A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA E O IPTU PROGRESSIVO

Paulo Macedo,Juiz de Direito, professor da Esmese. Pós-graduado lato sensu em Processo Civil.Mestrando em Direito do Estado e Cidadania.

RESUMO: Monografia de análise da aplicação do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana progressivo no tempo (IPTU progressivo), previsto no art. 182, § 4º, II da Constituição Federal e disciplinado no art. 7º da Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), à luz dos princípios constitucionais do direito à propriedade e da função social da mesma.

SUMÁRIO: Introdução 1. Evolução histórica do princípio do direito à propriedade e de sua função social 2 . A função social da propriedade e os princípios constitucionais 2.1 . A função social da propriedade e o princípio da legalidade 3. As bases legais do IPTU progressivo 4 . O IPTU progressivo e o princípio da vedação aos tributos com efeito de confisco; Conclusão; Referências

INTRODUÇÃO

Os ancestrais do homem habitam a terra há aproximadamente cinco milhões de anos e só há aproximadamente dez mil vieram a se organizar em aldeias onde dividiam o solo a fim de produzirem os alimentos através da criação de animais e cultivo de plantas, ultrapassando assim a pré-história.

As cidades surgiram então como evolução destas aldeias, chegando-se muito mais tarde (1200 a.C.) à figura de Cidades-Estado bem estruturadas, tão importantes como Esparta e Atenas na Grécia Antiga.

A evolução humana criou diferentes civilizações e ergueu bandeiras formando Estados e, nestes, cidades cada vez maiores, aglomerando um crescente número de habitantes que abandonaram o campo em busca de melhores condições de vida dentro dos limites territoriais daquelas. A experiência histórica, entretanto, cuidou de revelar que as cidades, sob muitos aspectos, tornaram-se fontes de problemas, especialmente os grandes centros urbanos. Sem prejuízo disso, no Brasil tem se dado de forma nítida o fenômeno da urbanização da população nas últimas décadas. Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geo-

grafia e Estatística – IBGE, mudamos de um quadro existente na década de 50 (quando 63,8% das pessoas viviam no campo e 36,2% nas cidades) para uma realidade de 169.590.693 de brasileiros no início do ano 2000, com 81,2% da população brasileira morando em áreas urbanas e 18,8% vivendo em áreas rurais.

No caso brasileiro, há ainda que se registrar a situação econômica de uma péssima distribuição de riquezas que imprime à maior faixa da população residente nos grandes centros urbanos condições indesejáveis de vida, sem oferecimento satisfatório dos serviços públicos essenciais.

Mudanças significativas no perfil econômico e social das cidades apresentaram-se nos anos 90, quando a exemplo de outros países em vias de desenvolvimento, o Brasil passou a reduzir os investimentos estatais e privatizar empresas públicas - incluindo empresas de fornecimento de água, energia elétrica, transportes e habitação. Deu-se então a prática de uma política econômica que procurava equilibrar as contas públicas e abrir espaços para investimentos oriundos da iniciativa privada, tudo à luz da recomendação de organismos internacionais como o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial.

Abriram-se então as fronteiras da nação à entrada de investimentos internacionais através de empresas multinacionais, em perfeita sintonia com o movimento perceptível em todo o mundo de internacionalização do capital.

Tais mudanças geraram repercussão direta nas condições de vida das grandes cidades em todo o planeta, especialmente nos países em vias de desenvolvimento, onde as cidades maiores passaram a enfrentar um crescimento desordenado, gerado entre outros motivos pelos movimentos migratórios de pessoas do campo em busca de oportunidades.

Os grandes centros urbanos não se mostraram capazes de absorver as novas camadas da população e, de pólo atrativo que propiciava acesso a uma intensa vida cultural e social, melhores oportunidades de emprego e um enriquecedor convívio com diferentes experiências de vida, as grandes cidades tornaram-se zonas de problemas sociais, embaladas pelos dramas do mundo moderno, como a poluição, a violência, o tráfego e o déficit habitacional.

Os problemas do mundo moderno se fazem presentes, em maior ou menor intensidade, praticamente em todas as cidades, especialmente nas maiores, por serem concentradoras de população, sendo mais sensíveis à piora das condições econômicas, ainda que de apenas uma parte dos seus habitantes. Tentando solucionar ou ao menos amenizar estes problemas, foi criada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo então presidente da República Fernando Henrique Cardoso, a Lei nº 10.257/2001, o Estatuto da Cidade, no dia 10 de julho de 2001, assegurada a sua vigência a partir do dia 10 de outubro de 2001.

O Estatuto da Cidade é uma norma de ordem pública (que não pode portanto deixar de ser atendido em virtude de convenção entre pessoas que se encontrem sob sua incidência), que veio regulamentar as disposições dos artigos

182 e 183 da Constituição Federal do Brasil de 1988, submetendo a propriedade ao exercício de sua função social.

Rompendo com a tradição civilista que outrora dominara a mentalidade do legislador pátrio, a nova lei de aplicação em todo o território nacional e passível de suplementação pelo legislador estadual e municipal, veio prever a possibilidade de intervenção do Estado sobre a propriedade do solo urbano a fim de obrigar-lhe ao cumprimento da sua função social.

Introduz assim o Estatuto da Cidade, novos institutos jurídicos no ordenamento pátrio, a exemplo do parcelamento, edificação e utilização compulsórios do solo urbano, sob pena de incidência de IPTU progressivo e até de desapropriação com títulos da dívida pública, para resgate em 10 anos. Preocupa-se ainda o Estatuto da Cidade com as populações menos afortunadas pelo sistema econômico, passando a regular situações há muito existentes e que ainda não haviam sido enfrentadas de forma específica pelo legislador, trazendo ao cenário jurídico figuras jurídicas como o Usucapião Coletivo e a Concessão do Direito Real de Uso, esta última regulada pela Medida Provisória 2220.

Lei extremamente sintonizada com a atual realidade social brasileira, o Estatuto da Cidade apresenta institutos jurídicos que podem, de fato, conformar a propriedade à sua função social prevista na Constituição Federal de 1988. Os novos instrumentos jurídicos devem entretanto ser manuseados com cautela, a fim de que não destoem dos princípios constitucionais que lhe dão sustentação, motivo pelo qual merecem análise pormenorizada, como a que se segue em relação a um deles especificamente: O Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) Progressivo.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DO DIREITO À PROPRIEDADE E DE SUA FUNÇÃO SOCIAL

O direito à propriedade é tão antigo quanto a própria história da civilização humana. "*Ubi societas, ibi jus*". O direito, se sabe, esteve sempre presente desde o primeiro instante em que o homem se organizou na forma mais rudimentar de sociedade. Da mesma forma, é possível dizer que o direito à propriedade se fez presente também desde aquele instante, ainda que como uma aspiração não realizada em dados momentos históricos.

A propriedade da terra, por sua vez, sempre gozou de especial importância desde que o homem, há aproximadamente 10 mil anos, no período Neolítico, aprendeu a produzir seu alimento, cultivando plantas e criando animais, que o levou à formação das aldeias onde, de alguma forma primitiva, aquelas sociedades convencionaram a ocupação do território.

Em verdade, as cidades de hoje, de todas as dimensões e com todos os seus problemas, nada mais são que os substitutos históricos daquelas primeiras aldeias. E, ainda na atualidade, todas as questões referentes ao Direito Urbanístico giram em verdade em torno da propriedade urbana e da necessidade de serviços públicos que lhe tornem mais segura e eficiente à moradia do ser humano. Discorrendo sobre o tema, Fiorillo[1], citando Benévolo, asseverou:

> É exatamente em decorrência da questão do território que necessitamos enfrentar, nos dias de hoje, o conceito de cidade. Nos chamados países desenvolvidos – Estados Unidos e alguns países da Europa -, como afirmado por Benévolo, 'o equilíbrio do território é salvaguardado pelos planos da autoridade pública, o desenvolvimento das cidades é controlado de maneira razoável e algumas exigências estabelecidas pela pesquisa teórica – uma casa por preço razoável, uma circulação de pedestres protegida do tráfego motorizado, um conjunto de serviços facilmente acessíveis – são garantidos praticamente à maioria dos cidadãos.

Tamanha é a relevância do direito à propriedade para a raça humana, que o tema tem sido tratado invariavelmente em todas as constituições conhecidas na história, (ainda que por vezes para negá-lo ao indivíduo em benefício do Estado) ou, mais costumeiramente, para estabelecer a forma através da qual o Estado garantirá o direito de propriedade, sendo certo que o tratamento constitucional ao referido direito tem variado no espaço e especialmente no tempo dentro dos textos constitucionais.

É possível registrar duas fases no constitucionalismo. Num primeiro momento, que se extende até os séculos XVIII e XIX, o Estado é entendido como um grande contrato. Nos últimos séculos desta época, o mundo passa a dar significativo valor à engenhosa teoria de Hobbes[2] acerca do Estado. Partia-se nos textos constitucionais de então da idéia Hobbesiana de que o Estado teria

---

[1] FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Estatuto da Cidade Comentado : Lei 10.257/2001 – Lei do Meio Ambiente Artificial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 11.

[2] Thomas Hobbes, através de sua obra *Leviatã* (Paris, 1651) defende a teoria da origem contratual do Estado exercendo profunda influência em grandes autores que lhe sucederiam, a exemplo de Rosseau e Kant, contribuindo para a germinação dos ideais que resultariam no século seguinte na Revolução Francesa e influenciariam as constituições de quase todo o mundo civilizado da época.

sido fruto da criatividade humana, na forma de uma elaboração contratual[3] que tinha por finalidade proteger o homem dos perigos que o cercavam, notadamente também do maior dos perigos (o próprio homem que, segundo Hobbes, em seu estado de natureza, viveria numa interminável guerra de todos contra todos). Neste momento histórico, Constituição é um termo entendido apenas como um instrumento de organização do Estado e de declarações de direitos e garantias individuais. É o instrumento através do qual formalizam-se e legitimam-se os poderes e as competências, inclusive para instituir tributos, ao mesmo tempo em que se limitam os poderes do Estado, estabelecendo-se núcleos de direitos que podem ser opostos a ele, pelo indivíduo, como intocáveis.

As constituições dispunham pois acerca da forma do Estado e impunham ao mesmo uma obrigação negativa, de não atingir com a sua soberania determinados direitos individuais garantidos como indevassáveis, entre eles o direito de propriedade. No Brasil, desde o descobrimento em 1500 até a promulgação da Constituição Política do Império do Brasil em 1824, vigorou o ordenamento jurídico imposto pelo Império Português dada a nossa condição de Colônia e não se conheceu aí o confisco em sentido estrito, entendido como "a tomada compulsória da propriedade privada pelo Estado, sem indenização"[4], revelando-se já, desde então, o respeito do constituinte ao direito de propriedade, estabelecendo limites ao poder do Estado nos seguintes termos:

> Art. 179. A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:
> (...)
> XX – Nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente. Portanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infâmia do réu se transmitirá aos parentes em qualquer grau que seja.

---

[3] "A arte vai mais longe ainda, imitando a criatura racional, a mais excelente obra da natureza, o Homem. Porque pela arte é criado aquele grande Leviatã a que se chama Estado, ou Cidade (em latim *Civitas*), que nada mais é senão um homem artificial, de maior estatura e força do que o homem natural, para cuja proteção e defesa foi projetado. No Estado, a soberania é uma alma artificial pois dá vida e movimento a todo o corpo [...] Finalmente, os pactos e convenções pelos quais as partes deste Corpo Político foram criadas, reunidas e unificadas assemelham-se àquele *Fiat*, ao 'Façamos o homem' proferido por Deus na criação". (HOBBES, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil.* Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002. Título Original: Leviathan, or Matter, Form and Power of a Commenweath Ecclesiastical and Civil, p. 15-16).

[4] PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário. Constituição e Código Tributário à luz da Doutrina e da Jurisprudência.* 3. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 196).

Em 1891, já após a proclamação da República, vem ao cenário jurídico pátrio a primeira Constituição Republicana e nela a proibição ao confisco não se apresenta de forma expressa. Sem prejuízo disso, aquele texto constitucional prestigia a garantia da propriedade privada e o princípio da legalidade, em perfeita sintonia com o momento do constitucionalismo mundial, que se restringe a impor ao Estado limitações quanto ao seu poder. Rezava o seu artigo 72, *in verbis*:

> Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade nos termos seguintes:
> § 1º - Ninguém pode ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei.
> § 2º - Todos são iguais perante a lei.
> (...)
> § 17 – O direito de propriedade mantém-se em toda a plenitude, salva a desapropriação por necessidade pública, mediante indenização prévia.
> (...)
> § 19 – Nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente.
> (...)
> § 30 – Nenhum imposto de qualquer natureza poderá ser cobrado senão em virtude de uma lei que o autorize.

O século XX inaugura uma nova fase do constitucionalismo. A constituição do México em 1917 e a da Alemanha em 1919 podem ser consideradas o marco divisório da história do Direito Constitucional, o nascimento do constitucionalismo contemporâneo. A partir de então, e mais acentuadamente após a Segunda Guerra Mundial, as constituições passam a extrapolar a função de delimitar a liberdade do Estado frente à sociedade civil e passam a impor-lhe obrigações positivas para com esta sociedade. Os textos constitucionais passam a conter diretrizes fundamentais orientadoras da atividade estatal impondo-lhe a obrigação de promover o bem-estar individual e coletivo da sociedade que, através de seus representantes legalmente constituídos, redige a própria constituição, agora entendida como instrumento de realização social.

A mudança da função das constituições e, em última análise, dos próprios Estados por elas instituídos, traz ao cenário jurídico mundial profundas modificações. E uma das mudanças jurídicas mais importantes é a colocação da ordem econômica nos textos constitucionais. Neste novo modelo, o Estado não mais acredita que o mercado seja capaz de, sozinho, funcionar de modo a satisfazer aos anseios da sociedade. Reconhecendo as leis do mercado como insuficientes para instaurar a justiça social, o Estado passa a intervir na economia. Há portanto, em meados do século passado, um enfraquecimento do liberalismo

econômico no cenário mundial em benefício do surgimento de novas formas de intervencionismo e até mesmo de dirigismo estatal que tiram o Estado da condição de espectador para a de agente e regulador da economia.

Entre nós surge então a Constituição de 1934, inaugurando a colocação no texto constitucional de princípios e normas sobre a ordem econômica, correlacionando-a com a ordem social. Também não deixa aquela Carta de expressar o princípio do direito de propriedade. Assim dispunha o seu artigo 113:

> Art. 113: A Constituição assegura a brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade nos termos seguintes:
> (...)
> § 29 – Não haverá pena de banimento, morte, confisco, ou de caráter perpétuo, ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar, em tempo de guerra com país estrangeiro.

A Constituição Brasileira de 1937 não deixa de prestigiar, no seu artigo 122, os direitos e garantias fundamentais, entre eles, o direito de propriedade. Naquela Carta, o constituinte mantém título próprio onde estabelece normas referentes à ordem social e à ordem econômica. Mesma diretriz quanto à inclusão de um título referente à ordem social e econômica é mantida na Lei Maior de 1946. E nela, nova menção ao direito de propriedade em seu art. 141, § 31:

> Art. 141 – A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:
> (...)
>
> § 31 – Não haverá pena de morte, de banimento, de confisco nem de caráter perpétuo. São ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro. A lei disporá sobre o seqüestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego de entidade autárquica. (grifo nosso).

A Carta Magna de 1967, da mesma forma, mantém normas referentes à ordem econômica e à ordem social, relacionadas em um único título e traz também expressa referência ao direito de propriedade em seu art. 150, *in verbis*:

> Art. 150 – A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> (...)
> § 11 – Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento nem de confisco. Quanto à pena de morte, fica ressalvada á legislação militar aplicável, em caso de guerra externa. A lei disporá sobre o perdimento de bens por danos ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de função pública.

A Emenda Constitucional nº 1/69[5] não rompe a tradição de dedicar um título conjunto a disposições acerca da ordem social e econômica, sem descuidar de fazer expressa vedação ao confisco em seu art. 153, § 11:

> Art. 153 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> (...)
> § 11 – Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, ou confisco, salvo nos casos de guerra externa, psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva nos termos que a lei determinar. Esta disporá, também, sobre o perdimento de bens por danos ao erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício do cargo, função ou emprego na Administração Pública, direta ou indireta. (Grifo nosso).

[5] "Importante ressaltar que, com a ditadura militar que se implantou no Brasil a partir de 1964, foram sendo introduzidas mudanças na Constituição da República por meio de emendas. A preocupação do governo naquele momento histórico era a alegada manutenção da ordem, com a proibição de qualquer ato considerado subversivo. Esse fato refletiu-se no artigo da Constituição que tratava do tema do confisco, admitindo-o (além do caso de perdimento de bens por danos ao erário) em caso de *guerra psicológica adversa ou revolucionária ou subversiva."* (CASTILHO, Paulo César Baria de. *Confisco Tributário.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 61).

A Emenda Constitucional nº 11/78, sem alterar a estrutura do texto constitucional no que se referia à disposição conjunta acerca da ordem econômica e social, veio a suprimir o termo "confisco" do seu texto. Sem prejuízo disso, é possível vislumbrar na nova redação então dada ao art. 153 que foi mantido o princípio que veda a utilização do confisco pelo Estado, mantendo-se pois a salvo o direito de propriedade. Neste sentido o referido artigo:

> Art. 153 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> (...)
> § 11 – Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, nem de banimento. Quanto à pena de morte, fica ressalvada a legislação aplicável em caso de guerra externa. A lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de função pública.

Finalmente, chega o Brasil a sua "Constituição Cidadã". Trata-se da Carta de 1988, ainda hoje em vigor com as alterações que lhe trouxeram algumas dezenas de Emendas Constitucionais. Naquele momento histórico, já se encontra em todo o mundo civilizado, sedimentada a idéia de que os Estados devem ter funções sociais e reguladoras da ordem econômica impostas por suas Constituições como uma obrigação positiva. Resta então superada a antiga idéia do papel constitucional de apenas estabelecer a estrutura do poder do Estado e proteger direitos especificados do indivíduo, passando agora os textos constitucionais a ter o condão de obrigar o Estado a, em conjunto com a sociedade civil, propiciar subsistência aos desafortunados que não mais podem ser considerados simplesmente excluídos do sistema econômico e desamparados pelo sistema social.

A nova Lei Maior Brasileira, inserida neste contexto, inaugura tratamento autônomo da ordem econômica em relação à ordem social. O constituinte apresenta agora todo um capítulo reservado aos direitos sociais (Capítulo II do Título II) e ainda um título especial sobre a ordem social (Título VIII), ao passo que trata da ordem econômica e financeira em local específico (Título VII), onde dedica o capítulo II, composto pelos artigos 182 e 183, à política urbana. Dentro desta disposição, o texto estabelece princípios orientadores de uma economia de mercado de natureza capitalista, elevando a iniciativa privada à categoria de um de seus princípios basilares. Sem prejuízo disso, a ordem econômica constitucional eleva também à categoria de princípio, a valorização do trabalho humano, estabelecendo a sua primazia sobre os demais valores da economia de mercado. Destarte, o objetivo da ordem econômica passa a ser

assegurar a todos uma existência digna, dentro de parâmetros estabelecidos pela idéia de justiça social, obedecidos os princípios impostos pelo art.170 da Carta. No mesmo diapasão, a Lei Maior estabelece também que a lei fixará diretrizes gerais, orientadoras de uma política de desenvolvimento urbano que tenha por fim ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

Não descuida da mesma forma a Constituição Federal Brasileira de 1988 de colocar a salvo alguns direitos do indivíduo, estabelecendo também obrigações negativas ao Estado e, neste aspecto, limitações ao seu poder, inclusive prestigiando mais uma vez a propriedade privada (art. 5º, XXII).

Mas há algo efetivamente novo na Carta Política de 1988. Trata-se da função social da propriedade instituída pelo seu art. 5º, XXIII. A nova Carta não mais admite a propriedade como um direito absoluto. Ao contrário, exige-lhe uma função social. Em outras palavras, o proprietário não mais pode utilizar-se do seu bem ao sabor exclusivo do seu alvedrio, estando agora obrigado a atender às exigências da sociedade, manifestadas pela lei, que porventura recaiam sobre o seu bem.

E o constituinte não apenas estabelece a necessidade de que a propriedade atenda a sua função social. Ele vai adiante e define que a propriedade urbana só cumpre a sua função social quando "atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor". Delega, desta forma, o constituinte ao legislador municipal (que melhor conhece as peculiaridades da realidade local) o poder de elaborar o seu plano diretor e, por via de conseqüência, definir qual é a função social da propriedade urbana localizada nos limites da sua área (art. 5º, *caput* e §1º, I do Estatuto da Cidade). Note-se entretanto que se trata de competência concorrente, de forma que o plano diretor não poderá colidir com diretrizes gerais estabelecidas pela lei federal, no caso, o Estatuto da Cidade.

Em resumo, podemos afirmar ser evidente a preocupação do Constituinte pátrio, ao longo de toda a nossa história, mantendo sempre na condição de princípio, o direito de propriedade em todos os textos constitucionais que conhecemos, o que, de resto, tem se revelado um traço comum nas Constituições de diversos outros países. Finalmente, observamos ainda que, na Constituição Federal de 1988, mesmo diante do princípio constitucional do direito de propriedade, o Constituinte prestigiou também a sua função social, guindando-a à condição de princípio e deixando a cargo do Poder Legislativo Municipal, através da elaboração do plano diretor, definir, obedecendo às diretrizes estabelecidas em legislação federal, em que consiste a função social da propriedade urbana contida nos limites de seu território.

2. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A história do nosso Direito Constitucional nos revela que o Constituinte Pátrio transitou ao longo do tempo demonstrando sempre preocupação em atribuir a condição de princípio ao direito à propriedade[6]. Tomados os textos constitucionais, cada um em seu momento histórico, numa perspectiva Kelseniana, como ápice da pirâmide da construção normativa, temos cada constituição como norma validadora de todo o ordenamento legal vigente a seu tempo[7]. E admitindo-se as Constituições brasileiras como expressão contínua da vontade popular, ao longo da história, através de seus representantes legalmente constituídos[8], conclui-se com facilidade que o povo brasileiro sempre teve como um valor importante a ser preservado, o direito à propriedade.

Da própria relevância do valor "direito à propriedade", decorre o seu *status* de princípio constitucional, reconhecido pelas diversas Constituições ao longo da nossa história. No dizer de Carvalho[9], "princípios são normas jurídicas carregadas de forte conotação axiológica. É o nome que se dá a regras do direito positivo que introduzem valores relevantes para o sistema, influindo vigorosamente sobre a orientação de setores da ordem jurídica". Registrando a discordância com a atribuição da categoria de "regras do direito positivo"[10] para os princípios, podemos, sem embargo, ainda com base nas lições do mesmo

---

[6] Vide o Capítulo "Evolução histórica do princípio do direito à propriedade e de sua função social".

[7] Kelsen, na obra *Teoria Pura do Direito*, criou a tese de que toda norma tem por fundamento uma norma superior que lhe dá validade, entendendo o autor que, no ápice da pirâmide do ordenamento jurídico se encontra a Constituição de um Estado, dando validade a todo o ordenamento existente e, por sua vez, sendo validada pela existência de uma constituição anterior que permitiu o seu surgimento. O autor entende que a primeira constituição histórica, assim compreendida aquela que não é validada por outra que lhe seja anterior, apóia-se numa norma hipotética que lhe dá validade, à qual Kelsen chamou de norma fundamental.

[8] Fábio Ulhoa Coelho noticia uma ruptura no ordenamento constitucional brasileiro através do Ato Institucional nº 5, baixado pelo Presidente da República em 1968, devendo aquele ato ser considerado, sob a ótica Kelseniana, a primeira Constituição histórica a dar validade às normas hoje em vigor. A esse respeito, consulte-se: COELHO, Fábio Ulhoa, 1959 - *Para entender Kelsen* / Fábio Ulhoa Coelho; prólogo de Tércio Sampaio Ferraz Jr. – 4. ed. rev. – São Paulo : Saraiva 2001.

[9] CARVALHO, Paulo de Barros. *Sobre os princípios constitucionais tributários*, RDT 55/143.

[10] Na esteira do pensamento pós-positivista que tem em Ronald Dworkin e Robert alexy alguns dos seus expoentes, pode-se afirmar com tranqüilidade atualmente que as normas

jurista[11], afirmar ser o princípio uma norma condutora de núcleos significativos de grande magnitude, influenciando visivelmente a orientação de cadeias normativas, devendo orientar ainda o operador do direito quando da interpretação de todo o conjunto normativo.

Com o advento da Constituição Federal Brasileira de 05 de outubro de 1988, o constituinte pátrio não só garantiu a propriedade privada (art. 5º, XXII - "é garantido o direito de propriedade"), como também impôs que a mesma atenderá a sua função social (art. 5º, XXIII).

A Constituição Federal, através dos princípios que impõe, cerca portanto o legislador infraconstitucional de vedações e limitações, delimitando-lhe os espaços em que se contém a sua liberdade de legislar. Não houvessem tais limitações, os valores consagrados pela Constituição seriam inúteis porque agredidos pela legislação infraconstitucional. Daí a inconstitucionalidade de leis ou de atos administrativos que venham a ferir princípio constitucional.

Para que se possa compreender em sua totalidade a extensão do princípio constitucional da função social da propriedade, não se pode perder de vista que os princípios constitucionais devem ser interpretados em conjunto. Neste sentido, é preciso analisá-los sem olvidar que os mesmos se completam e, até certo ponto, se chocam, devendo cada um ter uma incidência mais profunda ou mais superficial sobre cada caso concreto.

Tome-se, à guisa de exemplo, a hipótese de esbulho por trabalhadores rurais sobre propriedade completamente improdutiva e adquirida exclusivamente para fins de especulação imobiliária. O caso concreto mostra-se susceptível a aplicação de dois princípios constitucionais que se completam, mas que, em tais circunstâncias, se mostram em estado de tensão, de aparente – e apenas aparente - incompatibilidade entre si[12]. São eles, o princípio da proteção à propriedade e o princípio da função social da propriedade. De fato, no caso vertente, a aplicação de um deles certamente levará a não aplicação direta do outro, restando a indagação de qual deverá ser o aplicado já que são ambos prestigiados com o *status* de princípio constitucional. A resposta deverá ser dada pelo Judiciário mediante apreciação mi-

---

jurídicas classificam-se em princípios e regras, diferenciando-se os primeiros por serem "mandados de otimização" que devem ser aplicados na melhor medida possível, respeitadas as limitações fáticas e jurídicas (impostas por princípios e regras opostas) de cada caso. Em contrapartida, regras são normas que só podem ser cumpridas integralmente ou não aplicáveis ao caso. (ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 86).

[11] Op. Cit., p. 149.

[12] Discorrendo acerca da vedação constitucional ao tributo com efeito de confisco, Coelho assevera: "O direito de propriedade outrora intocável não o é mais. A Constituição o garante mas subordina a garantia 'à função social da propriedade' (ao direito de propriedade causador de disfunção social, retira-lhe a garantia)" COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988: Sistema Tributário.* 5. ed. rev. ampl., Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 330.

nuciosa das circunstâncias do caso concreto que recomendarão de forma mais intensa a aplicação de um dos dois princípios em detrimento do outro, não se podendo ainda esquecer a influência da formação jurídica, política e humana do magistrado ao qual será submetida a questão[13].

Destarte, é preciso analisar a função social da propriedade não como um princípio isolado, mas confrontando-a com outros princípios também contemplados no texto constitucional, lembrando-se sempre que os princípios são, na imagem que nos traz Bandeira de Mello[14], os alicerces e vigas mestras do edifício que é o sistema jurídico, não podendo as leis e demais atos normativos fazer mais do que preencher o conjunto arquitetônico previamente delimitado por tais alicerces e vigas mestras que asseguram à norma a sua harmonia com o sistema.

Ferir a uma simples norma[15] do ordenamento jurídico é algo menos grave do que ferir a um princípio, posto que, ferindo-se a este, agride-se ao próprio sistema jurídico como um todo.

Posto isso, é de se observar que o Estatuto da Cidade deve ser interpretado sempre à luz do princípio constitucional da função social da propriedade, sem entretanto se descuidar de princípios outros como o do direito à propriedade, da dignidade da pessoa humana e, quando se trata de imposição de IPTU progres-

---

[13] Para Kelsen, a aplicação de um ou outro princípio será uma decisão do juiz que extrapolará os liames do direito, posto que a interpretação da norma lhe dará a possibilidade de optar entre mais de uma solução, todas em conformidade com aquela ciência. O autor entende que a norma funciona apenas como uma moldura, dentro da qual apresentam-se ao juiz várias possibilidades, diferentes em seus resultados, porém igualmente válidas, devendo o magistrado escolher apenas uma delas, movido por razões outras alheias ao direito. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito. Título Original: Reine Rechtslehre*. Tradução: João Batista Machado, 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 122-149.

[14] "princípio (...) é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério parta sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo". BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, 4. ed., São Paulo, Malheiros, 1993, p. 408

[15] É de se registrar a existência de diferentes teorias doutrinárias acerca da relação entre princípios e normas. J. J. Gomes Canotilho (*Direito Constitucional,* 6. ed., Coimbra, Almedina, 1993, p. 166) abandona a distinção entre normas e princípios sedimentada pela teoria da metodologia jurídica tradicional, para substituí-la pela idéia de que regras e princípios são duas espécies de normas. No mesmo sentido, Paulo de Barros Carvalho, afirmando que "princípios são normas, com todas as implicações que esta proposição apodítica venha a suscitar" (op. cit., p. 149).

sivo, também do princípio constitucional da vedação à utilização de tributo com efeito de confisco imposto pelo art.; 150, IV da Carta Magna.

2.1. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Não raro se tem atribuído à *Magna Charta* de João Sem Terra em 1215 a primeira afirmação do princípio de que o Estado não pode impor obrigações aos seus súditos senão por deliberação dos órgãos legislativos. Uckmar[16] noticia entretanto uma origem em época anterior, afirmando que, por exemplo, na própria Inglaterra, já foi possível identificar manifestações da exigência de órgãos deliberativos para a imposição de prestação pecuniária, desde o reinado de Willian Rufus em 1093 e também mais tarde, em 1188, quando Henrique II, após participar de assembléia nos arredores de Gisors, com o Rei da França e os *"archbishops, bishops, earls, and barons of both Kingdoms",* convocou assembléia em Geddington, formada pelos bispos, abades, condes e barões, além de um considerável número de empregados leigos e do clero a fim de deliberar acerca da cobrança do "décimo" (tributo imposto aos não participantes da cruzada contra Saladino). Naquela atitude do Rei, que visava em verdade uma aprovação popular à cobrança do imposto através de um debate com representantes de diversas classes que dividiam o poder, pode-se reconhecer os germes do princípio da legalidade.

Na forma como hoje é concebido este princípio entre nós, pode-se-lhe atribuir a condição de um dos mais importantes princípios do ordenamento jurídico pátrio, posto que da obediência ao princípio da legalidade decorre a eficiência de princípios outros como o da igualdade, o da proporcionalidade e o do direito à propriedade.

Historicamente o surgimento de Estados autoritários e totalitários esteve sempre ligado ao enfraquecimento do princípio da legalidade e à quebra da hierarquia das normas.

A Constituição Federal Brasileira de 1988, a exemplo das que lhe foram anteriores, bem como as vigentes em todos os países civilizados, impôs o princípio da legalidade nos seguintes termos:

> Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e

[16] UCKMAR, Victor. *Princípios Comuns de Direito Constitucional Tributário.*Tradução e notas ao Direito Brasileiro de Marco Aurélio Greco. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 22/25.

> aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> (...)
> II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; (grifos nossos).

Da forma como foi posto na Carta, o princípio da legalidade exige hoje "lei em sentido formal (instrumento normativo proveniente do Poder Legislativo) e material (norma jurídica geral e impessoal, abstrata e obrigatória)"[17] para a imposição de obrigações positivas ou negativas ao indivíduo.

Nesta esteira, surge no cenário pátrio o Estatuto da Cidade dando novo tratamento à propriedade urbana, em perfeito atendimento às exigências do princípio da legalidade. Observe-se que é a própria Carta Magna que, no seu art. 21, XX, atribui à União a competência para "instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos". Assim, tais diretrizes aplicam-se a todo o país, atingindo de maneira mais acentuada o âmbito municipal, no qual surgem de forma mais nítida as atuações urbanísticas.

Esclareça-se que o Direito Urbanístico é matéria de competência concorrente entre a União e os Estados ou o Distrito Federal, por força do que estabelece o art. 24, I da Constituição Federal de 1988. Reza o § 1º daquele artigo que a União estabelecerá normas gerais, de forma que resta aos Estados a competência de forma suplementar (§ 2º). O Município, por sua vez, recebeu da Carta Magna a competência para suplementar a legislação federal e estadual na medida do cabível (art. 30, II). Pode e deve portanto o Município, além de absorver as diretrizes ditadas pelo Estatuto da Cidade, suplementá-las através de legislação municipal que atenda às peculiaridades da sua realidade social e dos anseios do seu povo.

A doutrina aponta a possibilidade do surgimento de questionamentos acerca da constitucionalidade de dispositivos de leis estaduais e municipais "ante as dificuldades de se delimitarem, com precisão, os contornos e as diretrizes e dos preceitos de minúcia"[18] e aponta a obediência às diretrizes do Estatuto da Cidade como forma de evitar leis inconstitucionais, bem como de suprir eventual inexistência de condições financeiras do município para a contratação de pessoal especializado para a elaboração da lei municipal. Neste sentido:

---

[17] COELHO, Op.cit., p. 286.

[18] MEDAUAR, Odete. *Estatuto da Cidade : Lei 10257, de 10.07.2001. Comentários*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2002, p. 15.

> (...) nem sempre os Municípios, em especial os de menor porte, contam com pessoal técnico ou têm condições financeiras de contratar técnicos ou juristas para elaborar normas urbanísticas. O Estatuto da Cidade fornece, então, os parâmetros aos Executivos e Legislativos municipais na elaboração de suas leis e planos urbanísticos. Além do mais,melhor que invocar, a cada passo, a inconstitucionalidade deste ou daquele dispositivo é buscar a aplicação e efetivação das diretrizes contidas no Estatuto da Cidade, para eliminar ou atenuar os graves problemas acarretados pelo caos urbano.[19]

A política urbana deve hoje pois, atender às imposições da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional imposta pela União, pelo Estado e pelo Município, harmonizando tais disposições em obediência ao princípio da legalidade a fim de que a propriedade urbana possa atender à sua função social e a cidade possa exercer o papel que lhe atribuiu o constituinte de realizar o bem social.

3. AS BASES LEGAIS DO IPTU PROGRESSIVO

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu em seu art. 182 a adoção de uma política de desenvolvimento urbano "executada pelo poder público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas *em lei*" (grifo nosso), tendo por objetivo "ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes".

A lei a que se refere o constituinte é de abrangência nacional e de forma ordinária, já que não houve exigência expressa de lei complementar. Observe-se que é a própria Carta Magna, em seu art. 21, XX, quem atribui à União a competência para "instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos". É em tal base constitucional que se escora o Estatuto da Cidade, limitando-se a fixar diretrizes gerais que devem ser suplementadas pelo legislador estadual e especialmente o municipal em virtude da competência concorrente estabelecida pelo art. 24, I da Constituição Federal de 1988 que, em seu § 1º, reza que a União estabelecerá normas gerais, de forma que resta aos Estados a competência de forma suplementar (§ 2º).

[19] MEDAUAR, 2002: 15.

O Município, por sua vez, recebeu da Constituição Federal a competência para suplementar a legislação federal e a estadual na medida do cabível (art. 30, II e VIII), o que deverá fazer a fim de atender às peculiaridades locais.

Por força do § 1º do art. 182 da Lei Maior, tornou-se obrigatória aos municípios com mais de 20 mil habitantes a confecção de um Plano Diretor. No mesmo sentido, o art. 41 do Estatuto da Cidade.

Como instrumento de gestão pública, o Plano Diretor é responsável pelo desenvolvimento (ordenado) econômico, social e ambiental de uma cidade. Visa estabelecer um melhor zoneamento urbano causando uma minimização das desigualdades sociais, das discrepâncias urbanísticas já existentes, da violência diária.

Afirma Meirelles[20] que "o plano diretor deveria ser uno, único, integral", assim entendido o que é responsável direto não só pelos empreendimentos atuais, mas também futuros de uma cidade, atendendo aos anseios da população, inclusive àquela camada proveniente da migração.

Ser o Plano Diretor uno e único é admiti-lo como responsável direto pelos empreendimentos atuais e futuros; pelo crescimento da cidade.

Ser o Plano Diretor integral é admiti-lo como responsável pelas áreas de expansão urbana e de seus arredores. A integralidade também é explícita no art. 40, § 1º do Estatuto da Cidade quando em seu bojo prevê a incorporação de suas diretrizes e prioridades pelo plano plurianual do município, embasador do orçamento anual num processo de planejamento administrativo da cidade.

Quanto ao aspecto de unicidade, levantado por Hely Lopes Meirelles, este é questionável quando se leva em consideração a dinâmica populacional estabelecida em uma cidade com mais de 20.000 habitantes. O dinamismo que se espera em um Plano Diretor está explicitamente previsto no § 3º do art. 40 da Lei 10.257/2001 – Estatuto da Cidade, quando preceitua a revisão da lei instituidora do plano diretor num prazo máximo de 10 anos. A dinâmica que ocorre nos municípios acontece a cada instante, daí não poder admitir-se o plano diretor como único. Ele é único, enquanto atender aos anseios da população por ele abarcada, já que tal população migra e a ocupação física muda em conseqüência.

A ligação do Plano Diretor com a função social da propriedade é estreita, pois ele deve expressar as necessidades dos cidadãos habitantes em um município e também ordenar o crescimento da cidade. Estando imediatamente abaixo da Lei Orgânica do Município (que está no topo da pirâmide legislativa munici-

[20] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*, 6. ed. Malheiros; São Paulo, 1993, p. 394.

pal), o Plano Diretor é a lei básica da cidade, responsável pelo desenvolvimento adequado e justo, em busca de uma cidade democrática onde o planejamento seja eficiente e eficaz.

Por força do que estabelece a própria Constituição Federal, a propriedade urbana só cumpre a sua função social se obedece ao que lhe impõe o Plano Diretor. Caso contrário, estará sujeita à edificação, utilização ou parcelamento compulsórios, sob pena de sofrer penalidades severas, entre elas a incidência do Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU, de forma progressiva, o que encontra previsão constitucional no art. 182, § 4º, II da Carta de 1988 e regramento no art. 7º da Lei 10.257/2001.

Tratando dos institutos jurídicos previstos no Estatuto da Cidade, Oliveira[21] asseverou:

> São poderosos instrumentos de intervenção na propriedade particular, que definem o caráter social da propriedade. Não pode esta servir a instintos egoístas, mesquinhos e nada nobres. Ao contrário, a propriedade, quando aproveitada ou quando utilizada em serviço da coletividade, atende a sua finalidade social. Do contrário, serve a intuitos especulativos, o que desmerece o norte que lhe foi fixado na Constituição.

O IPTU progressivo se mostra assim como poderoso instrumento de adequação da propriedade urbana à sua função social, encontrando as suas bases na Lei 10.257/2001 e no próprio texto constitucional.

4. O IPTU PROGRESSIVO E O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AOS TRIBUTOS COM EFEITO DE CONFISCO

O direito à propriedade é considerado pela Constituição Federal de 1988 como fundamental a todo cidadão, tendo sua previsão no caput do seu art. 5º, XXII que não destoa dos textos constitucionais de todos os Estados Democráticos de Direito.

A Constituição Federal não apenas assegura o direito à propriedade de forma expressa como ainda limita o poder de tributar da União, dos Estados e dos Municípios (art. 150, IV) visando proteger a propriedade privada, direito consagrado ainda no art. 170, II da Carta.

---

[21] OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Comentários ao Estatuto da Cidade*, 1. ed. Revista dos Tribunais; São Paulo, 2002, p. 15.

Consiste o art. 150, IV da Lei Maior numa proteção indireta ao direito de propriedade, vez que a previsão legal é imposta como limite ao poder de tributar do Estado, para evitar que este intervenha de forma abusiva através da tributação, realizando por via indireta o confisco.

Neste aspecto, a exigência tributária sofre três limitações: manter a integridade, a continuação e a existência da propriedade, pois o tributo deve ser cobrado obedecendo aos princípios da legalidade e da razoabilidade, sem ofensa ao direito de propriedade. Por outro lado, se a tributação for intolerável, ela comprometerá o uso, a continuidade e a existência da propriedade.

O direito à propriedade recebe resguardo Constitucional, inclusive assegurando-lhe pagamento de indenização em caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, ou ainda como penalidade por não atendimento a determinação de parcelamento, utilização ou edificação compulsórios (art. 182, § 4º, III da Constituição Federal e arts. 5º (*caput*) e 8º da Lei 10.257/2001 – Estatuto da Cidade).

Por outro lado, não se pode pretender seja este direito intocável, vez que a própria Constituição Federal de 1988 elevou também à categoria de princípio a função social da propriedade (art. 5º, XXIII). E mais, embora vedando o confisco tributário e defendendo o direito de propriedade, o constituinte admitiu em situações específicas a perda de bens para o Estado em virtude da prática de crime[22].

Note-se que a Constituição Federal, por um lado, proibiu a utilização de tributo com efeito de confisco e, por outro, previu a incidência de IPTU progressivo através de lei específica para o solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado. Surge uma indagação: O IPTU progressivo está limitado pela vedação constitucional à utilização de tributos com efeito de confisco ou pode ser elevado a um valor que lhe dê característica de confiscatório como exceção à regra imposta pelo art. 150, IV da Constituição Federal?

Uma resposta precipitada concluiria que o art. 7º, § 1º do Estatuto da Cidade fixou em 15% a alíquota máxima para o IPTU progressivo, de forma que não se poderia no caso falar em tributo com efeito de confisco.

A questão entretanto não é tão simples quanto possa parecer e merece muito mais da nossa atenção, a uma porque o percentual de 15% não foi fixado pelo constituinte e sim pelo legislador infraconstitucional, o que significa dizer que pode o mesmo alterar tal alíquota. A duas porque o IPTU é um tributo de incidência anual, o que corresponde a afirmar que o pagamento no valor de 15% ao ano implica em pagamento superior a 100% ao cabo de sete anos. A três

[22] Art. 5º, XLVI e art. 243, parágrafo único, ambos da Constituição Federal de 1988.

porque o efeito confiscatório do tributo não deve ser analisado tendo-se em vista um imposto ou outra modalidade de tributo isoladamente e sim observando-se toda a carga tributária incidente sobre o contribuinte.

Do próprio texto constitucional se extrai a conclusão de que a possibilidade de incidência de IPTU progressivo não pode fugir à proibição constitucional imposta à União, aos Estados e aos Municípios de utilizarem tributo com efeito de confisco. Note-se que o art. 182, § 4º da Lei Maior impõe penalidades sucessivas, não se tratando a incidência de IPTU progressivo da mais severa delas e sim aquela prevista no inciso III do mencionado parágrafo (a desapropriação). E, mesmo no caso extremo de o proprietário de imóvel urbano não proceder o seu adequado aproveitamento após cinco anos de incidência da alíquota máxima do IPTU progressivo (art. 8º do Estatuto da Cidade), garantiu o texto constitucional (art. 182, § 4º, III) que o mesmo receberá o valor real da indenização e os juros legais, vedando assim o confisco, embora permitida a desapropriação.

Não há pois que se falar em autorização constitucional para que o IPTU progressivo possa chegar ao patamar de tributo com efeito de confisco.

Mas há que se admitir os tributos que visam a estimular ou desestimular determinadas práticas com maior flexibilidade quanto à tolerância à sua incidência em percentuais elevados. É que no caso se trata de tributo de caráter extrafiscal que merece tratamento diferenciado. Sobre o tema asseverou Coelho[23]:

> Em suma, a vedação do confisco há de se entender *cum modus in rebus*. O princípio tem validade e serve de garantia, inclusive, para evitar exageros no caso das taxas, como já lecionamos. O princípio, vê-se, cede o passo as políticas tributárias extrafiscais mormente as expressamente previstas na Constituição. Quer dizer, onde o constituinte previu a exacerbação da tributação para induzir comportamentos desejados ou para inibir comportamentos indesejados, é vedada a argüição do princípio do não-confisco tributário, a não ser no caso-limite (absorção do bem ou da renda).

Da breve argumentação exposada decorrem outros questionamentos: O legislador infraconstitucional é livre para definir a alíquota máxima incidente no caso do IPTU progressivo ou o constituinte lhe impôs limites para a fixação de tal alíquota? Em caso positivo, qual seria esse limite? Seria a alíquota de 100% ou um número inferior, ou não se trataria de um limite numérico?

Para responder às indagações apresentadas, não se pode perder de vista que o princípio da vedação à utilização de tributo com efeito de confisco surge no

[23] COELHO, 1993: 333.

plano constitucional como um corolário de outro princípio mais amplo e historicamente mais antigo em nossas Constituições, o princípio da defesa à propriedade. E há que se observar ainda que o estudo não prescinde da consideração de um outro princípio relacionado com o tema. Trata-se do princípio da razoabilidade, de grande importância e diretamente ligado à proibição à União, aos Estados e aos Municípios de utilização de tributos com efeito de confisco.

Em que pese não haver sido previsto, expressamente, na atual Carta Magna, (embora tivesse feito parte do art. 44 do Projeto de Constituição de início aprovado no âmbito da Comissão de Sistematização da Assembléia Nacional Constituinte), o mencionado princípio deve obrigatoriamente estar presente em toda norma do nosso ordenamento jurídico. É que o mesmo encontra seu fundamento no fato de que a Administração Pública deve obedecer aos princípios basilares do art. 37 da Constituição Federal de 1988, e daquele artigo se pode extrair a exigência da razoabilidade como requisito de legitimidade dos atos administrativos.

Em se tratando de matéria tributária, existe uma correlação entre a vedação aos tributos com efeito de confisco e o princípio da razoabilidade, pois este garante a congruência que deve existir entre a norma imposta e o fim que se pretende atingir, uma vez que o tributo não deve ser tão oneroso para o contribuinte, a ponto de constituir uma penalidade, além de que a exigência tributária deve estar baseada na utilidade pública.

Castilho[24] entende que "não se admite tributação exacerbada, que ultrapasse os limites da razoabilidade, ou seja, que não guarde correlação lógica entre meio e fim".

Implicitamente, a Constituição consagra a razoabilidade como princípio ao proibir a tributação irrazoável ou desregrada, com a vedação ao confisco que se apresente disfarçado de tributo (art. 150, inciso IV). Além disso, ela serve como moderador do livre poder de tributar, para que os tributos cobrados não se transformem num confisco, o que é inaceitável pelo Direito Constitucional pátrio.

Discorrendo sobre o tema, Coelho[25] conclui que o princípio do não confisco tem sido utilizado também na fixação de patamares de tributação suportáveis, de acordo com as condições de cada povo, em cada época, "parecendo assim um princípio de razoabilidade na tributação".

Há que se reconhecer um estreito relacionamento entre o princípio da vedação ao tributo com efeito de confisco e o princípio da razoabilidade. Entretanto, não se pode reduzir este àquele. É que todo tributo que atinja o patamar de confiscatório será, sem dúvida, irrazoável, mas poderá haver tributo que fira a

[24] CASTILHO, 2002: 96.
[25] COELHO, 1993: 333

razoabilidade sem que necessariamente tenha efeito de confisco.

Destarte, mostra-se agressiva ao princípio da razoabilidade a incidência de IPTU progressivo que atinja um nível de gravame tal que possa ser considerado confiscatório. Aliás, não por outro motivo, o legislador infraconstitucional estabeleceu no art. 7º, § 1º do Estatuto da Cidade que "o valor da alíquota a ser aplicado a cada ano (...) não excederá a duas vezes o valor referente ao ano anterior, respeitada a alíquota máxima de quinze por cento".

Como já afirmado, o caráter confiscatório do tributo não pode ser considerado tendo-se em vista apenas o IPTU em si mesmo. A Doutrina e a Jurisprudência têm entendido de forma pacífica que o sistema tributário como um todo é que não pode atingir o nível do "efeito de confisco" a que se refere a Constituição. Neste sentido, registram-se os votos dos Ministros do STF Marco Aurélio e Carlos Mário Velloso na ADIN 2010 – 2 – DF (DJ 11.10.1999):

> - A Constituição não tolera utilização de tributo com efeito de confisco (Constituição Federal de 1988, art. 150, IV). Como se chega a essa conclusão? Qual seria o conceito de "tributo com efeito de confisco?" O conceito é indeterminado, caso em que o juiz laborará em área que chamaríamos em "área cinzenta". Em primeiro lugar, a questão, ao que me parece, deve ser examinada no conjunto de tributos que o servidor pagará, no seu contracheque, dado que se trata de tributo incidente sobre o vencimento, salário ou provento. (Ministro Carlos Mário Velloso).
>
> - Sr. Presidente, somemos o Imposto de Renda, da ordem de 27,05%, com a percentagem concernente à contribuição (...). Chega-se, praticamente, a 50%. Vamos exigir mais para concluir pela configuração do confisco: vamos exigir 100%? Só se for para deixar totalmente à míngua os servidores (Ministro Marco Aurélio).

Seja por força da garantia constitucional ao direito de propriedade, seja por proteção ao *mínimo vital*[26], a vedação constitucional a tributo com efeito de confisco deve ser entendida como proibição a que os tributos considerados na totalidade de seu conjunto possam atingir o patamar do efeito confiscatório.

Falar em totalidade deixa claro que os impostos, taxas e contribuições impostas ao contribuinte devem ser consideradas em conjunto para efeito de avaliação do caráter confiscatório da carga tributária.

Mas, se é certo que o sistema tributário deve ser considerado em seu conjunto para fins de análise quanto a ser ou não considerado confiscatório, certo também é que não tem sido fácil para a Doutrina e a Jurisprudência definir em que circunstâncias um sistema tributário passa a ter o "efeito de confisco" que o art. 150, IV da Constituição Federal de 1988 repudia.

A origem semântica da expressão revela a palavra efeito (do latim *effectum*), como o resultado de uma ação ou omissão, a conseqüência de um ato positivo ou omissivo. A palavra confisco, por sua vez, (do latim *confiscare*) pode ser entendida como "ação de força exercida pelo Estado consistente em transferir para si todos ou parte dos bens de um particular"[27].

A vedação à utilização de tributo com efeito de confisco é princípio constitucional que deve ser considerado em conjunto com os demais princípios da Lei Maior. É necessário pois que se encare a vedação a esta modalidade de confisco como corolário do direito de propriedade que, em última análise, é manifestação do próprio direito de liberdade. Podemos pois afirmar que "confiscatório é o tributo que aniquila a propriedade privada, atingindo-a em sua substância e essência"[28]. Mas é exatamente aqui que se estabelece a dúvida, pois se por um lado a afirmativa pode ser recebida com tranqüilidade, por outro não é a mesma suficiente para se atingir uma precisa conceituação. É que, na prática, tem se revelado difícil concluir em que momento um tributo atinge o campo da aniquilação da propriedade privada, ou ainda, em que instante a atinge em sua essência.

Torres[29], menciona o exame feito por Tipke e Lang à jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, no qual concluem que se pode considerar confiscatório o imposto que estrangule a propriedade, mas que o conceito de estrangulamento (*erdrosselung*) é econômico e não jurídico, de onde surge a sua ambigüidade.

De fato, parece impossível se definir de forma matemática o limite máximo a que pode chegar um tributo sem que atinja o patamar do efeito confiscatório.

Assim, não se faz possível vincular a qualidade de confiscatório de um sistema tributário a um determinado percentual. É que o conceito de sistema

---

[26] Há um mínimo necessário à sobrevivência do indivíduo e sua família, que não pode ser violado pela incidência dos tributos considerados em seu conjunto.

[27] DELGADO, José Augusto. *Direitos Fundamentais do Contribuinte* in *Direitos Fundamentais do Contribuinte / coordenador Ives Gandra da Silva Martins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 93.

[28] SAMPAIO DÓRIA, Antonio Roberto. *Direito Constitucional Tributário e "due process of law"*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 195.

[29] TORRES, 2000: 170.

tributário com efeito de confisco é muito mais amplo que um valor numérico e sofre influência de um sem número de fatores, devendo ser considerado de acordo com o momento histórico e cultural de cada povo diante da conjuntura política e econômica que atravessa, consideradas ainda as suas aspirações e necessidades sociais.

Posto isso, conclui-se que o IPTU (que pode chegar no máximo à alíquota de 15% em virtude de progressividade estabelecida por força de lei municipal específica, prevista por sua vez nos artigos 5º e 7º do Estatuto da Cidade), seguramente não é, em si mesmo, confiscatório. Entretanto, há que se considerar toda a carga tributária incidente sobre o contribuinte, sendo certo que, utilizando-se de critérios econômicos e culturais, pode-se chegar à identificação de situações em que a carga tributária (considerada em sua totalidade abrangendo impostos, taxas, contribuições, empréstimos compulsórios e penalidades pecuniárias) chegue ao patamar de atingir a propriedade em sua essência, estrangulando-a. Nestes casos, estaremos diante de utilização de tributo com efeito de confisco, o que repugna à Constituição Federal e torna necessária correção pelo legislador ou pelo Poder Judiciário que, em tese, poderá em tais casos declarar a inconstitucionalidade da incidência do IPTU progressivo.

CONCLUSÃO

Com a evolução do Direito Constitucional, os Estados passaram, especialmente nas Constituições confeccionadas no pós-guerra a partir da segunda metade do século passado, a estar obrigados não só a respeitar os direitos individuais, como também a praticar ações positivas no sentido de possibilitar melhores condições de vida aos excluídos de oportunidade ante o processo econômico, utilizando intervenções políticas e administrativas para a correção das injustiças sociais.

Nesta esteira, o constituinte pátrio dedicou na Carta Magna de 1988 um capítulo aos direitos sociais, estabelecendo as chamadas liberdades concretas, que se identificam com aqueles direitos fundamentais que têm não apenas um aspecto subjetivo que garante ao indivíduo a exigência do seu cumprimento, mas também um aspecto objetivo que determina os princípios norteadores da forma como deve o Estado organizar-se e atuar.

Neste contexto histórico, a Constituição Federal de 1988 deu novo tratamento ao direito à propriedade, garantindo-o mas o submetendo à exigência de cumprimento da sua função social. Afirmou também o texto constitucional que cumpre a sua função social a propriedade urbana que obedece às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. Estabeleceu ainda a Carta a competência concorrente entre a União, os Estados e os Municípios para legislar acerca do Direito Ambiental.

Surge então no ordenamento jurídico nacional o entendimento de que há direitos de terceira geração, assim entendidos aqueles que não pertencem ao indivíduo para simples oposição ao Estado (direito de primeira geração), como o antigo conceito de propriedade; e também não pertencem apenas à sociedade (direito de segunda geração) como a propriedade privada vista sob um prisma gravado pela sua função social. Tratam-se de direitos que pertencem a esta e às futuras gerações da sociedade e que por isso precisam ser preservados, como é o caso do direito a um meio ambiente saudável e um desenvolvimento sustentável das cidades.

A Lei 10.257, de 10 de julho de 2001, veio a reboque da Constituição Federal impondo diretrizes gerais para a execução da política urbana prevista naquela Carta e estabelecendo normas de ordem pública para a utilização da propriedade urbana em todo o país com o fito de ordenar o desenvolvimento das funções sociais das cidades. O legislador infraconstitucional, movido por este objetivo, cria então o que chama de "institutos jurídicos e políticos" como instrumentos capazes de fazer cumprir as diretrizes que, inspirado na Constituição Federal, o Estatuto da Cidade estabelece. E entre os institutos criados, traz a nova lei, em perfeita sintonia com o art. 182 da Lei Maior a previsão do Imposto Predial e Territorial Urbano Progressivo como forma de inibir a subutilização, a não edificação e não utilização do solo urbano.

A nova forma de aplicação do referido imposto apresenta-se assim no cenário jurídico como salutar instrumento de estímulo ao crescimento ordenado da cidade e ao desenvolvimento de suas capacidades de realização do fim social, encontrando perfeito amparo na Carta Política onde, aliás, foi previsto expressamente. Contudo, há que se atentar aos princípios constitucionais, especialmente ao princípio da vedação à utilização de tributo com efeito de confisco a fim de que não se permita que o IPTU progressivo, associado a toda a carga tributária incidente sobre o contribuinte possa vir a estrangular a sua renda, hipótese na qual estaremos diante de utilização de tributo com efeito de confisco, o que repugna à Constituição Federal e torna necessária correção pelo legislador ou pelo Poder Judiciário.

O instrumento criado pela Lei 10.257/2001, como de resto o próprio Estatuto da Cidade como um todo, mostra-se oportuno e promissor, exigindo entretanto prudência dos legisladores municipais no seu manuseio a fim de se evitar possíveis inconstitucionalidades por ofensa a princípios como o da vedação à utilização de tributo com efeito de confisco e princípio da razoabilidade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert, *Teoria de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, 4. ed., São Paulo: Malheiros, 1993.
CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional,* 6. ed., Coimbra: Almedina, 1993.
CARVALHO, Paulo de Barros. *Sobre os princípios constitucionais tributários*, RDT 55/143.
CASTILHO, Paulo César Baria de. *Confisco Tributário.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*; prólogo de Tércio Sampaio Ferraz Jr. – 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001.
COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988: Sistema Tributário.* 5. ed. rev. ampl., Rio de Janeiro: Forense, 1993.
FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Estatuto da Cidade Comentado: Lei 10.257/2001 – Lei do Meio Ambiente Artificial.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
HOBBES, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil.* Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002. Título Original: Leviathan, or Matter, Form and Power of a Commenweath Ecclesiastical and Civil.
KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito. Título Original: Reine Rechtslehre.* Tradução: João Batista Machado, 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.
LEITE, Eduardo de Oliveira. *A Monografia Jurídica.* 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Direitos Fundamentais do Contribuinte* / coordenador Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
MEDAUAR, Odete. *Estatuto da Cidade: Lei 10.257, de 10.07.2001. Comentários.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro,* 6. ed..São Paulo: Malheiros, 1993.
OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Comentários ao Estatuto da Cidade,* 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário. Constituição e Código Tributário à luz da Doutrina e da Jurisprudência.* 3. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
SAMPAIO DORIA, Antonio Roberto. *Direito Constitucional Tributário e "due process of law".* Rio de Janeiro: Forense, 1986.
UCKMAR, Victor. *Princípios Comuns de Direito Constitucional Tributário.* Tradução e notas ao Direito Brasileiro de Marco Aurélio Greco. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1999.