concentração da renda e da terra. No entanto, se, como bem apontado acima, existem outros meios de garantia da subsistência individual; se existem prestações estatais consideráveis no campo da previdência e assistência social;¹³⁶ se o salário e o emprego ocupam considerável espaço antes atribuído à terra, é de bom alvitre que se conclua pela necessidade de revisão dos ditames que tratam do direito de propriedade. Se hoje a

¹³⁵ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 210.

¹³⁶ Dispõe o artigo 194 da Constituição Federal: “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único - Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: I - universalidade da cobertura e do atendimento; II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; IV - irredutibilidade do valor dos benefícios; V - equidade na forma de participação no custeio; VI - diversidade da base de financiamento; VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988). Sobre o tema, cf. CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 9ª ed., revista e atualizada. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, pp. 33 *et seq.*

realidade é outra, é bom que se mudem os parâmetros e as bases sobre as quais se assenta o direito de propriedade.

Apesar da constatação lógica, não é bem assim que tem se sucedido. Como muito bem ressalta LUIGI BONIZZATO:

“Até tempos recentes, o direito de propriedade no país sempre esteve invariavelmente ligado a seus atributos da perpetuidade, exclusividade e absolutismo. O Direito brasileiro, inspirando-se nas tendências proclamadas alhures, fincou os alicerces da propriedade no pensamento liberal e na valorização do instituto como base da sociedade. O Direito Civil e a valorização das relações privadas fizeram com que se buscasse a eternização do conceito de proprietário, muito embora disparidades sociais crescessem paralelamente e em progressão muito maior do que a possibilidade de se tornar proprietário de bem imóvel. A garantia da propriedade privada se tornou assim o objetivo maior de Governo e, de certa forma, da própria camada social beneficiada com a defesa e garantia do instituto”.¹³⁷

Trata-se de fenômeno que é fruto da economia capitalista, tal como muito bem ressaltado por CARLOS FREDERICO MARÉS. A atenção à função social da propriedade é fenômeno que ganha força progressivamente. Confira-se trecho da obra do citado autor, destacando esse fenômeno:

“[...] ‘sobre toda propriedade pesa uma hipoteca social’, [...]

Esta idéia de hipoteca social expressada pelo Papa em Puebla, somada pelo documento ‘Para uma melhor distribuição da terra? O desafio da reforma agrária’ aprovado pelo Pontifício Conselho de Justiça e Paz em 1997, é uma tímida volta às origens da idéia cristã expressada por Santo Tomás e São Basílio. Deve-se fazer uma ressalva importante: quando estes dois teólogos tratavam de uma propriedade das coisas, não estavam se referindo à terra, mas de seus frutos. A terra não era objeto de propriedade excludente, mas sim as coisas produzidas pelo ser humano ou por ele colhidas. *A terra como objeto de direito de propriedade independente de produção ou uso é criação do capitalismo*”.¹³⁸ [os grifos são nossos]

O citado autor usa da mesma premissa teórica para tecer severas críticas ao instituto da desapropriação, que estaria, a seu ver, em dissonância com a função social da propriedade, pois premiaria o seu mau uso.¹³⁹

¹³⁷ BONIZZATO, Luigi. *Propriedade urbana privada & direitos sociais*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 99.

¹³⁸ MARÉS, Carlos Frederico. *A função social da terra*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, pp. 22 *et seq.*

¹³⁹ Na passagem transcrita abaixo, MARÉS deixa claro que ainda vivemos em uma época em que a visão individualista encontra-se arraigada na mentalidade jurídica: “A desapropriação, longe de ser a negação do conceito liberal de propriedade, é sua reafirmação. *A grande novidade do conceito liberal é a livre disposição do bem, mas o bem é sempre integrante de um patrimônio e o que está garantido com a desapropriação é, exatamente, a integridade deste patrimônio*. A desapropriação é entendida como a reparação de um dano patrimonial causado ao cidadão e, portanto, uma reafirmação da plenitude do direito de propriedade. Por isso a desapropriação de bens privados está reconhecida desde as primeiras constituições, como a única exceção à liberdade de transferência ou disposição do bem, não sendo exceção à plenitude do exercício do direito de propriedade. A desapropriação utilizada nos casos de descumprimento da função social, porém, alimenta dois enormes defeitos e injustiças: *primeiro, remunera a mal usada propriedade, isto é, premia o descumprimento da lei, porque considera causador do dano e obrigado a indenizar, não o violador*

Hodiernamente, a propriedade não pode ser entendida despida da sua função social, tendo havido, como ressaltado linhas acima, o respectivo reconhecimento pela Igreja Católica, ao afirmar que sobre o direito de propriedade pesa uma importante “hipoteca social”.

Ademais, não é ocioso lembrar que o direito de propriedade, atualmente, revestido de função social, apresenta-se de forma múltipla e variável, a depender do tipo de bem e da natureza do titular. Trata-se da multiplicidade dominial, muito bem apresentada por SALVATORE PUGLIATTI.¹⁴⁰ Isto quer dizer que, caso o direito de propriedade recaia sobre um bem imóvel ou sobre propriedade intelectual, por exemplo, ter-se-á uma disciplina jurídica distinta aplicável.

O direito de propriedade não é mais visto como uma manifestação única de poder sobre a *res*; o direito de propriedade é variável, tem múltiplas formas, a depender do caso concreto e das circunstâncias; o direito de propriedade varia conforme os ditames impostos pelos interesses sociais. Em outras palavras: a multiplicidade dominial e a complexidade que revestem o direito de propriedade significam que esta deve ser exercida de acordo com os interesses da coletividade; que não é legítima uma propriedade desprovida da função social.

O princípio da função social da propriedade vem consagrado constitucionalmente em mais de um dispositivo.¹⁴¹ Ao definir os direitos fundamentais, o artigo 5º da Constituição, em seu inciso XXIII, determina, de forma cristalina, que a propriedade atenderá à sua função social.¹⁴²

da norma, mas o Poder Público que resolve pôr fim à violação; segundo, deixa a iniciativa de coibir o mau uso ao Poder Público, garantindo a integridade do direito do violador da lei”. (Ibid., p. 109).

¹⁴⁰ PUGLIATTI, Salvatore. *La proprietá nel nuovo diritto*. Milão: Dott A. Giuffrè, 1964, pp. 145 *et seq.*

¹⁴¹ É importante ressaltar que a noção de função social já existia sob a égide do Código Civil de 1916, ainda que de forma tímida. Confira-se, a título de exemplo, o teor do artigo 572: “Art. 572. O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos” (BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil). Sobre o tema, GUSTAVO TEPEDINO nos ensina que a propriedade, tal como concebida no Código Civil de 1916, desapareceu no Brasil com o advento da Constituição da República de 1988 (TEPEDINO, Gustavo. *Contornos Constitucionais da Propriedade Privada*. In: *Temas de Direito Civil*. 2ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 280). Com efeito, a Carta Magna de 1988 representa um novo paradigma na concepção do direito de propriedade. Contudo, é importante destacar que o manancial legislativo em vigor à época do Código Civil de 1916 já permitia, ainda que de forma incipiente, uma referência ao exercício do direito de propriedade com sua feição social. Não é demasiado lembrar, no entanto, que previsões legais que exigem esforço interpretativo para sua eficácia caem em desuso a depender das opções políticas vigentes, o que, por óbvio, não deixou de ocorrer no Brasil.

¹⁴² “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; [...]” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988).

Posteriormente, ao tratar da ordem econômica e financeira, em seu artigo 170, a Carta Magna estabelece a função social da propriedade como um dos seus princípios fundamentais.¹⁴³ Neste ponto, vale a pena ressaltar a distinção feita por EROS ROBERTO GRAU, em tom crítico, às regras previstas nos artigos 5º, XXII e XXIII e 170, III, da Lei Maior. Aduz o citado autor que existe uma propriedade dotada de função individual e outra dotada de função social. Nesta oportunidade, transcreve-se trecho da lição do Professor:

“[...] enquanto instrumento a garantir a subsistência individual e familiar – a dignidade da pessoa humana, pois – a propriedade consiste em um *direito individual* e, iniludivelmente, cumpre *função individual*. Como tal é garantida pela generalidade das Constituições de nosso tempo, capitalistas e [...] socialistas. A essa propriedade não é imputável *função social*; apenas os abusos cometidos no seu exercício encontram limitação, adequada, nas disposições que implementam o chamado *poder de policia estatal*”.¹⁴⁴ [grifos no original]

A Constituição, ao mesmo tempo em que determinou que a propriedade deve cumprir a sua função social, estabeleceu alguns contornos mínimos a serem verificados no exercício do direito. Dispõem os artigos 182, § 2º e 186 da Lei Maior:

“Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

(...)

§ 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

(...)

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores”.

¹⁴³ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] III - função social da propriedade; [...]” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988).

¹⁴⁴ GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 210.

A função social da propriedade acompanha a evolução dos institutos jurídicos e está de acordo com o atual paradigma, o do Estado Democrático de Direito. O direito de propriedade contemporaneamente exige uma função e, conseqüentemente, uma postura positiva de seu titular. De acordo com EROS ROBERTO GRAU:

“O que mais releva enfatizar, entretanto, é o fato de que o princípio da *função social da propriedade* impõe ao proprietário – ou a quem detém o poder de controle, na empresa – o dever de *exercê-lo* em benefício de outrem e não, apenas, de *não exercer* em prejuízo de outrem. Isso significa que a *função social da propriedade* atua como fonte da imposição de comportamentos positivos – prestação de *fazer*, portanto, e não, meramente, de *não fazer* – ao detentor do poder que deflui da propriedade”.¹⁴⁵ [grifos no original]

O conteúdo do direito de propriedade varia conforme o tempo e o espaço, e é inaceitável, na contemporaneidade, a ideia de uma propriedade ilimitada, associada à personalidade de seu titular.¹⁴⁶ Como breve registro histórico, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946, estipulava em seu artigo 147 que o direito de propriedade deveria atender ao bem-estar social, o que representou importante mudança na leitura do Código Civil de 1916. Confira-se a transcrição do supra mencionado dispositivo constitucional:

“Art. 147 - O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos”.¹⁴⁷

Dentro desta perspectiva é que é feita uma análise do que seria a função social da propriedade. Sendo inafastável o seu atendimento, sob pena de se violar toda a estrutura principiológica do ordenamento jurídico das sociedades contemporâneas, fica a questão: quais seriam a natureza e os contornos da função social da propriedade? Dada a indeterminação conceitual respectiva, parece-nos que o melhor e já consolidado entendimento é aquele no sentido de que a função social da propriedade é elemento constitutivo do conteúdo do direito de propriedade, não havendo que se falar em um

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 213.

¹⁴⁶ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A propriedade e a posse. Um confronto em torno da função social*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 129 *et seq.* Na mesma linha segue a doutrina de FRIEDMANN, no sentido de que o direito de propriedade não é uma relação exclusiva de domínio, mas representa um complexo de deveres e de direitos a serem exercidos conforme os interesses sociais: “[...] en la moderna sociedad industrial y comercial, la propiedad no es una relación exclusiva de dominio, ejercida por una persona física o corporativa, sobre la cosa o sobre um número de ‘cuasi-cosas’, sino que es un concepto colectivo de un complejo de poderes, funciones, expectativas, responsabilidades, que pueden ser prorrateadas entre partes diferentes para una transacción legal” (FRIEDMANN, W. *El derecho en una sociedad en transformacion*. Tradução de Florentino M. Torner. México – Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1966, p. 84).

¹⁴⁷ A referência merece destaque por estar previsto o dispositivo de forma expressa na Constituição. No entanto, é bom que se lembre que a função social já vinha sendo aplicada, ainda que de forma tímida, no ordenamento jurídico brasileiro. *Vide* nota 141.

direito de propriedade ilimitado *a priori*, mas que pode sofrer limitações conforme as opções políticas e de acordo com os interesses da ordem econômica.¹⁴⁸

Este entendimento é corolário da concepção do paradigma do Estado Democrático de Direito, com a consagração dos direitos fundamentais e da *integridade do ordenamento*. Ao contrário do entendimento esposado por ROBERT ALEXY,¹⁴⁹ no sentido de que vários princípios aparentemente antagônicos seriam aplicados a um caso concreto, mediante aplicação ponderada de cada um deles – e neste caso seria perfeitamente compreensível a função social da propriedade como um princípio externo e limitador do direito individual de propriedade –, o entendimento correto e mais atualizado em sede doutrinária é aquele que vê na leitura do direito a ser aplicado ao caso concreto as suas próprias limitações. Vale dizer: não há que se falar em um princípio limitado por outro, a ele oposto; o que, com efeito, ocorre é uma leitura do dispositivo legal que confere direitos com uma nova ótica,¹⁵⁰ com seus próprios limites e possibilidades. No que se refere especificamente ao direito de propriedade, não podemos imaginá-lo como algo ilimitado, que passa a sofrer limitações *a posteriori*; ao contrário, o direito de propriedade nasce limitado pela função social.

Portanto, não há mais como se conceber a função social como algo externo ao conteúdo do direito de propriedade. Consequência disto está no fato de que as limitações às faculdades do titular do direito de propriedade não decorrem pura e simplesmente de opções políticas e administrativas em nome de um interesse público, mas o exercício próprio do direito já é condicionado pela sua função social.

Feitas estas considerações a respeito da função social da propriedade, cabe tratar da função social das cidades.

¹⁴⁸ No mesmo sentido, cf. RODOTÁ, Stefano. *El terrible derecho: estudios sobre la propiedad privada*. Madrid: Civitas, 1986, p. 221.

¹⁴⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 85 *et seq.* Não é objetivo do presente trabalho estender considerações mais aprofundadas sobre o tema, mas entendemos relevante os registros teóricos aqui feitos, com o objetivo de fundamentar melhor a função social da propriedade e o seu flagrante caráter interno ao exercício do direito.

¹⁵⁰ Considerando essencial a leitura de um dispositivo legal conforme a integridade do ordenamento e sem uma determinação *a priori* da importância dos princípios, confira-se a brilhante obra de RONALD DWORKIN, que apresenta valiosos argumentos opostos à teoria de ALEXY (DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002). A integridade do ordenamento jurídico proposta por DWORKIN rejeita a ideia de que cada paradigma (seja do Estado Liberal, seja do Estado social ou do Estado Democrático de Direito) foi responsável pelo surgimento de uma determinada geração de direitos. Ao contrário do que se poderia imaginar, a função social da propriedade, dentre outras muitas conquistas sociais, não pode ser entendida como um acréscimo de novos direitos aos então existentes. Na verdade, o que ocorre é uma releitura dos direitos com base na nova ordem principiológica instaurada.

4.3.2. Função social das cidades

A par de uma função ativa que deve ter o proprietário no exercício de seu direito, em consonância com os artigos 182 e 184 da Carga Magna, é fundamental destacar que as políticas públicas não devem desconsiderar os ditames relativos à função social da propriedade.

Viu-se linhas acima que o conceito de meio ambiente engloba o meio ambiente construído, bem de uso comum do povo, o que constitui um patrimônio comum ou um *macrobem* com o qual devem estar de acordo os direitos de propriedade sobre os *microbens* individualmente considerados.

A ideia de meio ambiente construído ou artificial tem estreita ligação com a função dos Municípios, em razão das competências constitucionais a estes conferidas. De acordo com EDIS MILARÉ:

“Não obstante o patrimônio artificial ser de uso comum do povo e carregar consigo um título de propriedade, ele não se encontra etereamente na União ou nos Estados, mas sim no território e no solo do Município. A este cabe, de forma direta, a tutela do patrimônio ambiental que está sob sua alçada imediata e sua responsabilidade; cabe-lhe também, de forma indireta, e na medida da sua responsabilidade legal, o cuidado de bens da União ou do Estado, uma vez que tais bens estão inseridos na malha urbana ou assentes no território municipal”.¹⁵¹

Os problemas e as grandes questões urbanas, em outras palavras, acontecem no território do Município, sendo este o ente federativo responsável pelo essencial das políticas públicas referentes ao meio ambiente construído. Vale dizer: a questão ambiental demanda atenções a um patrimônio comum, a um *macrobem*, e os Municípios exercem função significativa nesta engrenagem. As políticas públicas municipais, no objetivo de se consagrar um meio ambiente sadio, devem respeitar os ditames que regem o direito de propriedade consoante o fundo paradigmático vigente.

¹⁵¹ MILARÉ, Édis. Op. cit., p. 284.

Portanto, conferem-se importantes atribuições aos Municípios na realização de políticas públicas que visem à garantia da propriedade dentro dos parâmetros constitucionalmente traçados. Se a propriedade urbana exerce sua função social ao estar de acordo com o plano diretor, conclui-se que é função do Município definir os critérios para o atendimento à função social da propriedade. Em outras palavras, o exercício do direito da propriedade urbana:

“fica condicionado à política urbana, que será executada pelo Poder Público Municipal, tendo por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes nos termos do artigo 182 da Constituição brasileira”.¹⁵²

No mesmo sentido são as palavras de FRANCISCO CARRERA:

“Os planos diretores das municipalidades não que dispor sobre a não-utilização da propriedade e ainda sobre as conseqüências desta omissão. Nas circunstâncias previstas nos planos diretores dos municípios, e, atendendo a dispositivo de ordem constitucional, aquele que mantiver uma propriedade sem qualquer destinação ou utilização não estará atribuindo a mesma função social. Desta forma, o interesse do particular, ora proprietário, cede lugar para o interesse público, coletivo e urbanístico”.¹⁵³

Desta forma, o exercício dos pressupostos que determinam que uma propriedade cumpra a sua função social está diretamente relacionado às diretrizes que devem seguir os Municípios em suas políticas públicas e no plano diretor, daí, função social da cidade: as cidades, ao obedecerem aos ditames impostos pelas políticas e pelo plano diretor, cumprem o objetivo de fazer com que as propriedades urbanas não sejam desprovidas de função social.

Logo, função social da propriedade urbana e função social da cidade são conceitos intrinsecamente relacionados. Como muito bem afirmado por NÉLSON SAULE JÚNIOR

“O *caput* do artigo 182 nos ajuda a identificar o significado deste princípio ao vincular o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar de seus habitantes, que são os objetivos da política urbana”.¹⁵⁴

A relação entre urbanismo e direito de propriedade é estreita e faz-se por via da função social da propriedade. Se antes as questões urbanas eram resultado dos

¹⁵² SAULE JÚNIOR, Néelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 214.

¹⁵³ CARRERA, Francisco. *Cidade Sustentável – Utopia ou Realidade?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 100.

¹⁵⁴ SAULE JÚNIOR, Néelson. Op. cit., p. 221.

exercícios individuais de propriedade, atualmente o *dominus* deve exercer o seu direito de acordo com o interesse da coletividade. Trata-se de mudança radical no ponto de vista sobre o tema, passando a propriedade a ser vislumbrada como um instrumento a serviço do interesse de toda a população e não como um direito absoluto. Como bem destaca RICARDO PEREIRA LIRA, “a atuação pública se apresentava como um simples encaminhamento final das faculdades privadas, que eram substantivas no processo urbanizador”.¹⁵⁵ Hoje, contudo, este sistema está totalmente superado, sendo que as decisões urbanísticas estão dissociadas do direito de propriedade do solo, passando a figurar como objeto de políticas públicas municipais.¹⁵⁶ Assim manifesta-se o Professor:

“A localização de uma cidade, sua extensão, sua configuração, sua magnitude, não são, nem podem ser, *realizações privadas*; são *realizações coletivas*, talvez o fato coletivo, por excelência, da sociedade dos homens; são realizações que, por conseguinte, interessam à coletividade inteira, condicionam a vida comunitária e pessoal de todos os membros da coletividade”.¹⁵⁷ [grifos no original]

Portanto, não é da propriedade privada absoluta que se constrói a cidade, mas dos parâmetros traçados para a construção da cidade é que são estabelecidas as condições para o legítimo direito de propriedade urbana. Do contrário, ter-se-ia absoluta anarquia no meio ambiente construído e negar-se-ia direito à cidade àqueles que não são titulares de direito de propriedade. Tratar-se-ia de verdadeiro retrocesso paradigmático.

Pode-se afirmar que o princípio da função social da cidade dá suporte jurídico a pretensões dos habitantes das cidades a que sejam feitas melhorias nas suas condições de vida, que sejam realizadas políticas públicas com vistas a atender aos anseios da sociedade. Como exemplos, há as reivindicações pela construção e reforma de vias públicas, construção de unidades hospitalares ou tomada de medidas voltadas à proteção do meio ambiente urbano.

Na promoção das funções sociais da cidade, ganha relevo a competência legislativa e administrativa dos Municípios, com base no já citado artigo 182 da Constituição da República Federativa do Brasil. Os objetivos da política urbana – a ser concebida e implementada pelos Municípios, por meio do plano diretor e com base nas diretrizes constitucionais e naquelas traçadas pelo Estatuto da Cidade – devem estar voltados à função social da cidade, que, em linhas gerais, é o fundamento para que a

¹⁵⁵ LIRA, Ricardo Pereira. *Elementos de Direito Urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 158.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 159.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 159.

propriedade tenha a sua conformação constitucional a fim de compor o bem-estar dos habitantes. No dizer de RICARDO LIRA, o Estatuto da Cidade “está profundamente penetrado pela função social da propriedade, sendo fundamental a consideração desse princípio para a efetividade da implementação dele”.¹⁵⁸

Para tal fim, o Estatuto da Cidade prevê importantes instrumentos das políticas públicas urbanas, incluindo os de índole tributária e financeira, dentre os quais se inclui a contribuição de melhoria. É o que dispõe o artigo 4º, IV, *b* do referido diploma, *in verbis*:

“Art. 4º Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos:

[...]

IV – institutos tributários e financeiros:

[...]

b) contribuição de melhoria”;

Em relação especificamente à valorização imobiliária, à segregação social e às vantagens econômicas injustas obtidas por alguns em razão de valorização imobiliária decorrente de obras públicas, há, com fulcro nos supra mencionados princípios da função social da propriedade e da função social da cidade, a previsão de cobrança de um especial tributo, a contribuição de melhoria, com vistas a uma maior equidade fiscal.

Em resumo, as políticas públicas de garantia da função social da propriedade e da função social da cidade necessitam de recursos para que sejam implantadas; os recursos são obtidos principalmente por tributos, que significam interferência no direito de propriedade ou instrumento de macro conformação desta. Se as obras públicas implicam valorização dos imóveis de alguns às custas de toda a coletividade, sem cobrança de contribuição específica, conclui-se que o sistema tributário está a funcionar de maneira deficiente e desprovida da raiz principiológica baseada na justiça fiscal, na justiça distributiva e na igualdade. O exercício a ser feito é o de implementar o sistema tributário mediante ajustes que corrijam as distorções apontadas e que signifiquem, simultaneamente, justiça fiscal e exercício do direito de propriedade obediente à função social respectiva, já que o direito de propriedade é dependente da sistemática tributária e com ela mantém relações estreitas.

¹⁵⁸ LIRA, Ricardo Pereira. Direito Urbanístico, Estatuto da Cidade e Regularização Fundiária. In: *Revista de Direito da Cidade*. Volume 1, nº 1. Rio de Janeiro: Harbra, 2006, pp. 149 *et seq.*

Diante dos instrumentos à disposição do Poder Público, verifica-se uma subutilização da aludida contribuição de melhoria, que, se adequadamente aplicada, poderia representar um importantíssimo caso de tributação urbanística, em conformidade com os interesses coletivos e com os princípios tributários. Ao mesmo tempo em que se evitaria a valorização exacerbada dos preços dos imóveis, a especulação imobiliária e a segregação social acentuada por meio da criação de áreas mais elitizadas, criar-se-ia nova fonte de custeio dos cofres públicos, atendendo-se à capacidade contributiva e às funções sociais da cidade e da propriedade.

A principal preocupação posta em face da contribuição de melhoria reside na dificuldade de aplicação prática do tributo, por serem, muitas vezes, de difícil definição os *quanta* das valorizações imobiliárias individuais. FÁBIO FANUCCHI, sensível ao tema, já asseverava o seguinte:

“É fácil perceber que ocorre certa dificuldade no estabelecimento de pelo menos um desses limites. O preço da obra, logo o limite global da imposição tributária que poderá ser exercida, é facilmente estabelecido e provado. A valorização imobiliária de cada propriedade, ou seja, aquilo que estabelecerá o limite individual da imposição, é de avaliação bem mais difícil, desde que estará calcada, sempre, em avaliações subjetivas ou pessoais, podendo variar, fundamentalmente, tornando mais prováveis os conflitos entre as partes da relação jurídico-tributária que através da contribuição de melhoria se estabeleça”.¹⁵⁹

Porém o Mestre respondia e ressalvava:

“Nem por isso, todavia, se justifica a violação da forma jurídica perfeita para fazer a imposição, procedimento condenável e ao qual se acostumaram as entidades tributantes. *Vivemos a época da evolução científica do direito tributário e ela não pode ser desmentida por práticas ilícitas das entidades tributantes. Afinal, o Judiciário aí está para dirimir os eventuais conflitos gerados pela superestimação da valorização imobiliária determinada pelo poder público, ou pela subestimação dessa valorização, querida pelos contribuintes.* A quota justa pode e deve ser fixada e não há razão para que sirva de óbice à que se pratique a tributação dentro de moldes decentes e científicos”.¹⁶⁰[grifei]

Do mesmo modo, não pode o poder fiscal do Estado ser prejudicado pela falta de requisitos materiais mínimos para a efetivação da cobrança da contribuição de melhoria. Prejudicar a cobrança do tributo, previsto constitucionalmente, significa desprover os cofres públicos em desfavor da execução de políticas públicas, notadamente aquelas relacionadas ao meio ambiente urbano. Ademais, não cobrar o

¹⁵⁹ FANUCCHI, Fábio. *Curso...* pp. 258-259

¹⁶⁰ *Ibid.*, pp. 258-259.

tributo significa violação à Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000), que, em seu artigo 11, dispõe o seguinte:

“Art. 11. Constituem requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da Federação.

Parágrafo único: é vedada a realização de transferências voluntárias para o ente que não observe o disposto no caput, no que se refere aos impostos”.¹⁶¹

Neste ponto vale ressaltar que a contribuição de melhoria representa ganhos não apenas fiscais, mas também de natureza extrafiscal. A cobrança da contribuição de melhoria é um verdadeiro estímulo à propriedade produtiva, ao exercício do direito de propriedade de acordo com a função social e com os ditames de proteção do meio ambiente. Conforme ressalta JOSÉ MARCOS DOMINGUES:

“A contribuição de melhoria é um tributo que, a par de seu poder arrecadador (fiscal), pode transformar-se num elemento estimulador de grandes obras de profundo sentido ambiental (extrafiscal). Além do seu caráter utilitário, tais obras contribuem para a educação do povo, sendo que a ignorância tem íntima conexão com a destruição do meio ambiente, por isso que a ‘educação ambiental’ é tema de relevo nos colóquios sobre o meio ambiente”.¹⁶²

Portanto, a contribuição de melhoria, além dos benefícios fiscais que financiariam importantes obras públicas para os muitos Municípios existentes em nossa Federação, faz com que se cumpra a função extrafiscal de fazer a propriedade ser exercida dentro dos parâmetros ambientais indispensáveis que caracterizam a função social garantida pela Lei Maior.

No caso da contribuição de melhoria, o fato que dá ensejo, justifica e fundamenta a sua cobrança é a constatação evidente de que existem injustiças flagrantes em se beneficiar um grupo restrito com recursos financiados por toda a sociedade. O tributo previsto constitucionalmente está em consonância com os valores que permeiam a ordem constitucional e apenas a falta de sensibilidade e de vontade política é que faz com que não se realize no aludido instrumento tributário uma importantíssima fonte de correção de injustiça e de obtenção de recursos essenciais. Se se chega à decisão constitucional fundamental de prever-se uma figura jurídico-tributária adequada,

¹⁶¹ BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências.

¹⁶² DOMINGUES, José Marcos. Op. cit., pp. 95-96.

eventuais óbices de cunho prático representam um falso problema. Como bem ressalta GERALDO ATALIBA:

“É insuficiente e injusto o sistema tributário que não reconheça êste instituto jurídico. Não reconhecê-lo e não explorá-lo importam no mesmo. Insuficiente porque desprezará preciosa forma de financiamento de obras públicas das quais tanta necessidade tem a sociedade moderna. Injusto porque onerará desigualmente os cidadãos e não respeitará as elementares exigências da justiça distributiva, abandonando sólidos indícios científicos de proporcionalidade, asseguradores de um sistema équo de repartição de encargos tributários.

[...]

Dessas reflexões, há de surgir robusta a convicção de que o sistema tributário que não reconheça e não consagre a contribuição de melhoria é imperfeito, lacunoso, inidôneo e, sobretudo, injusto”.¹⁶³ [sic]

As dificuldades de ordem prática são antes questões atinentes a políticas públicas e não propriamente jurídicas. A contribuição de melhoria está conforme todos os princípios constitucionais tributários que regem a sua disciplina e não pode ter sua sorte fadada ao fracasso em razão de omissões políticas. Exemplos no direito comparado são importantíssimos para realçar que a eficácia do tributo depende não de seus contornos jurídicos, mas da vontade política em se concretizar, na prática, a sua implantação.

Pensar de forma distinta levaria à violação da supremacia constitucional - pois a Carta Magna preconiza a instituição do tributo em sintonia com o princípio da igualdade - além de malferir o princípio da separação de poderes, porquanto à ordem legislativa deve seguir-se a respectiva execução pela Administração.

A realização de um cadastro¹⁶⁴ imobiliário efetivo seria o primeiro e importante passo para controle das valorizações e ensejaria significativamente a cobrança da exação em tela. Acórdão relativamente recente do Superior Tribunal de Justiça consolida o entendimento daquela corte no sentido de que a contribuição de melhoria incide sobre o *quantum* da valorização imobiliária, não havendo que se falar em fixação tão-somente pelo valor da obra nem em valorização presumida. Neste ponto, é essencial a implantação de um cadastro hábil, com possibilidade de contraditório e discussão em sede judicial no caso de discordância do contribuinte. Eis trecho do acórdão aqui citado:

¹⁶³ NOGUEIRA, José Geraldo Ataliba. Op. cit., pp. 14-17.

¹⁶⁴ “Chama-se cadastro o inventário geral da riqueza imobiliária de um país, obtido por meio da exposição e estimativa de todos os terrenos [...] para fins financeiros ou jurídicos” (DEODATO, Alberto. Op. cit., p. 196).

“A contribuição de melhoria é tributo cujo fato imponible decorre de valorização imobiliária causada pela realização de uma obra pública. Nesse passo, sua exigibilidade está expressamente condicionada à existência de uma situação fática que promova a referida valorização. Este é o seu requisito ínsito, um fato específico do qual decorra incremento no sentido de valorizar o patrimônio imobiliário de quem eventualmente possa figurar no pólo passivo da obrigação tributária.

[...]

Importante destacar que, tanto os arts. 81 e 82 do CTN, quanto os dispositivos do Decreto-lei nº 195/67, ainda continuam em vigor [...]

[...]

Com efeito, este Tribunal firmou o entendimento de que no lançamento de contribuição de melhoria, o poder tributante deve demonstrar a valorização do imóvel decorrente da realização da obra pública realizada no local da situação do bem, não utilizando-se do valor da obra pública a base de cálculo da contribuição de melhoria”.¹⁶⁵

O que se nota é que a contribuição de melhoria pode ser cobrada e, para isso, é necessário que exista um mínimo de aparelhamento cadastral idôneo a cumprir exatamente o que determina a Constituição. Condições materiais semelhantes ou até mais complexas foram e são estabelecidas para outras finalidades, o que nos leva a concluir que, ao fim e ao cabo, o que falta é vontade política para a cobrança do justo tributo em apreço.

Diante do exposto, passamos à análise da contribuição de melhoria, tal como concebida no ordenamento jurídico brasileiro, traçando algumas considerações sobre a existência de instrumentos semelhantes no direito comparado

¹⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ag. 1190553/RS (2009/0075001-8). Rel. Min. Eliana Calmon, Brasília, DF, publicado no DJe de 26.04.2011.

5. CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA. CARACTERÍSTICAS

Não é surpresa alguma afirmar-se que pairam sérias controvérsias acerca da classificação das espécies tributárias. No direito pátrio, tradicional corrente doutrinária entende, com fulcro na literalidade do artigo 3º do Código Tributário Nacional e do artigo 145 da Constituição, que são três as espécies tributárias: impostos, taxas e contribuições de melhoria.¹⁶⁶

A teoria *tripartite* baseia-se no fato gerador para a caracterização de uma espécie tributária. Assim sendo, a destinação de contribuições, por exemplo, seria irrelevante para que estas fossem consideradas espécie autônoma.

Em favor de uma teoria *quadripartite* militam brilhantes doutrinadores que defendem a existência dos seguintes tributos: impostos, taxas, contribuições e empréstimos compulsórios.¹⁶⁷

A última corrente, abraçada pelo Supremo Tribunal Federal,¹⁶⁸ é a que sustenta a existência de cinco espécies tributárias: imposto, taxa, contribuição de melhoria, empréstimo compulsório e contribuições, que podem ser sociais, de intervenção no domínio econômico ou de interesse de categorias profissionais.

Os impostos são caracterizados por não se vincularem a qualquer prestação estatal específica, consoante estatuído no artigo 16 do Código Tributário Nacional, destinando-se, segundo RICARDO LOBO TORRES, a financiar “as necessidades globais do serviço público indivisível”.¹⁶⁹

¹⁶⁶ Por todos, cf. SOUSA, Rubens Gomes de. *Compêndio de Legislação Tributária*. São Paulo: Resenha Tributária, 1975, p. 163.

¹⁶⁷ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado...*, p. 18.

¹⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 138.284-8/CE, Rel. Min. Carlos Velloso, Brasília, DF, publicado no DJ de 28.08.1992, ementário nº 1672-3; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 146.733-9/SP, Rel. Min. Moreira Alves, Brasília, DF, publicado no DJ de 06.11.1992; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 177.137-2/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, Brasília, DF, publicado no DJ de 18.04.1997, ementário nº 1865-05.

¹⁶⁹ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado...*, p. 78. AMÍLCAR FALCÃO é lapidar ao escrever que “imposto é o tributo auferido pelo poder público, para atender às necessidades públicas gerais, e cujo nascimento se condiciona ao verificar-se de um pressuposto de fato, consistente num ato ou fato da vida comum, de conteúdo econômico (*Tatbestand, hecho imponible, fato gerador ou suporte fático*)” (FALCÃO, Amílcar. Op. cit., p. 116).

A taxa, por sua vez, é o tributo pago para o custeio de serviço público específico e divisível, condicionado à utilização, disposição ou solicitação.¹⁷⁰ É por esta razão que RICARDO LOBO TORRES a classifica, juntamente com as contribuições, no quadro dos tributos contraprestacionais.¹⁷¹ Além disso, a taxa, na dicção constitucional, também é cobrada em razão do exercício regular do poder de polícia. Por este motivo, a doutrina classifica as taxas em (i) taxa pela prestação de serviços públicos e (ii) taxa pelo exercício regular do poder de polícia.

Portanto, pelo que se vê, tanto os impostos como as taxas são identificados pelo fato gerador, e não pela destinação que é dada aos recursos por eles arrecadados. Em suma: o fato gerador do imposto é associado à manifestação de riqueza do contribuinte, segundo o critério estabelecido pela hipótese de incidência prevista em lei; nas taxas, diferentemente, é a atividade estatal o ponto nodal na caracterização da hipótese de incidência do tributo, seja pela prestação de serviço público específico e divisível, seja pelo exercício regular do poder de polícia.¹⁷²

As contribuições, por seu turno, na classificação quinquipartite, podem ter fato gerador ora de taxa, ora de imposto, sendo a destinação o elemento diferenciador fundamental. GERALDO ATALIBA nos ensina que:

“O preceito do inciso IV do art. 167 da Constituição veda à lei prescrever *destinação* ao produto da arrecadação de impostos. Essa vedação não é aplicável à lei que cuida

¹⁷⁰ FALCÃO, Amílcar. Op. Cit., p. 116. Conclui brilhantemente o citado autor: “Temos, então, que os fatos geradores dos impostos são, sempre, acontecimentos (fatos, atos ou negócios) que denotem, simplesmente, uma capacidade econômica: venda, consignação, exportação, produção, rendimento ou renda. Na taxa, o fato gerador tem que ser uma ocorrência relacionada com a utilização, provocação, ou disposição do serviço ou atividade do Estado: invocação do funcionamento da justiça, regularização de instrumentos de medição e pesagem etc.” (FALCÃO, Amílcar. Op. Cit., 118).

¹⁷¹ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado...*, p. 387. GRIZIOTTI, na mesma linha, destaca que “las tasas son, por lo tanto, tributos consistentes en contraprestaciones obligatorias pagadas al Estado por aquel que disfruta en modo particular de los servicios jurídico-administrativos cuya prestación es inherente a la soberanía del mismo Estado” (GRIZIOTTI, Benvenuto. Op. cit., p. 205). Este entendimento deve ser visto com reservas. Como se sabe, contraprestação é conceito de direito privado, implicando haver prestações juridicamente equivalentes, valendo “tanto por tanto”, o que não ocorre na taxa. Ademais, o conceito de contraprestação não é próprio da teoria geral do direito público, mas sim do direito que rege as relações jurídicas privadas. É anacronismo pensar o tributo como algo contraprestacional, o que representa ressaibo da teoria do benefício, característica do período liberal. Sobre interessante crítica a teoria do benefício, cf. DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Direito Constitucional Tributário e “Due process of Law”*. 2ª ed. revista. Rio de Janeiro: Forense, 1986, pp. 37 *et seq.*

¹⁷² O STF reiteradamente controla a desconsideração dessa diferença, ao aplicar a regra do artigo 145, §2º da Constituição, que veda que taxas tenham base de cálculo própria de impostos. Como exemplo, transcrevemos trecho do voto vencedor no julgamento do Recurso Extraordinário 220.316-7, Rel. Min. Ilmar Galvão: “Analisadas à luz desses princípios, muitas das conhecidas taxas instituídas pelos municípios não oferecem condições mínimas de exigibilidade, configurando verdadeiros impostos inominados, não compreendidos na competência tributária desses entes políticos. [...] são exemplos a taxa de conservação de estradas [...] e a taxa de limpeza e conservação de vias e logradouros públicos, entre outras. Trata-se de serviços que não podem ser tidos por prestados *uti singuli*, não podendo, de igual modo, ser considerados divisíveis, posto que insuscetíveis de mensuração relativamente a cada integrante do universo indefinido de usuários dos referidos bens públicos, para efeito de remuneração proporcional” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 220.316-7, Rel. Min. Ilmar Galvão, Brasília, DF, publicado no DJ de 29.06.2001, ementário nº 2037-5).

de contribuições. *Ela é, aliás, a própria razão de ser da instituição do tributo*".¹⁷³
[grifei]

As contribuições sociais, nos termos do art. 149 da Constituição, são classificadas em: contribuições à seguridade social, contribuições de intervenção no domínio econômico e contribuições de interesse de categorias profissionais ou econômicas¹⁷⁴. As contribuições à seguridade social estão previstas no artigo 195 da Constituição e funcionam como meio de abastecimento financeiro da saúde, da previdência social e da assistência social; as de intervenção no domínio econômico (CIDE) e as de interesse de categorias profissionais e econômicas, por seu turno, estão previstas no artigo 149 da Lei Maior.

A quarta espécie tributária de que tratamos é o empréstimo compulsório, cuja nota dominante e característica é a de ser um tributo restituível. Segundo RICARDO LOBO TORRES, o “dever de restituir é o ponto nevrálgico de toda a problemática da natureza do empréstimo compulsório”.¹⁷⁵ Importante destacar que o empréstimo compulsório não possui um fato gerador característico, podendo, de acordo com a constituição, haver a previsão de um fato gerador de outro tributo.

Vistas de forma sucinta as quatro demais modalidades tributárias (imposto, taxa, contribuições sociais e empréstimo compulsório), passa-se à análise do objeto do presente trabalho: as contribuições de melhoria.

O tributo em comento ganhou sua primeira previsão constitucional na Carta de 1934. Na Constituição de 1937, nada se disse a respeito, o que não impediu a cobrança de tributos análogos, sob a rubrica de taxa.¹⁷⁶ Registro histórico interessante é trazido por ALBERTO DEODATO:

“O círculo de estudos municipais, numa de suas reuniões no Rio de Janeiro, após vivos debates, resolveu que, em vez de contribuições de melhoria, se adotasse, para

¹⁷³ ATALIBA, Geraldo. *Natureza jurídica...*, p. 200. Sobre o princípio da não-afetação, confira-se crítica interessante de JOSÉ MARCOS DOMINGUES (DOMINGUES, José Marcos. *Direito tributário e meio ambiente*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 150 *et seq*).

¹⁷⁴ Por todos, cf. MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 21ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 362-372.

¹⁷⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado...*, p. 652.

¹⁷⁶ Aliás, esse era o entendimento dos tributaristas favoráveis à corrente dualista, que só via duas categorias de tributos: impostos e taxas. Assim manifestava-se ALBERTO DEODATO: “A Constituição Federal de 1937 silenciou sobre a contribuição de melhoria. Isto não quer dizer que fosse vedada sua cobrança. Podia ser autorizada por lei ordinária. Previu genericamente a contribuição quando admitiu, respectivamente em seus arts. 20, II, 23, II, e 28, IV, a cobrança de taxas federais, estaduais ou municipais, resultantes da prestação de serviços públicos” (DEODATO, Alberto. *Op. cit.*, p. 54).

esses tributos, o nome de taxas de melhoria. E assim resolveu, baseado no fato de o nome taxa ser mais coerente com o art. 28, IV, da Constituição Federal de 1937”.¹⁷⁷

No mesmo sentido é a lição de GERALDO ATALIBA:

“Ora, a circunstância de não vir a contribuição de melhoria expressamente na carta de 37 parecia autorizar o entendimento no sentido de que foi ela abolida do nosso sistema jurídico. Pareceu, então, mais fácil a seus defensores configurá-la como subespécie da taxa, do que procurar seus fundamentos na nossa sistemática jurídica. Essa a razão pela qual, no Brasil, tão grande foi a corrente dos que defenderam a tese da subsunção da contribuição de melhoria à estrutura geral da taxa. Os integrantes da ‘escola paulista da taxa de melhoria’ eram, na maioria, entusiastas dessa entidade tributária e, não sendo ela prevista na Carta Magna, não puderam senão assumir essa posição, para lhe assegurar a sobrevivência. Essa a provável explicação da posição de O. A. Bandeira de Mello, J. H. Meirelles Teixeira, C.A. Carvalho Pinto, Theotônio Monteiro de Barros e outros. Esta explicação é, aliás, confirmada pelo seguinte exemplo: o prof. Bilac Pinto defendeu em juízo os interesses da prefeitura municipal de Rio Grande, em julho de 1940, e sustentou perante o Tribunal de Apelação do Estado a legitimidade da cobrança da *taxa de melhoria* argumentando ser ela subespécie da taxa – êle, que defendeu com tanto brilho a tese da autonomia do instituto, em seu trabalho ‘Contribuição de Melhoria’ de 1935”.¹⁷⁸ [grifos no original]

Após esse vácuo legislativo, a previsão da cobrança de contribuição de melhoria retornou na Constituição de 1946, tendo passado por poucas modificações na Emenda Constitucional 18, de 1º de dezembro de 1965, bem como na Carta de 1967 e na Emenda 1/69.¹⁷⁹

Na constituição vigente, a contribuição de melhoria tem abrigo na Lei Maior, no artigo 145, III, *in verbis*:

“Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

[...]

III – contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas”.

No Código Tributário Nacional, o tributo vem previsto nos artigos 81 e 82, sendo que o conceito e traços característicos do instituto vêm consagrados no artigo 81. Confira-se:

“Art. 81. A contribuição de melhoria cobrada pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, é instituída para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra a valorização imobiliária,

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 55. Assim dispunha o artigo 28, IV, da Carta de 1937: “Além dos atribuídos a eles pelo art. 23, § 2, desta Constituição e dos que lhe forem transferidos pelo Estado, pertencem aos Municípios: IV – as taxas sobre serviços municipais” (BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937).

¹⁷⁸ NOGUEIRA, *Natureza Jurídica...*, pp. 60-61.

¹⁷⁹ *Ibid.*, pp. 203-248.

tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado”.

O tributo também vem disciplinado no Decreto-lei nº 195, de 24 de fevereiro de 1967, cujo artigo 1º dispõe o seguinte:

“Art 1º. A Contribuição de Melhoria, prevista na Constituição Federal tem como fato gerador o acréscimo do valor do imóvel localizado nas áreas beneficiadas direta ou indiretamente por obras públicas”.¹⁸⁰

Merece ser destacado que, ao contrário do que sustenta parte da doutrina,¹⁸¹ o Decreto-lei 195/67 e os artigos 81 e 82 do Código Tributário Nacional continuam em vigor, mesmo com o advento da Constituição Federal de 1988, em razão do que determina o artigo 34, § 5º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).¹⁸²

O fato gerador comporta, necessariamente, dois elementos fundamentais: a realização de obra pública e a valorização imobiliária decorrente daquela. Trata-se de fato gerador distinto dos demais, o que dá à contribuição de melhoria a característica de tributo autônomo, inconfundível com os impostos tampouco com as taxas. Lapidares são as palavras de ROQUE ANTONIO CARRAZZA:

“Apesar do laconismo da atual Constituição acerca do assunto – já que ela apenas acentuou que a contribuição de melhoria deve decorrer de obras públicas –, continuamos entendendo que, sem a valorização dos imóveis circunvizinhos, seus proprietários não podem sofrer validamente este gravame.

¹⁸⁰ Interessante destacar que o artigo 2º do mesmo diploma estabelece um rol exemplificativo de obras públicas das quais possa decorrer o tributo de contribuição de melhoria: “Art 2º Será devida a Contribuição de Melhoria, no caso de valorização de imóveis de propriedade privada, em virtude de qualquer das seguintes obras públicas: I - abertura, alargamento, pavimentação, iluminação, arborização, esgotos pluviais e outros melhoramentos de praças e vias públicas; II - construção e ampliação de parques, campos de desportos, pontes, túneis e viadutos; III - construção ou ampliação de sistemas de trânsito rápido inclusive tôdas as obras e edificações necessárias ao funcionamento do sistema; IV - serviços e obras de abastecimento de água potável, esgotos, instalações de redes elétricas, telefônicas, transportes e comunicações em geral ou de suprimento de gás, funiculares, ascensores e instalações de comodidade pública; V - proteção contra sêcas, inundações, erosão, ressacas, e de saneamento de drenagem em geral, diques, cais, desobstrução de barras, portos e canais, retificação e regularização de cursos d’água e irrigação; VI - construção de estradas de ferro e construção, pavimentação e melhoramento de estradas de rodagem; VII - construção de aeródromos e aeroportos e seus acessos; VIII - aterros e realizações de embelezamento em geral, inclusive desapropriações em desenvolvimento de plano de aspecto paisagístico” (BRASIL. Decreto-lei nº 195, de 24 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a cobrança da Contribuição de Melhoria).

¹⁸¹ MORAES, Bernardo Ribeiro. Op. cit., p. 577.

¹⁸² “Art. 34. O sistema tributário nacional entrará em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao da promulgação da Constituição, mantido, até então, o da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda n. 1, de 1969, e pelas posteriores. § 1º Entrarão em vigor com a promulgação da Constituição os arts. 148, 149, 150, 154, I, 156, III, e 159, I, c, revogadas as disposições em contrário da Constituição de 1967 e das Emendas que a modificaram, especialmente de seu art. 25, III. § 3º Promulgada a Constituição, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão editar as leis necessárias à aplicação do sistema tributário nacional nela previsto. § 4º As leis editadas nos termos do parágrafo anterior produzirão efeitos a partir da entrada em vigor do sistema tributário nacional previsto na Constituição. § 5º Vigente o novo sistema tributário nacional, fica assegurada a aplicação da legislação anterior, no que não seja incompatível com ele e com a legislação referida nos §§ 3º e 4º”.

Do contrário, bastaria que houvesse uma obra pública para que os proprietários dos imóveis a ela adjacentes fossem compelidos a pagar o tributo, que revestiria, assim, a natureza de um adicional do IPTU (imposto predial e territorial urbano) ou do ITR (imposto territorial rural), conforme estivessem localizados, respectivamente, na zona urbana ou na zona rural. Sua base de cálculo seria, simplesmente, o valor do imóvel urbano (a mesma do IPTU) ou do imóvel rural (a mesma do ITR). Além disso, poderiam surgir problemas insolúveis de competência tributária, já que, por exemplo, se o Estado realizasse uma obra pública na zona urbana de um Município, ele estaria cobrando, sob a rubrica ‘contribuição de melhoria’, um adicional de IPTU, o que tipificaria flagrante inconstitucionalidade”.¹⁸³

A diferença da contribuição de melhoria em relação ao imposto é clara e se percebe pela própria redação do CTN e da Constituição: enquanto aquela depende da realização de uma obra pública responsável pela valorização imobiliária, o imposto é cobrado independentemente de qualquer atividade estatal específica.¹⁸⁴

No que tange às taxas, a distinção pode parecer mais sutil, tendo em vista que em ambos os casos existe a prestação de uma atividade estatal. No entanto, o que pode parecer problemático, sobretudo para os dicotomistas, não resiste à simples leitura dos dispositivos legais pertinentes. A contribuição de melhoria é instituída em razão de *obra pública*, ao passo que as taxas decorrem da prestação estatal de *serviço público*. De acordo com ALIOMAR BALEEIRO, a contribuição de melhoria “não é a contraprestação de um serviço público incorpóreo, mas a *recuperação do enriquecimento ganho por um proprietário em virtude de obra pública concreta no local da situação do prédio.*”¹⁸⁵[grifos no original]

A confusão já deu ensejo a numerosas “taxas” que foram declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, por haver, na verdade, fato gerador característico de contribuição de melhoria.¹⁸⁶ O Supremo Tribunal Federal, no julgamento plenário do RE 87.604, esclareceu bem a matéria:

“Contribuição de melhoria. Nos casos em que cabe a imposição desse tributo, não tem o Poder Público a opção de instituir, alternativamente, taxa remuneratória.

¹⁸³ CARRAZZA, Roque Antonio. Op. cit., p. 496.

¹⁸⁴ DEODATO, Alberto. Op. cit., pp. 54-55.

¹⁸⁵ BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11ª ed., revista e complementada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 570.

¹⁸⁶ Sobre o tema, é brilhante a lição de FÁBIO FANUCCHI, ao afirmar o seguinte: “[...] os poderes tributantes sempre preferiram, e parecem continuar preferindo, mascarar a imposição com a denominação de ‘taxa’, tributo que, como vimos, não se subordina a limites e às elaborações mais complexas exigidas para a contribuição de melhoria. Daí a proliferação das ‘taxas’ de pavimentação, de arruamento, de obras de irrigação etc., que compõem anormalmente o sistema tributário nacional” (FANUCCHI, Fábio. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. Volume 2. 3ª ed. São Paulo: Resenha Tributária, 1975, p. 257.

Ilegitimidade da ‘Taxa de Execução de obras de água e esgoto’ do Município de São Caetano do Sul. Recurso não conhecido”.¹⁸⁷

Com o mesmo fundamento, o Pretório Excelso declarou, por exemplo, a invalidade da “taxa de asfalto” do Município de Goiânia,¹⁸⁸ da “taxa de pavimentação” de Santos,¹⁸⁹ bem como da “taxa de pavimentação asfáltica” do Município de Santo André.¹⁹⁰

Além disso, pode-se dizer que a contribuição de melhoria é cobrada em razão de uma obra pública que foi posta à fruição de toda a coletividade, muito embora, *a posteriori*, possa haver a verificação de vantagens individualmente consideradas. Nas taxas, ao contrário, a prestação de serviços públicos é feita de forma específica e divisível, vale dizer, o serviço pode ser dividido em unidades autônomas para cada contribuinte, que é prestado ou usufruído *uti singuli*.¹⁹¹

Enfim, o que é indispensável para a cobrança da contribuição de melhoria são a valorização imobiliária decorrente de obra pública e a realização da dita obra.¹⁹² Não obstante a obviedade do que foi dito, tal entendimento não é pacífico. Surgiram divergências, principalmente após o advento da Emenda Constitucional 23/83, conhecida como Emenda Passos Porto. A regra ali estabelecida foi basicamente mantida com a promulgação do artigo 145, III, da Constituição de 1988, que fala em “contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas”: para a cobrança da *nova* contribuição de melhoria, de acordo com a literalidade do dispositivo, bastaria a realização de obra pública, independentemente de valorização imobiliária.

¹⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 87.604/SP, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, Brasília, DF, publicado no DJ de 30.03.1979, ementário nº 1.126-2, RTJ 89/594.

¹⁸⁸ “Contribuição de melhoria. Nos casos em que cabe a imposição desse tributo, não tem o Poder Público a opção de instituir, alternativamente, taxa remuneratória (RE 87.604, Plenário 21.02.1979). Ação de repetição julgada procedente. Recurso extraordinário conhecido e provido” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 91.373-4/GO, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, Brasília, DF, publicado no DJ de 14.09.1979, ementário nº 1.144-2).

¹⁸⁹ “Taxa de pavimentação do Município de Santos. Fato gerador idêntico ao da contribuição de melhoria. Ilegalidade da cobrança por ofensa ao Dec-lei nº 195/67. Recurso extraordinário conhecido e provido” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 83.516/SP, Rel. Min. Leitão de Abreu, Brasília, DF, publicado no DJ de 20.11.1978, ementário nº 1.116).

¹⁹⁰ “Tributo que tem por fato gerador benefício resultante de obra pública, próprio de contribuição de melhoria, e não a utilização, pelo contribuinte, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto a sua disposição. Impossibilidade de sua cobrança como contribuição, por inobservância das formalidades legais que constituem o pressuposto do lançamento dessa espécie tributária. Inocorrência da alegada afronta ao art. 18, II, da EC 01/69. Inconstitucionalidade, que se declara, do art. 276 da Lei n. 3.999, de 29 de dezembro de 1972, do Município de Santo André/SP. Recurso não conhecido” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 140.779/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, publicado no DJ de 02.08.1995, ementário 1799, pp. 460).

¹⁹¹ Deve-se ressaltar que o serviço, mesmo prestado *uti singuli*, não deixa de ser *público*.

¹⁹² NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de Direito Tributário*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 168.

Com isso, há corrente doutrinária que sustenta, com a modificação no texto da Lei Maior, ter havido verdadeira alteração dos pressupostos da contribuição de melhoria. BERNARDO RIBEIRO DE MORAES, por exemplo, sustenta que basta a realização de obra pública e benefício do imóvel, prescindindo-se especificamente da valorização. Confira-se:

“Hoje, após a promulgação da Constituição de 1988, não é mais assim. O objeto da contribuição de melhoria é a ‘obra pública’ (art. 145, III), sem qualquer referência a ‘valorização imobiliária’ dela decorrente. Basta a execução de obra pública que atinja o imóvel do contribuinte, *levando-lhe uma melhoria*, para a contribuição de melhoria ser devida”.¹⁹³ [os grifos são nossos]

Portanto, de acordo com este entendimento, a ordem constitucional vigente autoriza a contribuição de melhoria desde que haja obra pública e *qualquer* benefício imobiliário, e não necessariamente uma *valorização*.

Com efeito, o artigo 1º, da Emenda Constitucional 23, de 1º de dezembro de 1983, já dispunha o seguinte, ao alterar a redação do artigo 18 da então vigente Constituição:

“Art. 1º - Os dispositivos da Constituição Federal abaixo enumerados, passam a vigorar com as seguintes alterações: [sic]

[...]

Art. 18.

[...]

II - contribuição de melhoria, arrecadada dos proprietários de imóveis beneficiados por obras públicas, que terá como limite total a despesa realizada”.

Com isso, alterou-se significativamente o texto anterior, que assim rezava:

“Art. 18. Além dos impostos previstos nesta Constituição, compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir:

[...]

II - contribuição de melhoria, arrecadada dos proprietários de imóveis valorizados por obras públicas, que terá como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado”.

Verifica-se que a dita emenda constitucional retirou do texto da Lei Maior o limite individual com base na valorização de cada imóvel. Nesta oportunidade,

¹⁹³ MORAES, Bernardo Ribeiro de. Op. cit., p. 600.

levantaram-se opiniões, como a de BERNARDO RIBEIRO DE MORAES, no sentido de que a alteração constitucional teria tornado desnecessária a valorização, Com isso, ter-se-ia tornado incompatível com a Carta Magna – e portanto, revogado - o artigo 81 do Código Tributário Nacional.

Oportunidade teve a Carta de 1988 para sanar a dúvida. No entanto, o constituinte não o fez de forma expressa e a questão não se viu livre das interpretações literais e restritivas do texto. De fato, a constituição vigente refere-se apenas a obras públicas, não fazendo referência a valorização individual nem aos limites individuais da cobrança do tributo.

Por outro lado, com mais razão, filiaram-se doutrinadores e jurisprudência à corrente segundo a qual permanecem em vigor os requisitos previstos no artigo 81 do Código Tributário Nacional e do Decreto-lei 195/67: obra pública e valorização.¹⁹⁴

HUGO DE BRITO MACHADO afirma que:

“[...] há quem cogite da possibilidade de haver contribuição de melhoria independentemente de valorização imobiliária. Seria bastante a obra pública. Isto é um despautério que desmerece qualquer exame. Demonstra simplesmente o inteiro desconhecimento da contribuição de melhoria, sua origem e sua finalidade específica”.¹⁹⁵

Quid iuris: qual a mais adequada interpretação; qual a exegese que está em consonância com a ordem constitucional vigente?

Em meio a todas as interpretações possíveis, destacam-se duas correntes diametralmente opostas e uma terceira posição, conciliadora e eclética, e é justamente a ponderação mais acentuada em direção a uma corrente ou a outra que faz com que se cometam radicalismos como o de se desconsiderar a valorização imobiliária no fato gerador da contribuição de melhoria. Como forma de melhor se compreender as ditas posições – e as possíveis consequências derivadas de radicais defesas de suas teses – passa-se, neste ponto, a uma breve análise das orientações teóricas acerca do fato gerador da contribuição de melhoria.

Pois bem. Existem dois pólos distintos na observação da contribuição de melhoria: enquanto uma corrente é mais centrada na valorização, a outra volta-se mais

¹⁹⁴ Cf. TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado...*, p. 487. BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário...*, p. 574. MARQUES, Carlos Roberto. *Contornos e fundamentos...*, pp. 72-73.

¹⁹⁵ MACHADO, Hugo de Brito. *Op. cit.*, p. 387.

ao custo da obra.¹⁹⁶ A primeira encontra raízes no direito anglo-saxão, na teoria do *unearned increment*, e não tem maiores preocupações com o custo do empreendimento.¹⁹⁷ O fundamento para este entendimento está basicamente – e não de forma essencial e exclusiva - no princípio que veda o enriquecimento sem causa, encarando a contribuição de melhoria como um instrumento de recuperação das valorizações de acordo com o princípio, característico do direito privado, segundo é vedado locupletar-se à custa alheia. Sobre o tema, ALBERTO DEODATO é claro:

“A criação da contribuição de melhoria tem o seu melhor fundamento no princípio do não-enriquecimento injusto. Certas obras públicas, realizadas com o produto dos impostos pagos por todos, vão enriquecer mais alguns contribuintes, que pagam idênticamente a outros, valorizando-lhes, sobremaneira, a propriedade. Ora, tal fato é de flagrante injustiça.

Se o Estado indenizar o particular por danos causados, é justo que os particulares mais beneficiados pelo Poder Público lhe paguem o lucro alcançado”.¹⁹⁸

GERALDO ATALIBA, apesar de não reconhecer na contribuição de melhoria o fundamento segundo o qual é vedado enriquecer-se às custas de terceiros, elege a valorização imobiliária ao *status* de elemento fundamental do fato gerador, ao afirmar que:

“Vê-se, pois, que esse tributo *onera a valorização*, se assenta sobre a *mais valia* verificada na propriedade particular. O *objeto* da tributação é a *repercussão econômica* da obra pública no imóvel privado. É a contribuição de melhoria *tributo sobre a valorização*. Do exame da disciplina legal do instituto, na tradição de todas as legislações, se verifica a procedência dessa afirmação. Confirma-a o melhor doutrina.

Afastamos, destarte, de plano, a idéia de *remuneração* do custo da obra”.¹⁹⁹ [sic] [grifos no original]

A vertente acima é a tradicionalmente encontrada nos Estados Unidos e na Inglaterra, inspirando, respectivamente, os *special assessments* e a *betterment tax*. Nesta orientação é flagrante a ideia de que inexistente perda patrimonial para o sujeito passivo,

¹⁹⁶ DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. Op. cit., p. 68.

¹⁹⁷ BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário...*, p. 575.

¹⁹⁸ DEODATO, Alberto. Op. cit., p. 53. BERNARDO RIBEIRO DE MORAES enfaticamente filia-se a esta corrente ao afirmar: “Sem dúvida, no Brasil, é no *special assessments*, com fundamento no fator *benefício* e não no ‘custo’, que encontramos a contribuição de melhoria, espécie tributária específica” (MORAES, Bernardo Ribeiro de. Op. cit., p. 564). Curiosamente, 15 (quinze) linhas depois, em seu mesmo texto, o autor afirma que a “ideia de recuperação de custo de obras públicas que valorizam imóveis de particulares é, no Brasil, encontrada *antes* do aparecimento da contribuição de melhoria, propriamente dita” (MORAES, Bernardo Ribeiro de. Op. cit., 564). [grifos no original]. Ironicamente, percebe-se que o autor posiciona-se favoravelmente à noção da indenização de um benefício e, pouco depois, reconhece a contribuição de melhoria como um instrumento de *recuperação de custo*. Esta é uma das confusões que faz a doutrina, vez que as duas correntes, como será visto adiante, não são tecnicamente opostas e apresentam muitos pontos em comum.

¹⁹⁹ NOGUEIRA, José Geraldo Ataliba. *Natureza jurídica...*, p. 105.

representando o tributo uma manifestação da justiça.²⁰⁰ No que se refere ao direito britânico, SACHA CALMON NAVARRO COELHO faz interessante informação a respeito:

“Criou-se o tributo denominado ‘Betterment tax’. A técnica de cobrança consistia em cotejar o valor da terra *antes e depois da obra*, relativamente a cada proprietário, obtendo-se pelos preços de mercado, antes e depois, o *quantum* das *valorizações* (mais-valia).

[...]

O objetivo era, assim, captar a mais-valia, sem nenhuma correlação com o *custo da obra*”.²⁰¹ [grifos no original]

THOMAS COOLEY traz, como exemplo da valorização imobiliária como o cerne do tributo em apreço, assertiva extraída do caso *Kirby v. Shaw*, na qual é sedimentado o entendimento de que

*“The principle upon which rests that numerous class of statutes which charge lots of ground with the expense of grading and paving the streets in front of them is, **that the value of the lots is enhanced by the public expenditures**”*.²⁰² [os grifos são nossos]

Ou seja: o tributo cobrado pelas municipalidades não é instituído para fazer face ao custo da obra, mas para resgatar ganhos que alguns tiveram em razão dos esforços do poder público, em nome de toda a coletividade. Assim manifesta-se a decisão no caso *Morrison v. Hershire*, citado por THOMAS COOLEY:

“It is said by Beck, J., in Morrison v. Hershire, [...], that ‘the power of the city to perform the work does not depend upon the benefits to be derived by property owners. [...] The work is done for the benefit of the public; the assessment for its payment is levied upon the abutting lots, not because of any special benefit their owners derive from the improvement, but because public good demands it, and the Law authorizes special taxation for such object’”.²⁰³

Esta corrente, no Brasil, sofreu forte influência do direito anglo-saxão, e são presentes até hoje orientações doutrinárias no sentido de que, para a cobrança da contribuição de melhoria, bastaria a valorização, prescindindo-se de quaisquer

²⁰⁰ COOLEY, Thomas M. *A treatise on the law of taxation including the law of local assessments*. Second edition. Chicago: Callaghan and Company, 1972, p. 607. O autor cita interessante passagem no caso *Lodi Water Co. v. Costar*, em que o princípio segundo o qual deve haver benefício individual não é respeitado. Neste caso, segundo as palavras de COOLEY, “The cost of drainage is assessed upon lands without reference to the fact whether they are benefited to that extent or not, this constitutes na appropriation of private property to public uses” (*Ibid.*, pp. 608-609). O autor ainda se refere ao mesmo princípio para embasar a decisão no caso *St. John v. East St. Louis*, no Estado de Illinois: “to assess without reference to actual benefits is held to be unconstitutional” (*Ibid.*, p. 609).

²⁰¹ COELHO, Sacha Calmon. op. cit. pp. 74-75.

²⁰² COOLEY, Thomas M. Op. cit., p. 608.

²⁰³ *Ibid.*, p. 608.

considerações mais aprofundadas acerca do custo da obra. Dentre outros, assim pensava GERALDO ATALIBA²⁰⁴ e hoje pensa ROQUE ANTÔNIO CARRAZZA, nos seguintes termos:

“Observamos, por outro lado, que, com a nova Constituição, caiu o limite global de arrecadação da contribuição de melhoria. No regime constitucional anterior, o total arrecadado, a título de contribuição de melhoria, não podia superar o custo total da obra pública que desencadeara a valorização dos imóveis vizinhos.

Agora, esta preocupação não precisa mais assaltar as entidades tributantes. Elas lançarão e arrecadarão o tributo de todas as pessoas que tiveram seus imóveis valorizados pela obra pública, independentemente de o total arrecadado superar, ou não, o montante das despesas realizadas”.²⁰⁵

Trata-se de posição radical. O incômodo da adoção da corrente explicitada está na impossibilidade de diferenciar as contribuições de melhoria dos impostos. Com efeito, se se entende que será tributada a valorização independentemente de qualquer outro elemento a ser estipulado no fato gerador, inexistente qualquer diferenciação em relação aos impostos, notadamente aqueles que incidem sobre a mais-valia.

Não existe razão para que se confundam impostos com contribuições de melhoria. Confundir os institutos representaria verdadeiro caos no sistema financeiro. Cada qual tem seus propósitos muito bem definidos. Enquanto os impostos são cobrados independentemente de sua destinação²⁰⁶ e buscam, de modo geral, tributar manifestação de riqueza do contribuinte, as contribuições de melhoria surgem em decorrência de obra pública. THOMAS COOLEY acentua bem essa diferença, ao ressaltar que a tributação normal e ordinária por via dos impostos é feita periodicamente, sem a qual o Estado não funciona e não tem como se sustentar, ao passo que as contribuições de melhoria – no caso, os *special assessments* – é excepcional tanto quanto ao tempo quanto ao lugar: ela vale e é aplicada em virtude de uma obra específica da qual tenha resultado valorização imobiliária para alguns.²⁰⁷

Ademais, a confusão com imposto na hipótese de ser instituída contribuição de melhoria sem o limite pelo custo total da obra implicará, quase certamente, invasão de

²⁰⁴ Afirmava o autor: “O custo da obra, que a Constituição impõe como limite de cobrança, é simples termo extrínseco à contribuição de melhoria. Não é da essência dessa exação, é só a valorização. Os limites de cobrança são externos, atuando sempre como *condição*, nunca possuindo qualquer função positiva” (NOGUEIRA, José Geraldo Ataliba. Op. cit., p. 115) [sic] [grifos no original].

²⁰⁵ CARRAZZA, Roque Antonio. Op. cit., pp. 501-502.

²⁰⁶ De acordo com RICARDO LOBO TORRES, “[...] a diferencial estaria na despesa pública” (TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado...*, p. 492).

²⁰⁷ COOLEY, Thomas M. Op. cit., p. 607. No texto original: “A tax is a continuing burden and must be collected at stated short intervals for all time, and without it government cannot exist; a local assessment is exceptional both as to time and locality, - it is brought into being for a particular occasion, and to accomplish a particular purpose, and dies with the passing of the occasion and the accomplishment of the purpose”.

competência constitucional para a criação de impostos, resultando inevitavelmente em vício da inconstitucionalidade.²⁰⁸ Quem cria tributo sem o limite implícito à contribuição de melhoria (custo da obra) está, na verdade, a criar imposto.²⁰⁹

As contribuições de melhoria existem em razão de obras públicas e esse elemento importantíssimo não pode ser olvidado. Entender que a contribuição de melhoria é instituto que prescinde de qualquer consideração acerca dos gastos efetuados pelo Poder Público consiste em transformar o tributo em mais um meio de abastecimento ordinário e desvinculado dos cofres públicos, tal como sucede com os impostos.

E as consequências não param por aí: considerando-se essencialmente a valorização e deixando-se de lado o custo da obra, abre-se mão da divisão quinquipartite dos tributos, vez que se entenderá a contribuição de melhoria como uma modalidade de imposto. Do mesmo modo, caso se entenda pela divisão tripartite, tal como concebida pelo Código Tributário Nacional e pela doutrina tradicional, ter-se-ia abolida a terceira modalidade de tributo, para haver apenas taxas e impostos. Seria, evidentemente, um retrocesso científico na matéria.

A propósito, é essencial que se tenha a contribuição de melhoria como um *tertium genus*,²¹⁰ não se concebendo qualquer confusão com impostos ou taxas. Como já mencionado alhures, não são poucas as inconstitucionalidades perpetradas por municipalidades, que, em razão de obras públicas, cobram *taxas* em vez de contribuições de melhoria. O mesmo sucede na hipótese em que a contribuição de melhoria é cobrada sem o limite estabelecido no Código Tributário Nacional, limite este que não é incompatível com os pilares constitucionais que lhe dão sustentação. Entender de forma diferente significa subverter toda a principiologia e fundamentação do tributo em tela, violando a divisão quinquipartite dos tributos. Neste particular, é importante que se ressalte posição doutrinária com a qual não se deve concordar, no sentido de não

²⁰⁸ MACHADO, Hugo de Brito. Op. cit., p. 389.

²⁰⁹ Importante ressaltar que as contribuições de melhoria e os impostos sobre mais valia imobiliária não são cumulativos, sendo que o imposto deve incidir apenas sobre a mais valia desvinculada de obras públicas. A propósito, assim dispõe o artigo 17, do Decreto-lei 195/67: “Art 17. Para efeito do imposto sobre a renda, devido, sobre a valorização imobiliária resultante de obra pública, deduzir-se-á a importância que o contribuinte houver pago, o título de Contribuição de Melhorias”. Cf. TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado...*, p. 492.

²¹⁰ BARRETO, Aires F. Op. cit., p. 620.

ser a contribuição de melhoria um tributo à parte.²¹¹ Percebe-se que este entendimento é compatível com a orientação segundo a qual inexistem limites objetivos globais para a cobrança da contribuição de melhoria. Vale dizer: a desconsideração de limites objetivos pelo custo total da obra dá à contribuição de melhoria uma feição similar aos impostos; e, desta forma, a contribuição de melhoria encaixar-se-ia perfeitamente em um dos dois gêneros fundamentais consagrados pela corrente dualista.

Como consequência prática do entendimento esposado acima, seria possível que uma valorização imobiliária fosse tributada a título de contribuição de melhoria, mesmo que os custos da obra fossem a ela inferiores. Portanto, trata-se de orientação que vislumbra apenas um dos aspectos da contribuição de melhoria, compreendendo, desta forma, o tributo de forma equivocada e confundindo-o com os impostos.

Por outro lado, há a corrente que gravita em torno da despesa pública, vale dizer: existe uma orientação doutrinária, sob forte influência do direito germânico, que tem especial apreço pelo prisma que encara a contribuição de melhoria como uma ferramenta de reparação de gastos. Assim leciona SACHA CALMON:

“A velha Germânia, com as suas vilas e cidades medievais, para fazer face aos custos da modernização e também para cobrar os custos das reconstruções determinados pelos estragos das guerras, logo encontrou um meio autoritário (certo que o tributo é compulsório, *ex lege*) de recuperar os custos das obras públicas urbanas dos proprietários beneficiados pelas mesmas. Pragmaticamente, porém, deixaram de lado o fator ‘valorização’, para se fixarem no ‘custo da obra’”.²¹²

KRUSE, para exemplificar, cita como fundamentos das já citadas *cargas preferentes*, o princípio da cobertura de custos ou da equivalência, ressaltando que a jurisprudência inclina-se por este último.²¹³ E remata o autor que “*Si una carga preferente vulnera el principio de cobertura de costes, o el respectivo principio de equivalencia, no se trata entonces más de una carga preferente sino de un impuesto*”.²¹⁴

²¹¹ Era a posição dos dicotomistas, que viam na contribuição de melhoria ou impostos ou taxas. Sobre o tema, interessante as ponderações de GERALDO ATALIBA (ATALIBA, Geraldo. *Natureza Jurídica...*, pp. 47-48). O próprio GERALDO ATALIBA é comedido ao afirmar ser a contribuição de melhoria um tributo autônomo, porém não um *tertium genus*: “Assim, concordamos com toda a argumentação do prof. Monteiro de Barros, que, aliás, é irretorquível [...] porque sustentamos ser a C.M. autônoma, embora sem erigir-se em *tertium genus*” (ATALIBA, Geraldo. *Natureza Jurídica...*, p. 51). [sic]. Os argumentos do prof. Monteiro de Barros e que são citados por GERALDO ATALIBA consideram a contribuição de melhoria espécie do gênero taxa.

²¹² COELHO, Sacha Calmon Navarro. Op. cit., p. 75.

²¹³ KRUSE, Heinrich Wilhelm. *Derecho Tributario. Parte General*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978, p. 71.

²¹⁴ *Ibid.*, p. 71.

Este aspecto fica evidente no direito alemão, no caso das contribuições, mencionadas por KLAUS TIPKE e JOACHIM LANG como

“prestações indenizatórias de despesas (*Aufwendungsersatzleistungen*) soberanamente impostas para a cobertura de necessidade financeira: a) para a produção, aquisição ou ampliação de estabelecimentos públicos; b) para a melhoria de vias públicas, estradas e praças, exceto sua manutenção ordinária e reparação”.²¹⁵ [grifos no original]

Note-se que o tributo germânico tem em sua nomenclatura a essência do que se está aqui a discutir: a reparação dos custos, a indenização pelos gastos efetuados pelo Estado em prol da comunidade, mas que, por razões diversas, beneficiaram a um grupo específico de proprietários.

O equívoco que comete esta orientação doutrinária está em confundir as contribuições de melhoria com as taxas, como apenas uma forma de se devolver ao Estado os gastos que este teve com a realização de uma obra pública.²¹⁶ A entender-se deste modo, haveria a cobrança da contribuição mesmo que não houvesse qualquer... melhoria! Neste ponto, HUGO DE BRITO MACHADO conclui que

“Não é razoável contribuição *de melhoria*, se não há *melhoria* alguma. E não se trata, como poderia parecer aos menos informados, de simples questão terminológica. O nome da espécie tributária em questão está intimamente ligado à sua finalidade específica que, como já foi demonstrado, é a de evitar a injusta apropriação individual de uma valorização imobiliária decorrente de obra pública, que por ser pública foi realizada com os recursos do Tesouro Público e deve beneficiar a todos, sem privilégios”.²¹⁷ [grifos no original]

Entender desta maneira possibilitaria a cobrança do tributo até mesmo em casos em que o imóvel se desvaloriza em razão das obras públicas. A propósito, existem figuras, como a “contribuição especial negativa” do direito espanhol,²¹⁸ que tratam de ressarcimento, pelo Poder Público, dos prejuízos em razão de obras em favor de toda a coletividade.²¹⁹

Em ação proposta por particular em face do Estado em virtude de desvalorização de imóvel em decorrência de obra pública, decidiu o Supremo Tribunal

²¹⁵ TIPKE, Klaus; LANG, Joachim. *Direito Tributário (Steuerrecht)*. Volume 1. Tradução da 18ª ed. alemã de Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 141.

²¹⁶ E incorre-se, desta forma, no desvio de perspectiva de considerar o tributo como *contraprestacional*. Vide nota 160.

²¹⁷ MACHADO, Hugo de Brito. Op. cit., p. 388.

²¹⁸ Cf. DOMINGUES, José Marcos. *Direito Tributário e Meio Ambiente*.... p. 97.

²¹⁹ Trata-se, na verdade, conforme JOSÉ MARCOS Domingues, de figura referente à responsabilidade civil (*Ibid.*, p. 97).

Federal, com base na responsabilidade civil objetiva, pela possibilidade de indenização ao particular dos prejuízos causados. O interessante no referido julgamento está nas palavras do Ministro Marco Aurélio, que em seu voto destacou o seguinte:

“[...] consigno que, na hipótese de não ser possível a construção sem a demolição do imóvel, dá-se a desapropriação. Pela mesma razão, se com a construção chega-se à diminuição substancial do valor do imóvel, deve, da mesma forma, o Estado indenizar. O prejuízo, aí, para o particular, é evidente. Caso valorização houvesse, certamente adviria até contribuição de melhoria. Logo, ocorrendo o inverso – o dano – como aliás foi comprovado mediante laudo pericial existente nos autos, deve ser paga a indenização”.²²⁰

A posição teórica voltada aos custos da obra tem fortes laços com o princípio do benefício, de flagrante anacronismo e que representa os ideais liberais do século XIX, segundo os quais a tributação deveria representar, em última análise, uma contrapartida ao cidadão contribuinte, como se a relação jurídico-tributária fosse revestida da roupagem de um escambo. ANTÔNIO ROBERTO SAMPAIO DÓRIA faz interessantes observações a respeito:

“Operando o tributo uma limitação aos direitos dos indivíduos, por lhes absorver do patrimônio econômico apreciável fração, houve por força amoldá-lo aos cânones da teoria liberal que, levados à última de suas conseqüências lógicas, reclamam uma contraprestação equivalente a toda e qualquer prestação pecuniária. A extensão do princípio ao âmbito fiscal resultou na conceituação *teórica* do tributo, como a prestação econômica feita pelos indivíduos em contrapartida aos equivalentes serviços ou vantagens, que lhes proporcionava o Estado.

A tradição das vantagens genéricas propiciadas pelo poder público se substituiu a exigência do benefício específico e individual, numa verdadeira fórmula *do ut des*. O nítido artificialismo da teoria é posto a nu pela singela verificação de que a massa dos serviços públicos é virtualmente insuscetível de ser mensurada em termos de vantagens pessoais. A patente impraticabilidade de teorias assim concebidas decretou-lhes o malogro”.²²¹

O mesmo autor cita o sucesso da fórmula da repartição do custo na prática norte-americana na primeira metade do século XX,²²² o que leva à conclusão de que, de certa maneira, é mitigada, a fórmula consagradora do benefício individual consubstanciado na valorização imobiliária. A confusão também é notada por ALIOMAR BALEEIRO, que destaca na prática norte-americana, a aplicação de mais de um critério, o que consubstanciava a existência de contribuições de melhoria de natureza distintas:

²²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 113.587/SP, Rel. Min. Carlos Velloso. Brasília, DF, publicado no DJ de 03.03.1992, ementário nº 1.656 – 2.

²²¹ DÓRIA, Antonio Roberto Sampaio. Op. cit., pp. 39-40. Cf. MURPHY, Liam e NAGEL, Thomas. Op. cit., pp. 22-28. O princípio do benefício apresenta vários inconvenientes, dentre os quais se incluem o desconhecimento da utilidade marginal do dinheiro em relação a cada contribuinte e das alíquotas aplicáveis de modo a se cumprir os ideais de justiça a ele subjacentes.

²²² *Ibid.*, p. 68.

“Da existência daquelas quatro exações sob o nome de *special assessment*, conclui Cornick a possibilidade de distinguir as que assentam no custo e as que assentam no benefício, denunciando todavia a confusão a esse respeito em seu país.

Daí terem interpretado como permissiva do *special assessment* apenas as hipóteses de benefício à decisão da Suprema Corte no caso Norwood-Baker: “O princípio que serve de alicerce às contribuições da melhoria para cobrir o custo de melhoramentos é o que de que a propriedade sobre a qual elas recaem está especificamente beneficiada e ainda o de que os proprietários não pagam, de fato, nada em excesso de quanto receberam por efeitos daqueles melhoramentos”.

[...]

Aponta aquele autor dois julgados em que a mesma Corte admitiu a base do custo, antes e depois daquela decisão aqui citada, mas reconhece que a tese do benefício está profundamente arraigada no espírito público e no dos legisladores. E concede que, na grande maioria dos casos, a equidade, na acepção comum desta palavra, exige rígida conexão entre o custo e o benefício, como a lei também o prescreve em vários Estados americanos. Mas exemplifica com certos casos de remoção de incomodidades (*abatement of nuisances*) em que só o custo pode prevalecer”.²²³

O que se deve deixar bem claro é que a contribuição de melhoria não pode ser pura e simplesmente cobrada tendo-se em vista apenas o gasto público e prescindindo-se de qualquer valorização imobiliária. Padecer-se-ia do mal oposto à exacerbação do elemento valorização: enquanto num extremo corre-se o risco de se tributar valorização em limites superiores à obra, no apego à posição que privilegia o custo da obra, existe o sério problema de se tributar quem não teve qualquer ganho de capital imobiliário. Há a possibilidade não remota de se tributar por meio da contribuição de melhoria quem já pagou os impostos ordinários que movimentam e abastecem a máquina pública. Violam-se, desta maneira, a solidariedade social e a repartição equânime dos ônus.²²⁴ O objetivo da contribuição de melhoria – que seria de evitar o enriquecimento de uns com a realização de obras públicas custeada por todos – seria desvirtuado, existindo, portanto, verdadeira injustiça fiscal.

Não se deve, pois, desconsiderar a necessidade de que exista um benefício individual caracterizado pela valorização imobiliária, não servindo a contribuição de melhoria como mero expediente de repartição dos custos públicos. Entender-se de outro modo dá ensejo a interpretações que violam a capacidade contributiva e a função social da propriedade, na contramão de tudo que até aqui se expôs como fundamento constitucional para a contribuição de melhoria.

²²³ BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução...*, pp. 319-320. Percebe-se que a escola norte-americana não é voltada puramente ao critério do benefício, havendo fortes laços com o custo da obra.

²²⁴ MARQUES, Carlos Roberto. Op. cit., p. 71.

O importante é que não se leve qualquer das duas correntes ao extremo. Com efeito, analisando-se as posições doutrinárias apontadas, verifica-se sempre que inexistente qualquer manifestação pura em favor de qualquer dos lados da moeda. Seja pelo benefício, seja pelo custo da obra, há sempre uma queda pela orientação contrária. Um exemplo que bem ilustra esse fato está também no direito estrangeiro, notando-se, portanto, que o caráter eclético da contribuição de melhoria não é exclusividade nossa. MERINO JARA, ao relatar peculiaridades das *contribuciones especiales*, narra interessante limite de até 90% (noventa por cento) do custo da obra a ser ressarcido pelo aludido tributo. Com efeito, mais do que valorização particular de obras públicas, houve, grosso modo e em linhas gerais, um benefício em prol de toda a coletividade. Se por um lado poucos tiveram seus imóveis valorizados, por outro a obra pública não teve como objetivo nem como único resultado o ganho de capital imobiliário de alguns; a coletividade teve, sim, um ganho com o empreendimento. Confira-se passagem da obra de MERINO JARA destacando esta particularidade:

*“Además, ese requisito se desprende del artículo el 31.1 de la propia LHL al establecer que el Ente local podrá exigir de los sujetos especialmente beneficiados como máximo el 90 por 100 del gasto público realizado con ocasión de la obra o el servicio que dé lugar a la exigencia de contribuciones especiales, y ello porque está reconociendo que su actuación, al menos parcialmente, también beneficia la colectividad, motivo por el cual, justamente esa parte tiene que ser sufragada por todos y no exclusivamente por aquéllos”.*²²⁵

Conciliando os dois requisitos e citando a experiência norte-americana, que serviu de forte inspiração para o direito pátrio, ANTÔNIO ROBERTO SAMPAIO DÓRIA dá a seguinte lição, em preciosas palavras:

“A exação fiscal assim instituída, não importa sob que nome, se o de imposto, taxa ou contribuição, padeceria de graves falhas quanto a sua constitucionalidade, por seu caráter arbitrariamente discriminatório, ou até mesmo por beirar as raias do confisco. A discriminação injusta, expressamente vedada pela Constituição, brota da arbitrária escolha de reduzido número de cidadãos para arcar com os ônus financeiros de uma obra pública, simplesmente por serem proprietários de áreas contíguas a esta. O timbre confiscatório do tributo, implicitamente vedado pela cláusula *due process of Law*, emergiria de um gravame tão excessivo que absorvesse substancial parcela da propriedade.

A repartição do custo de obras públicas entre os imóveis marginais só se concilia com as limitações constitucionais ao poder de tributar, se *lastreada e medida pelo específico benefício que sua realização gerou em proveito dos imóveis a ela vizinhos*. A matéria é incontroversa, como se pode ver de dezenas de julgados da mais alta corte do país”.²²⁶

²²⁵ MERINO JARA, Isaac. *Contribuciones especiales*. Cizur Menor: Aranzadi, 2002, p. 17.

²²⁶ DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. Op. cit., p. 67.

Foi visto que nas próprias decisões das cortes norte-americanas surgiram divergências sobre a questão do ressarcimento dos valores gastos com obras públicas e a respectiva cobrança dos proprietários de imóveis beneficiados: enquanto alguns entendiam pela indispensabilidade do benefício, outros relevavam a posição e consideravam aplicável plenamente o tributo independentemente de qualquer valorização, como no citado caso *Morrison v Hershire*.

No Brasil, Supremo Tribunal Federal resolveu a *vexata questio* no sentido de que a valorização imobiliária é requisito indispensável, mesmo não havendo previsão expressa no dispositivo constitucional. Como exemplo do entendimento, trazemos transcrição de ementa de acórdão recente, *verbis*:

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA. FATO GERADOR: QUANTUM DA VALORIZAÇÃO IMOBILIÁRIA. PRECEDENTES. 1. Esta Corte consolidou o entendimento no sentido de que a contribuição de melhoria incide sobre o quantum da valorização imobiliária. Precedentes. 2. Agravo regimental improvido”.²²⁷

No voto da Ministra Ellen Gracie, há que se destacar as decisões reiteradas do STF sobre a questão:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA. BASE DE CÁLCULO: CUSTO DA OBRA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. DESNECESSIDADE DE EXAME. ART. 323, PRIMEIRA PARTE, DO REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. (AI 764.300/RS. Rel. Min. Cármen Lúcia)

[...]

Com efeito, a colenda Segunda Turma desta Suprema Corte, ao julgar o RE 114.069, Rel. Min. CARLOS VELLOSO (RTJ 160.321-322), fixou entendimento que desautoriza a pretensão de direito material deduzida pela parte ora agravante: ‘CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA. VALORIZAÇÃO IMOBILIÁRIA. CF/67, art. 18, II, com a redação da EC nº 23/83. CF/88, art. 145, III. I – *Sem valorização imobiliária, decorrente de obra pública, não há a contribuição de melhoria, porque a hipótese de incidência desta é a valorização e a sua base é a diferença entre dois momentos: o anterior e o posterior à obra pública, vale dizer, o ‘quantum’ da valorização imobiliária.* II – Precedentes do STF: RREE 115.683-SP e 116.147-SP (RTJ 138/600 e 614). III – R.E. conhecido e provido’. Cumpre ressaltar, por necessário, que esse entendimento vem sendo observado em sucessivos julgamentos, proferidos no âmbito desta Corte, a propósito de questões essencialmente idênticas à que ora se examina na presente causa (RE

²²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. no Agravo de Instrumento nº 694.836/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, Brasília, DF, DJe-237, divulgação em 17.12.2009 e publicação em 18.12.2009.

335.924/RS, Rel. Min. GILMAR MENDES – RE 352.535/RJ, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, v.g.)” (AI 749.261/RS, rel. Min. Celso de Mello)”²²⁸ [grifei]

No mesmo sentido está a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA. BASE DE CÁLCULO. VALORIZAÇÃO IMOBILIÁRIA. INDIVIDUALIZAÇÃO. ARTIGOS 81 E 82 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. 1. Recurso especial no qual se discute a valorização imobiliária do imóvel na base de cálculo de contribuição de melhoria instituída pelo Município de Laranjeiras do Sul. O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná consignou que o município rateou o custo total da obra entre os proprietários dos imóveis que ficavam às margens das ruas asfaltadas, sem prever no edital o limite individual do benefício trazido ao imóvel de cada contribuinte. 2. É pacífico no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a valorização individualizada do imóvel do contribuinte é fator delimitador da base de cálculo da contribuição de melhoria, não sendo permitido tão somente o rateio do custo da obra entre aqueles que residem na área em que foi realizada a obra pública. Precedentes: AgRg no REsp 1.079.924/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 12/11/2008; REsp 671.560/RS, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 11/06/2007; REsp 615.495/RS, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJ 17/05/2004; REsp 362.788/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 05/08/2002. 3. O art. 81 do Código Tributário Nacional dispõe que ‘a contribuição de melhoria [...] é instituída para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado’. Enquanto que o art. 82, § 1º, do CTN estabelece que ‘a contribuição relativa a cada imóvel será determinada pelo rateio da parcela do custo da obra [...] pelos imóveis situados na zona beneficiada em função dos respectivos fatores individuais de valorização’. 4. No caso, como o Tribunal de origem consignou que não houve o cálculo individualizado do benefício trazido ao imóvel de cada um dos contribuintes localizados na área abrangida pela respectiva obra pública, forçoso reconhecer, então, que o acórdão recorrido viola os artigos 81 e 82 do CTN. 5. Recurso especial provido para restabelecer a sentença de 1º Grau; prejudicadas as demais questões”²²⁹.

Com efeito, não basta a valorização nem somente a despesa pública para a cobrança da contribuição de melhoria; é indispensável, como já ressaltado acima, a presença cumulada dos dois requisitos: obra pública e valorização. Portanto, remata-se o que se disse com as palavras de RICARDO LOBO TORRES:

“A contribuição de melhoria, portanto, a nosso ver, encontra a sua justificativa na *valorização* e na *realização da obra pública*. É o tributo cobrado em razão do benefício ou valorização do imóvel acarretado pela realização da obra pública, ou – o que é a mesmíssima coisa – é o tributo cobrado para a recuperação do custo da obra pública de que tenha decorrido a valorização do imóvel. *Custo* e *benefício* estão amalgamados, até porque são inseparáveis a causa material e a final. Desde que se apresentem concomitantemente a mais-valia e a despesa pública específica, estará autorizada a cobrança da contribuição de melhoria, até o limite dos respectivos valores concorrentes. A valorização do imóvel que não decorra de obra pública ou que lhe exceda o custo, bem como a obra pública que não valorize (ou desvalorize) o imóvel não justificam o pagamento do tributo”²³⁰.

²²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. no Agravo de Instrumento nº 694.836/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, Brasília, DF, DJe-237, divulgação em 17.12.2009 e publicação em 18.12.2009.

²²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 147.094/PR. Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª Turma, Brasília, DF, publicado no DJe de 21.03.2011.

²³⁰ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado...*, p. 488.

É essencial que a contribuição de melhoria seja analisada de acordo com os princípios a ela subjacentes. Ao se mencionar os fundamentos para o tributo em tela, deu-se destaque ao princípio que veda o enriquecimento sem causa, ao domínio eminente e à capacidade contributiva, tendo todos esses vetores relação direta com o princípio da função social da propriedade. Não há como se imaginar a contribuição de melhoria sem se impor os dois requisitos que lhe são essenciais. Do contrário, tem-se violada a capacidade contributiva ao se buscar destemperadamente a reparação do custo (hipótese de desconsideração da valorização imobiliária), bem como se incorre em inconstitucionalidade ao se equiparar a contribuição de melhoria a todo e qualquer imposto sobre mais-valia imobiliária. Os dois lados precisam ser sopesados e o Estado, no exercício do seu poder tributário e em nome da função social da propriedade, deve fazer uso desta importante figura constitucionalmente prevista.

Não bastasse isso, é importantíssima a referência ao princípio da capacidade contributiva, verdadeiro pilar de sustentação dos tributos, funcionando não apenas como fator de quantificação do que cada um paga, mas também como elemento que justifica a exação tributária. Vale dizer: seguindo-se os ditames do princípio da capacidade contributiva, é natural que se apóie a cobrança da contribuição de melhoria, como uma forma de se conformar o sistema de propriedade pelo tributo ao mesmo tempo em que se permite uma justa divisão dos encargos que proporcionem o custeio de obras públicas. A capacidade contributiva, deste modo, nada mais faz do que dar densidade jurídica, no campo tributário, ao princípio que veda o enriquecimento imerecido.

No direito estrangeiro, são muitos os tributos similares à contribuição de melhoria pátria. Apresentam-se adiante exemplos, tanto vigentes como aqueles que são hoje registros históricos, mas que serviram de importante lição para o aperfeiçoamento de cobranças do gênero.

Nos Estados Unidos, como destacado no início deste trabalho, existe tributo típico associado às valorizações imobiliárias decorrentes de obras públicas: o *special assessment*, que, segundo a doutrina, consolidou a principal fonte histórica do tributo. Importante ressaltar que, conforme lição de BILAC PINTO,²³¹ o *special assessment* foi fundamental para o planejamento urbano no ano de 1912, quando se reuniu a 4ª

²³¹ PINTO, Bilac. Op. cit., p. 12.

Conferência Nacional de Urbanismo, tendo sido apresentada e aprovada, naquela oportunidade, a contribuição *Paying the bills for City Planning*. Verifica-se a importância da associação entre a contribuição de melhoria e o planejamento urbano, restando evidente a importância que aquela tem nas políticas públicas de ordenação das cidades.

A associação, como se percebe, é inevitável e está de acordo com tudo que se disse a respeito da tributação como instrumento de ingressos públicos e de conformação do direito de propriedade: ao mesmo tempo que a contribuição de melhoria – no caso, o *special assessment* – é importante para restringir o direito de propriedade de cada um na medida em que o respectivo exercício deve estar de acordo com a função social, o Estado obtém importantíssimos recursos para a organização do espaço urbano, o que é indispensável para a efetivação de direitos fundamentais, em respeito à dignidade da pessoa humana (vida com dignidade).

Apesar de perder força com a crise econômica de 1929,²³² o tributo conheceu reformulações e vem sendo empregado em sua plenitude até os dias de hoje nos Estados Unidos. Importante reiterar, lembrando THOMAS COOLEY, que se trata de tributo que não se confunde com impostos nem com taxas.²³³

Na Inglaterra, o tributo já recebeu o nome de *betterment tax*. No ano de 1965, instituiu-se o imposto geral sobre as mais valias, o chamado *capital gains tax*.²³⁴ Vale lembrar que no país britânico a mais-valia é tributada por uma espécie de imposto sobre a renda.

Na Argentina, como destaca GIULIANI FONROUGE, existe a *contribución de mejoras*, categoria tributária autônoma, distinta dos impostos e das taxas, e que serve para financiar obras públicas, especialmente na pavimentação de ruas.²³⁵

²³² TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado...*, p. 508.

²³³ COOLEY, Thomas M. Op. cit., p. 606. Faz-se mister destacar que o tributo do *special assesment* não se confunde com outros instrumentos urbanísticos baseados no poder de polícia, dos quais podemos tirar o exemplo do *sidewalk assessment*, citado por THOMAS COOLEY (*Ibid.*, p. 588). Trata-se de imposição do poder público de que proprietários de imóveis construam, às suas expensas, calçadas em áreas adjacentes. No caso de omissão dos proprietários, o poder público constrói as calçadas, mas cobra dos proprietários, com base no poder de polícia. Sobre o fato de o *special assesment* ser figura autônoma, distinta dos impostos e das taxas, cf. TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado...*, pp. 508-509.

²³⁴ PINTO, Bilac. Op. cit., p. 23.

²³⁵ GIULIANI FONROUGE, Carlos M. *Derecho Financiero*. Volumen II. 7ª edición actualizada por Susana Camila Navarrine e Rubén Oscar Asorey. Buenos Aires: Depalma, 2001, p. 1092.

Na Espanha a figura da contribuição de melhoria se subsume na categoria de *contribuciones especiales*, na medida em que corresponde à participação do indivíduo como forma de recuperar o benefício particular, individual ou especial gerado por um investimento público.²³⁶

No direito alemão, há as já citadas *prestaciones indenizatorias de despesas* e as *cargas preferentes*, tidas como compensação de vantagens especiais. Há que se destacar que os aludidos tributos são distintos dos impostos em razão de representarem uma contraprestação.²³⁷

Percebe-se que em todos os casos, seja no direito anglo-saxão, seja no direito de origem romano-germânica, o que se visa é: a evitar o enriquecimento sem causa, às custas de obras públicas pagas por toda a coletividade; a dar efetividade à capacidade contributiva, mediante cobrança de valorização imobiliária decorrente de obras custeadas pelos esforços de todo o grupo e, mediadamente, cumpre-se a função social da propriedade, visto que o *microbem* individual deve estar a serviço dos interesses coletivos consubstanciados no *macrobem*. Manter a situação sem a devida correção viola o sistema de propriedade voltado à função social e que deve ser conformado pelos tributos. Não tributar esse ganho representa um atentado à justiça fiscal e uma burla à função distributiva dos impostos. E, não bastasse tudo isso, ainda ficam os cofres públicos desfalcados de ingressos que seriam fundamentais à execução de políticas públicas urbanas, essenciais à satisfação do meio ambiente sadio e ao exercício de direitos fundamentais.

²³⁶ MERINO JARA, Isaac. Op. cit., p. 15.

²³⁷ KRUSE, Heinrich Wilhelm. Op. cit., pp. 62-71.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo que se expôs, conclui-se que, no atual estágio por que passa a *questão urbana*, é imprescindível a abertura de novas vias tributárias, em consonância com os princípios da função social da propriedade e da função social das cidades.

Com efeito, o planejamento urbano é cambiante, conforme as constantes mutações e adaptações por que passa a infra-estrutura econômica, e deve estar sempre voltado ao atendimento dos interesses coletivos determinados pelo paradigma vigente.

Antes o planejamento urbano funcionava como um instrumental de correção das incomensuráveis condições de miséria de grandes parcelas das populações das cidades. Posteriormente, contudo, o planejamento urbano passou a ser visto, cada vez mais, com uma imensa vocação para a especulação imobiliária, o que dificulta o acesso à terra e à moradia nos grandes centros urbanos.

Não se olvidando o significativo poder de influência que tem o planejamento urbano sobre o valor dos imóveis e, conseqüentemente, sobre a questão da moradia, é imperioso que medidas constitucionalmente preconizadas sejam postas em prática, incluindo as de natureza tributária.

Considerando-se que o tributo não é mero instrumento de abastecimento financeiro do Estado, mas é, sobretudo, um meio de se estabelecer e manter um determinado sistema econômico de distribuição de renda e de disciplina do direito de propriedade, faz-se indispensável evidenciar na tributação a sua função distributiva. Neste particular é que entra em cena a capacidade contributiva, como um importante meio de atribuição de encargos e de manifestação da igualdade e justiça fiscais.

Ademais, é de se considerar que a tributação, ao disciplinar o direito de propriedade, com ela mantém relação simbiótica: o sistema tributário conforma o direito de propriedade construído pelo sistema constitucional, em atendimento aos interesses coletivos, de acordo com o paradigma vigente, do Estado Democrático de Direito.

Além disso, é fundamental que se considere o espaço urbano como integrante do meio ambiente. Assim, tem-se um *macrobem*, um todo, do qual fazem parte

conjuntos de *microbens*. O conceito de *macrobem* é apresentado por ANTÔNIO HERMAN BENJAMIN, distinguindo-se um *macrobem* ambiental e os *microbens*, sendo que o exercício do direito de propriedade sobre estes últimos deve estar em consonância com os interesses do *macrobem*.

Fazendo parte o meio urbano do conceito de meio ambiente, é essencial que todas as questões a ele relativas sejam encaradas sob o ponto de vista da existência de um *macrobem*. Corolário deste entendimento é que o direito de propriedade no meio urbano deve ser exercido de acordo com os interesses da coletividade; o direito de propriedade, como dito, deve atender à sua função social, que é condição de legitimidade do exercício do direito.

A função social da propriedade é cumprida ao se obedecer ao estatuído nos artigos 182, § 2º e 186, da Constituição. Ali são elencados os requisitos mínimos para o exercício do direito de propriedade de acordo com sua função social. Evidencia-se, neste ponto, a importância das políticas públicas municipais e da chamada função social das cidades. Em outros termos, a função social da propriedade tem estreita relação com a função desempenhada pelos Municípios, por meio de suas políticas públicas.

O emprego da contribuição de melhoria teria reflexos positivos nesta delicada questão. Ocorre que aludido tributo, embora previsto constitucionalmente, tem enfrentado enormes dificuldades de ordem prática, sobretudo em razão da falta de vontade política. No atual sistema tributário, é flagrante a subutilização do aludido tributo.

Além do cumprimento da função social da propriedade pela tributação preconizada pela proposta acima, a contribuição de melhoria também seria fundamental para consagração da capacidade contributiva ao evitar que uns se enriquecessem duplamente às custas dos esforços de todos e ainda mais sem pagar tributo em face de riqueza nova. Nota-se um forte imbricamento com a capacidade contributiva: ao vedar-se o enriquecimento sem causa, atende-se àquele princípio e vice-versa.

Existem importantes exemplos no direito estrangeiro, dando conta de que a experiência pode ser bem sucedida. Os *special assessments* são empregados desde o início do século XX nos Estados Unidos, a Alemanha possui vasta aplicação de tributos

que recuperam despesas e o direito espanhol tem como exemplo as chamadas *contibuciones especiales*.

O Brasil é uma Federação que compreende mais de cinco mil municípios, muitos deles carentes de recursos e dependentes de repasses de outros entes. A contribuição de melhoria representaria uma importante via de financiamento municipal autônomo, a exemplo do que sucede em outros países.

Urge, no entanto, salientar que o tributo necessita de adequada instituição e aplicação, já que não são poucos os casos em que contribuições de melhoria disfarçadas de taxas foram declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. A necessidade de se obter uma facilidade na cobrança do tributo faz com que muitos Municípios cobrem a exação desconsiderando-se a valorização imobiliária, requisito essencial, a despeito da singeleza do texto da Constituição de 1988.

Dificuldades de ordem prática podem e devem ser superadas com iniciativas político-administrativas, tais como a implantação de um cadastro imobiliário sério. Além disso, eventuais discordâncias quanto a valores poderiam ser resolvidas em âmbito administrativo ou judicial, a exemplo do que sucede com os processos de desapropriação, tão comuns na realização de obras públicas.

Em outras palavras, a aplicação da contribuição de melhoria, em respeito à Lei Maior, deve ser feita obedecendo-se seus requisitos essenciais: obra pública e valorização dela decorrente. Prescindir de qualquer deles a pretexto de se encontrar facilidade prática para a sua cobrança é desnaturar o tributo e incorrer em inconstitucionalidade. Os óbices de natureza prática são superados por vontade política, pela criação de aparato administrativo eficiente e, principalmente, pela consciência de que os ganhos podem ser muito superiores a eventuais percalços.

Com iniciativas eficazes, pode-se implementar um tributo, que, antes de representar aumento da carga tributária, significará a efetivação da justiça fiscal, em particular, através da vedação do enriquecimento sem causa, a conformação da propriedade aos reclamos sociais contemporâneos e a captação de recursos para a realização de políticas públicas voltadas ao meio ambiente urbano sadio e, conseqüentemente, à satisfação de direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana que os embasa a todos.

7. CONCLUSÕES

1. O acelerado processo de urbanização ao redor do mundo gerou flagrantes bolsões de miséria, fazendo com que as cidades funcionassem como verdadeiros espaços de desigualdade. Este quadro tornou inquestionável a necessidade de um planejamento urbano, apto a estabelecer condições mínimas para a população, respeitando-se os direitos humanos, especialmente a dignidade da pessoa humana;

2. Ocorre que as obras públicas são onerosas e demandam recursos financeiros. Diante de reformas tributárias desastrosas e de um sistema inchado, são fundamentais o amadurecimento e a adequada aplicação dos tributos. A contribuição de melhoria, apesar de originariamente prevista na Constituição brasileira de 1934, e ainda atualmente, sempre teve aplicação tímida, apesar do seu enorme potencial urbanístico;

3. Antecedentes históricos revelam que são antigas as práticas tributárias com vistas a recuperar custos e a evitar o enriquecimento de uns às expensas de todos, em razão de obras públicas que valorizam determinados imóveis particulares. Existem registros, desde o Direito Romano, de vários tributos na Europa com o objetivo de ressarcir o poder público dos gastos com obras públicas nas hipóteses de valorização de imóveis particulares. Neste quadro, ocupa lugar de destaque a *betterment tax* inglesa. Na América, o papel foi e é muito bem desempenhado pelo *special assessment*.

4. A contribuição de melhoria baseia-se essencialmente em dois pilares: o princípio que veda o enriquecimento sem causa e a capacidade contributiva, princípios estes mantêm relação simbiótica no Direito Financeiro. Aliado a isso, nota-se que a tributação, como meio de exercício do poder fiscal do Estado, garante a função social da propriedade;

5. Além da fundamentação jurídica, a contribuição de melhoria possui fundamentação de índole economicista, segundo a qual a propriedade da terra é um *falso capital*. Baseando-se na teoria do valor, a fundamentação pelo viés econômico faz com que a contribuição de melhoria seja indispensável para se evitar a especulação imobiliária e para que a propriedade se apresente em consonância com a sua função social;

6. É fundamental que se ressalte que a propriedade deve ser exercida de acordo com sua função social, tal como previsto na Constituição. A função social da propriedade é cumprida ao se obedecer ao estatuído nos artigos 182, § 2º e 186, da Constituição. Neste momento é que se deve destacar a importância da função social das cidades;

7. É essencial que se evite o enriquecimento sem causa; em matéria de contribuição de melhoria, evitar o enriquecimento sem causa significa tributar a valorização imobiliária individual de maneira conforme à capacidade contributiva, que tem subjacente a si o princípio da igualdade; por outro lado, a tributação obediente à capacidade contributiva tem estreita relação com o direito de propriedade; este, exercitado sobre o *microbem*, deve estar em consonância com os interesses do *macrobem* (o meio ambiente urbano), ou seja, de acordo com a função social da propriedade. Os Municípios, por sua vez, no desempenho de suas políticas públicas, são importantíssimos para que a propriedade tenha a sua função social. Daí falar-se em função social das cidades;

8. A contribuição de melhoria é tributo previsto no artigo 145, III, da Lei Maior. Também é disciplinada pelos artigos 81 e 82 do Código Tributário Nacional e pelo Decreto-lei nº 195/67, sendo fundamental a presença de dois requisitos: obra pública e valorização dela decorrente. A aplicação prática nula da contribuição de melhoria no Brasil não deve inibir o poder financeiro do Estado pela contínua falta de requisitos materiais mínimos para a efetivação da cobrança da contribuição de melhoria. Não cobrar o tributo cabível por falta de vontade político-administrativa representa violação à Lei de Responsabilidade Fiscal (art. 11);

9. A aplicação eficaz da contribuição de melhoria parece fundamental para soerguer, com justiça fiscal, a saúde financeira dos municípios, ensejando, ademais, o respeito a princípios constitucionais, como a igualdade tributária e a função social da propriedade, atendendo-se superiormente o Bem Comum, na medida em que o tributo em tela pode ser um importantíssimo instrumento de política pública urbana;

10. A contribuição de melhoria, além do potencial fiscal ou arrecadatório, também pode atender à função extrafiscal da tributação, ao didaticamente orientar o comportamento dos contribuintes para o atendimento à função social da propriedade, servindo de instrumento de maior conscientização ambiental.

REFERÊNCIAS

ABREU, Maurício de A. *Evolução Urbana do Rio de Janeiro*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Iplanrio, 1997.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à Ciência das Finanças*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. *Direito Tributário Brasileiro*. 11ª ed. revista e complementada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BARRETO, Aires F. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Comentários ao Código Tributário Nacional Volume 1*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Função Ambiental*. In: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Dano Ambiental: Prevenção, Reparação e Repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2004.

BOLAFFI, Gabriel. *Habitação e Urbanismo: o problema e o falso problema*. In: MARICATO, Ermínia (org.). *A produção capitalista da casa (e da cidade) no Brasil industrial*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1979.

BONIZZATO, Luigi. *Propriedade urbana privada & direitos sociais*. Curitiba: Juruá, 2007.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.

BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CARRERA, Francisco. *Cidade Sustentável – Utopia ou Realidade?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CASTELLS, Manuel. *A questão urbana*. Tradução de Arlene Caetano. São Paulo: Paz e Terra: 1975.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 9ª ed. revista e atualizada. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Volume 1. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988: Sistema Tributário*. 7ª ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

COMPANS, Rose. *Empreendedorismo Urbano. Entre o discurso e a prática*. São Paulo: Editora Unesp, 2004.

COOLEY, Thomas M. *A treatise on the law of taxation including the law of local assessments*. Second edition. Chicago: Callaghan and Company, 1972.

CUSHMAN, Robert Eugene. *Excess Condemnation*. Bibliolife, 2008.

CYMBALISTA, Renato. Política urbana e regulação urbanística no Brasil. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

DAIBERT, Arlindo. Notas sobre proteção ambiental e Direito de Propriedade no Direito brasileiro. In: DAIBERT, Arlindo (org.). *Direito Ambiental comparado*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DEODATO, Alberto. *Manual de Ciência das Finanças*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

DOMINGUES, José Marcos, *Direito Tributário e Meio Ambiente*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Direito Constitucional Tributário e “Due process os Law”*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGELS, Friedrich. *A situação da classe trabalhadora na Inglaterra*. Tradução de B. A. Schumann. São Paulo: Boitempo, 2008.

FALCÃO, Amílcar. *Introdução ao direito tributário*. 5ª ed. atualizada por Flávio Bauer Novelli. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

FANNUCHI, Fábio. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. São Paulo: Resenha Tributária, 1976.

FRIEDMANN, W. *El derecho en una sociedad en transformacion*. Tradução de Florentino M. Torner. México – Buenos Aires: Fondo de Cultura Econômica, 1966.

GIULIANI FONROUGE, Carlos M. *Derecho Financiero*. Volumen 2. 7ª edición actualizada por Susana Camila Navarrine e Rubén Oscar Asorey. Buenos Aires: Depalma, 2001.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRIZIOTTI, Benvenuto. *Principios de ciencia de las finanzas*. Tradução e notas de Dino Jarach. Buenos Aires: Depalma, 1949.

HALL, Peter. *Cidades do Amanhã*. Tradução de Pérola de Carvalho. São Paulo, Perspectiva: 1995.

HARVEY, David. *Urbanismo y desigualdad social*. Madrid: Siglo XXI, 1977.

JACOBS, Jane. *Morte e Vida de Grandes Cidades*. Tradução de Carlos S. Mendes Rosa. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KRUSE, Heinrich Wilhelm. *Derecho Tributario. Parte General*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978.

LIRA, Ricardo Pereira. *Elementos de Direito Urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. Direito Urbanístico, Estatuto da Cidade e Regularização Fundiária. In: *Revista de Direito da Cidade*. Volume 1, nº 1. Rio de Janeiro: Harbra, 2006.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARÉS, Carlos Frederico. *A função social da terra*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MARQUES, Carlos Roberto. *Contornos e fundamentos modernos da contribuição de melhoria*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MERINO JARA, Isaac. *Contribuciones especiales*. Cizur Menor: Aranzadi, 2002.

MICHELI, Gian Antonio. *Curso de Direito Tributário*. Tradução de Marco Aurélio Greco e Pedro Luciano Marrey Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente. A gestão ambiental em foco. Doutrina. Jurisprudência. Glossário*. 6ª ed., revista, atualizada e revisada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Compêndio de Direito Tributário*. Volume 1. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Considerações sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal. Finanças Públicas Democráticas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. *O Mito da Propriedade*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

NABAIS, José Casalta. *Direito Fiscal*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2006.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira, *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NITTI, Francesco. *Princípios de Ciência das Finanças*. Rio de Janeiro: Athena Editora, 1937.

NOGUEIRA, José Geraldo Ataliba. *Natureza Jurídica da Contribuição de Melhoria*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de Direito Tributário*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

OLIVEIRA, Bernardo A. Cardoso. *Curso de direito tributário brasileiro*. In: GOMES, Marcus Lívio; ANTONELLI, Leonardo Pietro (coord). *Curso de direito tributário brasileiro* Volume 2. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

OLIVEIRA, Francisco de. *O Estado e o Urbano no Brasil*. In: Revista Espaço e Debates. Volume 6. São Paulo: Annablume, 1982.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. *Direito Tributário – Capacidade Contributiva*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Volume 2. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PINTO, Bilac. *Contribuição de Melhoria*. 2ª ed. atualizada por Firly Nascimento Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PUGLIATTI, Salvatore. *La proprietà nel nuovo diritto*. Milão: Dott A. Giuffrè, 1964.

RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. Uma cidade para todos. In: GARCIA, Maria (coord). *A cidade e seu Estatuto*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005.

RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz. *Dos cortiços aos condomínios fechados. As formas de produção da moradia na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.

RODOTÁ, Stefano. *El terrible derecho: estudios sobre la propiedad privada*. Madrid: Civitas, 1986.

SANTOS, Milton. *A urbanização brasileira*. 5ª ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2008.

SCOTTI, Guilherme; NETTO, Menelick de Carvalho. Limites internos e externos e o “conflito de valores”. In: *Os Direitos Fundamentais e a (In)certeza do Direito*. 1ª ed. Brasília: Editora Fórum, 2011.

SAULE JÚNIOR, Néelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004.

SINGER, Paul. O uso do solo urbano na economia capitalista. In: MARICATO, Ermínia (org.). *A produção capitalista da casa (e da cidade) no Brasil industrial*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1979.

SOUSA, Rubens Gomes de. *Compêndio de Legislação Tributária*. São Paulo: Resenha Tributária, 1975.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização. Privatização, Concessões, Terceirizações e Regulação*. 4ª ed. revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. Contornos Constitucionais da Propriedade Privada. In: *Temas de Direito Civil*. 2ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TIPKE, Klaus; LANG, Joachim. *Direito Tributário (Steuerrecht)*. Volume 1. Tradução da 18ª ed. alemã de Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A propriedade e a posse. Um confronto em torno da função social*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário*. Volume 4. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TOURINHO, Arx. *Comentários ao Código Tributário Nacional: (Lei nº 5.172, de 25.10.1966)*. NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). *Comentários ao Código Tributário Nacional: (Lei nº 5.172, de 25.10.1966)*. 1ª ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

Jurisprudência

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 147.094/PR. Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª Turma, Brasília, DF, publicado no DJe de 21.03.2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ag. 1190553/RS (2009/0075001-8). Rel. Min. Eliana Calmon, Brasília, DF, publicado no DJe de 26.04.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 83.516/SP, Rel. Min. Leitão de Abreu, Brasília, DF, publicado no DJ de 20.11.1978, ementário nº 1.116

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 87.604/SP, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, Brasília, DF, publicado no DJ de 30.03.1979, ementário nº 1.126-2, RTJ 89/594

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 91.373-4/GO, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, Brasília, DF, publicado no DJ de 14.09.1979, ementário nº 1.144-2

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 113.587/SP, Rel. Min. Carlos Velloso. Brasília, DF, publicado no DJ de 03.03.1992, ementário nº 1.656 – 2.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 115.863-8/SP, Rel. Min. Célio Borja, Brasília, DF, publicado no DJ de 08.05.1992, ementário vol. 01660-03, pp. 520, RTJ vol. 138-02, pp. 600.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 116.147-7, Rel. Min. Célio Borja, Brasília, DF, publicado no DJ de 08.05.1992, ementário nº 1660-3.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 138.284-8/CE, Rel. Min. Carlos Velloso, Brasília, DF, publicado no DJ de 28.08.1992, ementário nº 1672-3.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 146.733-9/SP, Rel. Min. Moreira Alves, Brasília, DF, publicado no DJ de 06.11.1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 116.148-5/SP, Rel. Min. Octavio Gallotti, Brasília, DF, publicado no DJ de 21.05.1993, ementário nº 1704-2.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 140.779/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, publicado no DJ de 02.08.1995, ementário 1799, pp. 460

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 177.137-2/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, Brasília, DF, publicado no DJ de 18.04.1997, ementário nº 1865-05.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 220.316-7, Rel. Min. Ilmar Galvão, Brasília, DF, publicado no DJ de 29.06.2001, ementário nº 2037-5.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. no Agravo de Instrumento nº 694.836/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, Brasília, DF, DJe-237, divulgação em 17.12.2009 e publicação em 18.12.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 228.339 – AgR/PR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Brasília, DF, decisão de 20 de abril de 2010 e publicada no DJe nº 96, de 28.05.2010, ementário nº 2403-4.

Legislação

BRASIL. Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850. Determina a ordem do juízo no processo comercial.

BRASIL. Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional.

BRASIL. Decreto nº 3.365, de 21 de junho de 1941. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública.

BRASIL. Lei nº 4.068, de 09 de junho de 1962. Declara comerciais as empresas de construções e dá outras providências.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. Emenda Constitucional nº 18, de 1º de dezembro de 1965.

BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967.

BRASIL. Decreto-lei nº 195, de 24 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a cobrança da Contribuição de Melhoria.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969.

BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 23, de 1º de dezembro de 1983. Altera dispositivos da Constituição Federal.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.

BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.