

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

PAUL VEIT BUBLITZ

**A PRESCINDIBILIDADE DE LEI ISENTIVA PARA O AFASTAMENTO
DA INCIDÊNCIA DE IPTU E FORO/TAXA DE OCUPAÇÃO EM ÁREA
DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE**

FLORIANÓPOLIS – SC

2014

PAUL VEIT BUBLITZ

**A PRESCINDIBILIDADE DE LEI ISENTIVA PARA O
OFASTAMENTO DA INCIDÊNCIA DE IPTU E FORO/TAXA DE
OCUPAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE**

Monografia apresentada como requisito para o grau de bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Centro de Ciências Jurídica – CCJ.

Orientador: Prof. Dr. Ubaldo Cesar Balthazar

FLORIANÓPOLIS – SC

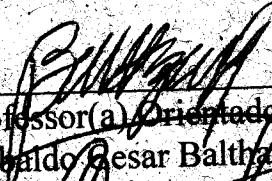
2014

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COORDENADORIA DE MONOGRAFIA

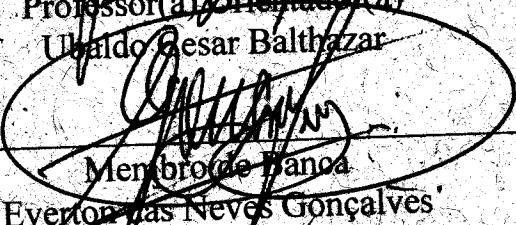
ATA DE SESSÃO DE AVALIAÇÃO
DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

A monografia final intitulada "A prescindibilidade da lei isentiva para o afastamento da incidência de IPTU e foro/taxa de ocupação em área de preservação permanente.", elaborada por Paul Veit Bublitz, matrícula nº 09222032, foi apresentada e defendida em sessão pública de arguição e avaliação, em 17 de Julho de 2014, às 16 horas, na Sala 112 do CCJ, perante a banca examinadora formada pelos membros abaixo assinados, tendo obtido aprovação com nota 9,5 (NOVE E CINCO) e sido julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9º da Portaria nº 1886/94/MEC, regulamentado na UFSC pela Resolução nº 003/95/CEPE.


Florianópolis, 17 de Julho de 2014



Professor(a) Orientador(a)
Ulaldo Cesar Balthazar



Membro de Banca
Everton das Neves Gonçalves



Membro de Banca
Sergio Ricardo Ferreira Mota

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia, intitulada “A prescindibilidade de lei isentiva para o afastamento da incidência de iptu e foro/taxa de ocupação em área de preservação permanente”, elaborada pelo acadêmico Paul Veit Bublitz, defendida e aprovada pela banca examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota ___ sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria n. 1.886/94/MEC, regulamentado na UFSC pela Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 09 de julho de 2014.

Professor Orientador
Ubaldo Cesar Balthazar

Membro da Banca
Everton das Neves Gonçalves

Membro da Banca
Sérgio Ricardo Ferreira Mota

Aos meus amados pais,
Sandro e Elaine,
pelo amor e atenção incondicional
e pelos constantes exemplos de caráter,
humildade e perserverança com os
sonhos e objetivos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicalmente, à minha família, o que mais importa e o que mais dou valor em minha vida.

Ao meu pai, Sandro Moacir Bublitz, que desde muito cedo traçamos uma forte amizade e carinho de valores imensuráveis, uma vez que a mãe, em muitas das suas viagens de especialização para outros Estados da Federação, deixava-nos sozinhos, um cuidando do outro. Sei, que no fundo, eu supria a ausência dela, e ele fazia o papel de pai e mãe ao mesmo tempo. Pelo exemplo de personalidade, como homem, pois, mesmo que jovem, tem uma mentalidade de um senhor que beira aos 100 (cem) anos de idade. Pela dedicação ao trabalho, resultado de muito esforço e perseverança desde quando era acadêmico de Odontologia em Pelotas/RS, passando pela mudança para Primavera do Leste/MT, e por lá criando raízes. E, sem deixar de mencionar, a sua racionalidade nas tomadas de decisões, pois nunca deu passos maiores que suas pernas alcançam; sempre com os pés no chão.

À minha mãe, Elaine Veit Bublitz, que por longos e inacabáveis dias me carregou em seu ventre e me deu vida, com muita saúde e carinho, desde o meu nascimento a vida adulta. Pelo exemplo de mulher forte, guerreira, dedicada, carinhosa, atenciosa, e exemplo de companheira. Por ser perseverante em todos os sonhos e desejos que almeja, que nunca desiste, passando por cima dos percalços que a vida lhe trouxe sem se machucar e desistir. Por ter pulso firme e desbravar, sozinha, o interior do Mato Grosso, escolhendo a dedo a cidade que iria merecer a sua assídua paixão pela Odontologia.

À minha namorada Rafaela Silva Waltrick, pelo exemplo de dedicação, esforço, inteligência, responsabilidade e carinho. Além de namorada, é uma amiga, que desde quando nos conhecemos traçamos um forte vínculo de amizade e companheirismo, formando o nosso tripé (amor, amizade e companheirismo). E pelas discussões travadas que se propôs a ouvir e debater, mesmo não possuindo conteúdo técnico.

Ao meu amigo e colega de faculdade, Gabriel Margonari Ribeiro, pela amizade sincera, a qual criamos desde quando nos conhecemos no estágio. Pela parceria em discutir os temas liberais e, preponderantemente, conservadores, os

quais sabemos estão sendo extintos, não só nessa faculdade, mas em todo o país. Um dos poucos conservadores que conheço!

Aos meus professores, que me instruíram durante todo o curso de direito, tanto juridicamente, quanto moralmente, em especial ao Prof. Dr. Ubaldo Cesar Balthazar, pela orientação e paciência para a realização deste trabalho.

Por fim, agradeço a todos que me deram força, apoio e incentivo nessa caminhada, não apenas na monografia, como nos 5 (cinco) anos de faculdade.

"Somente a consciência individual do agente dá testemunho dos atos sem testemunha, e não há ato mais desprovido de testemunha externa do que o ato de conhecer."

Olavo de Carvalho

RESUMO

A presente monografia busca analisar e demonstrar a dispensa de lei isentiva para o afastamento do Imposto Sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana sobre as Áreas de Preservação Permanente, trazendo discussões doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da matéria. Aborda-se a questão que há o desnaturamento do fato gerador da exação, não devendo, por isso, incidir a tributação. Analisa-se também a questão de cobrança de Foro ou taxa de ocupação em terrenos de marinha onde há Área de Preservação Permanente, pois, mesmo que tenham a titulação de taxa, não é tributo, e sim receita originária para os cofres da União. Faz-se uma comparação com o tombamento, espécie de restrição administrativa promovida pelo Estado, em face do administrado, demonstrando que, neste caso, não há supressão do valor econômico do bem, muito diferente é o caso de APP. Ademais, demonstra-se que a criação ou a simples existência de APP em parte ou integralidade da propriedade do contribuinte, pelas circunstâncias impostas pelo Código Florestal, faz com que ele não tenha nenhuma das faculdades do direito de propriedade ditadas pelo Código Civil, impondo, além disso, o dever de cuidar e manter o bem íntegro (APP). Por fim, ressalta-se a teoria de Coase na criação das proteções ambientais, como o caso das APP's, pois, porquanto cria tanto externalidade positiva para a sociedade, quanto externalidade negativa para o proprietário do imóvel, haja vista suportar o ônus de cuidar e pagar o tributo sobre área onde não há proveito econômico (riqueza).

Palavras-chave: Propriedade Privada. Área de Preservação Permanente. Proteção Ambiental. Terreno de marinha. Área *non aedificandi*. Imposto Sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana. Tombamento. Direito ao ambiente ecologicamente equilibrado. Teoria de Coase. Externalidades.

SIGLAS E ABREVIATURAS

ADCT – Atos de Disposições Constitucionais Transitórias

APP – Área de Preservação Permanente

Art. – Artigo

CC – Código Civil

Cflo – Código Florestal

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CTN – Código Tributário Nacional

EC – Emenda Constitucional

FATMA – Fundação do Meio Ambiente do Estado de Santa Catarina

IPTU – Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana

ITR – Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural

PEC – Projeto de Emenda Constitucional

SPU – Secretaria do Patrimônio da União

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 PROPRIEDADE PRIVADA.....	12
1.1 CONCEITO E EVOLUÇÃO DA PROPRIEDADE PRIVADA.....	12
1.2 VOCAÇÃO E FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE PRIVADA.....	21
1.3 RESTRIÇÕES ADMINISTRATIVAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	22
1.4 TERRENOS DE MARINHA.....	26
2 DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO – A PROTEÇÃO AMBIENTAL.....	30
2.1 PROTEÇÃO AMBIENTAL.....	31
2.2 ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE.....	34
2.3 ÁREA <i>NON AEDIFICANDI</i>	37
3 TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL E O IPTU.....	40
3.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE O IPTU.....	41
3.2 REGRA MATRIZ DO IPTU.....	43
3.3 PROGRESSIVIDADE DO IPTU.....	48
3.4 OUTROS PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS.....	49
3.4.1 <i>PRINCÍPIO DA ISONOMIA</i>	49
3.4.2 <i>PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA</i>	49
3.4.3 <i>PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO</i>	51
3.5 O TOMBAMENTO COMO RESTRIÇÃO LEGAL AO EXERCÍCIO DA PROPRIEDADE.....	52
3.6 APLICAÇÃO DA TEORIA DE COASE-DEMSETZ NA CRIAÇÃO DE ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE.....	56
CONCLUSÃO.....	59
REFERÊNCIAS.....	61

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, garantiu a todos os cidadãos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida, impôs tanto ao Poder Público, como à coletividade, o dever de protegê-lo, preservá-lo e defendê-lo para as presentes e futuras gerações (art. 225, CRFB/88).

Além disso, garantiu o direito a propriedade e a livre iniciativa (art. 1º, inciso IV, art. 5º, inciso XXII e art. 170, inciso II, da CRFB/88), consubstanciados na função social da propriedade, que é o regular adequamento do imóvel àquela vocação natural ou por imposição legal (art. 5º, inciso XXIII e art. 170, inciso III, da CRFB/88).

Ademais, tem-se a figura dos terrenos de marinha e seus acrescidos, que são bens públicos de propriedade da União, surgidos a partir das águas do mar ou rios que sofram influência de maré, ao mínimo de 5 (cinco) centímetros, demarcados à distância de 33 (trinta e três) metros para a área terrestre, contados da medição histórica da linha preamar média de 1831 (art. 2º do Decreto-lei 9.760/1946), ou, caso não seja possível, a época mais próxima (art. 10 do referido decreto).

Assim, demonstrar-se-á que a interdição do imóvel, que pode ser parcial ou global no espaço geográfico delimitado pela APP, desnatura a incidência, bem como a exigência do IPTU nesta espécie de proteção ambiental, e os foros e taxas de ocupação restam prejudicadas, pois estar-se-ia exigindo 'aluguel' em área onde não há proveito econômico.

No Capítulo 1 será estudado o surgimento e a evolução do conceito de propriedade privada, com breves considerações a função social da propriedade. Delinear-se-á também as espécies de restrições administrativas do ordenamento pátrio, com enfoque especial nas interdições administrativas, prerrogativa do Poder Público que suprime a utilização econômica da propriedade.

O Capítulo 2 será focado na questão ambiental, papel reservado pelo Texto Magno ao Poder Público, bem como à coletividade, especialmente às Áreas de

Preservação Permanente (APP), espaços territoriais dotados de relevantes atributos ambientais, com espécies de flora e fauna sujeitos à extinção e a fim de preservação.

Destacar-se-á também que, nos espaços geográficos onde se localizam as Áreas de Preservação Permanente, as faculdades do direito de propriedade que o proprietário goza são desnaturadas, uma vez que a exploração econômica-sustentável (=proveito econômico) resta prejudicada, tratando-se de área *non aedificandi*.

Por fim, no Capítulo 3 será analisado o Imposto Sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana, seus contornos constitucionais e sua regra matriz de incidência, enfatizando o estudo da progressividade desta espécie tributária e os princípios que são violados pelo desnaturamento do IPTU em APP.

A título de comparação, mostrar-se-á que no tombamento de imóvel não há supressão econômica, mas sim mera restrição administrativa, fazendo com que o valor econômico, em algumas situações, valorize. E, finalizando, far-se-á análise da Teoria de Coase, demonstrando que a criação de Área de Preservação Permanente cria externalidades positivas para a sociedade, por outro lado cria externalidade negativa para o proprietário, o qual suporta o ônus de manter o bem íntegro e protegido, além da tributação, ou se for o caso, cobrança de foro/taxa de ocupação, em área onde não há proveito econômico.

1 PROPRIEDADE PRIVADA

Para entender o tema proposto nesta monografia, necessário se faz traçar a história, a evolução e o conceito de propriedade privada, bem como seus fundamentos jurídicos e princípios gerais que a norteiam.

A análise pormenorizada dessas questões se faz importante para compreender as restrições (limitações/interdições) impostas pelo Poder Público, nos dias de hoje, à propriedade privada, especialmente em razão da proteção ambiental que se enraizou no país.

1.1 CONCEITO E EVOLUÇÃO DA PROPRIEDADE PRIVADA

A história da propriedade privada começa em algum momento impreciso entre o Neanderthal e o Cro-Magnon. Nessas eras sombrias, vivendo em tocas e cavernas, as comunidades humanas eram constantemente assoladas por feras, pragas e ataques de outras tribos.

Em face disso, as comunidades humanas eram nômades, sempre em movimento, constituídas de poucas pessoas, em torno de 10 a 30 indivíduos, sobrevivendo da coleta dos alimentos da natureza. Assim, nos primórdios da civilização, o homem só explorava a terra nua, uma vez que a oferta de terra e alimentos eram abundantes.

Aqui, percebe-se que a terra não era nem propriedade privada nem coletiva, mas parte integrante do ambiente, sendo local propício para as condições da ação humana (reproduzir, alimentar e sobreviver). Ademais, utilizava-se a terra sem se importar com os efeitos negativos de uma exploração predatória.

Quando a economia de coleta foi substituída pela agricultura e pecuária, os homens trataram de dividir as funções coletivas, alguns se especializando em carregamento de pedras, outros domavam, arrebanhavam e pastoreavam os animais (ex: cavalos), poucos abriam sulcos na terra com o arado etc.

Ademais, o descobrimento do fogo, bem como da manuseio da pesca, fez com que os homens ficassem independentes da localidade (específica) e do clima. Neste norte, afirma Friedrich Engels:

O povoamento de novos lugares e o incessante afã de novos descobrimentos, ligados à posse do fogo, que se obtinha pelo atrito, levaram ao emprego de novos alimentos, como as raízes e os tubérculos farináceos, cozidos em cinza quente ou em buracos no chão, e também a caça, que, com a invenção das primeiras armas - a clava e a lança - chegou a ser um alimento suplementar ocasional. Povos exclusivamente caçadores, como se afirma nos livros, quer dizer, povos que tenham vivido apenas da caça, jamais existiram, pois os frutos da mesma eram demasiado problemáticos. Como consequência da incerteza quanto às fontes de alimentação, parece ter nascido, nessa época, a antropofagia, para subsistir por muito tempo. Nessa fase média do estado selvagem, encontram-se, ainda em nossos dias, os australianos e diversos polinésios.¹

Entretanto, após muitas gerações, a vida dos caçadores e coletores teve de enfrentar um desafio excepcional. Sociedades baseadas na caça e na coleta viviam de maneira essencialmente parasítica e predatória, isto é, eles nada acrescentavam e introduziam à oferta de bens fornecida pela natureza, muito menos cultivavam; apenas exauriam a oferta de bens (alimentos da natureza). Não se produzia (exceto algumas poucas ferramentas); apenas se consumia (=grande demanda).

Eles não cultivavam, muito menos criavam; simplesmente esperavam a natureza regenerar e repor os bens consumíveis (alimentos de origem animal e vegetal), para então consumi-los.

Logo, para manter a qualidade de vida da época (bens disponíveis = demanda por alimentos), a densidade populacional deveria se manter extremamente baixa, pois se o aumento populacional não for acompanhado por aumento de riqueza (ou seja, produção e reprodução de bens), reduzirá, por sua vez, a quantidade *per capita* de bens físicos. Em suma, chegar-se-ia numa superpopulação, com escassez de alimentos; reduzindo, portanto, o padrão de vida (da época).

Contudo, não era o que ocorria. A população foi crescendo exponencialmente, ao passo que restaram três alternativas para o aumento populacional: i) alterava-se a forma de organização social (muda-se o costume); ii) entrava-se em conflito com outras comunidades, a fim de se apoderar da limitada oferta de alimentos e terras (=guerrear); iii) ou migrava-se. Embora essas opções fossem acontecendo aos poucos, a mais relevante foi a última.

¹ ENGELS, Friedrich. A Origem da família, da propriedade Privada e do Estado: trabalho relacionado com as investigações de L. H. Morgan. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. p. 22.

E foi assim que, partindo da África Oriental, todo o globo foi sendo sucessivamente conquistado por grupos de pessoas que se separaram de seus familiares e foram formar novas sociedades em áreas até então nunca ocupadas por humanos.

Ato contínuo, a partir de um momento, percebeu-se que a massa disponível de terra era fixa, isto é, o aumento populacional tinha que ser sustentado pela mesma e imutável quantidade de terra disponível. Assim, o problema de superpopulação, que não produzia, apenas consumia, e a limitação de terra fizeram surgir uma dupla relação: a economização da terra e a privatização da produção de rebentos. Ou seja, a constituição da família e da propriedade privada, respectivamente.

Observa-se que, no período das comunidades tribais, a propriedade privada (não da terra) já fazia parte da cultura da população, uma vez que as vestimentas pessoais, utensílios e ferramentas eram de quem as possuíam. Esses bens privados primitivos eram obtidos pela própria criação do indivíduo, assim como por meio de trocas e presentes.

Ademais, os bens coletivos eram obtidos pelo esforço comum de vários homens, em prol da comunidade tribal.

Importante salientar que, neste momento de caças e coletas, em que havia os bens coletivos, obtidos pelo esforço comum de todos da tribo, não havia propriedade de terra privada. Explica-se: caçadores não praticavam a pecuária ou criação de animais e coletores não exerciam a agricultura ou jardinagem, isto é, não há um controle sobre a fauna e flora que a natureza proporcionava, pois não se cultivava, muito menos se administrava. Assim, os caçadores e coletores meramente se apossavam das partes da natureza, as quais estavam disponíveis a um custo baixíssimo (não havia trabalho, estava pronto), sem repor ou multiplicar aquilo subtraído.

Pressionados pela queda na qualidade de vida, resultado da superpopulação (demanda por alimentos maior que a disponível), os indivíduos começaram a se apossar de pedaços de terras, até então desapropriadas. Por sorte, mais bens foram produzidos e criados, o que, por conseguinte, mais necessidades individuais foram sendo satisfeitas.

Com efeito, ao dominar e controlar a terra o homem vocacionou o seu trabalho não mais para consumir alimentos, e sim produzir. Desta maneira, a

mudança de organização social, inicialmente baseada na caça e coleta, e posteriormente alicerçada na agricultura e pecuária, possibilitou e favoreceu o crescimento populacional, pois a mesma quantidade de terra (=imutável) agora sustentava uma população muito maior.

Essa nova organização da sociedade, baseada na divisão de trabalho, fez nascer o sistema econômico capitalista. Observa-se que o direito de propriedade de terra é um direito natural, que antecede a própria existência do Estado.

Sem entrar no mérito do conceito de família, cumpre enaltecer em poucas palavras a preponderância que ela trouxe para o fortalecimento da propriedade privada de terra. Como exposto acima, quando o homem parou de migrar e começou a se fixar em terras férteis, isso só foi possível mediante a unificação de um centro familiar, tanto de forma monogâmica, como poligâmica.

O importante é que as famílias produziam bens dentro de suas propriedades, alimentando todos. Quando havia excedente de produção, estes bens eram trocados por outros oriundos das famílias vizinhas (aqui surge o comércio = mercado), sanando as necessidades dos homens (a necessidade é diferente para cada indivíduo).

Por conseguinte, observa-se que a renda social produzida por esse novo grupo, a família, não mais era distribuída como anteriormente. Não existia mais a “carona” sobre os esforços alheios, aquele que não produzisse ou trabalhasse não mais poderia comer gratuitamente.

Portanto, a fragmentação das tribos em pequenas unidades familiares independentes formou as inúmeras propriedades de terras, isto é, a apropriação original das terras não foi uma situação de compra/venda ou doação, mas uma transição de um terra sem dono, pertencente ao ambiente *in natura*, para propriedade privada de terras de famílias separadas e independentes.

Ademais, corroborando este entendimento do surgimento de propriedade privada, Ludwig Von Mises explica:

A propriedade privada é uma instituição humana. Não tem nada de sagrado. Sua existência remonta aos primórdios da história, quando as pessoas, com os seus próprios meios, se apropriam do que até então não era propriedade de ninguém. Seguidas vezes os proprietários tiveram suas propriedades expropriadas. A história da propriedade privada pode ser rastreada até um ponto em que as ações que a

originaram certamente não foram legais. Virtualmente, todo dono é o sucessor legal, direto ou indireto, de pessoas que se tornaram proprietárias pela apropriação arbitrária de coisas sem dono ou pela espoliação violenta de seus predecessores.²

Dito isto, é possível depreender dois princípios que emanam da propriedade justa:

a) todos os homens possuem o direito de propriedade sobre o seu organismo, seu corpo;

b) por simetria, todos possuem o direito de propriedade sobre os recursos naturais fornecidos previamente pela natureza, ou seja, aquilo que se mistura ao trabalho com a terra;

A conclusão, até aqui dita, é de que a cooperação social na remota antiguidade não criou um sistema organizado de propriedade privada, com definições jurídicas e os poderes do proprietário. Contudo, provou-se que sem o recurso dela a população no globo não sobreviveria, ao menos se o índice populacional ficasse constante, o que, jamais, aconteceria.

Para elucidar bastante o tema, pegamos o exemplo de Robinson Crusoe³, sozinho em sua ilha podendo fazer o que quiser. Observa-se que, até o surgimento de Sexta-feira, para Crusoe não existe cooperação social, isto é, as regras que norteiam a conduta do homem são insignificantes. Logo, presume-se que na ilha os bens existem em abundância, o que, costumeiramente, denomina-se bens não escassos (*v.g.* o ar que se respira é um bem não escasso).

Com a introdução de mais um homem na ilha, Sexta-feira, sem regras norteadoras das condutas humanas, haveria conflitos na ilha, pois, no mínimo, os dois não poderiam ocupar o mesmo espaço físico. Logo, para evitar os conflitos inerentes às atividades do homem, em locais que existe escassez, deve haver normas que regulem tudo que é escasso, como o espaço que o corpo humano ocupa.

Dando um salto na história, com o surgimento do Estado, a vida em sociedade passou a ser regulamentada. Os deveres, obrigações, faculdades e sanções estavam previstos em normas costumeiras ou em códigos. Assim, com a

² MISES, Ludwig von. Ação Humana. São Paulo. Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. p. 777.

³ DAFOE, Daniel. Robinson Crusoe. Disponível em: <http://www.virtualbooks.com.br/v2/ebooks/pdf/00855.pdf> Acesso em: 26 jun. 2014

propriedade não foi diferente, uma vez que coube ao direito romano estabelecer a estrutura jurídica da propriedade privada.

O que marcou a concepção de propriedade privada no período medieval foi a quebra do conceito unitário de propriedade. Sobre o mesmo bem, agora, há concorrência de proprietários. Nas palavras de Orlando Gomes:

A dissociação revela-se através do binômio *domínio eminente + domínio útil*. O titular do primeiro concede o direito de utilização econômica do bem e recebe, em troca, serviços ou rendas. Quem tem o domínio útil perpetuamente, embora suporte encargos, possui, em verdade, uma propriedade paralela.

No regime capitalista, o conceito unitário da propriedade é restaurado e os poderes que ela confere são exagerados, a princípio, exaltando-se a concepção individualista. Ao seu exercício não se antepõe restrições, senão raras, e o direito do proprietário é levado à condição de direito natural, em pé de igualdade com as liberdades fundamentais.⁴

Havia dois sujeitos, sendo um que podia dispor da terra (senhor feudal) e a cedia para outros (vassalos). A disponibilidade de terra era sempre de quem detinha poder político; o sistema hereditário garantia que o domínio de vasta área permanecesse numa dada família. A propriedade medieval se assenta na concessão do senhor feudal de um pedaço de terra e proteção militar ao vassalo, em troca de respeito e fidelidade. Esse sistema prevaleceu em todo o período do feudalismo.

Grosso modo, o feudalismo se caracterizou pela figura de um senhor feudal, que possuía uma parte do território (denominado feudo), geralmente vastas áreas, incluindo desde os bens e recursos naturais, a todos os homens que lá originariamente estavam. As reivindicações de “propriedade” pelos senhores feudais, forçando o arrendamento de terra para os proprietários naturais, foi imposta pela força e violência, contra a vontade dos que dela apropriaram originalmente. Para a família que estava sujeita a essa sanção, a vida se tornou um caos (tirania, pobreza, fome, desespero, exploração).

Com o advento do feudalismo, em que havia exploração e instabilidade legal, a economia estagnou e o comércio decaiu. Os alimentos que antes eram abundantes, agora ficaram escassos, o que, por conseguinte, elevou os preços. Importante destacar que, os mercadores e comerciantes, para escaparem desse

⁴ GOMES, Orlando. Direitos Reais. 20. ed. Atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 111.

poder de império e controle do senhor feudal, estabeleceram lugarejos, as margens do centro do poder central, para fortificar o comércio.

Essa liberdade parcial atraiu muitos camponeses e comerciantes, que fugiam da exploração e miséria, promovendo o desenvolvimento do artesanato, produtos manufaturados e do comércio. A região de Flanders, norte da Bélgica, fez renascer o espírito do capitalismo, fazendo o comércio e a produção voltar a ritmo acelerado.

Não obstante, a emancipação parcial do poder feudal e a estagnação do feudalismo foram temporárias. Surgia, assim, um novo feudo em larga escala, o Absolutismo. Em suma, a transição entre o feudalismo e o absolutismo ocorreu pelas deficiências internas dos comerciantes e mercadores das periferias do poder feudal. A cultura e costume feudal estava arraigada na mentalidade dos homens (subordinação, poder, a ordem tem que ser imposta pela coerção).

Assim, para se livrarem das regulações e restrições impostas pelos senhores feudais, os mercadores procuravam outros senhores feudais, relativamente distantes dos vilarejos, a fim de buscar segurança e assistência. Esse acordo fez alguns senhores feudais mais poderosos se aliarem à classe mercantil, garantindo, dessa forma, liberdade parcial e proteção contra os feudos vizinhos. Logo, nascia o Absolutismo.

Observa-se que a propriedade privada continuou existindo, porém a ideia de apropriação original não foi respeitada. O conceito de liberdade, que surgirá com o Liberalismo, está estritamente ligada com o direito de propriedade, sendo um pré-requisito para a prosperidade econômica.

O Estado não se restringe mais à vontade do soberano (Rei Absolutista), mas sim a vontade preponderante do povo. A propriedade teve suas características ditas na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e do Código Napoleônico (1804), sendo um direito individual, sagrado, inviolável, podendo o cidadão usá-la, gozá-la e fruí-la.

Assim, na época, a propriedade foi o marco que caracterizava a liberdade, pois, nas palavras de Washington Carlos de Almeida:

A propriedade, na época, era o maior símbolo da liberdade individual que caracteriza o Estado-polícia no qual o poder público intervinha somente

para “garantir o jogo das liberdades que só conheciam limite igual direito de terceiros”.⁵

Assim, a ideologia liberal e individualista representa ao sujeito de direito a segurança que se necessita, em um contexto econômico propício à grande circulação do capital.

Coube ao direito romano demonstrar não o que é propriedade, mas quais são as faculdades de quem é proprietário; sendo aquilo que o Código Civil Brasileiro de 2002 reproduz em seu art. 1.228. Assim, no âmbito das relações civis as disposições do Código Civil estabelecem, obviamente, as faculdades de usar, gozar e dispor (art. 1.228), a plenitude da propriedade (art. 1.231) e o caráter exclusivo e ilimitado da propriedade (art. 1.231).

A evolução histórica da propriedade privada no Brasil se inicia com a Coroa Portuguesa, com a gradual apropriação pelos indivíduos sob três formas: usucapião, cartas de sesmarias e posses sobre terras devolutas.

Com o advento do Texto Magno, a propriedade não mais se constitui de uma única instituição, mas em diversos e diferenciados conceitos e instituições. Não mais é cabível dizer “propriedade”, mas sim em “propriedades”. Com regimes jurídicos próprios, o art. 5º, inciso XXII, da CRFB/88 garante o direito de propriedade em geral, enquanto o art. 182, § 2º define as regras da propriedade urbana e os arts. 184, 185 e 186 da propriedade rural.

Desta maneira, pode-se concluir que, neste estágio avançado de produção, conceitos e regimes jurídicos, existem sim muitas “propriedades”, pois como ensina José Afonso da Silva:

11. Em verdade, uma coisa é a propriedade pública, outra a propriedade social, e outra a propriedade privada; uma coisa é a propriedade agrícola, outra a industrial; uma a propriedade rural, outra a urbana; uma a propriedade de bens de consumo, outra a de produção; uma a propriedade de uso pessoal, outra a propriedade/capital. Pois, como alertou Pugliatti, há bastante tempo: “No estado das concepções atuais e da disciplina positiva do instituto, não se pode falar de um só tipo, mas se deve falar de tipos diversos de propriedade, cada um dos quais assume um aspecto característico”. Cada qual desses tipos pode estar sujeito - e por regra estará - a uma disciplina particular, especialmente porque, em relação a eles, o princípio da função social atua diversamente, tendo em vista a destinação do bem objeto da propriedade.⁶

⁵ ALMEIDA, Carlos Washington de. Direito de propriedade. Barueri. Manole, 2006. p. 19.

⁶ SILVA, José Afonso da. Direito Urbanístico Brasileiro. 6. ed. rev. atual. São Paulo. Malheiros: 2010. p. 73.

Portanto, como dito anteriormente, a propriedade dos bens de produção consubstancia uma forma de propriedade-função social, pois implica em o proprietário utilizá-la e otimizá-la da melhor maneira possível. Caso assim não fosse, esse ativo (=propriedade) para nada serviria. Contudo, após os avanços regulamentares, em razão de o direito de propriedade não ser mais absoluto, o titular desse direito ficou sujeito à imposição de comportamentos positivos pré-definidos no ordenamento pátrio.

O sistema brasileiro, assim como tantos outros, como o argentino, venezuelano, mexicano e alemão, só para citar alguns, omitiu, por assim dizer, o conceito de propriedade, pois, nas críticas de Cristiano Chaves e Nelson Rosendal:

[...] ao enumerar as faculdades essenciais que integram o domínio — uso, fruição disposição da coisa —, a lei guiou-se menos por um viés científico do que por um singelo critério descritivo da propriedade, através de seus poderes. Isto conduz a soluções pouco exatas, pois aprisiona o direito de propriedade a um só tipo de propriedade. De fato, este modelo estático impede que a funcionalização do direito de propriedade possa alcançar as inúmeras manifestações proprietárias que surgem das múltiplas formas de atuação das pessoas sobre as coisas.⁷

Assim, rompendo com o liberalismo, o conceito de propriedade não se definiu, mas se enumerou as faculdades que o proprietário tem sobre a coisa. Disto, resultou o surgimento da função social, que foi consagrada pela Constituição Mexicana (1917), Constituição de Weimar (1919), Constituição Polonesa (1921), Constituição Portuguesa (1933), bem como as demais nos mais variados países.

Imperioso destacar que, após a Segunda Guerra Mundial, consolidou-se a idéia da função social da propriedade, sobretudo devido às condições socioeconômicas do pós-guerra.

⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direitos Reais. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 167

1.2 VOCAÇÃO E FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE PRIVADA

Antes de adentrar no mérito do real objetivo deste instituto, elucida-se a visão do autor. Na sociedade capitalista pós-moderna, isto é, sociedade de mercado, os proprietários de capital, terras e serviços só podem tirar proveito de suas propriedades se, e somente se, empregarem-na para satisfazer as necessidades de outros indivíduos (=consumidores).

Logo, eles precisam servir o seu maior cliente/demandante (=consumidor), a fim de tirar alguma vantagem pecuniária, pois, senão, do que adiantaria ser proprietário? A mera detenção de algum fator de produção ou bem não é nada sem a sua respectiva demanda. Sem esta, a propriedade deixaria de ser atrativa, pois o ônus de suportá-la desagradaria aos homens e tudo retornaria ao monopólio da natureza.

O fato de os proprietários de capital, terras e serviços serem possuidores dos meios de produção, aquilo que será alocado no mercado para se fazer trocas voluntárias, Acabam por subordinarem-nos aos anseios dos consumidores. De mais a mais, a propriedade privada só é um ativo para aqueles que sabem usá-la, otimizando da forma mais rentável, em benefício, sempre, dos demandantes/consumidores e, por conseguinte, do próprio proprietário.

Dito isto, conclui-se que a propriedade em si gera a função social. Ou melhor, a função social é a existência da propriedade privada, pois com ela os agentes e sujeitos na relação de consumo se satisfazem voluntariamente, e não o contrário. Os soberanos da economia capitalista são os consumidores. Nas palavras de Ludwig Von Mises:

O significado da propriedade privada na sociedade de mercado é radicalmente diferente do significado que lhe é atribuído num sistema familiar autárquico. Onde cada família é economicamente autossuficiente, os meios de produção de sua propriedade servem exclusivamente ao proprietário; só ele recolhe as vantagens decorrentes de seu emprego. Na sociedade de mercado, os proprietários de capital e de terras só podem usufruir de sua propriedade empregando-a para satisfazer as necessidades de outras pessoas.

Precisam servir o consumidor para tirar alguma vantagem daquilo que lhes pertence. O próprio fato de serem possuidores de meios de produção força-os a se submeterem aos desejos do público. A propriedade só é um ativo para aqueles que sabem como empregá-la, da

melhor maneira possível, em benefício dos consumidores. É uma função social.⁸

Assim, como o conceito de propriedade deixou de ser absoluto e unanimamente nos diversos Estados soberanos as constituições e normas infraconstitucionais enumeraram, tão somente, as faculdades do proprietário, o campo para ser explorado pela função social estava fértil.

Ao passo que a limitação ao direito de propriedade foi ascendendo, surge um novo direito de propriedade, o qual somente se admite se cumprida a sua função social, a ela vinculada (geralmente estão positivas as normas de proteção ambiental).

Ademais, a função social da propriedade esta estritamente conectada à sua vocação natural, conforme o meio e espaço que se localiza. Se a propriedade está localizada em zona rural, cumpre a sua função social de um modo, enquanto se em urbana, cumprea-a de outro jeito. E a classificação não fica só nisso, pois dependendo da localização do imóvel ela pode ter outra vocação.

Por exemplo, tem-se um imóvel urbano em que 100% de sua gleba é Área de Preservação Permanente. Por força do art. 7º da Lei 12.651/2012 (Código Florestal) o proprietário é obrigado a preservar/manter a Área de Proteção Ambiental, sem poder alterar/modificar a paisagem. Por outro lado, todos têm direito ao ambiente ecologicamente saudável e equilibrado (art. 225 da CRFB/88).

Assim, esse imóvel cumpre a sua função social (=vocação) quando atende os requisitos de proteção ambiental, uma vez que o Poder Público modificou a vocação natural do imóvel, antes se podia contruir, gerar emprego, etc, agora tem que preservar.

1.3 RESTRIÇÕES ADMINISTRATIVAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Trata-se de intervenção estatal sobre a propriedade, sendo uma forma compulsória, na qual o Estado retira, restringe ou subtrai os direitos dominiais do particular, ou vincula o uso do bem a uma destinação de interesse coletivo.

⁸ Von Mises, 2010, p. 777.

Das inúmeras modalidades de intervenção na propriedade que existem no ordenamento pátrio, pode-se classificá-las da seguinte maneira:

a) intervenção restritiva: o Estado, por meio do seu poder de império, invade o uso, gozo e fruição do proprietário e impõe limites, sem, contudo, retirá-lo. Exemplo: requisição administrativa, servidão, ocupação temporária, tombamento, limitação administrativa.

b) intervenção supressiva: o Estado transfere a propriedade do particular para si. Exemplo: expropriação e desapropriação (direta e indireta), esta última também denominada de interdição.

Aqui, dar-se-á ênfase na intervenção estatal por meio da limitação, tombamento e desapropriação, pois é de relevante interesse para compreensão do objetivo da pesquisa.

As limitações administrativas, como têm caráter geral, gratuito, unilateral sempre se vinculam às exigências do bem-estar social, que o próprio Poder Público diz quais são. Assim, são exemplos de limitações administrativas ao direito de propriedade pleno as restrições impostas pelo Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001), Plano Diretor Municipal, Leis ambientais (Política Nacional do Meio Ambiente), direitos de vizinhança positivados no Código Civil (art. 1.277 e seguintes).

Destaca-se que as limitações administrativas não geram indenização ao particular, uma vez que o objetivo é a convivência harmoniosa e pacífica entre os cidadãos, suas regras sempre envolvem obrigações de fazer ou não fazer.

Já o tombamento é a submissão do bem particular a um regime especial de uso, gozo e fruição, pois o Poder Público, devido ao valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, científico ou cultural, submete a propriedade a deveres e obrigações, não podendo, em hipótese alguma, destruir o imóvel, consoante art. 216, § 1º, da CRFB/88.

Como o tombamento não retira a propriedade e a posse do particular, apenas restringe o uso, não gera indenização. Muitas Municipalidades costumam isentar de Imposto Sobre a Propriedade Territorial e Urbana (IPTU) o imóvel tombado, desde que cumpra as exigências impostas pelo Poder Público tombante.

A desapropriação em muito se assemelha a expropriação, com uma única diferença, a segunda não há indenização, conforme se extrai do art. 243 da

CRFB/88 e da PEC n. 238/01. A norma constitucional trata de expropriação de terras em que forem encontradas culturas de plantas usadas para produzir drogas (psicotrópicas), como maconha. Já o Projeto de Emenda Constitucional visa expropriar imóvel, rural ou urbano, que pratica trabalho escravo no imóvel; isso vale, também, imóvel arrendado, pois é dever do proprietário fiscalizar o imóvel.

Ademais, a desapropriação se caracteriza essencialmente pela necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, em que o Poder Público despoja o proprietário de seu bem, adquirindo-o para si, mediante prévia indenização (art. 5º, inciso XXIV, da CRFB/88).

A desapropriação por necessidade pública ocorre quando o Ente Federativo, em face de uma calamidade pública, retira o imóvel do particular em caráter de urgência. Enquanto a utilidade pública é quando há a conveniência para a desapropriação, como para construir uma escola ou creche. Já o interesse social objetiva melhorar o aproveitamento ou produtividade do imóvel; portanto, quando não é cumprida a função social do imóvel (=vocaçãõ), bem como por motivo de desigualdade social.

Dito isto, observa-se que, em determinadas situações, a limitação administrativa é tão rigorosa, traz tantas obrigações e deveres ao particular, que deixa de ser mera limitação, aproximando-se da desapropriação indireta. Entende-se, dessa forma, haver o aniquilamento do direito dominial do particular sobre o bem, pois em razão de limitações severas, a propriedade deixa de ser um ativo em potencial e passa a ser um ônus, sem nenhum potencial e proveito econômico.

É o caso, por exemplo, das Áreas de Proteção Ambiental em propriedade particular. Como o particular não pode “desfrutar” da parte protegida, essa área está, de forma indireta, desapropriada. Assim, já ensinou Hely Lopes Meirelles:

Limitações administrativas são, por exemplo, o recuo de alguns metros das construções em terrenos urbanos e a proibição de desmatamento de parte da área florestada em cada propriedade rural. Mas, se o impedimento de construção ou de desmatamento atingir a maior parte da propriedade ou a sua totalidade, deixarão de ser limitação para ser interdição de uso da propriedade, e, neste caso, o Poder Público ficará obrigado a indenizar a restrição que aniquilou o direito dominial e suprimiu o valor econômico do bem. Pois ninguém adquire terreno urbano em que seja vedada a construção, como, também, nenhum particular adquire terras ou matas que não possam ser utilizadas economicamente, segundo sua destinação normal. Se o Poder Público retira do bem particular seu valor econômico, há de indenizar o prejuízo

causado ao proprietário. Essa regra que deflui do princípio da solidariedade social, segundo o qual só é legítimo o ônus suportado por todos, em favor de todos, não tem exceção no Direito pátrio, nem nas legislações estrangeiras.⁹

Com esse entendimento, já decidiu o e. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA - IPTU - ÁREA DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL PERMANENTE CUMULADA COM A NOTA DE NON AEDIFICANDI EM PORÇÃO EQUIVALENTE A 2/3 (DOIS TERÇOS) DO IMÓVEL. DESCABIMENTO DA COBRANÇA DO TRIBUTO, POIS O CASO NÃO É DE SIMPLES RESTRIÇÃO ADMINISTRATIVA, MAS DE INTERDIÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE. REDUÇÃO PROPORCIONAL. ALEGAÇÃO DE AUMENTOS EXAGERADOS. INEXISTÊNCIA DE PROVA DE QUE O VALOR VENAL (BASE DE CÁLCULO DO IPTU), CONSTANTE DA PLANTA GENÉRICA NÃO CORRESPONDE AO PREÇO DE MERCADO PARA A COMPRA E VENDA À VISTA. APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE. (Apelação Cível Nº 70045750189, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 27/06/2012)

Corroborando esse entendimento, aduz José Afonso da Silva:

Áreas “non aedificandi ” são as reservadas dentro de terrenos de propriedade privada que ficam sujeitas a restrição ao direito de construir, por razões de interesse urbanístico - o que vale dizer, no interesse coletivo.¹⁰

Portanto, quando as limitações administrativas atingem percentual considerável do imóvel e tratar de área *non aedificandi*, como as Áreas de Preservação Permanente, não se trata mais de limitação, mas sim de desapropriação indireta, ou nas palavras de Hely Lopes Meirelles, de interdição, pois há supressão do valor e potencial econômico do bem.

Ninguém compra imóvel urbano ou rural em que seja proibida a construção, como, também, particular algum adquire terras ou florestas que não possam ser utilizadas economicamente, segundo sua vocação natural (=função social).

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 28. ed. São Paulo. Malheiro, 2004, p. 453.

¹⁰ SILVA, 2010, p. 268.

1.4 TERRENOS DE MARINHA

Os terrenos de marinha¹¹ têm suas origens nos costumes portugueses, com o início da colonização. Percebe-se que a criação de terrenos de marinha se iniciou juntamente com as grandes navegações, pois foi nas terras baixas e alagadiças, sujeitas as influências das marés, que fez Portugal e Espanha conceberem esse tipo bem dominical.

Então, cuidou o Rei de Portugal, por volta de 1540, de proteger o povo português contra ataques de inimigos (defesa nacional), bem como dar livre acesso ao mar e às áreas do litoral à sua população.

Assim, a expansão urbana da colônia fez muitos proprietários edificarem, ao longo da orla marítima do Rio de Janeiro, armazéns e trapiches. Com isso o Reino de Portugal estabeleceu que entre o mar e o edifício deveria ter um corredor livre para a Marinha e seus homens.

Assim, os 33 (trinta e três) metros de faixa de terreno de marinha que até então se conhece (art. 2º do Decreto-lei n. 9.760/1946) advém das 15 (quinze) braças craveiras, que considera como largura suficiente para permitir o livre trânsito de um contingente militar. O objetivo era assegurar o livre deslocamento para qualquer problema ou incidente que viesse acontecer (defesa do país), bem como a Serviço do Rei, pois a Coroa Portuguesa se preocupava com a ocupação da colônia.

Na época do Brasil Colônia, a medida de 33 (trinta e três) metros era feita a partir da “linha d’água” ou “borda do mar”, que, a grosso modo, como não tinha a tecnologia de hoje, era uma linha bastante variável, devido aos efeitos gravitacionais e meteorológicos.

Assim, para não deixar de perder, aquilo que viesse crescer sobre a água do mar, natural e/ou artificialmente, continua como propriedade do Rei; hoje é conhecido como terrenos acrescidos de marinha.

Após esse tempo, a Coroa fixou como marco da “linha d’água” uma linha da preamar média correspondente ao ano de 1831. Isso se deve, porque neste ano foram feitas as primeiras observações e medições do nível do mar na Colônia, em

¹¹ LIMA, Obéde Pereira de. Localização geodésica da linha da preamar média de 1831 LPM/1831, com vistas à demarcação dos terrenos de marinha e seus acrescidos. Florianópolis, SC, 2002. Disponível <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/83028/184921.pdf?sequence=1> Acesso em: 22 jun. 2014.

decorrência do aumento de tráfego marítimo e obras na região portuária (armazéns, diques e trapiches), em razão da abertura dos portos em 1808 por Dom João VI.

O Decreto-lei n. 9.760/1946 é considerado o Estatuto das Terras Públicas, pois é ele que trata sobre os bens imóveis de propriedade da União, com gerência e administração pela Secretaria do Patrimônio da União, órgão vinculado ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

Ademais, o Texto Magno, em seu art. 20, inciso VII, passou a amparar aquilo pretendido pelo Decreto-lei acima referido. Ainda que o Código Civil Brasileiro de 2002 tenha extinguido a enfiteuse, este regime se manteve intacto quando se tratar de relação entre a União e particulares (terrenos de marinha), como se verifica no ADCTs:

Art. 49. A lei disporá sobre o instituto da enfiteuse em imóveis urbanos, sendo facultada aos foreiros, no caso de sua extinção, a remição dos aforamentos mediante aquisição do domínio direto, na conformidade do que dispuserem os respectivos contratos.[...]

§ 3º A enfiteuse continuará sendo aplicada aos terrenos de marinha e seus acrescidos, situados na faixa de segurança, a partir da orla marítima.

Terrenos de Marinha e seus acrescidos são bens públicos de propriedade da União, banhados pelas águas do mar ou dos rios que sofram influência de maré, ao mínimo de 5 (cinco) centímetros, demarcados à distância de 33 (trinta e três) metros para a área terrestre, contados da medição histórica da linha preamar média de 1831 (art. 2º do Decreto-Lei n. 9.760/1946), ou, se não for possível, a época mais próxima (art. 10).

Desse modo, devido, principalmente, à expansão urbana, os terrenos de marinha podem ser ocupados por particulares, desde que seja pelo regime de enfiteuse (art. 49, § 3º, da CRFB/88), que, nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho:

[...] a União, na qualidade de senhorio direto, transfere o domínio útil ao particular, enfiteuta, tendo este a obrigação de pagar anualmente importância a título de foro ou pensão e de pagar também, ao momento de transferência onerosa do domínio útil ou cessão de direitos por ato inter vivos, o laudêmio, quando o senhorio não exercer a preferência.¹²

¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 24. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011. p. 1100.

Em outras palavras, imagine-se uma situação hipotética, para ilustrar o instituto da enfiteuse ou aforamento. No contrato de locação de imóvel (apartamento, sala comercial), tem-se as figuras do locador (proprietário) e locatário (inquilino), em que este se obriga por prazo determinado a pagar àquele uma quantia determinada, em detrimento do uso do imóvel, não podendo alienar o direito que exerce.

No contrato de enfiteuse, tem-se o senhorio direto (proprietário) e o enfiteuta (foreiro), em que este se obriga perpetuamente a pagar uma pensão anual (foro), em função do uso do domínio útil. O senhorio direto, como o nome já diz, permanece com o domínio direto, enquanto o foreiro fica com o domínio útil, o qual se pode alienar, transferir. Desta maneira, o domínio pleno que a União exerce sobre seus imóveis é a soma do domínio direto com o útil.

Os terrenos acrescidos de marinha são as porções de terras que se formaram natural ou artificialmente em direção ao mar, ou dos rios e lagos que sofram a influência de maré, como aterros construídos pelo homem ou formados por aluvião ou avulsão.

Ademais, voltando ao assunto da enfiteuse, sabe-se que existe outra figura para legitimar o uso de terras da União, que é a da ocupação. A ocupação ocorre quando o particular ocupa, por exemplo, um terreno de marinha há determinado tempo. Para tanto, o art. 127 do Decreto-Lei n. 9.760/1946 prevê o cadastramento dos ocupantes, os quais estarão sujeitos ao pagamento da taxa de ocupação (o termo taxa não se confunde com a espécie de tributo).

Portanto, o ato administrativo de ocupação, que é discricionário e precário, é menos seguro do que o de aforamento, pois a União, se precisar do imóvel, pode promover a desocupação sumária (art. 132). Muito diferente é o caso de aforamento, pois a União (senhorio direto) não pode desocupar o morador (enfiteuta), pois essa relação tem caráter enfitêutico.

Em suma, particulares que estão sobre o regime de aforamento, além de pagar o laudêmio (5%) na alienação do direito útil, recolhem o foro de 0,6% sobre o valor venal do bem, ou da escritura de compra e venda (art. 101). Enquanto o particular sobre o regime de ocupação, que também paga laudêmio (5%) na alienação do direito de ocupação, ressalvado o direito de preferência da União, recolhe a taxa de ocupação nas alíquotas de 2% ou 5%.

O primeiro percentual incidirá nas ocupações devidamente cadastradas na Secretaria do Patrimônio da União, antes da promulgação da Constituição Federal, isto é, 1988. O segundo nas ocupações cadastradas depois da Carta Política.

Cumpra esclarecer que a taxa de ocupação e foro não são tributos e nem receitas derivadas, mas sim receita originária, à qual a União tem direito em razão do uso, por particulares, de seus bens imóveis (propriedades). Assim, as referidas "taxas" não estão sujeitas às normas do Código Tributário Nacional, sendo, portanto, matéria da área administrativa. Neste sentido já se manifestou o Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

DIREITO ADMINISTRATIVO. TERRENOS DE MARINHA. DECRETO-LEI Nº 9.760/46. CF/88. DEMARCAÇÃO. PROCEDIMENTO. EFICÁCIA DECLARATÓRIA. TAXA DE OCUPAÇÃO. NATUREZA. EXIGIBILIDADE. PRECEDENTES DO EGRÉGIO STJ. 1. A taxa de ocupação não tem como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, pois se trata de uma contraprestação do administrado decorrente da utilização de bem do Estado. É uma receita originária do Estado, cobrada por este em razão do uso por terceiros de seus bens imóveis, fulcro no artigo 127 do Decreto-Lei 9.760/1946, cujos valores são devidos em conformidade com o disposto nos artigos 1º a 3º do Decreto-Lei 2.398/87. Também não pode se configurar como serviço público. Cobra-se, simplesmente, a taxa de ocupação pelo uso da coisa. 2. Os terrenos de marinha são aqueles compreendidos em uma profundidade de trinta e três metros medidos horizontalmente para a parte da terra da posição da linha de preamar-médio de 1831, situados no continente, na costa marítima e nas margens dos rios e lagoas, até onde se faça sentir a influência das marés, caracterizada tal influência pela oscilação periódica de cinco centímetros pelo menos do nível das águas, que ocorra em qualquer época do ano. 3. O fato do imóvel objeto da cobrança estar registrado no Registro de Imóveis não tem o condão de afastar a cobrança em questão, pois a transcrição do título no registro de imóveis tem presunção 'juris tantum' e é inoponível à União, que possui o domínio dos terrenos de marinha por força de disposição constitucional, independentemente do registro. 4. O procedimento de demarcação dos terrenos de marinha e acrescidos (artigos 9º a 14, Decreto-lei nº 9.760/1946), situado na esfera de competência do Serviço do Patrimônio da União - SPU, detém presunção de legitimidade. (TRF4, AC 2003.70.09.014633-8, Quarta Turma, Relatora Marga Inge Barth Tessler, D.E. 05/10/2009)

E, também, nas palavras de Kiyoshí Harada:

As receitas originárias do Estado advêm da Exploração de seu patrimônio mobiliário, imobiliário e das receitas industriais e comerciais. Portanto, quanto às fontes, elas se classificam em patrimoniais e industriais.

a. Receitas patrimoniais: como o próprio nome está a indicar, são as geradas pela exploração do patrimônio do Estado. O patrimônio estatal compõe-se de patrimônio mobiliário e de patrimônio imobiliário; O patrimônio mobiliário é composto de títulos representativos de crédito e de “ações” que representam parte do capital de empresas. Esses valores mobiliários rendem juros ou dividendos. Representam parcelas insignificantes no conjunto de rendas do Estado. As rendas do patrimônio imobiliário são representadas por foros de terreno de marinha, laudêmios, taxas de ocupação dos terrenos de marinha. Foro é uma pequena contribuição anual com que entra para o Tesouro quem exerce o domínio útil do imóvel pertencente a outra pessoa por força de contrato, a título perpétuo, chamado enfiteuse. O enfiteuta, que é a pessoa que exerce o domínio útil enquanto a União exerce o domínio eminente, pode transferir seu contrato. Nesta hipótese pagará o laudêmio.¹³

Desta maneira, sem destacar os problemas demarcatórios que a Secretaria do Patrimônio da União vem enfrentando, por ausência de dados suficientes para a correta demarcação, a constituição e a própria existência de terrenos de marinha, nos dias de hoje, já não faz mais sentido. No passado até era razoável, haja vista o perigo iminente de invasão externa, principalmente pelas águas costeiras.

Porém, hoje não passa de uma grande fonte de renda para os cofres da União, pois a grande parte da população reside no litoral e a expansão urbana fará o crescimento se voltar para o mar, por meio de aterros, isto é, mais renda.

No capítulo seguinte, tratar-se-á da proteção ambiental, como direito fundamental consagrado pelo Texto Magno, sendo dever de todos, desde o Estado como a coletividade e o indivíduo, mutuamente protegerem o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

2 DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO – A PROTEÇÃO AMBIENTAL

O objetivo deste capítulo é analisar, nas questões ambientais, o papel outorgado pelo Texto Magno ao Poder Público (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) na prevenção e precaução da proteção ambiental.

¹³ HARADA, Kiyoshí. Direito financeiro e tributário. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 35.

Assim, o Poder Público delimita, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais especialmente protegidos, os quais são dotados de relevantes atributos ambientais, como espécies de animais ou vegetais sujeitos a extinção.

2.1 PROTEÇÃO AMBIENTAL – ESPAÇOS GEOGRÁFICOS PROTEGIDOS

A ideia de proteção ambiental se coaduna com a história dos direitos fundamentais. Observa-se que surgiu na terceira geração, uma vez que, após a Segunda Guerra Mundial, surgiu a necessidade de garantir os direitos fundamentais de solidariedade e fraternidade.

Nas palavras de Marcelo Antonio Theodoro:

Os direitos de solidariedade e fraternidade da terceira geração, desprendem-se da figura homem-indivíduo para destinar-se à proteção dos grupos humanos (família, nação, povo) e conseqüentemente pode-se dizer que atende à proteção de titularidade difusa ou coletiva. São eles, o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio histórico e cultural.¹⁴

O dever fundamental de proteção ambiental tem relação com os demais deveres fundamentais que permeiam na Constituição, uma vez que está vinculado aos interesses não somente das gerações humanas presentes, mas também as gerações que ainda virão em outro momento da História. Aí surge o a proteção do ambiente para com as futuras gerações.

Neste sentido, Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer, citando Pereira da Silva, esclarecem:

Com efeito, Pereira da Silva assevera que, com base na *dimensão ecológica intergeracional*, às gerações humanas presentes são atribuídos deveres de preservação do ambiente em vista da sua obrigação para com as gerações vindouras, o que passa pela conservação do patrimônio biológico e cultural.¹⁵

¹⁴ THEODORO, Marcelo Antonio. Direitos fundamentais e sua concretização. Curitiba: Juruá, 2003. p. 29-30.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Direito Constitucional Ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 251.

Ademais, por simetria e justiça, a geração humana atual tem a responsabilidade de legar às futuras gerações condições ambientais idênticas ou, senão melhores, que aquelas vivenciadas atualmente. Disto se extrai o princípio da vedação de retrocesso socioambiental, bem como do desenvolvimento sustentável.

O tratamento jurídico-constitucional emanado da Norma Fundamental não impôs apenas deveres de proteção ambiental ao Estado, mas também ao particular e a coletividade. O disposto no art. 225, além de garantir um ambiente ecologicamente equilibrado e saudável, atribui deveres fundamentais para sua proteção, o que denota num direito-dever para com o ambiente.

Portanto, por força da influência do ordenamento internacional (convenções e declarações em matéria de proteção ambiental), o Texto Magno consagrou o direito ao (meio) ambiente ecologicamente equilibrado como direito-dever da pessoa humana e estabeleceu os princípios e regras matizes da tutela ambiental que, nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer:

[...] reconhecendo o caráter vital da qualidade (e segurança) ambiental para o desenvolvimento humano em níveis compatíveis com a sua dignidade, no sentido de garantia e promoção de um completo *bem-estar existencial*. A CF88 (art. 225, *caput*, e art. 5.º, § 2.º) atribuiu ao direito ao ambiente o *status* de direito fundamental do indivíduo e da coletividade, bem como consagrou a proteção ambiental como um dos objetivos ou tarefas fundamentais do Estado – Socioambiental – de Direito brasileiro, o que conduz ao reconhecimento, pela ordem constitucional, da *dupla funcionalidade* da proteção ambiental no ordenamento jurídico brasileiro, a qual toma a forma simultaneamente de um *objetivo e tarefa estatal* e de um *direito (e dever) fundamental* do indivíduo e da coletividade, implicando todo um complexo de direitos e deveres fundamentais de cunho ecológico.¹⁶

Da leitura da norma orientadora da proteção ambiental como direito-dever, extrai-se os principais princípios, tais como: desenvolvimento sustentável, do ambiente ecologicamente equilibrado, da função social da propriedade, da prevenção, da precaução, do poluidor-pagador, do usuário-pagador.

O princípio do desenvolvimento sustentável, como dito anteriormente, visa atender as necessidades das atuais gerações sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem suas próprias necessidades/essencialidades. Para que isso ocorra, é necessário haver uma compatibilização entre crescimento

¹⁶ SARLET, 2013, p. 277.

econômico e preservação ambiental. Assim, o fundamento normativo, além do art. 225 da CRFB/88, está no art. 170, incisos III e VI da CRFB/88.

O princípio da função social da propriedade veda o uso abusivo da propriedade privada, bem como implica na adoção de condutas concretas para que a propriedade se adeque a preservação do meio ambiente, sendo a base legal os arts. 5º, incisos XXII e XXIII, 170, inciso III, 182 e 186 da CRFB/88 e art. 1.228 do Código Civil.

Corroborando o entendimento, ensina Paulo Affonso Leme Machado:

A especial característica do princípio é a de que o desequilíbrio ecológico não é indiferente ao Direito, pois o Direito Ambiental realiza-se somente numa sociedade equilibrada ecologicamente. Cada ser humano só fruirá plenamente de um estado de bem-estar e de equidade se lhe for assegurado o direito fundamental de viver num meio ambiente ecologicamente equilibrado. A Constituição do Brasil, além de afirmar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, determina que incumbe ao Poder Público proteger a fauna e a flora, interditando as práticas que coloquem em risco sua função ecológica ou provoquem a extinção de espécies (art. 225, *caput* e seu § 1º, VII).¹⁷

Dito isto, passa-se a analisar como o Poder Público, no uso de suas atribuições, protege o ambiente e, em especial, por meio da constituição/criação de Áreas de Preservação Permanente.

Os espaços geográficos, públicos ou privados, de grande relevância ecológica são tutelados com o fito de preservar a biota existente nestes espaços. Nos termos do art. 225, § 1º, inciso III, da CRFB/88, bem como do art. 9, inciso VI, da Lei 6.938/1981, cabe ao Poder Público delimitar os espaços territoriais e seus componentes a serem protegidos.

Admite-se a criação ou ampliação de uma área para proteção ambiental por meio de ato administrativo. Contudo a alteração ou supressão dos espaços ambientalmente protegidos somente mediante Lei. Tem-se que a idéia da tutela ambiental é privilegiar as formas mais simples para ampliação e constituição da proteção ambiental e formas mais difíceis para suprimir ou alterar.

Desta maneira, como forma de regulamentar esse poder aos Entes Federativos, foi promulgada o Novo Código Florestal (Lei n. 12.651/2012), que

¹⁷ MACHADO, Paulo Affonso Leme. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 68.

define o que é Área de Preservação Permanente, bem como outras formas de proteção ambiental.

2.2 ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE

O Novo Código Florestal define no art. 3º, inciso II, a Área de Preservação Permanente (APP) como sendo a “área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas”.

A vegetação situada em Área de Preservação Permanente deverá ser mantida intocável pelo proprietário, possuidor ou titular de domínio útil, pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, sendo totalmente vedado sua exploração econômica de forma direta, senão passível de sanção, nos termos do art. 7º da Lei 12.651/2012.

Portanto, observa-se que a imposição legal ou por ato do Poder Público (como se verá adiante) representa uma interdição do direito de propriedade (art. 5º, inciso XXII, da CRFB/88).

Ademais, a intervenção ou supressão de vegetação nativa em Área de Preservação Permanente, somente será autorizado em caso de utilidade pública (art. 3º, inciso VIII), interesse social (art. 3º, inciso IX) ou de baixo impacto ambiental (art. 3º, inciso X), mediante processo administrativo no Órgão Administrativo competente.

A vegetação ilegalmente suprimida em APP sujeita o proprietário a promover a recomposição da vegetação. Além disso, esta obrigação tem natureza real *propter rem*, uma vez que é transmitida ao sucessor no caso de transferência da propriedade, posse ou domínio útil.

As APP's por imposição legal são aquelas discriminadas no art. 4º:

Art. 4º Considera-se Área de Preservação Permanente, em zonas rurais ou urbanas, para os efeitos desta Lei:

I - as faixas marginais de qualquer curso d'água natural perene e intermitente, excluídos os efêmeros, desde a borda da calha do leito regular, em largura mínima de:

- a) 30 (trinta) metros, para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura;
- b) 50 (cinquenta) metros, para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura;
- c) 100 (cem) metros, para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura;
- d) 200 (duzentos) metros, para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura;
- e) 500 (quinhentos) metros, para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros;
- II - as áreas no entorno dos lagos e lagoas naturais, em faixa com largura mínima de:
 - a) 100 (cem) metros, em zonas rurais, exceto para o corpo d'água com até 20 (vinte) hectares de superfície, cuja faixa marginal será de 50 (cinquenta) metros;
 - b) 30 (trinta) metros, em zonas urbanas;
- III - as áreas no entorno dos reservatórios d'água artificiais, decorrentes de barramento ou represamento de cursos d'água naturais, na faixa definida na licença ambiental do empreendimento;
- IV - as áreas no entorno das nascentes e dos olhos d'água perenes, qualquer que seja sua situação topográfica, no raio mínimo de 50 (cinquenta) metros;
- V - as encostas ou partes destas com declividade superior a 45°, equivalente a 100% (cem por cento) na linha de maior declive;
- VI - as restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues;
- VII - os manguezais, em toda a sua extensão;
- VIII - as bordas dos tabuleiros ou chapadas, até a linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 (cem) metros em projeções horizontais;
- IX - no topo de morros, montes, montanhas e serras, com altura mínima de 100 (cem) metros e inclinação média maior que 25°, as áreas delimitadas a partir da curva de nível correspondente a 2/3 (dois terços) da altura mínima da elevação sempre em relação à base, sendo esta definida pelo plano horizontal determinado por planície ou espelho d'água adjacente ou, nos relevos ondulados, pela cota do ponto de sela mais próximo da elevação;
- X - as áreas em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação;
- XI - em veredas, a faixa marginal, em projeção horizontal, com largura mínima de 50 (cinquenta) metros, a partir do espaço permanentemente brejoso e encharcado.

Assim, a própria Lei delimitou e especificou o que são Áreas de Preservação Permanente na sua forma *in natura*, isto é, não há a necessidade de ter vínculo com a utilidade pública, basta se enquadrar num dos critérios taxativos que o espaço geográfico será considerado APP.

Quanto as APP's instituídas por ato do Poder Público, elas estão previstas no art. 6º:

- Art. 6º Consideram-se, ainda, de preservação permanente, quando declaradas de interesse social por ato do Chefe do Poder Executivo, as áreas cobertas com florestas ou outras formas de vegetação destinadas a uma ou mais das seguintes finalidades:
- I - conter a erosão do solo e mitigar riscos de enchentes e deslizamentos de terra e de rocha;

- II - proteger as restingas ou veredas;
- III - proteger várzeas;
- IV - abrigar exemplares da fauna ou da flora ameaçados de extinção;
- V - proteger sítios de excepcional beleza ou de valor científico, cultural ou histórico;
- VI - formar faixas de proteção ao longo de rodovias e ferrovias;
- VII - assegurar condições de bem-estar público;
- VIII - auxiliar a defesa do território nacional, a critério das autoridades militares.
- IX - proteger áreas úmidas, especialmente as de importância internacional.

São espaços geográficos cobertos de florestas ou outras formas de vegetação, as quais são declaradas por ato do Chefe do Poder Executivo competente, destinadas a uma ou mais das finalidades previstas no referido artigo.

Um exemplo deste tipo de forma de preservação é o Parque da Serra do Tabuleiro¹⁸, que foi criado no ano de 1975 por iniciativa do pesquisador catarinense, padre e botânico Raulino Reitz, através do Decreto n. 1.260/75, sendo que a gestão do Parque é realizada pela Fundação do Meio Ambiente - FATMA.

Como abrange cerca de oito municípios (Florianópolis, Palhoça, Santo Amaro da Imperatriz, Águas Mornas, São Bonifácio, São Martinho, Imaruí e Paulo Lopes), o Parque protege além de extensas áreas de serras e planícies, também ilhas costeiras, tais como Fortaleza/Araçatuba, Três Irmãs, Moleques do Sul, Siriú, Coral, Cardos e a ponta sul da Ilha de Santa Catarina (praia de Naufragados).

Assim, o legislador infraconstitucional definiu que a demarcação geográfica de APP's emanará de ato administrativo e não de lei. Logo, o Poder Público (Poder Executivo), limita-se a identificar, demarcar e declarar a proteção de regiões. Preenchido os requisitos do art. 6º da Lei 12.651/2012, não restará outra alternativa senão expedir o decreto declaratório da Área de Preservação Permanente.

¹⁸ Parque SERRA DO TABULEIRO. Disponível em: <http://parquedotabuleiro.blogspot.com.br/p/o-parque.html> . Acesso em: 24 jun. 2014.

2.3 ÁREA NON AEDIFICANDI

Nos espaços geográficos onde se localizam as Áreas de Preservação Permanente não é possível o seu manejo, mesmo de forma sustentável, salvo as exceções previstas no art. 61-A da Lei 12.651/2012 (Código Florestal). Isso quer dizer que, em situações muito peculiares é possível a exploração econômica-sustentável destas áreas. Contudo, as faculdades do direito de propriedade consagradas no art. 1.228 do Código Civil são desnaturadas quando Áreas de Preservação Permanente estão localizadas dentro do imóvel do particular.

Observa-se que nas APP's, mesmo sendo autorizado o manejo sustentável, a exploração econômica do bem está além de restrita, pois a restrição é a adequação do lote (urbano ou rural) às regras do Plano Diretor e do Estatuto da Cidade. O objetivo da restrição é colocar ordem, organizar a vida em sociedade, para que haja, por exemplo, corredores de ventilação, assegurar luminosidade natural, bem como espaços para jardins e recreação.

Nas palavras de José Afonso da Silva:

Encontramos, assim, espaços não-edificáveis em áreas de domínio privado, como imposição urbanística, e espaços não edificáveis em domínio público, como elementos componentes da estrutura urbana, como são as vias de circulação, os quais se caracterizam como áreas 'non aedificandi', vias de comunicação e espaços livres, áreas verdes, áreas de lazer e recreação[...]¹⁹

Contudo, as Áreas de Preservação Permanente estão além de mera restrição administrativa, pois a implementação da proteção ambiental ocasiona a interdição ao exercício do direito de propriedade, da autonomia da propriedade privada e da livre iniciativa, princípios fundamentais também expressos na Constituição Federal.

Ademais, se não pode construir, o caso não é de simples restrição administrativa, mas de interdição do direito de propriedade. O imóvel urbano ou rural que não serve para construir ou explorar economicamente, para nada serve. Não se trata, portanto, de faixa *non aedificandi*, como as que decorrem de projetos de alargamento de vias públicas, com o deslocamento do alinhamento

¹⁹ SILVA, José Afonso da. Direito Urbanístico Brasileiro. 6ª ed. rev. atual. São Paulo: Mlaheiros, 2010. p. 268.

para dentro dos lotes edificáveis, mas de área *non aedificandi*, como são as reservadas dentro de terrenos de propriedade particular.

A propósito, já julgou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL - EXECUÇÃO FISCAL - IPTU - TERRENO DE PRAIA - ÁREA DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL PERMANENTE E NON AEDIFICANDI - DESCABIMENTO DA COBRANÇA DO TRIBUTO, POIS O CASO NÃO É DE SIMPLES RESTRIÇÃO ADMINISTRATIVA, MAS DE INTERDIÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE, POIS O TERRENO DE PRAIA QUE NÃO SERVE PARA CONSTRUIR, PARA NADA SERVE. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70042261115, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 28/09/2011)

O Tribunal de Justiça de São Paulo:

AÇÃO DECLARATÓRIA - MUNICÍPIO DE SÃO SEBASTIÃO - IPTU - IMÓVEL LOCALIZADO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO ECONÔMICA DO BEM DETERMINADA POR DECISÃO JUDICIAL – INEXIGIBILIDADE. E inexigível o IPTU de imóvel localizado em área de preservação permanente, cuja utilização econômica tornou-se inviável pelo advento de determinação judicial proferida em ação civil pública, na medida em que não há a necessária manifestação da capacidade contributiva RECURSO PROVIDO. (Apelação n. 924.365-5. São Sebastião, 18ª Câmara de Direito Público deste Tribunal, julgado em 06.08.2009, Rel. Des. CARLOS GIARUZZO SANTOS).

E, também, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. IMÓVEL SITUADO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. RESTRIÇÃO TOTAL AO DIREITO DE PROPRIEDADE. NÃO INCIDÊNCIA DO TRIBUTO. REFORMA DA SENTENÇA. PROVIMENTO DO RECURSO. "A limitação ao direito de propriedade, sobre marcar até onde vai ou pode ir o arbítrio de seu titular, repercute na esfera tributária por IPTU. Na verdade soa desconchavo tributar o proprietário que nem assim é, e nem assim pode ser tido, por não dispor do imóvel em sua inteireza material e jurídica, expressão que é do domínio, por conta de limitação administrativa". (TJRS, Ap. Cív. n. 70015524218, rel. Des. Genaro José Baroni Borges, j. em 5-7-2006). (TJSC, Apelação Cível n. 2008.026254-9, da Capital, rel. Des. Vanderlei Romer, j. 19-08-2008).

Portanto, como já defendido, a criação ou simples existência de Área de Preservação Permanente em propriedade particular se caracteriza em forma de desapropriação indireta, pois se entende que há indisponibilidade total do exercício de propriedade. Neste diapasão, Maria Sylvia Zanella Di Pietro assinala:

As vezes, a Administração não se apossa diretamente do bem, mas lhe impõe limitações ou servidões que impedem totalmente o proprietário de exercer sobre o imóvel os poderes inerentes ao domínio; neste caso, também se caracterizará a desapropriação indireta, já que as limitações e servidões somente podem, licitamente, afetar em parte o direito de propriedade[...]

O que ocorre, com a desapropriação indireta, é, na realidade, a afetação, assim entendido 'o fato ou a manifestação de vontade do poder público, em virtude do que a coisa fica incorporada ao uso e gozo da comunidade' (cf. Marienhoff, 1960:150-153); acrescenta-se que se trata de afetação ilícita, porque atinge bem pertencente a particular; lícita é apenas a afetação que alcança bens já integrados no patrimônio público, na qualidade de bens dominicais, para passá-los à categoria de uso comum do povo ou de uso especial.²⁰

Assim, tem-se que a interdição ao direito de propriedade, livre iniciativa e da autonomia, sobre marcar até onde vai ou pode ir o arbítrio de seu titular (=proprietário), repercute na esfera tributária e não tributária, isto é, na base de cálculo e fato gerador do IPTU e taxa de ocupação/foros.

Em verdade, soa desconchavo tributar o proprietário que não exerce seu direito, e nem poderia exercê-lo, por não dispor do imóvel em sua inteireza material e jurídica, expressão que é do domínio do Estado, por conta da interdição administrativa, tendo em vista o esvaziamento econômico da propriedade em razão de referida imposição.

O reconhecimento pelo constituinte originário, quando da promulgação da Lei Fundamental, da função social da propriedade (art. 5º, inciso XXIII), bem como da função ecológica da propriedade (art. 170, incisos II e VI, e art. 186, *caput*, e inciso II, da CRFB/88) revela o dever de o desenvolvimento econômico se de forma sustentável, não restando brecha/possibilidade de outro meio, pois o direito de propriedade necessariamente sofrerá restrições, a fim da consecução da tutela ambiental.

De mais a mais, a ideia é reforçada inclusive pelo disposto no art. 225, *caput*, da CRFB/88, ao atribuir não somente ao Poder Público o dever de proteger o (meio) ambiente, mas simultaneamente aos particulares e a coletividade, resultando, sobremaneira, a configuração dos direitos-deveres fundamentais de proteção ao ambiente ecologicamente equilibrado e saudável.

No obstante, tal regra não pode ser rígida ao passo de inviabilizar a iniciativa do particular, pois quem detém o fator de produção (=propriedade) almeja satisfazer alguma necessidade, a qual está atrelada ao consumidor. Esse ativo só

²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 24 ed. São Paulo: Atlas: 2011. p. 188.

faz sentido se sanar as necessidades dos consumidores, senão nada adiantaria ter o fator de produção sem poder explorá-lo.

A tutela constitucional ambiental brasileira visa evitar danos e catástrofes ambientais, além daqueles transfronteiriços, como destaca José Rubens Morato Leite:

Não se pode ignorar que a degradação do meio ambiente não tem fronteiras, e os efeitos provenientes da lesão ao meio ambiente não ficam restritos a um Estado. O meio ambiente, conforme pontuado, é um bem difuso e complexo e não tem fronteiras. A poluição do rio Paraná, situado no Brasil, por exemplo, pode atingir outros países, como Argentina e Paraguai.²¹

Sobrevalorizando a tutela ambiental em detrimento da tutela do indivíduo (=consumidor). Certo é que tenha que existir a perfectibilização das duas tutelas (ambiental e necessidades humanas), porém uma não pode prevalecer sobre a outra, senão se estará aniquilando direitos e garantias consagradas pelo Texto Magno, usurpando uma das funções precípuas.

Dito isto, como a tutela ambiental erradia seus efeitos para o particular, principalmente em suas propriedades, destacar-se-á no próximo capítulo a tributação ambiental, a regra matriz de incidência do Imposto Sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana, o tombamento, de modo a comparar que não há supressão do valor econômico do bem, bem como a Teoria de Coase na criação das Áreas de Preservação Permanente.

3 TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL E O IPTU

Este capítulo analisará o Imposto Sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana, seus contornos constitucionais e sua regra-matriz de incidência, destacando a sua progressividade.

Além disso, analisa-se o tombamento, como modalidade de restrição administrativa do direito de propriedade, bem como os efeitos (externalidades positivas e negativas) da criação ou existência de Área de Preservação Permanente.

²¹ LEITE, José Rubens Morato. Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 207.

3.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE O IPTU

O Poder Constituinte Originário outorgou aos Municípios, bem como ao Distrito Federal (art. 147 da CRFB/88), a competência para instituir, fiscalizar e cobrar o Imposto Sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana, nos termos do art. 156, inciso I, da CRFB, nos seguintes termos:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:
I - propriedade predial e territorial urbana;

Ademais, o próprio Texto Magno, em seu art. 156, inciso III, alínea “a”, trouxe ao seu bojo as disposições de competência a lei complementar:

Art. 146. Cabe à lei complementar:
III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:
a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

Logo, o Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172/1966) foi recepcionado com *status* de lei complementar, apesar de ser formalmente lei ordinária, uma vez que não se respeitou o critério material para sua aprovação (art. 69 da CRFB/88).

Assim, o Código Tributário Nacional estabelece em seus arts. 32 a 34, as normas gerais sobre o IPTU, a saber: fato gerador, base de cálculo e contribuintes.

Convém esclarecer que o CTN e o Texto Magno divergem no ponto da incidência da espécie tributária, pois o diploma legal trás como fato gerador da exação:

Art. 32. O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana **tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel** por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município.
(grifo nosso)

Enquanto a Constituição determinou a competência do Município e Distrito Federal para instituir imposto sobre:

I - **propriedade** predial e territorial urbana; (grifo nosso)

Assim, analisando a divergência entre a Lei Complementar e a Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que somente a posse e o domínio útil em que haja *animus domini* é passível de sofrer a incidência tributária, a saber:

TRIBUTÁRIO. BEM PÚBLICO. IMÓVEL. (RUAS E ÁREAS VERDES). CONTRATO DE CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO. CONDOMÍNIO FECHADO. IPTU. NÃO-INCIDÊNCIA. POSSE SEM ANIMUS DOMINI. AUSÊNCIA DO FATO GERADOR DO TRIBUTO (ARTS. 32 E 34, CTN).

1. A controvérsia refere-se à possibilidade ou não da incidência de IPTU sobre bens públicos (ruas e áreas verdes) cedidos com base em contrato de concessão de direito real de uso a condomínio residencial.

2. O artigo 34 do CTN define como contribuinte do IPTU o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil ou o seu possuidor a qualquer título. Contudo, a interpretação desse dispositivo legal não pode se distanciar do disposto no art. 156, I, da Constituição Federal. Nesse contexto, a posse apta a gerar a obrigação tributária é aquela qualificada pelo *animus domini*, ou seja, a que efetivamente esteja em vias de ser transformada em propriedade, seja por meio da promessa de compra e venda, seja pela posse *ad usucapionem*. Precedentes.

3. A incidência do IPTU deve ser afastada nos casos em que a posse é exercida precariamente, bem como nas demais situações em que, embora envolvam direitos reais, não estejam diretamente correlacionadas com a aquisição da propriedade.

4. Na hipótese, a concessão de direito real de uso não viabiliza ao concessionário tornar-se proprietário do bem público, ao menos durante a vigência do contrato, o que descaracteriza o *animus domini*.

5. A inclusão de cláusula prevendo a responsabilidade do concessionário por todos os encargos civis, administrativos e tributários que possam incidir sobre o imóvel não repercute sobre a esfera tributária, pois a instituição do tributo está submetida ao princípio da legalidade, não podendo o contrato alterar a hipótese de incidência prevista em lei. Logo, deve-se reconhecer a inexistência da relação jurídica tributária nesse caso.

6. Recurso especial provido.

(REsp 1091198/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/05/2011, DJe 13/06/2011)

Corroborando este entendimento, ensina Aires F. Barreto:

É bem de ver, no entanto, que a escolha não pode recair sobre qualquer possuidor. É mister que se trate de posse *ad usucapionem*, pena de não se lhe poder atribuir a qualidade de contribuinte do imposto (o locatário e

o comodatário, por exemplo, não têm posse ad usucapionem). Dito de outro modo, é indispensável que se trate de posse que, por suas características, possa conduzir à propriedade. O preceito do CTN que versa a sujeição passiva do IPTU não inova a Constituição, 'criando por sua conta' um imposto sobre a posse e o domínio útil. Não é qualquer posse que deseja ver tributada. Não é a posse direta do locatário, do comodatário, do arrendatário de terreno, do administrador de bem de terceiro, do usuário ou habitador (uso e habitação) ou do possuidor clandestino ou precário (posse nova etc.). A posse prevista no Código Tributário como tributável é a de pessoa que já é ou pode ser proprietária da coisa." Corolário desse entendimento é ter por inválida a eleição dos meros detentores de terras públicas como contribuintes do imposto.²²

Dito isto, a fim de elucidar a incidência do IPTU sobre a propriedade urbana, analisar-se-á a regra matriz de incidência desta exação.

3.2 REGRA MATRIZ DO IPTU

Nos termos do art. 113, § 1º, do CTN, a obrigação tributária principal surge com a ocorrência do fato gerador, que nada mais é que a situação eleita pelo legislador passível de sofrer a incidência tributária. Ou seja, situação que delimita o campo de incidência da exação.

Ensina José Eduardo Silvério Ramos, parafraseando Paulo de Barros Carvalho:

A norma jurídica tributária, ou regra-matriz de incidência tributária, incidirá quando ocorrer a subsunção, ou seja, quando o conceito de fato (fato jurídico tributário) guardar absoluta identidade com o conceito desenhado abstratamente na hipótese (hipótese tributária).²³

Realizado o fato gerador, subsunção da situação eleita pelo legislador com a norma, nascerá a relação jurídica-tributária e, por conseguinte, surgirá a obrigação tributária, com a evidência dos sujeitos da relação: ativo, com o direito de exigir o tributo; passivo, com a obrigação de pagar o tributo (contribuinte ou responsável tributário).

²² BARRETO, Aires F. In: MARTINS, Ives Gandra da S. (coord.). Curso de Direito Tributário - Imposto Predial e Territorial Urbano. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p.736-737.

²³ RAMOS, José Eduardo Silvério. Tributação ambiental: o IPTU e o meio ambiente urbano. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 74

Portanto, para haver a incidência tributária do tributo, o fato praticado deve preencher todos os requisitos previstos na regra-matriz de incidência, tais como: critérios material, temporal, espacial, pessoal e quantitativo.

O critério material tem como característica a composição do núcleo por um verbo mais o complemento. Assim, a incidência do IPTU está vinculada a um comportamento das pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas, condicionado aos critérios de tempo e espaço, uma vez que precisa ser proprietário (art. 1.228 do CC) de imóvel urbano ou possuidor e titular de domínio útil apenas se exercerem o *animus domini*.

Ademais, por exemplo, o promitente comprador pode ser contribuinte de IPTU, pois ele tem a posse do imóvel e a exerce com *animus domini*, em conformidade com a Súmula 399 do Superior Tribunal de Justiça.

O critério espacial é a zona urbana, urbanizáveis ou de expansão urbana, isto é, o perímetro urbano municipal. Logo, cabe a lei municipal considerar o que são áreas urbanizáveis ou de expansão urbana, respeitando 2 (dois) dos 5 (cinco) melhoramentos elencados no art. 32, § 1º, incisos I a V, do CTN.

Destaca-se que não há um conceito específico do que seria área urbanizável ou de expansão urbana, muito menos o que é área rural (é por exclusão), mas o CTN outorgou os poderes a lei municipal para considerar o que é o primeiro, mesmo que localizados fora das zonas definidas art. 32, § 2º, do CTN.

Ademais, é bom destacar de plano que há uma exceção quanto a incidência de IPTU: imóvel que se situe em zona urbana, porém tenha destinação econômica rural (agrícola, pecuária, vegetal ou agroindustrial) recolhe ITR, nos termos do art. 15 do Decreto-lei 57/1966.

Este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO. IPTU OU ITR. IMÓVEL LOCALIZADO EM ÁREA URBANA. NATUREZA DO IMÓVEL. REVISÃO DAS CONCLUSÕES DO TRIBUNAL DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que incide o ITR e, não, o IPTU sobre imóveis nos quais são comprovadamente utilizados em exploração extrativa, vegetal, agrícola, pecuária ou agroindustrial, ainda que localizados em áreas consideradas urbanas por legislação municipal.

2. Hipótese em que o acórdão recorrido é claro em afirmar que o imóvel possui como atividade preponderante o beneficiamento e a comercialização de arroz, e que não se trata de atividade agropecuária ou agroindustrial. Assim, para mudar tal entendimento, seria imprescindível adentrar a seara dos fatos para apurar, conforme alega o recorrente, que o imóvel em questão possui natureza industrial, o que

esbarra na Súmula 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 323.705/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/08/2013, DJe 16/09/2013)

No mesmo sentido, entende Hely Lopes Meirelles:

Deste modo, o critério topográfico adotado pelos arts. 29 e 32 do CTN foi relativizado, em parte, pelo critério da destinação econômica do imóvel – ficando assim, o imóvel localizado em na área urbana, mas utilizado em exploração extrativa e vegetal agrícola, pecuária ou agroindustrial, excluído da incidência do imposto municipal.²⁴

Desta maneira, o critério espacial para incidência do IPTU será o perímetro urbano do município, conforme o art. 32 do CTN, e as áreas urbanizáveis ou de expansão urbana definidas por lei municipal, excluindo-se a incidência quando o imóvel, mesmo que localizado no perímetro urbano, for utilizado em exploração econômica vegetal, agrícola, pecuária e agroindustrial.

O critério temporal reside na data eleita pelo legislador para dizer o momento em que o sujeito realizou o fato gerador, oferecendo elementos capazes de informar, com exatidão, o preciso instante em que ocorreu. Noutras palavras, permite destacar o momento em que nascerá a obrigação tributária, obrigando o sujeito passivo (contribuinte ou responsável tributário) ao recolhimento do imposto devido ao Fisco.

Geralmente, costuma-se adotar o dia 1º de janeiro de cada exercício financeiro.

Quanto ao critério pessoal, e como já destacado acima, o contribuinte do IPTU é o proprietário do imóvel predial e territorial urbano, o titular de domínio útil ou possuidor a qualquer título (art. 34 do CTN), estes dois últimos sujeitos a verificação se exercem com *animus domini*.

Logo, cabe citar o exemplo que é objeto desta monografia: o proprietário que tem Área de Proteção Permanente (APP) dentro de sua propriedade, mesmo que tenha *animus domini*, será sujeito passivo de IPTU? Obviamente que para o Fisco sim, mas cabe analisar se caso exista esta interdição no imóvel, é possível a sua cobrança.

²⁴ MEIRELLES, 2006, p. 209

Sem adentrar muito no mérito desta monografia, apenas para cristalizar o entendimento, tome-se como exemplo hipotético um imóvel rural que sofra uma invasão, como a do Movimento dos Sem Terra (MST). É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça que proprietários que tenham suas propriedades invadidas, ou seja, tolhidos nas faculdades inerentes de ser proprietário (usar, gozar e dispor), não são contribuintes do ITR:

TRIBUTÁRIO. ITR. INCIDÊNCIA SOBRE IMÓVEL. INVASÃO DO MOVIMENTO "SEM TERRA". PERDA DO DOMÍNIO E DOS DIREITOS INERENTES À PROPRIEDADE. IMPOSSIBILIDADE DA SUBSISTÊNCIA DA EXAÇÃO TRIBUTÁRIA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

1. Conforme salientado no acórdão recorrido, o Tribunal a quo, no exame da matéria fática e probatória constante nos autos, explicitou que a recorrida não se encontraria na posse dos bens de sua propriedade desde 1987.

2. Verifica-se que houve a efetiva violação ao dever constitucional do Estado em garantir a propriedade da impetrante, configurando-se uma grave omissão do seu dever de garantir a observância dos direitos fundamentais da Constituição.

3. Ofende os princípios básicos da razoabilidade e da justiça o fato do Estado violar o direito de garantia de propriedade e, concomitantemente, exercer a sua prerrogativa de constituir ônus tributário sobre imóvel expropriado por particulares (proibição do *venire contra factum proprium*).

4. A propriedade plena pressupõe o domínio, que se subdivide nos poderes de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa. Em que pese ser a propriedade um dos fatos geradores do ITR, essa propriedade não é plena quando o imóvel encontra-se invadido, pois o proprietário é tolhido das faculdades inerentes ao domínio sobre o imóvel.

5. Com a invasão do movimento "sem terra", o direito da recorrida ficou tolhido de praticamente todos seus elementos: não há mais posse, possibilidade de uso ou fruição do bem; conseqüentemente, não havendo a exploração do imóvel, não há, a partir dele, qualquer tipo de geração de renda ou de benefícios para a proprietária.

6. Ocorre que a função social da propriedade se caracteriza pelo fato do proprietário condicionar o uso e a exploração do imóvel não só de acordo com os seus interesses particulares e egoísticos, mas pressupõe o condicionamento do direito de propriedade à satisfação de objetivos para com a sociedade, tais como a obtenção de um grau de produtividade, o respeito ao meio ambiente, o pagamento de impostos etc.

7. Sobreleva nesse ponto, desde o advento da Emenda Constitucional n. 42/2003, o pagamento do ITR como questão inerente à função social da propriedade. O proprietário, por possuir o domínio sobre o imóvel, deve atender aos objetivos da função social da propriedade;

por conseguinte, se não há um efetivo exercício de domínio, não seria razoável exigir desse proprietário o cumprimento da sua função social, o que se inclui aí a exigência de pagamento dos impostos reais.

8. Na peculiar situação dos autos, ao considerar-se a privação antecipada da posse e o esvaziamento dos elementos de propriedade sem o devido êxito do processo de desapropriação, é inexigível o ITR diante do desaparecimento da base material do fato gerador e da violação dos referidos princípios da propriedade, da função social e da proporcionalidade.

9. Recurso especial não provido.

Assim, diante do acima exposto, ao considerar-se a privação antecipada da posse e o esvaziamento dos elementos de propriedade sem o devido processo de desapropriação, é inexigível o ITR diante do desaparecimento da base material do fato gerador e da violação dos referidos princípios da propriedade, da função social, da proporcionalidade, da isonomia.

Por analogia e simetria, é o que ocorre com o proprietário que possui em sua propriedade, parcial ou totalmente, alguma Área de Preservação Permanente. Observa-se que o caso é bastante parecido, pois há privação da posse e, concomitantemente, o aniquilamento das faculdades de ser proprietário, surgindo, além disso, a obrigação de manter intocável a área interditada.

Por fim, o critério quantitativo é obtido pela conjugação da base de cálculo e da alíquota.

Assim, ensina Paulo de Barros Carvalho:

Temos para nós que a base de cálculo é a grandeza instituída na consequência da regra-matriz tributária, e que se destina, primordialmente, a dimensionar a intensidade do comportamento inserto no núcleo do fato jurídico, para que, combinando-se à alíquota, seja determinado o valor da prestação pecuniária. Paralelamente, tem a virtude de confirmar, infirmar ou afirmar o critério material expresso na composição do suposto normativo. A versatilidade categorial desse instrumento jurídico se apresenta em três funções distintas: a) medir as proporções reais do fato; b) compor a específica determinação da dívida; e c) confirmar, infirmar ou afirmar o verdadeiro critério material da descrição contida no antecedente da norma.²⁵

A base de cálculo é o critério da regra matriz de incidência que cristaliza a capacidade contributiva do sujeito passivo, pois é o alicerce onde se estruturará a alíquota. No caso do IPTU, conforme art. 33 do CTN, a base de cálculo é o valor venal do imóvel, descontando-se os bens móveis mantidos, sejam eles permanentes ou temporários.

Esclarece-se que o valor venal pode ser entendido como o menor valor de venda, isto é, numa relação mercadológica seria aquele preço mínimo de venda.

²⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

A alíquota é o percentual que incide sobre o valor venal, a fim de determinar e dimensionar o valor da prestação pecuniária, de modo a ser exigível o tributo incidente sobre o fato gerador.

3.3 PROGRESSIVIDADE DO IPTU

As alíquotas proporcionais são aquelas que são fixas sobre uma base de cálculo variável. Já as progressivas são as que variam conforme a base de cálculo (o aumento da base de cálculo faz crescer a alíquota)

Quanto à progressividade, vale destacar o trecho de José Eduardo Silvério Ramos, citando Ives Gandra Martins e Aires F. Barreto:

Ives Gandra da Silva Martins e Aires F. Barreto entendem que a progressividade implica desigualdade, uma vez que extrapola a proporcionalidade e, de acordo com o critério de discriminação adotado, desconsidera o princípio da capacidade contributiva. Para eles, apenas a proporcionalidade observa a capacidade contributiva. A progressividade teria motivações extrafiscais e somente pode ser aplicada em situações expressamente autorizadas pelo constituinte.²⁶

Em decorrência da atual redação do texto constitucional, principalmente após a EC n. 29/2000, a Municipalidade e o Distrito Federal poderão instituir o IPTU com alíquotas progressivas, além da alíquota padrão (proporcional), pois a regra é que os tributos sejam proporcionais, das seguintes formas:

- a) alíquota progressiva em razão do valor do imóvel (art. 156, §1º, inciso I, CRFB/88);
- b) alíquota diferenciada em razão do uso e da localização do imóvel (art. 156, § 1º, inciso II, CRFB/88);
- c) alíquota progressiva no tempo, com o objetivo de promoção do adequado aproveitamento do solo urbano, do proprietário que não cumpre a função social da propriedade urbana (art. 182, § 4º, inciso II, CRFB/88).

Destarte, a progressividade do IPTU se deve em razão do valor do imóvel, sua localização e do devido cumprimento da função social (vocação do imóvel).

Assim, é de se destacar que o proprietário-contribuinte que tem APP deve promover o adequado aproveitamento do imóvel, caso assim não fosse, estaria

²⁶ RAMOS, José Eduardo Silvério. Tributação ambiental: o IPTU e o meio ambiente urbano. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 87.

suprimindo mata nativa em Área de Preservação Permanente, o que é vedado pelo ordenamento pátrio (art. 7 da Lei n. 12.651/2012), bem como violaria o princípio do direito ao meio ambiente equilibrado (art. 225 da CRFB/88), assegurado a todos os cidadãos.

3.4 OUTROS PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS

3.4.1 PRINCÍPIO DA ISONOMIA

O princípio da isonomia tributária, previsto no art. 150, inciso II, da CRFB/88, constitui uma forma de limitação ao poder de tributar vinculada à ideia de justiça tributária. Veda o tratamento desigual entre os contribuintes que se encontrem em situação equivalente, mas permite o tratamento desigual a quem esteja em desigualdade, na medida de suas desigualdades.

Veda-se, também, qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos.

Assim, a exigência de IPTU sobre a área que possui APP, além de ferir a capacidade contributiva e a isonomia, pois o contribuinte não está em condições de igualdade em relação a quem não possui APP, limita o direito de propriedade, uma vez que não se pode dispor do bem em sua completude.

3.4.2. PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

Nos termos do art. 145, §1º, da CRFB/88, sempre que possível os tributos serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte. A capacidade contributiva está vinculada a possibilidade de contribuição, mensurada com base nas riquezas do contribuinte.

Nestes moldes, destaca-se o ensinamento de Luciano Amaro:

O princípio da capacidade contributiva inspira-se na ordem natural das coisas: onde não houver riqueza é inútil instituir imposto, do mesmo modo que em terra seca não adianta abrir poço à busca de água. Porém,

na formulação jurídica do princípio, não se quer apenas preservar a eficácia da lei de incidência (no sentido de que esta não caia no vazio, por falta de riqueza que suporte o imposto); além disso, quer-se preservar o contribuinte, buscando evitar que uma tributação excessiva (inadequada à sua capacidade contributiva) comprometa os seus meios de subsistência, ou o livre exercício de sua profissão, ou a livre exploração de sua empresa, ou o exercício de outros direitos fundamentais, já que tudo isso relativiza sua capacidade econômica. Como registraram Geraldo Ataliba e Cléber Giardino, a capacidade econômica corresponde à “real possibilidade de diminuir-se patrimonialmente, sem destruir-se e sem perder a possibilidade de persistir gerando a riqueza de lastro à tributação”.²⁷

E também, Paulo de Barros Carvalho:

Desde logo cumpre fazer observação importante e que atina ao momento da determinação do que seja a capacidade econômica do contribuinte, prevista no § 1º do art. 145 da Carta Magna. Havemos de considerar que a expressão tem o condão de denotar dois momentos distintos no direito tributário. Realizar o princípio pré-jurídico da capacidade contributiva absoluta ou objetiva retrata a eleição, pela autoridade legislativa competente, de fatos que ostentem signos de riqueza. Esta é a capacidade contributiva que, de fato, realiza o princípio constitucionalmente previsto. Por outro lado, também é capacidade contributiva, ora empregada em acepção relativa ou subjetiva, a repartição da percussão tributária, de tal modo que os participantes do acontecimento contribuam de acordo com o tamanho econômico do evento. Quando empregada no segundo sentido, embora revista caracteres próprios, sua existência está intimamente ilaqueada à realização do princípio da igualdade, previsto no art. 5º, *caput*, do Texto Supremo. Todavia, não custa reiterar que este só se torna exequível na exata medida em que se concretize, no plano pré-jurídico, a satisfação do princípio da capacidade contributiva absoluta ou objetiva, selecionando o legislador ocorrências que demonstrem fecundidade econômica, pois, apenas desse modo, terá ele meios de dimensioná-las, extraíndo a parcela pecuniária que constituirá a prestação devida pelo sujeito passivo, guardadas as proporções da ocorrência.²⁸

Assim a capacidade econômica se traduz na aptidão para suportar a carga tributária sem que haja perecimento da riqueza tributável que se baseia, calcada no mínimo existencial. Ademais, o mínimo existencial (vital ou necessário) está delineado no art. 7, inciso IV, da CRFB/88, cujo teor indica os parâmetros de quantidade de riqueza mínima, suficiente para a manutenção do indivíduo e de sua família, isto é, um limite intangível pela tributação, no bojo da capacidade contributiva.

Portanto, no momento em que a tributação subtrai/tira do contribuinte a sua capacidade (econômica) do bem que é fato gerador do tributo, tem-se afetado a

²⁷ AMARO, Luciano. Direito tributário brasileiro. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

²⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

garantia de atendimento às suas necessidades essenciais, sobressaindo o efeito de confisco.

Noutras palavras, desentranha-se que o imposto (diga-se, IPTU) não incide onde não há riqueza (terreno com APP); ou, sendo a riqueza baixíssima (o valor da terra nua em APP), a exploração econômica sustentável resta prejudicada, pois há limitação expressa (interdição) ao direito de propriedade do contribuinte.

3.4.3 PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO

A Constituição Federal, em seu art. 150, inciso IV, estabelece que é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios utilizar tributo com efeito de confisco. Não obstante seja problemático o entendimento do que seja um tributo com efeito de confisco, certo é que a norma constitucional pode ser invocada sempre que o contribuinte entender que o tributo esteja lhe confiscando os bens.

O efeito de confisco tributário consiste em uma ação do Estado, empreendida pela utilização do tributo, a qual retira a totalidade ou parcela considerável da propriedade do contribuinte, sem qualquer retribuição/restituição econômica ou financeira por tal ato.

De modo geral, o conceito de confisco tem sido apresentado como a absorção da propriedade particular pelo Estado, sem justa indenização. No momento em que isso ocorre, no plano tributário, exsurge o efeito de confiscatório em matéria tributária, revestindo-se da roupagem de tributo inconstitucional.

Neste diapasão, esclarece Paulo de Barros Carvalho:

A intuição, que sabemos ser poderoso instrumento cognoscitivo, indica-nos alguns casos flagrantes. Todavia, não oferece diretriz segura. Terreno fecundo para facilitar a identificação temos nos tributos que gravam a propriedade imobiliária e mesmo a titularidade de bens móveis com características de durabilidade, em que a incidência acontece periodicamente, caindo de maneira sistemática para suscitar novas relações tributárias. Exemplo do primeiro caso é o imposto predial e territorial urbano, da competência dos Municípios, bem como a do imposto territorial rural, do âmbito da União. Modelo do segundo é o imposto sobre veículos automotores. De evidência que qualquer excesso impositivo acarretará em cada um de nós a sensação de confisco.

Porém, o difícil é detectarmos os limites. Haverá sempre uma zona nebulosa, dentro da qual as soluções resvalarão para o subjetivismo.²⁹

Portanto, no caso em comento, propriedade urbana atingida, total ou parcialmente, por Área de Preservação Permanente, mesmo que tenha um valor (não econômico) social, denota em um desnaturamento em termos econômicos, pois retira-se a finalidade (vocação) e interdita o imóvel, ao passo a tributac o nestas áreas de protec o ambiental acaba se tornando tributo com feitiço confiscatório, pois não se tributa onde não há riqueza (econômica).

Assim, a cobrança de IPTU em APP, onde a urbaniza o   vedada, apresenta-se distorcida   ideia de urbaniza o empreendida pelos Municípios, conquanto não se deva urbanizar áreas de preserva o. Não se trata desconhecer que o IPTU grava a propriedade, mas, sim, reconhecer que a vedac o de urbaniza o de área ambiental pelos entes políticos impede a cobrança da referida exa o, por ausência de elementos que afirmam a materialidade do IPTU.

3.5 O TOMBAMENTO COMO RESTRI O LEGAL AO EXERCÍCIO DA PROPRIEDADE

Com o advento do princípio da func o social da propriedade do imóvel, entendido como o ideal a ser perseguido pelo proprietário, a fim de cumprir a voca o que o imóvel almeja, surgiu não apenas a imposi o de obriga es de não fazer, como também as de fazer, consistindo no adequado aproveitamento do solo urbano, nos termos do art. 182,   4 , da CRFB/88.

No campo das limita es administrativas (muito diferente da interdi o administrativa) surge o tombamento, que implica na interven o administrativa que o Poder Público realiza na propriedade, a fim de preservar os valores culturais, artísticos e paisagísticos nele encarnados.

De mais a mais, a no o de protec o ambiental   muito ampla, abrangendo todos os bens naturais e culturais, que possuem valores juridicamente passíveis

²⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 168

de serem protegidos, desde o solo, água, ar, flora, fauna e ao patrimônio histórico, artístico, turístico, pasagístico, monumental e arqueológico.

Com arrimo no art. 216, § 1º, da CRFB/88, o Poder Público promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, sendo uma de suas modalidades o tombamento.

Para elucidar o tema, ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Pelo tombamento, o Poder Público protege determinados bens, que são considerados de valor histórico ou artístico, determinando a sua inscrição nos chamados Livros do Tombo, para fins de sua sujeição a restrições parciais; em decorrência dessa medida, o bem, ainda que pertencente a particular, passa a ser considerado bem de interesse público; daí as restrições a que se sujeita o seu titular. O tombamento é sempre uma restrição parcial, não impedindo ao particular o exercício dos direitos inerentes ao domínio; por isso mesmo, não dá, em regra, direito a indenização; para fazer jus a uma compensação pecuniária, o proprietário deverá demonstrar que realmente sofreu algum prejuízo em decorrência do tombamento.³⁰

É bom destacar que o Poder Executivo, quando não toma as medidas neessárias para o tombamento de um bem, haja vista o seu valor histórico ou pasagístico, a jurisprudência, bem como os juristas, tem entendido que, por meio do Ministério Público (Ação Civil Pública) ou de Cidadão (Ação Popular), o Judiciário pode determinar ao Executivo que faça o devido tombamento.

Isto é, não é o Poder Judiciário que declara o bem tombado, mas é por meio da ação propriamente dita que impõe uma obrigação de fazer ao Poder Executivo.

O tombamento está regido pelo Decreto-lei n. 25/1937, sendo que a limitação administrativa pode atingir bens de qualquer natureza, sejam eles móveis ou imóveis, materiais ou imateriais, públicos e privados. Ademais, a limitação administrativa pode ser total ou parcial, ao passo que se for aquela, como haverá a supressão de todas as faculdades que goza o proprietário, gerará indenização.

Observa-se que, no tombamento total, o correto seria a desapropriação do bem tombado, uma vez que as restrições possíveis são apenas as que constam em lei, a qual não há previsão de qualquer restrição de forma integral ao direito de propriedade. Muito se aproxima da interdição do direito de propriedade, contudo

³⁰ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 125

aqui é uníssono que deve haver indenização, enquanto na existência ou criação de Área de Preservação Permanente nem se cogita.

Alguns tombamentos atingem bairros, cidades inteiras, como nas cidades históricas de Ouro Preto/MG e Olinda/PE, onde a exceção é a não conservação e reparação do bem tombado. Neste caso, verifica-se que há, dependendo do caso, valorização do bem imóvel. Contudo, diferente é o caso, quando o bem tombado é unitário. Assim, nas palavras de Paulo Affonso Leme Machado:

Diferente é a situação quando uma propriedade é escolhida solitariamente para ser conservada. Muitas vezes, pretende-se que ela fique como testemunha de uma determinada época ou padrão cultural. Diante do ônus da conservação de um só ou de poucos bens em relação ao conjunto existente. Ora, de imediato é de se constatar que a limitação não está sendo geral no mesmo espaço geográfico... Havendo um certo grau de especialidade na limitação ao direito de propriedade, abra-se o direito à indenização do proprietário[...]³¹

Tal matéria também foi resolvida por Lúcia Valle Figueiredo:

I – Se a propriedade privada ficar totalmente aniquilada, mercê do tombamento, por agerdir esta situação o dispositivo constitucional de ampla proteção à propriedade (art. 5º, XXII), somente com “restrições” ali apostas, entendemos configurar-se autêntico caso de desapropriação – na hipótese, “desapropriação indireta”, que se resolverá com a indenização correspondente. II – Se a propriedade privada tiver diminuída sua possibilidade de utilização, deverá o Poder Público constituir uma servidão, indenizando o proprietário na proporção em que este for atingido pela medida do tombamento. Neste caso, estaremos diante de verdadeira servidão administrativa[...]³²

Logo, por analogia e simetria, esta interpretação deveria valer para as APP's que atingem parte ou globalmente a propriedade do contribuinte, pois muitos Municípios concedem isenção de IPTU quando o bem tombado estiver conservado e restaurado.

A título de exemplificação, o Município de São Francisco do Sul, que possui um grande valor histórico e cultural, concede isenção de até 90% (noventa por cento) de IPTU, conforme art. 236, § 5º, da Lei Complementar n. 1/1999:

³¹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. Tombamento e dever de indenizar. Revista de Direito Público n. 81, jan-mar/1987. p. 72/73.

³² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1995, p. 200.

§ 5º O imóvel tombado pelo Executivo Municipal , Estadual ou Federal, desde que conservadas as características históricas originais pelo contribuinte, e em petição devidamente interposta à Prefeitura, permitirá um desconto de até 90% (noventa por cento) no valor venal do imóvel.

Imperioso concluir que, se no tombamento algumas das faculdades do proprietário são suprimidas e há isenção quanto ao IPTU, na exigência deste tributo em Áreas de Preservação Permanente se caracteriza locupletamento por parte da Fazenda Municipal, pois naquele o proprietário tem proveito econômico, uma vez que a limitação administrativa apenas mudou a vocação do imóvel, já em APP's há interdição no imóvel, porque o proveito econômico singularizado se esvaziou.

Ademais, entende-se que no caso das limitações administrativas, como no tombamento e servidão administrativa, as restrições ao direito de propriedade não retiram o conteúdo econômico da propriedade, salvo se houver desvalorização do imóvel, que possibilitará a própria redução da base de cálculo (é automática).

Corroborando este entendimento, ensina José Eduardo Soares de Melo:

O imóvel situado em áreas de preservação ambiental (art. 225, § 1º, III, da CF), contidas em unidades de uso sustentável em propriedades particulares, também pode implicar a perda do seu valor econômico no caso de submeter-se a regras impostas pelo Poder Público, acarretando a desigualdade em relação ao proprietário de imóvel sem restrição. Assim, há necessidade de redução da carga do imposto, harmonizando o direito de propriedade com as exigências da proteção ao meio ambiente.³³

Diferente do que ocorre com o tombamento, na Área de Preservação Permanente a exigência do imposto, IPTU, está prejudicada, uma vez que o proprietário do imóvel gerador da exação tributária, está impedido de dispor, usar ou gozar do terreno, pois está situado em área de proteção ambiental. Noutras palavras, poder-se-ia dizer que o imóvel, para o proprietário, não tem valor algum, haja vista que não pode utilizar ou dispor dele materialmente (construir, reformar, demolir) ou juridicamente (alienar, gravar).

³³ MELO, Jose Eduardo Soares. Curso de Direito Tributário. 7. ed. São Paulo: Dialética, 2007. p. 462.

3.6 APLICAÇÃO DA TEORIA DE COASE NA CRIAÇÃO DE ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE

Ronald Coase, oriundo da Escola de Chicago de Economia, afirma que quando os custos de transação são nulos (=zero), ou próximo a isto, não faz diferença/importa como os direitos de propriedade são alocados em casos de interesses conflitantes³⁴. Todos os afetados pela externalidade chegarão, em um momento dado, a negociar entre si o efeito externo, alcançando um ponto ótimo, beneficiando todos os afetados no conflito suscitado.

Em famoso exemplo, Ronald Coase discute a destruição provocada pela locomotiva de uma linha de trem que serpenteia as fazendas de milho e pomares por onde passa. Para ele, os danos causados pela linha sobre as plantações dos fazendeiros são uma "externalidade" que deveria, de acordo com os postulados da eficiência social, serem internalizados. Ai surge o problema, quem deve internalizar esse custo?

Deste modo, não faz diferença qual das duas possíveis alternativas é seguida: ou se decide que o fazendeiro tem um direito de propriedade sobre a fazenda e o pomar, de modo que a linha de trem deve indenizar pelo prejuízo causado, ou a linha de trem goza do direito de continuar vomitando/expelindo fumaça onde quiser, e, caso o fazendeiro deseje cessar a emissão, terá de indenizar a locomotiva de trem para instalar um mecanismo de redução de fumaça, geralmente os chamados catalisadores.

Portanto, não interessa, do ponto de vista do dispêndio de recursos produtivos, qual solução é adotada. Ocorre que, para tal aplicação funcionar, os custos de transação devem ser próximos ou iguais a zero. Concluindo: a Teoria de Coase diz que os envolvidos numa relação privada podem solucionar o problema das externalidades entre si. Qualquer que seja a distribuição inicial dos direitos (ou ao trem ou ao fazendeiro), as partes interessadas sempre podem chegar a um acordo no qual todos fiquem numa situação melhor e o resultado seja eficiente para todos.

A criação ou existência de Área de Preservação Permanente (arts. 4 e 6 da Lei 12.651/2012) dentro de uma propriedade imóvel urbana gera, no atual Estado

³⁴ COASE, Ronald H. "The Problem of Social Cost". Journal of Law and Economics 3 (Outubro 1960). Virginia. EUA.

de Direito Ambiental, uma externalidade positiva para toda a sociedade, isto é, bem-estar às pessoas não diretamente envolvidas na relação, bem como as espécies de animais e vegetais que dependem daquela proteção ambiental intocável..

Contudo, a propriedade que detém alguma interdição ambiental, como o caso de Área de Preservação Permanente, espaço geográfico que é vedado qualquer tipo de destruição ou construção, gera externalidade negativa para o proprietário que suporta a restrição, pois nas palavras de Hely Lopes Meirelles “ninguém adquire terreno urbano em que seja vedada a construção, como, também, nenhum particular adquire terras ou matas que não possam ser utilizadas economicamente, segundo a destinação normal.”

Logo, como nas transações privadas, a internalização das externalidades negativas (custos) são alocadas por aquele que gera o dano. No caso em comento, não há um dano propriamente dito, mas sim o tolhimento de um direito constitucionalmente previsto por parte do Estado, em face do direito coletivo de ter um ambiente ecologicamente sustentável e equilibrado.

Diante deste panorama, como proposta de solução deste impasse, seria a idéia que o próprio Estado internalize a externalidade negativa, detectando-a por meio de instrumentos jurídico-administrativos (mapeamento das Áreas de Preservação Permanente), ou por meio de normas (=isenção), que induzam comportamentos para amenizar a produção de efeitos negativos, como se da, por exemplo, pela via de mecanismos fiscais, ou também se indenizando o proprietário que suporta APP em sua propriedade.

O problema econômico, para Coase, não atua em identificar a atividade causante/criadora do efeito externo negativo. A discussão é como maximizar o valor da produção, internalizando os custos. Assim, a técnica de ponderação ou sopesamento de bens em situações de conflito, que propõe Coase, focaliza-se na análise de custo-benefício das diferentes alternativas de resolução do conflito.

Com o advento do Novo Código Florestal, surge o programa de incentivos fiscais para os sujeitos que preservem a floresta e a fauna, como para aqueles que realizem atividades de recuperação de áreas do meio ambiente degradada, sendo uma forma de induzir a determinado comportamento através de normas indutoras.

Neste sentido, seria o Estado quem assume a externalidade negativa do desmatamento ou degradação do meio ambiente (floresta, fauna, espécies do ecossistema natural e demais), internalizando os custos. Não se proíbe, nem se sanciona a conduta que degrade o meio ambiente, pois se estimula a atividade de recuperação e preservação do meio ambiente por meio de incentivos ou benefícios fiscais.

CONCLUSÃO

Com o advento do Texto Magno vigente, todos passaram a ter direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem como ao ambiente natural, artificial, cultural, artístico e pasagísitico. Contudo, o referido direito, muitas vezes, decorre do suprimento de outro direito fundamental, o direito de propriedade.

Ademais, a política urbana delineada pelo Poder Constituinte Originário, a ser executada pelo Entes Federativos, tem por anseio ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade moderna e garantir o bem-estar de seus habitantes.

A tributação, instrumento outorgado pelo Texto Magno aos Entes Federativos, tem como uma de suas diretrizes dar efetividade ao plano de desenvolvimento urbano, priorizando a ascensão das funções sociais da cidade e garantindo qualidade de vida e bem-estar de seus habitantes.

Assim, a Municipalidade, nos termos do art. 156 da CRFB/88, os Municípios e o Distrito Federal podem criar, fiscalizar e arrecadar o Imposto Sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU), Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) e o Imposto Sobre a Transferência de Bens Imóveis (ITBI).

Deste modo, quanto a estas espécies tributárias, os Municípios e o Distrito Federal podem conceder isenções, conforme arts. 176 e seguintes do Código Tributário Nacional, respeitada a interpretação literal (art. 111, inciso II, CTN).

Já os terrenos de marinha e seus acrescidos, são regulamentados pelo Decreto-lei n. 9.760/1946, que dispõe, em suma, que os foros e taxas de ocupação não são espécies tributárias, mas mera receita originária para os cofres da União, pois é a legítima proprietária dos imóveis dominicais.

Dito isto, a cobrança de IPTU e foro ou taxa de ocupação nos espaços geográficos onde se localizam as Áreas de Preservação Permanente violam os princípios tributários consagrados pelo Texto Magno, bem como vão de encontro ao bem que se deseja proteger, pois a característica manifestada é a

extrafiscalidade, com fins de intervir na atividade econômica, suprimindo o valor econômico do bem; buscando, portanto, transformar as condutas sociais.

Ocorre que esta medida, não estimula, mas desestimula as condutas em prol do meio ambiente, pois, além de o proprietário suportar uma interdição de seu imóvel, tem o ônus de cuidar e preservar o espaço geográfico delimitado pela APP.

Portanto, não se trata de mera restrição administrativa ao exercício do direito à propriedade privada, como o Plano Diretor Municipal, direito de vizinhança, Estatuto das Cidades, tombamento, servidão, mas sim interdição administrativa, que se aproxima de uma desapropriação propriamente dita, pois as faculdades de ser proprietário foram aniquiladas, suprimindo todo o valor econômico do bem, além de impor ônus ao proprietário de preservar e manter a APP intacta.

Sem dúvida, com o objetivo de proteger o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, esta espécie de proteção ambiental (APP), cria externalidade positiva para toda a sociedade, embora crie externalidade negativa para o proprietário, pois não há interesse econômico em área onde não se pode construir/derrubar/produzir.

Assim, conclui-se que duas alternativas para a Municipalidade são possíveis: i) pode-se indenizar o proprietário que tem APP ou o próprio Estado internaliza o custo de manutenção da proteção ambiental, aproximando-se da solução dada por Ronald Coase; ii) como há o aniquilamento das faculdades de ser proprietário, reconhece-se que houve a desnaturação da incidência do IPTU em Área de Preservação Permanente.

Do mesmo modo, pode-se entender esta ideia em relação ao foro e a taxa de ocupação, pois a União: i) pode indenizar o foreiro ou o ocupante, ou internalizar esse custo (Teoria de Coase); ii) não pode exigir o foro ou taxa de ocupação sobre o espaço geográfico onde há Área de Preservação Permanente, uma vez que servirá de incentivo para a Proteção Ambiental.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Carlos Washington de. Direito de propriedade. Barueri: Manole, 2006.

AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARRETO, Aires F. In: MARTINS, Ives Gandra da S. (coord.). Curso de Direito Tributário. 8. ed. Curso de Direito Tributário – Imposto Predial e Territorial Urbano. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

Acesso em: 20 mar. 2014.

_____. **Decreto Lei nº 9.760/1946**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del9760compilado.htm>. Acesso

em: 20 mar. 2014.

_____. **Decreto Lei nº 2.398/1987**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del2398compilado.htm)

1988/Del2398compilado.htm>. Acesso em: 20 mar. 2014.

_____. **Lei nº 12.651/2012**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/L12651compilado.htm)

2014/2012/lei/L12651compilado.htm>. Acesso em: 20 mar. 2014.

_____. **Lei nº 5.172/1966**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 20

mar. 2014.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 24. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011.

COASE, Ronald H. "The Problem of Social Cost," Journal of Law and Economics 3. Virgínia. EUA. Out. 1960.

DAFOE, Daniel. Robinson Cruzeó. Disponível em: <http://www.virtualbooks.com.br/v2/ebooks/pdf/00855.pdf> Acesso em: 04 abr. 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ENGELS, Friedrich. A Origem da família, da propriedade Privada e do Estado: trabalho relacionado com as investigações de L. H. Morgan. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direitos Reais. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

GOMES, Orlando. Direitos Reais. 20. ed. Atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

HARADA, Kiyoshí. Direito financeiro e tributário. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

LEITE, José Rubens Morato. Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LIMA, Obéde Pereira de. Localização geodésica da linha da preamar média de 1831 LPM/1831, com vistas à demarcação dos terrenos de marinha e seus acrescidos. Florianópolis: SC, 2002. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/83028/184921.pdf?sequence=1> Acesso em: 22 jun. 2014.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 21. ed. São Paulo : Malheiros, 2013.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Tombamento e dever de indenizar. Revista de Direito Público n. 81, jan-mar 1987.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro. 29. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELO, Jose Eduardo Soares. Curso de Direito Tributário. 7. ed. São Paulo: Dialética, 2007.

Parque SERRA DO TABULEIRO. Disponível em: <http://parquedotabuleiro.blogspot.com.br/p/o-parque.html> . Acesso em: 24 jun. 2014.

RAMOS, José Eduardo Silvério. Tributação ambiental: o IPTU e o meio ambiente urbano. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SARLET, Ingo. Direito Constitucional Ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, José Afonso da. Direito Urbanístico Brasileiro. 6. ed. rev. atual. Malheiros. São Paulo: Malheiros, 2010.

THEODORO, Marcelo Antonio. Direitos fundamentais e sua concretização. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

VON MISES, Ludwig. Ação Humana. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.