Coordenadoria de Análise de Jurisprudência
DJE nº 078 Divulgação 30/04/2008 Publicação 02/05/2008
Ementário nº 2317 - 4

06/03/2008 **TRIBUNAL PLENO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 387.047-5 SANTA CATARINA

RELATOR	:	**MIN. EROS GRAU**
RECORRENTE(S)	:	KOERICH PARTICIPAÇÕES ADMINISTRAÇÃO E CONSTRUÇÃO LTDA
ADVOGADO(A/S)	:	GUSTAVO AMORIM E OUTRO(A/S)
RECORRIDO(A/S)	:	MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS
ADVOGADO(A/S)	:	OSCAR JUVÊNCIO BORGES NETO

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LEI N. 3.338/89 DO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS/SC. SOLO CRIADO. NÃO CONFIGURAÇÃO COMO TRIBUTO. OUTORGA ONEROSA DO DIREITO DE CRIAR SOLO. DISTINÇÃO ENTRE ÔNUS, DEVER E OBRIGAÇÃO. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. ARTIGOS 182 E 170, III DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. SOLO CRIADO

Solo criado é o solo artificialmente criado pelo homem [sobre ou sob o solo natural], resultado da construção praticada em volume superior ao permitido nos limites de um coeficiente único de aproveitamento.

2. OUTORGA ONEROSA DO DIREITO DE CRIAR SOLO. PRESTAÇÃO DE DAR CUJA SATISFAÇÃO AFASTA OBSTÁCULO AO EXERCÍCIO, POR QUEM A PRESTA, DE DETERMINADA FACULDADE. ATO NECESSÁRIO. ÔNUS.

Não há, na hipótese, obrigação. Não se trata de tributo. Não se trata de imposto. Faculdade atribuível ao proprietário de imóvel, mercê da qual se lhe permite o exercício do direito de construir acima do coeficiente único de aproveitamento adotado em determinada área, desde que satisfeita prestação de dar que consubstancia ônus. Onde não há obrigação não pode haver tributo. Distinção entre ônus, dever e obrigação e entre ato devido e ato necessário.

3. ÔNUS DO PROPRIETÁRIO DE IMÓVEL URBANO.

Instrumento próprio à política de desenvolvimento urbano, cuja execução incumbe ao Poder Público municipal, nos termos do disposto no artigo 182 da Constituição do Brasil. Instrumento voltado à correção de distorções que o crescimento urbano desordenado acarreta, à promoção do pleno desenvolvimento das funções da cidade e a dar concreção ao princípio da função social da propriedade [art. 170, III da CB].

4. Recurso extraordinário conhecido, mas não provido.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência da Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos e nos termos do voto do relator, negar provimento ao recurso.

Brasília, 6 de março de 2008.

EROS GRAU - RELATOR

05/09/2006 SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 387.047-5 SANTA CATARINA

PROPOSTA DE REMESSA AO PLENO

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): Senhor Presidente, sugiro à Turma afetarmos esta matéria ao Pleno.

É uma matéria extremamente relevante. Trata-se da questão da instituição do solo criado, Município do Estado de Santa Catarina, mas que logo depois foi contemplada, consagrada no Estatuto da Cidade.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 387.047-5
PROCED.: SANTA CATARINA
RELATOR : MIN. EROS GRAU
RECTE.(S): KOERICH PARTICIPAÇÕES ADMINISTRAÇÃO E CONSTRUÇÃO LTDA
ADV.(A/S): GUSTAVO AMORIM E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S): MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS
ADV.(A/S): OSCAR JUVÊNCIO BORGES NETO

Decisão: A Turma, por votação unânime, deliberou **afetar** ao Plenário do Supremo Tribunal Federal **o julgamento** do presente recurso extraordinário, **nos termos** de proposta formulada pelo Ministro-Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Gilmar Mendes e Cezar Peluso. **2ª Turma**, 05.09.2006.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Eros Grau. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Gilmar Mendes e Cezar Peluso.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Gonçalves.

Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador

21/02/2008 TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 387.047-5 SANTA CATARINA

RELATOR	:	**MIN. EROS GRAU**
RECORRENTE(S)	:	KOERICH PARTICIPAÇÕES ADMINISTRAÇÃO E CONSTRUÇÃO LTDA
ADVOGADO(A/S)	:	GUSTAVO AMORIM E OUTRO(A/S)
RECORRIDO(A/S)	:	MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS
ADVOGADO(A/S)	:	OSCAR JUVÊNCIO BORGES NETO

R E L A T Ó R I O

O **SENHOR MINISTRO Eros Grau:** KOERICH PARTICIPAÇÕES E ADMINISTRAÇÃO LTDA. impetrou mandado de segurança contra ato do Prefeito Municipal de Florianópolis, de seu Secretário de Finanças e do Chefe do Serviço de Arrecadação do Município de Florianópolis, objetivando abster-se do pagamento da "parcela do solo criado".

2. Alegou que além de outras obrigações financeiras a suportar, para que possa obter a expedição do alvará de construção, também é exigido o pagamento da "parcela do solo criado" instituída pela Lei Municipal n. 3.338/89. Afirmou que aí haveria um tributo, imposição inconstitucional, vez que a competência para legislar sobre essa matéria é da União.

3. A segurança foi denegada na primeira instância.

4. O acórdão da Terceira Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina tem o seguinte teor:

> "Mandado de Segurança - Parcela referente ao solo criado - Lei nº 3.338/89 do Município de Florianópolis - Inocorrência de ofensa aos direitos de propriedade e de

construir - Exigibilidade de sua cobrança - Ordem denegada - Recurso desprovido.
'A remuneração exigida do interessado como condição para a criação de solo possui natureza indenizatória, motivo pelo qual o solo criado não é um instrumento de arrecadação de fundos, mas o meio de disciplina do ordenamento territorial nas cidades, de modo a adotar a Administração municipal dos recursos necessários à implementação dos serviços básicos para suportar o aumento populacional.' (TJSC, 3ª Câm.)" [Fl. 187].

5. Contra a decisão foram opostos embargos de declaração, que resultaram rejeitados:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - PARCELA REFERENTE AO SOLO CRIADO - NULIDADE DO JULGAMENTO POR DISTRIBUIÇÃO IRREGULAR - INOCORRÊNCIA - OMISSÃO E CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO - HIPÓTESE REPELIDA - REJEIÇÃO" [Fl. 215].

6. Daí o recurso extraordinário, fundamentado no artigo 102, III, "c", CB/88, processado por força de agravo de instrumento provido. A recorrente afirma que o acórdão recorrido, do TJ/SC, entendeu ser constitucional a exigência da exação denominada "parcela do solo criado", instituída pela Lei Municipal n. 3.338/89, do Município de Florianópolis. Isso mediante afronta ao disposto nos artigos 5º, II; 145, § 2º; 150, I e 156, todos da Constituição do Brasil. Insiste em que o recurso extraordinário questiona a decisão que julgou válida lei local [municipal].

7. A recorrente já sustentava, desde o recurso de apelação, tratar-se, no caso "de um verdadeiro imposto, não guardando qualquer correlação do seu fato gerador com o exercício de uma atividade pública ou exercício regular do poder de polícia (145, II, CB), sendo que sua base de cálculo é típica de imposto (145, § 2º, CB). Desta forma, sua criação extrapolou a competência do poder municipal de tributar, a teor do artigo 156, da CF" [Fls. 133/148].

8. O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não-conhecimento do recurso extraordinário [Fls. 312/317].

É o relatório.

V O T O

O **SENHOR MINISTRO Eros Grau (Relator)**: Estando os autos em condições de serem apreciadas as razões de recurso extraordinário, passo prontamente a considerá-las.

2. O Município de Florianópolis instituiu, na Lei n. 3.338, de 28 de dezembro de 1989, a chamada "parcela do solo criado".

3. A recorrente sustenta que essa "parcela do solo criado", instituída pela Lei Municipal n. 3.338/89, do Município de Florianópolis, é dotada de caráter tributário e sua base de cálculo é típica de imposto [artigo 145, § 2º, CB].

4. A idéia de solo criado tomou corpo em um seminário promovido em janeiro de 1.975, em São Paulo, pelo Grupo de Estudos da Grande São Paulo - GEGRAN. Posteriormente, em dezembro de 1.976, um outro seminário em torno do tema foi realizado na cidade de Embu-SP, tendo então sido assinada por alguns juristas, arquitetos e urbanistas a Carta do Embu. É a partir desses primeiros debates que se chegou ao instituto da outorga onerosa do direito de construir, tal como hoje contemplado no *Estatuto da Cidade*, a Lei n. 10.257/01.

5. A noção originária de solo criado foi desenvolvida a partir da observação da possibilidade de criação artificial de área horizontal, mediante a sua construção sobre ou sob o solo natural. Algo diverso da mera ocupação do espaço aéreo. Dir-se-á, a propósito, que uma catedral gótica avança para o alto, sem, contudo, criar artificialmente qualquer nova área horizontal. Solo criado, em um primeiro momento, é o solo artificialmente criado pelo homem [sobre ou sob o solo natural].

6. A noção jurídica de solo criado é um tanto mais sofisticada, sendo constituida a partir do momento em que se adote como padrão urbanístico um coeficiente único de aproveitamento. Suponha-se a adoção desse coeficiente único de aproveitamento para todo o território de um Estado ou para toda uma região [um centro urbano]. Chamar-se-á então de "solo criado" o resultado da construção praticada em volume superior ao permitido, nos limites do coeficiente único de aproveitamento.

7. Sendo assim, se tal coeficiente for igual a 1 (um), considerar-se-á solo criado a área que ultrapasse, em metros quadrados, o valor equivalente ao da área do terreno.

8. Em conseqüência, para que alguém possa construir a mais do que o admitido pelo coeficiente único de aproveitamento, terá de [i] adquirir direito de criar solo inerente a outro terreno (de propriedade privada ou do poder público) ou [ii] adquiri-lo, em dinheiro, do poder público.

9. Note-se bem: o que se adquire é direito de criar solo, não o direito de construir. O imóvel cujo "direito de criar solo" a ele inerente tenha sido transferido terá, em relação a si, proporcionalmente reduzido o montante desse direito. Permito-me insistir em que a concepção jurídica de solo criado decorre da necessária fixação de um coeficiente único de aproveitamento. E coeficiente único de aproveitamento --- insista-se também neste ponto --- não se confunde com índice de aproveitamento, que pode e mesmo deve, por razões de urbanismo, ser maior ou menor do que ele.

10. O artigo 9º e seu § 1º da Lei municipal n. 3.338/89, de Florianópolis, operam precisamente a adoção do instituto da outorga onerosa do direito de construir, qual acima o descrevi, criando o que a partir dela foi designado de "parcela do Solo Criado". Não se trata de tributo, como sustenta a recorrente.

11. Cuida-se, no caso, de faculdade atribuível ao proprietário de imóvel, mercê da qual se lhe permite, mediante contrapartida a ser por ele prestada, o exercício do direito de construir acima do coeficiente de aproveitamento básico adotado em determinada área.

12. Lê-se na Carta do Embu[1]: "É constitucional exigir, na forma de lei municipal, como condição de criação de solo, que o interessado entregue ao Poder Público áreas proporcionais ao solo criado; quando impossível a oferta dessas áreas, por inexistentes ou por não atenderem às condições legais para tanto requeridas, é admissível a sua substituição pelo equivalente econômico". Tem-se aí algo semelhante à obrigação, do loteador, de entregar ao Poder Público áreas destinadas ao sistema viário, equipamentos públicos e de lazer (Lei n. 6.766/79). Essa entrega é condição [ônus] para o exercício do direito de lotear.

13. A afirmação da existência, ao lado das modalidades tributárias [obrigacionais], de prestações de dar, instituídas em lei, que constituem condição para o exercício de determinadas condutas --- ou seja, objeto de *ônus* --- não é nova[2].

---

[1] Carta do Embu, in O solo criado/Carta do Embu, Fundação Prefeito Faria Lima, São Paulo, 1977, pag. 170.

[2] Menciono, neste passo, meus Depósito compulsório, in Enciclopédia Saraiva, vol 23/396-401, e Notas sobre o ordenamento jurídico dos preços, Revista da Faculdade

14. Observe-se que tributo é prestação de caráter obrigacional. O Código Tributário Nacional, ao referir a conduta "pagamento de tributo", a ela atribui esse caráter. A comprovação disso é alcançada mediante o simples exame, por exemplo, dos textos dos seus artigos 113, 114, 119 e 121. Essa atribuição de caráter obrigacional àquela conduta é unanimemente reconhecida pela doutrina[3].

15. A amplitude do enunciado do artigo 3º do CTN é afetada pelo caráter obrigacional do tributo. O texto desse artigo 3º há de ser interpretado em coerência com a sistemática da codificação, que impede a intrusão, no conceito de tributo, de prestações de dar não obrigacionais.

16. Impossível negar, aqui, a lição de CARLOS MAXIMILIANO: "por umas normas se conhece o espírito das outras"[4]. E prossegue: "Em toda ciência, o resultado do exame de um só fenômeno adquire presunção de certeza quando confirmado, contrasteado pelo estudo de outras, pelo menos dos casos próximos, conexos; à análise sucede a síntese; do complexo de verdades particulares, descobertas, demonstradas, chega-se à verdade geral. Possui todo corpo órgãos diversos; porém a autonomia das funções não importa separação; operam-se, condicionados, os movimentos, e é difícil, por isso mesmo, compreender bem um elemento sem conhecer os outros, sem os comparar, verificar a recíproca interdependência, por mais que à

---

de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais volume 28, outubro de 1979, pags. 139 e ss.

Refiro-me, aqui, exclusivamente à obrigação principal, sem me deter em considerações a proposito da chamada "obrigação acessoria".

[4] Hermenêutica e Aplicação do Direito, 6ª., ed., Rio, Freitas Bastos, 1957, p. 164.

primeira vista pareça imperceptível. O processo sistemático encontra fundamento na lei da solidariedade entre fenômenos coexistentes"[5].

17. Aparentemente caberiam no interior do enunciado do artigo 3º do CTN todas as entradas compulsórias de moeda nos cofres públicos, decorrentes de obrigação *ex lege*, que não constituam sanção por ato ilícito. Um determinado ponto, todavia, é unanimemente reconhecido pela doutrina: ele é objeto de uma relação jurídica de *natureza obrigacional*[6]. Aqui estão de acordo gregos e troianos: a relação jurídico-tributária, especificamente no que tange à chamada "obrigação principal", é de natureza obrigacional[7]. Logo, não é possível a afirmação da existência de tributo onde não ocorra relação jurídica de natureza obrigacional.

---

[5] Ob. cit., p. 165.

[6] Com efeito, tomando as lições de Geraldo Ataliba, verificaremos, por um lado, que precisamente ao primeiro item do capítulo único da Primeira Parte de seu Hipótese de Incidência Tributária - (Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1.973, p. 9) ele confere o seguinte título: "Tributo como objeto da obrigação tributária"; por outro, em obra distinta afirma: "Na verdade, a obrigação tributária - nisto concordam gregos e troianos - é uma obrigação ex lege, que se opõe diametralmente às obrigações ex voluntate". Tudo conforme a colocação que se encontra em um dos seus primeiros livros (Noções de Direito Tributário, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1.964, p. 42): "surge, então, a relação jurídica obrigacional que tem em seus extremos, em seus pólos, o credor (Estado) e, o devedor (contribuinte). Essa relação jurídica, cujo conteúdo é o poder (e dever) de cobrar, de um lado, e a obrigação (dever) de pagar, de outro, se denomina "relação jurídico-tributária". Rubens Gomes de Souza (Compêndio de Legislação Tributária, 3ª ed., Financeiras, Rio, p. 63), após expor pertencer o Direito Tributário à categoria dos direitos obrigacionais, define a obrigação tributária como "o poder jurídico por força do qual o Estado (sujeito ativo) pode exigir de um particular (sujeito passivo) uma prestação positiva ou negativa (objeto da obrigação) nas condições definidas pela lei tributária (causa da obrigação)"; o objeto da obrigação tributária principal é o pagamento do tributo.

[7] V. Amílcar de Araújo Falcão, Fato Gerador da Obrigação Tributária, 2ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1971, p. 24, e Fábio Fanucchi, Curso de Direito Tributário, 4ª ed.., vol. I/213 e ss., São Paulo, Resenha Tributária, 1976. Dino Jarach (Curso Superior de Derecho Tributario, Buenos Aires. Liceo Profesional Cima, 1969, pp. 173 e 174) é peremptório: "En definitiva, todos los impuestos, tanto los llamados "reales" como los personales desde el punto de vista jurídico, son obligaciones y, por lo tanto, relaciones jurídicas personales en que por un lado existe una persona que debe pagar el impuesto y, por outro, el sujeito activo com la pretensión fiscal correspondiente".

18. Por isso não constituem modalidades tributárias, por exemplo, as cauções em dinheiro exigidas pela Administração Pública --- artigo 31, III, da Lei n. 8.666/93 --- como condição à admissão de particulares a licitações públicas. O mesmo seja dito em relação a outras prestações de dar, instituídas em lei, que configurem condição para o exercício de determinada conduta; é o caso também, exemplificativamente, do designado "depósito compulsório" a que esteve condicionada, entre nós, nos termos do artigo 1º do decreto-lei n. 1.470/76, a emissão ou prorrogação de passaporte, a concessão, nele, de visto de saída ou a simples emissão de visto policial de saída em benefício de estrangeiro admitido ou registrado no País em caráter permanente.

19. Em todas essas hipóteses inexiste relação obrigacional. O recolhimento da *caução*, no primeiro caso, e do depósito compulsório, no segundo, consubstanciam *ônus*.

20. O mesmo sucede com a chamada "parcela do Solo Criado" da Lei municipal n. 3.338/89. Aí não há tributo, pois inexiste obrigação.

21. O termo "obrigação", como adverte MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE[8], é usado, em sentido amplo, na linguagem jurídica, como sinônimo de dever jurídico ou como incluindo também a noção de *sujeição*. Cumpre, pois, inicialmente, discernirmos os sentidos designados sob tais vocábulos.

22. A sujeição, na lição de CARNELUTTI[9], é a expressão subjetiva do comando jurídico, considerado no seu lado passivo, isto

[8] Teoria Geral das Obrigações, 3ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1.966, p. 1.
[9] Sistema di Diritto Processuale Civile, vl. I/51, Padua, CEDAM, 1936

é, da parte de quem é comandado; significa necessidade de obedecer. Pelo lado ativo, o comando jurídico se realiza, enquanto expressão subjetiva, em poder. Está em situação de sujeição quem quer que esteja colocado no lado passivo, em relação àquele ao qual o comando tenha atribuído um poder jurídico. Nele se situa, exemplificativamente, o mandatário, quando o mandante decida revogar a outorga expedida. O mandatário, em situação de sujeição, há de obedecer, suportando os efeitos da revogação. Distinguindo a sujeição do dever, CARNELUTTI[10] aponta que este é um vínculo imposto à vontade, ao passo que aquela significa impossibilidade de querer com eficácia.

23. O dever jurídico consubstancia precisamente uma vinculação ou limitação imposta à vontade de quem por ele alcançado. Definido como tal pelo ordenamento jurídico, o dever há de ser compulsoriamente cumprido, sob pena de sanção jurídica --- o seu não atendimento configura comportamento ilícito.

24. Aspecto fundamental, a aproximar a sujeição do dever --- porque comum à essência de ambos --- é o referido à circunstância de que tanto um quanto o outro são impostos em razão da tutela de interesses alheios aos interesses dos sujeitos por eles alcançados. À consideração desse aspecto adiante retornarei.

25. A obrigação --- tomado o vocábulo em sentido estrito --- supõe uma situação de dever, em que se coloca o devedor. Não obstante, é certo que o conceito de dever transcende o âmbito do chamado *Direito das Obrigações*: há deveres jurídicos que não compreendem obrigação de nenhuma espécie. Assim, v.g., com relação

---

10 Ob. e loc. cits

ao dever, de todos, de abstenção da prática de condutas definidas como crimes[11].

26. O termo "obrigação" é, como vimos, em sentido amplo usado para designar o elemento passivo de qualquer relação jurídica[12]. Impõe-se, porém, a esta altura, discernirmos o seu significado em sentido estrito, quando o vocábulo "obrigação" passa a constituir o termo próprio de uma classe de relações jurídicas --- a obrigacional --- que se coloca em paralelo à dos direitos reais, à dos direitos de família e à dos direitos de sucessão[13].

27. Neste sentido estrito, a obrigação consubstancia um vínculo em razão do qual uma pessoa [devedor] deve a outra [credor] o cumprimento de certa prestação. A obrigação consubstancia um direito relativo, na medida em que o crédito que dela decorre apenas pode ser exigido, pela pessoa ou pluralidade de pessoas dele titular, contra a pessoa ou pluralidade de pessoas na situação de devedor. Aí a distinção fundamental entre obrigação e direito real: este pode ser exigido *erga omnes*. De outra parte, diz-se também que a obrigação constitui um *direito pessoal*, conquanto que, descumprido o dever de prestação, sua execução forçada ou providência que a substitua só é exigível por iniciativa do credor: de toda sorte, é certo que o devedor tem, perante o credor, um dever sancionado pelo direito.

---

[11] Neste sentido Andreas von Thur, Tratado de las Obligaciones, t. I/5, trad. de W. Roces, Madri, Reus, 1934. No exame do pensamento de von Thur vali-me tambem de seu Allgemeiner Teil des Schwelzeischen Obligationrechts, na trad. francesa de Maurice de Torrenté e Emile Thilo (Partie Générale du Code Federal des Obligations, 2ª., ed, vol, I, Lausanne, Imprimerie Centrale, 1933).

[12] Cf. Manuel A. Domingues de Andrade, ob. cit., p. 5.

[13] Manuel A. Domingues de Andrade, refere ainda outras classes de relações jurídicas - a dos direitos de personalidade, a dos direitos sobre bens imateriais e a dos direitos corporativos - que se integra na teoria das pessoas coletivas ou na das sociedades (obrigações - idem, ibidem).

28. Qualquer que seja a concepção --- monista ou dualista --- que se adote em relação à obrigação, há de ser ela entendida como modalidade específica de dever jurídico. Apenas, no segundo caso, da concepção dualista, ao lado da sub-relação de dever [*Schuld*], remanesce outra sub-relação [*Haftung*], de responsabilidade, que coloca o devedor em situação análoga à de sujeição.

29. Podemos, pois, ter que --- tal como no dever --- na obrigação, o cumprimento da prestação, pelo devedor, importa em atendimento de interesse alheio, isto é, do credor. O descumprimento da prestação, por outro lado, é juridicamente sancionado.

30. Assim ocorre, como vimos, com a relação jurídico-tributária, que é de natureza obrigacional: o pagamento do tributo, pelo particular, implica satisfação de interesse do Estado.

31. Atribui-se a BRUNETTI a primeira teorização a respeito do ônus[14]. Inicialmente, em seu *II Delito Civile* (1.960), a seguir em seu *Norme e Regole Finali nel Diritto* (1.913), BRUNETTI postula o entendimento de que nem todas as normas jurídicas têm caráter imperativo. Segundo ele, há uma categoria delas --- a das normas finais --- que disciplina de modo não imperativo a conduta humana[15]. Essas normas, segundo BOBBIO, são precisamente os imperativos hipotéticos ou normas técnicas de KANT[16]. Ao seu descumprimento é conseqüente não a aplicação de uma sanção jurídica ao sujeito, mas o não alcance de um determinado fim por ele pretendido. No caso, a

---

[14] Cf. Oberdan Tommaso Scozzafava, "Onere (nozione)", in Enciclopedia del Diritto, vol. XXX 100-110, Giuffrè.

[15] V., a propósito, Oberdan Tommaso Scozzarava, ob. cit., p. 101; Norberto Bobbio, Teoria della Norma Giuiridica, Turim, G. Glapichelli, 1958, pp. 160-164; Gian Antonio Micheli, L'Onere della Prova, Pádua, CEDAM, 1966, pp. 63-65.

[16] Ob. cit., p. 160

norma final, segundo BRUNETTI, estabelece o que ele denomina um "dever livre", distinto do dever que resulta dos imperativos propriamente ditos.

32. A teorização de BRUNETTI, que leva à construção da noção *ônus*, foi abandonada, em parte em razão de ter sido inadequadamente estendida a hipóteses às quais não se pode amoldar, tais como a das relações de natureza obrigacional. É óbvio que aí não cabe qualquer alusão a dever livre ou ônus, visto como o sujeito que cumpre a prestação obrigacional não o faz para evitar as conseqüências do inadimplemento, mas age na conformidade de uma imposição normativa. Daí por que, aliás, a expressão "dever livre" é contraditória: a noção de dever supõe atuação no interesse alheio; por isso que o sujeito passivo do dever está por ele vinculado e dele não pode dispor, como se ele estivesse referido a seu próprio interesse[17].

33. Von THUR[18] apontava o fato de o vocábulo *dever* ser usada sem grande precisão técnica, nos casos em que a lei condiciona a um ato a aquisição ou perda de um direito. E toma dos exemplos do "dever", que tem o lesado, de evitar ou minimizar o dano e do "dever", que tem o credor, de denunciar seu crédito em caso de concurso de credores. A realização desses atos --- argumentava von THUR --- não é todavia expressão do cumprimento de um dever, mas sim de incumbências [*Obliegenheiten*] que cabem ao sujeito. O cumprimento de tais "deveres" consubstancia gestão de um interesse pessoal, para que se evite a perda de um direito.

---

[17] Uma crítica mais incisiva à postulação de Bruneti em torno do dever livre é desenvolvida por Bobbio, ob. cit., pp. 163 e 164.

[18] Tratado de las Obligaciones, cit., pp. 4 e 5, e Partie Generale du Code Federal des Obligations, cit., pp. 9 e 10.

34. Este, precisamente, o ponto fundamental desde cuja colocação torna-se possível a plena compreensão da noção de ônus.

35. Foi CARNELUTTI, no entanto, quem colocou, de modo mais completo, as linhas acabadas dessa noção. Segundo ele, falamos de *ônus* quando o exercício de uma faculdade é definido como condição para a obtenção de certa vantagem; *ônus* é uma faculdade cujo exercício é necessário para a realização de um interesse[19]. E esclarece: *dever* e *ônus* têm em comum o elemento formal, consistente no vínculo à vontade, mas diverso o elemento substancial, porque o vínculo é imposto, quando se trata de *dever*, no interesse alheio, e, tratando-se de *ônus*, para a tutela de um interesse próprio[20].

36. O *ônus*, destarte, é um vínculo imposto à vontade do sujeito em razão do seu próprio interesse. Nisto se distingue do *dever* --- e da *obrigação* --- que consubstancia vínculo imposto àquela mesma vontade, porém no interesse de outrem. Por isso que o não cumprimento do *ônus* não acarreta, para o sujeito, sanção jurídica, mas tão-somente uma certa desvantagem econômica: a não obtenção da vantagem, a não satisfação do interesse ou a não realização do direito pretendido[21]. Já o não cumprimento do *dever* --- ou da *obrigação* --- acarreta sanção jurídica para o sujeito. Neste último caso, o interesse a cuja tutela aproveita o cumprimento do *dever* é alheio à pessoa do sujeito a ele vinculado; no primeiro caso, o interesse a que respeita a vinculação pelo *ônus* é do próprio sujeito vinculado.

---

[19] Ob. cit., p. 55.

[20] Idem, ibidem

[21] Vide Juan Alfonso Santamaria Pastor, Principios de Derecho Administrativo, volumen I, Editorial Centro de Estudios Ramon Areceres, Madrid, 1.998, pags. 380-381.

37. Descreve-se o *ônus*, assim, como o instrumento através do qual o ordenamento jurídico impõe ao sujeito um determinado comportamento, que deverá ser adotado se ele não pretender arcar com conseqüências que lhe serão prejudiciais[22]. Ou como um comportamento que o sujeito deve adotar para alcançar uma determinada vantagem, que consiste na aquisição ou na conservação de um direito[23].

38. CARNELUTTI retorna à distinção entre *dever* e *ônus* ao colocar as noções de *ato devido* e *ato necessário*[24]: *ato devido* é aquele que o direito objetivo impõe na tutela de interesse alheio; *ato necessário*, o que o direito objetivo exige de quem quer conseguir certo fim, correspondente ao seu próprio interesse. No primeiro caso, o *dever*; no segundo, o *ônus*. Aqui o ônus da prova.

39. Dos *ônus* --- ou *incumbências* --- trata a doutrina alemã, sob a designação de *Obliegenheiten*. A exposição de KARL LARENZ[25] a propósito delas é extremamente expressiva. As *Obliegenheiten*, segundo ele, devem ser distinguidas dos deveres jurídicos, *Rechtspflichten*. Àquelas correspondem condutas cujo cumprimento se verifica basicamente no interesse daqueles de quem foram elas exigidas. Podemos referi-las, segundo REIMER SCHMIDT como deveres de menor intensidade ou, segundo ENNECCERUS-NIPPERDEY, como encargos que podem ser exigidos de um sujeito jurídico também no interesse de outro, sem que este outro, contudo, possa impor à parte, por eles vinculada, o seu cumprimento. Característico é o fato de o

---

[22] Cf. Oberdan Tommaso Scozzafava, ob. cit., p. 109

[23] Cf. Giuseppe de Stefano, "Onere (Diritto Processuale Civile)", in Enciclopedia del Diritto, vol. XXX/114, Giuffré. V., também, a propósito da noção de ônus, além da exposição de Manuel ª Domingues de Andrade, ob. cit., pp. 3-5, Haluk Tandogan, Notions Préliminaires à la Théorie Générale des Obligations, Genebra, Libraire de l'Université - Georg & Cie. S/ª 1972, pp. 28 e 29.

[24] Ob. cit., vol. II/73 e 84, 1938

[25] Allgemeiner Teil des Burgerlichen Rechts, Munique, Verlag C. H. Beck, 1967, p. 179.

ordenamento jurídico, neste caso, deixar o sujeito livre de qualquer coação e também de qualquer dever de indenização na hipótese de não cumprimento da exigência, contentando-se, em vez disso, com sanções mais amenas. Essa sanção mais amena geralmente consiste na perda de uma melhor posição jurídica ou em outra desvantagem jurídica qualquer. Disso se deduz que há distinção entre o descumprimento da *Obliegenheit* e o descumprimento de um *dever*. O ordenamento jurídico não impõe o cumprimento da *Obliegenheit* como um *dever*, categoricamente, mas apenas hipoteticamente. Quando a pessoa vinculada pela *Obliegenheit* deseja evitar a desvantagem, deve cumprir a prestação que àquela corresponde; se não desejar cumpri-la, tem de se conformar com uma certa desvantagem jurídica, sem que ninguém possa porém censurá-lo por ter ele se conduzido contra a lei.

40. Postas essas observações, poderemos distinguir de um lado, o *dever* --- e a obrigação --- como vínculo imposto à vontade do sujeito em razão da tutela de interesse alheio e cujo descumprimento compreende um ilícito, importando a aplicação de sanção jurídica; de outro, o *ônus*, como vínculo imposto à vontade do sujeito como condição para a satisfação do seu próprio interesse e cujo descumprimento não importa a aplicação de sanção jurídica, mas tão-somente efeitos econômicos negativos.

41. A lei que estabelece o *ônus* não impõe a adoção de uma conduta pelo sujeito a ele vinculado, isto é, não fixa *dever* de conduta. Por isso não é *dever*; não se confunde nem com o *dever*, nem com a *obrigação*. Ao sujeito por ele vinculado não se impõe a adoção da conduta definida pelo *ônus*; resta-lhe a opção de não cumpri-la, se para tanto desistir da obtenção ou conservação de um direito. Pretendendo obtê-lo ou conservá-lo, todavia, há de, necessariamente,

adotar aquela conduta cujo cumprimento é condição para tal obtenção ou conservação.

42. FÁBIO KONDER COMPARATO[26] exemplifica com a necessidade, no direito francês, de, no contrato de seguro, o segurado informar ao segurador, assim que tiver conhecimento do evento ou o mais tardar cinco dias após esse conhecimento, a ocorrência de qualquer sinistro objeto da garantia do seguro. E com o disposto no art. 1.134, 3, do CC Francês: "les conventions doivent être exécutées de bonne foi". GIUSEPPE LUMIA[27], com as formalidades relativas ao casamento: ninguém tem a obrigação de casar, mas quem desejar contrair matrimônio válido há de suportar o *ônus* de cumprir todas as formalidades que a lei prevê para que se realize um matrimônio válido.

43. Retornando à referência a hipóteses já mencionadas --- nas quais o objeto do *ônus* configura prestações de dar --- a da caução para participação de licitação pública e a do depósito compulsório para viagem ao exterior, teremos que ninguém está juridicamente compelido a participar de licitações ou a viajar ao exterior. Se, porém, pretender fazer uso de tais direitos, ficará sujeito --- mas tão-somente neste caso, e na suposição, para exemplificar, de que o depósito fosse ainda exigido --- ao pagamento da caução ou do depósito.

44. Em ambas as hipóteses estamos diante de *ônus* que compreendem prestação de dar.

---

[26] Essai d'Analyse Dualiste de l'Obligation en Droit Prive, Librairie Dalloz, Paris, 1.964, pag. 36.

[27] Principios de Teoria e Ideologia del Derecho, trad. de Alfonso Ruiz Miguel, Editorial Debate, Madrid, 1.982, pag. 101.

45. O seu cumprimento respeita à satisfação não de interesse alheio, mas dos próprios sujeitos vinculados pelo *ônus*.

46. O não cumprimento do *ônus* não consubstancia ilícito e, portanto, não importa a aplicação de sanções jurídicas àqueles sujeitos.

47. O único efeito decorrente daquele não cumprimento se expressa em termos de desvantagem decorrente da impossibilidade de participação na licitação e da viagem ao exterior.

48. Os sujeitos em questão, vinculados por *ônus*, nem por isso estão compelidos ao pagamento da prestação de dar (a) e à participação em licitação ou à viagem ao exterior (b).

49. Insisto em que inteiramente diversas destas são as situações em que se colocam sujeitos vinculados por *dever* (*dever legal*) ou por *obrigação* (*dever obrigacional*).

50. Toda a gente está juridicamente compelida a não turbar a propriedade alheia --- aí um *dever*. Quem quer que contrate com outrem, estando na situação de devedor, está juridicamente compelido a cumprir o objeto da *obrigação*; quem quer que desenvolva atividade econômica sujeita a tributação está juridicamente compelido a pagar imposto, a partir da formalização do lançamento, conseqüente à verificação do fato gerador --- aqui, nestes dois últimos casos, a *obrigação*, seja a contratual, seja a tributária. O mesmo, também, ocorre na hipótese de *obrigação tributária* que tenha por objeto o pagamento de taxa. Nela, o sujeito deve usar um determinado serviço público --- mesmo porque os remunerados por taxa são serviços públicos compulsórios --- ou desenvolve atividade sujeita a poder de

polícia. Caracterizado aquele uso ou o exercício de tal atividade, surge a obrigação de pagamento da taxa. Os sujeitos em questão, em todas essas hipóteses, vinculados por *dever* ou *obrigação*, estão juridicamente compelidos ao cumprimento de seus respectivos objetos.

51. Sopesadas as observações acima alinhadas, poderemos referir o *ônus* como vínculo que a lei impõe à vontade do sujeito como condição à obtenção ou conservação, pelo próprio sujeito, de um interesse seu --- neste sentido, na dicção de von THUR[28], o ônus é expressão da gestão de um interesse pessoal; o sujeito vinculado pelo *ônus* não está juridicamente compelido a cumprir o seu objeto, tal como ocorre no *dever* e na *obrigação*; o seu não cumprimento não implica imposição de sanção jurídica ao sujeito vinculado pelo *ônus*, mas tão-somente a não obtenção ou não conservação de um direito.

52. Ao anteriormente exposto extrai-se a conclusão de que só há tributo na relação de natureza obrigacional --- repita-se: nisto concordam gregos e troianos. À imposição legal de *ônus* a um sujeito, ainda que consubstancie prestação de dar, não corresponde nenhuma modalidade tributária. O objeto do *ônus* é cumprido --- isto é, o pagamento é efetuado --- no interesse do próprio sujeito, e não do Estado, credor da prestação (tributo) na relação obrigacional tributária. Por isso não podem ser compreendidos como tributo a *caução* para participação em licitação e o *depósito compulsório* para viagem ao exterior.

53. *Caução* e *depósito* são condições para o exercício de condutas determinadas. Cumprida a condição, tal exercício, contemporâneo ou no *futuro*, é assegurado. Distinta, inclusive no

[28] Tratado de las Obligaciones, cit., p 5, e Partie Générale du Code Fédéral des Obligations, cit., p. 9 .

tempo, é a situação da obrigação tributária. Exemplificando: o exercício, no *passado*, de atividade econômica na exploração do objeto licitado tornará o sujeito obrigado, na hipótese de lucro, ao pagamento de imposto de renda.

54. Lançando mão de uma formulação hipotética, para exemplificar, teremos o quanto segue: a lei estabelece como condição para o exercício de determinada atividade econômica ou para a continuidade de seu exercício o cumprimento de prestação de dar; o sujeito vinculado pela condição a cumpre e com isso se habilita, no futuro, a executar atividade econômica; no exercício desta, aufere lucro; em função de tal circunstância, ocorrida no passado, está obrigado ao pagamento de tributo [imposto de renda].

55. A condição consubstancia um *ônus*. O cumprimento da prestação de dar --- pagamento de um determinado valor --- é efetuado, pelo sujeito a ele vinculado, no seu próprio interesse. Trata-se de *ato necessário*. Seu não pagamento não importa a configuração de ilícito, não implica aplicação de sanção jurídica ao sujeito; este, apenas, em conseqüência do não cumprimento da prestação de dar objeto do *ônus*, suporta a desvantagem econômica decorrente da impossibilidade jurídica de, no futuro, vir a exercer ou continuar a exercer aquela atividade econômica.

56. Já o tributo consubstancia objeto de *obrigação*. Seu pagamento é procedido no interesse alheio, isto é, do Estado. Trata-se, pois, de *ato devido*. Seu não pagamento importa a configuração de ilícito, implicando aplicação de sanção jurídica ao sujeito inadimplente. Decorre a obrigação, no caso, do exercício da atividade econômica, com resultado positivo, em um determinado espaço de tempo, já transcorrido.

57. O mesmo ocorre em relação aos chamados "tributos vinculados". Aqui o tributo é exigido no interesse do Estado, por que o uso de um determinado serviço público se deu ou está se dando ou *porque* uma atividade sujeita a poder de polícia foi exercida ou está sendo exercida. Já o *ônus* é objeto de imposição *para que* --- no caso --- essa atividade possa ser exercida ou continue a ser exercida.

58. No caso dos autos estamos diante de um autêntico *ônus*. A prestação de dar a que corresponde a chamada "parcela do solo criado" consubstancia um vínculo imposto à vontade de proprietário de imóvel, em razão do seu próprio interesse --- interesse em construir além do coeficiente único não oneroso de aproveitamento, além do "índice de aproveitamento superior a 1,0 (um)", na dicção da Lei municipal n. 3.338/89.

59. O não cumprimento do ônus [a prestação de dar] não implica sanção jurídica, mas apenas a desvantagem de o proprietário do imóvel nele não construir além daquele coeficiente. Se o proprietário do imóvel optar pelo não cumprimento da prestação correspondente ao ônus, conformando-se com a desvantagem de não poder construir além do coeficiente, não poderá por isso ser condenado a qualquer sanção. Tudo se torna, destarte, muito nítido. Não se cuida, no caso, de qualquer figura que corresponda a obrigação tributária.

60. O instituto a que corresponde a chamada "parcela do Solo Criado" envolve a imposição de um *ônus* ao proprietário de imóvel urbano. É instrumento próprio à política de desenvolvimento urbano. Política cuja execução incumbe ao Poder Público municipal, nos

termos do disposto no artigo 182 da Constituição do Brasil, instrumento vocacionado à correção de uma série de distorções que o crescimento urbano desordenado acarreta, adequado à promoção do pleno desenvolvimento das funções da cidade e a dar concreção do princípio da função social da propriedade [art. 170, III da CB].

61. Não há, no caso, ofensa ao disposto nos artigos 5º, II; 145, § 2º; 150, I e 156, todos da Constituição do Brasil.

Nego provimento ao recurso extraordinário.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 387.047-5
PROCED.: SANTA CATARINA
RELATOR : MIN. EROS GRAU
RECTE.(S): KOERICH PARTICIPAÇÕES ADMINISTRAÇÃO E CONSTRUÇÃO LTDA
ADV.(A/S): GUSTAVO AMORIM E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S): MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS
ADV.(A/S): OSCAR JUVÊNCIO BORGES NETO

Decisão: A Turma, por votação unânime, deliberou **afetar** ao Plenário do Supremo Tribunal Federal **o julgamento** do presente recurso extraordinário, **nos termos** de proposta formulada pelo Ministro-Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Gilmar Mendes e Cezar Peluso. **2ª Turma**, 05.09.2006.

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Eros Grau (relator), que negava provimento ao recurso, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Menezes Direito. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa (licenciado) e, neste julgamento, o Senhor Ministro Marco Aurélio. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 21.02.2008.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cármen Lúcia e Menezes Direito.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Luiz Tomimatsu
Secretário

06/03/2008 TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 387.047-5 SANTA CATARINA

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO MENEZES DIREITO:

Pedi vista tão somente para melhor analisar a preliminar referente ao prequestionamento, suscitada pela Senhora Sub-Procuradora-Geral da República e amparada no enunciado nº 282 da Súmula deste Tribunal e no RE-AgR nº 361.755/RJ, Relator o Ministro **Maurício Corrêa**:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Prequestionamento implícito. Inadmissibilidade. Diz-se prequestionada a matéria quando a decisão impugnada haja emitido juízo explícito a respeito do tema, inclusive mencionando o dispositivo constitucional previamente suscitado nas razões do recurso submetido à sua apreciação. 2. Se o acórdão recorrido, para decidir o mérito da questão objeto do extraordinário, não faz qualquer referência à norma constitucional tida como violada e não foram opostos embargos de declaração para sanar a omissão, não se conhece do recurso extraordinário em face do teor das Súmulas 282 e 356 desta Corte. Agravo regimental não provido"* (fl.315).

O douto Ministro **Eros Grau**, de início, acolheu a manifestação da Procuradoria Geral da República e, por decisão monocrática, com fulcro no art. 21, §1º, do RISTF, negou seguimento ao recurso (fls. 319/320).

A recorrente interpôs agravo (fls. 337 a 340), no qual sustentou a caracterização do prequestionamento em conformidade com a orientação firmada no RE nº 236.316/RS, Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence**:

> *"RE: prequestionamento mediante embargos de declaração: a oposição pertinente dos embargos declaratórios satisfaz a exigência do prequestionamento (Súmula 356), ainda que a omissão apontada pelo embargante não venha a ser suprida pelo tribunal* ***a quo*** *(RE 210.638, DJ 19.6.98). II - Não sendo a função de liqüidante de empresa de economia mista equiparável a cargo em comissão, o tempo de exercício de tal função por funcionário público não podia ser computado para fins de estabilidade financeira".*

RE 387.047 / SC

Reconhecendo a relevância do tema, o Senhor Ministro **Eros Grau** tornou sem efeito a decisão de folhas 319/320 e, por decisão da Segunda Turma desta Corte, a matéria foi, então, afetada ao julgamento do Pleno (fl. 345).

Verifico que houve, de fato, o prequestionamento.

Desde a petição inicial vem a ora recorrente levantando a questão constitucional (fl. 28, item 65, e fl. 30, item 69, "e"), recolocada na apelação (fl. 147, item 43, e fl. 148, item 44) e novamente, nos embargos de declaração (fl. 204, item 18, e fl. 205, item 19), que foram rejeitados pelo Tribunal de origem.

A matéria constitucional foi, portanto, devolvida ao Tribunal de Justiça, pelo que fica caracterizado o prequestionamento, sendo aplicáveis os seguintes precedentes desta Corte:

> *"PROCESSUAL CIVIL. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. I – 'O que, a teor da Súm. 356, se reputa carente de prequestionamento é o ponto que, indevidamente omitido pelo acórdão, não foi objeto de embargos de declaração; mas, opostos esses, se, não obstante, se recusa o Tribunal a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte, permitindo-se-lhe, de logo, interpor recurso extraordinário sobre a matéria dos embargos de declaração e não sobre a recusa, no julgamento deles, de manifestação sobre ela' (RE 210.638/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 19/6/1998). II - Agravo regimental improvido"* (AI-AgR nº 648.760/SP, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, DJ de 30/11/07).

> *"I. Recurso extraordinário e recurso especial: interposição simultânea: inocorrência, na espécie, de prejuízo do extraordinário pelo não conhecimento ou negativa de seguimento do especial. II. Recurso extraordinário: prequestionamento: a interposição pertinente de embargos declaratórios satisfaz a exigência (Súmula 356) ainda que a omissão não venha a ser suprida pelo Tribunal a quo. Precedente (RE 210.638, DJ 19.6.98, Pertence). III. ICMS: incidência: comercialização, mediante oferta ao público, de fitas para 'vídeo-cassete' gravadas em série. Tal como sucede com relação a programas de computador ou software (cf. RE 176626, Pertence, 11.12.98), a fita de vídeo pode ser o exemplar de uma obra oferecido ao público em geral - e nesse caso não seria lícito negar-lhe o qualificativo de mercadoria -, ou o produto final de um serviço realizado sob encomenda, para atender à necessidade específica de determinado consumidor, hipótese em que se sujeita à competência tributária dos municípios. Se há de fato, comercialização de filmes para 'vídeo-cassete', não se caracteriza, para fins de incidência do*

RE 387.047 / SC

ISS a entrega do serviço ou do seu produto e não com sua oferta ao público consumidor" (RE nº 191.454/SP, Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence**, DJ de 8/6/99).

No mérito, o preciso voto do Ministro **Eros Grau** traz estudo sobre o tema mostrando que a dita "parcela do solo viciado" não configura um tributo, mas, sim, um ônus. É que, de fato, o não-pagamento da "parcela do solo viciado" "*consubstancia um vínculo imposto à vontade do proprietário de imóvel, em virtude de seu próprio interesse – interesse em construir além do coeficiente único não oneroso de aproveitamento, além do 'índice de aproveitamento superior a 1,0 (um)', na dicção de Lei Municipal nº 3.338/89*". Se pagamento não há, sanção jurídica também não há, porquanto a conseqüência é a desvantagem para o proprietário. Como assinalou o Ministro **Eros Grau**, o "*instituto a que corresponde a chamada 'parcela do solo viciado' envolve a imposição de um ônus ao proprietário do imóvel urbano. É instrumento próprio à política de desenvolvimento urbano. Política cuja execução incumbe ao poder Público Municipal, nos termos do disposto no artigo 182 da Constituição do Brasil, instrumento vocacionado à correção de uma série de distorções que o crescimento urbano desordenado acarreta, adequado à promoção do pleno desenvolvimento das funções da cidade e a dar correção ao princípio da função social da propriedade (art. 170, III da, CB)*".

Sendo assim, voto pelo conhecimento do recurso e, no mérito, acompanho o douto voto do eminente Ministro **Eros Grau** negando provimento ao extraordinário.

É como voto.

06/03/2008 TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 387.047-5 SANTA CATARINA

V O T O

O Sr. Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI** - Senhor Presidente, louvo o voto muito preciso do eminente Relator e me permito destacar ser ele um profundo estudioso desta matéria desde os tempos do GEGRAN. Mais tarde, também participei da organização da região metropolitana de São Paulo, em que se começou a levar a efeito o planejamento urbano, de forma pioneira.

Especificamente em relação à questão do solo criado, há um detalhe muito interessante e que mostra exatamente por que ele não tem natureza tributária. É que se trata de uma espécie de indenização que se faz ao Poder Público. Porque, à medida que se eleva uma edificação, evidentemente o Poder Público tem maior ônus no que tange à infra-estrutura de seu entorno. É preciso criar mais canalização de água, de esgoto, transporte coletivo etc. Evidentemente, existiria um locupletamento indevido do particular se não houvesse um ressarcimento do Poder Público em função dos investimentos que ele faz. Esse é o cerne da questão.

Por esse motivo e pelos fundamentos também já destacados pelo Relator, acompanho integralmente Sua Excelência.

06/03/2008 TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 387.047-5 SANTA CATARINA

VOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Senhor Presidente, louvando o voto de Sua Excelência, seria até uma temeridade de minha parte discordar de um voto tão bem fundamentado e brilhante que, em última análise, assenta a necessidade de compensar o Estado. É um jogo de compensação: há um acréscimo de patrimonialidade para o particular, e o Estado há de ser compensado pelas sobredespesas que é obrigado a fazer em função dessa nova realidade urbana.

Acompanho Sua Excelência, aplaudindo o seu precioso voto.

****

06/03/2008 TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 387.047-5 SANTA CATARINA

VOTO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Senhor Presidente, também quero associar-me aos aplausos ao belíssimo trabalho do Ministro **EROS GRAU**, e a que, evidentemente, não trarei nenhum subsídio.

Não sei se Sua Excelência se debruçou sobre isso em seu voto, longo, muito denso e substancioso, mas ainda assim recordarei que se agitou a questão constitucional de que o instituto feriria o direito de propriedade, tendo como fundo a experiência européia que, desde 1975, dissociou o direito de propriedade e o direito de construir e concebeu esse direito de acréscimo na construção como direito separado do direito de propriedade, coisa que não foi adotada pela concepção brasileira, objeto do Estatuto da Cidade, que atendeu à Carta do Embu e ao trabalho, sobretudo, do CEPAM de São Paulo.

Entre nós, não há essa separação entre direito de propriedade e direito de construir, mas, pura e simplesmente, o condicionamento do poder de construir acima dos limites legais ao cumprimento do ônus de um pagamento à municipalidade, que permitirá a esta investir em infra-estrutura urbana naquelas áreas mais carentes de todo esse aparelhamento estatal. Quer dizer, se não houvesse tal lei, o particular só poderia construir até certa altura; com essa lei, pode construir além dessa altura, desde que pague o valor estipulado pela

prefeitura, com o qual esta fará investimentos em outras áreas. Então, evidentemente não é obrigação, pois, se o particular quiser o proveito, terá de proceder ao pagamento, sem o qual terá de se limitar às restrições urbanísticas de ordem geral.

Por isso é que Sua Excelência fez largas e brilhantes digressões a respeito da clara diferença entre as duas necessidades jurídicas, que são as obrigações e os ônus.

Acompanho integralmente o voto de Sua Excelência.

06/03/2008 **TRIBUNAL PLENO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 387.047-5 SANTA CATARINA

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, não assisti ao relatório nem ao voto. Estamos em continuação ao julgamento iniciado em data anterior. Não estive presente, não costumo faltar ao Tribunal, tendo em conta o atendimento de obrigação do Tribunal Superior Eleitoral.

Não me sinto habilitado a votar e, por isso, não participo do julgamento.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 387.047-5
PROCED.: SANTA CATARINA
RELATOR : MIN. EROS GRAU
RECTE.(S): KOERICH PARTICIPAÇÕES ADMINISTRAÇÃO E CONSTRUÇÃO LTDA
ADV.(A/S): GUSTAVO AMORIM E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S): MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS
ADV.(A/S): OSCAR JUVÊNCIO BORGES NETO

Decisão: A Turma, por votação unânime, deliberou **afetar** ao Plenário do Supremo Tribunal Federal **o julgamento** do presente recurso extraordinário, **nos termos** de proposta formulada pelo Ministro-Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Gilmar Mendes e Cezar Peluso. **2ª Turma**, 05.09.2006.

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Eros Grau (relator), que negava provimento ao recurso, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Menezes Direito. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa (licenciado) e, neste julgamento, o Senhor Ministro Marco Aurélio. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 21.02.2008.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do relator, negou provimento ao recurso. Não votou o Senhor Ministro Marco Aurélio por não ter assistido ao relatório e ao voto na assentada anterior. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa e, neste julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente). Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Gilmar Mendes (Vice-Presidente). Plenário, 06.03.2008.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cármen Lúcia e Menezes Direito.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Luiz Tomimatsu
Secretário