

PENSAMENTO ALIENÍGENA

A contribuição de melhoria na República Argentina

JUAN CARLOS LUQUI
(Tradução de Lígia Azevedo)

III

Encerramos, com a publicação desta terceira parte do ensaio do Prof. Juan Carlos Luqui, a contribuição que nos pareceu oportuno oferecer ao esclarecimento teórico e prático de uma das modalidades tributárias mais interessantes e promissoras com que conta a Administração moderna. Talvez sejam, porém, as páginas que agora divulgamos aquelas que maior proveito apresentarão para muitos dos nossos leitores, por isto que nelas o autor tenta caracterizar a natureza incerta do conceito de "utilidade pública". Apoiado em um vasto conhecimento factual e doutrinário, examina êle com preferência os aspectos constitucionais e jurídicos do problema, mostrando qual a competência de cada um dos poderes em espécie tão controvertida. As conclusões, com que remata o seu brilhante e exaustivo estudo, merecem a meditação de quantos detêm uma parcela mínima de autoridade entre nós. (N. R.).

A aprecação oportuna da utilidade pública (e não nos referimos à necessidade pelas mesmas razões apresentadas por Bielsa ao tratar da desapropriação, e que também poderiam aplicar-se ao caso) (1) leva-nos a focalizar êste difícil problema, implícito em qualquer tipo de obra pública.

As obras de pavimentação (2) executam-se visando a benefícios não apenas para as terras

fronteiriças ou adjacentes, suscetíveis de apresentarem um maior valor, real ou potencial, mas a outra espécie de benefícios recebidos pelos proprietários dessas terras, seus locatários ou ocupantes, pelas indústrias, pecuárias, comércio, agricultura, etc., e, enfim, a tôdas as vantagens de ordem social, econômica e cultural que advêm à população da existência de boas e seguras vias de comunicação.

Poder-se-ia dizer que essa utilidade pública é o centro de gravidade para onde convergem todos os fatores direta ou indiretamente intervenientes e em tórno do qual gira tôda a questão.

Sem a existência dessa utilidade pública a obra não teria a finalidade substancial que legitima a contribuição de melhoria e, embora a lei impusesse obrigação correspondente, esta não se revestiria do caráter de contribuição especial de melhoria, podendo assumir aspecto de impôsto.

Todavia, como o processo de realização de uma obra de calçamento é complexo, só se poderá chegar à conclusão atrás exposta quando a série de atos a serem executados haja sido planejada e concebida de maneira inteligente e, sobretudo, ajustada a princípios jurídicos de tributação e de técnica administrativa — sem falar nos princípios morais.

II. Convém, destarte, determo-nos neste assunto, a nosso ver o mais importante, funda-

1) *Derecho Administrativo*, t. III, pág. 426; González Calderón; *Derecho Constitucional Argentino*, t. II, pág. 180.

2) Dizemos *pavimentos* e não *afirmados*, como consta de algumas leis, ordenações e sentenças judiciais, por

julgar a expressão mais técnica e correta. *Afirmar* é declarar com firmeza, ter certeza de alguma coisa, assegurar, ratificar, ao passo que *pavimentar* é a ação de revestir o terreno com ladrilhos, mosaicos, pedras ou outros materiais, a fim de que o chão fique firme e plano; vem de *solhar*. O termo *afirmar* ficaria reservado, pois, unicamente para os trabalhos de melhoramento de estradas e ruas de terra.

mental mesmo, e que constitui ponto de partida para qualquer sistema legal de calçamento.

A pavimentação de uma rua ou estrada só deve ser feita quando satisfizer a um fim de utilidade pública; esta a sua razão de ser; êste deveria ser, também, seu motivo determinante, dentro de uma estrutura lógica e jurídico-política.

Não é imprescindível que a obra seja de necessidade inadiável; poderá, em casos excepcionais, tomar êsse aspecto (saneamento, perigo iminente para a população) e nesse caso sua realização se justificará mais pelo *poder de polícia* do que pròpriamente pelo *poder tributário*. O comum é que exista um fim de utilidade, e que esta seja pública.

Êsse fim de *utilidade pública*, aliado aos princípios de *uniformidade* e *proporcionalidade* dos ônus fiscais, assim como ao de não deverem êstes ultrapassar nem o benefício nem o custo da obra, são, como sustenta Bielsa (3), as limitações impostas ao poder tributário do Estado, poder que, de acôrdo com a doutrina moderna, é o fundamento desta espécie de contribuição.

Estas quatro últimas limitações, entretanto, são expressamente consagradas nos textos constitucionais ou legais, enquanto o “fim de utilidade pública” é princípio que se não encontra sistematizado em nenhum dispositivo constitucional ou legal. Determina-o o bom govêrno, ou melhor a perspicácia e habilidade do governante.

Trata-se de assunto cuja apreciação incumbe, nos países republicano-representativos, àqueles que pela vontade do povo detêm o poder.

Com o intuito de fazer o povo intervir mais diretamente na apreciação da utilidade pública, algumas constituições, leis ou ordenações municipais determinaram a organização das chamadas “assembléias de maiores contribuintes”, requisito indispensável à criação e aumento de impostos e contribuições de melhoria, assim como de qualquer outra espécie de tributos. Resulta, daí, ser essa apreciação da utilidade pública, implicitamente, um ato privativo daqueles que, por lei ou pela Constituição, se consideram melhor informados acêrca dos interesses da população ou mais ligados a êles.

Trata-se, assim, de uma atividade inerente aos órgãos políticos — motivo por que a apreciação

da utilidade pública apresenta aspectos de ato essencialmente político, escapando, portanto, à determinação de princípios normativos — uma vez que sua natureza contingente e circunstancial impede qualquer sistematização de norma jurídica. Ainda assim, parece-nos que a tarefa dêsse órgãos políticos seria grandemente beneficiada com a existência de um cadastro de valores, de vez que, apreciada a necessidade da obra e reconhecida a utilidade pública, a determinação da medida que ela se cumpriria, bem como seu registro, características da obra, custo e tempo de pagamento são questões que dizem respeito à técnica de arrecadação e ao direito tributário.

Em uma palavra: enquanto a apreciação de *utilidade pública*, dentro do estatuto político constitucional que nos rege, compete privativamente aos representantes do povo, a determinação da medida (6) em que essa utilidade se manifesta, bem como as formas técnico-jurídicas a serem empregadas para satisfazê-la inteiramente, constituem função específica dos órgãos técnicos da Administração.

III. A intervenção que por meio das *assembléias de maiores contribuintes* se permite ao público desvirtua, até certo ponto, o princípio do govêrno representativo, uma vez que, não ficando estabelecido sejam elas formadas por técnicos, sua função não pode ser considerada técnica. Ademais, às assembléias incumbe apenas pronunciar-se a favor ou contra a obra, examinando a sua conveniência e, algumas vêzes, os preços; nunca, porém, poderiam entrar em considerações sôbre minúcias técnicas, e se alguma vez o fazem é porque as encontram nas informações dos órgãos do Executivo.

Esta questão foi focalizada ao discutir-se a Reforma da Constituição de Buenos Aires, em 1934 (4), quando se afirmou (opinião do conven-

4) Ver Diário de Sessões, Assembléia Constituinte, t. II, pág. 689.

5) Ver Parry, *Pavimentos. Autoridad que puede otorgar la concesión*, in “Revista de Derecho y Administración Municipal”, ns. 146 a 148, 1942; na mesma revista e do mesmo autor: *Las Convocatorias de Mayores Contribuyentes y la Ley 4.183 de Buenos Aires, dezembro 1933*, pág. 18; *Inconstitucionalidad de las Concesiones otorgadas por Comisionados municipales para la construcción de pavimentos*, 1932.

A Lei n.º 4.125, da Província de Buenos Aires (referente a *Bonus de Pavimentação*), esclarece bem, em seu artigo 3.º, sôbre até que ponto estão os beneficiários sujeitos à lei. Assim é que o dispositivo que autoriza as

3) Cf. seu *Derecho Administrativo*, t. III, pág. 561.

cional Besasso) que com isto se criava, dentro do governo municipal, um novo poder que não emanava do povo, mas sim do privilégio econômico do proprietário (5).

Todavia, por estar a apreciação da utilidade pública, representada pela obra de calçamento, intimamente ligada à fórmula tributária que se deve adotar para executá-la (contribuição especial de melhoria), resulta que o mesmo órgão político que aprecia uma determina a outra; à Administração cabe apenas a parte técnica da arrecadação, não lhe sendo permitido modificar os dispositivos legais relativos ao montante da contribuição, às zonas afetadas e aos contribuintes.

Dêsse modo, quem determina a utilidade pública — Poder Legislativo ou Conselho deliberativo — é também quem fixa o *benefício* (avalia-o ou presume-o, o que é mais comum) e determina o montante da obrigação (ou das bases para determiná-lo).

Em face da Constituição nacional, à semelhança do que ocorre nos Estados Unidos da América do Norte, a divisão dos poderes exclui a possibilidade

obras só pode vigorar quando, transcorridos mais de trinta dias de sua publicação em jornal local e em editais afixados em lugares públicos, não se apresentem mais de 40% de proprietários contrários às obras, computando-se essa percentagem com base na extensão linear das propriedades fronteiras ao calçamento. Como é fácil de compreender, esta lei institui uma espécie de *referendum* popular embora limitado, e, ao mesmo tempo, estabelece a organização prévia de um cadastro financeiro das propriedades atingidas, o qual permite estudos mais seguros.

Indubitavelmente, a lei a que aludimos, pelo fato de determinar que somente os proprietários fronteirais devem pagar o custo do calçamento, exige declaração discordante, dentro de determinado prazo e em maior proporção que a de 40% destes; todavia, tratando-se de matéria que afeta tão diretamente os interesses municipais, e até mesmo da província, não é possível desconhecer que essa ingerência dos proprietários praticamente está limitando a competência do governo representativo. É muito possível que sua verdadeira causa seja o abandono a que muitos intendentess municipais e conselhos deliberativos relegam suas funções precípuas de governo.

Há pouco menos de dois anos um projeto de lei orgânica, apresentado à Câmara de Deputados da Província de Buenos Aires, estabeleceu um novo sistema de intervenção dos contribuintes mais atingidos pelas obras, e devemos felicitar-nos por nem sequer ter sido objeto de consideração na Câmara. Já nessa ocasião, ao me ser formulada uma consulta pelo Ministério da Fazenda daquela província, dei as razões pelas quais julgava não dever-se aprovar o projeto (Veja-se Luqui, *Alguns aspectos de la Contribución de Majoras en la República Argentina*, pág. 13).

6) Veja-se Cooley, *On Taxation*, pág. 135; Joselvich, *Fundamento del impuesto de contribución de afirmados en plantas urbanas*, in "Gaceta del Foro", t. CXVII, página 19; Sentenças da Corte Suprema dos Estados Unidos: Spencer *versus* Merchant, 125 U. S., 345; Honck *versus* Little River Drainage D., 239. U. S., 254.

de outro Poder alterar ou modificar aquê'es princípios. O Poder judiciário não poderia negar a existência da utilidade pública em uma lei de calçamento, nem tampouco alterar — ainda na hipótese de que o ônus fôsse confiscatório — os *módulos*, proporções ou taxas que naquela se contivessem. Poderia declarar a lei inconstitucional — essa a função jurídica mais importante — porém nunca dispor seus preceitos de modo a não prejudicar, por exemplo, o direito de propriedade, ou a satisfazer ao princípio da igualdade. Tal função caberá ao Legislativo, por derrogação ou modificação da lei. A Corte dos Estados Unidos da América do Norte negou essa faculdade às legislaturas no caso *Norwood versus Baker*, 172 U. S., 269, e o Juiz Harlem — que instituiu o voto da maioria — a ampliou, depois, em uma divergência que se verificou no caso *French versus Barber Asphalt Paving Co.* Todavia, a tese defendida não foi uniformemente mantida pela própria Corte, e no caso *Wagner v. Lesser*, 239 U. S., 207, sustentou ela que entre as competências legislativas se inclui a de determinar se a despesa feita com um melhoramento local será paga pelos cofres públicos ou pelas propriedades especialmente beneficiadas e, nesta última hipótese, se a contribuição recairá sobre tôdas as propriedades ou apenas sobre as mais próximas, de acôrdo com a frente ou a área dos lotes (6).

IV. A jurisprudência argentina, diferentemente da norte-americana, desde o primeiro momento atribuiu aquela competência ao Poder Executivo (7), conquanto tenha modificado a atitude inicial no que se refere à extensão do benefício, que, no caso citado, considerou local, ao passo que no caso *Antille versus Província de Santa Fé* (8) reconheceu e aceitou o princípio do benefício geral.

Dentro da sistemática da Constituição argentina, nem o Judiciário nem o Executivo podem alterar o montante das obrigações tributárias, de vez que, se ao Legislativo se conferiu o poder de criar os encargos fiscais, conseqüentemente a êle compete determinar sua incidência e seu *quantum*. De

7) *Pereyra Iraola v. Província de Buenos Aires*, Decisões, t. CXXXVIII, pág. 161.

8) Decisões, t. CLXXX, pág. 161; Sobre êste fato, veja-se: Giuliani Fonrouge, in "Boletín del Centro de Estudios Permanentes de Derecho Financiero", 1938, t. II, pág. 248 (Faculdade de Direito de Buenos Aires).

9) Veja-se Luqui, *Lo Contencioso-Tributario*, págs. 10 e seg.

outro modo viria a desvirtuar-se o sistema republicano representativo, que, nesta matéria, mais positivamente se revela.

Destarte, somente quando as leis fixam normas para a determinação dessas obrigações e o Executivo (Poder administrador) delas se afasta, estabelecendo contribuições que a elas não se ajustem, é que ao contribuinte assiste o direito de recorrer ao Judiciário, por intermédio do contencioso administrativo (ou tributário). Em face do mecanismo de nossas leis e da nossa organização político-constitucional, o Poder Judiciário pode invalidar uma lei ou um regulamento quando violem, a primeira, princípios constitucionais e, o segundo, preceitos legais; nunca, porém, retificar os atos do Poder administrador ou julgar da oportunidade da obra, do maior ou menor grau da utilidade pública, ou da urgência de sua execução. Tudo isto está reservado ao Legislativo, não apenas em obediência à Constituição, mas também ao sistema institucional vigente no país.

Do exposto conclui-se que, dos cinco princípios de que falamos no começo, aqueles relativos à *proporcionalidade*, à *uniformidade* e à *não confiscação*, bem como o de que o contribuinte *não deve pagar mais do que custou a obra* encontram no Judiciário sua mais eficiente garantia, enquanto o que se refere à *apreciação e determinação da utilidade pública* escapa à competência desse Poder.

A *utilidade pública*, conforme dissemos concordando com Bielsa (9), é um “conceito sempre relativo, que varia com as condições econômicas, políticas e sociais da sociedade a que se refere; dessa forma, abstraindo de qualquer definição, a determinação da *utilidade pública* implica sempre, para o legislador, o exame de uma complexa questão circunstancial”.

V. Não obstante as dificuldades que se apresentam no assunto, julgamos que as autorizações para construir obras públicas podem e devem ser submetidas a certas normas, no que concerne aos meios para realizá-las, bem como no tocante à oportunidade e conveniência, desde que para isto se recorra às fontes mais bem informadas e sensatas.

10) Cf. *Derecho Administrativo*, t. III, pág. 426.

11) Para isso tende a reforma introduzida, em 1942, na Lei orgânica das Municipalidades da Província de Buenos Aires, pela Ley n.º 4.787, (v. art. 31, inc. 28 da Ley n.º 4.687).

Julgamos oportuno um apêlo no sentido de regulamentar-se o assunto, mediante legislação adequada, ao invés de deixá-lo ao livre arbítrio. Nossa posição, pois, está bem definida: passar dêsse falso e anti-político discricionarismo à regulamentação, não apenas no que diz respeito a esta espécie de obras, mas também em tudo aquilo em que exista uma necessidade pública e interesses privados a respeitar.

Ao tratar das dificuldades existentes para apreciação e determinação da *utilidade pública*, cumpre recordar as palavras do Procurador Geral da Nação, Dr. Eduardo Costa, que transcreve Bielsa (12): “Por isso nem os professôres de direito, nem as Côrtes de Justiça conseguiram encerrar em uma fórmula concreta o que se deve entender por utilidade pública. Imagina-se que tudo aquilo que satisfaz a uma necessidade geral ou à conveniência do maior número é de utilidade pública. Contudo, onde começa a necessidade, e onde terminam as conveniências? Na impossibilidade de tal delimitação, e desde que a alguém deve caber essa incumbência, que a lei a atribua ao Poder que, pela natureza de suas funções e pela renovação periódica de seu mandato, está em maior contacto com o povo e, portanto, em condições de melhor poder apreciar suas necessidades.

Apesar dos obstáculos que se apresentam à regulamentação da matéria, cremos que o discricionarismo não exclui um *subtractum* de legitimidade, que deve condicionar todo o exercício da atividade política, a fim de que não se torne abusivo e contrário ao próprio interesse a que se procura atender (13).

Da complexidade dos fatores concorrentes — alguns ocultos e outros tènicamente difíceis de avaliar — é que surgem os obstáculos à fixação de regras fixas e uniformes de apreciação e determinação da utilidade pública. As ciências que direta ou indiretamente coadjuvam no seu estudo não puderam, até agora, oferecer os princípios gerais normativos — tão necessários — que permitiriam chegar a essa intuição e sùtil penetração

12) *Op. cit.* t. III, pág. 428, nota 29.

13) *Poder discricionário não é Poder Arbitrário*. Conforme ensina Bielsa (*Estudios de Derecho Público*, pág. 31), “o Poder do Estado, mesmo quanto arbitrário, é jurídico (no sentido positivo); porém, conquanto “substancialmente ambos sejam da mesma natureza jurídica, o Poder Arbitrário é conduzido pelo interesse e a paixão de quem o exerce, e o Poder Discricionário é estabelecido no

a que se chama “senso político”, que alguns indivíduos e órgãos colegiais revelam ter através da visão clara e precisa do momento, do fenômeno e de sua adequada solução. Aos primeiros, pelo acerto com que procedem, se convencionou considerar verdadeiros homens de govêrno, qualquer que seja a função que lhes incumba desempenhar (14); e por certo nisso não intervêm o conhecimento técnico da matéria, pois é inegável que muitos dêsses homens de govêrno não são especialistas, nem têm sôbre as ciências o conhecimento perfeito que outros, verdadeiros mestres, possuem, mas não sabem utilizar quando em funções de govêrno.

Esse atributo pessoal — para não dizer congênito — que habilita a distinguir a necessidade e apreciar o *fim de utilidade pública das obras*, não se pode adquirir em tratados nem consubstanciar em dispositivos legais; não obstante, dia a dia se

interêsse do próprio poder; por isso é legítimo, ou melhor, justo. O fim é que distingue um do outro”.

O Poder do Estado, para como tal ser exercitado, deve entender-se em função de um estatuto jurídico, em que, mais do que no *poder*, o discricionarismo existe nos *meios*, *oportunidades* e *modos* de executar os atos julgados necessários ou convenientes para atingir fins legítimos. Nesse sentido, a determinação da utilidade pública de uma obra de calçamento, sôbre a qual se baseará a respectiva autorização da despesa, não pode ficar sujeita a êsse mal entendido discricionarismo com que freqüentemente se apresenta — com traços próprios do absolutismo arbitrariedade — em virtude de a resolução não se basear o “conhecimento e experiência reais”. Daí resulta, também, essa falsa crença que muitos alimentam a respeito dos “privilégios da Administração pública”, sôbre os quais escreveu Bielsa (*Las garantías jurisdiccionales de los administrados y contribuyentes*) Veja-se, também, Luqui, *Lo Contencioso-Tributario*, pág. 7, nota 7 bis; Spiegel, *Derecho Administrativo*, pág. 24. Sôbre Poder Discricionário e Poder Arbitrário, pode-se ver: Stamler, *La Génesis del Derecho*, pág. 93; Sarría, *Teoría de Recurso Contencioso-Administrativo*, págs. 7 e 135; Jèze, *Principes Généraux du Droit Administratif*, pág. 229; Kelsen, *Teoría general del Estado*, pág. 125; Esmein, *Eléments de Droit Constitutionnel*, t. I, pág. 22; Hauriou, *Droit Administratif*, pág. 482; Michoud, *Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'Administration*, pág. 58; Berthélemy, *Droit Administratif*, pág. 100; Bremond, *Les Actes de Gouvernement*, in “Revue de Droit Public”, t. V, pág. 223; Nezdard, *Repertoire de droit international privé*; ver: “actes de gouvernement”; Pranard, *De la notion de l'acte de gouvernement*; Jèze, *Les actes de gouvernement*, in “Revue de Droit Public”, 1896; Bielsa, *Derecho Administrativo*, t. I, págs. 133 e seg.; *La Protección Constitucional por el Recurso Extraordinario*, pág. 40; González, *Manual de la Constitución*, n.º 306 e seg.

14) Diz Janet que “o verdadeiro princípio de direito que “autoriza os particulares e tratar de assuntos de Estado, sem que para isso tenham de ser ministros ou príncipes, é o direito, concedido pela natureza à razão humana, de observar e estudar todos os fatos e objetos que nos rodeiam e que abalam nossas convicções” (*Historia de la Ciencia Política*, pg. 6).

vai tornando evidente que a melhoria das normas positivas, o aperfeiçoamento da administração pública, as novas criações da técnica e da ciência tendem diminuir as dificuldades. A técnica, se não supre pelo menos modera e disciplina o gênio, conquanto também seja muito certo que em outras esferas de ação — na ciência pura, por exemplo — o “gênio impõe-se ao método”.

Cumprê recordar — e de nossa afirmação dá testemunho a história das obras públicas do país — que diàriamente ocorrem casos em que as necessidades públicas foram exageradamente estimadas, e outras, ao contrário, em que estas não se apresentaram, para o homem da rua, com relevos nítidos e precisos; aquêles, porém, dotados de acuidade e penetração as anteciparam e previram até seus menores detalhes e conseqüências. Excluimos a influência de fatores patógenos, ainda que em muitas dessas obras públicas êles servissem para explicar a *suposta imprevisão*.

Finalmente, não se trata sômente da habilidade para aperceber-se e da inteligência para aquilatar da verdadeira importância da obra, senão também de conhecimento e capacidade suficientes para encontrar uma solução correspondente à utilidade pública, impedindo que, pelo fato de satisfazer-se a uma determinada necessidade, se obtenham efeitos contrários ou gastos excessivos, que provoque o surgimento de outra necessidade, também pública, ainda que de natureza diversa.

Neste terreno as necessidades públicas não se acham separadas e distinguíveis, como poderia acontecer na classificação adotada por tratados de ciência política, mas em perfeita conexão e intimamente vinculadas.

Verifica-se, assim, que a apreciação e determinação da *utilidade pública* de uma obra de calçamento exige — para não causar prejuízos ou originar novas necessidades públicas —, daqueles que forem chamados a declará-la, os requisitos que caracterizam os homens de govêrno, uma informação técnica completa e, sobretudo, um grande conhecimento jurídico da matéria (15). De outra forma continuará a improvisação, com todos os males e perigos que dela decorrem.

15) Não é apenas a obra pública que dá justa e adequada satisfação às necessidades públicas, senão também um conjunto de atividades que requerem ação integral, harmônica e de conjunto (V. Luqui, *Organización Económica y Reforma Tributaria*, pg. 47.)