



**FUNDAÇÃO PREFEITO FARIA LIMA - CEPAM**  
**Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal**

# **ESTATUTO DA CIDADE**

São Paulo, 2001

© da Fundação Prefeito Faria Lima - Cepam  
Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal

Ficha Catalográfica elaborada pela Unidade de Produção de Documentação e Informação - UPDI

FUNDAÇÃO PREFEITO FARIA LIMA – CEPAM. *Estatuto da cidade*, coordenado por Mariana Moreira. São Paulo, 2001.

482p.

1. Desenvolvimento Urbano. 2. Planejamento Urbano. 3. Legislação Urbana. 4. Política Urbana. I. Moreira, Mariana, coord. II. Título

CDU: 711.4

## MENSAGEM DO GOVERNADOR

As transformações pelas quais o País tem passado redesenharam as atribuições dos Poderes Públicos, suas relações com o setor privado e com os cidadãos. Os avanços das tecnologias da informação, por sua vez, abriram enormes possibilidades para a Administração, internamente e nas suas relações com a população.

Simultaneamente, os governos têm sido tensionados pelo contínuo aumento das demandas da sociedade, justificadas não só pela persistência de um inaceitável déficit social, mas também pela participação cada vez maior do nosso povo na vida política – fator, aliás, muito saudável para a democracia.

Para encaminhar as soluções adequadas, o Estado – em qualquer das suas três instâncias constitucionais – vem abandonando aceleradamente o seu papel de produtor de bens e serviços, assumido em decorrência de um modelo de crescimento que já não corresponde às necessidades atuais.

Promover o desenvolvimento humano, incentivar a atividade econômica, gerar empregos, estão agora entre as suas principais atribuições. Na verdade, sua importância atual encontra-se na eficiência com que desempenha suas atividades promotora e fiscalizadora e também na prestação competente dos serviços que por natureza lhe cabem.

Não é diferente, no âmbito municipal. A contigüidade da comunidade com os poderes aí localizados, a proximidade entre representantes e representados – que nos municípios menos populosos reciprocamente até mesmo se conhecem pelo nome –, além de propiciar um acompanhamento mais atento dos mandatos, impõe respostas ágeis e conseqüentes. Daí a oportunidade desta série de publicações.

Da reflexão sobre a Ética ao esboço de regimento interno para câmaras municipais, das informações sobre os consórcios intermunicipais a esclarecimentos sobre a Lei de Responsabilidade na Gestão Fiscal, uma multiplicidade de temas é apresentada de forma clara e direta, facilitando a consulta e a utilização.

***Geraldo Alckmin***  
*Governador do Estado de São Paulo*

## APRESENTAÇÃO

Diante das transformações que têm agitado profundamente a face do mundo e do Brasil, o município se vê, atualmente, às voltas com situações novas e inusitadas.

A globalização, a nova economia, as inovações na tecnologia da informação, certamente, afetam os entes municipais, mas não retiram deles, em absoluto, um papel fundamental na vida pública. Por contraditório que isso possa parecer a alguns, esta nova situação não diminuiu em nada o papel do município, trazendo-lhe, ao contrário, novas responsabilidades. O municipalismo reforça-se com a globalização e a Administração Municipal deve transformar-se e modernizar-se para enfrentar esta nova realidade.

É, assim, com o intuito de colaborar com os municípios de São Paulo, seus administradores, empreendedores e cidadãos em geral, neste desafio, que a Fundação Prefeito Faria Lima - Cepam, órgão vinculado à Secretaria de Economia e Planejamento do Estado, organizou esta série de publicações e seminários, cujo tema geral é o Fortalecimento Institucional do Município como Estratégia para o Desenvolvimento Sustentável.

O objetivo, assim, é procurar explicar, da forma mais clara, objetiva e prática possível, esta conjuntura plena de desafios e de oportunidades, transmitindo informações atualizadas e confiáveis sobre uma gama de temas que abrangem administração local, responsabilidade fiscal, desenvolvimento sustentável, consórcios e parcerias intermunicipais e tecnologia da informação (governo eletrônico) aplicada ao plano municipal, entre outros assuntos de interesse.

Buscando, de forma constante, o desenvolvimento social e econômico

do Estado de São Paulo como um todo, a Secretaria de Economia e Planejamento orgulha-se de participar destes seminários e publicações, que certamente contribuirão para o fortalecimento institucional do município, elevando seu padrão de governabilidade.

**André Franco Montoro Filho**  
*Secretário de Economia e Planejamento*

## PREFÁCIO

O objetivo deste livro é, em última análise, orientar os governos municipais na tarefa de planejar suas atividades, especialmente a de elaborar o seu Plano Diretor, tendo em vista a aplicação dos instrumentos urbanísticos, à luz da Constituição Federal e do Projeto de Lei 5.788/90, denominado Estatuto da Cidade, na forma como foi aprovado na Câmara dos Deputados.

O documento é, portanto, dirigido a prefeitos, vereadores e funcionários municipais, com o objetivo de facilitar-lhes a elaboração e implantação do seu Plano Diretor. Em ambos os casos, este livro poderá servir como referência para um diálogo fecundo entre técnicos em planejamento, autoridades municipais, sociedade civil organizada e cidadãos em geral.

Eis que a Constituição de 1988 veio reforçar as competências municipais e, principalmente, o papel do Plano Diretor na definição da função social da propriedade urbana, princípio já há décadas consagrado, mas pouco definido e observado.

Contudo, se, nesse aspecto, a Constituição de 1988, por um lado, abriu novos horizontes, perspectivas e esperanças, por outro, deixou dúvidas, cujo saneamento, esperava-se, fosse feito pela lei nela prevista, dispondo sobre a política de desenvolvimento urbano.

No entanto, tal expectativa restou frustrada. O Projeto de Lei esclarece algumas questões, mas introduz muitas outras e, ainda, impõe aos municípios condicionantes e vínculos desnecessários.

Nesses tempos, em que, em todo o mundo, se reconhece a necessidade de repensar o papel do Estado, procurando ampliar as responsabilidades sociais da iniciativa privada, é preciso ser criativo para imaginar novas

formas de colaboração entre esta e aquele e de um planejamento-gestão democrático e participativo. Num mundo em rápida transformação e globalização, quaisquer amarras ou vinculações desnecessárias somente criam dificuldades.

É o que nos propomos a explicitar a seguir, a partir dos trabalhos e depoimentos dos muitos colaboradores deste livro.

A idéia de produzir este livro nasceu da intenção de refletir sobre uma proposta legislativa que, há mais de década, tramitava no Poder Legislativo Federal sem, no entanto, haver uma profunda discussão sobre seus termos.

Fomos colhidos pela sensação de que o trabalho poderia representar, naquele momento, uma forma de chamar a atenção dos legisladores para a necessidade de ser editada a lei federal que complementa as normas constitucionais que cuidam de tão importante assunto, que é a Política Urbana.

Para tanto, convidamos profissionais que atuam na área para escrever suas opiniões acerca daquilo que propunha o Projeto de Lei. Os autores trabalharam de forma impecável, participando, inclusive, de seminários que realizamos para discutir, juntos, os pontos polêmicos apresentados no Projeto. Além disso, reunimo-nos com parlamentares que estavam à frente das Comissões de mérito da Câmara dos Deputados, por onde o Projeto tramitou, a fim de apresentar nossas críticas e sugestões.

Outros atores desse cenário também foram chamados a opinar, como foi o caso da importante participação de membros do Ministério Público do Estado de São Paulo, que também vieram dar sua contribuição, sob a forma de debates acerca dos temas tratados e de como o Projeto poderia ser aprimorado.

Como toda proposta legislativa, entretanto, o Estatuto da Cidade foi ganhando forma final, que muito contribuiu para seu aperfeiçoamento. Os textos dos autores foram sendo elaborados, procurando atender, a todo instante, as mudanças ocorridas. Por essa razão, alguns textos tomaram por base uma redação diferente da redação final, mas que não retira o brilhantismo de suas conclusões.



Finalmente, a Fundação Prefeito Faria Lima – Cepam, em conjunto com os profissionais que estiveram à frente desse trabalho, pôde finalizar os textos, sempre procurando inserir comentários sobre as alterações ocorridas, a fim de dar ao livro a melhor atualização, pôde editá-lo, tendo em vista a recente aprovação do Projeto de Lei 5.788/90 – Estatuto da Cidade na Câmara dos Deputados.

Certo que resta, ainda, um outro caminho a ser percorrido, que é a tramitação junto ao Senado Federal; somente após sua deliberação é que poderemos ter, no ordenamento jurídico brasileiro, tão importantes normas legais de política urbana.

O livro foi organizado a partir da estrutura do próprio Projeto de Lei 5.788/90 e a última parte foi acrescentada para a opinião do Cepam. Dessa forma, o livro possui três partes distintas: Diretrizes Gerais, Instrumentos Urbanísticos e O Estatuto da Cidade e o Cepam.

Na primeira e na segunda partes, os temas são tratados sob dois olhares: um deles é o olhar do urbanista, o outro, o olhar do jurista. Assim, para a maioria dos temas analisados, são apresentados dois artigos sob óticas diversas, mas complementares.

A primeira parte, que contempla as diretrizes gerais do Estatuto da Cidade, inicia-se com um histórico e a apreciação crítica do Projeto de Lei, a fim de oferecer ao leitor que desconheça a matéria uma visão geral do assunto. Em seguida, outro artigo trata das competências constitucionais para dispor sobre urbanismo, com especial ênfase para a competência municipal. O terceiro tema é de fundamental importância, pois trata da função social da propriedade urbana. O quarto tema aborda o problema dos recursos naturais e seu tratamento no planejamento urbano. A gestão democrática da cidade é tratada em seguida, sugerindo um debate acerca da participação popular nas decisões acerca dos destinos da cidade. No tema seguinte, tratamos das parcerias que devem ser estabelecidas entre a iniciativa privada e o Poder Público na concepção da política urbana, apontando para a necessidade de serem adotadas novas posturas em

relação aos ajustes necessários para ultimar tais acordos. O Plano Diretor, instrumento essencial de implementação da política definida pelo município, é discutido no penúltimo tema. Por último, e não menos importante, o tema das Regiões Metropolitanas, que, embora não abordado pelo Estatuto, permanece como ponto de fundamental importância, tendo em vista a atuação estatal regionalizada.

Na segunda parte, tratou-se dos instrumentos urbanísticos previstos no Estatuto da Cidade, apresentando, inclusive, alguns relatos de experiências já vividas por municípios que os aplicaram em suas cidades. O último instrumento analisado, entretanto, não é mencionado no Estatuto, mas mereceu destaque, pois trata-se de um mecanismo urbanístico bastante eficaz e que pode ser adotado pelos municípios, independentemente de previsão em normas gerais.

A última parte, elaborada pela equipe técnica, pretende registrar a opinião do Cepam acerca de tudo que foi tratado nos textos apresentados e, mais do que isso, sugerir formas práticas de aplicação dos instrumentos e de elaboração dos Planos Diretores e formulação da política urbana municipal.

Estas as nossas pretensões, esperando que o livro contribua para o aperfeiçoamento da legislação, mas, principalmente, para fomentar o debate necessário, e de modo transparente, estimulando as pessoas a se apropriarem de suas cidades e delas cuidar, a fim de que todos possam, afinal, criar uma cidade que garanta o bem-estar coletivo e individual.

*Sergio Gabriel Seixas*  
*Presidente*

# SUMÁRIO

## MENSAGEM DO GOVERNADOR

## APRESENTAÇÃO

## PREFÁCIO

### PARTE I – DIRETRIZES GERAIS

Propostas de Legislação Federal sobre Política Urbana e o Desafio da Gestão das Cidades – *Diana Meirelles da Motta* **15**

Competência Constitucional do Município em Urbanismo – *João Carlos Macruz e José Carlos Macruz* **47**

Função Social da Propriedade – *Daniela Campos Libório Di Sarno* **70**

Função Social da Propriedade e da Cidade – *Nadia Somekh* **81**

Desafios do Desenvolvimento Urbano Sustentável – *Ana Lucia Ancona* **88**

Aproveitamento de Recursos Naturais no Processo de Desenvolvimento Urbano Sustentável – *Maria Luiza Machado Granziera* **100**

Planejamento e Gestão: Um Diálogo de Surdos? – *Raquel Rolnik* **113**

Novos Papéis do Judiciário e do Ministério Público no Trato das Parcerias entre Setor Público e Setor Privado – *Paulo André Jorge Germanos* **119**

Plano Diretor no Substitutivo ao Projeto de Lei 5.788, de 1990 – *Toshio Mukai* **129**

Plano Diretor e Função Social da Propriedade Urbana – *Antônio Cláudio M. L. Moreira* **145**

Regiões Metropolitanas, Aglomerações Urbanas e Microrregiões –  
*Clementina De Ambrosis* **163**

## **PARTE II – INSTRUMENTOS URBANÍSTICOS**

Direito de Preempção – *Eurico de Andrade Azevedo* **175**

Reforma Urbana, Estatuto da Cidade e Direito de Preempção – *Eduardo Della Manna* **189**

Parcelamento e Edificação Compulsórios e Desapropriação – Sanção –  
*Nilza Maria Toledo Antenor* **201**

Aplicabilidade do Parcelamento ou Edificação Compulsórios e da Desapropriação para Fins de Reforma Urbana – *Nelson Saule Junior* **224**

IPTU Progressivo no Tempo – *Bona De Villa* **238**

Usucapião Especial Urbano e Concessão de Uso para Moradia – *Paulo José Villela Lomar* **255**

Função Urbanística do Usucapião – *Norma Lacerda e Lúcia Leitão* **276**

Direito de Superfície – *Mariana Moreira* **293**

Direito de Superfície – *Domingos Theodoro de Azevedo Netto* **307**

Outorga Onerosa (Solo Criado) no Projeto de Lei 5.788, de 1990 – *Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo Santos* **311**

Solo Criado – A Experiência em Porto Alegre – *Maria Regina Rau de Souza e Marilú Marasquin* **332**

Transferência do Direito de Construir – Um Instrumento Mal Aplicado –  
*Maria Cecília Lucchese* **343**

Transferência do Direito de Construir – *Cacilda Lopes dos Santos* **364**

Operações Urbanas Consorciadas – *Diana Di Giuseppe* **377**

Operações Urbanas – *Maria Cecília Lima Castro e Pedro de Milanélio Piovezane* **393**

Requisição Urbanística – *Márcia Walquíria Batista dos Santos* **406**

Qualidades Práticas da Requisição Urbanística como Instrumento de Qualificação Urbana – *Cândido Malta Campos Filho* **417**

### **PARTE III – O ESTATUTO DA CIDADE E O CEPAM**

Política Urbana, Plano Diretor, Instrumentos Urbanísticos – *Mariana Moreira, Clementina De Ambrosis, Domingos Theodoro de Azevedo Netto* **435**

## PARTE I - DIRETRIZES GERAIS

### PROPOSTAS DE LEGISLAÇÃO FEDERAL SOBRE POLÍTICA URBANA E O DESAFIO DA GESTÃO DAS CIDADES

*Diana Meirelles da Motta<sup>1</sup>*

No âmbito da política urbana, desde 1983 tramita proposta de legislação federal para regulamentar dispositivos urbanísticos necessários ao apoio de políticas urbanas de âmbito federal, estadual e municipal. Este artigo trata dos projetos de lei federal em tramitação no Congresso Nacional que se destacaram por constituir marco referencial no debate da política urbana. São tratados o Projeto de Lei 2.191/90, do deputado Raul Ferraz, o Projeto de Lei 5.788/90 (PL 181/90, no Senado Federal – Estatuto da Cidade) e seus respectivos Substitutivos na Câmara dos Deputados, quais sejam, na Comissão de Economia, na Comissão de Defesa do Consumidor e Minorias, do relator na Comissão de Desenvolvimento Urbano e Interior e o adotado pela mesma Comissão.

A análise dos projetos de lei focalizou, especialmente, a concisão dos conceitos e das disposições legais; os dispositivos da Constituição Federal e as competências em matéria urbanística das três esferas de governo; a adequação dos instrumentos propostos ao padrão e às tendências da urbanização brasileira, bem como sua adequação aos principais desafios a serem enfrentados pela política urbana.

#### **Projeto de Lei 775/83 do Poder Executivo**

A preocupação em criar dispositivos legais para se obter uma legislação adequada à realidade urbana levou o governo federal a encaminhar o primeiro projeto de lei do Poder Executivo dispondo sobre política urbana – o

<sup>1</sup> Coordenadora-geral de Política Urbana do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea.

PL 775/83, que dispõe sobre os objetivos e a promoção do desenvolvimento urbano. Esse projeto caracterizou-se pelas seguintes inovações:

- criação de uma legislação própria para a cidade que refletisse as relações urbanas do Brasil. Naquele momento, como até agora, grande parte da legislação em vigor foi concebida quando a sociedade brasileira era predominantemente rural;
- explicitação do preceito constitucional da função social da propriedade, adotando como pontos básicos: a) oportunidade de acesso à propriedade urbana e à moradia; b) justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes da urbanização; c) correção das distorções da valorização da propriedade urbana; d) regularização fundiária e urbanização específica de áreas ocupadas por população de baixa renda; e e) adequação do direito de construir às normas urbanísticas;
- criação de novos instrumentos para habilitar os prefeitos e demais administradores urbanos a melhor orientar o crescimento das cidades e a corrigir as distorções existentes, ou as que venham a ocorrer, tais como direito de superfície, parcelamento, edificação e utilização compulsória e direito de preempção;
- participação do cidadão, da associação comunitária, do vizinho e do Ministério Público na fiscalização do cumprimento dos preceitos estabelecidos no projeto de lei e nas normas federais, estaduais e municipais pertinentes ao urbanismo. Mediante esse dispositivo, qualquer cidadão, associação comunitária ou o vizinho poderá impetrar ação para impedir a ocupação ou uso de imóvel urbano em desacordo com as normas urbanísticas;
- definição das obrigações para com a cidade por parte da União, do Estado e do município;
- estabelecimento de condições para a transferência do direito de construir de um terreno para outro, nas cidades, em benefício da preservação do patrimônio urbanístico, artístico, arqueológico e paisagístico ou para implantação de equipamentos urbanos e comunitários.

O projeto de lei estabelece, entre outros, os seguintes objetivos para o desenvolvimento urbano: a) melhoria da qualidade de vida nas cidades, a ser alcançada mediante a adequada distribuição espacial da população e das atividades econômicas; b) integração e complementaridade das atividades urbanas e rurais; e c) disponibilidade de equipamentos urbanos e comunitários.

Na promoção do desenvolvimento urbano, determina o projeto de lei, deverão ser observadas diretrizes relacionadas à expansão dos núcleos urbanos; às distorções do crescimento urbano; à concentração urbana; à propriedade imobiliária urbana e sua função social; ao uso do solo; aos investimentos públicos; à política fiscal e financeira; aos investimentos que resultem na valorização dos imóveis urbanos; à participação individual e comunitária no processo de desenvolvimento urbano; e à participação da iniciativa privada na urbanização.

A proposição de uma lei de desenvolvimento urbano que, em âmbito nacional, reunisse os vários aspectos da gestão dos problemas das cidades foi fundamentada na necessidade de assegurar aos administradores urbanos condições efetivas de atuação no meio urbano, e, já naquele momento, mostrava-se urgente e indispensável.

O PL 775/83 teve origem no Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano – CNDU, vinculado ao então Ministério do Interior, e, ao longo dos anos, continuou sendo referência nos debates que se seguiram sobre a regulamentação do Capítulo da Política Urbana. Traduziu-se em documento abrangente, harmônico e sistemático ao apresentar diretrizes, instrumentos e normas gerais de desenvolvimento urbano, bem como ao delinear a ação conjunta das três esferas de governo para a formulação e implantação da política urbana.

O referido projeto tramitou como principal no Congresso Nacional até o advento da Constituição Federal de 1988, chegando a ser apensados, ao mesmo, 14 projetos de lei. A partir dos novos preceitos constitucionais foram, portanto, apresentados vários projetos de lei, conforme mencionado anteriormente.



## Regulamentação do Artigo 182 da Constituição Federal

As atribuições outorgadas pela Constituição Federal de 1988 no âmbito do desenvolvimento urbano implicaram maior flexibilidade da ação executiva e legislativa quando comparadas com aquelas da Constituição vigente até aquela data.<sup>2</sup>

À União foi atribuída competência para legislar, instituindo normas gerais de direito urbanístico, diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos e desapropriação, além das competências executivas previstas no artigo 23.

Aos Estados foi dada competência legislativa plena ou suplementar, conforme o caso, para atender as suas peculiaridades em matéria de direito urbanístico, proteção do patrimônio histórico, cultural, turístico e paisagístico, florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição.

Ao município compete legislar e prestar os serviços públicos de interesse local, suplementar a legislação federal e estadual, no que couber, e promover adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, parcelamento e ocupação do solo urbano. Paralelamente, a Constituição Federal, no artigo 23, atribuiu também ao município a competência para proteger documentos, obras e outros bens de valor histórico, artístico ou cultural; proteger o meio ambiente e combater a poluição; preservar as florestas, a fauna e a flora; fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar; promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos, entre outras atribuições.

<sup>2</sup> LOMAR, Paulo Villela. *Estudo e análise dos instrumentos legais de planejamento e gestão do solo urbano*. In: Base Conceitual e Hipóteses do Estudo Gestão do Uso do Solo e Disfunções do Crescimento Urbano. Brasília: Ipea, 1997. (mimeo)

Ao município atribui-se, também, as matérias legislativas e executivas de interesse local, isto é, aquelas que não afetem a população de dois ou mais municípios, e, ao Estado, compete a solução dos problemas que atinjam a população de dois ou mais municípios de seu território. Isso não significa desconhecer a existência de problemas coletivos que afetem simultaneamente a população local, estadual e nacional, hipótese em que o interesse nacional prevalece sobre o estadual e o municipal, e o estadual sobre o municipal. Nesse caso, cumpre ao município atuar no interesse local que lhe caiba.

O Capítulo II da Política Urbana (artigos 182 e 183), integrando o Título VII (Ordem Econômica e Financeira), representa o mais significativo ordenamento constitucional sobre desenvolvimento urbano na Constituição Federal, quais sejam (art. 182):

- formulação de lei federal dispendo sobre diretrizes gerais de desenvolvimento urbano e consagração do objetivo da política de desenvolvimento urbano de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (art. 182, *caput*);
- explicitação do princípio constitucional da função social da propriedade, cujo cumprimento será com base no atendimento das exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor (art. 182, § 2º);
- formulação de lei federal que regulamente a faculdade conferida ao Poder Público municipal de promover o adequado aproveitamento do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado (art. 182, § 4º, incisos I, II e III).

Assim, conforme o disposto no artigo 182, a lei federal deve dispor sobre diretrizes gerais da política urbana “a ser executada pelo Poder Público municipal”, explicitando os temas de exclusiva competência federal – regulamentação da propriedade e de sua função social.

Seria também pertinente à lei federal estabelecer diretrizes para o de-

envolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos.

Outra matéria pertinente à lei federal seria o detalhamento das atribuições auferidas pela Constituição Federal no âmbito do desenvolvimento urbano às três esferas de governo (União, Estados e municípios). Uma vez que há várias competências concorrentes, isso seria útil para evitar conflitos, racionalizar esforços e estabelecer a integração de ações no meio urbano.

Também é necessário regulamentar os meios para a cooperação entre os três níveis, especialmente quando se trata de programas de construção de moradias e de saneamento básico. A Constituição de 1988 prevê lei complementar para regular essa última matéria (art. 23, parágrafo único). Esse é um tema que vem sendo fortemente demandado especialmente no debate sobre políticas públicas de habitação e saneamento. Compete também à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico.

Criado pela Constituição Federal de 1988, o Usucapião Especial Urbano passou a ser importante instrumento de acesso à terra pela população de mais baixa renda. É peculiaridade do usucapião transformar a posse em propriedade, sem ônus para o Poder Público e sem intermediação do Executivo ou Legislativo, tornando o acesso à terra urbana um processo de justiça social.

## **Projeto de Lei 2.191/89**

De autoria do deputado Raul Ferraz, o Projeto de Lei 2.191/89 foi o primeiro projeto de lei sobre a promoção do desenvolvimento urbano apresentado após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

O PL 2.191/89 constitui o Substitutivo apresentado pelo deputado ao PL 775/83, com suas adaptações à Constituição Federal de 1988, especialmente quanto ao plano diretor e às competências federal, estadual, do Distrito Federal e municipal quanto à matéria urbanística.

As principais inovações apresentadas pelo PL 2.191/89 no âmbito dos instrumentos urbanísticos foram as seguintes:

- a) **criação de áreas de polarização urbana integrada**, formadas por municípios vizinhos não conurbados e que fazem parte da mesma comunidade socioeconômica e que exijam a execução de serviços de interesse comum;
- b) **criação de dois institutos tributários**: contribuição urbanística e taxa de urbanização;
- c) **criação do instituto da requisição urbanística**, pelo qual o município ou entidade de sua administração indireta, com base no plano de desenvolvimento urbano e no projeto aprovado, poderá requisitar, ocupando, por prazo determinado, um ou mais imóveis contíguos situados em zona urbana ou de expansão urbana, para promover loteamento ou realizar obras de urbanização e reurbanização, devolvendo, posteriormente, o imóvel devidamente urbanizado ou outro de valor equivalente aos respectivos proprietários;
- d) **criação do instituto da usucapião especial de imóvel urbano** em razão do qual todo aquele que, não sendo proprietário rural nem urbano, detiver a posse, sem oposição, por três anos ininterruptos entre presentes ou cinco anos entre ausentes, de área urbana contínua, não excedente a 125 metros quadrados, utilizando-a para moradia própria ou de sua família, não importando a precariedade da edificação, adquirir-lhe-á o domínio. Associação condominial de moradores, representada pelo síndico, poderá promover em juízo a ação de usucapião especial coletivo de imóvel urbano;
- e) **criação do instituto de reurbanização consorciada**, pelo qual o município ou Estado, baseado em plano de desenvolvimento urbano, poderá declarar de interesse social, para fins de desapropriação.

O PL 2.191/89, ao aprofundar e complementar dispositivos constantes no PL 775/83, trouxe uma grande contribuição aos trabalhos de regulamentação do Capítulo da Política Urbana da Constituição Federal.

## Projeto de Lei 5.788/90

O Projeto de Lei 5.788/90, conhecido como Estatuto da Cidade, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. O projeto, com 72 artigos – três Títulos e dez Capítulos –, foi aprovado em 1990 no Senado Federal (PL 181/90) e remetido à Câmara dos Deputados, nos termos do artigo 65 da Constituição Federal.

A conceituação, princípios e objetivos da política urbana apresentam-se de forma confusa, especialmente devido à dificuldade de distinção entre eles, carecendo de revisão e uniformização da terminologia adotada. Observa-se, também, conteúdo complexo para o entendimento da política urbana.

A política urbana municipal é caracterizada, basicamente, no Capítulo I – Diretrizes Gerais; Capítulo II – Políticas Setoriais, e no Capítulo IV – Plano Diretor.

A política urbana municipal é definida como um conjunto de políticas de natureza setorial, cabendo aos municípios elaborar as políticas de ordenação do território, de controle do uso do solo, de participação comunitária, de contribuição social e desfavelamento.

O plano diretor, conforme o projeto de lei, apesar de excessivamente regulado, deixa de apontar os elementos que possam contribuir, de forma efetiva, para a gestão urbana. Outro ponto que poderia ser tratado é a importância do seu papel para o cumprimento da função social da propriedade, pois necessita ser mais esclarecido para os gestores urbanos. O plano diretor apresenta-se, assim, muito extenso, complexo, redundante e confuso, incluindo, como elementos obrigatórios, diversos programas, quais sejam: programa de expansão urbana; programa de uso do solo urbano; programa de dotação urbana e de equipamentos urbanos e comunitários; instrumentos de suporte jurídico de ação do Poder Público, em especial o código de obras e edificações; além das normas de preservação do ambiente natural e construído; e o sistema de acompanhamento e controle. Esses componentes são ainda detalhados em cinco pará-

grafos. Apesar dessas exigências, permanece obscuro o conteúdo obrigatório do plano diretor.

O conteúdo obrigatório do plano diretor, de acordo com a Constituição Federal, já é bastante extenso, não necessitando ser amplamente regulado no corpo da lei federal. Além disso, seria temeroso apontar parâmetros homogêneos para as cidades brasileiras, uma vez que, no âmbito intra e inter urbano, a urbanização do país se mostra em padrões e ritmos diferenciados.

Os dispositivos referentes às “regiões metropolitanas” e “aglomerações urbanas” também são questionáveis. O projeto aponta que um dos municípios da região metropolitana será designado como município metropolitano e que a região metropolitana será dirigida pelo prefeito do município metropolitano. Nesse caso, a Constituição Federal é clara ao determinar que caberá aos Estados “instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum” e regular, conseqüentemente, sobre a forma de gestão e administração dos interesses metropolitanos.

Ocorre, ainda, inadequação de termos empregados, como, por exemplo, a inclusão de “ordenação do território” no elenco de políticas setoriais. Em geral, políticas setoriais referem-se a políticas de equipamentos e serviços públicos, a exemplo da política de habitação, transportes, saneamento e outras.

Um outro ponto discutível do projeto é seu enfoque essencialmente municipal, deixando de mencionar diretrizes gerais da política urbana nos demais níveis de governo. Nesse aspecto, a Constituição Federal de 1988, ao destinar capítulo específico sobre matéria urbana, atribuiu dispositivos específicos sobre o papel da União na política urbana.

Cumprе, portanto, à União, também exercer sua competência relativa à política urbana. Além das diretrizes gerais, que são normas programáticas, impõe-se ainda o estabelecimento de normas materiais que venham orientar o setor urbano, bem como o regime jurídico da propriedade imobiliária

urbana. Além disso, a União, por intermédio de suas agências e instituições voltadas para o desenvolvimento urbano, destina significativos recursos financeiros para programas e projetos urbanos de habitação, saneamento, transportes e desenvolvimento institucional e social nas cidades.

O imposto predial territorial urbano, a contribuição de melhoria, o parcelamento e edificação compulsórios, o direito de preempção, o direito de construir, o direito de superfície e de usucapião especial foram os instrumentos melhor elaborados no âmbito do projeto.

Ao Projeto de Lei 5.788/90 foram apensados 17 projetos na Câmara dos Deputados. No ano de 1992, o PL recebeu 197 Emendas na Comissão de Viação e Transportes, Desenvolvimento Urbano e Interior.

### **Projeto de Lei 5.788/90 – Substitutivo da Comissão de Economia, Indústria e Comércio**

Na Comissão de Economia, Indústria e Comércio, o PL 5.788/90 foi profundamente alterado, sendo retirada grande parte de suas inadequações.

Na Câmara dos Deputados, a Comissão de Economia, Indústria e Comércio, com o objetivo de examinar de forma conjunta o PL 5.788/90, elaborou, em dezembro de 1993, um Substitutivo ao referido Projeto, a partir da proposta apresentada pelo Grupo Técnico - GT, coordenado pela Comissão de Desenvolvimento Urbano e Interior da Câmara dos Deputados, da qual participaram diversas entidades da sociedade civil e órgãos do Poder Público. Não obstante a necessidade de alguns ajustes, esse texto altera profundamente o PL original, aperfeiçoando-o, sendo resultado de profundo esforço técnico e político na busca de um acordo para a sua tramitação, bem como para o aprimoramento do seu conteúdo.

O Substitutivo da Comissão de Economia, Indústria e Comércio, o qual absorveu, em grande parte, o texto do GT, deu novo conteúdo e forma ao PL original.

Foram suprimidos o Título I (Das Definições e da Função Social da

Propriedade); o Título II (Capítulo II, arts. 7º ao 9º); e os que tratam das políticas setoriais (arts. 11 a 15). Foram aperfeiçoados os dispositivos que tratam das diretrizes gerais (art.10) e os que tratam dos instrumentos de política urbana (arts. 16 a 37).

O texto que trata do plano diretor foi profundamente alterado, permanecendo apenas o artigo 38, que dispõe sobre sua obrigatoriedade, e o artigo 39, que menciona que o mesmo pode utilizar os instrumentos do PL para regular os processos de produção, reprodução e uso do espaço urbano. Foram suprimidos os artigos que tratam das diretrizes, do processo da elaboração e do conteúdo do plano diretor (arts. 40 a 52).

Foram suprimidos do Capítulo V (Equipamentos Urbanos e Comunitários, arts. 53 a 55) os artigos que tratam, respectivamente, da definição dos equipamentos urbanos e comunitários, da criação de uma Agência Nacional de Habitação e o que regula o serviço de transporte urbano municipal. Esses dois últimos dispositivos foram suprimidos por vício de iniciativa, por ser matéria de exclusiva iniciativa do Poder Executivo.

Do Capítulo VI (Regiões Metropolitanas e Aglomerações Urbanas, arts. 55 a 63) foram retirados os dispositivos que dispõem sobre a criação, constituição, funções e participação popular nos órgãos metropolitanos, bem como sobre a figura do prefeito metropolitano.

Suprimiu-se, ainda, o Título III (Capítulo I, arts. 64 a 69), que trata do Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano e estabelece as competências, recursos, e outras matérias referentes ao seu funcionamento, por **vício de iniciativa**. Foi também eliminado do Capítulo II (Disposições Finais) o artigo 70, que trata dos dispositivos referentes ao planejamento e gestão das atividades urbanas, notadamente a Lei 6.766/79 sobre o parcelamento do solo urbano, e a Lei 6.803/80, que dispõe sobre as diretrizes básicas para o zoneamento industrial em áreas críticas de poluição e dá outras providências.

Com as alterações ocorridas, o Substitutivo mostrou-se mais adequado às finalidades da regulamentação do Capítulo da Política Urbana.



## **Projeto de Lei 5.788/90 – Substitutivo da Comissão de Meio Ambiente, Minorias e Defesa do Consumidor**

O Substitutivo da Comissão de Meio Ambiente, Minorias e Defesa do Consumidor fez poucas alterações no conteúdo do Substitutivo anterior, incluindo-se alguns dispositivos referentes ao meio ambiente.

O equilíbrio ambiental foi inserido entre as finalidades da regulação do uso da propriedade urbana (art. 1º), sendo também observados, entre as diretrizes gerais da política urbana, os efeitos negativos sobre o meio ambiente (no planejamento do crescimento das cidades, na distribuição espacial da população e das atividades econômicas do município e da região sobre sua influência), a degradação ambiental (na ordenação do uso do solo) e as normas ambientais (na regularização e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda).

No Capítulo II, que trata dos Instrumentos de Política Urbana, Seção I, foram incluídos o estudo prévio de impacto ambiental – EIA e o estudo prévio de impacto de vizinhança – EIV. Na Seção II (Do Parcelamento e Edificação Compulsórios) foram inseridos, no artigo 4º, dois parágrafos que tratam da caracterização da ociosidade prevista no caso da aplicação do parcelamento e da edificação compulsória. No artigo 7º foi emendado o parágrafo 1º, que trata dos títulos da dívida pública, e inseridos dois artigos (arts. 8º e 9º), que tratam do consórcio imobiliário.

Foram inseridas também duas Seções. Uma nova Seção (Seção V – Direito de Preempção), que comparecia no PL 5.788/90 com três artigos que tratam das condições de sua aplicação e a Seção IX – (Do Estudo de Impacto de Vizinhança, (arts. 31 a 33). Esta última determina a elaboração de estudo prévio de Impacto de Vizinhança para a obtenção de licenças ou autorizações de construção, ampliação ou funcionamento, delegando ao município a definição das atividades sujeitas a essa exigência.

O Capítulo IV (Das Disposições Gerais, art. 38 ) indica período de sessenta dias para Estados e municípios fixarem prazos para a expedição de diretrizes para a implantação de empreendimentos urbanísticos, aprova-

ção de projetos de parcelamento e de edificação, realização de vistorias, expedição e de termo de verificação e conclusão de obras.

Considerando que o atual quadro urbano do País revela um percentual significativo da população, especialmente pobre, habitando em áreas sensíveis do ponto de vista ambiental, vale apontar que as novas exigências ambientais inseridas nesse Substitutivo e mantidas até agora, no que respeita ao uso e à ocupação do solo, devem ser aplicadas considerando também sua adequação às condições sociais e econômicas da população. Outro aspecto a considerar respeita à necessidade de avaliação dos instrumentos de política ambiental, com vistas a evitar o agravamento do atual quadro de informalidade urbana.

Por exemplo, a consideração das normas ambientais na regularização fundiária e na urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda, conforme o Substitutivo, tem que ser objeto de criteriosa avaliação, com vistas a evitar seus impactos negativos na oferta de habitação. Devido ao seu caráter restritivo e ao elevado grau de exigência da regulação ambiental, impõe-se sua avaliação considerando alternativas tecnológicas e indicadores sociais e econômicos, sob pena de inviabilizar grande parte de programas e projetos de urbanização de favelas no País, deixando a população nas mesmas condições de precariedade urbana.

Essa observação é também pertinente para o estudo prévio de impacto ambiental (EIA) e para o estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV) exigidos pelo Substitutivo. Um outro fator a considerar, já comprovado também nos planos de manejo para as Áreas de Proteção Ambiental - APAs, é o elevado custo desses estudos, o qual tem inviabilizado a implementação desses planos. A experiência tem demonstrado que a inexistência dos planos de manejo tem favorecido a ocupação indiscriminada do solo, tornando o instrumento ineficaz.

Um outro ponto a considerar diz respeito à harmonização da regulação urbanística com a regulação ambiental. As pesquisas têm mostrado a

necessidade de serem revistos os instrumentos de política ambiental quando aplicados nas áreas sob forte pressão da urbanização.

## **Projeto de Lei 5.788/90 – Substitutivo do Relator na Comissão de Desenvolvimento Urbano e Interior da Câmara dos Deputados**

O Substitutivo do relator apresentado em novembro de 1999 mantém as alterações feitas no Substitutivo anterior, acrescenta novas matérias e retoma outras tratadas no PL 775/83 do Poder Executivo.

A primeira delas respeita às competências da União quanto à matéria urbana, pois nenhum dos Substitutivos anteriores trata desse tema. Conforme mencionado, as competências comuns dos três níveis de governo têm sido alvo de muita discussão, em função da necessidade de serem melhor apontadas as responsabilidades de cada um deles no que respeita ao desenvolvimento urbano. No entanto, o PL transcreve o Texto Constitucional, deixando de esclarecer aspectos cruciais, como, por exemplo, normas para a cooperação, quando se trata da instituição de programas de construção de moradias, de condições habitacionais e de saneamento básico. O melhor exemplo disso é o debate que tem ocorrido entre Estados e municípios acerca da titularidade dos serviços de saneamento.

Foram ampliados os dispositivos que tratam do Plano Diretor, inseridos dois Capítulos que tratam respectivamente das Regiões Metropolitanas e da Gestão Democrática da Cidade, sendo, também, inseridas, penalidades para o prefeito.

O Substitutivo apresentado pelo relator acrescenta que o plano diretor deve englobar o território do município como um todo e estabelece que o mesmo deva ser periodicamente revisto, pelo menos a cada 10 anos. Torna, ainda, o instrumento obrigatório para as cidades integrantes de áreas de especial interesse turístico ou inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional.

Pesquisas mostram que a eficácia dos planos diretores está diretamen-

te relacionada à sua capacidade de adequação à dinâmica demográfica, social e econômica urbana, ou seja, ao crescimento e à mudança, que constituem os principais processos urbanos, caso contrário, eles não têm se mostrado úteis para os gestores urbanos e para os cidadãos. Nesses termos, o seu conteúdo não deve apenas se restringir a uma visão física e espacial. O plano diretor deve incorporar aspectos econômicos e sociais urbanos, refletindo a dinâmica desses processos e sendo objeto de ajustes na sua aplicação, sendo aconselhável, portanto, ser frequentemente revisto.

O tratamento das regiões metropolitanas revela inadequações, necessitando revisão. O documento propõe que a polarização do território do Estado como um todo, por uma metrópole, seja condição para a instituição de região metropolitana. No entanto, não explicita como isso vai ser avaliado. Aponta, como diretrizes para criação, o estabelecimento de meios integrados de organização administrativa, a prevalência do interesse comum sobre o local, o planejamento e a execução conjunta das funções de interesse comum e o rateio de custos. O Substitutivo conceitua mas não explicita as funções públicas de interesse comum, e determina que as regiões metropolitanas elaborem um Plano Diretor Metropolitano, independentemente do Plano Diretor Municipal.

O Substitutivo dá especial relevância à participação popular na gestão urbana, constituindo capítulo específico e explicitando os instrumentos a serem utilizados, com enfoque na gestão do orçamento participativo.

Para a ação judicial referente a usucapião especial de imóvel urbano foi previsto o rito sumário, com vistas a agilizar os processos que têm impedido o direito à moradia. É também instituída a Outorga Onerosa de alteração de uso mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário.

Para reparar danos causados à ordem urbanística e fortalecer a atuação do Ministério Público, é prevista a utilização da ação civil pública, o que pode favorecer a aplicação desse tipo de ação com relação à questão urbanística.

O Substitutivo previu, também, diferentes tipos de sanções. Será nula, por exemplo, a lei que instituir o plano diretor sem participação popular em seu processo de elaboração, e as ações e omissões graves do prefeito caracterizar-se-ão como improbidade administrativa.

Foram alterados vários pontos do Substitutivo anterior. Como exemplos, destacam-se as alterações feitas nos dispositivos que tratam da taxa de juros na desapropriação-sanção prevista pelo artigo 182 da Constituição Federal, que beneficiava o infrator, e da definição de subutilização do solo urbano, que não previa a hipótese de falta de cumprimento da legislação cabível.

### **Projeto de Lei 5.788/90 – Substitutivo Adotado pela Comissão de Desenvolvimento Urbano e Interior da Câmara dos Deputados**

O Substitutivo dessa Comissão apresenta poucas alterações em relação ao Substitutivo anterior, sendo, a de maior relevância, a inclusão de uma seção específica que trata da Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia em Imóvel Público. Em relação aos Substitutivos anteriores, a inclusão desse instrumento pode ser considerada um avanço, pois os Substitutivos precedentes careciam de instrumentos que viessem a contribuir para a gestão das áreas urbanas informais.

O Substitutivo regulamenta o Capítulo da Política Urbana da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências, tendo por finalidade instituir normas que regulam o uso da propriedade urbana.

O Capítulo da Constituição Federal dispõe que as diretrizes da política urbana seriam fixadas em lei, e que a política urbana tem, por objetivo, ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

Para o alcance desse objetivo, o conteúdo do Substitutivo deveria ser mais abrangente e expressar a função social da cidade, que se traduz pela oferta de empregos, de habitação, saneamento, transportes, demais serviços e equipamento urbanos.

Diante do exposto, a avaliação geral do Substitutivo é de que o mesmo deveria incorporar dispositivos voltados especialmente para a melhoria das condições de vida da população pobre, para o aumento da competitividade das cidades, e para o fortalecimento do planejamento e gestão, que constituem os grandes desafios da política urbana.

No entanto, o foco do Substitutivo, circunscrito à regulação da propriedade, restringe, do ponto de vista da gestão das cidades, a regulamentação do Capítulo da Política Urbana da Constituição Federal. Além disso, essa ênfase é mais orientada para o uso da propriedade formal, uma vez que a maioria dos instrumentos propostos são destinados às áreas urbanas que estão em conformidade com a legislação.

São pouco explorados os instrumentos e os dispositivos que poderiam favorecer o aperfeiçoamento da regulação urbana mediante sua adequação à dinâmica urbana e às condições sociais e econômicas da população. Essa inadequação pode ser demonstrada pelo elevado percentual de áreas urbanas no País em desacordo com as normas urbanísticas e ambientais.

Outro ponto a destacar diz respeito ao tratamento dado aos principais setores voltados ao desenvolvimento urbano. Nesse aspecto, o PL dá pouca atenção ao setor de transportes e ao setor de saneamento.

Do ponto de vista dos desafios a serem enfrentados e das características da urbanização brasileira, o conteúdo do Substitutivo também poderia refletir as mudanças e os processos espaciais recentes que vêm ocorrendo na estrutura das cidades e na urbanização, especialmente os relacionados à ocupação periférica das aglomerações urbanas, que reúnem cerca de 47% da população do País.

Esse processo de periferização do crescimento das aglomerações urbanas e das grandes cidades do País é também provocado por fatores relacionados às mudanças tecnológicas, às telecomunicações e à reestruturação produtiva. Esse processo, conforme apontam as pesquisas<sup>3</sup>, ocorre, especialmente, com a ocupação de áreas rurais que estão,

<sup>3</sup> A pesquisa *O novo rural*, realizada em 1999 por José Graziano da Silva, do Instituto de Economia da Unicamp, revela esse processo de ocupação.

cada vez mais, absorvendo demandas tipicamente urbanas, como habitação e serviços.

Assim, a regulamentação do artigo 182 da Constituição deve apresentar maior sintonia com o padrão de urbanização recente do País, considerando, especialmente, as implicações econômicas e sociais dos instrumentos urbanísticos.

Outro fator a considerar é que dadas as origens comuns e a interdependência dos problemas urbanos, uma abordagem mais abrangente na regulamentação do Capítulo da Política Urbana traria maior contribuição à gestão urbana do que uma abordagem focalizada especialmente na propriedade do solo urbano.

Deveriam, também, ser esclarecidos os elementos que, de forma explícita ou implícita, auxiliam na definição e abrangência das formas de atuação do governo federal no âmbito da política urbana, quais sejam:

- explicitar que a promoção do desenvolvimento urbano compete, por força da Constituição, precipuamente, ao Poder Público, mediante ação integrada e harmônica da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios;
- propor as diretrizes da política de desenvolvimento urbano de âmbito nacional, guardadas as competências estaduais e municipais, quanto aos aspectos interurbanos (sistema urbano) e os aspectos intraurbanos (diretrizes gerais da política de desenvolvimento urbano), bem como sugerir seus instrumentos de planejamento;
- indicar que a política de desenvolvimento urbano é parte integrante do plano de desenvolvimento econômico e social, e sua execução realizada em observância aos princípios gerais da ordem econômica expressa no artigo 170 da Constituição Federal. Nesse entendimento, a política nacional de desenvolvimento urbano é considerada em sua dimensão interurbana como parte integrante da ordenação do território (sistema de cidades) e em sua dimensão intra-urbana como a definição das diretrizes gerais da política de desenvolvimento ur-

banco executada pelos municípios;

- referir-se ao financiamento da política urbana, com vistas à execução de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano, em consonância com os planos nacionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social, conforme o disposto no artigo 165, parágrafo 4º, da Constituição Federal;
- ordenar normas constitucionais dispersas, explicitar os aspectos interurbanos e intra-urbanos da política de desenvolvimento urbano, suas relações com a ordenação do território e com os planos de desenvolvimento econômico e social, conforme disposto nos incisos IX e XX do artigo 21 da Constituição Federal.

Outro aspecto que merece ser incluído no Substitutivo diz respeito às diretrizes das políticas de habitação, saneamento básico, transportes urbanos e dos demais equipamentos urbanos e comunitários, bem como sua harmonização com a política nacional de desenvolvimento urbano.

No que respeita às regiões metropolitanas, o Substitutivo mantém o mesmo texto do Substitutivo anterior. A maneira pela qual o tema é abordado está pouco claro e necessita de aperfeiçoamento, especialmente quando trata dos requisitos básicos e das diretrizes para sua instituição.

Os requisitos básicos apontados para a criação de região metropolitana necessitam de maior precisão e clareza, e os conceitos de “função pública de interesse comum” e de “patrimônio público” poderiam contribuir mais para o entendimento da matéria.

O texto aponta como requisito básico para a criação de região metropolitana “áreas urbanas contíguas, cuja região de influência abarque, no mínimo, o território do Estado e onde a complexidade das funções públicas justifique a necessidade de organização, planejamento e execução em comum”. Várias são as observações sobre esse tema. Uma metrópole reúne outros atributos, não se restringindo apenas à contigüidade de sua urbanização e à sua área de influência. Outro fator a considerar é que não fica claro no texto o que distingue “região metropolitana” da “aglomeração urbana”.



A propósito, ao dispor sobre essa matéria, o Texto Constitucional, provavelmente, deve ter se inspirado em estudos elaborados em 1984, no âmbito do Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano – CNDU, vinculado ao então Ministério do Interior, que apresentava critérios para a criação dessas duas figuras. Segundo esses estudos, a distinção da região metropolitana da aglomeração urbana reside basicamente em um dos municípios constituir-se em núcleo central, capital estadual e metrópole regional, apresentando mais de 500 mil habitantes.<sup>4</sup>

Estudos recentes<sup>5</sup> sobre a rede urbana do País destacam dois aspectos dessa matéria. Denomina região metropolitana aquelas institucionalizadas por lei estadual, conforme o artigo 25, parágrafo 3º, da Constituição Federal, e aglomeração urbana, a “mancha urbana”, a forma urbana fragmentada (formada por mais de um município), que atende a critérios demográficos e econômicos específicos, podendo ser metropolitanas, caso apresentem atributos de uma metrópole, ou não metropolitanas, caso não apresentem.

Essas disposições poderiam apontar referências mínimas necessárias à criação dessas três figuras, sobretudo porque se constituem em elementos fundamentais para a focalização de políticas urbanas de âmbito nacional e estadual, bem como para a formulação e implementação de políticas regionais. Deve-se aprofundar, portanto, o conceito de aglomeração urbana no contexto do Texto Constitucional. Assim, caberia dispor sobre esse tema, respeitando a competência dos Estados no tocante aos aspectos de gestão administrativa e operacional das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões.

Também poderiam ser explicitadas, resguardadas as peculiaridades regionais e locais, as funções públicas de interesse comum, para efeito de instituição, pelos Estados, de regiões metropolitanas, aglomerações urba-

<sup>4</sup> Ver Resolução do CNDU n. 29, de 13 de novembro de 1984 – Anteprojeto de Lei Complementar. Dispõe sobre o estabelecimento de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas e dá outras providências.

<sup>5</sup> *Caracterização e tendências da rede urbana do Brasil*. Ipea/IBGE/Nesur-Unicamp, 1999.

nas e microrregiões, bem como de indicações mínimas necessárias para a instituição dessas figuras.

Seriam, portanto, consideradas funções públicas de interesse comum os serviços e as atividades que atendam ao interesse de mais de um município da região metropolitana, da aglomeração urbana ou da microrregião, tais como: a) saneamento, notadamente quanto à captação, tratamento e adução de água para abastecimento público, à destinação de esgotos municipais, efluentes industriais e resíduos sólidos, bem como ao controle de inundações; b) transportes urbanos, em especial o transporte público de passageiros, bem como a rede viária, o tráfego e os terminais de passageiros e cargas; c) as atividades de planejamento; d) outros serviços, assim considerados por lei federal ou estadual.

Poderiam, ainda, ser consideradas funções públicas de interesse comum os serviços e as atividades que, restritos ao território de um dos municípios, sejam de algum modo dependentes ou concorrentes de serviços supramunicipais. Essas sugestões acima fundamentam-se nos estudos já citados, elaborados no âmbito do Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano – CNDU sobre a criação de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas.

Quanto ao plano diretor, as principais observações referem-se ao seu conteúdo, obrigatoriedade, e à sua revisão, pelo menos a cada dez anos.

O Substitutivo deixa de destacar, no conteúdo do plano diretor, a especificação das áreas urbanas que serão objeto do cumprimento da função social da propriedade, o que constitui e tem demonstrado ser um dos principais instrumentos de combate à pobreza urbana.

Conforme o disposto no artigo 182 da Constituição Federal, o plano diretor deverá: a) explicitar as funções sociais da cidade e as diretrizes para o seu pleno desenvolvimento, considerando sua expansão e desempenho em relação à população do município e à região em que está localizado; b) estabelecer diretrizes para garantir o bem-estar da população, proteger o meio ambiente e possibilitar o acesso dos seus habitantes à

moradia, transporte público, saneamento básico, saúde, educação, esporte, lazer, segurança e cultura; e c) dispor sobre as exigências fundamentais de ordenação da cidade que servirão para aferir o cumprimento da função social da propriedade urbana.

Quanto a sua obrigatoriedade, deveria também valer para os núcleos urbanos onde o Poder Público municipal pretenda determinar as exigências fundamentais de ordenação da cidade para o cumprimento da função social da propriedade, conforme o disposto no § 2º do artigo 182 da Constituição Federal.

No que respeita a sua revisão, o prazo de dez anos é muito longo e pode aprofundar as disfunções existentes nas cidades. Estudos recentes<sup>6</sup> indicam que planos diretores estáticos, que não acompanham a dinâmica urbana, têm se tornado pouco úteis para o desenvolvimento e para a gestão urbana, além de favorecerem a informalidade do uso do solo urbano.

Nas cidades onde são adotados planos diretores com abordagens restritas a aspectos físico-espaciais, as áreas informais geralmente são pouco atendidas ou ignoradas. O paradigma tradicional do crescimento urbano (planejamento, infra-estrutura, construção e ocupação) é revertido.<sup>7</sup> Além disso, a avaliação desse instrumento revela conhecimento insuficiente sobre as implicações econômicas e financeiras das propostas apresentadas.

Outro aspecto apresentado em estudos de avaliação dos planos diretores respeita ao fato de o mesmo revelar-se mais como um fim em si mesmo do que um componente da gestão de áreas urbanas. Outros pontos também são levantados, quais sejam, necessidade de vinculação entre planejamento espacial e econômico, bem como regulação do uso do solo e controle do desenvolvimento urbano, os quais dificilmente refletem a capacidade de pagamento dos cidadãos urbanos

A função social da propriedade também merece ser melhor regulamenta-

<sup>6</sup> Pesquisa *Gestão do uso do solo e disfunções do crescimento urbano*. Ipea, 1998.

<sup>7</sup> CLARK, Giles. In: *Re-appraising the Urban Planning Process as an Instrument of Sustainable Urban Development and Management*. Nairobi: Habitat, 3-7 october, 1994.

da, pois a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências de ordenação da cidade, expressas no plano diretor. Dessa forma, as exigências fundamentais de ordenação da cidade, a serem expressas no plano diretor, constituem valioso instrumento para os gestores urbanos no que respeita aos programas de urbanização de favelas, como, por exemplo, a indicação de áreas especiais nas quais possam ser aplicados padrões específicos de urbanização para a regularização urbanística e jurídica, especialmente nas áreas ocupadas pela população de baixa renda.

## **Principais Características da Urbanização Brasileira**

A partir da década de 1970, uma das principais características da dinâmica do crescimento intra-urbano no Brasil foi a distribuição espacial da população pobre. Houve uma significativa periferação dessa população em cidades de grande e médio porte, durante a última década, devido, entre outros fatores, às dificuldades das famílias de baixa renda em ter acesso à terra urbana. Isso resultou em acentuada proliferação de assentamentos humanos informais (favelas, mocambos, alagados e loteamentos clandestinos).

Nas áreas periféricas das aglomerações urbanas os problemas estão freqüentemente associados ao uso do solo e à pobreza, geralmente, agravados pelo aumento da favelização e pelo ímpeto da incorporação de novas áreas parceladas clandestinamente. Em sua maioria, situados em zonas de legislação restritiva à ocupação e à construção, esses loteamentos tornaram-se uma alternativa de habitação para a população mais pobre.

De forma geral, isso revela que abordagens de planejamento urbano desvinculadas de marco socioeconômico e demasiadamente estáticas e restritivas para acompanhar a dinâmica urbana são inadequadas para atender às necessidades urbanas essenciais, e que a maior parte do crescimento das grandes aglomerações urbanas está ocorrendo fora das regras do jogo do planejamento.

O fenômeno da favelização é um processo nitidamente urbano e que se faz sentir de forma mais expressiva nas aglomerações urbanas e nos gran-

des centros urbanos<sup>8</sup>. As 12 aglomerações urbanas metropolitanas reúnem 200 municípios e exibem percentuais crescentes do conjunto da população brasileira (32,3% do total da população brasileira em 1980; 33,0% em 1991, e 33,6% em 1996), atingindo 52,7 milhões de habitantes em 1996. Em conjunto, as aglomerações urbanas metropolitanas e não metropolitanas concentram, de acordo com os dados da Contagem Populacional de 1996, cerca de 45% do total da população do País, atingindo a cifra de 73,3 milhões de habitantes em 1996<sup>9</sup>.

O que tem permitido maior acesso da população pobre à habitação é o auto-emprego da moradia popular. Grande parte das habitações, em geral situadas em áreas restritivas à ocupação, caracterizada por baixo padrão de qualidade e custo, tem sido produzida por um setor não estruturado<sup>10</sup>, geralmente sem assistência direta do Poder Público. Nessa linha, destaca-se a magnitude crescente (em termos absolutos e relativos) da população urbana brasileira em situação de desconformidade com a regulação urbana vigente.

O acesso à habitação também tem sido possível devido aos seguintes fatores: a) tolerância ou falta de aplicação estrita de normas urbanísticas inacessíveis de uso do solo e construção; b) capacidade do setor não estruturado de produzir uma variedade de tipos de habitação de baixo custo; c) políticas urbanas e habitacionais que permitem aproveitar terrenos e possibilitam a oferta de materiais de construção de baixo custo para a população; e d) políticas que integram e consolidam áreas informais de ocupação à cidade formal, tais como as Zonas Especiais de Interesse Soci-

<sup>8</sup> O IBGE considera como população urbana ou rural os limites estabelecidos pelo município. Entretanto, o fenômeno da favelização "urbana" também ocorre além dos limites urbanos definidos pelo município, isto é, em "zona rural". Sendo assim, ocupações subnormais com características de favela, especialmente loteamentos clandestinos precários e invasões, não são consideradas "urbanas", sendo, portanto, computadas como população rural.

<sup>9</sup> Estudo *Caracterização e tendências da rede urbana do Brasil*. Ipea/IBGE/Unicamp, 1999.

<sup>10</sup> Segundo definição do Banco Mundial, setor não-estruturado é o setor do mercado imobiliário que inclui as habitações não autorizadas e as ocupações ilegais – assentamentos informais.

al (Zeis), aplicadas inicialmente na cidade do Recife.<sup>11</sup>

Os resultados da avaliação de políticas urbanas no Brasil revelam que a política e a gestão urbana podem ser aprimoradas mediante a aplicação de instrumentos adequados à situação econômica e social da população, bem como pelo envolvimento de diferentes atores – tanto formais como informais – no processo do desenvolvimento urbano. Por outro lado, a falta de métodos de análise apropriados para a prática do planejamento urbano e para a formulação e aplicação dos seus principais instrumentos podem ser impedimentos para uma gestão urbana satisfatória.

A ineficácia e a inadequação dos instrumentos de planejamento e gestão urbana podem contribuir para o processo de segregação espacial dos segmentos mais pobres da população, ao induzir supervalorização de imóveis em algumas áreas e ao forçar, por omissão ou inadequação, que um grande contingente de população pobre tenha apenas acesso a formas irregulares de habitação. O acesso à habitação é, nesses termos, diretamente afetado pelo ambiente regulador institucional e normativo, incluídos os instrumentos de regulação e controle do desenvolvimento urbano.

Pesquisas recentes apontam que os principais problemas das cidades brasileiras são de ordem social e econômica. Os problemas sociais incluem a pobreza, os altos níveis de subemprego e desemprego. Esses problemas concentram-se, particularmente, na periferia das grandes cidades e aglomerações urbanas.

A dificuldade do acesso à terra, por parte dos mais pobres, ao longo de muitos anos, conforme já mencionado, culminou na proliferação de assentamentos urbanos informais (favelas, mocambos, alagados e loteamentos clandestinos). Isso, aliado a políticas caracterizadas pela in-

<sup>11</sup> Esse instrumento foi criado pela lei municipal de uso e ocupação do solo do Recife (Lei 1.4511/83) e aplicado de forma mais efetiva por meio da Lei 1.4947/87, que trata do Plano de Regularização de Zeis (Prezeis). A importância desse instrumento reside na inserção da população pobre que ocupa áreas na cidade formal, no reconhecimento jurídico do direito de uso sobre o direito de propriedade e na participação da população no planejamento das ações e definição de prioridades nessas áreas.

suficiência de investimentos em serviços, equipamentos e infra-estrutura urbana na periferia e favelas, resultou em grandes déficits de água, esgoto, lixo, transportes e equipamentos urbanos. Também foram agravados os problemas do subemprego e desemprego e da degradação ambiental.

O grande problema econômico é a reduzida competitividade das cidades brasileiras com relação a centros urbanos de outros países, dada sua ineficiência associada ao “ custo Brasil ” e à falta de dinamismo decorrente dos escassos investimentos nos setores de ponta da indústria e dos serviços modernos (má exploração das potencialidades existentes).

Tais problemas são, em grande parte, agravados pela inadequação das políticas e instrumentos de planejamento e gestão urbana. Não somente foram insuficientes os investimentos nas áreas urbanas informais como também a política pública foi limitada, ora por restrições legais – por exemplo, urbanísticas e ambientais –, ora por inadequações da regulação às condições sociais e econômicas da população. As normas rígidas, que não conseguem acompanhar a dinâmica urbana, e a regulação complexa e excessiva também influem fortemente no padrão de urbanização existente.

Quanto à gestão das cidades, a principal deficiência é a limitada capacidade institucional da maioria delas. Assim, diante dos processos apontados, são três os principais desafios da política urbana: melhorar as condições de vida da população pobre, aumentar a competitividade das cidades e fortalecer o planejamento e a gestão urbana.

No fortalecimento do planejamento e da gestão assume papel de relevo o aperfeiçoamento dos instrumentos de política urbana existentes, bem como a criação de novas formas de atuação nas cidades. Assim, o aprimoramento do quadro regulatório torna-se premente.

## **Considerações Finais**

A necessidade de se considerar os efeitos das atuais tendências de desenvolvimento econômico e social sobre o planejamento e a gestão dos assentamentos humanos foi um dos principais desafios apresentados e

discutidos no âmbito da Segunda Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos – Habitat II, realizada em Istambul, Turquia, em junho de 1996.

O **planejamento urbano convencional**, baseado em planos estáticos e restritivos, que não acompanham a dinâmica econômica e social da cidade, torna-se anacrônico e não alcança nem responde às reais necessidades da cidade e de sua população, devendo, portanto, ser objeto de reformulação e aperfeiçoamento.

Assim, os problemas relacionados ao uso do solo urbano, geralmente associados à indisponibilidade e ao elevado preço da terra para habitação, ao descontrole do crescimento urbano e à ocupação ilegal de áreas, emergem, também, como um dos fatores-chave na gestão urbana.

Nos últimos anos os instrumentos de planejamento urbano, especialmente aqueles voltados para resolver problemas decorrentes do crescimento urbano, têm sido questionados e obrigados a admitir severas críticas devido, entre outros fatores, a) ao aumento do preço da terra e dos empreendimentos privados; e b) à diversificação, comercialização e proliferação de sistemas informais de uso do solo e de produção e gestão habitacional, caracterizados, especialmente, pela insegurança da posse da terra e pela falta de infra-estrutura e serviços urbanos.

Segundo estudos do Programa de Gestão Urbana do Habitat<sup>12</sup>, o exame das ações tomadas pelo Poder Público para melhorar o padrão de urbanização revela um grave quadro de ineficácia na maioria dos países em desenvolvimento. A maioria dos problemas residem na deficiente conceitualização dos problemas urbanos, como, por exemplo, deixar de considerar as demandas de habitação e serviços; coordenação deficiente entre agências governamentais, o setor formal, o informal e a comunidade, bem como a falta de recursos para execução de programas urbanos.

A deficiente conceitualização dos problemas urbanos também se traduz em políticas de gestão do uso do solo e seus instrumentos, a exemplo

<sup>12</sup> DOWALL, E. David. *The land market assessment: a new tool for urban management*. Washington, DC – USA: UNDP/UnchS/World Bank, 1995.



de alguns planos diretores que deixam de considerar as implicações e os impactos dessas políticas no bem-estar da população. No âmbito da política urbana, essas implicações se manifestam, especialmente, na provisão de moradia e no acesso a serviços urbanos e à infra-estrutura.

Os desafios impostos pela urbanização pressionam o Poder Público para que aponte soluções para os problemas urbanos, realçando o papel das políticas urbanas e ambientais, bem como de seus instrumentos.

Assim, as principais normas instituídas pelo setor público para as zonas urbanas que influem no desempenho dos sistemas de oferta de terras para urbanização são a regulação urbanística e a regulação ambiental, incluída a de natureza sanitária.

No entanto, apesar dos evidentes benefícios públicos de uma regulação urbana bem concebida e aplicada, esta pode apresentar várias consequências involuntárias que podem impor fortes custos à sociedade e inverter seus objetivos originais, resultando em efeitos perversos.

A regulação mal concebida pode, por exemplo, produzir significativos efeitos nos custos dos insumos de terrenos para urbanização, bem como na eficiência e na flexibilidade da produção habitacional e na infra-estrutura. Ao mesmo tempo, pode causar efeitos nas condições ambientais exatamente contrários aos previstos.

A regulação urbana também é capaz de afetar o mercado imobiliário e de terrenos de diferentes maneiras: a instituição de normas sobre parcelamento do solo, infra-estrutura e edificação pouco ajustados à realidade prejudicam o acesso da população de baixa renda à construção de acordo com as normas legais, tornando inacessível a habitação para essa população; a regulação complicada e burocrática pode também prejudicar a urbanização, limitando, na prática, a participação do setor formal na oferta de habitação; e normas restritivas sobre o uso do solo e zoneamento, por exemplo, são capazes de limitar a disponibilidade de terra para habitação e, em decorrência, aumentar o seu preço, podendo resultar em padrões ineficientes de urbanização.

Nos últimos anos, avanços significativos foram verificados na formulação e aplicação dos instrumentos de intervenção urbana por parte dos municípios. Observou-se, igualmente, o fortalecimento da participação da comunidade e o envolvimento das organizações não-governamentais no processo de discussão e execução de programas e projetos urbanos.

Não obstante o avanço alcançado por algumas prefeituras municipais do País quanto à aplicabilidade dos instrumentos de intervenção urbana, observa-se a necessidade de aplicação desses instrumentos nos demais centros urbanos, pois a dificuldade no enfrentamento dos problemas das cidades brasileiras ainda decorre, em grande parte, da inadequação dos instrumentos de planejamento e gestão disponíveis, que não acompanharam as profundas transformações da realidade urbana.

As relações urbanas ainda estão sendo regidas por uma legislação civil de índole predominantemente rural. Assim, impõem-se a todos os segmentos da sociedade envolvidos com a questão urbana esforços no sentido de que a atividade urbanística do Poder Público encontre as medidas consentâneas com os desafios da urbanização brasileira.

Nos últimos 30 anos foram editados três instrumentos urbanísticos federais importantes: a Lei Complementar 14, de 8/6/1973, que, criando as regiões metropolitanas, instaura os primeiros instrumentos de planejamento federal no campo urbano e territorial; a Lei 6.766, de 19/12/1979, que dispõe sobre o parcelamento do solo para fins urbanos; e a Lei 6.803, de 2/7/1980, que dispõe sobre as diretrizes básicas para o zoneamento industrial nas áreas críticas de poluição. Cabe, agora, instituir as normas e as diretrizes gerais de desenvolvimento urbano.

Diante do exposto, pode-se concluir que a grande tarefa reside em construir uma legislação inovadora, adequada à realidade urbana e aos desafios impostos pela nossa urbanização. Nesse entendimento, no âmbito das propostas de regulamentação do Capítulo da Política Urbana da Constituição Federal, ainda se faz necessária a complementação de dispositivos voltados às diretrizes gerais de desenvolvimento urbano, especialmente

aqueles orientados para reduzir as disfunções das cidades.

Isso pressupõe, portanto, um grande esforço do Poder Público e da sociedade em geral, no sentido de apontar alternativas inovadoras de financiamento do desenvolvimento urbano, bem como superar as deficiências de natureza legal, institucional e técnica que vêm se constituindo em obstáculos à gestão urbana.

A experiência mostra que a melhoria da capacidade de gestão urbana pode ser alcançada mediante monitoramento e avaliação; modernização do sistema de planejamento e gestão – formulação, revisão e aperfeiçoamento da regulação e dos sistemas de informação –, simplificação de normas e procedimentos legais e administrativos, bem como a capacitação dos atores e demais agentes do desenvolvimento urbano para aumentar a capacidade de gestão local.

O enfrentamento das questões urbanas no nosso País pressupõe poderosos esforços associativos; além disso, é também necessário aprofundar a base analítica acerca dos problemas urbanos.

## Referências Bibliográficas

AZEVEDO NETTO, Domingos Theodoro, DUTRA, Cláudia Martins. *Proposta de emendas ao projeto de lei federal 5.788/90*. Brasília: Ministério da Ação Social, 1992. (mimeo.)

AZEVEDO NETTO, Domingos Theodoro. *Política urbana: novos instrumentos para o desenvolvimento urbano*. São Paulo: Ministério do Interior - CNDU, 1990. (mimeo.)

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal.

\_\_\_\_\_. Ministério da Ação Social/Secretaria Nacional de Habitação. *Proposta de nova redação para o projeto de lei 5.788/90 com base nas emendas apresentadas à comissão de viação e transportes, desenvolvimento urbano e interior da câmara dos deputados*. Brasília: Ministério da Ação Social, 1992. (mimeo.)

BRASIL. Ministério do Interior/Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano. *Resoluções 1982/1984*. Brasília: Ministério do Interior, 1985.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei 775, de 1983. Dispõe sobre os objetivos e a promoção do desenvolvimento urbano e dá outras providências. Diário do Congresso Nacional, Brasília, Seção I, p.2831-2848, 6 de maio de 1983.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei 5.788, de 1990. Estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências (em tramitação). Autor: Senado Federal, 1990.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei 5.788, de 1990. Estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Relatório e voto do relator (em tramitação). Autor: Senado Federal. Relator: deputado Inácio Arruda, 1999.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei 5.788, de 1990. Estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Voto do deputado Adolfo Marinho (em tramitação). Autor: Senado Federal. Relator: deputado Inácio Arruda, 16 de dezembro de 1999.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei 5.788, de 1990. Estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Votos dos deputados Lara Bernadi, Maria do Carmo e Márcio Mattos (em tramitação). Autor: Senado Federal. Relator: deputado Inácio Arruda, 16 de dezembro de 1999.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei 5.788, de 1990. Estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Substitutivo da Comissão de Economia, Indústria e Comércio. Autor: Senado Federal. Relator: deputado Pauderney Avelino, 1996.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei 5.788-C, de 1990. Estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Substitutivo da Comissão de Meio Ambiente e Minorias. Autor: Senado Federal. Relator: deputado Celso Russomanno, 1998.

BRASIL. Projeto de Lei 5.788-C, de 1990. Estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Substitutivo da Comissão de Desenvolvimento Urbano e Interior. Autor: Senado Federal. Relator: deputado Inácio Arruda. 1999.

\_\_\_\_\_. Substitutivo ao Projeto de Lei 5.788, de 1990 (e seus apensos). Regulamenta o Capítulo da Política Urbana da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Substitutivo do relator autor: Senado Federal. Relator: deputado Inácio Arruda, 1999.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei 2.191, de 1989. Institui, nos termos dos artigos 182 e 183 da Constituição Federal, a política de desenvolvimento e de expansão urbana, suas diretrizes gerais, seus objetivos e instrumentos básicos (em tramitação). Autor: deputado Raul Ferraz, 1989.

IPEA. *Gestão do uso do solo e disfunções do crescimento urbano*. Relatório final. Brasília: Ipea, 1998. (mimeo)

IPEA/ IBGE/ NESUR/ UNICAMP. *Caracterização e tendências da rede urbana do Brasil*. (Volumes 1 e 2). Campinas: Unicamp/ Instituto de Economia, 1999.

LOMAR, Paulo José Villela. *Estudo e análise dos instrumentos legais de planejamento e gestão do solo urbano*. In: Base Conceitual e Hipóteses do Estudo Gestão do Uso do Solo e Disfunções do Crescimento Urbano. Brasília: Ipea, 1997. (mimeo)

MOTTA, Diana Meirelles da. *Política urbana e regulação do uso do solo: implicações e análise dos instrumentos de planejamento e gestão*. (Dissertação de mestrado em Arquitetura e Urbanismo) - Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, Universidade de Brasília. Brasília, 1998, 361p.

\_\_\_\_\_. *Os principais projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional e os instrumentos de política urbana*. Brasília: CGPU/ DRPU/ Ipea, 1997. (mimeo)

\_\_\_\_\_. *O projeto de lei 5.788/90 – Estatuto da Cidade – e os principais*

projetos de lei que dispõem sobre política urbana em tramitação no Congresso Nacional. Brasília: Ipea/MPO, 1995. (mimeo)

MOTTA, Diana Meirelles da, SILVA, Ricardo Toledo, VELLOSO, Solange Nascimento. *Subsídios para projeto de lei*. Brasília: Ministério da Ação Social, 1989. (mimeo.)

MOTTA, Diana Meirelles da, MÜELLER, Charles Curt, TORRES, Marcelo de Oliveira. *A dimensão urbana do desenvolvimento econômico-espacial brasileiro*. Brasília: Ipea (texto para discussão n. 530), 1997, 32p.

## COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL DO MUNICÍPIO EM URBANISMO

*João Carlos Macruz*<sup>13</sup>  
*e José Carlos Macruz*<sup>14</sup>

O capítulo inicial destina-se a examinar a competência municipal em matéria de urbanismo. E a sua importância desponta na medida em que está em tramitação no Congresso Nacional – já há algum tempo – o projeto de lei que fixa as diretrizes gerais da Política Urbana, visando regulamentar o artigo 182 da Constituição Federal, além de instituir novos instrumentos urbanísticos voltados ao desenvolvimento urbano: o direito de preempção; o direito de superfície; a outorga onerosa, conhecida como solo criado; a transferência do direito de construir; as operações urbanas consorciadas. Disciplina também sobre o usucapião individual e institui o usucapião coletivo, vislumbrando, por fim, a concessão do direito de moradia, incidente sobre os imóveis públicos.

<sup>13</sup> Advogado, docente e técnico master I da Unidade de Produção de Pareceres e Informações Jurídicas da Fundação Prefeito Faria Lima – Cepam.

<sup>14</sup> Advogado, docente e coordenador da Unidade de Produção de Pareceres e Informações Jurídicas da Fundação Prefeito Faria Lima – Cepam, professor de Direito Constitucional na Universidade Bandeirantes, mestrando em Direito Urbanístico pela PUC-SP.

Mas a atuação do legislador ordinário federal não se limita a consolidar instrumentos urbanísticos, muitos deles já previstos em diplomas legislativos municipais e postos em prática, como, notadamente, as operações urbanas e o solo criado. Define também a função social da propriedade e em que situações a sua inobservância gerará a aplicação, sucessiva, do parcelamento e edificação compulsórios, IPTU progressivo no tempo e desapropriação-sanção.

O Plano Diretor, instrumento local básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana, obrigatório para os municípios com mais de 20.000 habitantes, é imposto, pelo projeto de lei, também para as localidades de interesse turístico e para as aglomerações urbanas, regiões metropolitanas e microrregiões, cuja atuação, nesse particular, cabe aos Estados. Além disso, subordina a aplicação dos instrumentos urbanísticos à sua previsão no Plano Diretor. Isto é, os municípios que pretenderem se socorrer da outorga onerosa e da transferência do direito de construir, do direito de preempção, por exemplo, deverão estar dotados, *ex vi* do Projeto de Lei, de Plano Diretor.

A propositura objeto de exame pelos mais diversos profissionais da área do direito e do urbanismo, definidora das diretrizes da política urbana, pressupõe uma análise acerca das competências constitucionais dos entes federados envolvendo o Direito Urbanístico. Este é o nosso tema, em cuja direção agora caminharemos.

## **O Urbanismo e o Direito Urbanístico**

Com as transformações das relações sociais, inclusive com a expansão das cidades, muito em virtude da migração do trabalhador rural para a área urbana, surgem preocupações com os aspectos urbanos, dando ensejo ao aparecimento do Direito Urbanístico ainda em formação. Tamanho é o grau de desenvolvimento das cidades, que faz surgir os fenômenos da conurbação, das regiões metropolitanas, das aglomerações urbanas e do intenso adensamento demográfico.

Passamos a ter uma desproporção entre o crescimento da população da

área urbana com relação aos habitantes da área rural, em um verdadeiro processo de urbanização, levando à ocorrência de uma intensa concentração urbana.

José Afonso da Silva ensina que a urbanização implicou a ocorrência de problemas urbanos que necessitavam ser alterados pela urbanificação, consistente em processo de correção urbana, mediante a ordenação dos espaços habitáveis, de onde se originou o urbanismo como instrumento técnico e científico.<sup>15</sup>

O urbanismo, portanto, se destacava por visar corrigir as distorções urbanas, mediante a introdução de regulamentos sanitários e instrumentos urbanísticos. Concebido como uma arte de embelezamento da cidade, o conceito de urbanismo evoluiu, procurando organizar e planejar a ocupação dos espaços urbanos, tendo em mira o bem-estar da coletividade, dando forma a normas que permitissem uma integração harmônica das funções da cidade, consistentes na habitação, trabalho, recreação e circulação.<sup>16</sup> Le Corbusier, citado por José Afonso da Silva, esclarece que “O urbanismo já não pode estar submetido exclusivamente às regras de esteticismo gratuito. É, por essência mesma, de ordem funcional. As três funções fundamentais para cuja realização deve velar o urbanismo são: 1) habitar, 2) trabalhar, 3) recrear-se. Seus objetos são: a) ocupação do solo; b) a organização da circulação; c) a legislação”.<sup>17</sup>

É relevante dizer que o urbanismo não almeja, tão-somente, a ordenação da cidade. Há de alcançar todo o território (urbano e rural), ordenando todos os espaços habitáveis existentes, visando propiciar à coletividade uma melhor qualidade de vida.

Para realizar as ações destinadas ao desenvolvimento das funções urba-

<sup>15</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*, p. 42.

<sup>16</sup> MEIRELLES, Hely Lopes, no seu *Direito municipal brasileiro*, p. 376, leciona que urbanismo “(...) é o conjunto de medidas estatais destinadas a organizar os espaços habitáveis, de modo a propiciar melhores condições de vida ao homem na comunidade. Entendam-se por espaços habitáveis todas as áreas em que o homem exerce coletivamente qualquer das quatro funções sociais: **habitação, trabalho, circulação, recreação**” (grifos do autor).

<sup>17</sup> SILVA, José Afonso da. Ob. cit., p. 25.



nas da cidade, deve o Poder Público exercer sua atividade urbanística consistente no planejamento, na ordenação do solo, socorrendo-se de instrumentos de intervenção urbanística, e na ordenação das edificações. Ensina José Afonso da Silva que a atividade urbanística é própria do Poder Público e tem por finalidade a ordenação dos espaços habitáveis. “ Trata-se de uma atividade dirigida à realização do triplo objetivo da humanização, a ordenação e harmonização dos ambientes em que vive o Homem: o urbano e o rural” .<sup>18</sup>

Em razão do exercício da atividade urbanística, geram-se conflitos na medida em que os interesses particulares são atingidos pela atuação do Poder Público. Há um confronto entre o direito coletivo à cidade que cumpra com as suas funções sociais e o direito individual da propriedade. Ambos são direitos consagrados constitucionalmente, e seus contornos devem estar delineados em lei, assim como as normas legais, de maneira inafastável, devem regular e fundamentar a atividade urbanística, que intervém no domínio privado. Essas regras urbanísticas compõem o Direito Urbanístico que, conforme lição de Hely Lopes Meirelles “ (...) é um ramo do Direito Público destinado ao estudo e formulação dos princípios e normas que devem reger os espaços habitáveis, no seu conjunto cidade-campo” .<sup>19</sup> Para José Afonso da Silva, essa nova disciplina do direito “ consiste no conjunto de normas que tem por objeto organizar os espaços habitáveis, de modo a propiciar melhores condições de vida ao homem na comunidade” .<sup>20</sup>

O Direito Urbanístico possui capital importância no que respeita à ordenação do território municipal, com especial enfoque na zona urbana. É através dessa disciplina que o Poder Público pode atuar sobre as relações urbanas que, com a crescente degradação da *urbs* em face do crescimento inexorável, mas desordenado das cidades, se modificam rapidamente, trazendo, como consequência, alteração de parâmetros urbanos antes aceitáveis.

<sup>18</sup> Ob. cit., p. 28.

<sup>19</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*, p. 392.

<sup>20</sup> Ob. cit., p. 42.

Como se viu, o Direito Urbanístico serve, sobretudo, à melhoria das condições de vida de seus habitantes, que necessitam das cidades para o exercício de atividades de trabalho, lazer, moradia e de crença, fundamentais na busca de sua dignidade.

A falta da legislação urbanística, ou mesmo a falta de sua necessária homogeneidade, resulta, notoriamente, na inobservância dos direitos fundamentais, individuais e coletivos, no que respeita a qualidade de vida.

Sem adentrar em detalhes históricos a respeito da natural evolução do fenômeno econômico-social denominado "cidade"<sup>21</sup>, parece-nos claro aduzir que o Direito Urbanístico surge como uma conseqüência da *urbs*. Vale dizer, o desenvolvimento da disciplina, em nosso entender, caminha de mãos dadas com o fenômeno urbano e vem em socorro do atendimento das necessidades que passam a florescer, tanto para os administrados quanto para os administradores, em razão de seu inexorável andar.

A propósito, "**Cidade**, no Brasil, é um núcleo urbano qualificado por um conjunto de sistemas político-administrativo, econômico não-agrícola, familiar e simbólico como sede do governo municipal, qualquer que seja a sua população. A característica marcante da cidade, no Brasil, consiste no fato de ser um **núcleo urbano, sede do governo municipal**"<sup>22</sup>.

Pois bem. Antes dissemos que o Direito Urbanístico emerge para tentar solucionar ou, ao menos, minimizar as necessidades decorrentes do crescimento urbano. Tal desenvolvimento acaba por gerar, indiscutivelmente, graves problemas: deterioração daquele ambiente; afluxo de pessoas, que leva, de forma notória, a grandes carências habitacionais; falta de emprego; condições sanitárias precárias etc. "A cidade, no mundo capitalista contemporâneo, tem sido pensada e vivida como deformação: ora é a Manhattan de todas as ambições e devaneios, ora o Harlem de cada dia de sofrimento"<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Sobre o tema, José Afonso da Silva tece considerações interessantíssimas, no seu *Direito urbanístico brasileiro*, p. 15-18.

<sup>22</sup> SILVA, José Afonso da. Ob. cit., p. 20.

<sup>23</sup> CARDOSO, Fernando Henrique. In: Prefácio da obra de Lúcio Kowarick - *A espoliação urbana*, p. 9.

A ordenação urbana, pela imposição de regras, é o objetivo maior: “O urbanista aspira o funcionamento perfeito da cidade, em suas redes viárias e de comunicação com o exterior, em seu aspecto sanitário e de equipamento social, com sua rede de abastecimento (comércio e mercados) e em quantos serviços administrativos sejam imprescindíveis” .<sup>24</sup>

Dessa feita, tais questões são atacadas, via de regra, pela intervenção do Poder Público, na busca de corrigir os desequilíbrios urbanos. E é através dessa atuação que as normas atinentes ao Direito Urbanístico são formuladas, exatamente com aqueles objetivos.

A esse respeito, assim nos é informado:

“Em nosso modo de ver, o Direito Urbanístico não trata de impor, drasticamente, o ‘bem-estar público’, versão um tanto planificada do imutável bem comum que legitima todo Direito positivo, porque no centro de todo ordenamento está a pessoa humana como parte, membro, desse bem da comunidade. O bem comum é o bem de todos. Não há contraposição ou conflito, senão harmonia de interesses, (...). Razão pela qual, ao concretar o fim do Urbanismo, o temos definido como o ‘bem-estar da pessoa em comunidade’. Não é bem-estar do indivíduo, senão o da pessoa em comunidade. Não é individualismo, senão ‘personalismo’” .<sup>25</sup>

As próximas palavras sintetizam, claramente, a sua natureza: “É certo que as normas que ele [Direito Urbanístico] sintetiza, visando regular a atuação do poder público na ordenação do território ou dos espaços habi-

<sup>24</sup> RUIZ, Miguel Ángel Nuñez. *Derecho urbanístico español*, p.231: “El urbanista aspira al funcionamiento perfecto de la ciudad, en sus redes viarias y de comunicación con el exterior, en su aspecto sanitario y de equipamiento social, en su red de abastecimiento (comercio y mercados) y en cuantos servicios administrativos sean imprescindibles”.

<sup>25</sup> RUIZ, Miguel Ángel Nuñez. Ob. cit., p. 123: “A nuestro modo de ver, el Derecho urbanístico no trata de imponer drásticamente el ‘bienestar público’, versión un tanto planificada del inmutable bien común que legitima todo Derecho positivo, porque en el centro de todo ordenamiento está la persona humana como parte, miembro, de esse bien de la comunidad. El bien común es el bien de todos. No hay contraposición o conflicto, sino armonía de intereses, (...). Razón por la cual, al concretar el fin del Urbanismo, lo hemos definido como el ‘bienestar de la persona em comunidad’. No es bienestar del individuo, sino el de la persona en comunidad. No es individualismo, sino ‘personalismo’”.

táveis, inserem-se no campo do direito público, qualquer que seja o critério que se considere: as relações que estabelecem têm sempre como titular uma pessoa de direito público; protegem interesse coletivo; e são compulsórias.”<sup>26</sup>

Ainda mais uma inserção relevante: “É de se reconhecer, deveras, pelo elastério atribuído ao conceito de disciplina urbanística, compreender-se nesta bem mais do que a expropriação e o regulamento das construções. É bem verdade que neste último inserem-se, a anteceder-lo, também, (...), os problemas referentes ao retalhamento do solo urbano (arruamento e loteamento) e ao zoneamento.”<sup>27</sup>

Referidas regras, que visam à ordenação dos espaços habitáveis, em caracterização bastante ampla, são, por exemplo, os normativos referentes ao parcelamento do solo urbano; ao uso e ocupação do solo; ao zoneamento urbano; e também ao planejamento urbanístico propriamente dito.<sup>28</sup> Quanto às regras de planejamento, estas podem conter, em seu bojo, todo o conteúdo anteriormente citado: são os chamados, entre nós, planos diretores.

O Direito Urbanístico compreende, pois, normas inerentes às normas de desenvolvimento urbano nacional, regional e municipal, a definição das diretrizes de política urbana, como as constantes do projeto de lei objeto de exame, as disposições sobre a proteção ao patrimônio artístico e histórico, as regras relativas ao planejamento urbanístico, retratado pelos pla-

<sup>26</sup> SILVA, José Afonso da. Ob. cit., p. 37.

<sup>27</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Disciplina urbanística da propriedade*, p. 10.

<sup>28</sup> SILVA, José Afonso da. Ob. cit., p. 54, assim as classifica: “a) **normas de sistematização urbanística**, que estruturam os instrumentos de organização dos espaços habitáveis, e são as pertinentes: 1) ao planejamento urbanístico; 2) à ordenação do solo em geral e de áreas de interesse especial; b) **normas de intervenção urbanística**, que se referem à delimitação e limitações ao direito de propriedade e ao direito de construir; c) **normas de controle urbanístico**, que são aquelas destinadas a reger a conduta dos indivíduos quanto ao uso do solo, como as que estabelecem diretrizes de atividades urbanísticas dos particulares, as que regulam a aprovação da urbanificação, a outorga de certificado ou certidão de uso do solo, a licença para urbanificar ou para edificar” (grifos do autor). Claro está que tais regras podem ser dispostas em normativos esparsos. Entretanto, a nosso crivo, um plano diretor poderá abranger, em seu conteúdo, os três conjuntos apontados pelo autor.

nos urbanísticos, tais como o Plano Diretor e o Plano de Renovação Urbanística; ao parcelamento do solo urbano, envolvendo, basicamente, o loteamento e desmembramento; ao zoneamento, definindo os usos dos solos, quanto a serem residenciais, comerciais, industriais, entre outros, e a ocupação do solo urbano, através da definição dos índices urbanísticos, como, por exemplo, a taxa de ocupação do solo e o coeficiente de aproveitamento.

Assim posto, vislumbramos que o conteúdo do Direito Urbanístico não envolve a atuação exclusiva de uma das esferas governamentais, estendendo-se sobre todo o território, impondo a todas elas um agir determinante no sentido de buscar a melhoria da qualidade de vida de toda a coletividade através da organização dos espaços habitáveis. Caberá a todas as unidades de governo, no âmbito de suas atribuições legais e constitucionais, expedir as disposições urbanísticas necessárias para a execução de suas tarefas. E, certamente, ao invocarmos a participação da União, dos Estados e dos municípios na edição de normas próprias relativas aos aspectos urbanísticos, tocamos em assunto delicado, que é o atinente à competência de cada uma dessas pessoas políticas para discipliná-los. E aqui apontamos a repartição de competências tal como concebida pelo Texto Constitucional da qual ora nos ocuparemos.

## **Discriminação Constitucional de Competências**

Todo o complexo normativo urbanístico, envolvendo as normas jurídicas de ordenação das funções sociais da cidade, de definição da função social da propriedade privada e de ordenação dos espaços habitáveis, foi destinado tratar, ora privativa, ora concorrentemente, pelas pessoas políticas integrantes da Federação brasileira.

A Constituição Federal de 1988 consagrou a forma de Estado federal, significando dizer que dividiu o território brasileiro em diversas unidades regionais e, em particular, municipais, dotando-as de autonomia política, financeira, administrativa e legislativa. Previu, também, a existência da União, entidade política que representa a soberania do Estado nacional,

sob o ponto de vista externo, atribuindo-lhe, igualmente, autonomia para tratar dos assuntos federais e dos temas de interesse nacional.

O legislador constituinte estruturou o sistema de repartição de competências complexamente, no qual "(...) convivem competências privativas, repartidas horizontalmente, com competências concorrentes, repartidas verticalmente, abrindo-se espaço, também, para a participação das ordens parciais na esfera de competências próprias da ordem central, mediante delegação."<sup>29</sup> Especificamente nos referimos às competências legislativas.

As competências foram fixadas segundo a predominância de interesse.<sup>30</sup> As matérias de âmbito predominantemente nacional foram destinadas à União. Os temas de cunho predominantemente regional tratarão os Estados. Aos municípios foram atribuídos os assuntos de interesse predominantemente local.

Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, esclarece que toda discriminação constitucional de competências legislativas que pretenda distribuí-las em função da base territorial considera a **variável amplitude de interesses relativa a cada esfera de governo**. São suas as preciosas palavras:

" Trata-se, pois, de colocar a cargo da entidade de abrangência territorial máxima os assuntos que, pela índole da matéria, mais diretamente afetem o todo ou, então, que, por um deliberado intento político, pretenda-se submeter a uma disciplina padronizada, uniforme, exatamente para evitar o surgimento de disparidades tidas como indesejáveis; correlatamente, prepõe-se às entidades de nível intermediário a disciplina de questões de interesse regional e atribui-se às pessoas de menor âmbito a normatividade dos assuntos de interesse restrito à comunidade local." <sup>31</sup>

<sup>29</sup> ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*, p. 79.

<sup>30</sup> A classificação do sistema de repartição de competências constitucionais, segundo a predominância dos interesses, é delineada por José Afonso da Silva, em sua obra *Direito constitucional positivo*, p. 454.

<sup>31</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Discriminação constitucional de competências legislativas: a competência municipal*. Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba, p. 271-272.

Considerada a predominância do interesse ou a variável amplitude de interesses no tocante a cada unidade governamental, enfim, seja qual for, no caso, a gradação que tenha servido de parâmetro para o legislador constituinte ter definido as competências legislativas destinadas a cada esfera federativa, fato é que à União foram deferidas matérias de órbita nacional que, certamente, afetam os Estados e os municípios, assim como aos Estados, cujo exercício de sua faculdade legislativa atinge os municípios e a própria União, coube disciplinar acerca de assuntos de interesse regional. Por fim, os municípios tratarão das matérias que lhes cabe no âmbito restrito local, afetando, conseqüentemente, em menor grau, a União e os Estados.

Há que se tomar, no entanto, as devidas cautelas no sentido de que o exercício dos interesses distintos de cada uma das unidades federativas não incorra, erroneamente, em seara alheia.

Assim colocado, vejamos o compartilhamento de competências legislativas delineado pela Constituição Federal. Foram enumeradas, no artigo 22 daquele Texto, as matérias de competência privativo-legislativas da União, cabendo aos Estados a possibilidade de legislar sobre as questões ali elencadas na forma delegada, em lei complementar, pela esfera federal. No âmbito dessa competência, a União esgotará, pormenorizadamente, o assunto que lhe foi deferido pelo legislador constituinte, não havendo espaço nem competência, por óbvio, para os Estados e os municípios sobre ele legislarem, sem que isso caracterize invasão em seara alheia.<sup>32</sup> Assim, legislará a União sobre direito civil, direito penal, desapropriação, diretrizes da política nacional de transporte, trânsito, jazidas, minas, e outros recursos minerais, aplicando-os, indistintamente, em todo o território nacional,

<sup>32</sup> Cabe apontar que a idéia geral de que não há competência para os Estados e municípios legislarem acerca dos assuntos elencados no artigo 22 decorre da sua própria natureza de interesse nacional e federal. No entanto, por imperfeição técnica, o legislador constituinte de 1988 determinou, no inciso XXVII, que a União editará normas gerais sobre licitação e contratação. É cediço que cabem aos Estados e municípios legislar suplementarmente acerca dessas questões, não cabendo à esfera de governo federal editar normas de tal monta particularizada que invadam as competências dos demais níveis governamentais.

obrigando os indivíduos, bem como os Estados, o Distrito Federal e os municípios, e a própria União, ao seu atendimento.

Na órbita da competência concorrente, cabe à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar sobre os temas arrolados no artigo 24 da Constituição Federal. Cabe à esfera federal, nesse campo, fixar normas gerais (art. 24, § 1º), deixando-se à esfera estadual a competência suplementar, ou complementar, editando as normas específicas de aplicabilidade regional (art. 24, § 2º), observando as normas gerais publicadas pela União. Na ausência das normas gerais, os Estados, plenamente, poderão supri-las, editando tais regras, no exercício de sua competência supletiva (art. 24, § 3º), restando certo que a edição posterior pela União das aludidas normas gerais suspenderão a eficácia, naquilo que com elas conflitar, dos preceitos gerais estaduais (art. 24, § 4º).

Podemos apontar as matérias que estão inseridas na competência constitucional concorrente, presentes no artigo 24: o direito tributário, o direito urbanístico, florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente, controle da poluição, proteção ao patrimônio histórico, artístico, turístico e paisagístico, responsabilidade por dano ao meio ambiente, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

A competência legislativa constitucional dos Estados, excluída a enumeração constante do artigo 24, retromencionado, é residual, significando dizer que lhes foram reservadas as matérias que não lhes foram vedadas pela *Lex Magnum*, conforme determina o seu artigo 25, § 1º. As matérias que não foram destinadas expressamente à União nem aos municípios serão de competência dos Estados, posto que a sua competência é remanescente.

Até aqui podemos constatar que a União possui competências privativas exercidas plenamente (art. 22) e competências para editar normas gerais com relação a determinados assuntos (art. 24), cabendo aos Estados a competência legislativa residual, exercendo a faculdade legislativa sobre qualquer matéria não deferida à União ou aos municípios, a com-



petência legislativa concorrente, podendo expedir disposições complementares ou suplementares às normas gerais editadas pela esfera federal e a competência legislativa delegada, cujo limite de atuação depende da edição de lei complementar, para tratar dos assuntos arrolados no artigo 22 do Texto Constitucional.

Com relação aos municípios, estão eles dotados de capacidade legislativa, cabendo-lhes a expedição de normas próprias voltadas a tratar de assuntos de interesse local, no exercício de sua competência plena e privativa, e a suplementar a legislação federal e estadual, no que couber, conforme verificamos do contido no artigo 30, I e II, da Constituição Federal.

Preceitua o artigo 30, I, do Texto Constitucional que compete ao município legislar sobre assuntos de interesse local. Isso significa que é facultado à unidade federativa local tratar das matérias típicas que digam respeito, privativamente, ao seu âmbito geográfico. As matérias perante as quais cabe ao município disciplinar são comuns a todos os demais entes federativos locais, posto que se trata de interesses de certa categoria pertinentes a qualquer município.

Celso Antonio Bandeira de Mello assim ensina, com clareza palmar: "Ditos interesses são **próprios** da entidade 'município', considerada em si mesma, logo com **prescindência das peculiaridades de cada qual delas**. É o caso, *exempli gratia*, da legislação edilícia, da que respeita aos logradouros públicos municipais, da que dispõe sobre transporte coletivo de passageiros no interior do município, sobre o recolhimento do lixo, da que regula o trânsito de veículos em sua área, etc. Trata-se de uma competência **comum de qualquer município e a qualquer município**. O assunto é dele, e de mais ninguém. É de interesse local" (grifos do autor).<sup>33</sup>

Diversamente é a competência legislativa suplementar diante da qual está presente não um interesse comum, mas um interesse peculiar de um determinado município, cujas características geográficas ou urbanas, por hipótese, impõe-se-lhe editar normas suplementares à legislação federal

<sup>33</sup> Ob. cit., p. 277.

ou estadual. Escapamos, aqui, da competência plena municipal, enveredando em campo de atuação plena e suplementar da União e dos Estados, respectivamente, cuja posição local, em face de particularidades que lhe são inerentes, é a de legislar complementando as legislações federal e estadual, que são insuficientes para atender às demandas específicas ocorrentes na localidade. E por não se tratarem de temas de interesse local, posto extrapolar, indubitavelmente, o seu âmbito territorial, e sim de interesses cujos fatores superam o seu campo de legislação plena, esbarrando em área federal ou estadual, mas que lhe digam respeito em razão de determinadas peculiaridades individuais, é-lhe deferido poder de produzir legislação própria e específica que atenda a tais característicos. É nesse sentido que se coloca Celso Antonio Bandeira de Mello, fornecendo alguns exemplos que sustentam tal entendimento:

“(...) será admissível que em dado município, onde a atividade básica seja a mineração, este estabeleça suplementarmente à legislação federal (evidentemente, não a contrariando) normas preordenadas a acudir a especificidades que se manifestem localmente, em vista de tal condição peculiar. O mesmo dir-se-á, *exempli gratia*, quanto à possibilidade de o Município de Cubatão expedir disciplina legal que suplemente as normas estaduais comuns sobre poluição, tendo em vista o fato de se tratar de um município particularmente afetado por este malefício e na medida em que se trate de atender à sobredita peculiaridade.”<sup>34</sup>

Com efeito, é indiscutível que, diante de um comportamento legislativo federal ou estadual, poderá o município emitir seus próprios suplementos, atendendo às suas peculiaridades e especificidades. É bom que se diga que os assuntos sobre os quais os municípios podem tratar no campo da competência suplementar não são os mesmos temas perante os quais o município terá diante de si o poder de legislar sobre questões envolvendo o interesse local. Neste, a competência legislativa municipal é plena, afastando a produção legislativa federal ou estadual. Naquele, somente diante de interesse peculiar, incomum às demais esferas de gover-

<sup>34</sup> Ob. cit., p. 277-278.

no local e, mesmo assim, quando couber, é que fluirá a participação suplementar do município.

Novamente, trazemos à colação Celso Antonio Bandeira de Mello: "(...) para que a lei federal ou estadual comportasse, nos termos constitucionais, suplementação pelo município, foi presumida a presença de algo distinto do interesse local aludido no inciso I porque, **se dele se tratasse, de um lado, seria despciendo o inciso II, bastando o inciso I; de outro, a competência não seria suplementar, mas simples fruto da autonomia municipal, e, por fim, também a expressão 'no que couber' exibir-se-á como supérflua, completamente inútil**" (grifos do autor).<sup>35</sup>

Por fim, no âmbito da repartição de competências, resta-nos tratar da competência comum preceituada no artigo 23. Através da competência comum, o Texto Constitucional vislumbra comportamento cooperativo entre todas as unidades federativas, não havendo a prevalência do interesse de quem quer que seja nem a supremacia de um ente sobre o outro. Porém, no âmbito da competência legislativa, cada qual tratará, dentro dos seus limites, dos assuntos que lhe foram destinados, isto é: para cumprir com as tarefas e incumbências dadas pelo artigo 23 a todas as unidades federativas, tanto a União, como os Estados e os municípios legislarão, no campo de sua atuação, segundo a definição oferecida pelo Texto Máximo.

O artigo 23 da Constituição Federal consagra as competências administrativas dos entes integrantes da Federação brasileira, não se referindo a legislar, mas, sim, a providências administrativas que deverão ser tomadas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos municípios. Cabe-lhes zelar, cuidar, promover, proteger, fomentar, fiscalizar, dentre outras medidas que se inserem na área de atuação administrativa de cada esfera arrolada no dispositivo constitucional em apreço. Queremos destacar a proteção aos documentos, às obras e outros bens de valor artístico, histórico e cultural, os monumentos, às paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; a proteção ao meio ambiente e o combate à poluição em

<sup>35</sup> Ob. cit., p. 279.

qualquer de suas formas; a preservação das florestas, da fauna e da flora. Seja qualquer nível de governo a que estejamos nos referindo, a todos eles cabem atuar no sentido de buscar o comportamento desejado pelo constituinte de 1988.

Mas cabe-nos considerar que, não obstante as matérias arroladas no artigo 23 sejam de cunho administrativo, o exercício de uma daquelas competências induz, necessariamente, à competência legislativa de cada unidade federativa. E será maior ou menor o agir desses entes, na medida em que estejamos diante da competência legislativa plena ou suplementar, inerente tanto à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios.

Somente diante de uma análise interpretativa sistemática e harmônica das disposições constitucionais chegaremos a compreender o devido alcance da atuação federal, estadual, distrital e municipal nas mais diversas áreas, notadamente em matéria de urbanismo. Mas essa tarefa não é fácil. Problema de difícil contorno é acerca do conceito de normas gerais, de competência da União, cuja observância é obrigatória para os Estados, o Distrito Federal e os municípios, servindo de parâmetro para a atuação legislativa respectiva, seja plena, seja suplementar. É o nosso próximo desafio a ser enfrentado.

## **Normas Gerais de Direito Urbanístico**

Como antes colocamos, diante de todo esse complexo sistema de repartição constitucional de competências, foi detectada a competência da União para tratar de normas gerais no âmbito da atuação legislativa concorrente. O que vem a ser normas gerais é tarefa das mais difíceis, e que ainda não encontrou uniformidade de entendimento. Não nos cabe, nessas breves considerações, resolver problema de tal envergadura. Porém, temos de enfrentá-lo para, relativamente à edição de normas urbanísticas, dar-lhe um delineamento mínimo.

Com base no artigo 24 da Constituição Federal, verificamos a atuação da União no campo da competência concorrente com os Estados e, não podemos nos esquecer, com os municípios, cabendo à esfera federal edi-

tar normas gerais e aos níveis de governo estaduais e municipais a produção de normas suplementares, em atenção aos respectivos interesses peculiares. Nesse primeiro momento, nos ocuparemos das normas gerais de direito urbanístico.

O que são normas gerais, então? As definições acerca do conceito em questão são variadas. Adilson Abreu Dallari define normas gerais como as disposições aplicáveis uniformemente a todas as unidades federativas, tratando amplamente das mesmas matérias, sujeitas à complementação, não se atendo a pontos específicos de atuação dos Estados e dos municípios.<sup>36</sup> Examinando as competências constitucionais das pessoas políticas federal, estadual e municipal, Celso Antônio Bandeira de Mello aponta para a competência federal em razão de considerações políticas, cujo comportamento exige legislação uniforme, padronizada, evitando a produção de normas outras calcadas em ideais segmentados.<sup>37</sup>

Por sua vez, Diogenes Gasparini vislumbra como normas gerais as que veiculam generalidades, aplicáveis, indistintamente, em todo o território nacional.<sup>38</sup> Pontes de Miranda, ao demonstrar que a União não atua ilimitadamente no âmbito da competência concorrente, oferta-nos como normas gerais as que são fundamentais, são diretrizes, são regras jurídicas gerais que não esgotam o assunto, não se exaurem.<sup>39</sup> Miguel Reale, distinguindo entre leis federais em sentido estrito (são as *interna corporis*, cuja validade e eficácia se concentram e se direcionam para a própria União) e leis federais de caráter nacional (que vislumbramos se tratar de normas gerais), que são aquelas cujos destinatários são a sociedade brasileira em sua totalidade, envolvendo os órgãos federais, estaduais e municipais, de conformidade com a natureza da matéria.<sup>40</sup>

Ainda invocamos Hely Lopes Meirelles acerca do assunto em pauta. Segundo ele, lembrando que a União não pode subordinar, no campo do

<sup>36</sup> *Aspectos jurídicos da licitação*, p. 20-21.

<sup>37</sup> Ob. cit., p. 274.

<sup>38</sup> *Direito administrativo*, p. 322.

<sup>39</sup> *Comentários à Constituição de 1967* (arts. 8<sup>o</sup> - 33), p. 166.

<sup>40</sup> *Competências constitucionais - legislação sobre urbanismo*. RDP-75, p. 46.

Direito Urbanístico, a atuação dos Estados e dos municípios, nem intervir no plano executivo desses entes políticos, determinando-lhes “padrões estandardizados”, através de pormenores e detalhes, reconhece o autor a possibilidade de a União fixar normas gerais sobre urbanismo, isto é, “(...) imposições de caráter genérico e de aplicação indiscriminada em todo o território nacional.”<sup>41</sup>

Colocada, assim, a questão das normas gerais, as definiríamos como aquelas disposições aplicáveis, uniforme e indistintamente, sobre todo o território nacional, de observância obrigatória por todos (indivíduos, pessoas jurídicas e políticas), fixadoras de princípios e diretrizes fundamentais, que não esgotam ou exaurem o assunto por elas tratadas, uma vez que não as detalham nem as pormenorizam.

Outro comentário relevante a ser feito quanto às normas gerais é o concernente ao de prevenir conflitos de atribuições entre as diversas unidades políticas nos temas que envolvam a competência concorrente. Com efeito, esse é um dos objetivos das normas gerais: diluir os conflitos de competência que possam surgir do exercício das atribuições constitucionalmente deferidas aos entes políticos federal, estadual e municipal, ofertando-lhes um caminho a seguir quando do exercício de suas respectivas competências suplementares.<sup>42</sup>

Assentadas tais premissas, o que seriam normas gerais vistas, agora, sob o ponto de vista urbanístico?

José Afonso da Silva entende por normas gerais urbanísticas as fixadoras de princípios e diretrizes voltadas ao desenvolvimento urbano de todo o território nacional, estabelecedoras dos conceitos básicos de atuação, e

<sup>41</sup> *Direito urbanístico* - competências legislativas. RDP-73, p. 98. O parecer do qual nos socorremos foi emitido em 1982, cuja Constituição Federal de 1969 não possuía a sistematização da atual Constituição de 1988, que deixou evidenciada a competência da União em editar normas gerais sobre Direito Urbanístico.

<sup>42</sup> Essa é a lição de Hely Lopes Meirelles: “Tratando-se de assunto de competência concorrente das três entidades estatais, como é o desenvolvimento urbano, cabe à **norma geral** procurar prevenir e dirimir os eventuais conflitos de competência que possam vir a ocorrer entre União, Estado-membro e município” (grifo do autor), ob. cit., p. 100.

indicadoras dos instrumentos necessários à sua execução. Especificamente esse autor aponta para as seguintes normas:

“ Assim, são normas gerais urbanísticas as pertinentes à utilização da propriedade urbana, as referentes à ação integrada de organismos federais, estaduais e municipais sobre o desenvolvimento urbano, as diretrizes sobre as áreas de interesse especial; as diretrizes sobre o planejamento urbanístico, sobre os instrumentos de intervenção urbanística, e as bases do regime urbanístico do solo.”<sup>43</sup>

Enfim, são normas gerais urbanísticas aquelas que estejam voltadas para o desenvolvimento urbano nacional, ordenando a criação, ampliação e renovação dos centros nucleares populacionais. Tais regras, além de tentarem evitar eventuais conflitos entre as diversas esferas de governo na área urbanística, indicarão a ação dos Estados e dos municípios na edição de seus diplomas urbanísticos específicos, complementando e implementando as disposições gerais produzidas pela União, dando plena concretude ao desenvolvimento urbano.

Embora não seja objeto de nossas considerações discutir o projeto de lei em suas especificidades, não podemos deixar de mencionar alguns dispositivos que entendemos ser flagrantemente inconstitucionais. A primeira delas é a obrigatoriedade de Plano Diretor para municípios que tenham especial interesse turístico, como indica o artigo 41, inciso IV, do projeto. A Constituição exige Plano Diretor para os municípios que tenham mais de 20.000 habitantes, adotando um critério habitacional para impor a obrigatoriedade. Ao prever a obrigação de Plano Diretor àquelas localidades, que tenham presente o interesse turístico, alcança qualquer município, inclusive com menos de 20.000 habitantes, o que a torna eivada de inconstitucionalidade, assim como o inciso V do mesmo artigo, que prevê a obrigatoriedade daquele instrumento para as cidades inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional.

<sup>43</sup> *Direito urbanístico brasileiro*, p. 58.

Apontamos também como inconstitucional a determinação de que o Plano Diretor deverá ser aprovado, ou alterado, por um quórum qualificado, nos termos da Lei Orgânica Municipal, conforme prevê o § 3º do artigo 40. A inconstitucionalidade reside na afronta à autonomia municipal para definir, em seu processo legislativo, o quórum adequado para a aprovação das suas próprias proposições. Assunto *interna corporis* como esse é de responsabilidade local e não nacional.

Ambos os exemplos, ainda que pontuais, denotam a fixação de disposições específicas, cujo disciplinamento se insere no rol de competências do próprio município e não da União. Nessa mesma esteira, o artigo 49 do projeto sob comento impõe a obrigatoriedade de realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual como condição obrigatória para a sua aprovação. Somente o município é competente para tratar dessa questão, sendo, via de consequência, totalmente indevido o comportamento da União.

## **Urbanismo – Competência Municipal**

De tudo o que expusemos até aqui, verificamos que cabe à União editar normas gerais sobre direito urbanístico, competindo ao município legislar sobre assuntos de interesse local e de complementar a legislação federal e estadual no que couber.

A competência municipal de legislar sobre assuntos de interesse local significa que é facultado à unidade federativa local tratar das matérias próprias ao seu âmbito territorial. Como dissemos, os assuntos perante os quais o município tem a faculdade de disciplinar são comuns a todos os demais entes federativos locais, já que se referem a interesses de certa categoria pertinentes a qualquer município. São os interesses próprios do município.

Quanto à competência legislativa complementar, não há um interesse comum, mas um interesse peculiar de um certo município, cujas características geográficas ou urbanas autoriza-lhe editar normas complementares à legislação federal ou estadual.



Assim, a partir desse momento, passamos a considerar as normas urbanísticas, iniciando pelas contidas na Constituição Federal, promulgada em 5 de outubro de 1988. Isso porque, parece-nos lícito afirmar, em tempo algum de nossa história constitucional, tamanha atenção foi dada à matéria.

Inicialmente, o artigo 30, inciso VIII, da Constituição Federal preceitua que cabe ao município a promoção do adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo. No âmbito do planejamento municipal, está evidenciada a competência municipal plena, sem interferência federal e estadual, para adotar todas as medidas que favoreçam o desenvolvimento territorial local. Para tanto, socorrer-se-á do planejamento, do uso e ocupação do solo e do parcelamento. É uma competência própria do município, comum a todas as demais unidades federativas locais.

Não obstante, cabendo ao município promover o adequado ordenamento de seu território, deve editar legislação com esse mister, que são, basicamente, a lei de parcelamento do solo local e a lei de zoneamento.

O instrumento legal utilizado pelo Poder Público para ordenar, concretamente, o uso do solo urbano denomina-se zoneamento, consistente em um instrumento dos mais legítimos e adequados para a ordenação do território urbano, evitando a sua deterioração com o mau uso da propriedade imobiliária. É através do zoneamento que o território é repartido em diferentes áreas, tendo como diretriz a destinação de uso e ocupação do solo. Para nós, a lei de zoneamento demonstra o exercício da competência plena municipal, quanto a legislar sobre assuntos de interesse local, independentemente da atuação legislativa federal e estadual.

Celso Antônio Bandeira de Mello define zoneamento como a "(...) disciplina condicionadora do uso da propriedade imobiliária mediante a delimitação de áreas categorizadas em vista das utilizações urbanas nelas admitidas".<sup>44</sup> Por sua vez, José Afonso da Silva define-o como a "(...)

<sup>44</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Natureza jurídica do zoneamento: efeitos*, p. 34.

repartição do território municipal à vista da destinação da terra, do uso do solo ou das características arquitetônicas” .<sup>45</sup>

Através do zoneamento, o Poder Público controla o uso e as destinações possíveis de serem dadas ao território, além de ordenar as atividades urbanas que serão levadas a efeito através do uso adequado do solo. A cidade e as áreas urbanísticas serão repartidas em zonas através desse instrumento, atendendo à vocação do solo atingido pelo zoneamento.

Pelo zoneamento serão fixados os usos dos terrenos e edificações, objetivando a promoção da plena distribuição racional das populações nas diversas zonas cujo desenvolvimento se pretende alcançar e organizar.

Diversamente do que ocorre no zoneamento, a ação municipal no parcelamento do solo caminha no sentido de suplementar a legislação federal e estadual. Em 19 de dezembro de 1979, a União editou a Lei 6.766, alterada pela Lei 9.785, de 29 de janeiro de 1999, dispondo sobre o parcelamento do solo urbano, sob a forma de loteamento e desmembramento, fixando normas de observância obrigatória por todos os entes da Federação brasileira. Essa legislação tratou de aspectos sanitários, penais, civis, registrários, administrativos e urbanísticos a serem observados pelas entidades federativas municipais, já que tratam de normas gerais de direito urbanístico e, especificamente, de parcelamento do solo. E, ainda que o município fixe, quando possível, normas mais restritivas, o fará em atenção às suas peculiaridades.

É o que ocorreria, exemplificando, com relação ao artigo 3º, parágrafo único, da Lei 6.766/79, que determina ser inadmissível parcelamento do solo, em zona urbana, de expansão urbana ou de urbanização específica, em determinados terrenos. O inciso II do parágrafo único em questão proíbe o parcelamento em áreas com declividade igual ou superior a 30%. É perfeitamente possível que o município, ao editar a sua legislação própria de parcelamento, fixe norma mais restritiva do que a contida naquele inciso II, atendendo a determinadas peculiaridades presentes naquela municipalidade.

Outro instrumento de suma importância para a ordenação do solo mu-

nicipal é o Plano Diretor, por nós antes tratado. O Plano Diretor é um instrumento legal decorrente da consecução de planejamento e é um recurso empregado para uma política de desenvolvimento e de expansão urbana que tem por finalidade geral, segundo a diretriz traçada pelo artigo 182, *caput* da Constituição Federal, a ordenação do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar de seus habitantes.

A cidade deve dar acesso, para cumprimento de suas funções sociais, a todos os que nela vivem, assegurando-lhes o direito “à moradia, aos equipamentos e serviços urbanos, transporte público, saneamento básico, saúde, educação, cultura, esporte, lazer, enfim, aos direitos urbanos que são inerentes às condições de vida na cidade”.<sup>46</sup> As funções sociais da cidade devem espelhar o seu desempenho em relação à coletividade e à região em que esteja localizada. E o Plano Diretor será o instrumento básico que as espelhará.

Quer-nos parecer que o Plano Diretor se insere no âmbito da competência legislativa plena do município, na medida em que sistematiza o desenvolvimento físico, econômico e social do território municipal, visando ao bem-estar da comunidade local.

Porém, segundo determinado pelo projeto de lei que visa regulamentar o capítulo da Política Urbana, estabelecendo as suas diretrizes, o Plano Diretor – e o enfoque é físico-geográfico – para que possa o município aplicar os mais diversos instrumentos urbanísticos ali arrolados, a saber: parcelamento, edificação e utilização compulsórios, IPTU progressivo no tempo, desapropriação-sanção, direito de preempção, outorga onerosa, operações urbanas consorciadas e transferência do direito de construir, deverá fixar as áreas sobre as quais esses instrumentos serão operados, além de índices urbanísticos que o município entender conveniente.

Vejamos, *verbi gratia*, o disposto no artigo 28, § 2º, do projeto de lei em apreço:

<sup>46</sup> SAÛLE JÚNIOR, Nelson, FERNANDES, Edésio (org.). *O tratamento constitucional do plano diretor como instrumento de política urbana* – direito urbanístico, p. 51.

“ Art. 28 – O Plano Diretor poderá fixar áreas nas quais o direito de construir poderá ser exercido acima do coeficiente de aproveitamento básico adotado, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário.

§ 2º – O Plano Diretor poderá fixar coeficiente de aproveitamento básico único para toda a zona urbana ou diferenciado para áreas específicas dentro da zona urbana”.<sup>47</sup>

Temos certo, pelo que podemos depreender do disposto no artigo 28 e seu § 2º, que a atuação municipal, nesse caso, será a de suplementar a legislação federal, fixando o Plano Diretor as áreas em que será concedida a outorga onerosa, além de estabelecer o coeficiente de aproveitamento básico único ou diferenciado, conforme o caso, a ser determinado pelo próprio município. Está evidenciado que sem a fixação de áreas e sem a definição do coeficiente de aproveitamento, a outorga onerosa não poderá ser aplicada. Para tanto, faz-se necessária a complementação da legislação federal pela legislação municipal. E assim será no tocante aos demais mecanismos que mencionamos.

Portanto, pelo que podemos observar, a competência legislativa municipal será plena ou complementar em matéria de urbanismo, conforme o instrumento que a unidade federativa local pretenda instituir ou implementar. Deve o legislador ordinário federal, ao disciplinar sobre a temática que desenvolvemos, tomar todas as cautelas possíveis para evitar invadir a seara pertencente as demais unidades federativas, cabendo especificamente aos municípios, por seu turno, adotar as medidas pertinentes, constitucionais e legais, através dos mecanismos e instrumentos colocados à sua disposição, visando dar total eficácia à diretriz constitucional do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, garantindo, com isso, o bem-estar de seus habitantes.

<sup>47</sup> A indicação do artigo é meramente exemplificativa, não querendo com isso indicar posicionamento acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de sua previsão em lei federal, na medida em que poderia consistir em instrumento urbanístico tipicamente municipal, não havendo espaço para atuação federal.

## Referências Bibliográficas

- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Disciplina urbanística da propriedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- NUÑEZ RUIZ, Miguel Angel. *Derecho urbanístico español*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1967.
- SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 2ª ed. revista e atualizada, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional positivo*. 15ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1994.

## FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

*Daniela Campos Libório Di Sarno*<sup>48</sup>

A Constituição Federal do Brasil dispõe, em seu artigo 5º, XXII e XXIII, que não só é garantido o direito de propriedade em nosso território nacional como essa propriedade terá, sempre, que cumprir uma função social.

Tal generalidade demonstra, desde logo, que qualquer propriedade, em qualquer lugar, independentemente de quem seja o proprietário, deverá atender às exigências legais para que esse imóvel não só realize as expectativas de seu proprietário como as necessidades da coletividade na qual ele se insere.

Ocorre que a Constituição Federal foi mais além e especificou várias determinações, em diversos tipos de situações, traçando parâmetros muito firmes para o legislador infraconstitucional. Porém, antes de analisarmos as disposições jurídicas pertinentes ao tema, cabe-nos perguntar primeiramente: o que é função social da propriedade?

O instituto da função social da propriedade não é novidade entre nós, muito menos no mundo jurídico, de forma geral. A doutrina debruça-se,

<sup>48</sup> Advogada, professora e doutoranda em Direito Urbanístico na PUC/SP

há muito tempo, tentando desvendá-la, traduzindo-a em um conceito. Para sabermos qual é a função social que determinada propriedade tem ou que precisa cumprir, precisaremos analisar toda a legislação que a afete. Porém, não precisamos nos aprofundarmos tanto para termos uma noção bem firme de como isso deva ocorrer.

O ser humano, gregário que é, sempre se agrupou, criando diversas soluções para as situações que essa convivência grupal lhe trazia. Conflitos nas relações, provenientes exclusivamente desse convívio, dificuldades que surgiam no habitar, no uso que se fazia dos diversos espaços são alguns exemplos. O Poder Público tomou para si a organização das coletividades que se formavam, estabelecendo critérios e regras de convivência em razão dos conceitos e valores de cada época. O incremento das atividades, em face do desenvolvimento da sociedade, forçou a uma complexa organização que cruzava informações como interesses públicos e privados, usos e destinos diversos das propriedades situadas na área urbana. Restringiu-se, essa complexa organização, à área urbana porque sempre foi, justamente ali, que todo tipo de situação, atividade, interesse e disputa ocorreu sobre os espaços tidos como urbanos.

Não é demais salientar que os espaços urbanos são delimitados pelo exercício das funções tidas como essenciais para uma cidade, quais sejam: habitar, trafegar, trabalhar e divertir. A somatória dessas funções, aliadas ao adensamento populacional, além da caracterização da atividade principal não ser a tipicamente agrícola (estabelecendo um critério negativo), mas sim atividades interventoras no meio ambiente, fazem com que esse espaço, assim caracterizado, seja considerado urbano. Traça-se, portanto, um importante diferencial: a separação dos espaços rurais e dos espaços urbanos.

Todas as propriedades necessitam atingir, de forma eficaz e plena, sua função social, tanto a rural como a urbana. Ocorre que elas terão parâmetros diferentes para alcançar tal finalidade, pois seu contexto traz elementos peculiares a cada território. De qualquer forma, o Poder Público assumiu a função de determinar qual é o papel a ser exercido pelo

imóvel, independentemente de ele ser caracterizado como urbano ou rural.

Assim, podemos dizer que a função social da propriedade ocorre no equilíbrio entre o interesse público e o privado em que este se submete àquele, pois o uso que se faz de cada propriedade possibilitará a realização plena da urbanização e do equilíbrio das relações da cidade. É claro que tais dispositivos, que interferem completamente no uso da propriedade, atingirão o seu conteúdo econômico, já que a função social determina o direito do proprietário ao uso e à disposição de sua propriedade, estabelecendo seu rendimento possível. Essa interferência no conteúdo econômico faz com que, muitas vezes, os proprietários de grandes espaços urbanos dificultem a ação do Estado nessa reorganização urbana voltada para o social.

Cabe esclarecer, todavia, que os dispositivos legais que permeiam o uso, o gozo e a disposição da propriedade são de origem mista, ou seja, seu regime jurídico provém de diversos ramos do Direito. O Direito Civil traz, historicamente, toda uma postura com relação ao uso da propriedade pelo particular. Em um primeiro momento, a propriedade podia ser usada como seu dono bem o quisesse. Ser proprietário significava ser dono absoluto, sem qualquer direito de intervenção. Já em uma segunda fase, o proprietário poderia usar e dispor de sua propriedade como melhor entendesse, desde que respeitasse alguns parâmetros inspirados na boa convivência (por exemplo, direito de vizinhança). Até este momento, o Direito Civil absorveu essas regras como suas, pois elas tratavam de propriedade particular com regras mínimas de convivência. As relações urbanas, consideradas de forma coletiva e/ou difusa não eram, até certo tempo, percebidas. Restringiam-na na esfera particular. Já o Direito Administrativo atinge esse vácuo deixado pelo Direito Civil, não no sentido de complementá-lo, mas sim porque novas relações se estabeleceram através do papel desempenhado pelo Poder Público. O interesse pelo equilíbrio da sociedade, da necessidade coletiva, estabelecendo formas de harmonizar a convivência entre todos é papel supremo e indelegável do Poder Público. Quanto ao Direito Tributário, este percebe, na propriedade,

um objeto de seu interesse dado que ela assumiu grande valor para todos (valores econômico, social, familiar). Se essa propriedade está plena no seu exercício da função que lhe foi determinada pelo Poder Público, então terá um tratamento que será diverso daquela propriedade que está distanciada de sua finalidade.

Questionar o papel que a propriedade possui na sociedade é necessário para se obter o amadurecimento das relações entre todos os tipos de pessoas. Em nosso sistema jurídico atual, a função social da propriedade procura fazer justiça social no uso das propriedades, além de contribuir para o desenvolvimento nacional na medida em que as cidades albergam grande parte da população existente e o uso das propriedades interferirá brutalmente na forma com que as pessoas se relacionam.

Compete ao Estado indicar a função social da propriedade. Na esfera federal, essa competência traduz-se na elaboração de normas gerais que indiquem parâmetros e diretrizes para o Poder Público municipal. Quanto a este, o município deverá não só tecer em detalhes o regramento que ordena o seu território, como deverá elaborar planos de desenvolvimento urbano, estimulando, ou coibindo, a iniciativa privada a agir, além de vincular as ações e verbas públicas em um sentido convergente ao da iniciativa privada. Quanto ao papel dos Estados-Membros, percebe-se que sua atuação, no caso, é inexistente, pois feriria a autonomia federativa, determinação estadual sobre o ordenamento do solo municipal.

Por fim, é necessário abordar o papel do Poder Público na realização da função social não como o tutor das necessidades públicas, mas como proprietário de imóvel urbano. Sendo proprietário ou, de qualquer forma, utilizando imóveis e/ou o solo urbano, o Poder Público, em qualquer de suas esferas, deverá atender às exigências da lei no sentido de realizar plenamente a função social de sua propriedade. Por certo que, em muitos casos, essas propriedades terão finalidade diversa da do particular, como é o caso de uma praça pública. Seria impossível admitir-se a não utilização ou a subutilização desse espaço, forçando o Poder Público à edificação compulsória. Se não por outra razão, ao menos pelo fato de uma praça



estar cumprindo, na sua essência, uma finalidade pública, e esta se sobrepõe, sempre, às finalidades particulares. Porém, em imóveis vazios, abandonados, construídos fora dos requisitos legais, deverão não só se adequar às exigências normativas mas também à destinação que a ele deva ser dado, conforme o estabelecido nos planos municipais.

## **Da Análise do Projeto de Lei 5.788/90**

A edição desse projeto de lei significa um importante avanço dentro do desenvolvimento urbano. Esperado há mais de uma década, convém-nos apontar suas virtudes e, quando necessário, alertar para os deslizos. Porém, reduziremos nossa análise ao tema que estamos desenvolvendo. Ocorre, contudo, uma situação curiosa. Como a função social é, mais que um instituto de direito urbanístico, um princípio constitucional, sua realização permeia por quase todo o projeto de lei. Assim, ressaltaremos, dentro dessa proposta legal, os caminhos para a realização da função social, bem como as possíveis sanções aplicáveis ao seu descumprimento. Optamos pela análise de cada artigo que entendemos pertinente ao tema que nos foi proposto.

O artigo 1º traz, no caput, a referência à Constituição Federal, simplificando-a na indicação do Capítulo II, do Título VII, Da Política Urbana (arts. 182 e 183). Não esgota a necessária sistematização constitucional para o assunto (por exemplo, art. 5º, XXII, XXIII, XXIV, XXV, XXVI, art. 156, par. 1º, entre outros). Já o parágrafo único indica a finalidade da função social da propriedade urbana como sendo o bem coletivo, a segurança e o bem-estar dos cidadãos, além de incluir, como novidade, o equilíbrio ambiental. Quanto a este último, ele será obtido na medida em que os diversos tipos de meio ambiente (artificial, cultural, natural e do trabalho) se equilibrem no seu uso sustentável, evitando a degradação do meio ambiente e das relações de uma forma geral.

O artigo 2º, que estabelece o objetivo da Política Urbana, está, na verdade, indicando as diretrizes que o Poder Público deverá tomar para que consiga objetivar a função social da propriedade urbana. O inciso I acres-

centa, às funções tradicionais da cidade, a necessidade de contemplar o aspecto sustentável, o saneamento ambiental, que procuram um equilíbrio maior, difuso, na organização da cidade, através do respeito a todas as formas de vida (água, ar, solo, pessoas, fauna, flora). A função social será obtida se também respeitar esse equilíbrio e essa sustentabilidade indicada. O inciso VI indica o que se deve evitar na ordenação e controle de uso do solo. Desobedecer a esse inciso, significa descumprir a função social, ou seja, o Poder Público municipal deverá seguir rigorosamente esses critérios em seu ordenamento local e o proprietário deverá obedecer a esses requisitos. Na leitura das alíneas “c” e “e” percebe-se, contudo, que o legislador combate a subutilização ou a não utilização do imóvel, deixando para a super-utilização (utilização excessiva) apenas os casos inadequados em relação à infra-estrutura urbana.

O artigo 4º dispõe sobre os instrumentos da política urbana e, particularmente, os incisos III, IV e V determinam quais as formas de se realizar a política urbana municipal. Significa dizer que o município possui todas essas alternativas para proporcionar a realização da função social. Divididos em planejamento, institutos tributários e financeiros e institutos políticos e jurídicos fica claro que se induz a uma tentativa de organizar a política urbana municipal através de planejamento, coibindo ou estimulando situações e atividades dos particulares através dos institutos indicados.

A Seção II regulamenta o parágrafo 4º, do artigo 182, da Constituição Federal, o que significa que se houver descumprimento da função social da propriedade pelo não obediência dos dispositivos determinados para dada propriedade, a consequência desfavorável deverá ser aplicada na forma e nos casos previstos pela Magna Carta complementados por esse projeto de lei. O título da Subseção I indica “Do parcelamento, edificação ou utilização compulsórios”, acrescentando este último visto que a Constituição Federal, no artigo 182, parágrafo 4º, I não o tem. Não há problema nesse acréscimo, pois a leitura do próprio parágrafo 4º mostra que deverão sofrer punição, em alguns casos, os imóveis não utiliza-

dos. Portanto, nada mais claro que induzir ao uso, quando assim se entender como necessário. A subutilização é esclarecida pelo parágrafo 1º, do artigo 5º, indicando duas possibilidades: aproveitamento inferior ao mínimo estabelecido ou se utilizado em desacordo com a legislação urbana ou ambiental (por exemplo, atividade imprópria). Note-se que, mais uma vez, não foi considerada a possibilidade de super utilização do imóvel como forma de descumprir a função social da propriedade. O artigo 6º instrumentaliza a forma como ocorrerão as notificações resultantes desses descumprimentos. Os artigos 7º e 8º complementam as informações e diretrizes necessárias para aplicação do artigo constitucional.

A Seção III, que trata do usucapião especial de imóvel urbano, prevista na nossa Carta Suprema, em seu artigo 183, reflete, justamente, a não utilização pelo proprietário de seu imóvel, de seu descuido para com seu bem. Devemos, porém, observar que nem todas as situações são de fácil resolução, pois muitas vezes ocorre a invasão da propriedade por grandes grupos de pessoas, dificultando a remoção, fazendo com que a situação saia da esfera particular e torne-se pública, pois transforma-se em um problema social. Tais ameaças à propriedade não podem encontrar respaldo no Poder Público e por isso mesmo é que o proprietário, que teve sua propriedade invadida, deverá usar os instrumentos legais para reavê-la e impedir que os invasores obtenham, futuramente, esse instituto do usucapião. As sanções para os que não utilizam seu imóvel, descumprindo a função social que lhe foi determinada, são aquelas previstas apenas e tão-somente nos incisos do parágrafo 4º, do artigo 182, da Constituição Federal. Porém, o usucapião especial não deixa de ser uma grave penalidade para aquele proprietário que não cuidou de sua propriedade. Por outro lado, significa um prêmio para aquele que cuidou e usou de forma razoavelmente adequada (moradia) o imóvel tido como abandonado.

Complexo também é o instituto da concessão de uso especial para fins de moradia, previsto na Seção IV. Esse dispositivo prevê que aquele que habitar por cinco anos, ou mais, imóvel público sem encontrar resistência por parte deste, poderá solicitar essa concessão. Isso não deixa de ser

uma punição ao agente público omissivo e ineficiente que assim o permitiu, ou não agiu mediante o problema apresentado, recaindo, tal pena, no bem público que, na verdade, não lhe pertence. Se o Poder Público quer destinar áreas públicas a assentamentos urbanos, pode dispor de desapropriações e de um planejamento sobre seu território cruzando informações da malha urbana para viabilizar as atividades dessa população. É certo que essa concessão, bem como o usucapião anteriormente descrito, servirá, num primeiro momento, para regularizar as favelas (art. 16). Porém, o Poder Público, de forma geral, deverá ter muita responsabilidade para não transformar essa concessão em instrumento de manipulação. O artigo 17 trata da transferência desses possuidores para outro local, se aquele onde moram está situado em área de risco. Com certeza, essa transferência deverá ser para locais previamente determinados para tal função. Observe-se, por fim, que se alguém habita imóvel público, sem que seja sequer notificado a sair, é porque o próprio Poder Público não está cumprindo a função social na sua propriedade. O artigo 20 determina que, se o beneficiário da concessão não cumprir a função social determinada a esse imóvel (qual seja moradia para si ou para sua família ou que lembrem seu imóvel) cessará o benefício.

A Seção VII, Da Outorga Onerosa, traz a possibilidade de o proprietário construir além do que está previsto na lei como patamar adequado (coeficiente de aproveitamento). A lei deve estabelecer um mínimo e um máximo para a construção. Construir num nível inferior ao mínimo significa subutilização. Construir na proporção indicada em lei (atingindo o coeficiente de aproveitamento) traz adequação da propriedade. Construir entre o mínimo e o máximo possibilita, ao proprietário interessado, ir além do que a regra geral dispõe para benefício próprio. O artigo 30 indica quais são as formas das quais o Poder Público dispõe para ter a contrapartida a esse "abuso" efetuado. De maneira geral, poderá ser através de pagamentos ou de obras e serviços relevantes para a sociedade. Na verdade, os imóveis, nesse patamar, ao exorbitarem do coeficiente padrão, só conseguirão cumprir sua função social na medida em que reali-

zem a contrapartida solicitada pelo Poder Público. Vale dizer que, se não houver a realização plena do ônus estipulada, tal imóvel não terá cumprido sua função social. Por fim, mais uma vez percebemos que se o imóvel for construído acima do limite máximo estipulado pela legislação não terá qualquer ônus. O descumprimento pelo excesso não é punido.

A Seção VIII trata das operações urbanas consorciadas e visa à participação da sociedade civil nas transformações urbanísticas necessárias em uma região. É um esforço coletivo para a realização eficaz da boa urbanização. Portanto, será possível, dentro dessa estrutura, alterar índices e características do solo e subsolo e das regularizações e alterações das construções. Portanto, se determinada região, delimitada no Plano Diretor, sofrer a atuação de uma operação urbanística consorciada, poderão ser alteradas as funções sociais, dos imóveis ali situados, determinadas em leis anteriores e no Plano Diretor. Qualquer alteração que imponha, restrinja ou limite direitos, deverá ser aprovada por lei, pois o mero ato administrativo não está apto para transformar e sim, apenas para regulamentar, especificar, esmiuçar.

A Seção IX, Da Transferência do Direito de Construir, traz uma característica importante. Trata o potencial de edificabilidade indicado no Plano Diretor como direito subjetivo do proprietário, pois, havendo lei que regulamente esse instituto, se o imóvel em questão não puder ser potencializado tanto quanto a lei assim o diz, o proprietário terá esse diferencial transferido para outro imóvel, ou seja, esse proprietário não assume qualquer ônus nas operações urbanísticas que estão descritas no artigo 35. Portanto, esse dispositivo deve ser entendido não como uma penalidade ao proprietário que ainda não se utilizou de todo seu direito de construir em certo imóvel, mas como uma troca com o Poder Público, para que este realize situações de interesse coletivo sem prejudicar o particular que teve seu imóvel "eleito" para tal fato. Vê-se, como decorrência dessa situação, uma eventual desapropriação ou um tombamento.

Na Seção X, a função social será verificada através dos resultados do Estudo de Impacto de Vizinhança, que determinará o quanto e de que forma o empreendimento alterará as relações circunvizinhas.

Mereceu capítulo próprio o título do Plano Diretor. Constituído por quatro artigos (arts. 39-43), traz orientações de suma importância para o cumprimento da função social da propriedade urbana. Desde logo é necessário delimitar quais são as hipóteses contempladas com um Plano Diretor e, assim, identificar o cumprimento da função social e também abordar os casos não previstos para o estabelecimento de Plano Diretor e, desta forma, como se realizará e identificará a função social das propriedades nessas localidades.

Inicialmente, podemos dizer: todos os municípios podem ter seu próprio Plano Diretor. Não há qualquer restrição para que qualquer município elabore um Plano Diretor. Ocorre que, em alguns casos, é obrigatória essa elaboração. Nos casos não previstos como obrigatórios, há a faculdade de se elaborar tal plano. Porém, mesmo nesses casos, o Poder Público tem obrigação de se organizar através de planos e deverá fazê-lo para ordenar seu solo, valorar seus imóveis, restringir ou estimular seu uso, etc.

O artigo 41 determina que cidades com mais de 20 mil habitantes, integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, que pretendam utilizar os instrumentos do parágrafo 4º, do artigo 182, da Constituição Federal, que sejam integrantes de áreas de especial interesse turístico ou que estejam inseridos em área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional deverão ter Plano Diretor.

Das cinco hipóteses indicadas pela legislação, quatro são de caráter obrigatório e uma possui caráter facultativo. É o caso dos municípios que queiram utilizar os instrumentos do parágrafo 4º, do artigo 182, da Magna Carta, que dispõe sobre as sanções ao proprietário que não utilizar do forma adequada seu imóvel urbano. A utilização desses dispositivos, pelo município, é uma maneira convincente de compelir os proprietários a cum-

prirem a função social. Já a impossibilidade de uso desses dispositivos, em um município, torna mais difícil a realização da função social em face da ausência de meios de pressão eficazes. Concluindo: se não há Plano Diretor, não pode haver a aplicação dos dispositivos supra-referidos, porém, mesmo assim, a função social dos imóveis urbanos deverá ser determinada pelo Poder Público municipal e realizada pelo proprietário.

As quatro outras hipóteses agregam municípios que possuam características peculiares de desenvolvimento, seja em razão de seu alto adensamento populacional e construtivo, ou pelos empreendimentos que possui, ou pelo desenvolvimento turístico que quer ter. Não bastassem essas características consideradas diferenciadoras, também determina-se a elaboração e aplicação de Plano Diretor para municípios com mais de 20 mil habitantes. Considera-se esse volume populacional porque entende-se que, com esse tamanho o município esteja se desenvolvendo, saindo das atividades estritamente agrícolas, criando algum pólo econômico e, portanto, deva organizar seu desenvolvimento.

Excluem-se da possibilidade de elaborar Plano Diretor, basicamente, os municípios que ainda não possuam 20 mil habitantes, não queiram aplicar os dispositivos constitucionais descritos e não estejam inseridos nas características das hipóteses obrigatórias. Parece pouco, mas não é. Pesquisas da década de 1980 mostravam que 40% dos municípios do Estado de São Paulo estavam nesse perfil.

Diante disso, a mensagem que fica é a da postura corretiva do ordenamento urbano, ou seja, tais municípios podem crescer de forma desordenada, reforçando a política do imediatismo e quando atingirem uma das hipóteses descritas, deverão aplicar medidas corretivas, que acertem os erros e as distorções criados pela falta de planejamento. A postura preventiva, através do planejamento sistemático, deveria ser a regra aplicável a todos os casos. Seja para o município desenvolvido, em desenvolvimento, ou até estagnado, o Plano Diretor é instrumento fundamental para direcionar seu crescimento. Todas essas considerações refletem sobremaneira na realização da função social da propriedade, pois, com a

existência de Plano Diretor, será possível determinar a importância dos imóveis para a coletividade.

No Capítulo VI, Das Disposições Gerais, há um importante avanço, pois possibilita a utilização da ação civil pública para coibir ações que atentem contra a ordem urbanística. É a tentativa de responsabilizar o agente público diante da omissão, do descaso e da irresponsabilidade perante a política urbana.

## **FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DA CIDADE**

*Nadia Somekh<sup>49</sup>*

No recém-aprovado Estatuto da Cidade (Projeto de Lei 5.788), o objeto da Política Urbana é ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, garantindo o bem-estar de seus habitantes. No entanto, como aponta Saule Jr. (1997), a função social representa um interesse difuso, pois não há como identificar os sujeitos afetados por essa função social.

A Constituição de 1988 definiu limites para o Direito de Propriedade em benefício da coletividade. Se analisarmos a legislação edilícia ou urbanística, de âmbito municipal, poderíamos afirmar que já se trata de limites estabelecidos ao próprio direito de propriedade. Entretanto, não é bem isso que a História do pensamento urbanístico nos mostra. Mesmo com limitações ao direito de propriedade, o urbanismo vem servindo a interesses claros e nem sempre da maioria dos cidadãos.

Este texto está dividido em três partes. A primeira descreve o desenvolvimento das cidades e do urbanismo, apontando os principais problemas a serem enfrentados hoje por um Administração Municipal. A segunda parte descreve alguns princípios para a definição da função social através do Plano Diretor e, finalmente, a terceira parte sinaliza o que a Lei de

<sup>49</sup> Assessora de Ação Regional da Prefeitura Municipal de Santo André e coordenadora do Programa de Pós-graduação em Arquitetura e Urbanismo da Universidade Mackenzie.



Desenvolvimento Urbano estabelece de novo para o cumprimento da função social da cidade e da propriedade.

Nosso objetivo aqui é apontar de forma clara e concisa o que esta Lei recentemente aprovada trouxe de novo para o Poder municipal, defendendo a idéia que uma Política Urbana deve objetivar o benefício da maioria dos cidadãos.

## **O Desenvolvimento das Cidades ( Para o interesse de quem?)**

A cidade nasce como sede do poder. As primeiras cidades são resultado claro da divisão de trabalho com o campo. A produção de excedente no campo permitiu a fragmentação da sociedade em classes, bem como a dominação necessária para a apropriação desse excedente. O discurso para essa dominação passou de religioso a militar. Os templos religiosos representavam o símbolo do poder. Na Mesopotâmia e no Egito antigos, os reis e faraós eram divindades representantes dos deuses na terra e responsáveis pela fertilidade e abundância das colheitas.

Nas cidades gregas, a democracia limitava-se aos cidadãos – proprietários. Aos escravos, não se dava o direito de cidadania. Nas cidades romanas, as instituições militares dividiam o espaço do poder com as religiosas. O poderio militar traduziu-se pela busca de novas riquezas e o avanço comercial e territorial ampliou o número de cidades. Na Idade Média, surge então uma nova classe social vinculada à mercantilização da economia.

A transformação das cidades medievais nas cidades modernas passa, em primeiro lugar, pela ampliação da população. A mercantilização das terras rurais para aumento do excedente e produção para o mercado expulsou escravos e servos para as cidades. Os trabalhadores livres e o lucro gerado pelas atividades comerciais em expansão no mundo formaram a base da produção manufatureira. A disputa pelo espaço nas cidades provocou a transformação da terra em mercadoria. Isso complementa a questão simbólica de manifestação do Poder na cidade.

O urbanismo moderno surge com a cidade industrial e os problemas decorrentes da concentração demográfica. As péssimas condições de

habitabilidade dão um caráter predominantemente sanitaria às primeiras normativas urbanísticas. A mão-de-obra trabalhadora industrial, amontoadada e adensada em edifícios de aluguel, era duplamente explosiva. À disseminação das doenças aliava-se a disseminação de idéias socializantes.

As primeiras normativas de zoneamento aparentemente resolviam o problema de ordenamento do uso e ocupação do solo. Através de medidas que aparentemente limitavam as densidades urbanas, seria possível controlar a alta concentração dos trabalhadores.

O zoneamento surge na Alemanha no final do século XIX, também para separar usos e funções urbanas. O uso residencial separado do industrial e do comercial.

A Carta de Atenas de meados dos anos 30 reforça a separação de funções urbanas. Além disso, o zoneamento serviu basicamente para garantir a previsão dos lucros a serem obtidos através de inversões imobiliárias. No zoneamento de Nova Iorque, elaborado entre 1913 e 1916, a definição do volume a ser construído, bem como dos usos em determinadas áreas já socialmente valorizadas da cidade, provocou um processo superposto de revalorização fundiária.

A cidade é produto do trabalho e o espaço urbano não pode ser considerado base ou mero reflexo do desenvolvimento do capital, da produção de riquezas. O espaço urbano constitui o próprio processo de acumulação. Trocando em miúdos, a produção do espaço urbano segue a lógica da obtenção de lucro, com vários interesses conflitantes envolvidos. Isso é essencial para se entender a cidade. Podemos citar como exemplo os conflitos de interesse entre o capital industrial, e o capital imobiliário, ou com o capital comercial e a própria população moradora, dentro da sua composição em classes.

Dentro desse quadro, não se pode entender o Estado de forma idealista. O Poder Público, ao contrário do que aparentemente é disseminado, não é uma entidade abstrata ou neutra, que paira sobre a sociedade, disposta a resolver todos os seus problemas. O Estado representa as clas-

ses dominantes em seus mais diversos interesses, embora possa assumir compromissos, desde que pressionado para isso, com segmentos que representem a maioria da população.

O Estado, ao mesmo tempo que deve articular os diversos interesses capitalistas, tem a incumbência de produzir as condições de geração de riqueza. Se antes o Estado financiava a infra-estrutura básica de cidades, hoje trabalha muito mais com novas formas de regulação para a circulação e reprodução da força de trabalho.

Quanto à formação do preço da terra urbana, depois que sua disputa a transformou em mercadoria, o Estado tem um papel fundamental. Embora divergências existam entre economistas neoclássicos e marxistas, vários elementos regulados pelo Estado contribuem para a elevação ou redução do preço da terra urbana.

Para os economistas neoclássicos, a propriedade da terra é vista como um direito natural e, portanto, livre de limitações. Para os marxistas, a terra não tem valor, mas adquire um preço, apontando que o problema não reside na propriedade da terra, mas na diferenciação espacial urbana, cerne da supervalorização fundiária. Para os neoclássicos, o preço da terra forma-se através do nível de investimento, da acessibilidade e do potencial construtivo, sendo que o consumidor final é quem determina o preço da terra. Para os marxistas, o processo de acumulação estrutura a cidade, não sendo o consumidor final que determina o preço, mas a demanda capitalista pela terra urbana.

O que assistimos hoje no desenvolvimento das cidades é que, como na sua origem, a cidade continua sendo a sede do Poder, comandada pelo Estado, que representa os interesses econômicos e que pode, através de instrumentos de regulação, ampliar seus compromissos com a maioria da população. Por isso, definir a função social da terra urbana significa comprometer o Estado com a maioria da população. Como isso pode ser realizado?

### **Definição da Função Social através do Plano Diretor**

A cidade é um produto social. Todos nós contribuimos para o desen-

volvimento das nossas cidades, por exemplo, através dos impostos que pagamos. E, como vimos, alguns poucos beneficiam-se dela. Portanto, é plenamente aceitável a proposição de mecanismo de recuperação da valorização imobiliária produzida socialmente.

Quais os problemas que surgem de um processo de desenvolvimento das cidades como vimos na parte anterior? O Estado, atendendo principalmente aos interesses das classes dominantes, investe os recursos obtidos, por exemplo, através da receita tributária, nas áreas onde residem ou produzem esse mesmo segmento da sociedade, criando áreas de valorização diferenciada.

Além disso, através da regulação urbanística que serve para garantir espaço de produção e o retorno de investimentos imobiliários, o processo de supervalorização fundiária expulsa para longe quem não pode pagar os preços dos lotes, ou os aluguéis das moradias.

Portanto, concluímos que é absolutamente essencial o papel do Poder Público municipal na regulação do preço da terra, através dos investimentos que devem ser distribuídos nas áreas de população de baixa renda, e também através da regulamentação urbanística que não deve reforçar a supervalorização fundiária urbana.

O Plano Diretor é um instrumento já previsto pela Constituição para a definição da função social da cidade e propriedade e de sua localização na cidade. Concordamos com Saule Jr. (1997), para quem a função social da cidade estará sendo atendida de forma plena quando forem reduzidas as desigualdades sociais, e promovidas a justiça social e a qualidade de vida urbana.

O autor defende esse instrumento constitucional, que deve servir como referência para impedir ações dos agentes públicos e privados que gerem uma situação de segregação e exclusão da população de baixa renda.

Enquanto essa população não tiver acesso à moradia, transporte público, saneamento, cultura, lazer, segurança, educação, saúde e trabalho dignos, não haverá como postular a defesa de que a cidade esteja aten-

dendo à sua função social. Acrescente-se a essas preocupações a inclusão recente da agenda ambiental articulada à questão urbana. A cidade só cumprirá sua função social se estiverem garantidos os recursos naturais para a sobrevivência das gerações futuras. Como construir um Plano Diretor nessa perspectiva?

Em primeiro lugar, deve-se considerar o papel do Estado na cidade capitalista e não idealizá-lo. É preciso articular os diversos interesses correspondentes aos diversos agentes produtores do espaço urbano. Um plano deve ser construído considerando possíveis alianças que garantam o bem-estar da maioria da população. Não interessa, para a acumulação, uma cidade com crescentes desigualdades sociais geradoras de violência urbana.

Instrumentos de redistribuição de renda, através de inversão de prioridades nos investimentos, devem ser previstos, visando à diminuição de desigualdades existentes. Para isso, é preciso descentralizar a administração e dar voz e espaço à população-cidadã na discussão de alocação dos recursos municipais. Isso só é possível através de uma gestão democrática e participativa.

A priorização em favor da maioria só poderá ocorrer através do conhecimento global dos problemas urbanos e o estabelecimento de diretrizes gerais, que sejam detalhados em unidades menores, prevendo o envolvimento dos cidadãos organizados.

O combate à exclusão social e à pobreza deverá incluir programas de geração de trabalho e renda, uma vez que a reestruturação produtiva do mundo globalizado desemprega cada vez mais. O desenvolvimento econômico deve ser repensado incluindo ações de sustentabilidade previstas na Agenda 21. A manutenção da qualidade ambiental deve ser pressuposto para o desenvolvimento sustentável urbano.

Só dentro dessa perspectiva antes descrita poderá haver o cumprimento da função social da cidade e da propriedade urbana. E ela deverá estar em constante monitoramento previsto no Plano Diretor.

## O que a Lei de Desenvolvimento Urbano Trouxe de Novo para o Poder Público Municipal?

Basicamente, a Lei de Desenvolvimento Urbano trouxe novos poderes para as Administrações Municipais no sentido de atender mais plenamente à função social das cidades. O primeiro deles é a possibilidade de aplicação do § 4º do artigo 182 da Constituição de 1988.

Esse artigo prevê a aplicação sucessiva dos seguintes instrumentos no imóvel que não cumprir a função social definida pelo Plano Diretor: parcelamento, edificação ou utilização compulsórias, IPTU progressivo no tempo e, finalmente, desapropriação com títulos da dívida pública.

Para a aplicação desses instrumentos, serão necessários:

- Definição no Plano Diretor das propriedades urbanas e sua respectiva função social, que serão sujeitas à aplicação desses instrumentos;
- Definição, através de lei municipal específica, das exigências concretas para a propriedade urbana atender a sua função social, bem como os procedimentos e prazos para o cumprimento das exigências (Saule Jr., *in*: Fernandes, 1998).

A concessão de uso especial para fins de moradia poderá garantir que a população de baixa renda, das favelas localizadas em áreas públicas, não seja expulsa após a implantação de programas de urbanização e requalificação urbana.

A separação do Direito de Superfície do Direito de Construir é um mecanismo eficiente de recuperação da valorização imobiliária, criada socialmente e, historicamente, apropriada por poucos. Além disso, a possibilidade de transferir o direito de construir constitui-se num mecanismo de garantia de preservação de áreas históricas ou de qualidade ambiental (áreas de mata ou mananciais de água).

O Direito de Preempção permite ao Poder Público municipal a prerrogativa na obtenção de áreas estratégicas ao desenvolvimento da cidade, bem como a manutenção do preço do imóvel livre de processos especulativos de

valorização fundiária e imobiliária. A articulação regional de municípios conurbados permitirá a gestão compartilhada de serviços e infra-estrutura, além de prever um desenvolvimento econômico integrado.

Finalmente, é importante destacar que a Lei de Desenvolvimento Urbano, recentemente aprovada, serve principalmente para a obtenção de uma gestão democrática da cidade, favorecendo as Administrações Municipais que têm o compromisso de garantir uma melhor qualidade de vida urbana para a maioria dos seus cidadãos.

## Referências Bibliográficas

FERNANDES, Edesio (organizador). *Direito urbanístico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SAULE Jr., Nelson (coord.). *Direito à cidade: trilhas legais para o direito a cidades sustentáveis*. São Paulo: Pólis, 1999.

\_\_\_\_\_. *Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro, ordenamento constitucional da política urbana*. Aplicação e eficácia do plano diretor. Porto Alegre: Fabris Editor, 1997.

ROLNIK, Raquel. *O que é cidade?* São Paulo: Brasiliense, 1988.

\_\_\_\_\_. *A cidade e a lei*. São Paulo: Studio Nobel, 1997.

SOMEKH, Nadia. *A (des)verticalização de São Paulo*. São Paulo: FAU/USP, 1987. (Dissertação de Mestrado)

\_\_\_\_\_. *A cidade vertical e o urbanismo modernizador*. São Paulo: Studio Nobel, 1997.

## DESAFIOS DO DESENVOLVIMENTO URBANO SUSTENTÁVEL

Ana Lucia Ancona<sup>50</sup>

O artigo discute brevemente a eficácia do zoneamento como política

<sup>50</sup> Arquiteta, urbanista, doutoranda da FAU/USP, coordenadora do Programa de Saneamento e Recuperação Ambiental da Bacia do Guarapiranga da Secretaria de Habitação e Desenvolvimento Urbano do Município de São Paulo.

dirigida à organização do espaço urbano, conforme vem sendo aplicado no Brasil, no campo do planejamento e das políticas públicas de meio ambiente, para depois comentar o Projeto de Lei 5.788/90 como instrumental para a proteção e conservação dos recursos naturais, com vistas a um processo de desenvolvimento urbano sustentável.

Desde o seu surgimento, nos anos 70, a legislação brasileira, especificamente designada como ambiental, tem se caracterizado por duas abordagens: o controle da poluição e a criação de áreas protegidas, tais como reservas ecológicas, reservas naturais, parques, APAs, etc. Essa orientação aparece tanto no discurso e práticas governamentais quanto no movimento ambientalista. Dela decorrem, por um lado, a abordagem das questões ambientais por meio de políticas setoriais, com total apoio dos ambientalistas, e, por outro, o distanciamento entre políticas de planejamento/desenvolvimento urbano e políticas ambientais.

Mais recentemente, na década de 1990, com a disseminação da idéia de desenvolvimento sustentável, surgem sinais de que o ambientalismo vai envolver-se nas questões sociais e econômicas que dizem respeito à política de desenvolvimento urbano. Do ponto de vista das condições objetivas, há evidência de que as políticas territoriais voltadas para a conservação de recursos naturais – como patrimônio público e condição básica para a qualidade ambiental de vida e trabalho – apresentam resultados tímidos no que diz respeito aos problemas de organização dos espaços urbanos/metropolitanos e de que os segmentos mais pobres da população são, invariavelmente, os mais penalizados com os efeitos da poluição, da falta de saneamento, das enchentes, da erosão do solo e demais desastres ambientais.

Todavia, a articulação entre eco-reformismo e movimentos populares tem tido poucas oportunidades de ampliação, não somente em função de dificuldades no campo ambientalista, mas, também, em função do recuo das mobilizações populares. Em metrópoles como São Paulo, diluiu-se a capacidade de ação coletiva diante de políticas assistencialistas e da forma que adquire a luta por emprego e pela subsistência. A escalada da



violência e da pobreza polarizam os movimentos por direitos humanos, em detrimento das preocupações com o ambiente coletivo. Por outro lado, as classes privilegiadas (os “incluídos”) continuam produzindo amenidades ambientais para si e garantindo, através do controle que exercem sobre o Estado, que investimentos públicos importantes sejam dirigidos para obras viárias destinadas apenas a atender suas necessidades de deslocamento entre as diversas “ilhas” de excelência ambiental.

Parece improvável que a alteração desse quadro possa ocorrer independentemente de alterações mais profundas na correlação de forças sociais. De qualquer modo, a institucionalização de novos instrumentos jurídicos de política urbana se apresenta como oportunidade para a organização das lutas pelo direito a cidades socialmente mais justas e ecologicamente mais equilibradas. Nossa tarefa aqui será a de investigar algumas potencialidades (e problemas) desses novos instrumentos, para o enfrentamento de questões concretas relativas à organização do espaço urbano.

## **A Ação do Estado sobre a Organização do Espaço Urbano – Políticas Públicas de Planejamento e de Meio Ambiente**

Conforme Villaça (1999:178), “...o zoneamento é a prática de planejamento urbano *lato sensu* mais difundida no Brasil.” Diferentemente dos planos diretores e do planejamento integrado, que, até hoje, não passaram de discursos bem intencionados, sem nenhum reflexo sobre o processo real de produção das cidades, o zoneamento constitui a política pública de uso e ocupação do solo urbano mais institucionalizada e aplicada nas cidades brasileiras. Todavia, apesar de ser efetivo e de ser dirigido ao controle/limitação das possibilidades de aproveitamento das propriedades urbanas – teoricamente em prol de garantias de qualidade de vida para cidadãos, incluído o equilíbrio ambiental –, os zoneamentos são ineficazes para resolver grande parte dos problemas urbanos, em especial aqueles relacionados com as demandas dos setores populares referentes a habitação, transporte, saúde, saneamento, equipamentos comunitários, etc. Por quê?

Mesmo quando abrange a totalidade do espaço urbano, como no caso do Município de São Paulo, o zoneamento funciona como instrumento de disciplinamento do uso do solo **apenas** nos bairros ocupados pelas classes de maior renda, onde ele de fato é demandado, estabelecendo referências e garantias para a atuação do mercado imobiliário formal, preservando o valor de uso dos imóveis e a qualidade de vida das elites. Nas demais áreas, que constituem a maior parcela do espaço intra-urbano, o zoneamento não é atendido, porque seus padrões são estabelecidos em função das demandas das elites – muito acima das necessidades básicas da maioria – e seu resultado é perverso para as classes populares, pois define a irregularidade/clandestinidade dos seus bairros e das suas moradias (Villaça, 1999).

Por outro lado, ainda que, teoricamente, os planos diretores tenham a função de orientar os investimentos públicos e de expressar, através do zoneamento, relações de equilíbrio entre a capacidade da infra-estrutura urbana, os condicionantes do meio físico e o aproveitamento dos terrenos, suas disposições não se efetivam, por mais detalhados e bem elaborados que sejam os planos. Esse fracasso demonstra os limites da racionalidade técnica diante da lógica do processo político, no qual se resolvem as questões da distribuição dos fundos públicos e do patrimônio ambiental. É essa lógica que define de fato a distribuição desigual dos investimentos entre as classes sociais e, em função da segregação espacial das elites (Villaça, 1999), entre as diferentes porções do território urbano.

No campo das políticas públicas de meio ambiente, o zoneamento ambiental aparece como o principal instrumento de organização do espaço. O zoneamento ambiental não é definido na legislação que regulamenta os instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, constantes da Lei Federal 6.938/81. Todavia, seu sentido pode ser deduzido das ações governamentais que estabelecem zonas de proteção de mananciais, áreas de preservação permanente, áreas de proteção ambiental, zonas de vida silvestre, etc. Em outras palavras, trata-se de instrumento que estabelece limitações administrativas para o aproveitamento dos terre-

nos, sendo um equivalente do zoneamento urbanístico. Ambos sofrem dos mesmos problemas. Ou seja, somente se efetivam quando são demandados pelos interesses dos proprietários da terra e, nos demais casos, chegam a ter efeito contrário a seus objetivos. Emblemático é o caso das áreas de proteção dos mananciais de água da Região Metropolitana de São Paulo, onde se impuseram exageradas restrições ao aproveitamento do solo, contrariando os interesses da propriedade, desvalorizando os terrenos e induzindo sua ocupação pelos segmentos mais empobrecidos da população, da forma mais precária.

Dada a importância da preservação da água, um recurso natural essencial para a vida e trabalho na metrópole, e o fato de que a legislação de proteção dos mananciais encontra-se em processo de revisão, apresentaremos comentários sobre as possibilidades de aplicação de alguns instrumentos de política urbana, propostos pelo Projeto de Lei 5.788/90, na política de proteção dos mananciais.

## **Legislação de Proteção aos Mananciais de Água da Região Metropolitana de São Paulo**

A Legislação de Proteção dos Mananciais da Região Metropolitana de São Paulo - LPM foi editada entre 1975 e 1977<sup>51</sup>, como desdobramento do Plano Metropolitano de Desenvolvimento Integrado - PMDI/71 e da política pública para Áreas Metropolitanas, formatada em nível federal, durante o governo Geisel. Sua aplicação foi atribuída à Secretaria de Negócios Metropolitanos do Estado de São Paulo e à Emplasa, como seu órgão técnico; à Cetesb, órgão da Secretaria de Obras e Meio Ambiente, e à Secretaria da Agricultura.

A proposta não recebeu críticas dos setores organizados da sociedade durante o período da sua aprovação. Foi defendida pelo discurso competente dos especialistas em planejamento e controle da poluição, com o apoio dos envolvidos na emergente causa da preservação ambiental. O momento era de grandes investimentos públicos em infra-estrutura para

<sup>51</sup> Leis Estaduais 898/75 e 1.172/76; Decreto Estadual 9.714/77.

o desenvolvimento e, aparentemente, o Estado assumia os custos da proteção dos mananciais. Na prática, a LPM não tinha compromissos com projetos e investimentos em despoluição ou criação, pelo Estado, de Parques ou Reservas de Recursos Naturais.

A preservação dos mananciais deveria ser garantida pela imposição de restrições administrativas ao uso e ocupação do solo. Os limites de aproveitamento, para qualquer tipo de atividade, foram estabelecidos de acordo com a capacidade **natural** das bacias hidrográficas protegidas de assimilar cargas poluidoras. Limites tão restritos deveriam ser “assimilados” por 26 municípios, dos quais 7 estão inteiramente inseridos nas áreas protegidas, bem como por moradores, empresários, agricultores e proprietários de terra.

Os conflitos com interesses concretos, definidos pela LPM, geraram, por parte dos atores envolvidos, estratégias contraditórias, que variaram da derrogação da lei à busca de direitos na Justiça. Em torno de 1985, no contexto da redemocratização, a questão da proteção dos mananciais voltou a se instalar na agenda governamental, como não equacionada e mal resolvida. A fiscalização das restrições da LPM exige um exagero de recursos e se apresenta como tarefa ingrata para os governantes eleitos pela maioria.

A nova ordem constitucional, a partir de 1988, confirmou a competência dos municípios para estabelecer sua política de desenvolvimento urbano, com base no Plano Diretor, mas, complementarmente, a Constituição Estadual de 1989 reafirmou a necessidade de compatibilização dos planos e programas municipais aos de interesse regional, ressaltando que: “... o Estado, no que couber, compatibilizará os planos e programas estaduais, regionais e setoriais de desenvolvimento com o Plano Diretor do Município e as prioridades da população local”.

Na década de 1990, novos atores entraram no debate sobre a revisão da LPM. Com a regulamentação da Lei 7.663/91, da Política Estadual de Recursos Hídricos, as prefeituras e a sociedade civil tornaram-se

institucionalmente parceiras do governo do Estado na gestão dos recursos hídricos e, em especial, das áreas de mananciais.

Os princípios básicos da nova Política de Recursos Hídricos são: seu reconhecimento como bem público de valor econômico, cuja utilização deve ser cobrada, e o gerenciamento descentralizado, participativo e integrado.

Para viabilizar a aplicação desses princípios, foram encaminhados dois tipos de medidas:

- a) a divisão do território estadual segundo suas grandes bacias hidrográficas, que passam a se organizar como unidades de gestão dos recursos hídricos, contando cada uma delas com um órgão colegiado, consultivo e deliberativo, constituído, de forma tripartite, por representantes do governo do Estado, das prefeituras e da sociedade civil;
- b) o encaminhamento à Assembléia Legislativa do Projeto de Lei 20/98, que dispõe sobre a cobrança pelo uso da água.

A unidade de gestão na qual está inserida a Grande São Paulo é a a Bacia Hidrográfica do Alto Tietê, envolvendo 36 dos 39 municípios da Região Metropolitana. Sua delimitação abrange 5.895 km<sup>2</sup>, correspondendo a 75% do território e a 93% da população da Região Metropolitana de São Paulo – RMSP (em 1996). Seu órgão colegiado é o Comitê do Alto Tietê, instalado em 1994. Dentre os representantes da sociedade civil que integram o Comitê do Alto Tietê incluem-se: usuários domésticos dos recursos hídricos; usuários industriais; usuários agrícolas; usuários do setor de comércio, serviços e lazer; entidades ambientalistas; representantes de associações técnicas especializadas em recursos hídricos; representante de sindicato de trabalhadores com atuação em recursos hídricos; representante da universidade e representante do Ministério Público.

Dadas a complexidade da gestão dos recursos hídricos da metrópole e as peculiaridades das suas sub-regiões, o Comitê do Alto Tietê criou cinco subcomitês, correspondendo às sub-bacias: Guarapiranga, Billings, Cantareira, Cabeceiras e Pirapora.

A vinculação entre os Comitês de Bacias Hidrográficas e as leis de proteção de mananciais foi regulamentada pela Lei 9.866/97, apresentada pelo governo como “ a nova lei de mananciais” . Trata-se de uma lei para todo o Estado, que estabelece diretrizes e normas gerais para a elaboração de leis específicas de proteção e recuperação dos mananciais, sem revogar a LPM, que continua em vigor na RMSF.

As dificuldades de aplicação da LPM constituíram a principal referência para a elaboração da Lei 9.866/97. Após sua aprovação, o processo de revisão da política de proteção dos mananciais passou a se desenvolver, segundo a divisão da Bacia do Alto Tietê em cinco subcomitês, ou seja, cada sub-região deverá ter aprovada uma lei estadual específica de proteção de mananciais. A prioridade para essas leis específicas refere-se às Bacias dos Reservatórios Guarapiranga e Billings, onde se verificam, ao mesmo tempo, os maiores graus de irregularidade diante da legislação de proteção e altos graus de comprometimento dos recursos hídricos protegidos.

Encontra-se atualmente em discussão, no subcomitê do Guarapiranga, uma minuta de lei específica para proteção e recuperação da Bacia como manancial de interesse regional para o abastecimento público.

## **A Proposta de Lei Específica do Guarapiranga e os Instrumentos de Política Urbana do Projeto de Lei 5.788/90**

Como se viu, a LPM constitui uma lei de zoneamento do tipo “ que não pega” , ou seja, que não se efetiva porque não é demandada pelas classes de alta renda e interesses imobiliários (ainda que isso aconteça em algumas localizações), e com o agravante de chamar para a competência estadual toda a legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo, ultrapassando os limites do interesse local/competências municipais.

A proposta da APRM - Guarapiranga, em discussão, procura superar os problemas da ineficácia da LPM e do comprometimento real da qualidade das águas do manancial, por meio das estratégias estabelecidas pela Lei 9.866/97:

- Aprovação de Plano de Desenvolvimento e Proteção Ambiental – PDPA para a Bacia.
- Controle do uso e ocupação do solo por meio de um macrozoneamento, a ser estabelecido por lei estadual e detalhado por legislação municipal.
- Gestão integrada, descentralizada e participativa, através do subcomitê da Bacia Cotia -Guarapiranga e do Comitê do Alto Tietê.

O Plano do Guarapiranga apresentado à discussão foi elaborado junto com o Programa de Saneamento Ambiental do Guarapiranga, que vem sendo implementado desde 1992.

O Programa, orçado em aproximadamente US\$ 300 milhões, obteve financiamento do Banco Mundial, sendo custeado pelo governo do Estado e Prefeitura de São Paulo. Consiste num conjunto de obras de infraestrutura sanitária e urbana (80% dos recursos), de ações de preservação ambiental (10% dos recursos) e de projetos relativos à gestão da Bacia (10% dos recursos). De cada tipo de intervenção destacam-se:

- a instalação de redes, coletores, estações de tratamento e bombeamento de esgotos, além da urbanização de 168 favelas, envolvendo uma população de 25.000 famílias, na maioria localizadas em áreas urbanas em faixas marginais de córregos, definidas como de preservação permanente pela legislação ambiental;
- a implantação do Parque Ecológico do Guarapiranga, com 2,5 milhões de m<sup>2</sup> (0,4% da área da Bacia);
- a elaboração de uma proposta de PDPA da Guarapiranga, com base em diagnóstico das principais fragilidades naturais, estudos sobre os processos de geração e depuração das cargas poluidoras e proposta de macrozoneamento.

Não constam do PDPA da Guarapiranga propostas de investimentos em outros setores, como viário, transportes, drenagem e equipamentos comunitários, mas existem diretrizes para essas ações. Apenas nas obras de

reurbanização de favelas, promovidas pela Prefeitura de São Paulo, esses aspectos foram tratados de forma integrada.

A minuta de lei da APRM – Guarapiranga (que deverá substituir a LPM), elaborada pela Secretaria do Meio Ambiente do Estado e Secretaria de Recursos Hídricos, está sendo discutida junto ao Subcomitê Cotia-Guarapiranga e vem suscitando questionamentos, dentre os quais destacam-se:

- falta de definição em relação à regularização fundiária dos assentamentos existentes, em especial daqueles beneficiados com infraestrutura sanitária, e conseqüente redução do seu aporte de cargas poluidoras à Represa;
- falta de uma política para as áreas de preservação ambiental, com reprodução dos problemas da LPM, na qual a preservação é remetida exclusivamente à imposição de restrições administrativas para o aproveitamento da propriedade privada;
- desconsideração do impacto do Rodoanel Metropolitano, que deverá atravessar a bacia e conectar-se com algumas de suas vias de penetração;
- reduzida delegação aos municípios das funções relativas à normatização do uso e ocupação do solo;
- falta de instrumentos de incentivo a uma ocupação não predatória e ambientalmente sustentável.

Todas essas questões ensejam possibilidades de aplicação dos instrumentos regulamentados pelo Projeto de Lei 5.788/90, ainda que a minuta de lei do Guarapiranga não faça referência explícita a nenhum deles.

No caso da regularização fundiária, o instituto do usucapião especial de imóvel urbano e o da concessão de uso especial para fins de moradia estabelecem claramente a possibilidade da regularização, ressalvada a previsão de remoção para o caso de áreas de risco. Na minuta de lei dos mananciais, as diretrizes apontam para a remoção maciça da população



assentada, em desacordo com as normas ambientais, o que abrange a quase totalidade das moradias populares, independentemente de estarem ou não em situação de risco imediato.

Na preservação das áreas essenciais à produção e conservação (controle da poluição) da água, aplicam-se os institutos da transferência do direito de construir, da outorga onerosa e do direito de preempção. A minuta da lei prevê “mecanismos de compensação” que nada mais são do que a outorga onerosa. Todavia, esses mecanismos não aparecem regulamentados e pode-se prever problemas na sua aplicação. Se tomarmos como referência a experiência do instrumento “operações interligadas”, já utilizado pela Prefeitura de São Paulo, sabe-se que as “o.i.” estão suspensas por ação judicial, especialmente em função de não terem aprovado por lei um limite superior para a outorga onerosa. De acordo com o Projeto de Lei 5.788/90, esse limite superior deve constar do Plano Diretor. Na minuta do Guarapiranga, o limite superior fica estabelecido apenas em função da geração de cargas poluidoras pelo empreendimento, sem referência a qualquer parâmetro urbanístico. Por outro lado, a aprovação das exceções ao ordenamento básico do uso do solo seria decidida mediante análise técnica de uma Agência de Bacia (ou órgão técnico estadual) e parecer favorável do Subcomitê da Bacia, ou seja, em instâncias regionais. De acordo com o projeto de lei da política urbana, o instituto da outorga onerosa é de competência do município. A eventual exigência de que a compensação/outorga onerosa seja aprovada nas duas instâncias (regional e municipal), combinada com a exigência de limites definidos pela Lei do Plano Diretor, para o caso da aprovação municipal, pode inviabilizar o instrumento.

O incentivo a usos compatíveis com a preservação, cujo único instrumento proposto são os mecanismos de compensação, pode ficar prejudicado em função de entraves burocráticos.

A área da APRM - Guarapiranga, sobre a qual deverá incidir a nova lei de proteção dos mananciais, abrange sete municípios (sendo dois integralmente) e 645.000 habitantes (IBGE, 1996). O manancial abastece três

milhões de habitantes da RMSP. Conforme concebido pela legislação estadual de recursos hídricos, o sistema de gestão desse território é constituído por dois colegiados – que contam com a participação dos usuários da água e da Bacia, bem como do Estado e dos municípios envolvidos – e por uma instância técnico-administrativa, concebida como Agência de Bacia, com personalidade jurídica independente do Poder Público. Na prática, o apoio técnico aos colegiados tem sido dado pelos segmentos que os constituem (Estado, municípios e sociedade civil), com centralização de funções nas Secretarias Estaduais de Meio Ambiente e Recursos Hídricos, inclusive porque a criação da Agência depende financeiramente dos recursos da cobrança pelo uso da água, que não foi aprovada. Este é o sistema ao qual cabe a formulação e gestão de uma política de desenvolvimento sustentável, compatibilizando as necessidades e aspirações da população da Bacia com os interesses de preservação do manancial.

Potencialmente, os instrumentos de política urbana do Projeto de Lei 5.788/90 podem ajudar a superar problemas do zoneamento ambiental restritivo, e do *laissez-faire* predatório que ele induz. Todavia, sua aplicação ao caso depende da adesão ativa dos municípios à política dos mananciais. Isso envolve superar o protagonismo dos órgãos setoriais do Estado, bem como garantir transparência e justiça social na distribuição de custos e benefícios decorrentes das medidas de preservação adotadas.

## Referências Bibliográficas

- MOREIRA, Antônio Cláudio. *Política pública de proteção dos mananciais*. São Paulo: FAU/USP, 1990. (dissertação de mestrado)
- SÃO PAULO (Estado). Lei 9.866/97. *Uma nova política de mananciais*. Secretaria do Meio Ambiente - SMA, 1998.
- SOCRATES, Jodete Rios, GROSTEIN, Marta Dora, TANAKA, Marta Soban. *A cidade invade as águas: qual a questão dos mananciais?* São Paulo: FAU/USP, 1985.
- VILLAÇA, Flávio. *Espaço intra-urbano no Brasil*. São Paulo: Studio Nobel, 1998.

VILLAÇA, flávio. Uma contribuição para a história do planejamento urbano no Brasil. *red:* DEAK, Csaba, SCHIFFER, Sueli Ramos (orgs.). *O processo de urbanização no Brasil*. São Paulo: Edusp, 1999.

## APROVEITAMENTO DE RECURSOS NATURAIS NO PROCESSO DE DESENVOLVIMENTO URBANO SUSTENTÁVEL

Maria Luiza Machado Granziera<sup>52</sup>

O tema deste artigo invoca conceitos do Direito Ambiental e do Direito Urbanístico, dois ramos recentes mas não menos importantes do Direito, pelo próprio objeto de que cuidam: as cidades e o meio ambiente. Traçar os pontos de convergência entre as duas disciplinas, destacando alguns temas de interesse, como os recursos hídricos, os resíduos sólidos e as áreas protegidas, é o desafio proposto.

Antes, porém, há que se estabelecer alguns conceitos, para os fins deste trabalho. Seguindo o entendimento de Michel Prieur, o meio ambiente, primeiramente considerado como um modismo, um luxo para os países ricos, um tema de contestação dos *hippies* dos anos 60, etc., passou a constituir, a partir de 1992, com a realização da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, "uma preocupação maior não apenas dos países ricos, como também dos pobres. A conclusão é que o homem, como espécie viva, faz parte de um sistema complexo de relações e inter-relações com seu meio natural, o que resulta que toda ação humana possui efeitos diretos ou indiretos insuspeitáveis. O meio ambiente é o conjunto de fatores que influenciam o meio em que vive o homem".<sup>53</sup>

Transportando essas idéias para a cidade, não resta dúvida acerca da intensidade das relações que se impõem entre o homem e seu ambiente, em qualquer atividade a cumprir, na realização das funções abrangidas

<sup>52</sup> Doutora em Direito; mestre em Direito Internacional, assessora jurídica da USP e autora do livro *direito de águas e meio ambiente*.

<sup>53</sup> *Droit de l'environnement*. 3ème ed. Paris, Dalloz, p. 1.

pelo urbanismo e que podem ser resumidas em habitar, trabalhar, recrear-se.<sup>54</sup> O trato direto com os recursos naturais, dessa forma, é atividade inerente ao ser humano, inclusive nas cidades.

Os recursos naturais definem-se como “os elementos da natureza que mantêm o equilíbrio ecológico e a vida em nosso planeta”<sup>55</sup>. No Direito brasileiro, a Lei 6.938, de 31/7/1981, em seu artigo 3º, inciso V, dispõe que são recursos ambientais “a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas e os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo e os elementos da biosfera, a fauna e a flora.” Trazendo esse conceito para a cidade, há que restringir e adaptar a abordagem dos recursos ambientais passíveis de aproveitamento no desenvolvimento urbano sustentável, objeto do presente trabalho.

## O Meio Ambiente no Projeto do Estatuto da Cidade

O Projeto de Lei 5.788, de 1990, denominado Estatuto da Cidade, e que regulamenta o capítulo da Política Urbana da Constituição Federal, estabelece, em seu artigo 2º, que a Política Urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana. Nas diretrizes dessa Política, fixadas no mesmo dispositivo, temas relativos ao meio ambiente permeiam todo o texto, como o saneamento ambiental (inciso I); a correção das distorções do crescimento urbano que causam impacto no meio ambiente (inciso IV); a proteção contra a poluição e a degradação ambiental, na ordenação e controle do uso do solo (inciso VI, g); a proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico (inciso XII); a participação popular em processos de implantação de empreendimentos e atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído (inciso XIII); as normas ambientais a serem consideradas juntamente com a situação socioeconômica da população na regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda (inciso XIV).

<sup>54</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 25.

<sup>55</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito ambiental brasileiro*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 501.

Além disso, dentre os instrumentos da Política Urbana, definidos no artigo 4º do Projeto, encontram-se expressamente citados alguns instrumentos da própria Política Nacional do Meio Ambiente, como o zoneamento ambiental (inciso III, c) e o Estudo Prévio de Impacto Ambiental – Epia, assim como o Estudo Prévio de Impacto de Vizinhança – Epiv (inciso VI).

No que tange ao parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, objeto do artigo 5º, a utilização de um imóvel em desacordo com a legislação urbanística e ambiental constitui critério de subutilização (inciso II).

Saliente-se ainda que uma das hipóteses de Transferência do Direito de Construir constitui a preservação do imóvel declarada pelo Poder Público, quando este for considerado de interesse histórico, ambiental, paisagístico social ou cultural (art. 35, inciso II).

Além dos dispositivos expressamente citados, a estrutura do projeto dá ensejo a que o desenvolvimento urbano ocorra considerando-se, entre outros princípios, o do desenvolvimento sustentável, que surgiu no plano internacional, sendo posteriormente adotado pelas legislações internas.

## **Desenvolvimento Sustentável**

A Conferência de Estocolmo<sup>56</sup> sobre Meio Ambiente, realizada em 1972, estabeleceu, em seus princípios, o planejamento racional e a adoção, pelos Estados, de uma concepção integrada e coordenada do planejamento de seu desenvolvimento, para compatibilizar a necessidade de proteger e de melhorar o ambiente, no interesse de sua população. O princípio 13 preconizou que “a fim de lograr um ordenamento mais racional dos recursos e, assim, melhorar as condições ambientais, os Estados deveriam adotar um enfoque integrado e coordenado da planificação de seu desenvolvimento, de modo a que fique assegurada a compatibilidade do desenvolvimento com a necessidade de proteger e melhorar o meio ambiente humano, em benefício da população”.<sup>57</sup>

Até então, no Brasil, assim como em todo o Terceiro Mundo, o desen-

<sup>56</sup> Anexo 2.1 do livro *A gestão da água*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

<sup>57</sup> SILVA, Luiz Eulálio Nascimento e. *Direito ambiental internacional*, p. 164.

volvimento econômico constituía a grande promessa para tirar o País da situação de subdesenvolvimento e “alçá-lo” à categoria de Estado “desenvolvido”. A idéia do crescimento econômico tinha, portanto, prioridade sobre qualquer outra preocupação que pudesse vir à baila, inclusive o meio ambiente.

A Conferência da Organização das Nações Unidas - ONU, de 1972, estabeleceu um marco importantíssimo, pois, pela primeira vez, em âmbito mundial, mostraram-se os problemas ambientais resultantes do desenvolvimento e da industrialização sem planejamento e cautela na preservação dos recursos naturais.

Esse direcionamento de ações voltadas ao progresso das relações econômicas, que ocorreu em vários países, em detrimento da proteção ambiental e as reflexões sobre os efeitos de tais atividades, principalmente nas projeções do futuro, levaram os estudiosos à formulação do conceito de desenvolvimento sustentável, em que se permite e se encoraja o desenvolvimento, desde que de forma adequada às normas de proteção ambiental.

No que se refere ao campo conceitual da expressão “desenvolvimento sustentável”, Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva esclarece que a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, criada na ONU com o objetivo de propor novas medidas tendentes a combater a degradação ambiental e a obter melhoria das condições de vida das populações carentes, convencionou denominar desenvolvimento sustentável “o desenvolvimento capaz de garantir as necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras de atenderem às suas necessidades”.<sup>58</sup>

Na Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992, a expressão “desenvolvimento sustentável” é citada em todos os documentos, principalmente na Agenda 21. Repetida várias vezes, a expressão enfatiza a idéia de que o desenvolvimento econômico deve, necessariamente, incluir a proteção do meio ambiente, em todas as suas ações e atividades, para as gerações atuais e futuras.

<sup>58</sup> Idem, p. 48.

Sobre o desenvolvimento das cidades, a Declaração de Dublin sobre Recursos Hídricos e Desenvolvimento Sustentável, de 1992<sup>59</sup>, assim manifesta-se sobre o desenvolvimento urbano sustentável, considerando seu impacto nos recursos hídricos: “ O crescimento urbano está hoje ameaçado pelo esgotamento e poluição das reservas hídricas, causados pelo desregramento do passado. Após uma ou mais gerações de uso excessivo e imprudente, lançamento de esgotos urbanos e industriais, a situação da maioria das grandes cidades do mundo é cada vez mais dramática. A escassez de água e sua poluição forçam o aproveitamento de recursos cada vez mais distantes, o que torna o atendimento das demandas mais oneroso, com custos marginais rapidamente crescentes. A garantia de suprimento futuro de água precisa basear-se na cobrança pela sua utilização, inclusive para o lançamento de efluentes, assim como no controle apropriado das descargas de poluentes. A contaminação residual da água e do solo não pode ser vista como preço a pagar pelo crescimento industrial em uma atitude de condescendência em face dos empregos e da prosperidade que ela proporciona<sup>60</sup>” .

A Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos (Habitat II) estabelece, em seu capítulo II, que “ o desenvolvimento sustentável dos núcleos populacionais garante o desenvolvimento econômico, oportunidades de emprego e progresso social, em harmonia com o meio ambiente. Incorpora, juntamente com os princípios da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, os quais são igualmente importantes, outros princípios, estabelecidos pela Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, como o princípio da precaução, da prevenção contra a poluição...” .

O desenvolvimento urbano enseja duas acepções: o quantitativo, que é o crescimento da população e da área ocupada, e o qualitativo, que con-

<sup>59</sup> Extraída da Conferência Internacional sobre Recursos Hídricos e Meio Ambiente: Temas para Discussão do Desenvolvimento do Século XXI, realizada em Dublin, Irlanda, em 1992.

<sup>60</sup> MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. Instituto Latino-Americano, PNUD. *Qualidade e gestão da água*. Síntese do Seminário Qualidade e Gestão da Água: Busca de um Modelo Integrado para Cooperação Internacional, São Paulo, 1993.

siste na melhoria da estrutura urbana, com a proteção dos recursos naturais e melhores índices de rendimento dos fatores de produção, o que repercute na qualidade de vida dos moradores.

“ O crescimento das cidades e vilas causa mudanças sociais, econômicas e ambientais, que alcançam o seu entorno.” <sup>61</sup> Se for apenas quantitativo, sem o necessário planejamento e organização das cidades, pode ocasionar toda sorte de problemas, destacando-se, em face do presente tema, a poluição hídrica; o acúmulo de lixo em locais não apropriados, pondo em risco a saúde pública; o desmatamento; a falta de áreas verdes e de proteção ambiental e o comprometimento da fauna, dentre outros.

O que se pretende, com a edição do Estatuto da Cidade, é justamente garantir o desenvolvimento qualitativo, em que, mesmo que haja um crescimento da população, isso não venha a comprometer a qualidade de vida e o meio ambiente das atuais e futuras gerações.

## Recursos Hídricos

### Abastecimento e Saneamento Básico

O acesso à água, entendido nos dias atuais como abastecimento público, constitui uma das principais condicionantes da permanência de uma população em determinado local. Ao longo da história, as civilizações desenvolveram-se em locais próximos de rios e lagos<sup>62</sup>. A Lei 9.433, de 8/1/1997, que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos, estabelece, em seu artigo 1º, inciso III, que, em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais. No âmbito das cidades, a prioridade para os recursos hídricos é o abastecimento público.

Atualmente, com a aglomeração das populações em grandes centros, dois fatores relativos aos recursos hídricos invocam maiores atenções: o abastecimento de água e o afastamento dos esgotos. Esses dois tipos de utilização das águas – derivação para consumo e lançamento de efluentes,

<sup>61</sup> The Habitat Agenda - Goals and Principles, Commitments and Global Plan of Actions, p. 2.

<sup>62</sup> CAPONERA, Dante. *Principles of water law and administration*. Rotterdam: Balkema, 1992, p. 1



que são as “ águas servidas que saem de um depósito ou de uma estação de tratamento” <sup>63</sup> – incluem-se no conceito de saneamento.

Se os esgotos não são submetidos a processo de tratamento, com a correta disposição final dos lodos resultantes das estações de tratamento, o aspecto qualidade, que constitui o conjunto das “ propriedades físicas, químicas e biológicas da água” <sup>64</sup>, fica comprometido, cabendo ao Poder Público buscar novos mananciais, cada vez mais distantes, o que enseja maiores investimentos.

Por isso, ainda que haja abundância do recurso em determinada região, há usos extremamente exigentes no que toca à qualidade, o que é justamente o caso do abastecimento para consumo humano. Assim, pode faltar água não em volume ou quantidade, mas na qualidade necessária à utilização desejada.

Uma questão a colocar é que se o abastecimento de água tem índices razoáveis de atendimento à população, o mesmo não acontece com a coleta de esgotos, o que compromete a saúde pública e o meio ambiente, constituindo, hoje, um dos grandes problemas enfrentados pelas populações.

### **Canalização de Córregos e Combate a Enchentes**

A água, em contrapartida à sua essencialidade para a vida no planeta, também pode provocar efeitos danosos, como as enchentes e a transmissão de doenças por vetores hídricos. É certo que, quanto maior a intervenção do homem na natureza, sem os devidos cuidados, maiores os riscos de ocorrência de danos. Em uma cidade, esse risco multiplica-se, à medida que os corpos hídricos encontram-se fisicamente muito próximos das vias e das habitações, isto é, da população.

No Brasil, como remédio para as enchentes, partiu-se para a técnica da canalização dos córregos, até porque os mesmos, recebendo esgoto *in natura*, suscitam inclusive a dúvida quanto à permanência de sua própria

<sup>63</sup> DNAEE, Glossário, p. 47.

<sup>64</sup> DNAEE, Glossário, n.1.200.

natureza de rio, o que, por mais absurdo que possa parecer, é a realidade com a qual convivemos.

Nessa ordem de idéias, discute-se, por exemplo, se as margens dos córregos canalizados constituiriam áreas de proteção permanente, nos termos do artigo 2º do Código Florestal, Lei 4.771, de 15/9/1965; artigo 18 da Lei 6.938, de 31/7/1981; Decreto 89.336/84 e Resolução Conama 4/84, diplomas legais que estabelecem as restrições para a utilização das áreas de proteção permanente, das quais fazem parte as margens dos rios.

Parece que essa delicada questão não pode ser solucionada de forma genérica, pois embora a legislação proíba a ocupação das áreas de preservação permanente, há inúmeros córregos canalizados, com avenidas em seu redor e toda uma consolidação do cenário urbano, que não parece viável derrubar, muito embora essa ocupação tenha ocorrido em desrespeito à lei.

Já em projetos a serem implantados, aí sim, cabe uma análise mais aprofundada, no processo de licenciamento ambiental, sobre as alternativas de uso e ocupação das áreas que margeiam os córregos, ainda que canalizados, pois o rio não deixou de existir. Se for estancado o despejo de águas poluídas e outros resíduos, ele voltará à sua condição original. A discussão, nesse passo, deve inclusive abordar a não canalização do córrego, buscando-se outras alternativas, como, por exemplo, a criação de um parque que possa represar as águas da enchente, sem causar danos à cidade.

Na canalização, a velocidade das águas aumenta, e diminui o tempo de chegada das águas do afluente ao corpo receptor, o que pode aumentar a inundação. No processo de licenciamento, essa questão deve ser discutida, na busca de soluções viáveis e seguras para a população e o próprio desenvolvimento das cidades.

No que se refere às competências sobre as obras públicas relativas à canalização de córregos, cabe lembrar que a Constituição Federal estabelece que as águas pertencem à União (art. 20, III) ou aos Estados (art. 26, I), em

geral de acordo com sua localização. Não mais existe a figura das águas de domínio municipal, que foram estabelecidas no Código de Águas, porém revogadas pela Constituição Federal de 1946. Assim, cabe à União o gerenciamento das águas federais, e aos Estados a gestão das águas estaduais, em tese.

Essa divisão, porém, não é tão clara no que se refere à administração dos recursos hídricos, quando se trata dos córregos que se iniciam e terminam em um único município. Em geral, a administração desses corpos hídricos, embora pertença aos Estados, constitui atribuição dos municípios, basicamente por costume, de acordo com arranjos institucionais não escritos.

De qualquer modo, cabe aos municípios tomar as medidas voltadas a impedir a ocorrência das enchentes. Dessa forma, a responsabilidade por inundações divide-se entre o Estado e o município, sem que haja uma delimitação mais concreta sobre a matéria. É, portanto, necessária a articulação entre Estado e municípios, pois ações isoladas não têm sido suficientes para resolver esse grave problema.

A título de exemplo, a Lei 7.663, de 30/12/1991, que instituiu a Política Estadual de Recursos Hídricos no Estado de São Paulo, estabelece, em seu artigo 7º, que o Estado realizará programas conjuntos com os municípios, mediante convênios de mútua cooperação, de assistência técnica e econômico-financeira, com vistas ao zoneamento das áreas inundáveis, com restrições a usos incompatíveis das áreas sujeitas a inundações frequentes e manutenção da capacidade de infiltração do solo (III); implantação de sistemas de alerta e defesa civil para garantir a segurança e a saúde públicas, quando de eventos hidrológicos indesejáveis (IV); combate e prevenção das inundações e erosão (VI).

Os Comitês de Bacia Hidrográfica, criados pelas leis instituidoras das Políticas Estaduais de Recursos Hídricos, constituem os fóruns de discussão e negociação de qualquer articulação necessária entre os Estados e os municípios, para resolver as questões referentes às inundações, entre outras.

No campo institucional, é imprescindível a participação da população local no combate às causas da enchente. Ressalte-se que os projetos de canalização de córregos podem minimizar as enchentes na região, desde que outras medidas, não estruturais, forem concomitantemente tomadas, pois a experiência tem provado que apenas obras – medidas estruturais – não são suficientes para tornar ideais as condições que se pretendem implantar.

As medidas não estruturais constituem ações praticadas pelo Poder Público e pelo particular, com o objetivo de utilizar mais racionalmente os recursos hídricos, seja para diminuir a demanda, seja para evitar erosão, inundações e outras catástrofes.

### **Limpeza Urbana**

Dentre as atribuições do município, a Constituição Federal estabelece a organização e prestação dos serviços públicos de interesse local, diretamente ou sob o regime da concessão ou permissão (art. 30, inciso V). Dentre essas atividades, enquadram-se as relativas à limpeza urbana, matéria que se reporta não só à preservação do meio ambiente como à manutenção da saúde pública.

A limpeza urbana abrange a coleta de lixo domiciliar, a coleta dos resíduos de saúde, os serviços gerais de limpeza (varrição de vias públicas, manutenção de áreas verdes, pintura de guias, roçada mecanizada, capinação manual, lavagem e desinfecção de feiras livres, limpeza de bocas-de-lobo, entre outros), transporte, tratamento e disposição final dos resíduos, remediação e monitoramento dos “lixões”, utilizando tecnologias mais compatíveis com a realidade local, e dando um destino final ambientalmente seguro, tanto no presente como no futuro.<sup>65</sup>

A limpeza de vias e logradouros públicos, assim como a coleta de lixo são serviços de interesse local, “de suma importância para a coletividade, pois o acúmulo de lixo nesses locais tem sido a grande causa de enchentes em dias de chuvas, com o entupimento dos bueiros responsáveis pelo

<sup>65</sup> JARDIM, N. S. e outros. *Lixo municipal*. Manual de Gerenciamento Integrado, São Paulo, Publicação IPT/ Cempre, 2163, 1995.

escoamento das águas.”<sup>66</sup> Cabe, pois, ao município, e também aos cidadãos, cuidar para que o lixo não obstrua os bueiros e tubulações e, finalmente, os córregos.

### **Áreas de Preservação**

Na noção de planejamento urbano, é necessária a criação de espaços verdes que garantam não só a manutenção da flora e da fauna, sirvam de área de drenagem, como também possam proporcionar lazer à população. Segundo Hely Lopes Meirelles, “a preservação dos recursos naturais se faz por dois modos: pelas limitações administrativas de uso, gerais e gratuitas, sem impedir a normal utilização econômica do bem, nem retirar a propriedade do particular, ou pela desapropriação, individual e remunerada, de determinado bem, transferindo-o para o domínio público e impedindo a sua destruição ou degradação. Tal o que ocorre com as reservas florestais, com as nascentes e mananciais...”<sup>67</sup>

Dentre as várias modalidades de áreas protegidas, entende-se que as praças e os parques, bens públicos de uso comum, são os principais exemplos de formas de proteção ambiental nas cidades. Nessas hipóteses, cabe a aplicação do instituto da desapropriação.

As várzeas dos rios, ao invés de grandes avenidas com uma simples canalização no canteiro central, podem ser as principais formas de garantir uma bacia de acumulação nas enchentes e, no resto do ano, servir de praça. Em determinados casos, pode ser tecnicamente aconselhável a canalização. Todavia, mesmo com o rio canalizado, se houver um espaço verde ao redor do córrego, o impacto visual e mesmo de proteção contra enchentes pode ser muito mais efetivo.

### **Custo Econômico da Proteção Ambiental**

Uma polêmica questão a ser abordada, é o fato de que a proteção ambiental envolve um custo financeiro. A noção de que a reparação do dano ambiental possui um aspecto econômico parece não mais suscitar

<sup>66</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993, p. 337/338.

<sup>67</sup> Idem, *ibidem*, p. 425.

discussões. A Lei da Ação Civil Pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico – Lei 7.347, de 24/7/1985 – estabelece que a ação civil terá por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

Sendo instrumento da indenização pecuniária, nos casos em que é impossível repor as coisas ao estado anterior, o que, de resto, é o que mais ocorre, parece mais fácil o entendimento do valor econômico do dano ambiental.

Já a proteção do meio ambiente ou a prevenção do dano ambiental também envolve custos, embora menores que os relativos ao dano ambiental. E embora a Constituição Federal disponha, em seu artigo 225, que compete aos Poderes Públicos tal tarefa, nem sempre é possível alocar todos os recursos financeiros na prevenção do dano.

Assim, quando se fala em desenvolvimento urbano sustentável, uma palavra que vem à tona é a cooperação, ou a parceria, seja entre os Poderes Públicos seja com a participação da iniciativa privada, e que é prevista no inciso V do artigo 2º do Projeto do Estatuto da Cidade.

Várias são as formas de parceria, seja entre os Poderes Públicos ou entre estes e a iniciativa privada. No cenário atual, e no que se refere à preservação ambiental, sobretudo dos recursos hídricos, e ao equacionamento da questão do lixo urbano, os consórcios intermunicipais constituem uma alternativa viável.

Os consórcios municipais, que atualmente se organizam na busca de soluções para o problema da poluição hídrica e limpeza urbana, têm por origem o Consórcio de Municípios, figura do Direito Administrativo que, conforme Hely Lopes Meirelles<sup>68</sup>, consiste em “acordos firmados entre entidades estatais, em geral municípios, para a realização de objetivos de interesse comum dos partícipes, como obras, serviços e atividades de competência local, mas de interesse de toda uma região”.

<sup>68</sup> *Direito administrativo brasileiro*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p.360/361.

Com essa cooperação associativa das municipalidades, reúnem-se recursos financeiros, técnicos e administrativos que uma prefeitura, isoladamente, não possui para executar um empreendimento desejado e de utilidade geral para todos.

Os consórcios não possuem personalidade jurídica, isto é, não têm capacidade para exercer direito e assumir obrigações em nome próprio.

Essa dificuldade operacional enseja a organização de uma entidade civil ou comercial, paralela, que administre seus interesses e realize seus objetivos. Nesse cenário é que foram introduzidos os atuais consórcios intermunicipais, constituídos sob a forma jurídica de associações civis sem fins lucrativos, em que participam municípios devidamente autorizados por meio de leis municipais, inclusive no que se refere às contribuições financeiras.

Essa figura jurídica, sob o aspecto legal, não constitui qualquer novidade, pois é prevista pelo Código Civil Brasileiro. Apenas foi utilizada para acomodar os interesses e necessidades das pessoas jurídicas de direito público, notadamente os municípios, com objetivos específicos, com a finalidade de facilitar a operacionalização de projetos comuns.

Releva notar que esses consórcios, embora sejam entidades de Direito privado, submetem-se ao regime jurídico do Direito Público, pois recebem, fundamentalmente, contribuições advindas dos orçamentos públicos municipais.

Nos consórcios intermunicipais, além dos municípios, nada impede que empresas privadas venham deles participar, quando há interesses comuns.

### **Conclusão**

De tudo o que foi dito, conclui-se que para assegurar o desenvolvimento urbano sustentável, é fundamental o papel das prefeituras na busca de alternativas viáveis e adequadas às características e particularidades de cada município.

A estratégia de sair do isolamento é recomendável, pois ainda que o município seja uma pessoa jurídica de Direito Público autônoma, as inter-

relações com outros municípios de uma mesma bacia hidrográfica ou de uma só região com o Estado, e também com a iniciativa privada, podem multiplicar os ganhos relativos à proteção e aproveitamento dos recursos naturais, no desenvolvimento urbano sustentável.

## PLANEJAMENTO E GESTÃO: UM DIÁLOGO DE SURDOS?

*Raquel Rolnik<sup>69</sup>*

No Brasil, a institucionalização do planejamento urbano nas Administrações Municipais disseminou-se a partir da década de 1970, com a missão de promover o desenvolvimento integrado e o equilíbrio das cidades, em um contexto de explosão do processo de urbanização. Durante esse período, consolidou-se a conhecida clivagem da paisagem urbana brasileira: um contraste muito claro entre uma parte das cidades que possui alguma condição de urbanidade, uma porção pavimentada, ajardinada, arborizada, com infra-estrutura completa – independentemente da qualidade desses elementos, que, em geral, é pouca – e outra parte, normalmente de duas a três vezes maior do que a primeira, cuja infra-estrutura é incompleta, o urbanismo inexistente, que se aproxima muito mais da idéia de um acampamento do que propriamente de uma cidade.

Essa clivagem apresenta-se no território sob várias morfologias: nas imensas diferenças entre as áreas centrais e as periféricas das regiões metropolitanas de São Paulo ou Belo Horizonte; na ocupação precária do mangue em contraposição à alta qualidade dos bairros da orla, em muitas cidades de beira-mar; na eterna linha divisória entre o morro e no asfalto no Rio de Janeiro, e em muitas outras variantes dessa cisão das nossas cidades, que se repete permanentemente em nossa história e geografia urbana.

O quadro de contraposição entre uma minoria qualificada e uma maio-

<sup>69</sup> Urbanista e mestre pela Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da USP, PhD em História Urbana pela New York University, professora titular de Planejamento Urbano e coordenadora do curso de Mestrado em Urbanismo da Pontifícia Universidade Católica de Campinas, membro do corpo técnico do Instituto Pólis, coordenadora de Planejamento do Município de São Paulo (1989-1992).



ria com condições urbanísticas precárias relaciona-se a todas as formas de desigualdade, correspondendo a uma situação de **exclusão territorial**. Essa situação de exclusão é muito mais do que a expressão da desigualdade de renda e das desigualdades sociais: ela é agente de reprodução dessa desigualdade. Em uma cidade dividida entre a porção legal, rica e com infra-estrutura, e a ilegal, pobre e precária, a população que está em situação desfavorável acaba tendo muito pouco acesso a oportunidades de trabalho, cultura ou lazer. Simetricamente, as oportunidades de crescimento circulam nos meios daqueles que já vivem melhor, pois a sobreposição das diversas dimensões da exclusão incidindo sobre a mesma população faz com que a permeabilidade entre as duas partes seja muito pequena.

Esse mecanismo é um dos fatores que acabam por estender a cidade indefinidamente: ela nunca pode crescer para dentro, aproveitando locais que podem ser adensados, pois é impossível para a maior parte das pessoas o pagamento, de uma vez só, pelo acesso a toda a infra-estrutura que já está instalada. Em geral, a população de baixa renda só tem a possibilidade de ocupar terras periféricas – muito mais baratas porque em geral não têm qualquer infra-estrutura – e construir aos poucos suas casas. Ou ocupar áreas ambientalmente frágeis, que teoricamente não poderiam ser urbanizadas.

Esses processos geram efeitos nefastos para as cidades, alimentando a cadeia daquilo que pode ser chamado de um **urbanismo de risco**, que atinge as cidades como um todo. Ao concentrar todas as oportunidades em um fragmento apenas da cidade, e estender a ocupação a periferias precárias e cada vez mais distantes, esse urbanismo de risco vai acabar gerando a necessidade de levar multidões para esse lugar para trabalhar, e devolvê-las a seus bairros no fim do dia, gerando assim uma necessidade de circulação imensa, o que, nas grandes cidades, tem gerado o caos nos sistemas de circulação. E quando a ocupação das áreas frágeis ou estratégicas do ponto de vista ambiental provoca as enchentes ou a erosão, é evidente que quem vai sofrer mais é

o habitante desses locais, mas as enchentes, a contaminação dos mananciais, os processos erosivos mais dramáticos, atingem a cidade como um todo.

A concepção de planejamento urbano, então em vigor, correspondia à idealização de um projeto de cidade do futuro, que seria executado ano a ano até chegar a um produto final (o modelo de cidade desejada). Seu ponto de partida era a definição de padrões adequados ou aceitáveis de organização do espaço físico, que se consubstanciavam em uma série de investimentos públicos e numa legislação de uso e ocupação do solo condizente com o modelo adotado. A implementação do plano seria responsabilidade do Poder Público municipal, executada através de investimentos em transportes, sistema viário, infraestrutura e equipamentos públicos e no controle sobre a ação dos agentes privados através de disciplinas de uso do solo, sobretudo via zoneamento.

Naquele momento, com as limitações do Poder Legislativo e a desarticulação da sociedade civil, o planejamento urbano foi se isolando cada vez mais, enquadrado e limitado pela visão centralizadora e tecnocrática que dominava o sistema de planejamento do País.

O isolamento do planejamento e sua separação da esfera da gestão provocou uma espécie de discurso esquizofrênico nas Administrações – de um lado, os planos reiteravam os padrões, modelos e diretrizes de uma cidade racionalmente produzida, de outro, o destino da cidade era negociado, dia-a-dia, com os interesses econômicos, locais e corporativos através de instrumentos como corrupção, *lobbies* ou outras formas de pressão utilizadas pelos que conseguiam ter acesso à mesa centralizada de tomada de decisões. E, assim, foram se configurando cidades caracterizadas pelo contraste entre um espaço contido no interior da cada vez mais minuciosa moldura da legislação urbanística e outro, normalmente três vezes maior, eternamente situado numa zona intermediária entre o legal e o ilegal.

Passadas pelo menos duas décadas de prática da elaboração de Pla-

nos Diretores, segundo o receituário tecnocrático, parece evidente a falência do planejamento urbano em produzir cidades equilibradas e de acordo com as normas.

Entre os planejadores, essa ineficácia é geralmente justificada como ausência de vontade política dos governantes em impor o projeto contido no plano da cidade e/ou como suscetibilidade dos governos a práticas eticamente condenáveis, como a corrupção. Segundo esse ponto de vista, o plano é bom em si, na medida em que formula o desenvolvimento de uma cidade " harmônica " , perversos são a sociedade (que corrompe) e o governo (que desvia o caminho proposto).

Na verdade, por trás desse conceito de Plano e seus instrumentos, existem concepções políticas e visões do modo de organização do espaço urbano que, a nosso modo de ver, são altamente questionáveis.

Em primeiro lugar, do ponto de vista político, a idéia de um Plano Diretor como projeto acabado de cidade do futuro, que dirige seu desenvolvimento presente, supõe a idéia de um poder central associado a um Estado forte e capitalizado, que impõe e controla esse projeto sobre o conjunto dos cidadãos. Por outro lado, não há lugar para o conflito – que efetivamente constrói e transforma a cidade: a utopia de um projeto concluído de cidade corresponde à utopia de um Estado absoluto. Dessa forma, é um projeto que se opõe à política – campo de explicitação dos conflitos – e, portanto, não contém nenhuma forma de diálogo com ela. Evidentemente, em tempos de ditadura, essa concepção teve alguma ressonância numa realidade de sociedade civil silenciada. Porém, bastou a abertura de movimentos mínimos de democratização para estabelecer-se uma contradição entre gestão (como prática atravessada pela política) e planejamento.

Em segundo lugar, a esfera técnica do planejamento urbano entre nós esteve também bastante imbuída de um modo de relação do cidadão com a cidade que vê o espaço público como propriedade privada do Poder Público (ou do Estado) e jamais como uma responsabilidade coletiva dos cidadãos. E o tema do controle de setores da cidade que fogem dos

padrões desejáveis é formulado como “problema urbano”, que cabe ao Estado “diagnosticar” e resolver.

Finalmente, ao não se relacionar com os pedaços de cidade que não cabem nas normas, a regulação urbanística operada pela fórmula planos diretores-zoneamento acaba por condenar os assentamentos ilegais a uma eterna condição de subcidadania e vulnerabilidade às práticas políticas clientelistas e fisiológicas.

Dessa forma, o planejamento urbano tecnocrático não é só ineficaz, mas também produtor de exclusão territorial, trabalhando em pleno vigor no sentido de garantir a poucos as possibilidades de cidadania plena – que assim se transforma em privilégio, em contraste com a maioria de excluídos do direito a uma qualidade urbanística mínima.

O deslizamento da idéia da qualidade urbanística, de direito – algo generalizado – a privilégio – algo relacional, ou seja, que se constrói e se mede em termos comparativos – transforma nossas cidades em verdadeiros campos de batalha, em que interesses fragmentados e conflituosos travam disputas permanentes por vantagens locacionais, de infra-estrutura e serviços urbanos.

## **Estatuto da Cidade**

O Projeto de Lei 5.788, de 1990 – o chamado Estatuto da Cidade – representa um importante avanço no trato da equação urbanística brasileira. Diferentemente da legislação tradicional, ocupa-se da garantia de espaços específicos para a política no marco legal do planejamento urbano. Ao invés de declarar a crença em um suposto planejamento urbano racional e salvador e desfiar um receituário dos passos e instrumentos que garantem uma cidade perfeita e sem conflitos, estabelece de forma clara e aberta formas possíveis de diálogo entre planejamento e gestão, planejamento e política. O texto representa, assim, o amadurecimento dos agentes técnicos, sociais e políticos diante dos desafios da gestão da cidade brasileira.

O Capítulo III, que trata do Plano Diretor, institui os mais importantes

avanços. A determinação anterior, da Constituição de 1988, apenas estabelece que municípios com mais de 20 mil habitantes devem ter seu Plano Diretor, definindo este como locus de definição da função social da cidade e da propriedade urbana. O artigo 40, § 5º, determina que nos processos de elaboração de um plano diretor sejam garantidos: “a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade; a publicidade quanto aos documentos e informações; o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos”. O § 6º desse mesmo artigo declara “nula a lei que instituir o Plano Diretor em desacordo com o disposto no parágrafo anterior”. Isso significa vincular o processo de elaboração do Plano Diretor essencialmente a um processo público de debate na cidade sobre seu futuro.

Por outro lado, o Estatuto da Cidade logra escapar da tecnocratização excessiva, ao dispor apenas os atributos mínimos que um Plano Diretor deve apresentar, em geral ligados à função social da propriedade urbana. Ao declarar obrigatório o Plano Diretor, deixando, no entanto, em aberto seu conteúdo, abre-se também a possibilidade de este assumir inúmeras formas e temporalidades, refletindo assim as necessidades, os conflitos e a pauta local. O Plano Diretor como uma “caixa vazia” nada mais é do que a previsão do espaço da política – ela também uma “caixa vazia”.

O capítulo II, ao tratar dos instrumentos da política urbana, em seu inciso III, refere-se ao Plano Diretor e também à disciplina do parcelamento, do uso e ocupação do solo. É importante destacar que se trata de “disciplina do uso e ocupação do solo”, noção muito mais ampla e aberta do que “zoneamento”, estratégia específica de controle do uso e ocupação do solo já questionada em experiências contemporâneas de elaboração de instrumentos de manejo do solo.<sup>70</sup>

O Capítulo V determina que a gestão da cidade se dê de forma demo-

<sup>70</sup> A esse respeito, v. Revista Pólis n. 27, *Instrumentos de manejo do solo urbano: experiências e possibilidades*. São Paulo: 1996, e ROLNIK, Raquel. *A cidade e a lei* (legislação, política urbana e territórios na cidade de São Paulo). São Paulo: Nobel: Fapesp, 1997.

crática, a ser obtida mediante a constituição de órgãos colegiados de política urbana, debates, audiências, consultas públicas, conferências; planos e projetos de lei de iniciativa popular, referendos, plebiscitos. Dentro desse esquema, a participação popular pode encontrar lugar em todas as dimensões da política urbana: a formulação de instrumentos urbanísticos, a negociação e aprovação na Câmara, a implementação, a gestão cotidiana e, se necessário, sua revisão.

O Estatuto da Cidade revela uma compreensão profunda dos processos e conflitos em jogo na questão da política urbana, e procura dar ao Poder Público a possibilidade concreta de mediá-los.

Por outro lado, persiste – e persistirá sempre – a possibilidade de sua instrumentalização para fins excludentes e populistas. Temos que ser sóbrios, e não incorrer novamente no erro de acreditar que a existência de um dispositivo jurídico vai garantir uma melhora no nosso ambiente urbano. Pelo contrário, as forças que se opõe à democratização do acesso à terra continuam presentes e atuantes e permanecem com um acesso privilegiado aos canais de decisão, significando que se trata de uma luta sem descanso por mais igualdade em nossa realidade urbana. Mas é exatamente esse o papel da política, e o estatuto da cidade prevê um espaço em que ela se efetive. O restante está a cargo da capacidade de organização e pressão dos diferentes atores.

## **NOVOS PAPÉIS DO JUDICIÁRIO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO TRATO DAS PARCERIAS ENTRE SETOR PÚBLICO E SETOR PRIVADO**

*Paulo André Jorge Germanos<sup>71</sup>*

### **Algumas Considerações sobre o PL 5.788/90**

O presente Projeto de Lei, na forma de substitutivo, tem seu antecedente remoto no período ditatorial militar, quando, no Governo Geisel, inicia-

<sup>71</sup> Engenheiro civil, é co-autor do texto final do Projeto de Lei do Plano Diretor de São Paulo.

ram-se as discussões que originaram conceitos e instrumentos nele contidos, no seio do Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano - CNDU.

Acreditava-se, então, na ilimitada capacidade do aparelho estatal em dar solução a todos os problemas da sociedade e em sua supremacia em relação a outros agentes. Criaram-se as empresas estatais em grande número e a economia estava em parte esmagadora nas mãos do Estado empreendedor.

A influência dessa atitude condicionou também o pensamento das questões urbanas, a ponto de se imaginar que o Estado teria a capacidade não só de disciplinar mas também de empreender as ações do desenvolvimento urbano e habitacional, contando com os agentes privados como meros caudatários.

A Constituição de 1988 apenas resvalou no problema urbano; em seus artigos 182 e 183, atribui ao Plano Diretor de cada município a disciplina do uso do solo urbano e estabelece a previsão de penalidades a serem impostas ao proprietário cujo imóvel não cumprisse o uso previsto em lei. Caberia ao município exigir o cumprimento da função social da propriedade; esta, por sua vez, ainda carece de definição em instrumento legal próprio.

Desde então, algumas correntes de opinião e representantes dos chamados movimentos pela moradia, insistentemente, passaram a exigir a delimitação das áreas em que as sanções fossem aplicáveis. Grosseiramente se poderia comparar esse anseio ao de quem projetasse uma rede viária urbana em que se demarcassem as "vias onde se aplicarão multas aos infratores".

O que cabe ao Plano Diretor é determinar a forma de uso a ser dada em cada região do município e não simplesmente dizer onde será exigida a edificação ou o parcelamento compulsório.

O PL 5.788 não apenas delimita e interfere em atribuições que cabem aos municípios, mas, sobretudo, inova no campo do Direito, excedendo o papel de legislação infra-constitucional ao criar novas formas de "legali-

zação” da “propriedade”, que acabariam por levar a uma divisão dos cidadãos e da propriedade urbana em duas classes:

- aquela à qual se aplicará a lei “legal”, com todo seu rigor, e
- aquela à qual se aplicará a lei “legal, *pero no mucho*”.

Não se pode compreender como uma lei disciplinadora das atividades urbanas contenha em si mesma os mecanismos para regularizar situações que desrespeitem a mesma lei.

Por que alguém obedeceria ao rigor da lei, se a mesma prevê a benevolência com quem não cumpri-la; é o que se desprende dos artigos finais que pretendem alterar a própria lei dos registros públicos.

Seria um absurdo tão grande quanto o de uma reforma tributária que estabelecesse um regime fiscal para os contribuintes “integrais”, e outro, mais brando, para os parcialmente sonegadores.

A exemplo do que ocorreu com nossa “Constituição Cidadã”, quando se imaginou que tudo estaria suprido e resolvido, a mesma frustração admirá se o Estatuto da Cidade for aprovado em sua forma proposta, gerando a ilusão de que o problema da moradia foi definitivamente solucionado.

A disciplina urbana e a moradia não se solucionam simplesmente com a legalização das invasões e ocupações, por mais que nos sensibilize a triste questão das famílias que não têm um teto digno.

Igualmente, não basta editar mais um diploma legal restritivo, que aumenta desproporcionalmente as obrigações de quem age dentro da lei, a ponto de desestimular a atuação das pessoas sérias, ao mesmo tempo em que acena com o indulto e com a tolerância das situações de fato que afrontam a lei.

## **Breve Histórico das Parcerias em São Paulo**

Quase ao final da administração Jânio Quadros, um grupo de empresários e técnicos da atividade imobiliária visitou o Canadá, acompanhado de membros da Administração Municipal. A experiência canadense de con-



cessão de alteração de parâmetros da legislação urbana e edilícia, em troca de contrapartidas para a cidade, ensejou a conceituação da Lei 10.209/86.

Coerentemente com a carência habitacional da população menos assistida, a forma adotada na legislação paulistana foi a de edificação de habitações de interesse social, como contrapartida, por aqueles beneficiados com a flexibilização da lei.

Iniciou-se um processo de aprendizado por parte do corpo técnico permanente da PMSP no trato da questão, e cerca de 1.500 habitações de interesse social foram produzidas como resultado da nova lei, em pouco mais de um ano de sua aplicação.

Na administração que se seguiu, a aversão ao apelido da “Lei do Desfavelamento” motivou sua não aplicação por um curto período, até que, compreendido seu resultado benéfico, continuou-se a exercer a parceria e o instrumento das Operações Interligadas entrou para o próprio programa dos candidatos do Partido dos Trabalhadores, que então exercia o governo da cidade.

Os técnicos da Secretaria Municipal do Planejamento - Sempla foram adquirindo conhecimento e experiência na aplicação do instrumento, da análise urbanística de cada pleito, das práticas de avaliação dos benefícios dos interessados e da correspondente avaliação da contrapartida; esta passou a ser paga em dinheiro, como maneira mais prática de aplicação dos recursos pela cidade, em programas de habitação social.

Começou-se a pensar nos Fundos de Habitação, alimentados pelos recursos das contrapartidas.

A cidade aprendeu a receber do mercado uma parcela de valor correspondente ao “terreno virtual”, utilizável diretamente em benefício da população carente.

Entretanto, permaneciam na cabeça de alguns poucos opositores os preconceitos contra o instrumento, e, no ano de 1994, uma emenda à lei que criava uma nova secretaria, transferiu para o Legislativo a competência de aprovar as Operações Interligadas.

Como não é da natureza da câmara a aprovação de pleitos de cidadãos caso a caso, e esta nem tem estrutura para essa tarefa, a lei deixou de ser aplicada por quase dois anos, até a promulgação da nova Lei 11.773/95, que incorporou alguns avanços e permitiu que se continuasse a exercer a saudável parceria entre a cidade e a iniciativa privada.

Além do uso da parceria, em si, a Sempla exercitou e muito aprendeu com a tomada de decisões em órgão colegiado, com representação de técnicos da Administração e de um largo espectro de membros de entidades sociais, técnicas e empresariais da sociedade civil, a Comissão Normativa da Legislação Urbana - CNLU. Muitos dos pleitos apresentados foram recusados já na fase urbanística e vários foram indeferidos.

Simultaneamente, a experiência obtida ensejou o uso de instrumento mais amplo, o das Operações Urbanas, com alcance maior do que a das ações pontuais das Operações Interligadas.

Aprovou-se a Operação Urbana Faria Lima, que, mesmo aplicada em pequena parte de seu potencial, gerou recursos suficientes para cobrir o custo das obras ali realizadas pela prefeitura.

Com essa operação, aprendeu-se também que os recursos de contrapartidas não deveriam ser aplicados apenas na área objeto da reurbanização, mas canalizados para um fundo de urbanização, de efeito redistributivo entre as diferentes regiões da cidade.

Em ambos os casos, cristalizou-se a noção de que jamais deverão ser empregados os recursos obtidos nas operações fora de sua finalidade exclusiva, como o custeio da máquina municipal. O benefício de novas fontes de recursos extraorçamentos municipais tem de ser canalizado, obrigatoriamente, para as habitações de interesse social ou para a reurbanização.

Esses instrumentos de parceria, embora relativamente recentes, mostraram sua eficácia e deixaram de sofrer preconceitos ideológicos, tendo sido usados por governos de todo o espectro político.

Entretanto, algumas posições político-partidárias e a má vontade ur-

banística de alguns pretensos defensores da ordem urbana – muito mais defensores de privilégios de minorias moradoras de áreas estritamente residenciais, supostamente ameaçadas – influenciaram o próprio Ministério Público, que, sob a alegação de inconstitucionalidade, até então jamais questionada, recorreu ao Judiciário e obteve liminar que paralisou a aplicação da Lei 11.773/95.

Cabe um parêntese, para esclarecer que, em São Paulo, jamais se admitiu aprovação de Operações Interligadas em áreas e zonas estritamente residenciais; o próprio projeto de lei do Plano Diretor, em discussão na câmara municipal, dispõe claramente sobre essa vedação e ainda acrescenta um segundo “patamar” de restrição para pleitos de operações em determinadas macrozonas.

Além disso, criou-se um novo critério de subordinação a limites para concessão de solo virtual adicional, proporcionais à densidade de construção e à disponibilidade de infra-estrutura.

Desde a concessão de liminar em ação direta de inconstitucionalidade, em abril de 1998, até o presente, não apenas se interrompeu o uso das Operações Interligadas., como se lançou no limbo todo o procedimento administrativo subsequente à aprovação de uma operação em Sempla.

A cidade perdeu o uso das contrapartidas, inúmeras obras deixaram de ser iniciadas, empregos tão necessários não foram criados, além de se colocar em risco a conclusão de empreendimentos legalmente aprovados, frustrando toda uma legião de compradores de novas unidades em construção.

A fonte de novos recursos – a custo zero para a cidade e para o orçamento municipal – secou, sem que qualquer outra fosse descoberta e usada em benefício da população sofredora.

Houve ainda tentativas de se mobilizar o Ministério Público, por parte de pessoas de má vontade com os instrumentos de parceria e com a administração da cidade, contra a Operação Urbana Faria Lima e contra a mais recente Operação Urbana Centro, uma vez mais pretendendo acionar o Judiciário.

Curiosamente, muitos dos que atacam os instrumentos de parceria vigentes em São Paulo defendem sua aplicação em outros municípios da Grande São Paulo, em projetos de lei de Planos Diretores e no próprio Estatuto da Cidade, ainda que batizados com outros nomes.

É importante salientar que, com o esgotamento do modelo de desenvolvimento nos municípios baseado em endividamento, e com a simultânea redução da capacidade de investimento dos orçamentos municipais, não se pode contar de imediato com novas fontes de recursos que não as dos instrumentos de parceria, que ensejam a transferência de valor da parte atuante do mercado para a cidade.

### **Influência Recente do Judiciário e do Ministério Público sobre as Parcerias em São Paulo**

A cidade viveu de 1554 até 1986 sem o instrumento de parceria das Operações Interligadas e sem o mais novo, das Operações Urbanas. O setor formal da atividade econômica de desenvolvimento urbano e da construção imobiliária cumpriu seu papel por se alicerçar em leis vigentes e duradouras.

Timidamente, a princípio, foi se acumulando a experiência de parceria e o empresariado cada vez mais foi atendendo aos editais da prefeitura, passando a apresentar pleitos de operações, como forma de melhorar seus projetos, dando uma efetiva contrapartida à cidade.

O efeito do questionamento das leis, em vigor há anos e que tantos benefícios trouxeram à população carente, foi desastroso para a prática da parceria.

Difícilmente se recuperará a confiança de realizar qualquer empreendimento em parceria com o Poder Público, por mais que se tente assegurar a validade de qualquer instrumento, conhecido ou novo, a ser empregado para aquele fim.

A decisão de mérito a ser proferida pelo Judiciário sobre a lei questionada, quando muito poderá ensejar o cumprimento das obrigações assumidas com seus clientes pelos empreendedores que atenderam aos editais

da Prefeitura de São Paulo, mas não terá o condão de reanimar qualquer reativação dos instrumentos de parceria.

Lembre-mos de que, assim que foi iniciada a ação de reurbanização pela Empresa Municipal de Urbanização – Emurb em Santana, nos anos 70, vislumbrou-se a possibilidade de ser promovida pela prefeitura uma verdadeira renovação urbana. O questionamento judicial sobre a capacidade de a cidade vender áreas desapropriadas para aquele fim castrou a empresa e transformou a Emurb em uma limitada gerenciadora de alguns projetos.

A adoção de novos instrumentos, de reurbanização ou de parceria, tem de ser entendida e apoiada pela sociedade como um todo; se existirem falhas, estas devem ser corrigidas, mas sempre se deve persistir na aplicação dos novos caminhos, até seu aperfeiçoamento, sem o que estaremos condenados à inércia e amarrados a práticas ineficazes para melhorar as condições de vida em nossas cidades.

### **Conceito das Parcerias Baseadas em Outorga Onerosa do Direito de Construir – Solo Criado x Solo Adicionado**

Alguns adeptos do estatismo imaginam que a supressão do direito de edificar, dos proprietários urbanos, com sua transferência à cidade, representaria a solução do desequilíbrio de valores de terrenos e fonte inesgotável de recursos para o Poder Público, como alardeiam defensores do solo criado.

A experiência de São Paulo mostrou que, ao contrário, o “solo adicionado” é um efetivo instrumento de captação de recursos para o município, sem que se penalize os compradores de unidades construídas com aumento de seu preço.

A diferença entre um e outro é que, com a outorga onerosa de direitos adicionais de construção, não se onera o custo da fração ideal de terreno incidente no preço de um imóvel construído.

Reduzir o direito de construir não reduz o valor do terreno edificável na mesma proporção, pois, em regiões consolidadas de grandes cidades, o

terreno se obtém pela substituição de construções antigas; elas têm valor determinado não apenas pelo potencial de edificação de seu terreno, mas pelo próprio prédio existente e pelo uso que proporciona.

Ao vender um imóvel construído para demolição e posterior construção, seu proprietário terá de repor, no mínimo, outro que lhe garanta o mesmo uso, além de outros custos necessariamente incidentes, como impostos, mudança, novo estabelecimento, etc.

Isso significa que, se for reduzido o direito de construir para que a municipalidade o venda a quem decidir edificar acima do “coeficiente básico”, este terá de adquirir duas vezes o mesmo terreno – uma vez do dono anterior e outra vez da cidade –, arcando com custo maior da fração ideal de terreno. Esta, por sua vez, onerará o preço de venda do imóvel construído, afastando mais e mais do mercado aqueles que não são ricos e que constituem a quase totalidade da população.

Outro efeito perverso do solo criado, na forma defendida por aqueles que imaginam rebaixar a intensidade de uso dos terrenos, é a drástica redução de toda a base de tributação do IPTU e do ITBI, contra uma hipotética expectativa de ganho na outorga onerosa.

Estudos realizados para a cidade de São Paulo, usando sofisticados modelos em computador e lançando-se todos os investimentos projetados de infra-estrutura urbana, assim como as tendências conhecidas de crescimento e de edificação, demonstraram que a perda com o rebaixamento da base de tributação da propriedade urbana é muito superior a qualquer estimativa, por mais otimista, de receita com a venda de direitos de construção.

A experiência de poucos anos de aplicação das Operações Interligadas e das Operações Urbanas em São Paulo demonstrou a validade do conceito inteligente do “solo adicionado”.

## **Os Novos Papéis do Judiciário e do Ministério Público**

Se o PL 5.788/90 viesse a ser aprovado na forma atualmente em discussão no Congresso, certamente caberia ao Judiciário o papel de apreciar e julgar sobre sua duvidosa constitucionalidade. (Os artigos que inovam com o

usucapião em áreas públicas deixam todo o diploma eivado de vício insanável.)

O Poder Judiciário ficaria, ainda, assoberbado com as ações em que se procuraria definir sob qual das regras cada nova autorização administrativa de uso estaria subordinada: se à lei “integral” vigente para o parcelamento, uso e ocupação do solo, ou se ao regime benévolo da tolerância para com as situações de fato que desrespeitaram a lei urbana.

Se, no entanto, forem eliminadas as incoerências e distorções do substitutivo em face da Lei Magna vigente, ainda restará um delicado papel de apreciação da coleção de novos instrumentos, ainda não praticados, contidos no projeto de lei.

No tocante às parcerias, cabe primeiro entender que, mesmo sob o nome de “outorga onerosa” ou de qualquer outro que o instrumento de parceria possa ter, este foi ferido de morte com o atual questionamento levantado no Judiciário pelo Ministério Público de São Paulo e pela injustificada campanha difamatória sofrida.

Cabe-nos o papel de informar e de esclarecer os guardiães da lei e da justiça sobre a natureza, o alcance, os efeitos e conseqüências da aplicação de todos os instrumentos em questão, pois estes sofrem muito mais de preconceitos e do desconhecimento do que de vícios inerentes.

O setor formal da atividade de desenvolvimento urbano e da construção imobiliária se fundamenta em leis que devem ser respeitadas, não apenas pelos agentes privados, mas por todo o Poder Público; leis que tenham duração, no mínimo, compatível com o longo ciclo da atividade envolvida, sem o que esta se tornará uma aventura.

Os empreendedores sérios não permanecerão atuantes num ambiente de insegurança jurídica, cedendo lugar aos aventureiros e àqueles que atuam à margem da lei.

E, no Judiciário e no Ministério Público, repousa a confiança da sociedade de que as leis serão cumpridas, mantidas em vigor e aplicadas rigorosamente.

Qualquer excesso no uso do extraordinário poder do Ministério Público, sem que este tenha presentes o efeito e as conseqüências de sua atuação,

poderá levar à extinção da capacidade empreendedora no urbanismo, pois ninguém trabalha em clima de insegurança e de terror. Sem vontade empreendedora não haverá urbanismo, nem urbanização, nem moradia e muito menos dignidade para as famílias que merecem um teto digno.

As questões urbanísticas devem ser decididas no foro do município, de seu Legislativo, com ampla participação dos segmentos representativos da população, dos profissionais e dos empreendedores envolvidos.

O Judiciário e o Ministério Público não podem ser usados indevidamente por quem tem má vontade com instrumentos inovadores ou por quem se envolve em disputas menores de ordem político-partidária.

Cabe a todos os agentes da sociedade preservar o Judiciário e o Ministério Público para que desempenhem soberanamente suas indelegáveis atribuições e possam garantir a ordem constituída e a justiça a todos.

Talvez o papel mais importante que hoje cabe ao Judiciário e ao Ministério Público seja o de nos assegurar a solidez do sistema jurídico brasileiro.

É necessário discutir os novos instrumentos do direito urbano com sua participação, para não atrasar a vigência das novas leis ou mesmo levá-las a infrutífera e interminável discussão, antes mesmo de que possam produzir o efeito esperado pela sociedade.

## **PLANO DIRETOR NO SUBSTITUTIVO AO PROJETO DE LEI 5.788, DE 1990**

*Toshio Mukai<sup>72</sup>*

### **Função Social da Propriedade e o Plano Diretor como Instrumento Jurídico de sua Concretização. A Constituição de 1988**

De longa data, tem-se falado no princípio da função social da propriedade. Vários conceitos sobre o que seja tal função foram formulados ao

<sup>72</sup> Mestre e doutor em Direito (USP), especialista em Direito Administrativo, Urbanístico e Ambiental. Autor das obras, dentre outras: *Direito e Legislação Urbanística no Brasil*, São Paulo: Saraiva, 1988; *Direito Ambiental Sistematizado*: 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998; *Direito Administrativo Sistematizado*. São Paulo: Saraiva, 1999.



longo dos anos. Porém, pelo menos entre nós, nunca se concretizou na realidade fática esse princípio, de modo geral e objetivo.

Foi o Supremo Tribunal, que nos ofertou o mais preciso conceito do que se entende por função social da propriedade (cf. Ac. do STF, pleno, 17/6/42, rel. min. Castro Nunes, RT 147:785): “ A antiga noção de propriedade, que não vedava ao proprietário senão o uso contrário às leis e regulamentos completou-se com o da sua utilização posta ao serviço do interesse social; a propriedade não é legítima senão quando se traduz por uma realização vantajosa para a sociedade” .

Ora, tal assertiva, que nos coloca diante de um significado preciso, claro, objetivo e, sobretudo, racional, do que se deva entender por função social da propriedade, parece ter sido levado em conta pelo constituinte de 1988, ao ter possibilitado, pela primeira vez no direito constitucional, a concretização real e objetiva do princípio, quando estatuiu que “ a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no Plano Diretor” (CF, § 2º do art. 182).

Quer dizer, a Constituição Federal – CF garante o direito de propriedade (art. 5º, inc. XXII), mas com função social (art. 5º, inciso XXIII), ou seja, a propriedade imóvel abrange direitos do proprietário, mas também obrigações deste de atender às normas públicas de sua utilização, voltadas para os interesses gerais da comunidade; essas normas, segundo a Constituição, têm o mesmo peso (ou talvez mais) daqueles direitos privados invocáveis pelo proprietário, posto que, se sobressaem, das próprias exigências do Plano Diretor, aquelas normas de direito público, pois elas compõem, estruturam, e fazem parte do próprio direito de propriedade. Acresça-se que a disposição constitucional não diz que a propriedade, para cumprir sua função social, deva atender apenas às exigências fundamentais do Plano Diretor, mas a todas as exigências dele, as quais o constituinte considera fundamentais para a ordenação do território.

Portanto, na atual Constituição, o instituto da função social da propri-

idade ganhou um relevo e uma estrutura jurídica ímpar, pois concretiza, mais do que nunca, o próprio direito de propriedade, e, além disso, coloca-se no texto constitucional como princípio fundamental, ao lado da própria propriedade privada (CF, art. 170, incisos II e III).

E, se assim é, entendemos que o princípio referido, exatamente porque princípio, afasta mesmo, se necessário, a regra das autonomias municipais e estaduais, do artigo 18 da Constituição Federal (que não são alçados a princípios), para que seja, através do Plano Diretor, concretizado aquele princípio. Em consequência, a lei federal que traçar as diretrizes gerais de desenvolvimento urbano, e que, segundo o *caput* do artigo 182 da Constituição Federal, deverão ser observadas pelos planos diretores municipais, pode, inclusive, para esse fim, obrigar o município a fazer ou deixar de fazer algo, desde que tal imposição seja necessária para que seja atendida a função social da propriedade.

### **Planos Urbanísticos e seus Princípios Jurídicos Estruturais. As Normas e Diretrizes Gerais de Desenvolvimento Urbano na Constituição**

Segundo Fernando Alves Correia (*O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, Coimbra: Almeidina, 1989, p. 285 e segs.), os princípios jurídicos estruturais dos planos urbanísticos são: 1) O princípio da legalidade: a) O princípio da homogeneidade da planificação; b) O princípio da tipicidade dos planos urbanísticos; c) O princípio do desenvolvimento urbanístico em conformidade com o plano e o princípio da obrigação de planificação; d) O princípio da definição pela lei do procedimento de formação dos planos urbanísticos; e) O princípio da determinação pela lei de um regime particular para certos tipos de bens; 2) O princípio da hierarquia; 3) O princípio da proporcionalidade em sentido amplo ou da "proibição do excesso"; 4) O princípio da igualdade.

O princípio da legalidade (vinculação à lei) desdobra-se nos subprincípios de "a" a "e".

A homogeneidade do plano é conseguida incluindo-se nele as áreas

urbanas e rurais, com a finalidade de equiparar ou de parificar as condições de vida na cidade e no campo.

A Constituição de 1988 não abraçou esse subprincípio, vez que colocou, como área de abrangência do Plano Diretor, apenas o meio urbano.

A tipicidade dos planos urbanísticos significa que a Administração só pode elaborar planos que a lei prevê de modo típico. A lei indica a designação dos planos, define os respectivos fins e/ou objetivos e traça o seu conteúdo técnico.

O subprincípio da letra “c” obriga que o desenvolvimento urbano deva ser em conformidade com o plano (o que está contemplado pelo art. 182 da CF de 1988); a obrigação de planificação é imposta pela Constituição ou pelas leis.

O subprincípio da letra “d” exige que a lei preveja um procedimento necessário para a formação do plano; obviamente, no nosso caso, esse procedimento deverá contemplar a participação comunitária na formulação do plano (CF, art. 29, XII).

O subprincípio da letra “e” obriga que o conteúdo do plano embora de formulação discricionária, preserve de qualquer transformação urbanística certos bens de especial interesse público, tais como patrimônios históricos, artísticos, etc., reservas ecológicas, parques e reservas, áreas de paisagem protegida e demais unidades de conservação.

O princípio da hierarquia tem o significado de que as disposições de um plano devem respeitar as determinações dos planos superiores. Na Constituição de 1988 há regra expressa dando competência à União para formular planos nacionais e regionais de ordenação do território (art. 21, IX).

O princípio da proporcionalidade (ou da vedação de excesso), é importante limite à discricionariedade do conteúdo dos planos e a doutrina alemã o subdivide em: a) princípio da adequação; b) princípio da necessidade e, c) princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

O princípio da igualdade em relação ao plano urbanístico significa que

as disposições deste não podem ser arbitrárias; não pode o plano ser ilógico; as medidas que prescrevam um tratamento diferenciado dos proprietários do solo têm de basear-se em fundamentos objetivos evidentes.

As normas e diretrizes gerais para o desenvolvimento urbano na Constituição podem ser objeto de lei federal (CF, art. 21, inciso XX, e art. 24, I), isso em termos genéricos. Com relação, especificamente, ao Plano Diretor, o artigo 182 condiciona sua aprovação, pelo município, à observância das diretrizes fixadas em lei (que pode ser federal, estadual ou municipal, pois a matéria urbanística é de natureza concorrente).

Verifica-se que as normas gerais e as diretrizes para o desenvolvimento urbano, que devem ser editadas em lei da União, dão a esta atribuições superiores em matéria urbanística, e, como se trata de lei federal, da mesma estatura jurídica do Código Civil, pode alterar o direito de propriedade no seu conteúdo, ou seja, no seu direito de usar, gozar e dispor dos bens.

### **Plano Diretor na Constituição de 1988 (art. 182, §§ 1º, 2º e 4º) e as Normas Afins Relativas à sua Elaboração, Produção e Concreção Jurídica (os arts. 22, XX e 29, XII)**

A Constituição de 1988, pela primeira vez na história do nosso constitucionalismo, veio contemplar o instituto do Plano Diretor, o qual, pelo seu artigo 182, deve ser o instrumento básico da política de desenvolvimento urbano, executada pelo município, que tem por objetivo **ordenar** o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes; conforme o § 2º do artigo mencionado, é o Plano Diretor aprovado por lei municipal que deverá ser o instrumento básico dessa política e da expansão urbana.

A Constituição não conceitua o que seja o Plano Diretor. Dá como assente que ele é o que a doutrina entende que seja. E, na doutrina, Hely Lopes Meirelles nos ensinou que o Plano Diretor é “o complexo de nor-

mas legais e diretrizes técnicas para o desenvolvimento global e constante do município, sob os aspectos físico, social, econômico e administrativo, desejado pela comunidade local. Deve ser a expressão das aspirações dos munícipes quanto ao progresso do território municipal no seu conjunto cidade-campo. É o instrumento técnico-legal definidor dos objetivos de cada municipalidade e, por isso mesmo, com supremacia sobre os outros para orientar toda a atividade da administração e dos administrados nas realizações públicas e particulares que interessem ou afetem a coletividade" (cf. *Direito municipal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 395).

Mais sinteticamente, " chama-se de **Plano Diretor** exatamente porque estabelece as linhas do desenvolvimento social, econômico, territorial e institucional (administrativo) do município" (cf. Joaquim Castro Aguiar, *Direito da cidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 44).

Portanto, o Plano Diretor é visto pela Constituição de 1988 como a peça fundamental do desenvolvimento urbano e de expansão urbana; como dispõe que ele é obrigatório para cidades com mais de 20 mil habitantes (exclui-se, pois, o campo), pode-se concluir que, contrariamente ao princípio da homogeneidade, e ao que prelecionou Hely Lopes Meirelles, o Plano Diretor, pela Constituição de 1988, só pode abranger a zona urbana e a de expansão urbana. Não poderá abarcar todo o território municipal (cidade e campo).

Ainda, e principalmente, o Plano Diretor (na Constituição de 1988) tem a função importantíssima e fundamental de concretizar o princípio da função social da propriedade (art. 182, § 2º).

Quanto às disposições afins que interferem na produção (elaboração do Plano Diretor), a primeira e principal delas é aquela contemplada no inciso XII do artigo 29, ou seja, aquela que obriga os Poderes Públicos locais a criar condições para que haja cooperação das associações representativas no planejamento municipal.

Portanto, segundo a Constituição, o plano não pode ser elaborado e

aprovado sob “quatro paredes”, ao alvitre apenas de técnicos e juristas, como dantes muito ocorreu no passado.

Se o Plano Diretor não for produzido e aprovado como lei, com a participação das “associações representativas” do município, ele será ilegítimo e inconstitucional.

E, ao que parece, o constituinte formulou a seguinte idéia: os destinatários do plano (das suas normas e diretrizes) só devem obediência a ele se puderam anuir relativamente às suas imposições. E é por isso mesmo que “a propriedade deve cumprir as exigências do plano para que cumpra sua função social” (art. 182, § 2º).

A concretização dessa participação já tem a ver com o cumprimento do princípio da definição legal da formação dos planos urbanísticos. Essa concretização, segundo a promotora pública de São Paulo, Dra. Maricelma Rita Meleiro (no artigo Princípio da Democracia Participativa e o Plano Diretor, *in: Temas de Direito Urbanístico*, Caohurb-SP, MP de São Paulo, 1999, p. 95-96) pode ser alcançada pelo município que: “a) poderá contar com comunidades já organizadas (associações ou conselhos) independentes do Poder Público; b) terá a organização de órgãos colegiados criados pela prefeitura (conselhos de desenvolvimento ou de planejamento, órgãos consultivos ou de deliberação coletiva), em que a participação popular se dá por representantes; c) não conta com uma comunidade organizada”.

Em nosso entender, qualquer que seja a forma de participação da comunidade no planejamento municipal, alguns requisitos são essenciais: a) a representatividade popular só pode se dar através de associações e não de pessoas (munícipes) individualmente; b) a participação da comunidade não é somente em relação à elaboração e aprovação do Plano Diretor; ela abrange todo o processo de sua formulação, desde os diagnósticos, eleição das políticas, fixação das metas e diretrizes, aprovação de anteprojeto e, após a edição da lei respectiva, das suas regulamentações (leis e decretos), e da execução do Plano Diretor.

Quanto à iniciativa do projeto de lei, será a Lei Orgânica do Município -

LOM que ditará as regras correspondentes. Em princípio, se a LOM silenciar a respeito, a iniciativa será tanto do prefeito como dos membros da câmara.

Quanto às emendas ao projeto de lei, “se o projeto de lei do Plano Diretor não envolver matérias de iniciativa do prefeito, pode ser substancialmente emendada. Se nele forem encontradas matérias de iniciativa exclusiva, pode ser emendado, desde que disso não resulte aumento da despesa prevista, podendo, porém, haver diminuição da despesa (a proibição de emenda, no caso, é para **aumento** e não para redução ou supressão de despesa). Como o Plano Diretor, em princípio, nada contém de iniciativa privativa, a câmara poderá, em regra, livremente emendá-lo” (cf. Joaquim Castro Aguiar, ob. cit. p. 51).

Em suma, na Constituição de 1988, como o Plano Diretor tem que ser elaborado com a participação obrigatória da comunidade, as normas urbanísticas daí decorrentes são portadoras da conformação do próprio direito de propriedade (são mais que simples limitações administrativas, pois eventuais conflitos entre “direito de propriedade *versus* limitações a ele”, na fase de aplicação da legislação, já está superada).

Assim, por obra da nova Constituição, como afirma Frederico Spantigati (Manual de derecho urbanístico, Ed. Montecorvo, 1973, p. 85), “a planificação urbanística incide sobre os direitos de propriedade como mecanismo de predeterminação do conteúdo dos mesmos”.

E essa nova concepção do direito urbanístico repousa sobre um fato fundamental, no dizer do mesmo autor: “a participação obrigatória dos particulares na formulação dos planos, *standards* e leis urbanísticas, e é por essa razão que esse direito prescinde, na fase de sua aplicação, do problema da conciliação entre direitos subjetivos e direitos coletivos, posto que essa questão, como pressuposto, está já superada (“a intervenção no direito de propriedade teve já lugar em nível do plano urbanístico ou do *standard* urbanístico, e nunca em nível da licença para construir”)”. (cf. nosso artigo Plano Diretor nas Constituições Federal e Estaduais e nas Leis Orgânicas Municipais, *in*: RDP 94/56).

## **Capítulo III – Do Plano Diretor, do Substitutivo da Comissão Constituição e Justiça e Redação da Câmara dos Deputados**

### **Plano Diretor, Orçamentos Públicos e Planejamento Municipal**

Segundo o Substitutivo da Comissão de Justiça e Redação, o Plano Diretor é parte integrante do planejamento municipal, devendo o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual incorporarem as diretrizes e as prioridades nele contidas. Portanto, todo o planejamento municipal, bem como as atividades dele decorrentes, hoje praticamente obrigatório pela Lei de Responsabilidade na Gestão Fiscal (Lei Complementar 101, de 4/5/2000), deve incluir as disposições, prioridades, projetos, programas, obras e serviços previstos no plano diretor, de natureza urbanística e/ou financeira (art. 40, § 1º).

O § 2º do artigo 40, no entanto, como já referido, ao determinar que o plano diretor deverá englobar todo o território do município e não apenas a zona urbana e a de expansão urbana, é inconstitucional.

O § 3º exige a revisão do plano diretor, pela câmara municipal, pelo menos, a cada dez anos (§ 3º).

O § 4º obriga que os Poderes Legislativo e Executivo municipais, no processo de elaboração e na fiscalização de sua implementação, garantam: I. a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da sociedade; II. a publicidade quanto aos documentos e informações produzidas; III. o acesso a esses documentos e informações por qualquer interessado; o § 5º dispõe que será nula a lei que instituir o plano diretor em desacordo com o disposto no parágrafo anterior.

### **Obrigatoriedade do Plano Diretor**

O artigo 41 do Substitutivo ao Projeto de Lei 5.788, de 1990, diz que o plano é obrigatório para cidades: I – com mais de 20 mil habitantes; II – integrante de região metropolitana; III – onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no § 4º do artigo 182 da Constituição Federal; IV – integrantes de áreas de especial interesse turístico; V –



- inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional.

O norte do hermeneuta deve ser o § 1º do artigo 182 da CF: 20 mil é o número de habitantes da cidade (somente no meio urbano e de expansão urbana), acima do qual é obrigatório o Plano Diretor.

Portanto, na hipótese II, mesmo que o município não comporte os 20 mil habitantes, justifica-se a extensão da obrigatoriedade, uma vez que todo o território municipal, integrante de região metropolitana, é caracterizado pela conurbação, que, faticamente, “apaga” os limites territoriais legais do município, fazendo que exista entre os municípios da região metropolitana como que um “condomínio”, onde cada um faz parte do todo e esse todo, à evidência, possui mais de 20 mil habitantes.

Relativamente ao inciso III, pensamos que a Constituição admite tal obrigatoriedade, que foi criada pelo substitutivo de maneira inversa: o município que pretender utilizar os instrumentos previstos no § 4º do artigo 182 deverá possuir Plano Diretor, porque aquela utilização depende da inclusão da(s) área(s) onde devam ser aplicados os referidos instrumentos, no Plano Diretor, ou seja, sem Plano Diretor, o § 4º do artigo 182 é inaplicável.

Relativamente ao inciso IV, pensamos que o simples fato de o município ser integrante de área de especial de interesse turístico, e não tendo 20 mil habitantes na cidade, não pode ser motivo para a extensão da obrigatoriedade do Plano Diretor, pois a hipótese viola frontalmente o § 1º do artigo 182 da Constituição Federal.

Também, em relação ao inciso V, pensamos que o fato de o município receber a influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional não é suficiente e constitucionalmente defensável para a extensão da obrigatoriedade do Plano Diretor, desde que o município não possua mais de 20 mil habitantes.

Assim, o § 1º do artigo 41, como complementa o previsto no inciso V, é inconstitucional.

Quanto ao § 2º, nada a objetar; a obrigatoriedade para tais municípios (com mais de 500 mil habitantes) encontra respaldo no princípio da função social da propriedade e no § 2º do artigo 182 da Constituição Federal.

### **Conteúdo Mínimo do Plano**

O artigo 42 dispõe que o Plano Diretor deverá conter, no mínimo: I – a delimitação das áreas urbanas onde poderá ser aplicado o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, considerando a existência de infraestrutura e de demanda para utilização, na forma do artigo 5º; II – disposições requeridas pelos artigos 25, 28, 29, 32, e 35; III – sistema de acompanhamento e controle.

Evidentemente, o inciso I foi concebido em razão do disposto no § 4º do artigo 182 da CF, mas era despicienda a sua previsão na lei, pois a Constituição já autoriza a delimitação de tais áreas no Plano Diretor.

Quanto à previsão dos instrumentos jurídicos novos, previstos nos artigos referidos, o substitutivo condiciona as suas “criações” efetivas, pelos municípios, às suas previsões no Plano Diretor. Pensamos que também essas previsões seriam despiciendas. Bastaria que a lei federal autorizasse o município a fazer uso desses novos instrumentos jurídicos.

Quanto ao inciso III, é evidente que, sem um sistema de acompanhamento e controle da execução do plano, inclusive destinado a detectar falhas, más orientações e políticas, alterações dos interesses públicos, etc., tudo isso, objeto de alterações do plano (pois o plano é dinâmico), tornaria inócua a existência do próprio plano.

A lei prevê aí conteúdos mínimos específicos, mas, normalmente, o conteúdo geral de um Plano Diretor, na lição de José Afonso da Silva, se constitui na ordenação física do solo (localizações de equipamentos públicos, divisões em zonas), nos sistemas de vias, zoneamento e espaços verdes. O aspecto econômico do desenvolvimento urbano e o aspecto social são os conteúdos básicos do plano, além do urbanístico propriamente dito, ao lado das preocupações ambientais, que o plano certamente não pode deixar de lado.

Finalmente, cabe destacar, como conteúdo fundamental do plano diretor, o aspecto administrativo-institucional, pois o plano “deve prever os meios institucionais necessários para a sua implementação, execução, continuidade e revisão (o processo de planejamento há de ser contínuo)” (*in: Direito urbanístico brasileiro*. 2ª ed. Ed. Malheiros, 1995, p. 124 a 126).

Ainda quanto ao conteúdo do plano, cabem as lições preciosas de Joaquim Castro Aguiar (ob. cit. p. 45): “No seu aspecto físico, o plano conterá normas e diretrizes sobre o parcelamento do solo, seu uso e ocupação, revitalização e preservação. No aspecto econômico, incentivará a indústria, o comércio, os serviços, aumentando a oferta de empregos e melhorando as condições econômicas da população. No aspecto social, enfrentará desafios referentes às precárias habitações da pobreza e sua moradia, oferecerá serviços de educação, saneamento básico, saúde, esporte e lazer. No aspecto institucional, estará atento aos meios necessários à sua implementação, execução e revisão, inclusive quanto à capacitação de funcionários para esse tipo de tarefa”.

Lembramos, ainda, que todo esse conteúdo poderá ser formalmente estabelecido no plano através de normas jurídicas de cogência imediata (proibições, obrigações de fazer, exigências, condições) como ocorre com a maioria das leis ou através de normas jurídicas ditas programáticas (diretrizes do plano), que também têm eficácia jurídica, mas a sua cogência não é direta, mas indireta e mediata.

### **Plano Diretor e as Regras Superiores do Artigo 40 do Substitutivo**

O artigo 40 declara que o Plano Diretor tem a natureza de lei, e é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana. No § 1º, declara que o Plano Diretor é parte integrante do processo de planejamento municipal, devendo o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual incorporar as diretrizes e as prioridades nele contidas. Essa obrigação, de resto sempre recomendada pela doutrina, é perfeitamente constitucional.

O § 2º traz que o Plano Diretor deve englobar o território do município como um todo.

Já afirmamos que, segundo a interpretação conjugada da parte final do § 1º e da expressão “ ordenação da cidade ” do § 2º do artigo 182 da CF, vê-se que o Plano Diretor só pode abranger o meio urbano e, no máximo, a área de expansão urbana.

Portanto, o § 2º do artigo 182 da CF, quando diz que o Plano Diretor expressa as exigências fundamentais de ordenação da cidade, salvo miopia, exclui o campo.

Além disso, note-se: enquanto o artigo 182 da CF diz que “ a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais expressas no Plano Diretor ” (portanto, só se fala aí na propriedade urbana e que ela terá sua função social concretizada se atender às exigências do Plano Diretor), o artigo 186 diz que a propriedade rural terá sua função social concretizada não pelo Plano Diretor, mas, sim, segundo o artigo 186 da CF, “ quando atender, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei (lei ordinária, comum), dos seguintes requisitos: I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores ”.

Portanto, somente a propriedade urbana, para cumprir sua função social, deve estar submetida às exigências do Plano Diretor; já a propriedade rural, para também cumprir sua função social, deverá estar submetida às exigências dos incisos I a IV do artigo 186, efetuadas por lei comum, sem denominação específica. Se o Plano Diretor, assim, envolver a propriedade rural, estará extrapolando seu âmbito de validade constitucional.

O § 2º é flagrantemente inconstitucional. Portanto, se o município, seguindo esse dispositivo, fizer com que o Plano Diretor abranja o campo, todas as suas disposições que incidam sobre a área rural serão inconstitucionais, inválidas,

O § 3º impõe que a lei do plano diretor deverá ser revista a cada dez anos. Entendemos que se trata de um prazo muito longo.

## **Plano Diretor e o Direito de Preempção**

O artigo 25 diz que o Poder Público municipal (somente) terá preferência para aquisição de imóvel urbano objeto de alienação onerosa entre particulares. É o direito de preempção em favor da Administração municipal, visando fins de interesse urbanístico, ambiental, histórico, artístico, paisagístico, social ou de utilidade pública.

E será o Plano Diretor que há de delimitar áreas em que incidirá esse direito, e que também deve fixar prazo de vigência não superior a cinco anos, renovável a partir de um ano após o decurso do prazo inicial de vigência. Portanto, a renovação é por uma única vez e deve obedecer ao interregno de um ano.

## **Plano Diretor e a Outorga Onerosa. O Solo Criado**

O artigo 28 faculta ao Plano Diretor a fixação de áreas nas quais o direito de construir poderá ser exercido acima do coeficiente de aproveitamento básico adotado, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário.

O § 1º define coeficiente de aproveitamento como sendo a relação entre a área edificável e a área do terreno.

Portanto, a outorga onerosa diz respeito a uma concessão (no sentido comum), pelo Poder Público municipal, ao particular, mediante pagamento do direito de construir acima de um coeficiente de aproveitamento básico, sendo que este poderá ser fixado como sendo único, pelo Plano Diretor, para toda a zona urbana ou diferenciado para áreas específicas dentro da zona urbana (§ 2º do art. 28). Trata-se aqui do “*plafond legal*” existente na França e que, entre nós, com o previsto no *caput* do artigo 28, denominou-se de “solo criado”.

Entretanto, a disposição final do § 2º do artigo 28, que admite a fixação de coeficientes de aproveitamento diferenciados para áreas dentro da zona urbana, deverá merecer completa e evidente, além de racional, demonstração e justificativa para tais diferenciações, sob pena de violar o princípio da igualdade nos planos urbanísticos.

O § 3º, ainda, dispõe que o Plano Diretor definirá os limites máximos a serem atingidos pelos coeficientes de aproveitamento, considerando a proporcionalidade entre a infra-estrutura existente e o aumento de densidade esperado em cada área.

Trata-se da aplicação do princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso.

### **Plano Diretor e as Alterações de Uso do Solo**

O artigo 29 dispõe que o Plano Diretor poderá fixar áreas nas quais poderá ser permitida a alteração do uso do solo, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário.

A nosso ver, esse instituto a ser criado é perigoso, na medida em que, pelo seu uso e abuso, poderá tornar completamente inócua a legislação de uso e ocupação do solo, e caótica a ocupação e localização das atividades, desfigurando os zoneamentos das cidades.

### **Plano Diretor e as Operações Urbanas Consorciadas**

O artigo 32 dispõe que lei específica, baseada no Plano Diretor, poderá delimitar área para aplicação de operações consorciadas. Estas são definidas pelo § 1º do artigo e se compõem de um conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público municipal, com a participação de diversos segmentos da comunidade, com o objetivo de alcançar, em uma área, transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e valorizações ambientais. Esse assunto foi muito bem desenvolvido por José Afonso da Silva em sua obra já citada (pp. 329/330), denominando-o de operação urbana integrada.

### **Plano Diretor e a Transferência do Direito de Construir**

O artigo 35 dá à lei municipal, baseada no Plano Diretor, a possibilidade de autorizar o proprietário do imóvel urbano, privado ou público, a exercer em outro local, ou alienar, mediante escritura pública, o direito de construir previsto no Plano Diretor ou em legislação urbanística decorrente, quando o imóvel for considerado necessário para: I – implantação de equipamentos urbanos e comunitários; II – preservação, quando o imóvel for considerado

de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social e cultural; III – servir a programas de regularização fundiária, urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda e habitação de interesse social.

O § 1º dispõe que a mesma faculdade poderá ser concedida ao proprietário que doar ao Poder Público seu imóvel, ou parte dele, para os fins dos incisos I a III do artigo 35.

Trata-se de uma versão algo menos explícita, da “operação interligada” prevista na Lei 10.209, de 9/12/86, do Município de São Paulo.

## **Capítulo VI - Disposições Gerais, do Substitutivo**

### **Artigo 50 do Substitutivo**

O artigo 50 prevê que os municípios que estejam enquadrados na obrigação prevista nos incisos I e II do artigo 41, que não tenham Plano Diretor aprovado na data de entrada em vigor desta lei, deverão aprová-lo no prazo de cinco anos.

Entendemos válida a obrigatoriedade, pois trata-se de dar cumprimento ao princípio constitucional da função social da propriedade. Entretanto, mais uma vez, pelo menos para os membros da câmara municipal, esqueceram-se de impor penalidades caso contrariem a disposição.

Pensamos que os vereadores, por contrariarem lei federal, estarão incurso nas penas previstas no Decreto-Lei 201/67.

### **Artigo 52 do Substitutivo**

O artigo 52 dispõe que “sem prejuízo da punição de outros agentes públicos envolvidos e da aplicação de outras sanções cabíveis, o prefeito incorre em improbidade administrativa, nos termos da Lei 8.429, de 2 de junho de 1992, dentre outras hipóteses, quando: VII – deixar de tomar as providências necessárias para garantir a observância do disposto no § 4º do artigo 40 e no artigo 50 da Lei.

Como se viu, o § 4º do artigo 40 impõe a revisão da lei do Plano Diretor a cada dez anos; e o artigo 50 obriga à aprovação do plano no prazo de cinco anos.

## PLANO DIRETOR E FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA

*Antônio Cláudio M. L. Moreira<sup>73</sup>*

A definição da função social da propriedade urbana poderá ser um poderoso instrumento dos municípios para promoção do desenvolvimento urbano. Poderá ser utilizada, por exemplo, para evitar a ocupação de áreas não suficientemente equipadas, evitar a retenção especulativa de imóveis vagos ou subutilizados, preservar o patrimônio cultural ou ambiental, exigir a urbanização ou ocupação compulsórias de imóveis ociosos, captar recursos financeiros destinados ao desenvolvimento urbano e exigir a reparação de impactos ambientais.

Os municípios que pretenderem utilizar esse instrumento precisam ter um plano diretor, aprovado por lei municipal, que configure a função social da propriedade urbana. Não se trata do plano diretor de desenvolvimento integrado dos anos 70. Não se trata também do plano diretor urbanístico dos anos 30 (Villaça, 1999). Trata-se do plano diretor a que se refere a Constituição Federal de 1988<sup>74</sup>, reafirmado e ampliado pela Constituição do Estado de São Paulo de 1989<sup>75</sup>, e que está presente no substitutivo ao Projeto de Lei Federal 5.788/90, denominado Estatuto da Cidade.

<sup>73</sup> Arquiteto, mestre e doutor pela FAU/USP; docente de Planejamento Urbano e de Habitação de Interesse Social do curso de graduação, e de Políticas Públicas Ambientais Urbanas do curso de pós-graduação da FAU/USP.

<sup>74</sup> Constituição Federal de 1988:

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

§ 1º - O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para as cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.

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

<sup>75</sup> Constituição do Estado de São Paulo, de 1989:

Art. 181 - Lei municipal estabelecerá, em conformidade com as diretrizes do plano diretor, normas sobre zoneamento, loteamento, uso e ocupação do solo, índices urbanísticos, proteção ambiental e demais limitações administrativas pertinentes.

§ 1º - Os planos diretores, obrigatórios a todos os municípios, deverão considerar a totalidade de seu território municipal.



## Antecedentes

Nos anos 70, o Ministério do Interior – Minter promoveu intensamente a elaboração de planos diretores. Para esse fim, instituiu o Programa de Ação Concentrada – PAC, que pretendia implantar o processo de planejamento nos municípios, executar seus projetos setoriais, com maior ênfase no saneamento básico, no programa habitacional e na organização dos serviços municipais. Para viabilizar o programa, foi instituída uma linha de crédito, no Banco Nacional de Habitação – BNH, destinada aos 455 municípios mais populosos (mais de 50.000 habitantes) das Microrregiões Homogêneas definidas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, em 1968. A implantação desse programa foi atribuída ao Serviço Federal de Habitação e Urbanismo – Serfhau. (Minter, 1970)

Na mesma oportunidade, a Constituição de São Paulo de 1969 (Emenda Constitucional 2, de 30 de outubro de 1969) obrigava os municípios paulistas a planejar suas atividades<sup>76</sup> e a Lei Orgânica dos Municípios Paulistas – na época, uma lei estadual – acrescentava a exigência de um Plano Diretor de Desenvolvimento Integrado.<sup>77</sup> Por sua vez, o governo estadual promovia a elaboração desses planos através do Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal – Cepam, hoje Fundação Prefeito Faria Lima.

<sup>76</sup> Constituição do Estado de São Paulo, de 1969:

Art. 102 - Os municípios deverão organizar a sua administração e planejar as suas atividades, atendendo às peculiaridades locais e aos princípios técnicos convenientes ao desenvolvimento integral da comunidade.

<sup>77</sup> Lei Estadual 9.842, de 19 de setembro de 1967 ( Lei Orgânica dos Municípios):

Art. 79 - O município elaborará o seu Plano Diretor de Desenvolvimento Integrado, considerando em conjunto os aspectos físicos, econômicos, sociais e administrativos, nos seguintes termos:

I - físico-territorial - com disposições sobre o sistema viário urbano e rural, o zoneamento urbano, o loteamento urbano ou para fins urbanos, a edificação e os serviços públicos locais.

II - econômico - com disposições sobre o desenvolvimento econômico do município;

III - social - com normas destinadas à promoção social da comunidade local e ao bem-estar da população;

IV - administrativo - com normas de organização institucional que possibilitem a permanente planificação das atividades municipais, e sua integração nos planos estadual e nacional.

Parágrafo único - Nenhum auxílio financeiro ou empréstimo será concedido pelo Estado ao município que não possuir Plano Diretor de Desenvolvimento Integrado, aprovado, após 3 (três) anos de vigência desta lei.

Esses planos diretores tinham por campo de intervenção os aspectos sociais, econômicos, físicos e institucionais – daí sua denominação: planos integrados. Seu método era o de aproximações sucessivas: começava por um estudo preliminar, a seguir desenvolvia um plano de ação imediata ou, nas situações mais complexas, um plano de desenvolvimento local integrado. A primeira etapa tinha por conteúdo o conhecimento geral e preliminar do município, a identificação dos principais problemas e dos agentes mais importantes do desenvolvimento local, as propostas para solução dos problemas locais mais urgentes. A etapa subsequente, após um diagnóstico dos principais problemas levantados na etapa anterior, tinha por conteúdo: as alternativas de intervenção, a solução para os principais problemas e pontos de estrangulamento, os instrumentos legislativos, a demanda de recursos, os programas setoriais relevantes. A etapa final tinha por conteúdo: os planos setoriais ou anteprojetos, o organismo local de planejamento, a determinação de projetos, o detalhamento dos instrumentos administrativos, o orçamento programa. (Minter, 1970, e São Paulo, 1969)

Um aspecto relevante do planejamento propugnado pelo Serfhau e pelo Cepam, nos anos 70, é sua posição em face da administração municipal. No Relatório Preliminar do Serfhau, o planejamento é externo à administração, pretendendo apenas orientá-la. No Plano de Ação Imediata e no Plano de Desenvolvimento Local Integrado, também do Serfhau, o planejamento está envolvido no processo decisório e faz parte da administração. No Plano Diretor de Desenvolvimento Integrado, do Cepam, as fases de estudo preliminar, de diagnóstico e de definição de objetivos são desenvolvidas sem maior intervenção da administração. Esta comparece apenas no final, para definir as diretrizes de ação da prefeitura, a instrumentação do plano e o plano de ação do prefeito. (Moreira, 1989)

Essa concepção exalta a racionalidade: os problemas locais são indicados por um competente estudo preliminar, as causas desses problemas são indicadas por um competente diagnóstico, e as alternativas para solução desses problemas são definidas com racionalidade. Tudo se passa

como se a identificação dos problemas, de suas causas e das soluções alternativas fossem independentes do observador de sua perspectiva e da composição do poder local. Seu equívoco é ignorar que as prefeituras identificam problemas, propõem soluções e estabelecem objetivos sob a ótica dos grupos políticos que compõem o poder local. (Moreira, 1989)

O resultado do incentivo federal ao plano diretor foi a organização de grupos de técnicos e empresas de consultoria voltados à prestação de serviços aos municípios, estimulados pelo financiamento e fascinados com o discurso tecnocrático da época (Moreira, 1986). Em São Paulo, o resultado do incentivo estadual ao plano diretor foi o treinamento de 154 equipes municipais, pelo Cepam, para implantação do processo de planejamento nas administrações municipais, das quais 88 concluíram seus planos diretores. (Ambrosis, s/d)

Mas essa fase do plano diretor integrado encerra-se, praticamente, em meados dos anos 70, devido à extinção do Serfhau e aos poucos resultados obtidos. Segundo a avaliação realizada em 107 municípios do Estado de São Paulo (Azevedo, 1976), 80% desses municípios dispunham de plano diretor ou estavam em vias de obtê-lo, mas, de cada dez municípios investigados, sete já o haviam abandonado.

Esse abandono se deve principalmente à mudança de prefeito. Mas pode também ser atribuído ao fato de que os documentos rotulados de plano eram, na maioria dos casos, diagnósticos das condições do município e da prefeitura, com poucos elementos que assegurassem sua operacionalidade. (Azevedo, 1976).

## **Do Descrédito ao Renascimento do Plano Diretor**

Após a intensa promoção dos planos diretores pelo Serfhau, no Brasil, e pelo Cepam, em São Paulo, ocorre uma fase de prestígio declinante do planejamento e do plano diretor.

Reduzido a discurso, o planejamento no Brasil passa a ser identificado com a atividade intelectual de elaborar planos. Nesse processo, os planos passam a ser encarados e avaliados não pelos seus efeitos, não pelas suas

capacidades de orientar a ação das prefeituras, mas por suas características intrínsecas, sua lógica e coerência internas, por seus aspectos técnicos, pelo uso dos mais avançados recursos da informática ou, ainda, pelo mérito de suas propostas idealizadas, independentemente de suas operacionalizações. Descolando-se da realidade e adquirindo autonomia, as idéias contidas nos planos passam a ser portadoras da ideologia dominante sobre os problemas que atingem as maiorias urbanas. (Villaça, 1999)

No processo de redemocratização dos anos 80, os políticos procuram afastar o arbítrio e a tecnocracia do período autoritário e restaurar o debate e a negociação política como método de formação das decisões de interesse coletivo. Nesse processo, afastam também o planejamento, com sua prática autoritária e seu discurso ideológico de pretensa racionalidade. Os planejadores, por sua vez, condicionados pelo regime autoritário, não souberam oferecer um modo “democrático” e muito menos um modo “participativo” de planejamento, bem como um conceito de plano diretor adaptado à nova realidade político-administrativa do País. (Moreira, Ambrosis e Azevedo Netto, 1986)

Nesse contexto, os movimentos populares estimulados pelas possibilidades de influenciar na elaboração da nova constituição do País, encaminharam à Assembléia Nacional Constituinte uma proposta de emenda popular à Constituição, respaldada por 160 mil assinaturas. A proposta não mencionava planejamento ou plano diretor, mas tratava de questões concretas que interessam à maioria da população, como a função social da propriedade imobiliária urbana, a habitação, os transportes e a gestão urbana. (Villaça, 1999)

Diante da pressão popular pelas reformas urbanas, inclusive pela definição da função social da propriedade, a Constituição Federal de 1988 ofereceu uma resposta: a política de desenvolvimento urbano, o plano diretor e o usucapião urbano.

## **Política de Desenvolvimento Urbano e o Novo Plano Diretor**

A política de desenvolvimento urbano a que se refere a Constituição

Federal de 1988 “ tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes” (art. 181, *caput*). Essa política contém o programa de obras e serviços de cada administração municipal em todos os campos de atuação da municipalidade. Está expressa, entre outros, pelos planos financeiros (orçamento municipal, orçamento plurianual, diretrizes orçamentárias), pela legislação urbanística (parcelamento do solo, uso e ocupação do solo, proteção do patrimônio cultural, proteção do meio ambiente, etc), pela legislação tributária (IPTU, ISS, etc), pelos planos de transportes e trânsito, etc. Esse era o conteúdo dos planos diretores dos anos 70.

O plano diretor a que se refere a Constituição Federal de 1988 ou, simplesmente, o novo plano diretor, deve ser aprovado pela Câmara Municipal (artigo 182, § 1º). Os antigos planos diretores, dos anos 70, não eram necessariamente aprovados pelo Legislativo. Eles podiam ser apenas propostas do Executivo, quando não eram apenas propostas da unidade de planejamento da municipalidade.

O plano diretor a que se refere a Constituição Federal de 1988, ou simplesmente o novo plano diretor, contém as exigências fundamentais de ordenação da cidade que a propriedade urbana deve atender para cumprir sua função social (art.182, § 2º) e, facultativamente, a definição de áreas onde poderá ser exigido o aproveitamento do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado (art. 182, § 4º). Já os antigos planos diretores, dos anos 70, tinham um conteúdo mais amplo: os aspectos econômicos, sociais, físico-territoriais e da organização administrativa dos municípios, relacionavam-se si e com outros níveis territoriais e administrativos. Daí receber o nome de plano diretor integrado.

Como se vê, o novo plano diretor, instituído pela Constituição Federal de 1988, é muito diferente dos planos diretores anteriores. Esse novo plano diretor também não se confunde com os planos urbanísticos anteriores. O conteúdo do novo plano são as exigências fundamentais de ordenação da cidade que definem a função social da propriedade urbana.

## Exigências Fundamentais de Ordenação da Cidade

As exigências fundamentais de ordenação da cidade a que se refere a Constituição Federal não estavam contidas nos planos urbanísticos que precederam os planos diretores nem nos planos físico-territoriais que integravam os planos diretores dos anos 70. Tais planos de embelezamento urbano, ou de saneamento, ou de cidades novas, ou de ordenamento do espaço das cidades, ainda que contivessem restrições administrativas ao exercício da propriedade urbana, não tratavam da função social da propriedade urbana. Somente a partir da Constituição Federal de 1988 é que a função social da propriedade pode ser definida e regulada pelos municípios.

As exigências fundamentais de ordenação da cidade relativas à função social da propriedade urbana podem ser melhor compreendidas por analogia com as exigências da Constituição Federal de 1988, relativas à função social da propriedade rural. Nesta, a função social da propriedade rural é cumprida quando a propriedade atende simultaneamente aos seguintes requisitos: aproveitamento racional e adequado; utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; observância das disposições que regulam as relações de trabalho; e exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores<sup>78</sup>.

Propriedade rural ou propriedade urbana ( ambas são um mesmo instituto: a propriedade privada. Assim, a função social da propriedade deverá atender a requisitos similares, tanto para a propriedade rural como para a propriedade urbana, adaptados, é claro, às peculiaridades de sua localização - urbana ou rural.

Assim, por analogia com a função social da propriedade rural, as exi-

<sup>78</sup> Constituição Federal:

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

I - aproveitamento racional e adequado;

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

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

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

gências fundamentais de ordenação da cidade, que caracterizam a função social da propriedade urbana, são, simultaneamente: o uso racional e adequado da propriedade; o uso adequado dos recursos naturais e a preservação do ambiente urbano; a observância às regulações das relações de trabalho; e a utilização que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

A definição do uso racional e adequado da propriedade urbana, que caracteriza sua função social, implica: 1) definir as atividades que caracterizam o uso adequado de cada propriedade urbana; 2) definir os parâmetros mínimos e máximos de utilização que caracterizam o uso racional de cada propriedade urbana; 3) definir os locais e as finalidades para os quais é autorizada a transferência ou a cessão onerosa de direitos de construir; 4) identificar a parcela da área urbana onde os imóveis não edificados, subutilizados ou não utilizados poderão ser objeto de parcelamento ou edificação compulsórios.

A operacionalização desse instrumento implica a delimitação de diferentes compartimentos urbanos, a definição de atividades que caracterizam o uso social das propriedades nesses compartimentos e a definição de parâmetros mínimos de utilização desses imóveis. Aparentemente, é uma lei de zoneamento, mas não é a tradicional lei de zoneamento.

O zoneamento usualmente praticado no Brasil tende a segregar atividades urbanas segundo sua função (morar, produzir, consumir, circular, etc.), e tende a segregar os estratos sociais segundo seu nível de renda (bairros das elites, bairros de classe média e bairros populares). Esse tipo de zoneamento, originário do planejamento urbano norte-americano (*city planning*) e do urbanismo racionalista europeu (*urbanisme*), tem pouco a ver com nossa herança cultural de forte mescla de estratos sociais e de forte mescla de atividades urbanas. Na prática, esse tipo de zoneamento só é eficaz para a segregação das elites em seus bairros jardins.

Um excelente exemplo de compartimentação da cidade para fins de definição do uso racional e adequado das propriedades urbanas foi dado pela proposta de plano diretor da prefeita Luiza Erundina em São Paulo,

que definia zonas adensáveis e não adensáveis segundo a capacidade da infra-estrutura instalada, bem como zonas especiais de habitação de interesse social, de preservação ambiental e de preservação cultural. Essa proposta estabelecia também um coeficiente de aproveitamento único que caracterizava a utilização social da propriedade urbana.

Para definição dos usos adequados dos recursos naturais e para a preservação do ambiente, que configuram a função social da propriedade urbana, é preciso reconhecer o ambiente urbano como uma adaptação do ambiente natural, que abriga a população e as atividades humanas aglomeradas peculiares à sociedade industrial contemporânea, ou seja, reconhecer o ambiente urbano como habitat da população e das atividades humanas aglomeradas.

O ambiente urbano é composto pelo conjunto de relações da população e das atividades humanas com os demais seres vivos com que convive, com o espaço construído e com os recursos naturais, visando à reprodução biológica e material da população e das atividades humanas. Nessa concepção, o ambiente urbano compreende as relações das atividades urbanas entre si, a percepção e atribuição de significado ao espaço construído (paisagem urbana), assim como a apropriação e fruição dos recursos urbanos (infra-estrutura e espaço construído) e dos recursos naturais. (Moreira, 1997)

Assim, a utilização adequada dos recursos naturais e a preservação do ambiente urbano, que configura o atendimento da função social de uma propriedade urbana, significa:

- preservar as atividades humanas e a paisagem urbana relacionadas com a propriedade urbana considerada, ou, no caso de alterações nessa propriedade, compensar a população e as atividades humanas impactadas.
- utilizar a infra-estrutura e o espaço construído (áreas, edificações, infra-estrutura e vias) em intensidade compatível com sua capacidade de suporte, ou ampliar essa capacidade de suporte;



- utilizar os recursos naturais presentes na cidade (ar, água, solo, clima, silêncio) sem esgotá-los e sem degradá-los. (Moreira, 1997)

Os demais requisitos que caracterizam a função social da propriedade, ou seja, a observância às regulações das relações de trabalho e o favorecimento de proprietários e trabalhadores, poderão ser objeto de outros instrumentos legais.

### **Desenvolvimento Urbano e o Plano Diretor na Constituição do Estado de São Paulo de 1989**

As idéias de desenvolvimento e de plano diretor, presentes na Constituição Federal de 1988, são reafirmadas e ampliadas pela Constituição do Estado de São Paulo de 1989.

Nesta, a política de desenvolvimento urbano, além de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, deve assegurar (art. 180):

- “ II – a participação das respectivas entidades comunitárias no estudo, encaminhamento e solução dos problemas, planos, programas e projetos que lhe sejam concernentes;
- III – a preservação, proteção e recuperação do meio ambiente urbano e cultural;
- IV – a criação e manutenção de áreas de especial interesse histórico, urbanístico, ambiental, turístico e de utilização pública;
- V – a observância das normas urbanísticas, de segurança, higiene e qualidade de vida;
- VI – a restrição à utilização de áreas de riscos geológicos;
- VII – as áreas definidas em projeto de loteamento como áreas verdes ou institucionais não poderão, em qualquer hipótese, ter sua destinação, fins e objetivos originariamente estabelecidos alterados” .

Nesta, ainda, são enumerados os instrumentos de execução dessa política de desenvolvimento urbano, a saber: o “ plano diretor e as normas sobre zoneamento, loteamento, parcelamento, uso e ocupação do solo,

índices urbanísticos, proteção ambiental e demais limitações administrativas pertinentes". (artigo 181, *caput*)

Na Constituição do Estado de São Paulo de 1989 o plano diretor é obrigatório para todos os municípios. Deverá considerar a totalidade do território municipal (art. 181, § 1º), e deve conter as diretrizes "para as normas sobre zoneamento, loteamento, parcelamento, uso e ocupação do solo, índices urbanísticos, proteção ambiental e demais limitações administrativas pertinentes". (art.181, *caput*)

Como se vê, esse plano diretor não se confunde com a legislação de uso e ocupação do solo ou com a legislação de parcelamento, mas contém diretrizes para essas leis.

## **Plano Diretor no Estatuto da Cidade**

Os dispositivos da Constituição Federal relativos ao plano diretor são reafirmados e regulamentados pelo substitutivo ao Projeto de Lei federal 5.788/90, denominado Estatuto da Cidade.

Esse projeto de lei reafirma o dispositivo da Constituição Federal que institui o plano diretor como instrumento definidor da função social da propriedade imobiliária urbana e define o atendimento das exigências fundamentais de ordenamento da cidade como o requisito da função social da propriedade. E mais, amplia esses requisitos exigindo também o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, justiça social e desenvolvimento das atividades econômicas<sup>79</sup>.

O problema desses requisitos é conceituar as expressões "qualidade de vida", "justiça social" e "desenvolvimento das atividades econômicas", para tornar esse dispositivo aplicável.

O projeto de lei reafirma também o dispositivo da Constituição Federal que define o plano diretor como instrumento básico da política de desen-

<sup>79</sup> Projeto de Lei 5.788, de 1990:

Art. 39 - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no Plano Diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no artigo 2º.

volvimento e expansão urbana. E mais, obriga o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual a incorporar as diretrizes e prioridades contidas no plano diretor; estende o plano diretor a todo território municipal; exige quórum qualificado para aprovação do plano diretor; obriga a revisão da lei do plano diretor a cada dez anos; exige audiências públicas, acessibilidade e publicidade dos documentos e informações no processo de aprovação e fiscalização da implementação do plano diretor.<sup>80</sup>

Essa regulamentação entende o plano diretor como um elenco de obras e serviços a serem executados pelo Poder Público, como era o antigo plano diretor dos anos 70. Daí a obrigação de que essas obras e serviços constem dos planos financeiros dos municípios – o orçamento anual, o orçamento plurianual e as diretrizes orçamentárias. Na realidade, esse dispositivo não entendeu que a Constituição Federal de 1988 atribuiu aos planos diretores a expressão das exigências fundamentais de ordenação da cidade que configuram a função social da propriedade urbana, o que é muito diferente de um elenco de obras, serviços, normas legais e normas administrativas do antigo plano diretor.

Outro problema dessa regulamentação é estender a obrigatoriedade do

<sup>80</sup> Projeto de Lei 5.788, de 1990:

Art. 40 - O Plano Diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana:

§ 1º - O Plano Diretor é parte integrante do processo de planejamento municipal, devendo o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento municipal incorporarem as diretrizes e prioridades nele contidas.

§ 2º - O Plano Diretor deverá englobar o território do município como um todo.

§ 3º - A aprovação do Plano Diretor, ou de qualquer alteração a ele, requererá quórum qualificado nos termos da Lei Orgânica Municipal.

§ 4º - A lei que instituir o Plano Diretor deverá ser revista, pelo menos, a cada dez anos.

§ 5º - No processo de elaboração do Plano Diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão:

I - a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade;

II - a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos;

III - o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos.

§ 6º - É nula a lei que instituir o Plano Diretor em desacordo com o disposto no parágrafo anterior.

plano diretor, que trata das exigências fundamentais de ordenação da cidade, à totalidade do território municipal onde essas exigências são inócuas.

Essa concepção, muito próxima da concepção do Serfhou e do Cepam dos anos 70, já demonstrou sua ineficácia, principalmente em regime de representação democrática e de participação popular. Ainda que essa concepção de plano diretor possa ser eventualmente útil, é importante ressaltar que, nesse formato, o plano diretor não é constitucionalmente obrigatório para os municípios.

Esse projeto de lei reafirma ainda o dispositivo da Constituição Federal que obriga o plano diretor para todas as cidades com mais de 20 mil habitantes, bem como para as demais cidades que pretendam exigir o aproveitamento do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado. E mais, amplia a exigibilidade do plano diretor para os municípios integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, para municípios integrantes de áreas de especial interesse turístico, e para municípios inseridos na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional. E mais, ainda exige, para cidades com mais de 500 mil habitantes, um plano de transporte urbano integrado compatível com o plano diretor ou nele inserido<sup>80</sup>.

É pertinente a exigência do plano diretor para cidades integrantes de regiões metropolitanas ou aglomerações urbanas, porque a exigibilidade

<sup>80</sup> Projeto de Lei 5.788, de 1990:

Art. 41 - O Plano Diretor é obrigatório para cidades:

I - com mais de 20.000 habitantes;

II - integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas;

III - onde o Poder Público pretenda utilizar os instrumentos previstos no parágrafo 4º do artigo 182 da Constituição Federal;

IV - integrantes de áreas de especial interesse turístico;

V - inseridas em áreas de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto de âmbito regional ou nacional.

§ 1º

§ 2º - No caso de cidades com mais de quinhentos mil habitantes, deverá ser elaborado um plano de transporte urbano integrado, compatível com o Plano Diretor ou nele inserido.

do plano diretor é para as cidades com mais de 20 mil habitantes, mesmo quando composta por mais de um município e, nesse caso, atingindo todas suas partes.

Entretanto, a mesma exigência para municípios integrantes de áreas de especial interesse turístico, bem como para municípios sujeitos a significativo impacto de empreendimentos de âmbito regional ou nacional, não é defensável. Uma área de especial interesse turístico que compreenda todo o município é definida pelo Estado ou pela União, que não tem poderes para impor ao município a obrigatoriedade da elaboração do plano diretor além do já exigido pela Constituição Federal. Por sua vez, a área de influência de empreendimentos de impacto de âmbito regional ou nacional é definida por um estudo de impacto ambiental do empreendimento considerado, que não tem poder para impor a obrigatoriedade de plano diretor às cidades abrangidas, além do já exigido pela Constituição Federal.

O Projeto de Lei 5.788, de 1990, reafirma a exigência<sup>82</sup> da Constituição Federal quanto à delimitação, pelo plano diretor, das áreas onde poderá ser exigido o parcelamento e edificação compulsórios, acrescenta a utilização compulsória que está implícita no artigo 182, § 4º, da Constituição Federal, e define imóvel subutilizado, a saber: aquele cujo aproveitamento seja inferior ao mínimo definido no plano diretor ou legislação dele decorrente, ou utilizado em desacordo com a legislação urbanística ou ambiental.<sup>83</sup>

<sup>82</sup> Projeto de Lei 5.788, de 1990:

Art. 42 - O Plano Diretor deverá conter, no mínimo:

I - a delimitação das áreas urbanas onde poderá ser aplicado o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, considerando a existência da infra-estrutura e de demanda para utilização, na forma do artigo 5º;

II - as disposições requeridas pelos artigos 25, 28, 29, 32 e 35;

III - sistema de acompanhamento e controle.

<sup>83</sup> Projeto de Lei 5.788, de 1990

Art. 5º -

§ 1º - Considera-se subutilizado o imóvel:

I - cujo aproveitamento seja inferior ao mínimo definido no Plano Diretor ou em legislação dele decorrente;

II - utilizado em desacordo com a legislação urbanística e ambiental.

Esse dispositivo caracteriza a subutilização de imóveis como qualquer desconformidade em relação a qualquer requisito de toda legislação urbanística e ambiental. Isso é um exagero! A classificação de um imóvel como não edificado, subutilizado ou não utilizado é feita pelo descumprimento dos requisitos definidores da função social de uma determinada propriedade. A legislação municipal reguladora da função social da propriedade urbana, que é o plano diretor, não pode ser confundida com a legislação urbanística e ambiental.

O Projeto de Lei 5.788, de 1990, acrescenta ao conteúdo do plano diretor definido pela Constituição Federal: as diretrizes para delimitação das áreas sujeitas ao direito de preempção do poder público<sup>84</sup>, a delimitação de áreas onde serão permitidas operações consorciadas<sup>85</sup>, a delimitação das áreas onde o poder público poderá exercer a outorga onerosa de direito de construir<sup>86</sup>, a alteração onerosa de uso do solo<sup>87</sup> e as diretrizes para a legislação municipal que autoriza a transferência de direitos de construir<sup>88</sup>. Para os fins da outorga onerosa dos direitos de construir, o Projeto de Lei 5.788, de 1990, o Estatuto da Cidade, acrescenta ao con-

<sup>85</sup> Projeto de Lei 5.788, de 1990:

Art. 25 -

§ - Lei municipal, baseada no Plano Diretor, delimitará as áreas em que incidirá o direito de preempção e fixará prazo de vigência, não superior a cinco anos, renovável a partir de um ano após o decurso do prazo inicial de vigência.

<sup>86</sup> Projeto de Lei 5.788, de 1990:

Art. 32 - Lei municipal específica, baseada no Plano Diretor, poderá delimitar área para aplicação de operações consorciadas.

<sup>87</sup> Projeto de Lei 5.788, de 1990:

Art. 28 - O Plano Diretor poderá fixar áreas nas quais o direito de construir poderá ser exercido acima do coeficiente de aproveitamento básico adotado, mediante contrapartida prestada pelo beneficiário.

<sup>88</sup> Projeto de Lei 5.788, de 1990:

Art. 29 - O Plano Diretor poderá fixar áreas nas quais poderá ser permitida alteração de uso do solo mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário.

<sup>89</sup> Projeto de Lei 5.788, de 1990:

Art. 35 - Lei municipal, baseada no Plano Diretor, poderá autorizar o proprietário de imóvel urbano, privado ou público, a exercer em outro local, ou alienar, mediante escritura pública, o direito de construir previsto no Plano Diretor ou em legislação urbanística dele decorrente, quando o referido imóvel for necessário para fins de:

teúdo do plano diretor o estabelecimento de coeficientes de aproveitamento único para toda área urbana, ou diferenciado para áreas específicas da cidade, bem como dos seus limites máximos.

Tais disposições são pertinentes ao plano diretor na medida em que limitam ou ampliam o direito de construir e, nessa condição, configuram a função social da propriedade urbana.

O Projeto de Lei 5.788, de 1990, trata ainda da possibilidade da lei municipal definir os empreendimentos que dependerão de estudos de impacto de vizinhança para obtenção de licença para construir, ampliar ou utilizar um imóvel<sup>89</sup>. Esse dispositivo, ainda que não esteja expressamente vinculado ao plano diretor, é um dos instrumentos utilizados para aferir a função social da propriedade urbana no que diz respeito ao uso dos recursos naturais e à preservação do ambiente.

Nesse aspecto, é conveniente considerar a experiência da Prefeitura de São Paulo, que classificava como empreendimento de significativo impacto ambiental as edificações não residenciais com mais de 20.000 m<sup>2</sup> construídos – exclusive garagens, bem como as edificações residenciais com mais de 40.000 m<sup>2</sup> construídos – exclusive garagens. (Moreira, 1997)

## Conclusão

Para fins de promoção do desenvolvimento urbano, destacamos, a seguir, algumas possibilidades abertas pela definição das exigências fundamentais de ordenação da cidade que configuram a função social da propriedade urbana:

- definição de áreas urbanas adensáveis e não adensáveis, segundo a disponibilidade de infra-estrutura urbana, associada à definição de parâmetros mínimos e máximos de utilização, para evitar a ocupação urbana de áreas não suficientemente equipadas, bem como a

<sup>89</sup> Projeto de Lei 5.788, de 1990:

Art. 36 - A lei municipal definirá os empreendimentos e atividades privados ou públicos em área urbana que dependerão da elaboração de estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV) para obter licenças ou autorizações de construção, ampliação ou funcionamento a cargo do poder público municipal.

retenção especulativa de imóveis vagos ou subutilizados em áreas urbanas dotadas de infra-estrutura;

- definição de áreas especiais para proteção ambiental ou para proteção de patrimônio cultural, associada à autorização para transferência do seu potencial construtivo, possibilitando a realização desse potencial e de seu valor em outro local;
- definição de áreas especiais destinadas à habitação de interesse social, para exigir sua urbanização ou ocupação compulsórias, para essa finalidade, sob pena de imposto territorial ou predial progressivo ou até de desapropriação, com pagamento em títulos da dívida pública;
- autorização para outorga de direitos de construir, com sua contrapartida de interesse social como fonte de novos recursos financeiros para habitação de interesse social, ou para equipamentos de infra-estrutura urbana, ou para programas de reurbanização;
- realização de estudos de impacto ambiental de empreendimentos de porte significativo e exigência de reparação dos eventuais impactos sobre o ambiente urbano como fonte de novos recursos para infra-estrutura urbana, além da eventual contrapartida por danos a interesses difusos.

## Referências Bibliográficas

- AMBROSIS, Clementina de. *Experiências de capacitação administrativa para o planejamento a nível local* (município). São Paulo, s/d. (mimeo.)
- AZEVEDO, Eurico de Andrade. *Avaliação do planejamento municipal no Estado de São Paulo*. São Paulo, 1976.
- MINISTÉRIO DO INTERIOR. *Manual do Programa de Ação Concentrada*. Rio de Janeiro: Serfhau, 1970.
- MOREIRA, Antônio Cláudio M. L., AMBROSIS, Clementina de, AZEVEDO NETO, Domingos Theodoro. A espera de uma reforma participativa. *Arquitetura e Urbanismo* n. 7, p. 98-100. São Paulo: Pini, agosto de 1986.



MOREIRA, Antônio Cláudio M. L. *Leis do plano diretor e de uso e ocupação do solo*. Simpósio Nacional de Engenharia & Planejamento Urbano. São Paulo: Epusp, 1989.

———. *O novo e o velho plano diretor*. Anais do Seminário Plano Diretor Municipal. São Paulo: FAU/USP, agosto de 1989.

———. A administração municipal paulistana e a questão dos impactos ambientais. *Sinopses* n. 28, p.19-25. São Paulo: FAU/USP, dezembro de 1997.

———. *Megaprojetos e ambiente urbano: uma metodologia para elaboração de relatório de impacto de vizinhança*. São Paulo, 1997. (tese de doutorado)

———. Conteúdo e tipologia de planos diretores. In: *O município no século XXI: cenários e perspectivas*. São Paulo: Fundação Prefeito Faria Lima, 1999, p 249-256.

———. Parâmetros para elaboração do relatório de impacto de vizinhança. *Pós- Revista do Programa de Pós-Graduação em Arquitetura e Urbanismo* n. 7, p.107-118. São Paulo: FAU/USP. (no prelo)

———. *Análise crítica de relatórios de impacto de vizinhança*. Pôster e trabalho apresentado no VIII Encontro Nacional da Anpur. São Paulo, 1999.

SÃO PAULO (Estado). Secretaria do Interior. Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal - Cepam. *Roteiro para elaboração do plano diretor de desenvolvimento integrado*. São Paulo, 1969.

SÃO PAULO (Estado). Secretaria do Interior. Fundação Prefeito Faria Lima - Cepam. *Plano diretor de desenvolvimento e expansão urbana*. São Paulo, 1989.

SÃO PAULO (Estado). Secretaria do Interior. *Diagnóstico do PDDI*. São Paulo, 1973 (co-autoria com membros da equipe técnica do Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal - Cepam).

VILLAÇA, Flávio. *Uma contribuição para a história do planejamento urbano*

no Brasil. In: DEAK, Csaba, SCHIFFER, Sueli (orgs). O processo de urbanização no Brasil. São Paulo: USP, 1999.

VILLAÇA, Flávio. Dilemas do plano diretor. In: *O município no século XXI: cenários e perspectivas*. São Paulo: Fundação Prefeito Faria Lima - Cepam, 1999, p 237-248.

## REGIÕES METROPOLITANAS, AGLOMERAÇÕES URBANAS E MICRORREGIÕES

*Clementina De Ambrosis<sup>90</sup>*

O substitutivo do Projeto de Lei 5.788, de 1990, elaborado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, de 28 de novembro de 2000, do relator Iranildo Leitão, retirou o capítulo relativo as áreas metropolitanas por considerar o assunto inconstitucional, acatando o parecer de muitos juristas. A matéria seria da competência exclusiva dos Estados.

Entretanto, como o tema é importante e relevante para os municípios, optou-se por mantê-lo na publicação com o objetivo de fornecer subsídios aos prefeitos no encaminhamento de problemas metropolitanos e regionais.

Iniciaremos o documento apresentando os textos da Constituição Federal que se referem às regiões metropolitanas e os tópicos que constavam do Estatuto, antes de sua exclusão. Após, seguem-se algumas sugestões de como encarar as funções públicas de interesse comum, citadas no documento elaborado pelo Cepam em 1989: "O Município e a Questão Urbana – Sugestões para a Constituição do Estado de São Paulo". Essas sugestões indicam uma nova atuação para o enfoque metropolitano após a análise das razões dos poucos resultados obtidos com a implantação

<sup>90</sup> Arquiteta urbanista, ex-superintendente de Estudos e Pesquisas da Fundação Prefeito Faria Lima - Cepam, autora de vários artigos sobre assuntos urbanos. Atualmente, trabalha na Secretaria de Planejamento da Prefeitura de São Paulo, onde desenvolve propostas e estudos de novos instrumentos para o planejamento, tais como Operações Urbanas e Áreas de Interesse Social.

das atuais áreas metropolitanas, objetivando melhor eficiência das mesmas e a real participação dos municípios.

Por último, é apresentado um exemplo de atuação intermunicipal visando à proteção dos mananciais citados por Ana Lucia Ancona no texto que faz parte integrante desta publicação e que apresenta uma nova atuação que se revelou mais eficiente e participativa.

## **Textos da Constituição Federal**

Neste capítulo são apresentados os textos da Constituição Federal que se referem às áreas metropolitanas e os que constavam na antiga versão do Estatuto.

Segundo o artigo 25, parágrafo 3º, da Constituição Federal de 1988,

“Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum” .

A Constituição Federal distingue e menciona separadamente “região metropolitana”, “aglomeração urbana” e “microrregião”, aparentemente identificando diferentes realidades e visualizando diferentes formas de atuação para solucionar problemas que envolvam competências de dois níveis de poder, o estadual e o municipal.

Como a Constituição não definiu nem aprofundou esses conceitos, procuramos fazê-lo mediante uma abordagem de caráter regional.

Por microrregião identificamos um território compreendendo vários municípios, com características peculiares de homogeneidade quanto à polarização, necessidades, potencialidades, etc., que os diferenciam do território circundante. Pressupõe uma realidade social e econômica que pode envolver funções públicas de interesse comum a municípios limítrofes.

Aglomeração urbana era conceito já mencionado na Lei Federal de loteamentos (Lei 6.766/79), ainda que sem definição. Pressupõe uma realidade social e econômica cuja característica é uma área urbanizada mais

ou menos contínua, envolvendo municípios limítrofes e múltiplas funções de interesse comum.

“Região Metropolitana” é conceito já mencionado nas Constituições de 1967 e 1969. Pressupõe uma realidade social e econômica cujo centro dinâmico é a metrópole, pólo de atração (e/ou de dominação) de um grande espaço de produção e consumo, e cuja manifestação é a intensa urbanização que dá origem a múltiplas funções de interesse comum aos municípios limítrofes que a contêm.

A Constituição diferencia essas figuras, mas as trata da mesma forma como agrupamento de municípios limítrofes, criado por lei complementar estadual, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum. Ou seja, a Constituição remete as diferenças entre essas instituições para cada situação específica que a lei estadual vier a distinguir.

A versão anterior do Estatuto tratava apenas das regiões metropolitanas e nada dizia sobre as microrregiões. Só se referia às aglomerações urbanas para dizer que as diretrizes explicitadas para a região metropolitana aplicavam-se às aglomerações urbanas no que coubesse.

Tal projeto de lei dispunha, quanto às regiões metropolitanas:

“A existência de agrupamento de municípios limítrofes, com suas áreas urbanas contíguas, cuja região de influência abarque, no mínimo, o território do Estado em que se encontre e onde a complexidade das funções públicas justifique a necessidade de organização, planejamento e execução em comum, é requisito básico para a criação de uma região metropolitana”.

Estabelecia-se, ainda, como diretrizes para a instituição da região metropolitana:

- I – estabelecimento de meios integrados de organização administrativa das funções públicas de interesse comum;
- II – cooperação na escolha de prioridades, considerando que o interesse comum prevaleça sobre o local;

- III – planejamento conjunto das funções de interesse comum, incluindo o uso do patrimônio público;
- IV – execução conjunta das funções públicas de interesse comum, mediante rateio de custos proporcionalmente à arrecadação tributária de cada município;
- V – estabelecimento de sistema integrado de alocação de recursos e de prestação de contas.

Como função pública de interesse comum e patrimônio público, definia-se:

“Entende-se função pública de interesse comum como as atividades ou serviços cuja realização por parte de um município, isoladamente, seja inviável ou cause impacto nos outros municípios integrantes da Região Metropolitana” .

“Entende-se patrimônio público de interesse comum como o conjunto dos equipamentos de educação, saúde, transporte e lazer, bem assim dos recursos naturais, econômicos e culturais, que atenda simultaneamente a todos os municípios da Região Metropolitana” .

Exigia-se para as regiões metropolitanas instituídas a elaboração de “plano diretor metropolitano” abrangendo o território de todos os municípios integrantes sem eximir “os municípios integrantes da Região Metropolitana da elaboração do plano diretor local” .

## **Funções Públicas de Interesse Comum**

O que justifica e valida a criação de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões é a necessidade ou conveniência de integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

O objetivo é integrar, ou seja, tornar inteiro, completar, integralizar as partes em um todo, caracterizado pelo interesse comum. Trata-se de recompor um todo que está segmentado em municípios pela divisão político-administrativa.

Seu resultado é um novo ente que não substitui os municípios, mas que

reúne deles e do Estado as funções públicas essenciais para o funcionamento do conjunto. Sua utilidade é possibilitar a gestão de funções públicas estaduais de caráter intermunicipal, mas restritas a uma região, ou parcela do território estadual.

Não se trata de uma subdivisão administrativa do território do Estado. Para esse fim não seria necessário instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões. Não se trata tampouco de integrar apenas funções públicas de interesse comum a municípios limítrofes. Para esse fim, os municípios são soberanos, podendo fazer acordos, consórcios, convênios ou protocolos, sem necessidade de lei complementar estadual.

A exigência de lei complementar estadual para criação de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões significa a integração de funções públicas que são de interesse comum a municípios limítrofes e que também abrange funções exercidas pelo Estado.

Daí ocorre que a instituição de região metropolitana, de aglomeração urbana ou de microrregião poderá acontecer:

- quando houver interesse do Estado em articular municípios limítrofes para organização, planejamento e execução de funções públicas municipais de caráter regional;
- quando for interesse do Estado e de municípios limítrofes integrar a organização, o planejamento e a execução de funções estaduais e municipais de caráter regional, como é típico nas questões ambientais.

O tratamento regionalizado e autônomo de funções públicas estaduais significa um aperfeiçoamento democrático das instituições públicas na medida em que traz o centro de decisão para mais perto da população interessada. Por sua vez, o tratamento regional de funções públicas de interesse comum a vários municípios também significa um aperfeiçoamento democrático das instituições públicas na medida em que não leva para o nível estadual decisões que podem ser tomadas em nível regional, entre vários municípios, e também mais perto da população envolvida ou interessada.

## **Competências Legais das Entidades Regionais**

Pode-se considerar que as funções públicas municipais de interesse comum a vários municípios se transferem a ente regional por força da instituição da região metropolitana ou da aglomeração urbana ou da microrregião.

São também potencialmente integráveis, em nível regional, as funções de competência dos municípios definidas pelo artigo 30 da Constituição Federal, exceto as legislativas.

São ainda potencialmente integráveis, em nível regional, as funções do Estado que envolvem relações entre municípios limítrofes, tais como transporte público intermunicipal, captação e tratamento de água, tratamento de esgotos, disposição final de resíduos sólidos, preservação de mananciais, etc.

São também integráveis, em nível regional, as funções de competência comum da União, dos Estados e dos municípios elencadas no artigo 23 da Constituição Federal.

## **A Legislação Estadual na Criação de Regiões Metropolitanas, Aglomerações Urbanas e Microrregiões**

Em 1988, com o objetivo de subsidiar a elaboração da Constituição Estadual, o Cepam elaborou um documento apresentando algumas diretrizes para a criação e funcionamento das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões. A partir da análise das regiões metropolitanas existentes, foram apresentadas diretrizes para suprir aspectos não resolvidos até então, tais como a participação efetiva dos municípios e da população na implantação dessas instituições e no encaminhamento de soluções comuns.

Um dos pontos considerados básicos foi o respeito às peculiaridades locais e à maturidade político-administrativa dos municípios. Daí a preocupação em se permitir maior flexibilidade do número de municípios na composição dessas entidades e na definição das funções públicas que seriam integradas em nível regional, bem como garantir maior participa-

ção e maior equilíbrio nas decisões entre o Estado e os municípios, independentemente do tamanho e importância de cada um deles.

Nas regiões metropolitanas e nas aglomerações urbanas a complexidade própria às áreas urbanizadas implica múltiplas funções públicas de interesse comum aos municípios que as compõem. Nas microrregiões a questão fica centrada na função ou funções públicas de interesse comum que as justifica. Assim, bastaria indicar apenas um elemento de referência espacial que localize e caracterize a instituição formal da área metropolitana da aglomeração urbana ou a microrregião. As funções de interesse comum seriam definidas por comum acordo entre as partes. Eventualmente, diferentes grupos de municípios, por iniciativa própria, poderiam se compor para cada função de interesse comum, a ser organizada, planejada e realizada em conjunto. Isso possibilitaria, numa mesma região metropolitana ou aglomeração urbana, diferentes agregações de municípios para diferentes funções de interesse comum. No entanto, nada impediria que o Estado participasse, em conjunto com os municípios, da gestão dos entes regionais.

Não seria necessária nem conveniente a organização da entidade regional como organismo dominado pelo governo estadual. Esse modelo já havia mostrado sua ineficácia nas Regiões Metropolitanas criadas pela Lei 14/73.

Uma lei complementar poderia definir a configuração de cada entidade regional, ou seja, sua natureza jurídica, o sistema de gestão e de poder, o município-sede, os recursos financeiros, o patrimônio, etc. Poderia definir também a forma ou formas de adesão e de desligamento dos entes políticos participantes. Por outro lado, o Estado poderia adotar como princípio geral que as funções públicas estaduais de caráter regional, tais como a administração dos serviços de transporte públicos intermunicipais e a organização dos serviços de águas e esgotos, fossem exercidas pelas entidades das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões.

Sugeria-se também que a lei complementar estadual definisse critérios específicos para redistribuir entre os municípios integrantes das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, as receitas públicas



municipais a que se refere o artigo 158, item IV, da Constituição Federal.

Para que essa redistribuição servisse de estímulo à participação dos municípios nos organismos regionais, a parcela da receita municipal a que se refere o inciso IV, o parágrafo único e o inciso II do artigo 158 da Constituição Federal, poderia ser distribuída, por exemplo, segundo os seguintes critérios:

- 70% redistribuído a todos os municípios do Estado, proporcionalmente à população total dos municípios;
- 15% redistribuído entre os municípios das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões, proporcionalmente à população total desses municípios, ou em função do serviço comum a ser prestado;
- 15% atribuído em partes iguais aos municípios das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões, para redistribuição entre si a seu critério.

É muito provável que todos os municípios do Estado estivessem interessados em participar de alguma entidade regional.

## **Novas Formas de Atuação**

Nada disso se concretizou.

A Constituição de São Paulo, ao estabelecer normas de criação das regiões metropolitanas, não seguiu esse caminho. Independentemente de como as regiões metropolitanas se implantaram nos vários Estados, algumas formas de atuação na solução dos problemas comuns foram implantadas de modo similar às diretrizes citadas anteriormente. Um exemplo nesse sentido é o apresentado por Ana Lúcia Ancona em seu texto *Desafios do Desenvolvimento Urbano Sustentável* (publicado neste livro).

A autora faz uma avaliação da função pública de interesse comum, que é a “proteção aos mananciais”, desde seus primórdios. No passado, procurou-se enfrentar o problema com a Lei de Proteção dos Mananciais (LPM) da Região Metropolitana de São Paulo (Leis Estaduais 898/75 e

1.172/76 e Decreto Estadual 9.714/77, com base no Plano Metropolitano de Desenvolvimento Integrado PMDI/71). “ A preservação dos mananciais deveria ser garantida apenas pela imposição de restrições administrativas ao uso e ocupação do solo. Os limites de aproveitamento, para qualquer tipo de atividade, foram estabelecidos de acordo com a capacidade natural das bacias hidrográficas protegidas de assimilar cargas poluidoras. Limites tão restritivos deveriam ser “ assimilados ” por 26 municípios, dos quais 7 (sete) estão inteiramente inseridos nas áreas protegidas, bem como por moradores, empresários, agricultores e proprietários da terra. Os conflitos com interesses concretos, definidos pela LPM, geraram, por parte dos autores envolvidos, estratégias contraditórias que variam da derrogação da lei à busca de direitos junto à justiça ” . Os resultados dessas leis foram contraproducentes e desastrosos. Em lugar de proteger da urbanização as áreas em questão, com a baixa dos preços dos terrenos decorrente, a área foi maciçamente ocupada por assentamentos irregulares de alta densidade populacional, inclusive favelas.

Na década de 1990 começou a se encarar a função pública de proteção aos mananciais de maneira diferente, objetivando mais uma ação estratégica (parcerias dos municípios, Estados, sociedade civil) do que o planejamento global com perspectivas a longo prazo. Com a regulamentação da Lei 7.663/91, referente à Política Estadual de Recursos Hídricos, as prefeituras e a sociedade civil tornaram-se institucionalmente parceiras do governo do Estado na gestão dos recursos hídricos. Foram constituídas entidades regionais segundo as bacias hidrográficas e estabelecidos programas e recursos financeiros para a preservação ambiental. Foi criado o sistema integrado de Gerenciamento dos Recursos Hídricos - SIGRH - na própria Lei 7.663/91, regulamentado nos Decretos 36.787, 38.455/94 e 39.742/94. O sistema é constituído dos seguintes órgãos colegiados, consultivos e deliberativos:

- Conselho Estadual de Recursos Hídricos (CRH), e
- Comitês de Bacias Hidrográficas (CBHs).

Os CBHs são órgãos descentralizados, que exigem a participação tripartite de representantes do governo do Estado, dos municípios e da sociedade

civil. A maneira como vem sendo tratada a função pública de proteção dos mananciais, através de comitês e conselhos, a adesão voluntária dos municípios interessados, a discussão dos instrumentos urbanísticos de competência municipal, tais como exemplificando a transferência do direito de construir, que permite a preservação das áreas não adensáveis sem prejuízo econômico do proprietário, são discutidos em conjunto e, quando julgados úteis, adaptados e adotados por cada município, através de legislação municipal, está demonstrando um caminho mais eficaz de como o Estado, municípios e população podem conseguir os objetivos propostos. A destinação de recursos do Estado para a solução do problema comum é um forte incentivo para a adesão dos municípios.

## **O Papel e a Eficácia do Plano de Desenvolvimento Metropolitano**

O Plano de Desenvolvimento Metropolitano – PDM era considerado obrigatório pela versão antiga do Estatuto. Para solucionar os problemas das regiões metropolitanas, especialmente os que se referem ao uso do solo, o PDM deve ser encarado mais estrategicamente. De fato, todos os instrumentos abordados no Estatuto – Operação Urbana, Transferência do Direito de Construir, Outorga Onerosa, etc. – devem ser criados e aprovados pelas Câmaras Municipais. Por outro lado, cada município tem suas características específicas, sendo muito difícil chegar a um plano metropolitano que atenda às necessidades de cada um. O plano seria provavelmente uma carta de intenções. No momento atual, conforme explica Rachel C. M. Silva, em seu texto *Urbanismo e Legislação Urbana face às Necessidades de Globalização: urbanismo para uma cidade mundial*: “ a globalização e as novas tecnologias mudam significativamente a noção do tempo. A volatilidade que caracteriza essa nova ordem econômica torna muito difícil o planejamento a longo prazo. Dessa forma, o planejamento estratégico aparece cada vez mais como uma ferramenta importante dos governos municipais das grandes cidades, justamente porque pretende aumentar a produtividade das decisões governamentais. O Plano Estratégico, ao contrário do Plano Diretor, não embute em si diretrizes de longo prazo. Ele olha a cidade pelo viés da oportunidade, das vocações e

potencial econômico, e traça estratégias políticas, culturais e sociais de projetos e obras que maximizem oportunidades e vocações”.

Carlos Matus, por sua vez, compara o “diagnóstico” dos planos tradicionais e “a análise situacional” do Plano Estratégico Situacional - PES: “O planejador tradicional vale-se do conceito de diagnóstico para explicar a realidade”. O analista que diagnostica deve ser objetivo, científico e rigoroso; deve descobrir a verdade no singular e, a partir dela, construir o plano para mudá-la. O diagnóstico, nesse caso, deve ser único e válido para todos. Na versão do planejador tradicional, o diagnóstico é a verdade sobre uma realidade. O planejamento tradicional só reconhece um ator sobre uma realidade. O governo do Estado e os demais são agentes com condutas previsíveis. Ao contrário, para o PES, o que há é um jogo entre vários atores e, em consequência, surge a pergunta: Como esses vários jogadores explicam a realidade do jogo? Cada jogador tem a sua verdade? Qual o fundamento explicativo a partir do qual cada jogador faz seus planos para ganhar o jogo? A explicação que cada ator constrói sobre uma realidade não é um amontoado de dados e informações; os dados podem ser objetivos e igualmente acessíveis a todos. A explicação é uma leitura dos dados e informações que expressam a realidade. Cada ator retira da realidade uma interpretação dos fatos, conforme as lentes com que observa.

O planejamento a longo prazo, implícito nos Planos Diretores e no Plano Metropolitano, se torna cada vez menos eficaz. Os sistemas informatizados permitem levantamentos rápidos da situação atual e consequente acompanhamento e adaptações das soluções propostas às novas realidades.

A participação de vários autores, com a visão e interpretação de sua realidade, no processo de planejamento, nos parece um caminho para a implantação dos planos.

Concluindo:

- os organismos regionais devem ser flexíveis, podendo apresentar configurações diversas para as várias funções públicas. Sua vitalidade deverá decorrer da necessidade de solução dos problemas comuns,

evitando, dessa forma, transformar-se em meras entidades administrativas inoperantes, que terminam apenas por sobrecarregar a administração governamental;

- a adesão dos municípios a uma região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião e a regionalização das funções públicas, para surtir efeitos, devem resultar da adesão voluntária dos municípios, estimulados de diversas formas, inclusive com compensações de natureza financeira para os participantes de entidades regionais, por parte do Estado;
- os participantes determinarão as funções públicas que serão objeto de integração, da organização, do planejamento e da execução em cada conjunto de municípios;
- a gestão das funções públicas integradas deve ser realizada com a participação obrigatória dos poderes públicos de onde se originaram, por representantes do Executivo e do Legislativo, assegurada a participação de entidades representativas da sociedade civil.

## Referências Bibliográficas

- MOREIRA, Antonio Cláudio, DE AMBROSIS, Clementina, AZEVEDO NETTO, Domingos Theodoro, DE VILLA, Bona, MOREIRA, Mariana, OLIVEIRA, Maria Niedja Leite, ARTONI, Silvineis S. R. *O município e a questão urbana*. Sugestões para a Constituição do Estado de São Paulo. São Paulo: Fundação Prefeito Faria Lima – Cepam, 1989.
- ANCONA, Ana Lucia. *Desafios do desenvolvimento urbano sustentável*, 2000.
- SILVA, Rachel C. M. Urbanismo e Legislação Urbana face às Necessidades de Globalização: urbanismo para uma cidade mundial. *Cader-nos de Urbanismo*, ano I, n.1. Rio de Janeiro: Secretaria Municipal de Urbanismo, 1999.
- HUERTAS, Franco. *O método PES: entrevista com Matus/Franco Huertas*. Tradução de Gisela Barrosos Sauver. São Paulo: Fundap, 1996.

## PARTE II - INSTRUMENTOS URBANÍSTICOS

### DIREITO DE PREEMPÇÃO

*Eurico de Andrade de Azevedo<sup>91</sup>*

#### Conceito

O direito de preempção, também chamado de preferência, é um instituto de direito privado. Está previsto no Código Civil, nos artigos 1.149 a 1.154, como uma cláusula especial passível de ser introduzida em um contrato de compra e venda. É uma faculdade pessoal que se assegura ao vendedor para readquirir a coisa vendida, se o comprador resolver revendê-la a terceiro. É, pois, uma preferência que se concede ao vendedor para reaver o bem vendido, pagando ao comprador o preço oferecido pelo terceiro interessado, ou o preço ajustado. Trata-se, a rigor, da substituição forçada do novo adquirente. Paulo vende uma casa a Tito, mas se reserva o direito de preempção, ou seja, a faculdade de readquirir a casa, se Tito for vendê-la a terceiro. Esse terceiro comprador, portanto, é substituído pelo primitivo vendedor.

O Código Civil não estabeleceu prazo para a validade do direito de preempção, mas se trata de um direito pessoal, ou seja, a ser exercido somente pelo vendedor primitivo, não podendo ser cedido, nem transmitido por herança (art. 1.157). O comprador deverá dar ciência ao vendedor do preço e condições ajustados para a venda e aquele deverá decidir pelo exercício do direito de preferência em três dias, se se tratar de bem

<sup>91</sup> Procurador da Justiça aposentado, ex-Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito de Osasco e sócio do Escritório Andrade Azevedo e Alencar Consultoria Jurídica. Foi o primeiro diretor do Cepam, quando instituído em 1967, voltando à direção da Fundação Prefeito Faria Lima, em 1988.

móvel, e em 30 dias, se for imóvel. Se o comprador não der ciência do fato ao vendedor, responderá por perdas e danos.

Em outros dispositivos, o Código Civil concede preferência ao condômino de imóvel indivisível, para a aquisição da parte de outro condômino, nas mesmas condições em que um terceiro proponha (arts. 632 e 1.139). De igual forma, o foreiro ou enfiteuta possui preferência para adquirir o domínio direto do imóvel, se o senhorio pretender vendê-lo ou dá-lo em pagamento (art. 684). Reciprocamente, o senhorio direto tem preferência para a aquisição do domínio útil (art. 683).

O direito de preferência tem sido outorgado, também, por outras leis, em situações especiais. Assim, o Estatuto da Terra concede preferência ao arrendatário para a aquisição, em igualdade de condições, do imóvel arrendado, se o proprietário for vendê-lo a terceiro (Lei 4.504/64, art. 92, § 3º). Igualmente, a Lei do Inquilinato dá preferência ao locatário para adquirir o imóvel locado, em igualdade de condições com terceiros, devendo o locador dar-lhe conhecimento do negócio mediante notificação (Lei 8.245/91, arts. 27 a 34).

Nos casos em que o direito de preferência decorre da lei, ele produz efeitos reais, inclusive contra terceiros de boa-fé. Isso significa que, não cumprindo o proprietário o dever de notificar o titular do direito de preferência, esse poderá exercê-lo no prazo de 30 dias, havendo o imóvel vendido do terceiro adquirente, mediante o pagamento do preço convencionado.

Como se vê, o direito de preferência é instituto de direito privado, podendo ser estabelecido por convenção das partes (no contrato de compra e venda) ou decorrer de imposição legal, em situações especiais em que o legislador entenda privilegiar uma das partes envolvidas no negócio jurídico. Agora, pretende-se utilizá-lo para fins urbanísticos, conferindo-lhe características específicas, como propõe o Estatuto da Cidade, cujo projeto se encontra em tramitação no Congresso Nacional. Antes, porém, vejamos como é tratado na Lei de Proteção ao Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

## Direito de Preempção e Tombamento

A proteção ao patrimônio histórico e artístico nacional é objeto do Decreto-Lei 25, de 30 de novembro de 1937, que determina seja essa proteção realizada mediante o **tombamento** do bem, ou seja, a sua inscrição no Livro do Tombo, após o procedimento administrativo competente, em que fique demonstrado o respectivo valor histórico, artístico, paisagístico, turístico, cultural ou científico. A finalidade do tombamento, que abrange bens móveis e imóveis, é a preservação da coisa ou do local, considerado de relevância para o patrimônio cultural brasileiro (CF, art. 216).

O tombamento produz vários efeitos, entre os quais a imposição de restrições à modificação do bem e à sua alienabilidade. Realmente, o Decreto-Lei 25/37 estabelece que as coisas tombadas não podem ser destruídas, demolidas ou mutiladas, podendo ser reparadas, pintadas ou restauradas, mediante autorização do órgão competente. Do mesmo modo, sua alienação onerosa não pode ser efetuada sem que tais coisas sejam oferecidas à União, Estado e município onde se encontrarem. O diploma, portanto, estabeleceu o direito de preferência em favor daquelas entidades e naquela ordem (União, Estado e município), caso o proprietário resolva vender ou dar em pagamento o bem tombado.

O dono da coisa, antes de sua alienação, deverá notificar os titulares do direito de preferência para usá-lo no prazo de 30 dias, pagando o mesmo preço estabelecido para a transação, sob pena de perdê-lo. É nula a alienação sem o cumprimento dessa formalidade, podendo qualquer das entidades estatais solicitar o seqüestro do bem tombado, devendo a nulidade ser pronunciada pelo juiz que determinar o seqüestro.

Nos casos de venda judicial do bem tombado, os titulares do direito de preferência deverão ser previamente notificados e poderão exercer o direito de remição se dele não lançarem mão, no prazo da lei, as pessoas que tiverem a faculdade de remir. Isso significa que qualquer das entidades estatais poderá ficar com o bem, efetuando o pagamento do valor alcançado no leilão.



Como se percebe, o direito de preferência, no caso, objetiva assegurar o controle do patrimônio cultural da Nação e, se possível, obter o respectivo direito de propriedade para uma das entidades estatais. Por isso, quando o bem tombado já pertence à União, ao Estado ou ao município, só pode ser transferido de uma a outra.

## A Proposta do Estatuto da Cidade

O chamado Estatuto da Cidade, que se consubstancia em um Projeto de Lei em andamento no Congresso Nacional e cuja última versão consta de Substitutivo apresentado pelo deputado Inácio Arruda, em 1999, relaciona o **direito de preempção como um dos instrumentos jurídicos da política urbana** (art. 4º, v, letra m). E, nos artigos 25 a 27, traça as suas linhas mestras.

Nos termos do Estatuto, o direito de preempção confere ao Poder Público municipal preferência para a aquisição de imóvel urbano objeto de alienação onerosa entre particulares. Para esse fim, lei municipal, baseada no Plano Diretor, delimitará as áreas em que incidirá o direito de preempção e fixará o prazo de vigência, que não poderá ser superior a cinco anos, renovável a partir de um ano após o seu término. Nota-se, aqui, que o Estatuto prevê a existência de um **direito de preempção temporário**, e em zonas territoriais previamente definidas por lei especial. O prazo de cinco anos, renovável após um ano de intervalo, é o mesmo previsto na Lei de Desapropriações para a eficácia do decreto de utilidade pública. Se a desapropriação não for intentada nesse prazo, somente após o decurso de um ano poderá o mesmo bem ser objeto de nova declaração (Decreto-Lei 3.365/41, art. 10).

Durante o prazo de vigência do direito de preempção, este é assegurado independentemente do número de alienações referentes ao mesmo imóvel. Deixa-se claro, portanto, que o Poder Público municipal pode deixar de exercer o seu direito de preferência numa alienação e efetivá-lo numa outra, em relação ao mesmo imóvel.

Em seguida, o Estatuto relaciona as finalidades urbanísticas que fun-

damentam a instituição do direito de preempção. São elas: a) regularização fundiária; b) execução de programas e projetos habitacionais de interesse social; c) constituição de reserva fundiária; d) ordenamento e direcionamento da expansão urbana; e) implantação de equipamentos urbanos e comunitários; f) criação de espaços públicos de lazer e áreas verdes; g) criação de unidades de conservação ou proteção de outras áreas de interesse ambiental; h) proteção de áreas de interesse histórico, cultural e paisagístico; e i) outras finalidades de interesse social ou de utilidade pública, definidas no Plano Diretor.

Parece que a lei federal cobriu todos os campos de intervenção urbanística, deixando ainda uma válvula para que o próprio Plano Diretor estabeleça outros. De qualquer forma, a expressão **ordenamento urbano** é suficientemente ampla para abranger todas as hipóteses de atuação do Poder Público no planejamento da cidade. **Ordenar** é pôr em ordem, isto é, organizar o tecido urbano, de forma que ele possa proporcionar aos habitantes melhor qualidade de vida.

Note-se que a lei municipal que instituir o direito de preempção deve enquadrar cada área em uma ou mais das finalidades apontadas. Assim, abre-se a possibilidade de oposição do particular ao exercício da preferência do município se a lei for omissa a respeito, ou não estar o Poder Público dando o destino previsto para os imóveis adquiridos.

Aliás, essa hipótese não está prevista no projeto. Suponhamos que o município venha a adquirir vários terrenos na zona em que incide o direito de preempção, mas não tenha completado a área necessária para o empreendimento desejado, deixando de executá-lo. Um projeto habitacional, por exemplo. (Lembre-se que o direito de preempção só se exerce quando o particular pretende vender o seu bem.) O prazo de incidência termina. Como ficam os proprietários que já tiveram seus imóveis transferidos ao Poder Público? Teriam direito de reavê-los pelo mesmo preço que lhes foi pago? E o que faria o município com os terrenos adquiridos sem ter atingido a área indispensável à realização da obra almejada? Poderia destiná-los a outra finalidade de interesse público?

No caso da desapropriação, a jurisprudência tem se orientado no sentido de que se a Administração der ao bem outra finalidade que não aquela prevista no decreto expropriatório, mas ainda assim de interesse público, não possui o ex-proprietário direito à sua retomada. Caso, porém, não ficar caracterizado o interesse público na nova utilização do bem, terá o particular o direito de retrocessão. Ainda recentemente, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu ao ex-proprietário o direito de reaver o seu imóvel, que fora desapropriado para a construção de um parque, mas depois fora cedido parcialmente para uma loja maçônica.

É evidente que o município poderia desapropriar a área restante e imprescindível ao seu propósito, mas, se tiver essa urgência, por que usar o direito de preempção, se dispõe da faculdade de expropriar qualquer imóvel em seu território? Além disso, tendo uma parte da área sido adquirida por meio da preempção e outra mediante a desapropriação, poderia haver disparidade nos preços pagos, ocasionando reclamações dos ex-proprietários.

O proprietário deverá notificar sua intenção de alienar o imóvel, para que o município, no prazo máximo de 30 dias, manifeste por escrito seu **interesse em comprá-lo** (art. 27, *caput*). O prazo é o mesmo da Lei de Tombamento, mas, enquanto nesta, o Poder Público deve exercer o seu direito de preferência, ou seja, adquirir o bem e pagar o preço naquele prazo, no Estatuto, o dispositivo só se refere a **manifestar o seu interesse** em fazê-lo. Na verdade, porém, naquele prazo de 30 dias, **deverá o município concretizar o negócio**, visto que o § 3º do mesmo artigo estabelece que, decorridos os 30 dias, o proprietário fica autorizado a realizar a alienação a terceiros. Por conseguinte, é indispensável que o Poder Público municipal tenha sua administração preparada para exercer o direito de preempção no exíguo prazo de 30 dias.

Consideramos esse prazo excessivamente curto para que o município possa efetuar a aquisição. No mínimo, os seguintes passos deverão ser seguidos para que a Administração municipal possa efetivamente adquirir o bem que lhe é oferecido em preferência. Primeiro, a notificação deverá

ser encaminhada aos órgãos técnicos de planejamento e finanças, para verificar a conveniência da operação. Em seguida, cabe verificar se há verba disponível para esse fim. Depois, o procedimento será submetido à decisão do prefeito (ou seu delegado), para ulterior empenho da verba e remessa ao setor jurídico para concluir a operação. Ora, para quem conhece a Administração municipal brasileira – quer nos municípios pequenos, quer nos grandes – parece ser impraticável a realização de todos esses atos no curto prazo de 30 dias.

É claro que estamos supondo que a lei que instituiu o direito de preempção em determinada zona já tenha estabelecido a dotação orçamentária indispensável para o seu exercício. Caso contrário, será totalmente ineficaz. De qualquer maneira, o projeto deveria fixar 30 dias para o município manifestar o seu interesse na compra. E mais **90 dias** para que possa concretizar o negócio.

Determina o Estatuto que à notificação supra-referida o proprietário deve anexar a proposta de compra do terceiro interessado, da qual deverá constar o preço, as condições de pagamento e o prazo de validade. É pressuposto, portanto, que o município só poderá exercer o seu direito de preferência nas mesmas condições apresentadas pelo interessado na compra. Tanto assim que a Administração municipal fará publicar em jornal local ou regional edital de aviso da notificação recebida e da **intenção de aquisição do imóvel nas condições da proposta apresentada**.

Assim, a possibilidade de se exercer o direito de preempção pelo valor do Imposto Predial e Territorial Urbano - IPTU, prevista na versão anterior do Estatuto e por muitos considerada inconstitucional, deixou de existir. Ou melhor, só existe como sanção à tentativa de fraude cometida pelo proprietário, como veremos adiante.

Transcorrido o prazo de 30 dias, fica o proprietário autorizado a realizar a alienação a terceiros nas condições da proposta apresentada (art. 27, § 3º). Isso significa que o dono do imóvel poderá vendê-lo a outrem que não o proponente inicial, desde que o faça nas mesmas condições da proposta ou em condições melhores de venda. Assim se deduz porque,

não tendo o município se interessado pela compra nas condições da proposta, presume-se seu desinteresse se as condições forem mais onerosas.

Todavia, não fixou o Estatuto um prazo máximo para que o proprietário aliene seu imóvel sem nova consulta ao município. Essa consulta valeria para todo o período fixado para o direito de preempção (cinco anos)? Não parece razoável, visto que as condições de mercado podem variar com frequência. Alguns países estabelecem o prazo de oito meses, outros de dois. Caso o proprietário não concretize nenhum negócio nesse período, deverá notificar novamente o Poder Público.

Realizada a venda a terceiro, o proprietário fica obrigado a apresentar ao município, dentro de 30 dias, cópia do instrumento público de alienação (art. 27, § 4º). Melhor seria que o Estatuto impusesse essa obrigação ao Oficial do Registro de Imóveis do distrito onde se localiza o imóvel, porque ficaria mais fácil controlar o exame do cumprimento das obrigações legais. Se o particular não encaminhar o instrumento público da venda, como poderá o município verificar se esta foi efetuada nos termos da proposta apresentada com a notificação? Aliás, dever-se-ia impor ao Oficial do Registro de Imóveis o dever de fiscalizar se houve consulta prévia ao município em todas as transações efetuadas com imóveis dentro de sua circunscrição, exigindo cópia da notificação feita e da resposta da Administração municipal. Só assim se poderia exercer o controle da boa aplicação do direito de preferência.

A alienação processada em condições diversas da proposta apresentada é nula de pleno direito (art. 27, § 5º). Essa disposição é extremamente salutar e consta também da Lei de Tombamento (art. 22, § 2º). Nessa hipótese, sim, poderá o município adquirir o imóvel pelo valor da base de cálculo do IPTU, ou então pelo valor indicado na proposta apresentada, se este for inferior àquele (art. 27, § 6º).

O valor da base de cálculo do IPTU, em geral, é inferior ao valor de mercado. Nesse caso, parece admissível que a lei autorize a aquisição por aquele valor, já que houve uma tentativa de fraude do proprietário, ao

apresentar ao município proposta fictícia, em desacordo com o negócio efetivamente realizado pelo comprador particular.

Os dispositivos citados (art. 27, §§ 5º e 6º) têm ainda o condão de inibir os negócios imobiliários na zona especial de incidência do direito de preempção. Isso porque, na prática cotidiana, sabe-se que os interessados procuram celebrar o contrato de venda e compra por valor abaixo do pactuado realmente (em geral, pelo valor da base de cálculo do IPTU), para diminuir o Imposto de Transmissão de Bens Imóveis e os emolumentos cartorários, ou ainda por problemas de declaração de renda. Ora, havendo necessidade de se celebrar o instrumento público de venda pelo valor real da proposta efetuada, muitos deixarão de realizar o negócio.

Pergunta-se: é possível ao proprietário desistir do negócio? Admita-se que, depois de efetuar a notificação ao município, o vendedor queira desistir da venda. Poderá fazê-lo? Parece-nos que, dentro do prazo de 30 dias, não. Deverá submeter-se ao interesse público. Seria indispensável, contudo – como já alertamos acima – que o Estatuto estabelecesse um prazo dentro do qual o proprietário pudesse efetuar a venda sem nova consulta ao município. Suponhamos que, notificado, o Poder Público deixe de exercer o seu direito de preferência. Que prazo teria o dono do imóvel para efetuar a venda sem nova consulta?

Por último, convém alertar que o direito de preempção só incide na **alienação onerosa entre particulares**, como previsto na *caput* do artigo 25. Isso significa que, nos casos de herança, legado, doação e dação em pagamento, não poderá o município exercer o direito de preferência. De igual forma, fica excluída da preempção qualquer alienação (ainda que onerosa) em que figure, como uma das partes, **pessoa jurídica de direito público**, pois o Estatuto restringe a sua incidência somente a particulares, o que inclui as pessoas jurídicas de direito privado.

Finalmente, o Estatuto dispõe que o município deverá publicar, em órgão oficial e em outro jornal local ou regional de grande circulação, edital de aviso da notificação recebida e do seu interesse na aquisição do imóvel

nas condições da proposta apresentada (art. 27, § 2º). Sem dúvida, é salutar o dispositivo, cuja finalidade é levar ao conhecimento da população os negócios realizados pela prefeitura, a fim de permitir a fiscalização dos munícipes.

## Direito de Preempção e Urbanismo

A questão que se coloca é saber se o direito de preempção tem utilidade prática para fins de planejamento urbano. Uma primeira vantagem é permitir ao Poder Público ser informado de todos os projetos de venda existentes na zona delimitada e, assim, tomar conhecimento das intenções dos particulares, podendo evitar que se pratiquem atos danosos ao ordenamento da área, como a demolição de prédios que devam ser conservados e outras situações semelhantes. É evidente que, para esse fim, a prefeitura deverá ter um serviço de planejamento bem aparelhado, de forma a permitir aquele controle, o que é raro nos municípios pequenos e em muitos grandes.

Outra vantagem que se aponta no direito de preempção é a possibilidade de o Poder Público adquirir progressivamente os terrenos necessários ao planejamento da cidade, antes que o aumento dos preços e a especulação tornem inviável essa aquisição. Tal faculdade permite que o município constitua uma reserva fundiária, um Banco de Terras, o que muito facilitaria a execução de seus projetos, dentro do plano diretor de desenvolvimento urbano, principalmente aqueles relacionados com a construção de habitações de interesse social. Essa vantagem, no Brasil, praticamente desaparece em face da **escassez de recursos** de que padecem a quase totalidade dos municípios, que sequer conseguem resolver problemas mais graves e mais urgentes.

Argumento de maior peso é o de que a simples existência do direito de preempção, permitindo que o Poder Público adquira o imóvel posto a venda, deve contribuir para frear a alta dos respectivos preços. Não há dúvida que sim, uma vez que, representando uma intervenção no mercado imobiliário e dificultando as transações entre os particulares, é prová-

vel que sempre haja alguma contenção da especulação. Não obstante, para que realmente venha a produzir os efeitos desejados, é indispensável que ele seja realmente exercido, ainda que esporadicamente, pois, caso contrário, a lei que o instituiu será considerada “letra morta”.

## **O Direito de Preempção em outros Países<sup>92</sup>**

Pesquisa feita pelo Instituto de Direito Comparado da Universidade de Dijon, França, em 1977, procurou indagar sobre a aplicação dos instrumentos jurídicos da política fundiária das cidades em 13 países desenvolvidos do mundo ocidental (Alemanha, Áustria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Espanha, Estados Unidos, França, Grã-Bretanha, Holanda, Itália, Suécia e Suíça) mais o Japão, países que tinham em comum a intenção de colocar a propriedade privada a serviço da política de desenvolvimento urbano, mas ao mesmo tempo permanecendo fieis à apropriação privada do solo. Os relatórios nacionais revelaram que o direito de preempção estava em plena expansão na legislação, mas que seu alcance prático era difícil de avaliar.<sup>93</sup>

Ora, se isso ocorre em países ricos e de alto grau de desenvolvimento, é preciso examinar com cuidado a conveniência da introdução do instituto no Brasil, conhecidas que são as deficiências da administração e do planejamento municipais. Se não for bem regulamentado pelo legislador e bem trabalhado por uma Administração competente, o direito de preempção – que poderia ser útil em muitas hipóteses – corre o risco de cair em descrédito, ou tornar-se letra morta, como acontece com inúmeras outras leis.

Na maioria daqueles países, o direito de preempção decorre sempre de um plano de ocupação do solo e tem por objetivo satisfazer uma necessidade pública, já que se trata de uma variante da aquisição compulsória, comparável à desapropriação. Os casos para os quais se autoriza o direito

<sup>93</sup> Este tópico está baseado no livro: *Les instruments juridiques de la politique foncière de villes - Études comparatives portant sur quatorze pays occidentaux*, sous la direction de Michel Fromont, Bruxelles: Bruylant, 1978.

<sup>94</sup> Ob. cit., p. 671.



de preempção são basicamente os mesmos previstos no Estatuto: execução de programas de ordenamento urbano, implantação de equipamentos urbanos, criação de áreas verdes, constituição de reserva fundiária, proteção de áreas de interesse histórico e cultural. Em algumas legislações, há um prazo para que o Poder Público realize o empreendimento, sob pena de o bem voltar ao proprietário primitivo.

Nos países em que o direito de preempção tem por finalidade também frear a especulação imobiliária, em geral o Poder Público possui a faculdade de revender o imóvel por um preço superior ao da compra, beneficiando-se da mais-valia resultante de planos e projetos propostos para a zona delimitada. Para chegar a esse objetivo, considera-se necessário que o direito de preempção seja imposto o mais cedo possível, bem antes de os planos e projetos de ordenamento urbano provocarem a alta generalizada dos preços dos terrenos.

Algumas legislações exigem uma área mínima do terreno, para que o direito de preempção seja exercido (6.000 m<sup>2</sup>, na Dinamarca); em outras, são excluídos os lotes edificados. Certas nações eximem da incidência a venda ao cônjuge ou a parente próximo. Também tem preferência sobre o Poder Público o co-proprietário do imóvel.

A compatibilidade do direito de preempção com a proteção constitucional ao direito de propriedade também foi levantada, em particular nos países onde o preço pago é inferior ao preço de mercado. (Alguns consideram que o preço oferecido pelo imóvel pode ser até mesmo superior ao do mercado, em face de interesses pessoais do comprador.) Isso porque constitui regra geral a afirmação de que nenhum proprietário pode ser despojado de seu bem, em benefício do interesse público, senão mediante uma justa indenização, o que remete o problema para a questão do preço. Daí porque, em muitas nações, o preço do imóvel deve ser idêntico ao da desapropriação.

Os critérios de fixação de preço são diversos. Alguns países mandam que o Poder Público pague o preço convencionado entre vendedor e com-

prador. Outros estabelecem o preço de mercado, que pode ser determinado em negociação amigável com o vendedor ou ser fixado mediante arbitramento. Outros, ainda, determinam que o preço seja estabelecido sob as mesmas regras da desapropriação, admitindo-se os mesmos recursos previstos para esta.

Se o Poder Público não exerce o seu direito de preferência, alguns países admitem que o vendedor disponha livremente de seu imóvel, dentro de certo tempo (oito meses na Dinamarca, dois na Holanda). Outros, porém, só permitem a alienação nas mesmas condições propostas ao Poder Público e qualquer outra venda posterior continua submetida ao direito de preempção.

Segundo o relator dos trabalhos referentes ao direito de preempção – Martin Bullinger – a comparação do instituto na legislação dos diversos países não permitia tirar conclusões definitivas porque, na maioria deles, havia pouca experiência prática a respeito. Vários fatores devem estar reunidos para que o direito de preempção possa facilitar o planejamento urbano. Em primeiro lugar, é indispensável que o direito de preempção seja imposto bem antes de um plano de desenvolvimento urbano para que seja possível ao Poder Público adquirir os imóveis necessários à sua intervenção. Em segundo lugar, é importante considerar que o instituto, no direito privado, está visivelmente em declínio e, onde ainda existe, sem importância prática. E, finalmente – e mais importante – é obter os recursos necessários para que o titular do direito possa adquirir em tempo útil os terrenos indispensáveis aos seus planos urbanísticos.

## Conclusões

Em face das conclusões desses estudos comparativos – que, embora datados de 1978, devem manter-se atuais – é desanimadora a perspectiva de introdução do direito de preempção na legislação urbanística brasileira. Basta atentar para o fato de que – entendendo os representantes dos países desenvolvidos, ser a provisão de recursos para as municipalidades o principal fator de êxito da aplicação do direito de preempção – inexistindo

recursos, a sua aplicação está destinada ao fracasso. Ora, é mais do que sabida a situação de penúria financeira em que se encontram os nossos municípios! De que adiante ter preferência para comprar se não há dinheiro disponível para isso?

Acresce, ainda, que a aplicação do direito de preempção exige uma administração competente, ágil, diligente, que possa atuar com base no Plano Diretor e em planos e projetos urbanísticos específicos. Passados mais de dez anos da promulgação da Constituição de 1988, quantos são os municípios brasileiros que dispõem desse Plano? E, no entanto, ele é obrigatório para todas as cidades com mais de 20 mil habitantes (Constituição Federal, art. 182, § 1º) e, no Estado de São Paulo, para todos os municípios (Constituição Estadual, art. 181, § 1º).

A adoção do direito de preempção como forma de evitar ou diminuir a especulação imobiliária – com pagamento do preço e nas condições da proposta apresentada pelo interessado – é um dos poucos fatores que pode ser considerado como eficiente para a sua adoção. Não obstante, para se chegar a esse objetivo, considera-se necessário que o direito de preempção seja imposto o mais cedo possível, bem antes de os planos e projetos de ordenamento urbano provocarem a alta generalizada dos preços dos terrenos, assim como seja exercido de fato, ainda que esporadicamente.

Para a preservação de bens históricos ou a proteção a lugares paisagísticos, é possível utilizar-se do tombamento, que não acarreta nenhum dispêndio imediato para a municipalidade. E eventual indenização somente seria devida se as condições impostas pelo tombamento resultassem na interdição de uso do bem ou prejudicassem sua normal utilização, suprimindo ou depreciando o seu valor econômico.<sup>94</sup>

Para a obtenção de áreas necessárias a planos e projetos de desenvolvimento urbano, o município poderá fazer uso da **desapropriação**, figura

<sup>94</sup>Cf. Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, 25ª ed. Malheiros, 2000, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, p. 528.

conhecida há mais de 50 anos e que pode ser empregada para esse fim (Decreto-Lei 3.365/41, art. 5º, letra i). Embora tenha havido abusos no emprego da desapropriação – já que o pagamento da indenização devida costuma ser diferido para gestões posteriores – parece-nos que sua aplicação, no campo do urbanismo, terá maior aceitação do que outras figuras novas e pouco conhecidas.

De qualquer forma, a se optar pela manutenção do instituto no projeto do Estatuto da Cidade, deveria ser alterado, para a solução dos problemas apontados neste trabalho.

## **REFORMA URBANA, ESTATUTO DA CIDADE E DIREITO DE PREEMPÇÃO**

*Eduardo Della Manna<sup>95</sup>*

O paradigma dominante que ainda tem orientado os estudos jurídicos no Brasil, no que diz respeito à análise do processo de urbanização e de seus variados e polêmicos aspectos, tem sido, certamente, aquele proposto pelo Código Civil, aprovado em 1916, quando ainda apenas 10% da população vivia em cidades. Há muito, o tratamento liberal e individualista dado pelo Código Civil à questão dos direitos de propriedade tem orientado a maioria das decisões judiciais, além de colocar obstáculos para as tentativas de ação do Estado no controle do uso, ocupação e desenvolvimento da terra urbana.

A partir de tal perspectiva, enquanto a cidade é vista meramente como um conjunto de lotes de propriedade privada e algumas áreas públicas, o Direito lida basicamente com as relações entre indivíduos; as restrições ao pleno exercício do direito de propriedade imobiliária são dadas pelas limitações administrativas, principalmente em função das relações de vizinhança. Argumenta-se, também, que foi em grande medida por causa

<sup>95</sup> Arquiteto com pós-graduação em Urbanismo Moderno e Contemporâneo (PUCCAMP), consultor, diretor-executivo do Secovi-SP.

dessa visão dominante que o processo de urbanização brasileiro foi basicamente conduzido por interesses privados (Fernandes, 1998).

No entanto, embora o tema de uma “reforma urbana” não seja novo no debate sobre as cidades brasileiras – essa idéia já estava presente nos meios técnicos e profissionais desde os anos 60 –, é na década de 1980 que ganha impulso, a partir do aumento da intensidade e da visibilidade pública dos movimentos urbanos e, particularmente, dos movimentos de moradia. Durante o processo constituinte de 1988, uma nova plataforma de reforma urbana reafirmaria o direito universal à cidade e clamaria por instrumentos de intervenção que fossem capazes de intervir na dinâmica de produção imobiliária, abrindo novos espaços e estratégias na luta contra a exclusão social.

A Constituição Federal de 1988, além de inscrever o direito de propriedade em geral dentre os direitos e garantias fundamentais (art. 5º, XXII), condiciona sua garantia ao cumprimento de uma função social (art. 5º, XXIII), ratificando ainda a nova estrutura desse direito quando arrola como princípio da ordem econômica (art. 170, II e III) “a propriedade e sua função social”. No mais, impõe tratamento diverso às diferentes espécies de propriedade - a urbana, a rural, a autoral, a de bens de produção, a de recursos minerais, etc.

Os conceitos, portanto, estão agora amalgamados, não se concebendo um sem o outro. A função social não age, tais quais os instrumentos urbanísticos, como elemento restritivo ou condicionador do livre exercício dos três elementos que compõem a propriedade, quais sejam, uso, gozo e disposição (Código Civil Brasileiro, art. 524); incide, sim, sobre sua própria estrutura, qualificando-o, dando-lhe uma nova natureza intimamente vinculada ao Direito Público, ao cumprimento de objetivos que extrapolam os estreitos limites dos direitos individuais. Tanto assim que já não mais se admite a propriedade como mero instituto de direito civil, que remanesce nessa seara tão-somente às relações civis a ela referentes (Barreira, 1998).

É nessa nova sistemática que a propriedade urbana é disciplinada no texto constitucional no capítulo referente à Política Urbana (art. 182, § 2º), que explicita que a função social dessa espécie de propriedade coincide com a da própria cidade: a ordenação dela, conforme as diretrizes inscritas no Plano Diretor. Não se concebe, então, a propriedade sem que atenda às funções sociais da cidade. Para garantir o exato cumprimento dessas funções urbanísticas, autorizado está o município a editar lei sancionatória contra o proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que não promova aproveitamento adequado às diretrizes do Plano Diretor.

Resumem-se as sanções autorizadas constitucionalmente a serem aplicadas pelo município ao parcelamento ou edificação compulsório, ao Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU progressivo no tempo, e à desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais (art. 182, § 4º, I, II, III).

Paralelamente a essas medidas, como antes comentado, age o município ainda na aplicação das diretrizes do Plano Diretor, através de leis urbanísticas específicas e de atos que restrinjam ou limitem o exercício do direito de propriedade, denominados instrumentos urbanísticos. Visando ao cumprimento do próprio objetivo do urbanismo, ou seja, o ordenamento das cidades para propiciar às pessoas suas funções básicas de moradia, locomoção, lazer e trabalho, ao município cabe legislar sobre diversos aspectos, principalmente quanto à ordenação do espaço urbano, através do Plano Diretor, do zoneamento, do loteamento, do controle das construções, da composição paisagística e da preservação do patrimônio.

O município possui papel de destaque na federação brasileira em matéria urbanística, e tal prerrogativa decorre primariamente de sua competência para tratar dos assuntos de interesse local, atribuída pelo artigo

30, I, da Constituição Federal. Mesmo que a real acepção da expressão “assuntos de interesse local” ainda comporte interpretações diversas, já se estabeleceu que o que a caracteriza é a predominância do interesse local em relação ao Estado e à União, já que, a rigor, não há assunto municipal que não seja, reflexamente, de interesses estadual e nacional; a diferença é apenas de grau, não de substância (Meirelles, 1993).

É fácil perceber, então, que a ordenação da cidade, através de normas urbanísticas, é assunto predominantemente local, e tal idéia reforça-se ainda mais diante da explicitação da natureza do Plano Diretor, verdadeiro instrumento de planejamento estratégico do próprio município, que, aplicado por sua legislação correlata – Lei do Uso, Ocupação e Parcelamento do Solo, Código de Obras, Código Ambiental e Código de Posturas – deve conter diretrizes das mais diversas, desde as relacionadas às condições de acesso dos cidadãos aos seus direitos sociais e fundamentais, como emprego, habitação e serviços, passando pela proteção ao meio ambiente e ao patrimônio natural e cultural, até aquelas que digam respeito ao perfil econômico do município, entre outras.

Silva (1981p.77) ensina que “em verdade, as normas urbanísticas municipais são as mais características, porque, no sistema brasileiro, é nos municípios que se manifesta a atividade urbanística na sua forma mais concreta e dinâmica”. Certamente, a implementação pelo Poder Público dessa função de ordenar a cidade encontraria mais ampla eficácia se todos os terrenos urbanos fossem de domínio público, o que não ocorre em nosso País, que garante, constitucionalmente, o direito de propriedade privada. Caberia, para transformação do privado em público, a desapropriação geral, solução, entretanto, inviável pela sua dimensão econômica. Dessa forma, restam a legislação urbanística como um todo e, especialmente, os instrumentos de intervenção que restringem ou limitam o exercício do direito de propriedade, de forma a impor-lhe o cumprimento de sua função social.

Pode-se afirmar, então, que, diante dos preceitos constitucionais relativos ao urbanismo, prepondera a atuação municipal, pois que a compe-

tência da União Federal para dispor sobre normas gerais lhe reserva tão-somente o poder de estabelecer diretrizes para o desenvolvimento urbano, como ainda afirma Silva:

“ Em primeiro lugar, só podem ser consideradas normas gerais urbanísticas aquelas que, expressamente mencionadas na Constituição, fixem os princípios e diretrizes para o desenvolvimento urbano nacional, estabeleçam conceitos básicos de sua atuação e indiquem os instrumentos para sua execução. O desenvolvimento urbano consiste na ordenada criação, expansão, renovação e melhoria dos núcleos urbanos. Não é objeto de normas gerais promover em concreto esse desenvolvimento, mas apenas apontar o rumo geral a ser seguido, visando a orientar a adequada distribuição espacial da população e das atividades econômicas com vistas à estruturação do sistema nacional de cidades e melhoria da qualidade de vida da população. Quer dizer, o campo das normas gerais será o desenvolvimento interurbano e o mero delineamento para o desenvolvimento intra-urbano. Aqui seu limite específico. Avançar neste será invadir terreno municipal” (Silva, 1995 p. 58).

A competência outorgada pelo artigo 24, I, à União Federal para editar normas gerais coaduna-se com aquela que lhe atribui o artigo 21, XX, também do Texto Constitucional, para fixar as diretrizes para o desenvolvimento urbano, permitindo a afirmação de que a esse ente federativo cabe estabelecer um Plano Nacional de Urbanismo, instrumento assecuratório de uma identidade nacional de princípios que possibilite a integração de planos estaduais e municipais, estes últimos consubstanciados em seus respectivos Planos Diretores.

A União tem competência para editar as normas gerais sobre direito urbanístico que têm por objetivo fixar os objetivos e diretrizes de desenvolvimento urbano. Na verdade, uma lei federal atenderia, satisfatoriamente, à finalidade de assentar as bases do direito urbanístico nacional, estabelecendo determinados preceitos válidos para todo o território nacional, que deverão, por sua vez, ser respeitados pelos órgãos e agentes públicos e privados.



Nesse contexto, dentre os vários projetos de lei que tramitaram no Congresso Nacional visando regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição Federal de 1988, tiveram destaque, nas discussões realizadas através de debates, seminários e audiências públicas promovidas nas comissões permanentes da Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei 2.191/89, de autoria do deputado Raul Ferraz, e o Projeto de Lei 5.788/90, de autoria do senador Pompeu de Souza, denominado Estatuto da Cidade.<sup>96</sup>

A primeira curiosidade que desperta o estudo do Projeto de Lei 5.788/90 é ter uma previsão expressa em seu artigo 1º, parágrafo único: ter um nome que é justamente a denominação Estatuto da Cidade ao tratar dos princípios e objetivos nos quais são estabelecidos os conceitos de política urbana, da garantia do direito à cidade, do urbanismo e do direito urbanístico.

A política urbana é compreendida como o conjunto de princípios e ações que têm como objetivo assegurar a todos o direito à cidade e entendendo isso como o conjunto de medidas que promovam a melhoria da qualidade de vida, mediante a adequada ordenação do espaço urbano e a possibilidade de fruição dos bens, serviços e equipamentos urbanos por todos os habitantes da cidade. O direito urbanístico é entendido como o conjunto de preceitos que disciplinam o uso da propriedade urbana em prol

<sup>96</sup> O Projeto de Lei 2.191/89, do deputado Raul Ferraz, dispunha sobre as diretrizes de desenvolvimento urbano e sobre as atividades de urbanização, estabelecendo regras para a elaboração do Plano Diretor e para a implantação de instrumentos de desenvolvimento urbano como o direito de preempção, a requisição urbanística, a transferência do direito de construir, a regulamentação do usucapião urbano constitucional, o valor da desapropriação, o Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano e os crimes em matéria urbanística. Apesar da concordância sobre as matérias objeto deste Projeto de Lei, o Fórum Nacional de Reforma Urbana formulou um substitutivo que resultou na apresentação do Projeto de Lei 4.004/89, da deputada Lurdinha Savignon, que aprimorava o conteúdo original, principalmente no sentido de eliminar os dispositivos que caracterizavam a invasão de competência na esfera do município, como também para tornar eficaz a aplicação dos instrumentos urbanísticos pelo Poder Público, em especial o usucapião urbano. Concomitantemente à tramitação desses projetos na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei 5.788/90 (Estatuto da Cidade) foi apresentado no Senado Federal e, pelo fato de ter sido aprovado nessa casa, tornou-se o projeto referencial para a discussão da política urbana no Congresso Nacional, já que, regimentalmente, com a aprovação no Senado, os demais PLs passam a estar apensados a esse projeto.

do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos. São considerados como objetivos da política urbana o direito dos agentes coletivos à cidade, a distribuição social dos serviços públicos e dos equipamentos urbanos e comunitários, o processo de produção do espaço urbano, a ordenação da ocupação, do uso e da expansão do território urbano e a função social da cidade. No entanto, em relação ao primeiro item, embora haja concordância em assegurar os direitos dos sujeitos coletivos à cidade, também se faz necessário ser objeto da política urbana garantir os direitos individuais das pessoas que vivem na cidade.

Uma das principais matérias contidas no Estatuto da Cidade é o disciplinamento da propriedade urbana, com a definição clara dos critérios que permitem identificar quando a função de propriedade é social; as regras de comportamento que devem ser observadas pelo proprietário de imóvel urbano, no sentido desse atender à função social, se completam com a previsão das situações que configuram abuso de direito – e, portanto, violação do princípio da função social da propriedade –, como a retenção especulativa do solo urbano não construído ou qualquer outra forma de deixá-lo subutilizado ou não utilizado e evitando, com isso, a promoção de manobras especulativas que visem a um aumento artificial de preços de venda ou de locação.

No estabelecimento das diretrizes gerais, são definidas regras específicas para o município, uma vez que essas diretrizes devem ser observadas pelos Estados e pela União. A política urbana municipal é considerada como um sistema integrado de políticas setoriais que disciplinam a ordenação do território, o controle do uso do solo, a participação comunitária, a contribuição social e o desfavelamento. Essas diretrizes pretendem atender ao objetivo de reduzir as desigualdades sociais e reconhecer os direitos das pessoas que vivem na cidade clandestina, como meio de combater o caráter segregador e a existência do **apartheid** social em nossas cidades.

Os instrumentos para a promoção da política urbana estão discriminados, com base na sua natureza, em fiscais, financeiros ou econômicos, jurídicos, administrativos e políticos.

São considerados instrumentos de natureza fiscal o IPTU progressivo e as taxas e tarifas diferenciadas. Entre os instrumentos jurídicos, o direito de superfície, o usucapião urbano, a concessão de direito real de uso e o direito de preempção, que será merecedor, aqui, de um breve comentário.

Conforme antes se procurou demonstrar, a função social que a Constituição Federal de 1988 imputou ao direito de propriedade delineou-lhe novo conceito, incidindo sobre sua própria substância, diversamente do que ocorre com as chamadas limitações urbanísticas – que atingem não o direito em si, mas seu pleno exercício.

O município, no uso de seu poder de polícia, impõe determinadas limitações às faculdades inerentes ao direito de propriedade, de usar, gozar e dispor. As chamadas restrições urbanísticas condicionam o uso e ocupação da propriedade quando impõem zoneamentos que estreitam as opções do proprietário quanto à destinação do imóvel (residencial, comercial, industrial, etc.), e quando estabelecem índices, coeficientes, gabaritos e outros limitadores da edificação nos terrenos. São restrições ao direito de construir. Atingem também as restrições urbanísticas a faculdade de alteração do imóvel, quando estabelecem parâmetros de parcelamento do solo – lote mínimo, arruamentos, etc. – e, ainda, através do tombamento de bens. Por fim, podem também atingir a livre alienação da propriedade, estabelecendo, por exemplo, o direito de preempção.

O direito de preempção, ou prelação, visa, de acordo com o artigo 25 do Projeto de Lei 5.788/90, conferir ao município preferência na aquisição de imóveis urbanos objeto de alienação onerosa entre particulares.

De acordo com o Estatuto da Cidade, esse direito seria exercido pelo Poder Público municipal em áreas delimitadas no Plano Diretor, num prazo não superior a cinco anos, renovável a partir de um ano após o decurso do prazo inicial de vigência, e sempre que o Poder Público necessitar de áreas para regularização fundiária, execução de programas e projetos habitacionais de interesse social, constituição de reserva fundiária, ordenamento e direcionamento da expansão urbana, implantação de equipamentos urbanos e comunitários, criação de espaços de lazer e áreas

verdes, criação de unidades de conservação ou proteção de outras áreas de interesse ambiental, proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico, e para outras finalidades de interesse social ou de utilidade pública consignadas no Plano Diretor.

É importante destacar, como já foi mencionado, que a aplicação do instituto tem como pressuposto inafastável a existência de lei municipal, baseada em Plano Diretor, caracterizando que seu exercício não deverá ficar ao sabor da vontade unipessoal do administrador local, mas que será resultado da vontade comunitária expressa na deliberação legislativa, vinculada esta última à existência de um plano de uso do solo. Dessa forma, dificultam-se os abusos de poder, as distorções do ato administrativo em sua finalidade.

Pelo direito de preempção (ou preferência), o município, em determinadas áreas definidas nos planos urbanísticos, atribui-se a opção preferencial para a aquisição de todos os imóveis postos em mercado, de forma a estabelecer uma reserva de terrenos públicos que lhe propicie maior poder de interferência no espaço urbano, sem precisar recorrer a expedientes mais morosos e burocráticos, como a desapropriação.

A preempção, como limitação ao direito de propriedade, não constitui novidade no direito brasileiro. Está regulado pelo Código Civil brasileiro em seus artigos 1.149 a 1.157, compreendidos na regulação das cláusulas especiais de compra e venda; ali encontramos caracterizadas as duas espécies de preempção: a convencional (art. 1.149) e a legal (art. 1150), esta referente ao ato expropriatório, se ao imóvel não foi dado o destino estabelecido pelo Poder Público. Também tem sido aplicado em outras situações, como na locação de imóveis urbanos, em que o locatário tem preferência para adquirir o imóvel locado no caso de venda, conforme prediz o artigo 27 da Lei do Inquilinato (Lei 8.245/91), ou no tombamento, pelo qual o Poder Público tem este direito para aquisição do prédio tombado (DL 25/37, art. 22).

No Brasil, talvez em razão da debilidade financeira do Estado, esse mecanismo não é usual como em outros países estrangeiros, tal qual a Fran-

ça, onde originou-se e é utilizado até para fins de contenção dos preços dos imóveis. Outro motivo que também inibe a maior utilização do direito de preferência no Brasil é, certamente, a falta de um planejamento urbanístico de mais longo prazo e menos casuístico, pois que, obviamente, o tal estoque de terrenos, num primeiro momento, constitui-se de imóveis destacados, já que a oferta do mercado é aleatória.

O objetivo dessa limitação à livre disponibilidade do imóvel urbano pelo proprietário se fundamenta na função social da propriedade e na atribuição do Poder Público municipal de condicionar o exercício desse direito individual à política urbana.

Segundo Savy (1981p. 286), esse instituto, no que se refere ao desenvolvimento urbano, teria as seguintes finalidades: informar as autoridades públicas das alienações voluntárias que se processam no interior do perímetro estabelecido; aquisição do terreno pelo Poder Público, se houver interesse de sua parte; e controlar o preço dos terrenos, através do arbitramento judicial, se o preço dos terrenos solicitado estiver muito elevado.

Felizmente – e após muita discussão e debates reunindo diversos segmentos da sociedade envolvidos com a questão urbana –, o texto final do substitutivo ao Projeto de Lei 5.788/90, adotado pela Comissão de Desenvolvimento Urbano e Interior da Câmara dos Deputados, abandonou a possibilidade do arbitramento judicial, tendo em vista que isso poderia representar sensível dificuldade na circulação da propriedade urbana imobiliária, sabendo-se, sobretudo, da morosidade da prestação dos serviços judiciais. Era preciso agilizar o instituto, evitando, se possível, o arbitramento judicial, pela demora inevitável do procedimento, sendo certo que a propriedade cadastrada para fins urbanísticos é uma meta ainda inatingível para boa parte dos municípios brasileiros.

Evitou-se, também, no caso de aplicação do direito de preempção, a aquisição do imóvel pelo valor da base de cálculo do IPTU, o que desfiguraria a relação de compra e venda, aproximando-a de uma desapropriação. A preferência não poderá ser efetivada por meio de uma imposição de preço, mas, sim, pela comparação com uma proposta concreta feita por terceiro.

Isso é derivado da própria essência do direito de propriedade.

O artigo 27, do Projeto de Lei 5.788/90, afirma que o proprietário deverá notificar sua intenção de alienar o imóvel, para que o município, no prazo máximo de 30 dias, manifeste por escrito seu interesse em comprá-lo. À notificação mencionada, será anexada proposta de compra assinada por terceiro interessado na aquisição do imóvel, da qual constarão preço, condições de pagamento e prazo de validade. O município fará publicar, em órgão oficial e em pelo menos um jornal local ou regional de grande circulação, edital de aviso da notificação recebida e da intenção de aquisição do imóvel nas condições da proposta apresentada. Transcorrido o prazo mencionado, sem manifestação, fica o proprietário autorizado a realizar a alienação para terceiros, nas condições da proposta apresentada. Concretizada a venda a terceiro, o proprietário fica obrigado a apresentar ao município, no prazo de 30 dias, cópia do instrumento público de alienação do imóvel.

O texto final apresentado procura criar salvaguardas para que o instrumento do direito de preempção não seja utilizado para fraudes. Verificada eventual fraude, a alienação é nula, inclusive passando o município a ter o direito de adquirir o imóvel, aí, sim, pelo valor da base de cálculo do IPTU, como prevê o Substitutivo, ou da proposta apresentada, se este for menor.

Destaca-se, ainda, que, sem prejuízo da punição de outros agentes públicos envolvidos e da aplicação de outras sanções cabíveis, o prefeito incorrerá em improbidade administrativa, nos termos da Lei 8.429/92, quando adquirir imóvel objeto de preempção, nos termos dos artigos 25 a 27 do Estatuto da Cidade, pelo valor da proposta apresentada, se este for, comprovadamente, superior ao de mercado.

Há muito a doutrina brasileira vinha demandando a edição de um "código urbanístico nacional", como existente em diversas legislações estrangeiras, que viesse a fixar princípios e diretrizes para a atuação de municípios e Estados nesse campo, incluindo os relativos à preservação do meio ambiente e do patrimônio cultural, histórico, paisagístico, artístico e arqueológico. Não obstante a inércia da União quanto à edição des-

sas normas gerais de urbanismo, que até o momento encontram-se em leis esparsas (como as que regulam os loteamentos urbanos e os tombamentos), os municípios de maior porte, predominantemente, vêm editando suas leis próprias sem maiores embaraços. Existe, obviamente, o risco da disparidade das diversas normas locais editadas por município e Estado em face da inexistência dessa normatização de caráter nacional, cuja edição posterior poderá importar em revogação daquelas, caso não sejam adequadas aos princípios e preceitos que venha a União a estabelecer.

Maior consequência da omissão federal se fazia sentir no momento em que os municípios, no ensejo de aplicar seus respectivos planos locais, utilizavam-se de instrumentos que ainda hoje propiciam questionamentos acerca da competência para criá-los, posta sua relação com o Direito Civil, cuja competência para legislar é da União Federal. Renomados autores, no entanto, já afirmam que tais instrumentos coadunam-se com o cumprimento da função social da propriedade e, principalmente, dizem respeito ao direito de construir, o que atrairia a competência municipal (o próprio Código Civil, editado em 1917, já previa a limitação do direito de propriedade pelos regulamentos administrativos).

Certamente, uma lei nacional que delinear os aspectos gerais dessas limitações será bem-vinda, pondo uma pá de cal definitiva sobre interpretações mais conservadoras do direito de propriedade – que ainda persistem e abalam a certeza da constitucionalidade de uma atuação municipal mais ampla em matéria urbanística –, propiciando o surgimento e a efetiva aplicação de instrumentos urbanísticos desenhados para interferir, efetivamente, nas dinâmicas de produção da cidade, no sentido da democratização de seus mercados.

## Referências Bibliográficas

BARREIRA, M. B. *Direito urbanístico e o município*. In: FERNANDES, E. (org.). *Direito urbanístico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

FERNANDES, E. *Direito do urbanismo*: entre a “cidade legal” e a “cida-

de ilegal". In: FERNANDES, E. (org.). Direito urbanístico. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

MEIRELLES, H. L. *Direito municipal brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.

SAVY, R. *Droit de l'urbanisme*. Paris: Thémis, 1981.

SILVA, J. A. *Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

———. *A. Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1995.

## PARCELAMENTO E EDIFICAÇÃO COMPULSÓRIOS E DESAPROPRIAÇÃO – SANÇÃO

*Nilza Maria Toledo Antenor<sup>97</sup>*

### Urbanização e Instrumentos de Planejamento

Os avanços tecnológicos, em especial nos meios de transporte e de telecomunicações, promovem alterações significativas na organização e distribuição espacial das atividades produtivas, econômicas e sociais nas cidades.

Assim, na primeira metade do século XIX, surgem nas cidades européias os problemas decorrentes da revolução industrial, causados pela fuga da população do campo para a cidade, dando-se início ao fenômeno da urbanização. O desenvolvimento industrial aliado ao desenvolvimento dos meios de transporte – estradas, canais navegáveis e estradas de ferro – permitiram maior mobilidade no transporte de mercadorias e passageiros. Por outro lado, o aumento expressivo da população nas cidades, em busca de trabalho e melhores salários, gerou problemas de insalubridade, insuficiência de moradia e desequilíbrio no atendimento dos serviços urbanos e sociais devido à infra-estrutura inadequada para o atendimento da nova demanda.

<sup>97</sup> Arquiteta pela Universidade Mackenzie, pós-graduação pela Faculdade de Arquitetura e Urbanismo e Escola Politécnica da Universidade de São Paulo – USP e especialização em Administração pela Fundação Getúlio Vargas – FGV.



Surgem, então, após a Primeira Guerra Mundial, duas correntes do urbanismo moderno, uma funcionalista, inspirada nas idéias de Le Corbusier, e outra culturalista, inspirada nas idéias de Camille Site e Ebenezer Howard, criando métodos e técnicas que apontam caminhos e soluções para a reorganização das funções urbanas nas cidades.

No Brasil, na segunda década do século XX, o setor público, inspirado nas idéias funcionalistas, promoveu a ordenação das áreas centrais, investindo na alteração do traçado viário e nos transportes, e a iniciativa privada, envolvida com a produção e a ocupação do solo urbano, inspirada nas idéias culturalistas, começou a implantar novos bairros residenciais, que eram oferecidos às classes mais abastadas da população das cidades do Rio de Janeiro e São Paulo, incluindo desde o parcelamento básico da terra, segundo densidade e ocupação pré estabelecidas, até investimentos em equipamentos urbanos, em especial as instalações de infra-estrutura disponíveis.

O conceito de “bairro jardim” foi incorporado pelo Poder Público, que, por meio de legislação específica, passou a exigir do proprietário de gleba a obrigatoriedade de submeter à aprovação do Executivo municipal o projeto de arruamento e loteamento, estabelecendo como condições de parcelamento, a princípio, o lote mínimo e as características funcionais das vias e espaços livres destinados a áreas verdes.

No entanto, somente através do Decreto-Lei 58, de 10 de dezembro de 1937, exigiu-se a obrigatoriedade de o loteador inscrever o loteamento no Registro de Imóveis, devendo, para tanto, serem apresentados, no caso de propriedade urbana, o plano do loteamento aprovado pela prefeitura e respectivo memorial, as certidões da situação fundiária e tributária do terreno e contrato de compromisso de venda dos lotes.

Esse instrumento permitia ao loteador fornecer, por meio de empréstimo, recursos para a construção da edificação, podendo realizá-la por meio de empreitada, celebrando, para tanto, contrato de financiamento, que devia ser registrado por averbação no livro do Registro de Imóveis.

Porém, o Decreto-Lei 58/37 não impunha punições ao loteador e, tampouco, a legislação urbanística vigente à época continha penalidades que coibissem ações de irregularidade, como a abertura de arruamentos sem licença da prefeitura. Para sanar esse problema, o Poder Público, em diversas oportunidades, promoveu a oficialização de logradouros e intimou os proprietários a realizarem as obras necessárias à obtenção do termo de regularização de seus loteamentos.

## Brasil - Emprego e Urbanização - Taxa Anual de Crescimento

	1940/50	1950/60	1960/70	1970/80
Aumento do emprego industrial e dos serviços	2,9	4,5	4,1	6,6
Crescimento da população urbana	3,9	5,3	5,0	4,6
Crescimento da população nas cidades com mais de 20.000 habitantes	5,2	6,3	5,8	5,9

Fonte: Ignacy Sachs - *Recursos, emprego e financiamento do desenvolvimento: produzir sem destruir. O caso do Brasil*: relatório de introdução para o seminário internacional do Cendec, Brasília, 23-25/8/88.

O incremento populacional teve início nas décadas de 1940 a 1950, tornando-se mais expressivo com a diversificação das atividades industriais e de prestação de serviços e a oferta significativa de empregos nas décadas de 1950 a 1960, tendo a população urbana aumentado a taxa anual de 5,3% e de 6,3% nas cidades com mais de 20.000 habitantes, gerando, em decorrência, maior demanda por moradia.

Nos anos 1940 a 1960, o governo federal editou vários dispositivos jurídicos que visavam à regulação dos aluguéis, atendendo situação de emergência vivida durante a Segunda Guerra Mundial e a maior demanda por moradias nas cidades. De um lado, limitou o valor dos aluguéis,

impediu, por meio de aplicação de multa, a permanência de imóveis desocupados destinados ao aluguel e, de outro, incentivava a produção de novas moradias de aluguel, liberando para estas o valor do aluguel, criando uma política ambígua, gerando distorções que acabaram afetando a rentabilidade e a oferta habitacional.

O fenômeno da urbanização era o gerador de desvios no desenvolvimento urbano, e o Poder Público, por meio de instrumentos de planejamento, buscava reduzir seus efeitos negativos. Na década de 60, o Banco Nacional da Habitação - BNH (atual BNDES) passou a oferecer financiamentos para a produção de conjuntos habitacionais destinados à classe de baixa renda, que devido ao preço da terra, foram implantados em grandes glebas situadas nas áreas periféricas da cidade. Também, a iniciativa privada, tendo o quinhão da população abastada sido atendido, passou a oferecer loteamentos populares, situados nas áreas periféricas das cidades, muitos deles sem a devida aprovação da prefeitura.

Esse processo implicou, de um lado, mais ônus ao Poder Público, que se viu obrigado a estender as redes de infra-estrutura e os serviços de transportes para atender a população instalada e, de outro, a necessidade de orientar os incautos compradores dos lotes, que não conseguiam obter o licenciamento das edificações para efetuar a inscrição no registro de imóveis por estarem edificadas em locais impróprios e por se encontrarem em parcelamentos do solo irregulares.

Como resultado desse processo foram se formando os chamados “vazios urbanos” como reserva de valor dos proprietários, pela retenção de glebas vazias que se beneficiam das externalidades positivas, decorrentes de investimentos públicos realizados na cidade.

O governo federal, pelo Decreto-Lei 271, de 28 de fevereiro de 1967, passou a conceituar e distinguir as formas de parcelamento do solo urbano, introduzindo o conceito de loteamento e desmembramento de gleba. Esse instrumento autorizava a integração das áreas públicas ao domínio público do município, a partir da data de inscrição do loteamento.

Buscando penalizar as ações irregulares do loteador, o artigo 3º do Decreto-Lei 271/67 equiparou o loteador ao incorporador, os compradores de lotes aos condôminos e as obras de infra-estrutura à construção da edificação, aplicando-se a Lei 4.591, de 16 de dezembro de 1964, " donde se infere que aquele ficaria sujeito à mesma sanção penal deste (art. 66), mas, como bem pondera Luciano Caseiro, é um crime " tomado por empréstimo", cuja figura fica enfraquecida quando se transplanta para os casos de loteamento." (Meirelles, Hely Lopes. *Direito de construir*. 3ª ed., 1979, p. 124).

Como os instrumentos jurídicos disponíveis não conseguiam coibir as ações danosas praticadas pelos promotores do parcelamento do solo urbano, em 1973, foi criado o Programa Comunidade Urbana de Recuperação Acelerada - Cura, pelo então BNH, destinado a promover:

- a execução integrada de obras de infra-estrutura urbana e comunitária;
- o adensamento da população urbana até níveis tecnicamente satisfatórios;
- a eliminação da capacidade ociosa dos investimentos urbanos;
- a diminuição dos efeitos negativos da especulação imobiliária;
- a racionalização dos investimentos em infra-estrutura urbana e comunitária, por meio de critérios e objetivos para a fixação de prioridades." (BNH ( RC7/73)

O governo federal, com esse programa, buscava oferecer aos municípios um instrumento de planejamento que permitia a ordenação do solo urbano em áreas selecionadas, por meio de critérios adequados e específicos, definindo-se para essas áreas um plano de urbanização que previa obras de complementação da rede viária, de equipamentos urbanos, comunitários e de serviços adequados à renda da população existente e prevista, a serem implementadas pelo Poder Público e por empreendedores imobiliários. Para inibir a retenção dos terrenos pelos proprietários, o programa obrigava a adoção de alíquota progressiva do Imposto Predial e

Territorial Urbano – IPTU, até o equivalente a um terreno ocupado por uma edificação. Em São Paulo, o exemplo mais significativo desse programa foi o Cura Jabaquara, que contou com a participação de empreendedores privados na implementação do plano urbanístico. Porém, a cobrança do IPTU progressivo não foi implementada como previsto, tendo sido pouco utilizada pelos municípios que aplicaram esse programa.

Somente com a Lei Federal 6.766, de 19 de dezembro de 1979, e com as alterações da Lei 9.785, de 29 de janeiro de 1999, passam os municípios a dispor de um instrumento jurídico que considera crime contra a Administração Pública os loteamentos e desmembramentos iniciados sem autorização do órgão público competente, bem como aqueles em desacordo com a legislação ou sem observância das determinações da licença, impondo pena de reclusão e multa pecuniária de acordo com a gravidade da infração.

Esse instrumento jurídico estabelece diretrizes urbanísticas, as quais deverão ser observadas pelos interessados em promover o parcelamento do solo. Admite o parcelamento do solo para fins urbanos somente em zonas urbanas, de expansão urbana ou de urbanização específica, assim definidas pelo plano diretor ou aprovadas por lei municipal. Impede o parcelamento do solo em terrenos em situação de risco – alagadiços e sujeitos a inundações –, inadequados do ponto de vista ambiental (aterçados com material nocivo à saúde e com poluição ambiental que impeça condições sanitárias suportáveis), inadequados pela condição geológica e topográfica (declividade > 30%) e em áreas de preservação ambiental, podendo, se sanadas as condições adversas, o parcelamento ser submetido à aprovação da prefeitura.

Estabelece ainda que as áreas destinadas ao sistema de circulação, à implantação de equipamentos urbanos e comunitários, bem como, a espaços livres de uso público, serão proporcionais à densidade de ocupação prevista pelo plano diretor ou aprovada por lei municipal para a zona em que se situem. Essa alteração foi introduzida pela nova redação dada ao inciso I do artigo 4º pela Lei 9.785, de 29 de janeiro de 1999, que retirou a exigência de o loteador doar, no mínimo 35% da área total da gleba

para áreas públicas, deixando para o plano diretor ou à lei municipal o estabelecimento da porcentagem da gleba bruta, que deverá ser doada para áreas públicas em função da densidade demográfica prevista. Estabelece a área mínima do lote, define como equipamentos comunitários aqueles destinados à educação, cultura, saúde, lazer e similares e, como equipamentos urbanos os de abastecimento de água, serviços de esgotos, energia elétrica, coleta de águas pluviais, rede telefônica e gás canalizado, que estarão contidos nos projetos de loteamento, de acordo com as exigências de lei municipal de parcelamento, uso e ocupação do solo.

O interessado, antes de elaborar o projeto de loteamento, deve solicitar à prefeitura a definição de diretrizes para o uso do solo, traçado dos lotes, sistema viário, espaços livres e áreas reservadas para equipamentos urbanos e comunitários. Essa etapa poderá ser dispensada, mediante lei municipal, para as cidades com menos de 50.000 habitantes. As diretrizes expedidas pela prefeitura vigorarão pelo prazo de quatro anos.

Os projetos de loteamento e desmembramento, após aprovação da prefeitura e dos órgãos estaduais, nos casos especificados no artigo 13 da Lei 6.766/79, com as alterações da Lei 9.785/99, terão 180 dias para efetuar o registro. O projeto aprovado deverá ser executado no prazo constante do cronograma de execução, sendo de no máximo quatro anos.

Os projetos de desmembramento deverão atender às disposições urbanísticas vigentes para as regiões em que se situem ou, na ausência destas, as disposições urbanísticas para os loteamentos.

O interessado deverá submeter o projeto aprovado de loteamento ou de desmembramento ao registro, com título de propriedade ou certidão da matrícula, podendo "o título de propriedade ser dispensado quando se tratar de parcelamento popular destinado às classes de menor renda, em imóvel declarado de utilidade pública, com processo de desapropriação judicial em curso e emissão provisória na posse, desde que promovido pela União, Estados, Distrito Federal e municípios ou suas entidades delegadas, autorizadas por lei a implantar projetos de habitação". (Lei 9.785/99, art.18, §4º)

Esse instrumento estabelece responsabilidades às partes intervenientes públicas e privadas, inclusive ao comprador de lotes em todas as ações vinculadas ao processo de parcelamento do solo. À prefeitura compete estabelecer os prazos para aprovação ou rejeição do projeto e para a aceitação ou recusa das obras decorrentes do parcelamento em função de sua estrutura organizacional, sob pena de arcar com indenização por danos causados ao interessado se os prazos fixados não forem cumpridos. De outro lado, ao comprador de lote cabe, ao descobrir que foi lesado, de imediato suspender o pagamento das prestações restantes, notificando o loteador que o pagamento passará a ser efetuado no Registro de Imóveis competente. Ao Registro de Imóveis compete a responsabilidade pelo depósito das prestações recebidas em estabelecimento de crédito (inciso I do artigo 666 do Código de Processo Civil), em conta cuja movimentação dependerá de prévia autorização judicial.

Dessas ações decorrem os procedimentos admitidos por esse instrumento jurídico para que o loteador tome as providências necessárias à regularização do parcelamento do solo, que, uma vez regularizado, poderá levantar as prestações depositadas, contando para tanto com audiência do Ministério Público e a citação da prefeitura. Se o loteador deixar de atender à notificação ou se a prefeitura promover a regularização, visando à correção de desvios provocados no desenvolvimento da cidade e, em defesa dos adquirentes de lotes de baixa renda, o loteador não terá direito às prestações depositadas.

Mesmo com esse instrumento, o problema dos parcelamentos irregulares continua a ser o desafio das grandes cidades brasileiras, como São Paulo, que conta atualmente com cerca de 800.000 lotes clandestinos, abrigando uma população estimada em 3.200.000 habitantes.

Essa ação de regularização prevista na lei de parcelamento federal e em lei municipal de regularização, a chamada lei de anistia, só retarda a solução do problema, pela postergação da aplicação dos dispositivos constitucionais (§ 4º do art. 182), gerando sempre uma expectativa para o loteador, que, mesmo executando em desacordo com as disposições le-

gais, aguarda que nova lei de anistia seja editada e, dessa forma, ele se vê impune e ao mesmo tempo beneficiado por essa lei.

## **Parcelamento, Edificação ou Utilização Compulsórios**

O parcelamento do solo é instrumento indutor da urbanização, sendo realizado de forma espontânea pelo proprietário da terra, que planeja o parcelamento da gleba em lotes e submete o projeto à aprovação da prefeitura, visando a sua inscrição no Registro de Imóveis para alienação dos lotes a terceiros, transferindo ao domínio público as ruas e as áreas destinadas ao uso público de lazer e a equipamentos comunitários, além de implantar as obras de infra-estrutura necessárias à densidade populacional prevista, executadas de conformidade com as disposições legais vigentes, cumprindo, dessa forma, a primeira etapa da exigência constitucional, sendo que, após a edificação e futura utilização, em atendimento às normas urbanísticas, dará cumprimento à função social da propriedade.

O proprietário pode usar o seu imóvel para abrigar atividades previstas com grau e intensidade de construção compatível com a oferta de infra-estrutura e serviços instalados, de conformidade com as disposições urbanísticas vigentes (função social da propriedade), e para satisfazer suas próprias necessidades, podendo auferir os benefícios dele decorrente, dispor, vender, doar, etc. (faculdade de uso, gozo e disposição ( Código Civil, art. 524), como garantias constitucionais.

A Constituição Federal de 1998 tornou obrigatório o plano diretor como instrumento básico de política urbana para os municípios com mais de 20.000 habitantes, tendo por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. O § 4º do art. 182 facultou “ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova o seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:



- I - parcelamento ou edificação compulsórios;
- II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;
- III - desapropriação, com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até 10 anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.”

Na formulação do plano diretor são desenvolvidos estudos, pesquisas e análises que identificam e avaliam em profundidade os problemas e os desvios de estruturação e de desempenho das funções urbanas relacionados com a distribuição espacial da população, das atividades econômicas e sociais e com a oferta de infra-estrutura e serviços urbanos instalados no território do município, visando à definição dos instrumentos de política urbana adequados a alcançar o pleno desenvolvimento urbano com qualidade ambiental.

Durante a elaboração do plano diretor, tais informações deverão ser amplamente debatidas com as entidades representativas dos vários segmentos da população local, para que as diretrizes de desenvolvimento do município e os instrumentos de política urbana a serem incluídos no plano, para alcançar as transformações urbanísticas, socioeconômicas e ambientais, expressem os anseios da população.

O Projeto de Lei 5.788/90 substitutivo, denominado Estatuto da Cidade, no artigo 5º da Seção II, que regulamenta o § 4º do artigo 182 da Constituição Federal, estabelece que: “ Lei municipal específica para área incluída no Plano Diretor poderá determinar o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, devendo fixar as condições e os prazos para a implementação da referida obrigação” . O Projeto de Lei 5.788/90 considera subutilizado o imóvel com aproveitamento inferior ao mínimo definido no plano diretor ou em legislação dele decorrente, e utilizado em

desacordo com a legislação urbanística ou ambiental, cabendo ao Executivo Municipal notificar o proprietário para o cumprimento da obrigação, sob pena de aplicação do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbano progressivo no tempo, mediante majoração da alíquota, pelo prazo de 5 (cinco) anos consecutivos, cujo valor anual será de até duas vezes o valor da alíquota do ano anterior, observada a alíquota máxima de 15%.

A lei municipal especifica, para a área indicada no plano diretor, nos termos do § 4º do artigo 182 da CF e nos termos do artigo 5º do Estatuto da Cidade, deverá estabelecer os usos permitidos, segundo predominância desejada, com intensidade de ocupação mínima e máxima, para estabelecer os parâmetros de controle da função social da propriedade. Deve-se ressaltar que o Estatuto da Cidade introduziu a utilização como obrigatoriedade compulsória de forma muito apropriada, pois, a utilização, ou seja, a atividade instalada na propriedade urbana, é atributo essencial para o estabelecimento das restrições urbanísticas e edificações, as quais deverão ser atendidas para o pleno atendimento da função social.

As leis de parcelamento, uso e ocupação do solo estabelecem parâmetros mínimos e máximos relacionados com os diferentes tipos de assentamentos urbanos, visando, de um lado, ao controle populacional e, de outro, ao controle da ocupação e da área edificável, de forma a garantir uma distribuição equitativa e funcional da densidade compatível com a infraestrutura e equipamentos instalados e previstos, para alcançar o pleno desenvolvimento de cada parcela territorial ou região, de forma harmônica com o desenvolvimento do conjunto do município, assegurados a preservação dos imóveis de interesse cultural, dos recursos naturais que valorizam a paisagem urbana e garantem qualidade ambiental.

Os parâmetros mínimos estão relacionados com o parcelamento do solo e as relações de vizinhança (área do lote, frente e recuos), os parâmetros máximos estão relacionados à intensidade de área edificada, visando ao controle da densidade (taxa de ocupação, coeficiente de aproveitamento e gabarito). O estabelecimento de parâmetro mínimo para a intensidade de área construída será o primeiro desafio que os municípios terão de enfrentar.

O parâmetro de intensidade mínima de utilização do solo deverá estar relacionado com a densidade de ocupação prevista para determinada área ou região da cidade em função da infra-estrutura instalada e a possível ociosidade desses serviços, decorrentes da sua baixa utilização. Como critério para o estabelecimento da intensidade de área construída mínima deve-se adotar as dimensões mínimas dos compartimentos em função do uso da edificação, estabelecidas pelo código de edificações, devendo os compartimentos e ambientes estarem posicionados de forma a assegurar o conforto térmico, a proteção acústica e de higiene e salubridade. Trata-se de assunto que merecerá maior discussão, tendo em vista as peculiaridades de cada município, mas, em princípio, poderiam ser aceitos usos com baixa utilização, como os estacionamentos de veículos, quando situados em lotes voltados para vias de maior tráfego de veículos, cumprindo a função social de retirar os veículos estacionados junto ao meio fio. Em áreas residenciais poderão existir, por exemplo, viveiros de plantas, hortas, dentre outros usos de baixa utilização, mas, benéficos para as características dessa área, com predominância residencial, inserida numa dada região específica da cidade.

### **Fatores intervenientes na delimitação das áreas sujeitas ao parcelamento, à edificação ou utilização compulsórios**

Na elaboração do plano diretor e da lei municipal específica, para estabelecer a área sujeita ao parcelamento, à edificação ou à utilização compulsórios, a prefeitura deverá definir os fatores urbanísticos, socioeconômicos e de infra-estrutura que traduzam a dinâmica urbana da cidade, procurando identificar os desvios apresentados por esses fatores em relação à tendência principal do conjunto da cidade e as diretrizes específicas para cada parcela do território urbano.

Como fatores urbanísticos serão considerados a acessibilidade por transporte coletivo, que se contrapõe à predominância de glebas e lotes ociosos (de 25% a 50%), e o desvirtuamento da vocação ou tendência de determinada região, por meio da ocorrência de usos não conformes.

Como fatores sociais estão compreendidos os resultados de análise dos dados demográficos, em especial a renda. Deve-se salientar, no entanto, que, nos pequenos municípios, a renda é representativa para o município como um todo. Nesse caso, a caracterização da provável faixa de renda da população, por parcela territorial do município, poderá ser feita através de outras variáveis, como a dimensão dos lotes, o tipo de edificação, o estado de conservação, a maior ou menor presença de espaços verdes privados e públicos, a predominância ou exclusividade de uso residencial, dentre outros. Como indicador, recomenda-se os de renda média para a aplicação desse instrumento.

Como fatores econômicos, estão relacionados à distribuição espacial das áreas de produção industrial, às áreas de maior concentração das atividades comerciais e de prestação de serviços e às áreas de uso misto, com densidade de ocupação média, que disponham de glebas, lotes ociosos e edificações subutilizadas ou não utilizadas, situadas em zonas adensáveis.

Como fatores de infra-estrutura, podem ser estabelecidos critérios de pontuação com incidência de maior valor para a rede de água, seguidos de valores decrescentes para o esgoto, a pavimentação e a iluminação pública.

Como fatores de viabilidade de aplicação desse instrumento devem ser avaliados os recursos auferidos pela arrecadação do imposto predial territorial urbano, por habitante e por m<sup>2</sup> de área construída, segundo uso, tendo em vista a alíquota e sua progressividade no tempo. Deve-se avaliar que tipo de intervenção será possível com esses recursos, dado que, ao final da aplicação desse instrumento, caberá ao município o adequado aproveitamento daquela área. Devem ser identificados, quantificados e analisados os lançamentos imobiliários em relação à situação fundiária existente e em relação às áreas regularmente aprovadas, aferidas pelos alvarás de licenças e certificados de conclusão expedidos pela prefeitura.

A interação dos fatores decorrerá de ponderação atribuída a cada fator, segundo objetivos e prioridades estabelecidos nas simulações e cenários realizados para a formulação do plano diretor, que permitam identificar na estrutura urbana as áreas passíveis de parcelamento, edificação ou utilização compulsórios.

### **Finalidade do parcelamento, edificação ou utilização compulsórios**

- a) O principal objetivo é combater a retenção de glebas e lotes não edificados, dotados de infra-estrutura e serviços urbanos, visando à redução dos custos de urbanização e otimizando os investimentos públicos realizados.

A função social da gleba poderá ser cumprida, tanto pelo seu adequado parcelamento (loteamento ou desmembramento), com a destinação de parte da gleba para áreas públicas (vias, áreas verdes e áreas para equipamentos comunitários) e o restante em lotes para posterior edificação, quanto pela adequada utilização, realizada por meio da implantação de uso permitido e de grande efeito transformador na região, que poderá ser instalado na totalidade da gleba, como, por exemplo: shopping center, centro empresarial, supermercado ou até mesmo uma indústria não poluente, devendo, para tanto, a gleba estar voltada para via de circulação oficial e atender às condições estabelecidas pelos órgãos municipais responsáveis pelo controle de tráfego e ambiental, que poderão, inclusive, fazer exigências para reduzir os possíveis impactos, quer seja sobre o tráfego local, quer seja sobre os incômodos causados à vizinhança, devendo, para tanto, o proprietário apresentar estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV) e, quando for o caso, estudo prévio de impacto ambiental (EIA).

- b) Punir qualquer utilização em desacordo com a legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo, de forma a estimular o uso da propriedade urbana de conformidade com a sua função social.
- Um dos maiores problemas das cidades de médio e grande portes é o do parcelamento irregular do solo, ou seja, aquele executado sem

autorização da prefeitura ou executado em desacordo com o plano aprovado (loteamento e/ou desmembramento clandestino).

Para que os municípios possam fazer uso desse instrumento, é necessário que lei federal discipline a matéria e que o plano diretor do município indique as áreas de sua aplicação. No caso do município de São Paulo, a indicação da área no plano diretor já está atendida pelo disposto na alínea "a" do inciso I e alínea "a" do inciso II do artigo 15 da Lei 10.676, de 7 de novembro de 1988. O legislador poderia ter regulamentado o tema na lei federal 9.785/99, mas não o fez. Sem essa condição atendida, o município de São Paulo e os demais municípios, não podendo utilizar as disposições do § 4º do artigo 182 da CF, fazem uso de leis de anistia.

Do ponto de vista urbanístico, o melhor seria estancar de vez essa anomalia e fazer ressurgir um ambiente urbano construído com condições adequadas de habitabilidade. Em face dos prejuízos causados à população, especialmente a de baixa renda, e ao desenvolvimento urbano, e considerando, ainda, que para essas questões há legislação federal específica que impõe penalidades pecuniárias e até a reclusão, o recomendável seria a elaboração de projeto de lei federal ampliando as disposições do artigo 44 da Lei 6.766/79, para incluir o "consórcio imobiliário" como instrumento de viabilização financeira da regularização do parcelamento.

A solução do problema não está no incremento de punições, mas, sobretudo, nas formas de viabilização técnica e financeira do empreendimento. Deverá ser buscado junto ao setor financeiro os mecanismos de incentivo que permitam às instituições financeiras públicas e privadas criarem linhas de financiamento para a execução das obras de infra-estrutura, em especial, a drenagem de águas pluviais, o esgotamento sanitário, o sistema viário e pavimentação, cujo custo é da ordem de 73% e 80%, de acordo com a densidade baixa ou alta (Mascaró, 1989).

O município deverá contar com recursos técnicos e financeiros para exercer a fiscalização com rigor, coibindo de imediato as ações irregulares. Para tanto, deverá possuir levantamento aerofotogramétrico, com periodicidade quinquenal de atualização, manter equipe permanente para

o monitoramento das áreas parceladas irregularmente e das áreas vazias, estabelecendo um programa de ação conjunta com o Registro de Imóveis, o Ministério Público e o agente financeiro.

- Outro desvio da função social da propriedade são as edificações de interesse de preservação histórico e arquitetônico não utilizadas e abandonadas.

Também, nesse caso, para que os municípios possam fazer uso desse instrumento, é necessário que lei federal discipline a matéria, dado que a condição da área estar indicada no plano diretor, no caso do município de São Paulo, já está atendida pelo disposto no inciso II do artigo 11 da Lei 10.676, de 7 de novembro de 1988, e pela legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo, que estabelece os níveis de preservação a que estão sujeitos.

Admitindo-se, nesse caso, o uso dos instrumentos de incentivo já disponíveis, como a Lei 8.313, de 23 de dezembro de 1991, que trata do Programa Nacional de Apoio à Cultura - Pronac, e a transferência do potencial construtivo não utilizado, nos termos de legislação municipal, como forma de viabilização financeira das obras necessárias ao restauro.

- E, para reverter a situação de degradação, deve ser imputada a utilização ou a edificação compulsória à edificação não utilizada, em ruínas, que apresentem problemas de segurança, de forma cumulativa com as demais penalidades decorrentes do código civil e do código de edificações.

Há necessidade, que as situações ocorrentes mais gravosas, que causam prejuízos a terceiros e a coletividade possam vir a utilizar os instrumentos de política urbana, de forma mais rápida e eficiente pelo Executivo municipal.

- c) Ampliar a oferta de imóveis no mercado imobiliário, visando pela diversificação atender segmentos diferenciados do mercado imobiliário.
- d) Promover a requalificação de imóveis subutilizados ou não utilizados em situação de abandono, especialmente aqueles localizados na área

central das grandes cidades, voltados para o uso habitacional, como forma de revitalizar o centro.

Os avanços tecnológicos nas áreas de informática, telecomunicações e as mudanças nas relações de trabalho têm gerado transformações na apropriação dos espaços construídos pelas atividades comerciais e de prestação de serviços, que se refletem em várias regiões da cidade. Na área central, constata-se o abandono de grandes edifícios que se tornaram obsoletos para as atividades terciárias.

Tais edifícios poderiam ser reabilitados para o uso habitacional, dentro de um programa mais amplo, que conciliasse os interesses sociais com os interesses imobiliários. Assim, neste caso, a utilização compulsória deveria estar associada a uma política habitacional de âmbito federal, visando à ampliação da oferta de habitação de aluguel. Um dos instrumentos que poderia ser utilizado é o Programa de Arrendamento Residencial - PAR, instituído pela Medida Provisória no 1.823, de 29/4/99, podendo ainda, no âmbito municipal a viabilização financeira da reabilitação, estar associado a outros instrumentos de política urbana, como a operação urbana consorciada.

## **Resultados e procedimentos**

Será que a imposição ao proprietário do parcelamento do solo, da edificação ou da utilização compulsórios alcançará os resultados estabelecidos pelo plano diretor e leis específicas?

Apenas a imposição da cobrança compulsória do imposto predial territorial urbano progressivo no tempo sobre a propriedade urbana não será suficiente para que as transformações urbanísticas se concretizem. Torna-se necessária a definição de um plano urbanístico que conte com um programa de ação do Poder Público e da iniciativa privada e o apoio da população, tendo em vista que o não cumprimento dessa obrigação culminará com a desapropriação-sanção, tendo o Executivo municipal a responsabilidade de promover o adequado aproveitamento dos imóveis, no prazo máximo de cinco anos, sob pena de improbidade administrativa do prefeito.



Nesse sentido, e dentro do processo de discussão do plano diretor, deve-se esclarecer a população sobre o fato de que cada propriedade urbana, para cumprir sua função social, deve atender às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano, que visa, com os objetivos, diretrizes e instrumentos aplicáveis a cada situação específica da área urbana e rural do município, alcançar um ambiente ecologicamente equilibrado, por meio da preservação do ambiente natural e histórico-cultural, e garantir aos seus cidadãos acesso a condições satisfatórias de habitação, educação, saúde, esporte, lazer, cultura, transporte público, saneamento básico e segurança, devendo contar com o apoio dos demais níveis de governo nas questões expressas no plano diretor como de suas competências.

Por outro lado, esse instrumento poderia estar associado a outros instrumentos de política urbana, que, por sua vez, ofereçam incentivos à iniciativa privada. Um desses instrumentos, que mais flexibilidade apresenta, é a Operação Urbana Consorciada. Dessa forma, o Executivo municipal, mediante lei municipal específica aplicável a um determinado perímetro, que tenha parcelamento irregular e terrenos ociosos, de um lado, poderá exigir a obrigação do parcelamento compulsório, com cobrança do imposto predial territorial urbano progressivo no tempo, permitindo a utilização do "consórcio imobiliário", e, de outro, apresentar incentivos para a participação da iniciativa privada. Para que esses instrumentos alcancem os resultados esperados, o conjunto de incentivos deverá atrair o mercado imobiliário e, para o produto final esperado, deverá existir demanda.

No entanto, há dúvidas sobre a eficácia desse instrumento, tendo em vista o conjunto de leis e prazos previstos para cada passo de sua implantação:

1. aprovação do Projeto de Lei Federal - Estatuto da Cidade;
2. obrigatoriedade de elaborar plano diretor com a indicação da área sujeita ao parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, IPTU progressivo no tempo e desapropriação-sanção;
3. obrigatoriedade de lei municipal específica, contendo a delimitação

de área passível de aplicação do instrumento de parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, estabelecendo as condições e prazos para o cumprimento da obrigação;

4. identificação dos proprietários;
5. entrega da notificação, por funcionário do órgão competente, ou por edital, concedendo o prazo de um ano para o protocolamento do projeto na prefeitura;
6. averbação da notificação no Registro de Imóveis;
7. concessão do prazo de 2 (dois) anos, contados a partir da aprovação do projeto, para iniciar as obras do empreendimento, admitindo a conclusão em etapas para os empreendimentos de grande porte;
8. início da cobrança do IPTU progressivo 1(um) ano após a entrega da notificação, se esta não for atendida;
9. aplicação por 5 (cinco) anos consecutivos do IPTU progressivo, com alíquota até duas vezes o valor cobrado no ano anterior, observada a alíquota máxima de 15%;
10. aprovação da emissão de títulos da dívida pública pelo Senado Federal;
11. estabelecimento de consórcio imobiliário, pela prefeitura, por meio de requerimento do proprietário;
12. desapropriação-sanção dos imóveis;
13. adequado aproveitamento da área, realizado diretamente pelo Poder Público ou através de terceiros, por meio de licitação, no prazo máximo de 5 (cinco) anos após a expropriação.

Uma vez cumpridos todos os passos, as prefeituras, para garantir o controle dos resultados desse instrumento, deverão criar sistemas de acompanhamento e controle das ações acima enumeradas, por meio da sistematização das informações constantes dos alvarás de licença e dos certificados de conclusão, instrumentos de controle público, que asseguram

que o parcelamento do solo, a edificação e o uso da edificação atendem às disposições legais. Da mesma forma, deverão ser instituídos controles da cobrança do IPTU progressivo, por meio de conta vinculada, no orçamento municipal para essa finalidade. Ainda para monitoramento de possíveis ocorrências de parcelamento ou edificação executados sem licença, a prefeitura deverá contar com levantamentos aerofotogramétricos atualizados e com equipe de fiscalização.

A notificação a ser entregue ao proprietário do imóvel deverá conter:

1. O imóvel, situado na rua (...), está sujeito à obrigatoriedade de realizar o parcelamento, a edificação e a utilização compulsórios, sob pena de cobrança do imposto predial territorial urbano, mediante majoração da alíquota progressiva no tempo, por cinco anos consecutivos, e Desapropriação - Sanção, com base no artigo 182, § 4º, III, da Constituição Federal, e na Lei Municipal no ..., devendo o proprietário, para cumprir a função social de sua propriedade, apresentar projeto à prefeitura no prazo de 1 (um) ano, sendo permitidos os usos (...) com intensidade mínima de (...).
2. Aprovado o projeto pela prefeitura, o proprietário terá o prazo de 2 (dois) anos para iniciar as obras do empreendimento.
3. Caso o proprietário não protocole o projeto até o prazo de um ano, após o recebimento da notificação, a prefeitura dará início à cobrança do imposto predial territorial urbano progressivo.
4. Para empreendimentos de grande porte, desde que aprovados como um todo, admite-se a conclusão em etapas.
5. As obrigações ficam transferidas por transmissão do imóvel, por ato *inter-vivos* ou *causa mortis*, posterior à data da notificação, sem interrupção de quaisquer prazos.
6. O proprietário, por razões financeiras, poderá solicitar, por meio de requerimento, a utilização do instrumento "consórcio imobiliário", que permite a transferência do imóvel ao Poder Público, e, como pagamento, após as obras realizadas, recebe unidades imobiliárias

devidamente urbanizadas, com base no valor do cálculo do IPTU do imóvel, antes da execução das obras.

7. Para quaisquer esclarecimentos que se façam necessários, o proprietário deverá se dirigir ao órgão municipal competente (...) endereço (...) telefone (...).

## **Desapropriação - Sanção**

O instituto da desapropriação é utilizado para permitir ao Poder Público a transferência de forma compulsória da propriedade privada para o domínio público, por utilidade, necessidade pública ou interesse social, constituindo-se num ato administrativo que se inicia pela declaração de utilidade ou de interesse social dos imóveis atingidos, promovendo a avaliação dos mesmos, para a realização da justa indenização em dinheiro (CF, art. 5º, XXIV), visando à obtenção da adjudicação dos bens ao Poder Público, para a conseqüente realização do plano de obras e serviços.

No entanto, o artigo 182, § 4º, III, da Constituição Federal previu que as propriedades urbanas indicadas no plano diretor que não forem edificadas, sendo mantidas subutilizadas ou não utilizadas, estão sujeitas a penalidades cumulativas, que se iniciam pela cobrança do imposto predial territorial urbano progressivo no tempo, por meio de majoração da alíquota anual, pelo prazo de cinco anos consecutivos, respeitada a alíquota máxima de 15%.

Decorridos os cinco anos, e se a obrigação de parcelar, edificar ou utilizar não tiver sido cumprida, o Executivo municipal manterá a cobrança pela alíquota máxima até que se cumpra a referida obrigação, podendo proceder a desapropriação-sanção, com pagamento em títulos da dívida pública, previamente aprovados pelo Senado Federal, resgatáveis em parcelas anuais, iguais e sucessivas, no prazo de até dez anos, assegurados o valor real da indenização e os juros legais de 6% ao ano.

A denominação "sanção" decorre do gravame imputado à propriedade urbana, por não ter cumprido a sua função social expressa na Constituição Federal, sendo, por essa razão, lícita a redução da justa indenização.

O valor real da indenização terá como referência a base de cálculo do imposto predial territorial urbano, sendo descontado o montante incorporado em função de obras realizadas pelo Poder Público na área onde o mesmo se localiza, após a notificação, não sendo cabíveis, pela natureza da desapropriação, expectativas de ganhos, lucros cessantes e juros compensatórios.

O proprietário do imóvel poderá solicitar ao Poder Público, mediante requerimento, a aplicação do instrumento "consórcio imobiliário", procedendo a transferência de seu bem à prefeitura, que, após a realização das obras, devolverá ao proprietário unidades imobiliárias já urbanizadas, correspondentes ao valor do imóvel antes das benfeitorias.

Uma vez executada a desapropriação-sanção, caberá ao Executivo municipal a responsabilidade de promover o adequado aproveitamento dos imóveis no prazo máximo de cinco anos, sob pena do prefeito incorrer em improbidade administrativa, nos termos da Lei 8.429, de 2 de junho de 1992, conforme dispõe o artigo 57 do Estatuto da Cidade.

Tendo em vista as responsabilidades atribuídas ao proprietário e ao Executivo municipal na aplicação desse instrumento, as áreas sujeitas ao parcelamento, à edificação e à utilização compulsórios indicadas no plano diretor deverão estar associadas às diretrizes de um plano urbanístico, que estabelecerá o adensamento desejável a ser alcançado, em função das infra-estruturas e equipamentos existentes e programados, incluindo obras e melhoramentos necessários aos parcelamentos existentes, que conte com o apoio da iniciativa privada e da população diretamente afetada e, principalmente, com recursos orçamentários e/ou financiamento específico.

A aplicação desse instrumento, associada à operação urbana consorciada, seria recomendável para buscar apoio de investimentos privados, especialmente quando da execução da desapropriação-sanção, que o Executivo municipal terá que promover o aproveitamento da área expropriada, por seus próprios meios ou por alienação ou concessão a terceiros,

mediante licitação, devendo ser mantidas ao adquirente do imóvel as mesmas obrigações de parcelamento, edificação ou utilização.

## Referências Bibliográficas

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. 13ª ed. 1997.

———. *Direito urbanístico brasileiro*. 2ª ed. 1997.

AZEVEDO NETTO, Domingos Theodoro. *Política urbana: novos instrumentos para o desenvolvimento urbano*, 1990.

BENEVOLO, Leonardo. *História da cidade*. Editora Perspectiva, 1983.

SACHS, Ignacy. *Recursos, emprego e financiamento do desenvolvimento: produzir sem destruir - O caso do Brasil: relatório de introdução para o seminário internacional do Cendec*. Brasília, 23 -25/8/88.

BONDUKI, Nabil Georges. *Origens da habitação social no Brasil. Arquitetura moderna. Lei do inquilinato e difusão da casa própria*. Estação Liberdade: Fapesp, 1998.

MASCARÓ, Juan Luís. *Desenho urbano e custos de urbanização*. 2ª ed. 1989.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24ª ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestrero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho, 1999.

———. *Direito de construir*. 3ª ed. 1979.

## Instrumentos Jurídicos

Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988.

Organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira.

Substitutivo do Projeto de Lei 5.788, de 1990 – Estatuto da Cidade

Decreto-Lei 58, de 10 de dezembro de 1937

Decreto-Lei 271, de 28 de fevereiro de 1967

Lei Federal 6.766, de 19 de dezembro de 1979

Lei Federal 9.785, de 29 de janeiro de 1999

Lei Municipal 11.775, de 29 de maio de 1995 (São Paulo)

Lei Municipal 10.676, de 7 de novembro de 1988 (Plano Diretor de São Paulo)

Lei Federal 8.313, de 23 de dezembro de 1991

## **APLICABILIDADE DO PARCELAMENTO OU EDIFICAÇÃO COMPULSÓRIOS E DA DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA URBANA**

*Nelson Saule Junior<sup>98</sup>*

### **Exigências Constitucionais**

Através do Estatuto da Cidade são cumpridas as exigências previstas no parágrafo 4º do artigo 182 da Constituição Federal, para que o Poder Público municipal possa aplicar os seguintes instrumentos, como meio de exigir do proprietário de imóvel urbano que promova o seu adequado aproveitamento com base no plano diretor e numa lei municipal específica que se caracteriza como um plano urbanístico local:

- parcelamento ou edificação compulsórios;
- imposto sobre a propriedade predial e territorial progressivo no tempo;
- desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública, de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

O parágrafo 4º do artigo 182 da Constituição Federal estabelece o seguinte para a aplicação dos instrumentos acima mencionados:

É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para

<sup>98</sup> Professor de Direito da UNIB e da PUC-SP, doutorando e mestre em direito urbanístico, Coordenador da Área de Política Urbana do Pólis – Instituto de estudos e Formação e Assessoria em Políticas Públicas Sociais, membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB –SP

área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não-edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de

Para a aplicação desses instrumentos pelo Poder Público municipal é necessário o preenchimento dos seguintes requisitos:

- a) a propriedade urbana que não atende a função social deve ser integrante de área definida no plano diretor como sujeita à aplicação dos instrumentos;
- b) instituição do plano urbanístico local (lei municipal específica) dispondo sobre as exigências concretas para a propriedade urbana atender sua função social, bem como sobre o procedimento e o prazo para o cumprimento das exigências;
- c) lei federal (lei federal de desenvolvimento urbano) dispondo sobre a regulamentação dos referidos instrumentos.

O Estatuto da Cidade, instituído como lei federal prevista no parágrafo 4º do artigo 182, estabelece as normas que devem ser observadas para aplicar o parcelamento ou edificação compulsórias, o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo, e a desapropriação para fins de reforma urbana.

Essa norma constitucional permite a aplicação dos referidos instrumentos nas situações em que a propriedade urbana não atende sua função social, que são a de não estar edificada, de estar subutilizada, de não estar sendo utilizada. Essas situações têm como característica a ausência de uma destinação concreta para a propriedade ser aproveitada de forma adequada, considerando os limites para o exercício desse direito previstos na legislação urbanística.

As demais situações que implicam desrespeito ao princípio da função social da propriedade, como o uso indevido ou nocivo da propriedade urbana, poderão ser atacadas por outros instrumentos, tais como multas, suspensão de licença urbanística, interdição ou demolição.



Os instrumentos adotados pelo Texto Constitucional têm por característica obrigar o proprietário a um comportamento positivo de promover uma destinação concreta para a sua propriedade. São mecanismos destinados a impedir e inibir o processo da especulação imobiliária nas cidades, de conferir aos imóveis urbanos ociosos uma destinação voltada a beneficiar a coletividade. Isto é, o proprietário de imóvel urbano, para garantir o seu direito de propriedade, já deveria ter conferido a este uma função social. Na falta dessa destinação, o Poder Público municipal está constitucionalmente capacitado para tornar social a função da propriedade urbana.

O comportamento que pode ser exigido do proprietário, com base nas situações e instrumentos previstos no parágrafo 4º do artigo 182, é de este edificar, de construir em sua propriedade, de utilizar a propriedade no potencial mínimo de aproveitamento estabelecido no plano urbanístico local. O plano diretor, nesse caso, deve delimitar como áreas sujeitas à aplicação desses instrumentos as áreas urbanas onde as condições do meio físico e a disponibilidade da infra-estrutura instalada tenham capacidade de intensificar o uso e ocupação do solo urbano e de ampliar as atividades econômicas.

As normas do Estatuto da Cidade que regulamentam esses instrumentos, por exigência constitucional, devem ser respeitadas pelo Poder Público municipal, quando houver a necessidade da aplicação desses instrumentos diante de uma situação concreta em que a propriedade urbana não esteja atendendo a sua função social.

### **Parcelamento ou Edificação ou Utilização Compulsórios**

Parcelamento ou Edificação Compulsórios são instrumentos urbanísticos a serem utilizados pelo Poder Público municipal, como forma de obrigar os proprietários de imóveis urbanos a utilizar socialmente esses imóveis, de acordo com que está disciplinado no plano diretor do município. Essa obrigação pode ser o parcelamento de uma área urbana subutilizada ou não utilizada, na qual o proprietário esta se beneficiando do processo

de especulação imobiliária, bem como de edificação de uma área urbana, visando o uso máximo do potencial de uso e construtivo da propriedade, para que haja uma destinação social que beneficie a coletividade.

O Estatuto da Cidade, através dos artigos 5º e 6º, disciplina os instrumentos do parcelamento ou edificação compulsórios, introduzindo o instrumento da utilização compulsória, que poderão ser aplicados nas propriedades urbanas situadas nas áreas urbanas delimitadas no plano diretor como áreas que não estão atendendo a sua função social.

De acordo com o artigo 42 do Estatuto da Cidade, é conteúdo obrigatório do plano diretor a delimitação das áreas urbanas para a aplicação do parcelamento, edificação ou utilização compulsórias. Nos termos do inciso I desse artigo, o plano diretor deverá conter, no mínimo: a delimitação das áreas urbanas onde poderá ser aplicado o parcelamento, edificação ou utilização compulsórias, considerando a existência de infra-estrutura e de demanda para utilização, na forma do art. 5º.

O plano diretor tem, portanto, a tarefa de delimitar as áreas urbanas onde será necessária uma ação coercitiva do Poder Público para que as propriedades urbanas situadas nessas áreas tenham uma real função social.

Em razão da exigência constitucional da necessidade de uma lei municipal específica para a aplicação desses instrumentos, nos termos do parágrafo 4º do artigo 182, o Estatuto da Cidade, através do *caput* do artigo 5º, atribui à lei municipal a competência para definir as condições e os prazos para o cumprimento dessa exigência, no seguintes termos:

“ Art. 5º - Lei municipal específica para área incluída no plano diretor poderá determinar o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios do solo urbano não edificado ou não utilizado, devendo fixar as condições e os prazos para implementação da referida obrigação” .

Cabe à lei municipal específica, que se caracteriza como um plano urbanístico local, conter os critérios específicos de uso e ocupação do solo para a área urbana incluída no plano diretor. A lei municipal específica, na qualidade de um plano urbanístico local, deve dispor sobre as exigências

concretas para a propriedade urbana atender sua função social, bem como sobre o procedimento e o prazo para o cumprimento da obrigação de parcelar ou edificar, pelo proprietário de imóvel urbano considerado não edificado, subutilizado ou não utilizado, com base nos exigências fundamentais de ordenação da cidade definidas no plano diretor.

## **Subutilização e Utilização Compulsórias**

Através do parcelamento ou edificação compulsórias, o Poder Público municipal condiciona o proprietário, para assegurar o uso social da propriedade, a um comportamento positivo, de utilizar, de construir, de parcelar, de eliminar a subutilização.

O Estatuto da Cidade estabelece dois critérios para identificar se uma propriedade urbana se enquadra na categoria de propriedade subutilizada. De acordo com o § 1º do artigo 5º, o imóvel é considerado subutilizado no caso do aproveitamento ser inferior ao mínimo definido no plano diretor ou em legislação dele decorrente; ou quando for utilizado em desacordo com a legislação urbanística ou ambiental.

Como forma de modificar a condição de uma propriedade urbana subutilizada para a condição de utilizada, em consonância com a sua função social, o Estatuto instituiu o instrumento da utilização compulsória nos termos do *caput* do artigo 5º.

O Estatuto da Cidade é a lei federal que tem respaldo constitucional para estabelecer as normas gerais de direito urbanístico e constituir as normas que possibilitem o grau máximo de eficácia das normas constitucionais da política urbana. Ao instituir o instrumento da utilização compulsória, busca, justamente, conferir maior eficácia para essas normas constitucionais. Visa conferir ao município efetiva condição de exigir e obrigar que a propriedade urbana tenha a sua função social cumprida e respeitada

O objetivo de conferir o maior grau de eficácia às normas constitucionais da política urbana fundamentam a instituição da compulsoriedade para fins de parcelamento ou edificação, como também para fins da utilização da propriedade urbana.

O Poder Público municipal poderá, nos casos em que a propriedade urbana for considerada subutilizada, aplicar a utilização compulsória como forma de garantir uma destinação social para essa propriedade.

Na situação prevista no inciso I do § 1º do artigo 5º do Estatuto, no qual considera-se subutilizado o imóvel cujo aproveitamento seja inferior ao mínimo definido no plano diretor ou em legislação dele decorrente, como, por exemplo, a lei de uso e ocupação do solo, para a propriedade urbana atender a sua função social, será suficiente que o Poder Público exija do proprietário a utilização da propriedade no potencial mínimo de uso fixado no plano, sem que haja a necessidade de ser feito algum tipo de parcelamento ou edificação.

Vamos supor a existência na área do plano urbanístico local de prédios, armazéns, galpões abandonados. Nesse caso seria, suficiente o plano estabelecer os usos de interesse urbanístico admitidos para esses imóveis, como os equipamentos sociais, de modo a exigir de seus proprietários a utilização prevista no plano.

## **Requisitos para a Aplicação do Parcelamento ou Edificação ou Utilização Compulsórios**

Para o Poder Público municipal aplicar o parcelamento ou edificação ou utilização compulsórios, é necessário que o plano urbanístico local tenha especificado que formas de uso, de ocupação, e que atividades a área urbana delimitada no plano diretor deve conter para atender aos objetivos da política urbana, do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, de garantir condições dignas para seus habitantes e do cumprimento da função social da propriedade.

Vamos supor que a lei municipal específica – plano urbanístico local – contenha uma área urbana não utilizada, definindo esta como zona especial de interesse social destinada à habitação de interesse social. Essa lei pode estabelecer as seguintes obrigações aos proprietários de imóveis urbanos dessa área:

- a) no caso da propriedade ser uma gleba urbana, de promover o

- parcelamento para fins de constituir um loteamento urbano,
- b) no caso do imóvel já parcelado, de promover a edificação para fins de habitação de interesse social;
  - c) no caso do imóvel já parcelado e edificado, promover sua utilização para fins de habitação de interesse social.

De acordo com o § 2º do artigo 5º do Estatuto, com base no plano diretor e na lei municipal específica, o proprietário será notificado pela Administração Municipal, para o cumprimento da obrigação, devendo a notificação ser averbada no Cartório de Registro de Imóveis.

A notificação nos termos do § 3º do artigo 5º será feita, inicialmente, por funcionário do órgão competente do Poder Público municipal ao proprietário do imóvel ou, no caso do mesmo ser pessoa jurídica, a quem tenha poderes de gerência geral ou administração. A outra modalidade prevista é a do edital, que poderá ser utilizada quando frustrada, por três vezes, a tentativa da notificação efetuada pelo funcionário do órgão competente do Poder Público municipal.

A lei municipal específica – plano urbanístico local – deve fixar os prazos para o cumprimento da obrigação, estabelecendo o prazo para apresentação do projeto, início da execução do projeto e conclusão das obras. Esses prazos devem ser contados a partir da data da notificação feita pelo Poder Público ao proprietário, devendo a notificação ser averbada no Registro de Imóveis.

De acordo com o § 4º do artigo 5º do Estatuto, o prazo estabelecido para o cumprimento da obrigação pelo proprietário é de um ano, a partir da notificação para protocolar o projeto no órgão municipal competente; e de dois anos, a partir da aprovação do projeto, para iniciar as obras do empreendimento.

Para os empreendimentos de grande porte, o Estatuto da Cidade, através do § 4º do artigo 5º, possibilita, em caráter excepcional, que a lei municipal específica possa prever a conclusão das obras em etapas, assegurando-se de que o projeto aprovado compreenda o empreendimento como um todo.

A averbação no Registro de Imóveis é um procedimento necessário, pois no caso da alienação do imóvel, posterior à notificação, é transferido ao adquirente ou promissário comprador as obrigações previstas na lei municipal específica – plano urbanístico local –, não se interrompendo o prazo fixado para o parcelamento, a edificação ou a utilização. Essa medida visa impedir que, através da alienação do imóvel, seja iniciada novamente a contagem dos prazos para o cumprimento da obrigação.

Nos termos do artigo 6º, a alienação ou transferência do imóvel não gera a extinção da obrigação. De acordo com esse artigo, a transmissão do imóvel, por ato *inter-vivos* ou *causa mortis*, posterior à data da notificação, transfere as obrigações de parcelamento, edificação ou utilização sem interrupção de quaisquer prazos.

Em caso de não cumprimento da obrigação de parcelar, edificar ou utilizar, no prazo fixado no plano urbanístico local, o Poder Público municipal poderá aplicar o imposto predial e territorial urbano progressivo no tempo, nos termos do artigo 7º do Estatuto, que dispõe o seguinte:

“Em caso de descumprimento das condições e dos prazos previstos na forma do *caput* do artigo 5º, ou não sendo cumpridas as etapas previstas no § 4º do artigo 5º, o município procederá à aplicação do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) progressivo no tempo, mediante a majoração da alíquota pelo prazo de cinco anos consecutivos”.

## **Desapropriação para Fins de Reforma Urbana**

Com a instituição da desapropriação para fins de reforma urbana no Texto Constitucional, é fundamental definir critério para a declaração de uma área de utilidade pública ou interesse social para fins de desapropriação, vincular a utilização da desapropriação ao planejamento urbano e aos planos e operações urbanísticas necessários para a execução da política urbana.

As áreas sujeitas a obras públicas e empreendimentos urbanísticos devem ser definidas através de planos urbanísticos que visam não somente a realização da obra, mas uma intervenção mais abrangente, de modo a

melhorar a qualidade de vida na cidade. Nesse sentido, cabe ao plano diretor, diante de sua atribuição constitucional, delimitar as áreas urbanas sujeitas à desapropriação para fins de reforma urbana, nos termos do artigo 182, parágrafo 4º, visando garantir que a propriedade urbana atenda a sua função social.

Esse procedimento pressupõe que o plano urbanístico seja decorrente de um processo de planejamento urbanístico democrático, no qual a responsabilidade pública pelo planejamento da cidade é de toda a coletividade e não apenas do Executivo e Legislativo.

A desapropriação prevista no inciso III do parágrafo 4º do artigo 182 é um dos casos de exceção ao artigo 5º, inciso XXIV, da Constituição, pelo qual a desapropriação será efetuada mediante justa e prévia indenização em dinheiro. O Poder Público municipal poderá efetuar essa desapropriação no caso de o proprietário deixar de cumprir com a obrigação de conferir uma destinação social à sua propriedade urbana, nos termos e prazos estabelecidos no plano urbanístico local, após o término do prazo mínimo de cinco anos da aplicação do imposto predial e territorial urbano progressivo no tempo, nos termos do Estatuto da Cidade.

Pela forma como está prevista no Texto Constitucional, essa desapropriação é um instrumento urbanístico que possibilita ao Poder Público municipal aplicar uma sanção ao proprietário de imóvel urbano, por não respeitar o princípio da função social da propriedade, nos termos do plano diretor e da lei municipal específica (plano urbanístico local).

A desapropriação se configura como sanção pelo critério definido para fins do pagamento da indenização, que será mediante títulos da dívida pública, de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Por ser um instrumento destinado a garantir o cumprimento da função social da propriedade, podemos caracterizar que essa desapropriação é destinada a promover a reforma urbana, isto é, promover transformações

na cidade, como a regularização fundiária dos assentamentos urbanos precários, a criação de espaços públicos para atividades culturais, de lazer e de preservação do meio ambiente, bem como destinação de áreas para atividades econômicas voltadas à geração de renda e emprego para comunidades carentes. Portanto, merece um tratamento especial.

Apesar do instituto da desapropriação ter uma legislação própria, a desapropriação para fins urbanísticos, na qual se inclui a desapropriação para fins de reforma urbana, por ser um instrumento de política urbana, recebeu um tratamento especial no Estatuto da Cidade (lei federal de desenvolvimento urbano).

O Poder Público municipal poderá promover a desapropriação para fins de reforma urbana no caso de o proprietário do imóvel urbano não ter cumprido com a obrigação de parcelar, edificar ou utilizar a propriedade nos termos da lei municipal específica e após a aplicação do IPTU progressivo no tempo pelo prazo de cinco anos

De acordo com o artigo 8º do Estatuto da Cidade, decorridos cinco anos de cobrança do IPTU progressivo, sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização, o município poderá proceder à desapropriação do imóvel, com pagamentos em títulos da dívida pública.

De acordo com esta norma, a desapropriação para fins de reforma urbana poderá ser procedida pelo município quando forem decorridos cinco anos de cobrança do IPTU progressivo sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização compulsória.

## **Valor da Indenização**

O valor da indenização da desapropriação de imóveis urbanos para fins reforma urbana é uma matéria fundamental tratada no Estatuto da Cidade. O artigo 182, parágrafo 3º, da Constituição determina que as desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro. É necessário estabelecer parâmetros para definir o que significa esse valor, diante de situações distintas dos imóveis urbanos,



caracterizado pela função social da propriedade urbana.

Deve haver, em função da destinação do imóvel, critérios diferenciados para a aferição do valor da indenização. Pensar na mesma regra para o proprietário de um imóvel urbano que utiliza sua propriedade para moradia própria e para o proprietário de solo urbano ocioso ou subutilizado é provocar o desrespeito ao princípio da igualdade, pois os proprietários que respeitam a função social estariam recebendo o mesmo tratamento destinado aos proprietários que utilizam suas propriedades para fins de especulação imobiliária.

O estabelecimento no Estatuto da Cidade de um tratamento diferenciado para apurar o valor da indenização de imóveis urbanos desapropriados para fins de reforma urbana fundamenta-se na própria Constituição, que institui essa modalidade de desapropriação como uma das sanções a serem aplicadas nos termos do parágrafo 4º do artigo 182, pelo Poder Público municipal, ao proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que não promover o seu adequado aproveitamento com base no plano diretor e na lei municipal específica (plano urbanístico local).

Nos termos do Estatuto da Cidade, o pagamento da indenização será efetuado através de títulos da dívida pública. De acordo com o § 1º do artigo 8º, os títulos da dívida pública terão prévia aprovação pelo Senado Federal e serão resgatados no prazo de até dez anos, em prestações anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais de seis por cento ao ano.

Na ocorrência dessa situação, o pagamento da indenização não será nem justa, nem prévia, nem em dinheiro, mas, sim, mediante títulos de dívida pública com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, uma vez que a Constituição já promove a diferenciação sobre a forma do pagamento da indenização aos proprietários dos imóveis urbanos que estiverem contrariando o princípio da função social da propriedade.

Carlos Ari Sundfeld em seu estudo sobre desapropriação para fins de reforma urbana, diz:

“ A indenização não precisa ser prévia nem justa, porque a Constituição não o exige no caso, em oposição ao que ocorre nas demais desapropriações urbanas (artigo 182, parágrafo 3º) e na desapropriação para reforma agrária (artigo 184), deste ante o pagamento condizer a entrega dos títulos da Dívida Pública poder nos termos do que vier a prever a lei ser feito após a aquisição da propriedade pelo Município e corresponder a valor inferior ao justo, isto é, inferior ao valor do mercado” .<sup>100</sup>

O Estatuto da Cidade ao regulamentar essa matéria constitucional através do § 2º do artigo 8º, definiu os seguintes critérios sobre o valor da indenização. O valor real da indenização:

- I – Refletirá o valor da base de cálculo do IPTU, descontado o montante incorporado em função de obras realizadas pelo Poder Público na área onde o mesmo se localiza, após a notificação de que trata o § 2º do art. 5º.
- II – Não computará expectativas de ganhos, lucros cessantes e juros compensatórios.

Esses critérios atendem ao objetivo de não considerar, na apuração do valor da indenização, a valorização imobiliária decorrente de investimentos públicos. A introdução desses critérios evitam que o município continue destinando uma significativa parcela dos seus recursos para o pagamento de indenizações de imóveis urbanos, com base no valor de mercado, sem que estes tenham de fato um uso social que atenda aos interesses da comunidade.

Esses recursos passam a ser aplicados na prestação dos serviços para a coletividade, ao invés de beneficiar individualmente aqueles que se apropriaram da riqueza da cidade, com a utilização do espaço urbano para fins de especulação imobiliária. Na desapropriação para fins de reforma

<sup>100</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Desapropriação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

urbana, a natureza de ser uma desapropriação – sanção justifica que o valor da indenização seja inferior ao valor de mercado, como meio de respeitar o princípio da igualdade, promover a justa distribuição de benefícios e ônus da atividade urbanística e recuperar para a coletividade a valorização que se originou pela ação do Poder Público.

É preciso também não confundir o significado da expressão valor real da indenização prescrito no inciso III do parágrafo 4º do artigo 182 com o valor justo. A compreensão do valor real está vinculado ao reconhecimento constitucional da existência de inflação em nosso País, assegurando, nesse sentido, ao expropriado, a atualização da moeda entre a data do pagamento e a do resgate dos títulos. Essa distinção é observada no artigo 184, que, ao dispor sobre a desapropriação para fins de reforma agrária, assegura a prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos.

## **Responsabilidades Administrativas**

Considerando as experiências de utilização indevida dos títulos da dívida pública, como ocorreu no pagamento de precatórios pelo governo municipal de São Paulo (Gestão Paulo Maluf), o Estatuto da Cidade impõe restrições ao uso dos títulos da dívida pública no § 3º do artigo 8º, em razão dos títulos de dívida pública para o pagamento da indenização da desapropriação-sanção não poderem ser utilizados para pagamento de tributos e tarifas públicas

Outra norma fundamental para conferir eficácia ao Texto Constitucional é a prevista no § 4º do artigo 8º, que estabelece a obrigatoriedade do município, através do Poder Público municipal, proceder ao adequado aproveitamento do imóvel no prazo máximo de cinco anos, contado a partir da sua incorporação ao patrimônio público. Isso significa que a obrigação para a propriedade urbana ter uma função social passa a ser do Poder Público, que deve promover as medidas necessárias para que a destinação social prevista seja concretizada.

Essa obrigatoriedade, sendo descumprida pelo Poder Público municipal,

no sentido de proceder o adequado aproveitamento do imóvel urbano desapropriado para fins de reforma urbana, resulta na punição dos agentes públicos responsáveis por essa omissão. Omissão esta que passa a ser compreendida como ato de improbidade administrativa.

De acordo com o inciso II do artigo 52 do Estatuto da Cidade, sem prejuízo da punição de outros agentes públicos envolvidos e da aplicação de outras sanções cabíveis, o prefeito incorre em improbidade administrativa, nos termos da Lei 8.429, de 2 de junho de 1992, quando deixar de proceder, no prazo de cinco anos, o adequado aproveitamento do imóvel incorporado ao patrimônio público, conforme o § 4º do artigo 8º.

### **Parcerias entre Setor Público e Setor Privado**

O Estatuto, pelo § 5º do artigo 8º, possibilita o estabelecimento de parceria com os agentes privados, empreendedores imobiliários, ao permitir a alienação ou a concessão a terceiros através de licitação para o aproveitamento do imóvel.

Outra norma importante prevista no § 6º do artigo 8º, é a de manter para o adquirente de imóvel as mesmas obrigações de parcelamento, edificação ou utilização com o objetivo do imóvel cumprir com a sua função social, nos termos estabelecidos no plano diretor e na lei municipal específica que definiu qual deve ser a destinação concreta do imóvel.

O instrumento da reurbanização consorciada, prevista no projeto de lei de desenvolvimento urbano, de autoria do deputado Raul Ferraz – PL 2.191/89, tem essa finalidade, na qual o município, com base no plano diretor, poderá declarar de interesse social, para fins de desapropriação, imóvel urbano improdutivo ou subutilizado.

O imóvel desapropriado mediante prévia licitação poderá ser objeto de alienação ou concessão, a fim de que esse imóvel tenha a destinação social prevista no plano diretor.

No edital de licitação, o Poder Público poderá exigir que o vencedor da licitação promova o aproveitamento do imóvel. Como contrapartida, o licitante vencedor poderá receber parte dos imóveis vinculados ao empreendi-

mento. Esse instrumento poderia ser utilizado nas áreas centrais da cidade de São Paulo, com grande concentração de cortiços, podendo os moradores e proprietários desses imóveis associarem-se com os agentes privados.

Esses agentes privados financiariam o projeto de renovação urbana, construindo habitações de interesse social, e teriam como contrapartida o direito de obter coeficiente de aproveitamento gratuito para a construção de espaços comerciais e de serviços. Essa associação entre moradores, proprietários e agentes privados pode ser feita através do instrumento da reurbanização consorciada.

## Conclusões

A desapropriação prevista no parágrafo 4º do artigo 182 é um instrumento urbanístico que se configura como uma sanção ao proprietário que desrespeita o princípio da função social da propriedade, devido à indenização não ser justa, não ser prévia e não ser em dinheiro.

A desapropriação-sanção é destinada a possibilitar a intervenção direta do Poder Público, de modo a tornar concreta a destinação social da propriedade urbana, com base no plano diretor e no plano urbanístico local.

Como instrumento de política urbana, as normas do Estatuto da Cidade que dispõem sobre o valor da indenização de imóveis urbanos desapropriados para fins de reforma urbana têm fundamento nas normas constitucionais da política urbana.

## IPTU PROGRESSIVO NO TEMPO

*Bona De Villa*<sup>100</sup>

A imposição de imposto progressivo no tempo, para estimular o cumprimento da função social da propriedade imobiliária urbana, é um ins-

<sup>100</sup>Formada pela FAU-USP em 1960, atua no campo do urbanismo desde 1964. Foi funcionária e consultora de várias empresas privadas, gerente de Projetos na Emurb, consultora e técnica do Cepam e assessora técnica legislativa na Secretaria da Câmara Municipal de São Paulo. Docente de Urbanismo na Universidade São Judas Tadeu, na Febasp e Unisantos.

trumento novo no Brasil, pois foi experimentado – sem êxito e por prazos curtos – apenas em algumas das cidades que receberam financiamento para os programas Cura, nos anos 70 e 80, atendendo às exigências do governo central autoritário da época.

Os tempos mudaram e, hoje, a Constituição Federal e sua regulamentação fixam apenas alguns requisitos. Cabe ao prefeito e sua equipe, aos vereadores e à sociedade civil de cada município avaliar se esse tipo de imposto contribuiria para tornar eqüitativa a distribuição dos benefícios e encargos da urbanização, em sua cidade, bem como definir em que condições pode ser viável e eficaz.

## **Objetivos e Justificativa**

O Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU progressivo no tempo é um instrumento associado ao Parcelamento, Edificação ou Utilização Compulsórios, cujo objetivo é atender às seguintes diretrizes explicitadas no PL 5.788/90:

“Garantir (...) o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e serviços públicos (...) para as presentes e futuras gerações” (art. 20, I).

Ordenar e controlar o uso do solo, de forma a evitar:

- “a utilização inadequada dos imóveis urbanos” (art. 20, VI, a);
- “a retenção especulativa de imóvel urbano que resulte na sua subutilização ou não utilização” (art. 20, VI, e).

A idéia central desse instituto é punir com um tributo de peso crescente, ano a ano, os terrenos cuja ociosidade ou mau aproveitamento acarrete prejuízo às comunidades urbanas. O objetivo é estimular os respectivos proprietários a utilizar esses bens de forma socialmente adequada, ou vendê-los.

A retenção especulativa de imóvel urbano ocorre quando o respectivo proprietário não investe no seu terreno e também não o vende, esperando que seu valor de mercado aumente ao longo do tempo, em virtude

dos investimentos feitos na vizinhança pelo Poder Público e por agentes privados. É comum essa valorização ocorrer, porque à medida que as cidades crescem, muitos locais deixam de ser periféricos e passam a contar com sistemas mais evoluídos de equipamentos e serviços.

O prejuízo que a ociosidade de imóveis pode causar à população de uma cidade é o alto custo, por habitante, de equipamentos e serviços públicos. Isso ocorre quando muitos terrenos permanecem baldios no interior de bairros já consolidados e quando, ao redor da cidade, se multiplicam loteamentos e conjuntos residenciais, dispersos em área ainda não urbanizada e distantes dos locais onde há oferta de empregos, serviços coletivos e comércio.

É dispendioso atender à população instalada num tecido urbano esgarçado e franjado porque as redes de infra-estrutura e serviços – como o fornecimento de água potável, os transportes coletivos e a coleta de lixo, por exemplo – não podem passar apenas na frente dos lotes ocupados; precisam seguir nos trechos de ruas próximos a lotes vagos e atravessar glebas desocupadas para alcançar os assentamentos isolados. Quem paga esses serviços acaba, assim, tendo que arcar, de uma ou outra forma, com o custo extra de se vencer essas distâncias. De maneira semelhante, a dispersão dos moradores no território torna difícil e caro seu acesso a equipamentos urbanos como creches, escolas e postos de saúde.

Um imóvel pode permanecer ocioso mesmo quando construído. É o caso de prédios de escritórios ou apartamentos e galpões, quando, apesar de vazios, não são ofertados para aluguel ou venda, à espera de melhores condições de mercado.

É preciso lembrar, por outro lado, que há terrenos cuja função social será cumprida justamente se não forem edificados. Em qualquer cidade, cabe preservar chácaras e jardins com vegetação de interesse paisagístico e, em municípios onde há risco de inundações, pode ser essencial a manutenção de áreas não edificadas e não pavimentadas nos terrenos pertencentes a determinadas bacias hidrográficas.

Um outro tipo de prejuízo aos moradores de uma cidade ocorre quando um terreno, edificado ou não, é aproveitado de forma a incomodar a vizinhança ou a população em geral. É o caso, por exemplo, de bares e oficinas com atividades ruidosas e dos grandes estabelecimentos de comércio ou serviços com espaço insuficiente para acesso e estacionamento de veículos, que provocam congestionamentos de trânsito.

Uma lei de zoneamento pode declarar esses usos e imóveis “ não conformes”, mas nem sempre é viável simplesmente proibir o funcionamento de estabelecimentos incômodos de um dia para outro, e nem sempre isso seria sequer justo, porque esse conflito pode ter se formado ao longo de anos, não tendo sido prevenido pela legislação anterior. Seria interessante, nesses casos, que o IPTU progressivo no tempo pudesse ser aplicado, para induzir os contribuintes a transferir essas atividades para local adequado, ou a reformar os imóveis que as abrigam de modo a resolver os conflitos.

## **O IPTU Progressivo no Tempo no PL 5.788/90**

O tema é abordado nos artigos 50 a 80, apresentando alguns aspectos que interessa comentar sob o enfoque urbanístico.

Vimos que a tributação progressiva no tempo poderia ser útil para induzir o proprietário a dar um uso, com intensidade adequada, a seu imóvel, e também para induzir à mudança os usos e padrões de ocupação considerados “ não conformes” pela legislação de uso e ocupação do solo em vigor.

No artigo 5º, § 1º, menciona-se o imóvel “ utilizado em desacordo com a legislação urbanística e ambiental”, mas como uma categoria de imóvel “ subutilizado”. O texto em exame é, portanto, ambíguo no que diz respeito ao uso do IPTU progressivo no tempo para punir os usos que resultam inadequados, independentemente da intensidade de aproveitamento do terreno.

Além disso, ao tratar dos procedimentos e prazos, o texto do PL é centrado nos casos em que o aproveitamento socialmente adequado do imóvel depende da execução de obras. Não são mencionados, claramen-



te, os procedimentos para os casos em que bastaria uma mudança de uso, ou a utilização de imóvel já edificado, ou a execução de tratamento paisagístico, não implicando “obras” propriamente ditas. O município pode, a nosso ver, regulamentar os casos em que o aproveitamento do imóvel, conforme a lei, não depende necessariamente do projeto e execução de obras.

Os procedimentos e prazos estabelecidos nesse projeto de lei federal estipulam algumas condições, como a notificação ao proprietário, e alguns limites para prazos e alíquotas, deixando para os municípios a maior parte da regulamentação. Um esquema desses passos é indicado no fluxograma anexo.

### **Condições Prévias para a Aplicação do IPTU Progressivo no Tempo**

**Estudo de viabilidade** – A compulsoriedade de parcelar, edificar ou utilizar imóveis de propriedade particular implica benefícios, mas também encargos políticos e administrativos.

O IPTU tradicional já é um imposto difícil de ser cobrado de forma a pesar no bolso dos cidadãos – particularmente naqueles com maior poder econômico, porque não está oculto no preço de mercadorias: o contribuinte verifica facilmente, no seu carnê, quanto vai pagar e como o valor foi calculado. As tarefas operacionais, além disso, são complexas, porque a base de cálculo do imposto deveria ser o valor de mercado do imóvel, muito mais difícil de estimar do que o preço de outras mercadorias.

O imposto progressivo no tempo, para ser aplicado com justiça e eficácia, implica um preparo cuidadoso. Ao considerar sua adoção num determinado município, portanto, cabe inicialmente avaliar se a cidade tem de fato problemas decorrentes da ocupação excessivamente dispersa e se o governo está preparado para adotar um instrumento novo e relativamente sofisticado de gestão.

Trata-se de organizar os argumentos que viriam a formar a justificativa para a proposta de implantação do IPTU progressivo no tempo, ou, eventualmente, de concluir que a adoção desse instituto seria prematura, de-

vendo ser precedida por aperfeiçoamentos na aplicação dos instrumentos convencionais de política urbana.

A seguir são formuladas algumas questões para orientar a coleta de informações e o debate do tema.

- Há de fato, na cidade-sede, ou nos distritos, densidade antieconômica atribuível a loteamentos separados por glebas vagas e lotes baldios dispersos em bairros já consolidados?

Caso o município conte com um Plano Diretor recente, é nesse documento que o problema deveria estar mencionado, com mapas ou fotos aéreas e planilhas para a respectiva ilustração e quantificação.

Caso os diagnósticos disponíveis estejam desatualizados, cabe verificar se no município a retenção de terrenos urbanos vagos tem diminuído, nos últimos anos.

Com efeito, o problema dos “vazios urbanos” foi particularmente grave nas décadas de 70 e 80, quando havia, ao mesmo tempo, crescimento acelerado da população urbana, inflação alta e escassez de alternativas para aplicações que protegessem o investidor da desvalorização da moeda. Nessa época, além dos especuladores, muitas pessoas de classe média compravam imóveis, ainda que não precisassem ocupá-los, para “reserva de valor”, isto é, para se defender da inflação.

Nos anos 90, em muitos municípios, a taxa de crescimento populacional tem caído, reduzindo os investimentos especulativos baseados na expectativa de grande demanda por lotes e de valorização rápida dos terrenos, por conta do crescimento acelerado da cidade. Além disso, a inflação sob controle e as oportunidades de aplicações financeiras reduziram a demanda de terra para reserva de valor.

- A urbanização através de assentamentos dispersos no território pode ser atribuída, pelo menos em parte, à ausência de delimitação criteriosa dos perímetros legais da área urbana, de expansão urbana e não urbanizável? Isso ocorre por omissão do Executivo e do Legislativo?

A questão coloca-se porque, desde a promulgação da Lei Federal 6.766/79, cabe expressamente ao município definir em lei a(s) área(s) destinada(s) à expansão da cidade-sede e dos núcleos urbanos dos distritos, discriminando assim a área rural, onde é proibido lotear para fins urbanos.

Caso as autoridades locais tenham definido uma área urbana e de expansão urbana de extensão muito superior à necessária para abrigar o acréscimo de população e de atividades econômicas, ou – pior – caso permitam a multiplicação em área rural de “chácaras” que são, na verdade, loteamentos urbanos, estão contribuindo para um padrão antieconômico de urbanização. Não seria justo, então, responsabilizar apenas os agentes privados pelo problema.

- O cadastro imobiliário do município é confiável? Está atualizado?

Um bom cadastro é a fonte indispensável para as informações que vão fundamentar a implantação – ou não – do IPTU progressivo, bem como para acompanhar a situação dos imóveis a que for aplicado, ano a ano.

- A planta de valores em que se baseia o cálculo do imposto territorial urbano é elaborada levando em conta todos os equipamentos e serviços disponíveis para os imóveis, nos diferentes setores fiscais? É atualizada toda vez que há aumento significativo desses benefícios?

Essa verificação justifica-se porque a cobrança correta do imposto territorial urbano “convencional” já é uma forma de se obter um retorno, para os cofres públicos, do que foi gasto em equipamentos e serviços que beneficiam também os imóveis vagos ou subutilizados, bem como de coibir sua retenção especulativa. Não faria muito sentido adotar alíquotas crescentes no tempo, partindo de uma base de cálculo do imposto equivocada ou desatualizada.

- O município já está cobrando taxas pela utilização potencial de serviços públicos específicos e divisíveis, postos à disposição do contribuinte?<sup>101</sup>

Se a resposta for afirmativa, já estará havendo cobrança aos proprietá-

<sup>101</sup> Ver art. 145 da Constituição Federal.

rios de terrenos ociosos, mesmo por serviços que os imóveis não estão utilizando de fato.

- Qual é a diferença entre os valores venais dos imóveis e seu valor de mercado, nos diferentes setores fiscais?
- Partindo da planta de valores e das alíquotas da legislação municipal em vigor, o acréscimo do imposto em cinco anos chegaria a ser significativo? Se sim, em que setores fiscais?

Essa avaliação é necessária caso o governo pretenda minimizar o risco de que o aumento no tempo do IPTU seja insuficiente para estimular o aproveitamento ou a venda de imóveis não utilizados .

Não teria tanta importância se o objetivo prioritário da comunidade fosse a desapropriação de terrenos por títulos da dívida pública, visando executar programas de habitação de interesse social. Em tal caso, entretanto, a desapropriação como finalidade deveria ser sustentada pela comunidade e não apenas por uma determinada administração, porque as condicionantes legais, ora em exame, tornam complicada e demorada essa modalidade de desapropriação.

Em todo caso, é importante que, ao debater o tema, se tenha clareza sobre a lógica do IPTU convencional e a respectiva mudança no caso do IPTU ser usado para estimular o aproveitamento dos terrenos. Para isso, é muito útil fazer algumas simulações.

Tradicionalmente, o imposto total é a soma de duas parcelas: uma calculada sobre o valor venal do terreno e, outra, sobre o valor venal da edificação. Dessa forma, para dois imóveis vizinhos, cujos lotes tenham a mesma extensão e o mesmo valor por metro quadrado, o imposto daquele construído será sempre maior do que o do terreno vago. O objetivo do imposto progressivo é o inverso: quem construiu deveria pagar menos.

Com a tributação convencional, o incentivo para um proprietário construir é a perspectiva de que o lucro da venda da edificação, ou a renda proveniente de seu aluguel, compensarão com folga o aumento do im-

posto. No imposto progressivo, o estímulo para construir seria a redução do imposto territorial.

No sistema sem progressividade, se a alíquota do imposto territorial é a mesma do imposto predial, o maior ou menor peso do imposto depende da relação entre os valores unitários do terreno e da construção e do coeficiente de aproveitamento do terreno<sup>102</sup>. Em terrenos muito valorizados, vale a pena aproveitar intensamente o lote para diluir tanto o preço do terreno, em caso de venda, como o imposto territorial. Nesse aspecto, não há divergência de objetivos com o imposto progressivo.

Para estudar os valores do IPTU progressivo, visando punir a retenção especulativa, é preciso introduzir um raciocínio novo.

Para o proprietário de um terreno, será vantajoso mantê-lo vago se num determinado período o acréscimo do preço do terreno, depois de subtrair a soma dos impostos que ele pagou, ainda for maior do que a soma dos juros que ele receberia aplicando um valor equivalente ao desse imóvel. Para tornar isso claro, tomemos como exemplo um terreno valendo R\$ 10.000. Se esse valor fosse investido a 10% ao ano, deixando os juros também aplicados, a soma dos juros de cinco anos seria de cerca de R\$ 6.100,00.

Segundo o projeto de lei em exame, as alíquotas podem – no máximo – dobrar ano a ano e não podem superar 15%. Isso significa que as alíquotas máximas são, aproximadamente: 0,9%; 1,8%; 3,6%; 7,2% 14,4%.<sup>104</sup>

<sup>102</sup> Exemplo 1 - alíquota de 0,6%; habitação de 100 m<sup>2</sup>, valendo R\$ 600/ m<sup>2</sup>; terreno valendo R\$ 1000/ m<sup>2</sup>:

Alternativa "a": coef. de aprov. = 0,5 # imposto = 0,006 (100 m<sup>2</sup> x 600 R\$/ m<sup>2</sup>+ 200 m<sup>2</sup> x 1000 R\$/ m<sup>2</sup>) = **R\$ 1560**

Alternativa "b": coef. de aprov. = 4,0 # imposto = 0,006 (100 m<sup>2</sup> x 600 R\$/ m<sup>2</sup> + 25 m<sup>2</sup> x 1000 R\$/ m<sup>2</sup>) = **R\$ 510**.

Exemplo 2 - alíquota de 0,6%; habitação de 100 m<sup>2</sup>, valendo R\$ 600/ m<sup>2</sup>; terreno valendo R\$ 300/ m<sup>2</sup>:

Alternativa "a": coef. de aprov. = 0,5 # imposto = 0,006 (100 m<sup>2</sup> x 600 R\$/ m<sup>2</sup>+ 200 m<sup>2</sup> x 300 R\$/ m<sup>2</sup>) = **R\$ 720**

Alternativa "b": coef. de aprov. = 4,0 # imposto = 0,006 (100 m<sup>2</sup> x 600 R\$/ m<sup>2</sup> + 25 m<sup>2</sup> x 300 R\$/ m<sup>2</sup>) = **R\$ 405**

Com essas alíquotas, a soma de cinco impostos anuais para esse terreno alcançaria – se não houvesse mudança da planta de valores – cerca de R\$ 2.800,00.

Para o proprietário, teria sido vantajoso, então, manter o terreno vago só se pudesse vendê-lo por um valor superior a R\$ 18.900,00.

Em caso de loteamento, pelo sistema tradicional, o imposto sobre o metro quadrado dos lotes resultantes deve ser maior do que o cobrado sobre a gleba, porque o loteamento acarretou valorização do terreno e, conseqüentemente, aumento da base de cálculo, ainda que a alíquota seja a mesma. O incentivo para lotear é a perspectiva de vender os lotes por um preço unitário que compense os investimentos no arruamento, infra-estrutura, etc. e também o acréscimo de imposto.

No parcelamento compulsório, o incentivo para lotear seria não ter que pagar o imposto territorial sobre a gleba com alíquotas crescentes. Para estimar a efetividade desse fator, entretanto, é preciso fazer um confronto com as eventuais vantagens de manter a gleba sem investimentos, considerando as condições de mercado de forma análoga ao caso dos lotes vagos.

Concluindo, parece evidente que as melhores perspectivas de efetividade do IPTU progressivo se dariam num município em que fosse viável praticar, já no "ano zero", a cobrança de alíquotas relativamente altas para terrenos vagos, associada à cobrança de alíquotas baixas para terrenos com edificações e para as áreas construídas.

### **Definição dos imóveis a que o IPTU progressivo vai ser aplicado –**

A tarefa fundamental é uma avaliação da dinâmica de crescimento da cidade e da legislação urbanística e ambiental (se houver) em vigor, com particular atenção ao coeficiente máximo de aproveitamento fixado para cada zona e à respectiva justificativa.

Tendo uma noção clara dos padrões de expansão e ocupação da área

<sup>102</sup> Num município com alíquota em vigor, no ano zero, inferior a 0,45%, não seria possível atingir cerca de 15% em cinco anos. Outra simulação pode ser feita combinando alíquotas menores com o aumento, ao longo do tempo, do valor venal do terreno.

urbanizada e das eventuais restrições ao adensamento decorrentes de requisitos para a qualidade ambiental, podem ser delimitados os setores da área urbana legal em que os imóveis desocupados ou subutilizados estarão sujeitos ao aproveitamento compulsório.

Isso equivale a definir em que zonas ou grupos de zonas serão estabelecidas condições mínimas de aproveitamento dos terrenos.

Essas áreas podem ser bastante extensas, pois sua definição não determina, por si só, a efetivação da cobrança de IPTU progressivo, que dependerá de notificação aos proprietários, um a um.

As propostas mais facilmente justificáveis para aplicação de imposto progressivo serão, quase certamente, as que indicarem:

- as áreas centrais e os bairros bem dotados de infra-estrutura e serviços, onde a maioria dos lotes já tenha sido ocupada;
- as glebas localizadas próximo a vias consideradas vetores de expansão urbana, que formam vazios entre a periferia já ocupada da cidade e loteamentos ou outros empreendimentos urbanos.

A par disso, é preciso:

- definir as opções para o aproveitamento de glebas: loteamento, conjunto de edificações em condomínio ou empreendimento que não implica a divisão da propriedade fundiária;
- definir o coeficiente de aproveitamento mínimo para os usos que envolvem edificações; uma opção poderia ser, por exemplo, adotar um décimo do coeficiente máximo fixado pela lei em vigor, em cada zona;
- definir as atividades desejáveis, nessas zonas, que podem ser instaladas nos terrenos sem que seja necessário construir edificações, como campos de esportes, estacionamentos de veículos e comércio ou exposições em pavilhões desmontáveis, por exemplo.

A fase seguinte é a identificação dos imóveis específicos cujos proprietários serão notificados. Parece lógico dar prioridade aos imóveis clara-

mente sem uso. Trata-se de mapear e identificar no cadastro imobiliário os imóveis de propriedade privada caracterizados como lotes vagos ou glebas não arruadas, verificando, ainda, se não constituem endereço de atividade para a qual foi expedida licença de funcionamento.

Desse conjunto, cabe em seguida retirar os terrenos cuja edificação não é de interesse da coletividade, por estarem contemplados em planos ou projetos de obras e serviços públicos, com especial atenção a programas de:

- preservação de patrimônio paisagístico ou cultural,
- habitação de interesse social,
- macrodrenagem,
- saneamento,
- equipamentos para lazer ao ar livre.

Com efeito, não seria lógico estimular a construção de benfeitorias em terrenos que se pretende desapropriar para a futura instalação de parques, campos de esportes, "piscinões", ou estações de tratamento de esgoto, por exemplo.

Finalmente, é preciso avaliar – no conjunto de imóveis remanescente – que proprietários seriam primeiramente notificados porque o motivo mais provável para a ociosidade de seus terrenos é a especulação imobiliária.

O conhecimento da dinâmica do mercado imobiliário local permitirá estimar para quais imóveis desocupados e não colocados à venda haveria de fato demanda.

A notificação a proprietários de imóveis subutilizados, isto é, que têm aproveitamento de intensidade inferior ao mínimo fixado, pode ser deixada para uma segunda fase, de forma que as autoridades locais possam aproveitar a experiência da aplicação das normas aos terrenos totalmente vagos.

## **Conteúdo da Legislação Pertinente**

O município precisa ter uma lei do Plano Diretor que indique em que



áreas de seu território os imóveis estão sujeitos a:

- parcelamento compulsório de glebas,
- edificação compulsória de lotes ou glebas,
- utilização compulsória de terrenos ou edificações.

Caso o Plano Diretor não exista, ou seja omissos nesse aspecto, deverá ser elaborado ou complementado.

Além disso, o município precisa fixar relações entre área construída e área de lote e outras condições de aproveitamento mínimo dos terrenos, nessa(s) área(s). Essas normas podem estar na lei do Plano Diretor ou em lei decorrente, isto é, na legislação que trata do ordenamento territorial, seguindo as diretrizes do Plano Diretor.

Cada município precisa verificar como estão estruturadas suas normas, pois alguns têm uma lei municipal de desenvolvimento urbano, às vezes coincidindo com a lei do Plano Diretor, que inclui as normas para parcelamento, uso e ocupação do solo; outros municípios têm leis separadas de Loteamento (ou parcelamento) e de Zoneamento (ou uso e ocupação do solo).

Praticamente, todas as leis municipais de zoneamento hoje em vigor fixam índices máximos de aproveitamento de terrenos, bem como outras restrições à ocupação, e não requisitos mínimos. Isso significa que essas normas precisam ser reavaliadas e complementadas.

Finalmente, o município precisa fixar em “lei específica” as condições e prazos para aplicar o IPTU progressivo no tempo nas áreas sujeitas à obrigação de parcelar, edificar e utilizar os imóveis.

Se for constatado, além disso, que os critérios de cálculo do IPTU convencional cobrado no município precisam ser revistos para dar efetividade ao parcelamento e edificação compulsórios, a reorganização da legislação municipal deverá incluir esse campo.

Deixar as normas em vigor intocadas e superpor a elas uma nova lei aplicada apenas nas áreas sujeitas ao aproveitamento compulsório pode

dificultar o debate da matéria e a posterior consulta às leis pelos cidadãos interessados, além de aumentar o risco de incoerências e conflitos entre uma lei e outra.

Melhor seria aproveitar o debate sobre IPTU progressivo para reavaliar a política local de ordenamento e tributação dos espaços urbanos, bem como a legislação decorrente.

Dessas reflexões pode, também, surgir a idéia de integrar o IPTU progressivo a outros institutos para desenvolver, por exemplo, operações urbanas.

O resultado final disso seria a obtenção de uma “família” de textos legais coerentes, tratando das áreas urbanizáveis e não urbanizáveis, do parcelamento, uso e ocupação – inclusive o compulsório – do território municipal e da tributação dos imóveis urbanos. O Quadro 1 sugere possíveis formas de organizar as matérias.

Uma vez elaborados os textos dos projetos de leis municipais e a respectiva exposição de motivos, é essencial promover extensos esclarecimentos e debates dentro e fora da câmara municipal, pois os interessados têm o direito de refletir e opinar sobre:

- o que é a repartição não eqüitativa dos encargos e benefícios da urbanização;
- o que é a retenção especulativa de imóveis vagos ou pouco utilizados e os prejuízos à sociedade decorrentes;
- o que se espera do IPTU progressivo no tempo e da eventual desapropriação com indenização em títulos da dívida pública.

**Quadro 1 - Legislação municipal incluindo o parcelamento, edificação e utilização compulsórios e o IPTU progressivo no tempo**

CONTEÚDO	ALTERNATIVA 1			ALTERNATIVA 2		
	PLANO DIRETOR	LEI DE DESENVOLV. URB.	LEI ESPECÍFICA	PLANO DIRETOR	LEI DE ZONEAMENTO	LEI ESPECÍFICA
<b>Área urbana e área de expansão urbana</b> - Critérios para a delimitação - Definição de perímetro(s)	X	X		X X		
<b>Caracterização de zonas</b> indicando os padrões adequados de loteamento, uso e ocupação dos lotes		X		X		
Fixação dos Índices máximos de aproveitamento e outros requisitos/zona	X			X		
<b>Definição da(s) área(s) #AUC# em que imóveis estão sujeitos a parcelamento, edificação ou utilização compulsórios</b>		X			X	
<b>Aproveitamento mínimo de imóvel subutilizado Nas áreas #AUC#</b> - Conceituação e diretrizes para a definição - Fixação de requisitos para o parcelamento compulsório - Definição de usos adequados - tipo e intensidade - para os imóveis - Fixação de Índices de aproveitamento mínimo p/ terrenos	X	X X X		X		X X X

(continua)

### Quadro 1 - Legislação municipal incluindo o parcelamento, edificação e utilização compulsórios e o IPTU progressivo no tempo

(continuação)

CONTEÚDO	ALTERNATIVA 1			ALTERNATIVA 2		
	PLANO DIRETOR	LEI DE DESENVOLV. URB.	LEI ESPECÍFICA	PLANO DIRETOR	LEI DE ZONEAMENTO	LEI ESPECÍFICA
Normas para a elaboração e atualização da planta de valores (base do imposto territorial)			X			X
Normas para o cálculo e a cobrança do IPTU convencional			X			X
Fixação do valor das alíquotas do IPTU progressivo			X			X
Condições para cessar a cobrança de IPTU progressivo			X			X
Procedimentos administrativos p/ IPTU progressivo			X			X
- Notificação						
- Documento que registra e certifica o uso efetivo e adequado do imóvel						
- Prazos para projeto, obras, uso, etc.						
- Prazos p/execução em etapas conforme o porte do empreendimento						

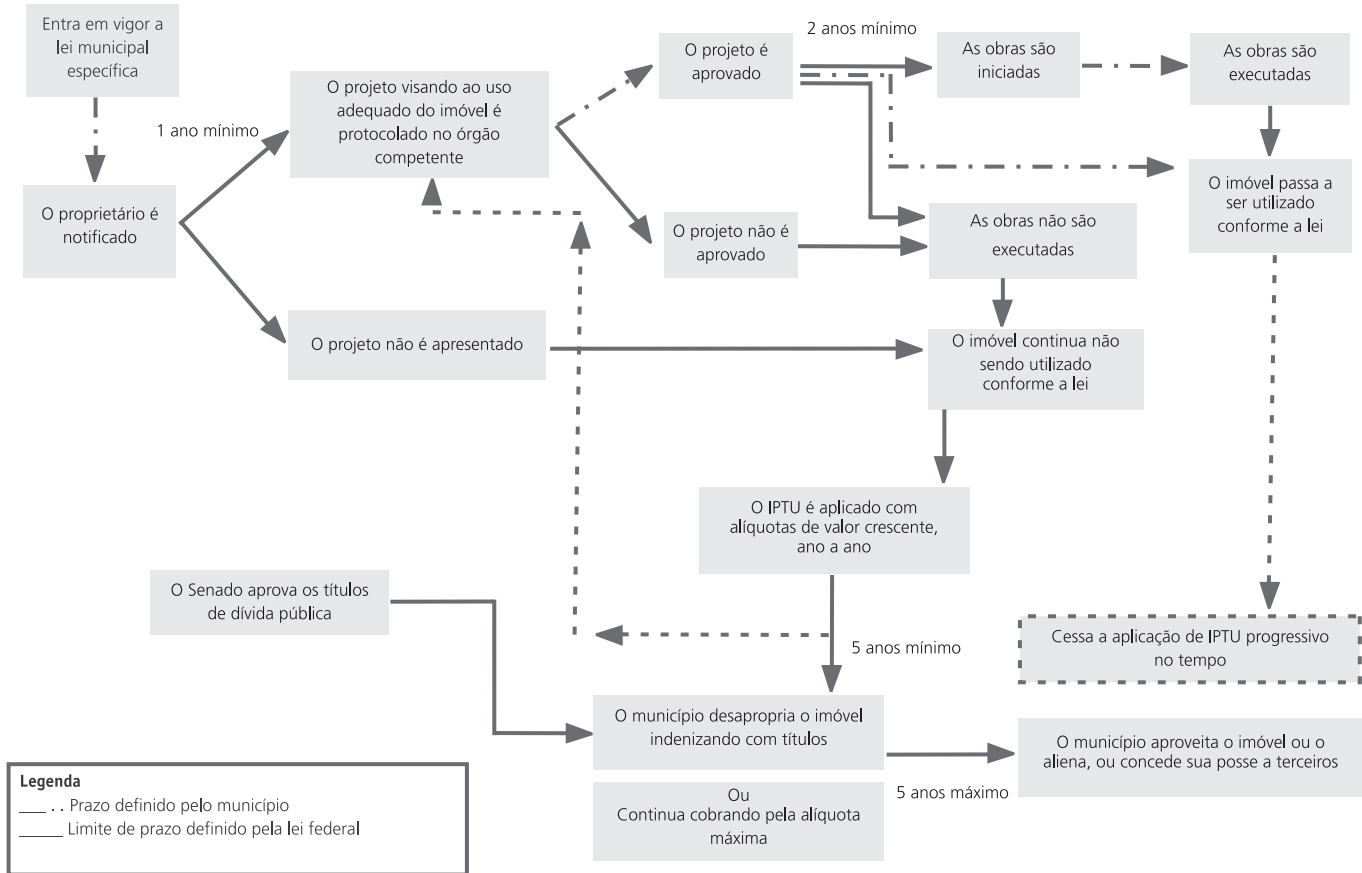


Figura 1 – Etapas e prazos para a aplicação do IPTU progressivo no tempo

## USUCAPIÃO ESPECIAL URBANO E CONCESSÃO DE USO PARA MORADIA

*Paulo José Villela Lomar<sup>104</sup>*

Há quase 20 anos vem sendo debatida a conveniência e a necessidade de editar uma lei federal que preveja instrumentos e diretrizes para o desenvolvimento urbano. Antes da Constituição Federal de 1988, a questão punha-se com vigor porque, então, apenas a União podia legislar sobre o direito de propriedade.

Naquele período, o único instrumento passível de utilização pelo Poder Público era a desapropriação, a qual, na prática, era inaplicável, pois pressupunha grande disponibilidade de recursos financeiros para sua efetivação. Buscavam-se, então, instrumentos legais alternativos à desapropriação.

A Constituição Federal de 1988 alterou significativamente o ordenamento jurídico brasileiro, modificando a disciplina do direito de propriedade e adotando novo e original sistema de distribuição de competências legislativas e executivas entre os entes federados. O texto constitucional passou a prever expressamente a formulação de diretrizes para o desenvolvimento urbano pela União.

De lá para cá, diversos projetos de lei nesse sentido foram apresentados ao Congresso Nacional, resultando em intensas, longas e difíceis negociações que redundaram no texto do atual substitutivo ao Projeto de Lei 5.788, de 1990, recentemente aprovado pela Comissão de Desenvolvimento Urbano e Interior da Câmara Federal, que regulamenta o Capítulo da Política Urbana da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da Política Urbana e dá outras providências.

O objetivo desse estudo consiste exatamente em analisar o conteúdo e o alcance, sob o ponto de vista jurídico, dos dispositivos do substitutivo que regulamentam o usucapião especial de imóvel urbano e a concessão

<sup>104</sup>Advogado, mestrando em Direito do Estado pela PUC-SP, consultor jurídico, co-autor do livro *Loteamentos e desmembramentos urbanos: comentários à Lei 6.766, de 19/12/1979*.

de uso para fins de moradia. Não se pretende esgotar o assunto, mas, apenas, abordar seus principais aspectos e implicações se for aprovado o referido substitutivo nos termos em que se encontra atualmente redigido.

## **Origem do Usucapião Especial Urbano como Instrumento de Política Urbana**

A idéia surgiu, inicialmente, no âmbito dos estudos efetuados pela Comissão Técnica da Empresa Metropolitana de Planejamento da Grande São Paulo S.A. - Emplasa, cuja coordenação coube ao autor deste estudo, formada para prestar assessoria à Comissão Especial de Prefeitos da Região Metropolitana da Grande São Paulo, criada pelo antigo Conselho Consultivo de Prefeitos da Grande São Paulo - Consulti e apresentar sugestões de aperfeiçoamento do Projeto de Lei federal 775/83, de iniciativa do governo federal, que se destinava a estabelecer normas relacionadas com a promoção do desenvolvimento urbano.

A Comissão Especial de Prefeitos do Consulti da Grande São Paulo aprovou as propostas elaboradas na Emplasa e decidiu encaminhá-las às autoridades competentes.<sup>105</sup> Mais tarde, elas foram acolhidas pelo ex-deputado Raul Ferraz, anteriormente prefeito de Vitória da Conquista, Bahia, que a incorporou no seu Projeto de Lei 2.191, de 1989, posteriormente apensado ao Projeto de Lei 5.788, de 1990.

Assim, a proposta de usucapião urbano individual e coletivo elaborada na Emplasa inspirou o usucapião especial urbano previsto no artigo 183 da Constituição Federal de 1988 e o usucapião urbano coletivo proposto no atual substitutivo ao Projeto de Lei 5.788/90 pelas Comissões de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias, e do Desenvolvimento Urbano e Interior da Câmara Federal.

Todavia, como é natural no processo democrático, essas Comissões introduziram modificações à proposta aprovada inicialmente pela Emplasa e mais tarde aprovada pelos prefeitos da Grande São Paulo, em 1986. Por isso, importa assinalar alguns pontos nos quais as respectivas propostas diferem.

<sup>105</sup> Cf. Deliberação 1/86, publicada em resumo no Diário Oficial do Estado de 15/2/1986.

O artigo 44 do anteprojeto distinguia o prazo para o reconhecimento do usucapião, fixando-o em três anos entre presentes, isto é, entre partes residentes no mesmo município, e cinco anos entre ausentes, ou seja, entre partes residentes em municípios diferentes, distinção esta também adotada no Código Civil Brasileiro. A proposta estabelecia também que a área urbana contínua possuída não podia exceder 300 metros quadrados e devia ser utilizada para moradia própria ou de sua família. Um de seus parágrafos determinava que essa modalidade especial de usucapião não incidiria sobre imóvel urbano ocupado por empregados domésticos, como caseiros, jardineiros e outros similares. **A função social da propriedade era apresentada como a base fundante desse instituto jurídico.**

Seu artigo 45, literalmente, dispunha: “ Os terrenos contínuos localizados em áreas declaradas de regularização fundiária, com mais de 300 metros quadrados, nos quais existam aglomerados de edificações precárias, tais como barracos, taperas, cortiços e similares, destinadas a moradia, e sejam ocupadas por dois ou mais possuidores, pessoas físicas, são suscetíveis de serem usucapidas **coletivamente**” . (O negrito é do autor)

**Sua finalidade consistia em propiciar a regularização fundiária de áreas de favelas e cortiços, possibilitando a apropriação coletiva das áreas ocupadas por grupos de famílias de baixa renda. Sua necessidade decorria das características peculiares a esse tipo de ocupação.**

O artigo 48 previa a instituição de uma modalidade original de condomínio destinada a possibilitar e facilitar a reurbanização das áreas ocupadas por esse conjunto de edificações habitacionais precárias e em condições precárias para o trânsito de pessoas e de insalubridade.

A realidade desses aglomerados impunha que a reurbanização destinada à melhoria das condições de moradia nesses conjuntos fosse realizada antes que houvesse a cristalização da propriedade individual sobre as áreas de terreno irregulares, contíguas e de ínfimas dimensões, sobre as quais foram construídas as edificações destinadas à moradia das famílias. Essa cristalização da propriedade individual antes da reurbanização do conjunto urbano precário, como é evidente, criaria enormes dificuldades práti-



cas para a melhoria das condições de habitabilidade nesses agrupamentos, especialmente se considerada a eventual necessidade de remanejamento da localização das habitações para melhorar as condições do fluxo de pessoas e cargas e a implantação da infra-estrutura de saneamento básico e de energia elétrica, onde for o caso.

Além dessa modalidade original de condomínio, a proposta estimulava e facilitava a solução dos problemas de habitabilidade pela própria comunidade organizada.

Os parágrafos 1º, 2º e 3º do artigo 48 do anteprojeto da Emplasa dispunham expressamente:

“ § 1º – Na sentença, o juiz atribuiria igual fração ideal de terreno a cada posseiro, independentemente da dimensão da porção de terreno que cada um ocupe, salvo na hipótese de acordo escrito entre os condôminos, homologado pelo município, estabelecendo frações ideais diferenciadas.

§ 2º – O condomínio especial assim constituído é indivisível, não sendo passível de extinção, salvo mediante deliberação favorável tomada por, no mínimo, dois terços dos condôminos e homologação pelo município.

§ 3º – As deliberações relativas à administração destes condomínios serão tomadas por maioria de votos dos condôminos presentes, obrigando também os demais, discordantes ou ausentes” .

Nesses parágrafos foram expressas as características essenciais dessa nova modalidade de condomínio, elaborada com a finalidade de viabilizar a transição de uma situação de moradias precárias e insalubres para outra de habitações mais dignas e civilizadas.

O artigo 50 do anteprojeto autorizava a participação do município, **em comum acordo com os condôminos**, dirigindo e executando a reurbanização do imóvel suscetível de ser usucapido coletivamente.

Por outro lado, o artigo 51 e seguintes facultou aos condôminos a associação sob a forma de sociedade cooperativa popular urbanizadora para o fim de promoverem, por si próprios ou por terceiros, a construção, re-

forma ou ampliação de suas moradias, bem como a realização de equipamentos urbanos e comunitários.

Por fim, o artigo 46 do mesmo anteprojeto proibia o usucapião especial de imóvel urbano nas áreas *non aedificandi* e nas áreas de domínio público de uso comum do povo ou de uso especial do Poder Público, mas o admitia nos bens públicos dominicais e nos terrenos das entidades da Administração indireta dos entes federados, como empresas públicas e sociedades anônimas de economia mista.

E o artigo 47 do anteprojeto, inspirado em dispositivo similar da Lei de Introdução ao Código Civil, determinava ao juiz que fizesse cumprir a legislação urbanística pertinente, pois existe, muito difundida entre os juízes, a cultura de, além de desconhecerem a legislação urbanística, restringirem seu papel às questões de natureza estritamente civil, representada exclusivamente pelas relações jurídicas existentes entre proprietário e possuidor, mas que, principalmente, na aplicação dessa legislação, **visasse ao atendimento dos fins sociais** do anteprojeto mediante o uso dos princípios de justiça e equidade, e, desse modo, não procedesse a uma aplicação meramente burocrática e cartesiana da lei.

Posteriormente, em 1988, o próprio legislador constituinte acolheu a proposta com modificações, incluindo esse instituto jurídico no Capítulo II, que cuida exatamente da Política Urbana, do Título VII – Da ordem econômica e financeira, mas dispondo apenas sobre o usucapião incidente sobre imóvel com até 250 metros quadrados. Isso significa que a própria Constituição Federal o considera instrumento de política urbana, certamente, com vistas à efetivação do princípio da prevalência, nos termos nela prefixados, da função social da propriedade urbana sobre o direito individual do proprietário.

Com esse objetivo, a Constituição Federal reduziu para cinco anos o prazo exigido para a aquisição do direito de propriedade pelo possuidor de imóvel urbano alheio desde que esse ocupe efetivamente área urbana com até 250 metros quadrados e a utilize para sua moradia ou de sua família.

## **O Usucapião Especial Urbano no Substitutivo ao Projeto de Lei 5.788/90, Aprovado pela Comissão de Desenvolvimento Urbano e Interior da Câmara Federal**

O Código Civil Brasileiro, ainda em vigor desde 1º de janeiro de 1917, contempla a disciplina do usucapião nos seus artigos 550 a 553. Trata-se, portanto, de instituto jurídico antigo criado com fundamento no princípio da função social da propriedade, embora este ainda não fosse então um princípio constitucional. O usucapião disciplina a posse efetiva do bem, transformando-a em domínio ou propriedade após o mero decurso do prazo previsto em lei.

Portanto, não é de hoje que a lei brasileira reconhece direitos ao possuidor perante o proprietário inerte que não utiliza efetivamente sua propriedade. Em outras palavras, a lei privilegia o possuidor que dá ao imóvel uma função social efetiva em detrimento do proprietário que apenas tenha o seu título de propriedade, não o defenda nem dê ao imóvel um uso real compatível com sua função social. Segundo a lei, o direito do proprietário só prevalece sobre o do possuidor desde que o primeiro o defenda desde logo, não permitindo que a posse se consolide com o decurso do tempo.

A Constituição Brasileira de 1988 reforçou essa linha evolutiva na medida em que, positivando o princípio, fortaleceu o princípio da função social da propriedade até reduzindo o prazo de aquisição da propriedade urbana por meio do usucapião no seu artigo 183.

### **Usucapião Individual**

O artigo 9º do substitutivo ao Projeto de Lei 5.788, de 1990, repete em sua maior parte o disposto no artigo 183 da Constituição Federal, que instituiu o usucapião especial urbano em nosso País. A primeira diferença encontrada consiste na explicitação da autorização para que possa recair não apenas sobre área de terreno mas também sobre edificação. O texto constitucional menciona “área urbana” sem esclarecer se ela se refere ao terreno ou à construção. Ora, se o legislador constituinte não distinguiu, não cabe ao intérprete fazê-lo. Portanto, a locução “área urbana” no

artigo 183 da Constituição Federal abrange tanto a área de terreno quanto aquela construída sobre ele. Sob esse aspecto, o substitutivo contribui para eliminar qualquer dúvida a respeito, estando perfeitamente dentro dos parâmetros estabelecidos na própria Constituição.

Esse mesmo artigo, no seu parágrafo 3º, garante ao herdeiro legítimo o direito de suceder na posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão. O seu parágrafo 1º, por sua vez, apresenta conteúdo idêntico ao do parágrafo primeiro do artigo 183 da Constituição Federal, ressalvada a supressão da expressão “e a concessão de uso”,<sup>106</sup> contribuindo unicamente para eliminar dúvidas e reiterar a disposição constitucional segundo a qual o direito de usucapir só pode ser reconhecido exclusivamente às pessoas naturais, homem ou mulher, ou a ambos, excluídas as pessoas jurídicas. Essa idéia, aliás, encontra-se implícita no *caput* do artigo 183 da Constituição Federal, no sentido de que somente as pessoas naturais podem morar e possuir família.

Não fossem esses pequenos aperfeiçoamentos do Texto Constitucional, o artigo 10 do substitutivo seria totalmente desnecessário, pois o artigo 183 da Constituição Federal apresenta todas as características das normas auto-aplicáveis ou de eficácia plena e direta.

## **Usucapião Coletivo: Constitucionalidade e Alcance**

O artigo 10 do substitutivo ao Projeto de Lei 5.788, de 1990, institui a

<sup>106</sup>A propósito, parecem-me corretas as observações de José Carlos Tosetti Barruffini quando expressa o entendimento favorável à inutilidade desse dispositivo constitucional, pois o que se adquire com o usucapião é o domínio e não o uso; a sentença na ação de usucapião possui efeito meramente declaratório, pois este é forma originária de aquisição do domínio; a concessão de uso é mero contrato administrativo pelo qual se concede o uso mas não o domínio; e o registro (antigamente chamado de transcrição) da sentença de usucapião no registro de imóveis não conduz à transferência da propriedade, pois esta ocorre quando o usucapiente reúne os requisitos constitucionais e legais, valendo a sentença como título para o registro mas não para o domínio. O mesmo autor assinala, com muita propriedade, que, em face da proteção atualmente dada pela Constituição à união estável entre o homem e a mulher (art. 226, § 3º, da Constituição), o título poderá ser lavrado em nome de ambos, “independentemente do estado civil”. (vide Usucapião Constitucional Urbano e Rural - Função social da propriedade. São Paulo: Atlas, 1998, pp. 180 e 181).

figura do usucapião especial urbano coletivo nos seguintes termos:

“ Art. 10 – As áreas urbanas com mais de 250 metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos a serem ocupados por cada possuidor, são suscetíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º – O possuidor pode, para o fim de contar o prazo exigido por este artigo, acrescentar sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas.

§ 2º – O usucapião especial coletivo de imóvel urbano será declarado pelo juiz, mediante sentença, a qual servirá de título para registro no Cartório de Registro de Imóveis.

§ 3º – Na sentença, o juiz atribuirá igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas.

§ 4º – O condomínio especial constituído é indivisível, não sendo passível de extinção, salvo deliberação favorável tomada por, no mínimo, dois terços dos condôminos, no caso de execução de urbanização posterior à constituição do condomínio.

§ 5º – As deliberações relativas à administração do condomínio serão tomadas por maioria de votos dos condôminos presentes, obrigando também os demais, discordantes ou ausentes”.

Como se pode constatar, o substitutivo ao Projeto de Lei 5.788, de 1990, incorporou substancialmente a proposta inicialmente elaborada na Emplasa e posteriormente acolhida no Projeto de Lei 2.191/89 pelo então deputado federal Raul Ferraz, com algumas pequenas modificações.

Algumas delas se justificaram em virtude das inovações legislativas que ocorreram durante o enorme lapso de tempo decorrido entre a elaboração inicial da proposta, em 1983, o início da vigência da Constituição

Federal em 1988, que não o previu expressamente, e sua aprovação recente pela referida Comissão de Desenvolvimento Urbano e Interior da Câmara Federal no ano de 1999. Nesse interregno, ocorreram importantes modificações na Constituição Federal, que tornaram desnecessárias, por exemplo, as alusões anteriormente feitas à participação do município no processo de reurbanização de favelas e cortiços e à formação de sociedades cooperativas urbanizadoras, cuja criação a Constituição facilitou amplamente.

Entretanto, o projeto substitutivo aprovado por essa Comissão espelha o reconhecimento da necessidade da adoção do usucapião especial urbano, seja individual seja coletivamente, como instrumento de política urbana, dirigido para o cumprimento do dever constitucional que determina a observância da função social da propriedade.

O primeiro aspecto a considerar na análise do usucapião coletivo urbano diz respeito à hipotética alegação de sua inconstitucionalidade pelo fato de a Constituição Federal ter instituído apenas o usucapião individual reconhecível apenas em favor de quem ocupe área urbana de dimensão inferior a 250 metros quadrados, mas não o usucapião especial coletivo em favor da população de baixa renda que ocupe área com dimensão superior.

Eventual alegação nesse sentido não possui qualquer fundamento consistente, eis que a relação jurídica entre proprietário e possuidor constitui matéria de direito civil, que, conforme o artigo 22 da Constituição Federal, encontra-se privativamente sob a alçada legislativa da União. Compete, pois, ao legislador ordinário nacional legislar, instituindo legitimamente novas modalidades de usucapião além daquela expressamente prevista na Constituição. Não há, pois, qualquer inconstitucionalidade no artigo 10 do substitutivo cujo conteúdo vai ao encontro do cumprimento efetivo do princípio constitucional da função social da propriedade.

Efetivamente, o acolhimento do usucapião coletivo no substitutivo encontra-se voltado para a promoção da paz social, a redução das desigualdades sociais, a proteção da família e da dignidade da pessoa humana, o atendimento das funções sociais da cidade e a melhoria das condições

habitacionais das populações de baixa renda situadas em áreas urbanas ou de expansão urbana.

O caráter social do instituto sobressai do *caput* desse artigo 10 quando estabelece que as áreas urbanas suscetíveis de serem usucapidas coletivamente são aquelas “ocupadas por população de baixa renda”, excluindo, portanto, de sua incidência as áreas ocupadas por população de média e alta rendas. Com muita propriedade, a lei não fixa parâmetros matemáticos de renda para delimitar o que entende por “população de baixa renda”. O legislador preferiu deixar esse assunto ao prudente critério do Juiz no exame de cada caso concreto.

Paralelamente, os aspectos essenciais do instituto foram incorporados ao substitutivo, especialmente mediante a previsão de uma nova modalidade de condomínio, capaz de possibilitar a superação dos entraves à reurbanização e à completa regularização urbana e fundiária de áreas de favelas e cortiços e assemelhados.

Contudo, algumas diferenças são notáveis. No artigo 10 do substitutivo preferiu-se trocar a enumeração exemplificativa das situações nas quais poderiam incidir o usucapião coletivo por uma frase de significado diverso: “... onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, ...”. Essa frase, nesse contexto, apresenta conotação reducionista e equivocada potencialmente geradora de polêmicas despiciendas e prejudiciais.

Em primeiro lugar, é difícil imaginar situações, por menores que sejam as áreas de terreno ocupadas, nas quais não se possa identificar os terrenos ocupados em relação ao respectivo possuidor. A regra geral consiste em que é possível identificar os terrenos ocupados e o respectivo possuidor. Aliás, constitui princípio da física que dois corpos não podem ocupar simultaneamente o mesmo lugar no espaço.

Talvez o legislador tenha considerado ser essa a fórmula adequada para legitimar a incidência do usucapião coletivo a partir da idéia de que onde for possível identificar o terreno ocupado individualmente pelo possuidor devesse incidir apenas o usucapião individual e não o usucapião coletivo.

Essa parece ter sido a razão pela qual o legislador adotou uma formulação tão contraditória e distante da realidade dos fatos, a qual até deixa uma brecha para que alguém possa sustentar a inaplicabilidade do preceito que ele próprio instituiu. De fato, se adotada a premissa de que toda posse implica a possibilidade de identificação do terreno ocupado com seu possuidor, o usucapião coletivo seria inaplicável, sendo unicamente aplicável o usucapião individual.

Mas, mesmo admitindo-se a eventual possibilidade da incidência do usucapião coletivo apenas nos casos em que não fosse possível essa identificação, da redação dada no substitutivo aflora, de imediato, a seguinte questão: então, onde for possível a identificação dos terrenos ocupados e o respectivo possuidor de baixa renda, somente seria possível a incidência do usucapião individual, mas não seria possível o usucapião urbano coletivo?

Ou seja, surge então o paradoxo: nas favelas e cortiços nos quais “ não se possa identificar” os terrenos ocupados seria possível adquirir coletivamente o domínio mediante o usucapião especial urbano e, naqueles nos quais seja possível essa identificação, ainda que as áreas de terreno ocupadas sejam contíguas e de diminuta dimensão, o mesmo efeito jurídico não seria considerado permitido pela lei.

Uma exegese dessa natureza conduziria a uma discriminação destituída de fundamento razoável. Qual seria ou poderia ser a razão legitimadora dessa discriminação? Aparentemente, pelo menos, não se vislumbra qualquer critério razoável que pudesse legitimar esse discrimen. Uma interpretação adequada não deve conduzir a conclusões absurdas ou irrazoáveis.

Nesse sentido, parece melhor atentar para os fins sociais visados pela norma jurídica e privilegiar o seu atendimento em detrimento de uma discriminação iníqua, pois remete a maioria dos casos ao usucapião individual e, praticamente, inviabiliza o próprio objetivo da instituição do usucapião coletivo, qual seja, o de possibilitar a reurbanização do conjunto da área ocupada em benefício do atendimento das funções sociais da cidade, com o assentimento e sem qualquer prejuízo para os possuidores



usucapietes. Além do que essa exegese não parece consentânea com o respeito ao princípio constitucional da igualdade e não porta consigo um critério de justiça e de razoabilidade.

Todavia, parece mais razoável e consentâneo com as demais disposições legais pertinentes entender que se aplica o usucapião coletivo também onde se possa identificar o terreno ocupado com o respectivo possuidor, privilegiando os fins sociais visados pela norma e considerando os possuidores em estado de composses do conjunto da área urbanizada possuída de modo indiviso (vide art. 488 do Código Civil), embora cada possuidor ocupe de fato uma porção determinada de diminuta dimensão.<sup>107</sup>

Em abono dessa interpretação, importa lembrar que o próprio texto da lei considera os usucapietes em estado de composses sobre a totalidade da área ou imóvel objeto do usucapião coletivo, ocupando cada um deles uma porção determinada, devendo, em conseqüência, o juiz atribuir uma fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe. É o que dispõe o § 3º do artigo 10 do substitutivo.

Do ponto de vista literal, a afirmação constante do *caput* desse artigo, segundo a qual o usucapião coletivo incidiria "...onde não for possível identificar os terrenos ocupados por possuidor..." contradiz o conteúdo desse parágrafo terceiro, que manda o Juiz atribuir igual fração ideal de terreno a cada possuidor, salvo a hipótese de acordo escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas.

<sup>107</sup>Aliás, trata-se de uma realidade bastante difundida no Brasil – que está a exigir uma adequada disciplina legislativa em razão de implicar progressiva ampliação das áreas urbanas sem a correlata implantação da infra-estrutura urbana própria – a composses de imóvel rural indivisível pelo fato de sua eventual divisão dar origem a outros imóveis com dimensão inferior à do módulo rural da região. Como isso é vedado pela lei, que não permite imóvel rural com dimensão inferior à do módulo rural da região, adota-se, com freqüência, especialmente para sítios de recreio e chácaras de lazer, a prática da instituição de um condomínio (diversos proprietários) sobre um imóvel rural de dimensão igual ou superior à do módulo rural da região, ficando, portanto, o imóvel juridicamente indiviso para observância da proibição legal, mas dividido de fato em razão da aceitação comum de uma posse individual sobre porções determinadas do imóvel, com dimensões inferiores às do módulo rural, exercida pelo respectivo possuidor simultaneamente condômino do todo.

O fato de a lei admitir a possibilidade do estabelecimento de frações ideais diferenciadas tem como pressuposto lógico o reconhecimento de que os ocupantes possuam, de fato, porções determinadas de dimensões diferenciadas entre si e seja possível identificá-las com o respectivo possuidor. Portanto, de modo implícito, este artigo 10 admite claramente a incidência do usucapião coletivo também nos imóveis usucapíveis coletivamente, nos quais seja possível identificar os terrenos ocupados por possuidor.

Ademais, essa idéia é reforçada pelo disposto nos §§ 4º e 5º desse mesmo artigo 10 do substitutivo ao Projeto de Lei 5.788, de 1990,. A instituição de um condomínio especial indivisível sobre a área usucapida coletivamente, no qual cada condômino seja proprietário de uma unidade autônoma de uso exclusivo e de uma fração ideal sobre a totalidade do terreno objeto do usucapião coletivo, também implica o reconhecimento do mesmo pressuposto lógico acima mencionado, com as conseqüências jurídicas dele decorrentes, ou seja, a incidência do usucapião coletivo também sobre as áreas onde seja possível identificar os terrenos ocupados por possuidor.

No mesmo sentido, o inciso II do artigo 12 do substitutivo considera partes legítimas para a propositura da ação de usucapião urbano os possuidores , em estado de comosse, o que também robustece essa exegese.

Hoje, o Poder Público possui uma alternativa para utilizar a desapropriação de áreas privadas para o fornecimento de lotes urbanizados com ou sem edificação às pessoas de baixa renda, inclusive para regularização de loteamento em face das inovações introduzidas pela Lei 9.785, de 29 de fevereiro de 1999, que facilitou o uso da desapropriação para o fim de moradia para a população de baixa renda.

Sem dúvida, a aplicação dessas novas disposições legais, a despeito de seus meritórios objetivos, pode ser desvirtuada sob o pretexto de facilitar a reurbanização ou de promover a regularização fundiária mediante a desapropriação de áreas, formando favelas ou assemelhados, em relação às quais o processo de aquisição do domínio por seus ocupantes, por força do usucapião, esteja em curso ou ainda não tenha sido concluído.

Uma intervenção expropriatória em tal contexto pode simular, na verdade, o propósito de beneficiar o proprietário inerte, que não defendeu sua propriedade no tempo certo nem lhe deu, enquanto a manteve sob seu poder, o uso socialmente adequado. Esse proprietário em vias de perder sua propriedade por meio do usucapião, sem qualquer indenização, seria beneficiado com uma indenização paga, em última análise, por toda a coletividade e, provavelmente, beneficiado com a valorização decorrente da implantação da infra-estrutura que o Poder Público tenha realizado para atender à população assentada na área.

Praticá-la, certamente, poderá resultar em infração ao princípio da economicidade, da moralidade, e até a prática de ato de improbidade, por atentar contra os princípios da Administração Pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições democráticas e republicanas.

O eventual litígio entre diversos pretensos proprietários da área suscetível de ser usucapida não constitui óbice para a declaração do usucapião especial ao cabo do decurso de cinco anos de efetiva ocupação. O simples decurso do prazo de usucapião eliminará a discussão entre os pretensos proprietários, pois todos não mais poderão pleitear seus eventuais direitos relativos ao domínio do imóvel porque este terá sido transferido automaticamente, por força da lei e do decurso do prazo legal, para seus atuais e efetivos possuidores: aqueles que preencham os requisitos fixados no artigo 183 da Constituição Federal de 1988 e no substitutivo na hipótese de usucapião especial urbano coletivo.

Portanto, a adoção da alternativa da desapropriação em substituição ao usucapião especial urbano pode representar um ônus adicional para a coletividade, com evidente desperdício de recursos financeiros públicos e benefício para o expropriado, que receberá uma indenização que não receberia no processo de usucapião e, talvez, até pleiteando e obtendo a inclusão da valorização decorrente da implantação da infra-estrutura urbana pelo Poder Público para atender à população ocupante ao longo dos anos.

O Poder Público local, no exercício de sua competência discricionária, não tem ao seu arbítrio a faculdade de escolher ao seu talante entre uma ou outra alternativa como se fossem equivalentes ou reciprocamente neutras, sem qualquer motivação fundamentada. Como ensinam os administrativistas, o exercício do juízo discricionário pela autoridade pública pressupõe a opção pela alternativa que, sob todos os aspectos envolvidos, represente a **melhor alternativa para o interesse público**.<sup>108</sup>

Salvo melhor entendimento, essa substituição poderá implicar a prática de uma forma mais grave de ilegalidade: a inobservância do princípio constitucional da economicidade na realização dos dispêndios públicos (CF, art. 70) e prática de atos contrários à moralidade ou à probidade na Administração Pública (CF, art. 37).

## Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia

O artigo 15 do substitutivo inova ao dispor que aquele que possuir como sua área ou edificação urbana de até 250 metros quadrados, situada em **imóvel público**, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação à referida área ou edificação, desde que não seja proprietário ou concessionário de outro imóvel urbano ou rural. Seu parágrafo primeiro impõe que a concessão de uso especial seja outorgada de forma gratuita, não onerosa.

Igualmente, no mesmo sentido, o artigo 16 determina ao Poder Público a concessão de uso para fins de moradia, nos termos nele fixados, conferida de forma coletiva à população de baixa renda ocupante de áreas urbanas.

Além disso, o artigo 17 determina que o Poder Público garanta ao possuidor o exercício do direito à concessão de uso em outro local, caso a área ocupada seja área de risco para a vida ou a saúde e o artigo 18 estabelece que, se a concessão de uso não for concedida administrativamente pelo Poder Público, em caso de recusa ou omissão, a concessão será declarada judicialmente mediante sentença.

<sup>109</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. vide ob. cit. p.629-653.

Por outro lado, o artigo 20 atribui caráter resolutório à concessão ao determinar a extinção desta caso o concessionário dê ao imóvel destinação diversa da moradia para si ou sua família ou os concessionários remembrem seus imóveis. Há aqui uma impropriedade. O *caput* desse artigo dispõe que, ocorrendo essas hipóteses, a concessão de uso se extingue, “retornando o imóvel ao domínio público”. Ora, a outorga da concessão de uso não transfere o domínio do imóvel para o concessionário, mas apenas concede o seu uso. Assim sendo, a extinção da mesma concessão não pode fazer com que o imóvel retorne ao domínio público do qual ele jamais saiu. O efeito da extinção da concessão se limita a autorizar o Poder Público a providenciar a retomada do uso do imóvel.

O caráter social do instituto da concessão de uso para fins de moradia, tal como regulado no substitutivo, é evidente. Visa apenas proporcionar estabilidade e tranqüilidade a quem, não sendo proprietário ou concessionário de outro imóvel urbano ou rural, e possuindo baixa renda, seja ocupante de áreas urbanas ou imóveis públicos, dando-lhes a garantia de que não serão transferidos para outras áreas na medida em que pretende impedir o Poder Público de promover a desocupação do imóvel com a transferência de seus ocupantes para outro.

O parágrafo terceiro do artigo 183 da Constituição Federal é claro: os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião. Esse preceito constitucionalizou uma orientação jurisprudencial consubstanciada na Súmula 340 do Supremo Tribunal Federal, cuja ementa apresenta o seguinte conteúdo: “Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião”. Todavia, deve-se registrar a propósito decisão do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual: “Bens pertencentes a sociedade de economia mista podem ser adquiridos por usucapião”. (RSTJ 105/313)<sup>109</sup>

Registre-se também o disposto no artigo 67 do Código Civil, segundo o qual os bens públicos (de uso comum do povo, de uso especial e os dominicais) só perderão a inalienabilidade, que lhes é peculiar, nos casos e

<sup>109</sup> Vide NEGRÃO, Theotônio. *Código de processo civil*. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 819.

forma que a lei prescrever. O artigo seguinte do Código, artigo 68, dispõe que o uso comum dos bens públicos pode ser gratuito, ou retribuído conforme as leis da União, dos Estados e dos municípios, a cuja administração pertencerem.

Para contornar a proibição constitucional do § 3º do artigo 183, o projeto substitutivo ao Projeto de Lei 5.788, de 1990, prevê a obrigatoriedade da concessão de uso para fins de moradia pelo Poder Público, que não implica a transferência do domínio ou propriedade, a quem, preenchendo os requisitos nele estabelecidos, ocupe áreas urbanas públicas ou imóveis públicos, configurando essa concessão como um direito subjetivo do ocupante, reivindicável até pela via judicial, caso haja recusa ou omissão do Poder Público.

Ao atribuir-lhe caráter resolutório, nos termos do artigo 20, o projeto substitutivo aproxima a concessão de uso especial para fins de moradia da concessão de direito real de uso, inclusive para fins de moradia, prevista no artigo 7º do Decreto-Lei 271, de 28 de fevereiro de 1967, que, além de também poder recair sobre imóvel público, atribui direito real resolúvel e transferível ao concessionário.

Diferentemente, a concessão de uso especial a que se refere o projeto substitutivo é concedida *intuitu personae*, não podendo ser objeto de transferência entre particulares sem o consentimento do Poder Público concedente, ressalvada apenas a hipótese prevista no § 3º do artigo 15 do substitutivo, em que o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, a posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão.

De fato, a concessão de uso especial para fins de moradia é contrato administrativo, assim como as demais concessões de uso e, como seu próprio título enuncia, não transfere o domínio sobre imóvel público para quem quer que seja. Conforme a doutrina ensina, trata-se de instrumento administrativo ajustado *intuitu personae* pelo qual o Poder Público transfere a utilização exclusiva de um bem de seu domínio a particular para o efetivo aproveitamento de sua destinação específica. Em princípio, pode

ser gratuita ou onerosa, por tempo certo ou indeterminado. Esses aspectos são consensuais entre os administrativistas.<sup>110</sup>

Além disso, como regra geral, as concessões estão sujeitas ao preceito da obrigatoriedade de licitação, como exige o artigo 2º da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993; todavia, o substitutivo nada esclarece em relação à concessão de uso especial para fins de moradia. A omissão dessa questão associada à outorga, *ex lege*, de direito subjetivo, ao ocupante do imóvel público, permite a inferência de que o legislador considera inaplicável a exigência de licitação nesse caso.

A concessão de uso especial para fins de moradia, tal como prevista no substitutivo ao Projeto de Lei 5.788, de 1990, a despeito dos bons propósitos de seus idealizadores e propugnadores, suscita sérias indagações sobre sua constitucionalidade.

De fato, os imóveis públicos, conforme sejam federais, estaduais ou municipais, são bens do domínio dos respectivos entes federados (União, Estado federado, Distrito Federal e município), aos quais compete sua administração com vistas ao atendimento do interesse público nos termos da lei.

A questão que avulta, então, consiste em saber se uma lei nacional, na qual se pretende transformar o projeto substitutivo, de nível infra-constitucional, pois aprovada pelo legislador ordinário, pode, em face da Constituição Federal, obrigar os entes federados a outorgar a concessão de uso especial para fins de moradia sobre imóveis públicos que lhes pertençam.

E mais, essa lei ordinária nacional poderá outorgar também direito subjetivo aos ocupantes desses imóveis públicos, independentemente da manifestação de vontade dessas pessoas jurídicas de direito público interno, por meio do respectivo órgão legislativo, e, além disso, determinar ao

<sup>110</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 468.

MUKAI, Toshio. *Direito administrativo sistematizado*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 187.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 625.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 505.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 1995, p. 448.

Poder Judiciário que a conceda na hipótese de recusa ou omissão do correspondente ente federado?

À primeira vista, salvo melhor entendimento, a única resposta juridicamente possível há que ser negativa. De fato, ao aprovar a concessão de uso especial para fins de moradia, nos termos previstos no projeto substitutivo, isto é, pretendendo obrigar os entes federados a concedê-la sobre seus imóveis públicos e outorgando direito subjetivo aos ocupantes, reivindicável perante o Poder Judiciário, em caso de recusa ou omissão administrativa, o legislador federal estará ultrapassando os limites constitucionais de suas atribuições e infringindo o disposto no artigo 18 da Constituição Federal, que assegura a autonomia aos entes federados nos termos nela previstos.

A competência dada pela Constituição Federal ao legislador ordinário para estabelecer, por lei, diretrizes para o desenvolvimento urbano, vinculantes para todos os entes federados, não o autoriza a obrigá-los a destinar seus imóveis públicos ocupados por população de baixa renda exclusivamente para moradia desses ocupantes.

O Estado ou o município poderá fazê-lo, desafetando as áreas necessárias, se forem de uso comum do povo, ou concedendo o direito real de uso, o aforamento ou o direito de superfície, se tais providências forem aprovadas por lei própria, se houver disponibilidade de áreas para outras finalidades de interesse coletivo e se não contrariarem as diretrizes de planejamento urbano contidas na lei do plano diretor.

De fato, não pode o legislador federal dizer aos entes federados como devem administrar os bens públicos que lhes pertençam. Fazê-lo contraria o sistema federativo brasileiro. É evidente que os níveis de governo, ao fazê-lo no exercício de sua própria autonomia, devem pautar-se pelo estrito atendimento do interesse público, com base na Constituição Federal, na Constituição Estadual, no caso do Estado Federado, e na Lei Orgânica, no caso do município, e nas respectivas leis que editarem.

A autonomia que lhes é assegurada na Constituição Federal não é ilimitada nem irrestrita para que possam realizar sua vontade, qualquer que



seja. Ao contrário, deve ser exercida exclusivamente para que o bem coletivo, de todos, seja efetivamente concretizado, fazendo com que prevaleça o interesse coletivo sobre o interesse particular ou de grupos.

A propósito, a própria Constituição Federal fixa objetivos muito claros cujo alcance constitui dever a ser perseguido mediante a colaboração e a contribuição comum de todos os entes federados, cada qual utilizando os meios, instrumentos e recursos ao seu alcance. Haja vista, especialmente, considerando o assunto ora em pauta, o disposto nos incisos III e IV do artigo 3º da Constituição Federal, ou seja, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos. A rigor, eventuais ações ou leis, que caminhem na direção oposta, podem ser impugnadas ou questionadas por motivo de inconstitucionalidade.

Além da infração ao estatuído no artigo 18 da Constituição Federal, a outorga de direito subjetivo aos ocupantes dos imóveis públicos, inclusive garantindo-lhes o direito de pleitear junto ao Poder Judiciário o reconhecimento desse direito em caso de recusa ou omissão, à revelia do ente federado titular do domínio sobre o imóvel público ocupado, tal como prevista no substitutivo, ignora também outros preceitos constitucionais.

Por exemplo, os parágrafos 2º e 3º do artigo 182 da Constituição estabelecem, respectivamente, que o plano diretor é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana e que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. Conseqüentemente, no mínimo, a concessão de uso especial para fins de moradia só seria passível de outorga se conforme às diretrizes da lei do plano diretor. Como essa lei compete à Câmara Municipal, a concessão de uso que se pretende instituir só seria suscetível de formalização caso houvesse a manifestação de vontade favorável do Poder Legislativo municipal.

Diante desse contexto, impor a concessão de uso especial para fins de moradia ao ente federado (Estado federado, Distrito Federal ou município) mediante a outorga de direito subjetivo ao possuidor de imóvel público estadual ou municipal, impedindo o Poder Público de considerar outras

alternativas que, eventualmente, melhor atendam aos interesses públicos concretamente envolvidos, afronta a autonomia que lhes foi assegurada no artigo 18 da Constituição Federal. E isto é juridicamente mais verdadeiro ainda se eventualmente a concessão contrariar exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas na lei municipal do plano diretor.

O substitutivo ao Projeto de Lei 5.788, de 1990, não vincula a concessão de uso à conformidade com as exigências do plano diretor municipal. Entretanto, mesmo que o tivesse feito, não pode a lei federal outorgar direito subjetivo a particular perante imóvel público de domínio do Estado federado, do Distrito Federal ou do município, diante da autonomia assegurada a cada qual para a administração dos imóveis públicos que lhes pertençam pelo anteriormente citado artigo 18 da Constituição Federal.

Por exemplo, de acordo com a Constituição Federal, cabe ao município administrar os imóveis públicos municipais consoante sua própria lei orgânica e a lei do plano diretor. Em relação aos bens de uso comum do povo, por exemplo, cabe ao Poder Público local determinar se deve ou não, com base na lei do plano diretor, desafetar uma praça<sup>111</sup> para destiná-la a outra finalidade de interesse público, inclusive moradia, ou promover a reurbanização do bairro no qual esteja localizada. A lei federal, nem a Constituição Estadual<sup>112</sup>, não pode obstar o exercício desse poder pelo município, sob pena de inconstitucionalidade.

<sup>111</sup> A doutrina, unanimemente, reconhece a possibilidade de desafetação de bens públicos de uso comum do povo desde que mediante lei do ente federado que seja titular de seu domínio, no caso de praça: o município no pleno exercício de sua autonomia, assegurada no artigo 18 da Constituição Federal.

<sup>112</sup> A Constituição do Estado de São Paulo, no inciso VII do artigo 180, impôs aos municípios que as áreas definidas em projeto de loteamento como áreas verdes ou institucionais não poderão, em qualquer hipótese, ter sua destinação, fins e objetivos originariamente estabelecidos alterados. Trata-se de prescrição claramente inconstitucional porque diretamente afeta o interesse local e a autonomia municipal. A Constituição Federal somente autoriza a Constituição do Estado federado a estabelecer princípios cujo conteúdo reflita o interesse público da população de dois ou mais municípios, mas não o autoriza a ferir a autonomia municipal nem a dispor sobre o interesse local. Imagine-se a hipótese de eventual necessidade futura de reurbanização da área loteada com mudança da localização das áreas de uso comum do povo. Nesse caso, o município estaria impedido de promovê-la, o que seria absurdo, ferindo o interesse público local.

Pode acontecer que um determinado bairro ou zona necessite de áreas de uso especial ou de uso comum do povo para atendimento de necessidades sociais apuradas no planejamento municipal e, de fato, existam nesse bairro ou zona áreas públicas ocupadas por pessoas de baixa renda, utilizando-as para fins de moradia.

Respeitadas melhores opiniões em contrário, segundo parece, a Constituição Federal não legitima tal ocupação em detrimento de outras exigências e necessidades coletivas. Sem dúvida, diante de situação como esta, cabe ao Poder Público municipal providenciar o atendimento de todas as necessidades coletivas presentes. De um lado, a reserva e a destinação de áreas públicas suficientes para a satisfação das necessidades sociais e de lazer, por exemplo, em conformidade com o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e, de outro, as necessidades de moradia da população marginalizada e excluída do usufruto das mínimas condições de vida humana digna às quais tem direito.

O Poder Público deve agir, mobilizando todos os recursos disponíveis, para compatibilizar o atendimento de todas as necessidades sociais, priorizando as ações que visem a extensão a todos do usufruto dos direitos fundamentais da pessoa humana, como a vida, a saúde, o trabalho, a educação, a moradia, o lazer, etc. e, portanto, caminhem no sentido da erradicação da pobreza e da marginalização e da redução das desigualdades sociais e regionais.

## FUNÇÃO URBANÍSTICA DO USUCAPIÃO

*Norma Lacerda e Lucia Leitão*<sup>113</sup>

Este texto tem como objetivo refletir sobre a aplicação do instituto jurídico do **usucapião**, notadamente no que se refere à sua aplicação ur-

<sup>113</sup> Professoras do Centro de Conservação Integrada Urbana e Territorial – Ceci, do Departamento de Arquitetura e Urbanismo – DAU, da Universidade Federal de Pernambuco – UPE. As autoras agradecem os valiosos comentários do advogado Aluizio Advincula, particularmente no que se refere aos aspectos jurídicos apresentados neste texto.

banística. Tendo como ponto de partida o conflito gerado pela questão do modo de acesso à terra, no Brasil, aborda-se a evolução jurídica desse instrumento legal. Em seguida, faz-se uma breve caracterização e análise da primeira experiência bem-sucedida do uso do instrumento no Brasil contemporâneo, a partir do Projeto Nosso Chão, implantado no Município de Jaboatão dos Guararapes, na Região Metropolitana do Recife, em 1992. Conclui-se o texto com uma reflexão acerca do efeito e da importância do **usucapião urbano** como instrumento de planejamento das cidades no que diz respeito à sua dimensão urbanística.

## Origem do Conflito Fundiário no Brasil Contemporâneo

O acesso à terra, quer urbana, quer rural, não é uma questão secundária na sociedade brasileira. Fatos gerados por movimentos populares em tempos recentes – a exemplo do Movimento dos Sem Terra, nas áreas rurais, e do Movimento dos Sem Teto, nas cidades – atestam a importância do problema.

Em ambos os movimentos, tem-se como fato gerador a pressão pela apropriação da terra **pelo uso e pela ocupação e não pela compra**, mediada monetariamente. Vivencia-se, assim, no momento contemporâneo, a explicitação de um conflito que não é novo: data de 1850 e vem à tona com a promulgação da chamada Lei de Terras.<sup>114</sup>

A Lei de Terras, ao determinar que ficavam **proibidas as aquisições de terras devolutas por outro título que não a compra** – a partir daquele momento –, impediu que a apropriação fundiária se desse pelo uso e ocupação da terra. A posse de terras devolutas, segundo qualquer instrumento que não a propriedade, materializada em título aquisitivo legitimado pelo Poder Público, estava legalmente proibida a partir daquela data. A partir dali é que se instala o conflito fundiário no Brasil. Afinal, convém não esquecer que, até então, a repartição e a apropriação da terra, sejam as sesmarias, no espaço rural, sejam as datas, nas vilas e cidades nascentes, estavam condicionadas à sua ocupação efetiva. Assim, era o uso que legitimava a posse e, conseqüentemente, provocava o reconhecimento do direito de propriedade.

<sup>114</sup> Lei 601, de 18 de setembro de 1850.

A Lei de Terras instituiu, portanto, o conflito, ao estabelecer que a propriedade da terra só será legalmente admitida mediante a compra monetariamente caracterizada, e não mais pela efetiva ocupação da terra, o que dá a ela o estatuto de mercadoria. Assim, tem acesso legal à terra apenas quem pode adquirir essa mercadoria singular, mediante uma contrapartida monetária.

A partir da instituição dessa lei, as cidades brasileiras passaram a conviver com um problema que o tempo e as circunstâncias só fizeram agravar: a ocupação – agora ilegal – de parcelas crescentes dos seus territórios por populações cuja baixa renda não lhes permitia ter acesso ao mercado imobiliário.

Tais ocupações, do ponto de vista legal, configuram-se como uma transgressão ao direito de propriedade e, portanto, como uma violação jurídica. Além do mais, significavam uma afronta aos princípios de funcionamento das economias de mercado livre, estabelecidos a partir da propriedade privada dos recursos econômicos e da troca, mediante preços definidos pelas relações entre a oferta e a procura.

Nesse ponto, vale considerar algumas especificidades da sociedade brasileira. A primeira, de natureza socioeconômica, faz com que a propriedade, especialmente a propriedade de terras rurais ou terrenos urbanos, constitua em si mesma um símbolo de poder econômico, de *status* social e de prestígio político. Tal fato afasta a posse da terra de sua função primeira de meio de produção de riquezas ou de espaço para acolher a habitação humana em seu sentido pleno. Ser proprietário torna-se importante não apenas pela necessidade prática de uso da terra, mas, sim, pelo lugar social que a propriedade ajuda a conquistar.

A segunda característica digna de nota é o caráter de reserva de valor que a terra adquiriu no Brasil, em face da fragilidade dos modelos econômicos que o País tem experimentado. Especialmente na segunda metade do século XX, a sociedade brasileira se vê às voltas com uma inflação constante, por vezes desenfreada, a corroer rendas e especialmente salários; a imposição de pacotes econômicos com características confiscatórias, a exemplo do que ocorreu com as poupanças privadas no governo Collor;

a imposição de empréstimos compulsórios, etc. Esse caráter instável da economia brasileira acabou gerando um apego excessivo ao bem terra, especialmente na chamada classe média, que nele via uma oportunidade de investimento, cuja valorização, via de regra, tem sido sempre crescente.

Uma outra característica importante é o modo extremamente veloz como se deu a urbanização brasileira. Num país em que se muda, literalmente, do campo para as cidades, em apenas quatro décadas, e sem nenhum planejamento, não é de se estranhar os problemas gerados a partir desse fato. Atraídas pela industrialização do País, que teve como base de sustentação as cidades, e expulsas do campo pela ausência de uma política agrária suficientemente atraente para a população do campo, as populações que vivenciaram o êxodo rural atingiram em cheio o equilíbrio e a qualidade da ocupação dos espaços urbanos brasileiros.

Neles, uma população profissionalmente desqualificada, alijada ou subempregada no mercado de trabalho urbano, sem nenhuma condição, portanto, de acesso à terra, mercadoria cada vez mais cara, é parte importante dos conflitos fundiários. Com uma população urbana progressivamente maior, as grandes cidades brasileiras passaram a ser o palco privilegiado das disputas pela terra urbana e dos problemas urbanos delas decorrentes.

De um lado, uma classe média assustada e disposta a garantir seus supostos direitos gerou distorções urbanísticas importantes, a exemplo dos famosos **vazios urbanos** que nada mais são do que uma retenção especulativa de terrenos, retirados artificialmente do mercado de terras para se constituírem em patrimônio familiar livre das investidas, nem sempre escrupulosas, das políticas econômicas do Governo Federal.

De outro, uma população pobre cuja renda não lhe permitia sequer aspirar, quanto mais ter acesso à propriedade pela compra do lote urbano. Como habitar é preciso, e quanto a isso não há argumentação contrária possível, a solução encontrada por essa população tem sido a ocupação pura e simples de um pedaço de terra urbano. Nesse contexto, a urbanização foi marcada pela ação de grupos sociais capazes de afrontar os proprietários fundiários e até mesmo o Estado, assinalando que o problema da moradia requeria alte-

rações estruturais, incluindo as de natureza legislativa, o que implicava um cuidadoso trabalho de adequação das leis aos fatos cotidianos.

Nos finais da década de 80, a magnitude do problema fundiário nas cidades brasileiras evidenciava claramente que a alternativa econômico-financeira da terra como mercadoria, sem romper os bloqueios de natureza jurídico-fundiária, agravava substancialmente a situação de acesso à moradia para os segmentos de mais baixa renda, maioria absoluta na realidade brasileira. Ficava claro que o direito de propriedade deveria subordinar-se ao direito de moradia, ou melhor, que a propriedade fundiária urbana deveria exercer a sua função social, segundo a qual a habitação não seria uma simples aquisição de um bem, mas, sim, um direito.

A ação do Estado, por meio da definição de uma política habitacional da qual o Banco Nacional da Habitação – BNH (1964-1986) foi o maior símbolo, não apenas não resolveu o problema como, em certa medida, o agravou. Afinal, ao criar as condições necessárias para a produção e comercialização de imóveis, gerou uma enorme demanda por terras urbanas que deveriam dar suporte às operações imobiliárias. Desse modo, tornou-se o grande responsável pela elevação dos preços fundiários, com nítidas repercussões sobre os preços das moradias urbanas, tornando estas últimas absolutamente inacessíveis à população de baixo poder aquisitivo.

A consequência mais visível é o acirramento de conflitos envolvendo a propriedade da terra, decorrentes dessas ocupações ilegais, tanto em áreas públicas, quanto em áreas privadas. Tem-se, assim, o que se conhece como a distinção, na realidade brasileira, entre a cidade legal, oficial, produzida de acordo com códigos e leis urbanísticas e reconhecida como tal, e a cidade real, precária, ilegal, desprovida, em sua grande maioria, de infraestrutura básica, mas impossível de ser ignorada graças à dimensão que o problema atingiu, quer em áreas ocupadas, quer em população, coexistindo ambas em oposição permanente.

## **Usucapião Urbano – Evolução Jurídica**

A preocupação com as concepções sobre o uso social da propriedade

emergiu a partir dos anos 30, quando “ o lema era redefinir o direito de propriedade partindo do jurídico, ou seja, de um sistema legal que conduzisse à renovação. Os teóricos da reforma eram juristas modernos desejosos de promover alterações dentro da ordem jurídica” . (Pessoa, 1983)

Não sem razão, a Constituição de 1934 foi a primeira a esboçar um condicionamento do direito de propriedade a um fim social.

Nesse contexto, foram editados e promulgados atos que regulavam a preservação do patrimônio histórico e artístico nacional, a utilização dos terrenos de marinha, a regulamentação da venda de lotes em prestação às classes populares, a lei dos registros públicos, as desapropriações em geral, as relações entre locadores e locatários urbanos residenciais, entre outros (Pessoa, 1983). O fato de tais regramentos continuarem ainda em vigor mostra que os juristas conseguiram promover alterações significativas.

Em 1945, inicia-se o processo de redemocratização do País que, entre outros fatos, deu origem à Constituição de 1946. Plena de idéias progressistas, a Carta Magna prescrevia o uso da propriedade condicionada ao bem-estar social. No entanto, tal princípio não tinha em si mesmo praticidade, uma vez que sua fixação constitucional lhe assegurava um caráter apenas permissivo, conforme registra Yara Monteiro: “ Não obstante sua natureza programática, posto que meramente permissivo, o preceito fixou para o legislador ordinário um vetor a ser seguido: assegurar a justa distribuição da propriedade para alcançar a igualdade de oportunidade de acesso a ela” .

Assiste-se, portanto, a partir de 1946, à criação de novos instrumentos jurídicos que promoveriam alterações profundas na legislação, destacando-se, entre eles, o usucapião, instituído pelo Código Civil, cuja definição aparece assim redigida no artigo 550: “ Aquele que possuir, por vinte anos<sup>116</sup>, sem interrupções nem oposições, independente do título e boa-fé, um imóvel, poderá adquirir o domínio por meio de requerimento ao juiz, cuja sentença lhe servirá de título para transcrição no Registro de Imóveis” .

<sup>116</sup> Convém salientar que o artigo 551 reconhece o direito de aquisição daquele que, por 10 anos – entre presentes (proprietários moradores do mesmo município) – e 15 anos entre ausentes (proprietários moradores em outro município) – possuir como seu o imóvel, de forma contínua e incontestavelmente, mesmo com justo título e boa-fé.



Observa-se, como nos adverte Silvio Rodrigues (1998), que “o sistema brasileiro não seguiu a orientação do art. 2.279 do Código Civil francês, segundo o qual a posse da coisa móvel faz presumir a propriedade: ‘*En fait de meubles, la possession vaut titre*’. Ao contrário, embora permitindo a aquisição de domínio das coisas sem dono, o legislador brasileiro criou o instituto do usucapião para consolidar o domínio sobre as coisas móveis, quando o modo de aquisição não fosse insuscetível de dúvida. O usucapião dos móveis é o mesmo que inspira o usucapião dos imóveis, isto é, o intuito de emprestar juridicidade a situações de fato que se alongaram no tempo”.

O usucapião advém, como ensina Tavares (1999), “da lei que legitima o poder de fato estabelecido fisicamente por vontade unilateral de quem procede de modo a assenhorar-se da coisa sem ato nem fato jurídico de transferência de domínio, por não haver qualquer ato de vontade de transmitente algum, nem título judicial ou extra-judicial consubstanciando tal transferência”.

Constitui, segundo o mesmo autor, “uma aquisição originária uma vez que dá origem a uma propriedade ativa onde havia um vácuo jurídico decorrente da inércia de um domínio, portanto, propriedade sem função social, que a Constituição Federal exige como requisito para a sua garantia. A nova propriedade, com desempenho da função social constitucional, a Lei Civil considera primitiva do possuidor, que lhe dá a vida do uso e gozo. Como se jamais tivesse pertencido a outrem. Equiparando-se à *res nullius*, que passa a ser conferida àquele que utiliza de fato. É a dinâmica do direito social da propriedade particular” . (Tavares, 1999)

O usucapião significa um passo importante, uma vez que a propriedade da terra urbana e rural, quando ocupada por um período superior ao estabelecido, é colocada em cheque, sem nenhuma contrapartida para os proprietários, significando a subordinação do direito de propriedade ao direito de uso e ocupação. O uso passa a legitimar a posse, provocando o reconhecimento do direito de propriedade.

Embora represente um grande avanço, esse instrumento não foi suficiente para o enfrentamento da questão fundiária urbana no Brasil. O tempo estipulado e o caráter individual da ação judicial tornavam-no pra-

ticamente ineficaz diante dos conflitos que se multiplicavam. O direito de propriedade não foi redefinido de modo a adequá-lo às necessidades sociais, mediante um preceito expresso no Código Civil. Os proprietários continuavam a ter todos os direitos, vantagens e condições e nenhuma faculdade jurídica cabia ao posseiro, a não ser que ocupasse a terra por um tempo maior que aquele definido e entrasse individualmente com uma ação judicial, arcando com todas as despesas processuais.

Além disso, é preciso que se tenha em conta que os beneficiários naturais do usucapião são, em sua maioria, pessoas com baixo poder aquisitivo e limitado nível de instrução. Esses dois fatos associados têm implicações importantes na utilização efetiva do instrumento, conforme se verá adiante, quando for abordada a primeira experiência bem-sucedida de usucapião no Brasil.

É nesse contexto, e em função da conscientização dessas dificuldades, que é sancionada a Lei Federal 2.875, de 1956, que "proibia a expulsão de moradores em favelas por 2 (dois) anos, deixando clara a tendência, já reinante, de solucionar a questão fundiária urbana e não apenas a habitacional. Essa tendência fica mais nítida com a edição da Lei 4.132, de 10 de setembro de 1962, que define os casos de desapropriação por interesse social e dispõe sobre a sua aplicação". (Pessoa, 1983)

Esta última lei visava assegurar a manutenção de posseiros que tivessem construído sua habitação, formando núcleos habitacionais com mais de dez famílias.

No entanto, o País, a partir de 1964, vivencia um retrocesso político. A ideologia dominante no período militar era a de que tudo se resolvia por meio do econômico, muito embora a magnitude do problema fundiário nas cidades brasileiras assinalasse claramente que a alternativa econômico-financeira, via política habitacional, sem romper os bloqueios de natureza jurídico-fundiária, agravava substancialmente a situação de acesso à moradia para os segmentos de mais baixa renda. No entanto, não havia espaço para mudanças. Medidas baixadas alijaram do processo decisório tanto o Poder Legislativo quanto o Judiciário.

Aparentemente paradoxal, uma vez que, em pleno período autoritário, foi na Carta de 1967 que, pela primeira vez, a função social da propriedade adquire foro constitucional, sendo, inclusive, mantida pela Emenda de 1969. Assim, a Carta reconhece o “direito difuso de todos nós, direito metaindividual ou transindividual (...). Porém, direito a transcender a esfera jurídica do indivíduo”. (Figueiredo, 1980) Na verdade, juristas socialmente comprometidos acompanhavam a evolução, nos países europeus, da compatibilização entre o direito individual de propriedade e a função social da propriedade. No entanto, era de se esperar que, em um contexto político autoritário, não fossem conferidos, mediante leis infraconstitucionais, instrumentos necessários para o exercício de tal direito.

Somente na década de 80, teve início, no País, mais um processo de redemocratização, o que, necessariamente, demandava novos princípios constitucionais, inclusive no que se refere à propriedade da terra. O movimento de Reforma Urbana colocava na ordem do dia a discussão sobre a função social da propriedade e os instrumentos capazes de transformar esse princípio em realidade.

A Constituição de 1988, elaborada nesse novo contexto, ao inserir que a propriedade atenderá à sua função social (art. 5º, XXII), e ao reafirmar a instituição da propriedade privada e a sua função social como princípio da ordem econômica (art. 170, II e III), com sanções para o caso de esse princípio não ser observado (arts. 182, 184, 186), inscreveu uma nova concepção de propriedade e, *lato sensu*, preordenou novas formas de aquisição. Não poderia ser outra a visão constitucional, posto que, como princípio da ordem econômica, tinha como fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170, II e III).

Como bem admite Aluizio Advíncula,<sup>116</sup> toda norma que contém princípios é de aplicabilidade imediata, como são todos os princípios constitucionais. Considerando esse pressuposto jurídico, vale formular a tese de que preceito constitucional de tal quilate passa a ter plena eficácia desde a promulgação da Constituição, principalmente porque interfere na estrutura e

<sup>116</sup> Assessoria jurídica prestada para a elaboração deste texto.

no conceito de propriedade, erigindo-se como regra que fundamenta um novo regime jurídico. Com essa compreensão, é forçoso admitir – ainda que nem a doutrina nem a jurisprudência tenham amplamente registrado essa nova instituição do Direito Público, ou mesmo percebido o seu alcance e lhe dado aplicação adequada – que houve uma significativa mudança nos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens imóveis.

Além de ratificar que a propriedade deve responder à sua função social, a Constituição eleva o instituto jurídico do usucapião e o considera, inclusive, como instrumento de Política Urbana. O Artigo 183 define que “aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para a sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural”.

Não resta dúvida de que a redução de vinte para cinco anos significou mais um passo importante no sentido de a propriedade cumprir a sua função social.

Pelo exposto até então, firma-se a convicção de que, embora seja de fundamental importância disciplinar pela via legislativa a nova forma de aquisição da propriedade (*usucapião urbano*), quer mediante o detalhamento da Política Urbana, quer como acréscimo normativo ao Código Civil e Código de Processo Civil, nada impede que tais princípios constitucionais tenham um caráter operacional imediato, com o objetivo de resgatar parte da dívida social junto à população mais pobre, especificamente no que diz respeito à moradia.

Ainda segundo Advíncula<sup>117</sup>: “o princípio de dignidade humana é dever constitucional que existe sobranceiro à lei formal ou às lacunas do sistema normativo. Se ocorrer conflito entre os preceitos que ora disciplinam o direito de propriedade e os princípios que exigem sua função social, deve o julgador optar pelos últimos que são de hierarquia superior e, sobretudo, de maior latitude e alcance”.

Se, por um lado, se considera que os princípios constitucionais têm

<sup>117</sup> Assessoria jurídica prestada para a elaboração deste texto

aplicabilidade imediata, por outro, deve-se admitir que, após uma década de vigência da Carta Magna, o usucapião não se tem firmado como um instrumento eficaz no sentido de contribuir para o alcance da cidadania. O número de ações judiciais individuais tem sido inexpressivo perante a magnitude de terras urbanas privadas ocupadas ilegalmente.

Reconhecendo a pouca eficácia decorrente de seu caráter individual e os limites da aplicação do usucapião em áreas faveladas, caracterizadas pela dificuldade de demarcação dos lotes, a Comissão de Desenvolvimento Urbano e Interior, por meio do Substitutivo ao Projeto de Lei 5.788, de 1990, propõe, entre outras matérias, o usucapião coletivo. A cada possuidor seria atribuída uma fração ideal de terreno, "independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas". A sua aprovação significará mais um avanço em termos de exeqüibilidade do instrumento. Extensas áreas de terras ocupadas ilegalmente nas cidades brasileiras poderão ser, mais facilmente, objeto de regularização fundiária.

## **Usucapião no Jaboatão dos Guararapes – Uma Experiência Bem-Sucedida**

Jaboatão dos Guararapes, localizado na Região Metropolitana do Recife - RMR, constitui o segundo maior município do Estado de Pernambuco, tanto em termos populacionais quanto em termos econômicos. Em 1991, o Legislativo municipal, por meio da Lei 114/91, instituiu todos os procedimentos com vista à urbanização e à regularização fundiária de determinadas áreas de baixa renda, tendo como ponto de referência o conceito de Zona Especial de Interesse Social - Zeis, passíveis de serem regulamentadas.

A lei em causa é bastante abrangente, ao cobrir nove pontos específicos - princípios gerais, lote padrão, desmembramento e remembramento, parcelamento do solo, destinação dos lotes, regularização jurídica, titulação, comissões de urbanização e regularização, e zonas especiais de interesse social.

No que se refere especificamente à regularização jurídica, estabelece o uso de dois instrumentos: no caso das terras públicas, a Concessão do

Direito Real de Uso – CDUR e, no caso das terras privadas, o usucapião. A opção por este último decorreu do fato de ser bem menos oneroso do que a desapropriação, como também de significar o reconhecimento do direito adquirido dos posseiros e a garantia de sua participação no processo de regularização, uma vez que seriam os autores das ações. O Poder Público se limitaria a prestar assessoria técnica e patrocínio político.

Com o objetivo de explicitar os procedimentos necessários à regularização por meio do usucapião, optou-se, neste texto, por analisar o caso da favela Aritana, por se constituir em experiência pioneira, no Brasil, de aplicação do mencionado instrumento com natureza coletiva. Muito embora a Lei 114/91 tivesse estabelecido o usucapião como um dos instrumentos de regularização, respaldado na Constituição, o desenrolar do processo de regularização fundiária de Aritana culminou com o usucapião coletivo.

Aritana, ocupada desde 1978, contava, em 1990, com mil habitantes e apresentava características físicas e socioeconômicas suficientes para sua inscrição como Zona Especial de Interesse Social, segundo a Lei 114/91. Além da carência de recursos de infra-estrutura, sobretudo de saneamento e drenagem, a comunidade passou, desde 1980, a se organizar para pleitear a posse da terra e melhorias na infra-estrutura local.

Próxima à orla marítima, Aritana acha-se encravada no seio de um bairro onde predominam uma classe média e uma alta burguesia. É, portanto, circundada por uma área dotada de serviços e equipamentos coletivos e residências que contrastam enormemente com as condições de habitabilidade da mencionada favela. Em tal contexto socioespacial, a comunidade de Aritana encontrava-se, na época, extremamente vulnerável às pressões do mercado imobiliário.

Evidentemente, os procedimentos necessários à regularização tinham de acompanhar as normas estabelecidas pela lei. Entretanto, deveriam ser operacionalizadas tendo como fundamento o Plano Específico de Urbanização e Regularização Fundiária de Aritana. Para a sua elaboração, a equipe técnica da Programa Nosso Chão executou os seguintes levantamentos:

- físico-ambientais e socioeconômico, bem como o nível de organização e participação da comunidade e atuação dos órgãos públicos;
- topográfico, sendo que o levantamento dos limites da área encontrava-se disponível, uma vez que era uma condição para a descrição do perímetro para incluí-la na Lei 114/9. No entanto, era necessário inventariar lote por lote, com o objetivo de colher informações quanto à situação de ocupação, imprescindíveis à regularização;
- da situação fundiária da ocupação, com o necessário cruzamento das informações junto aos cartórios e ao Cadastro Técnico Municipal, de forma a se conhecer a titularidade do domínio da terra.

A maior dificuldade para a aplicação do instrumento do usucapião era de ordem técnica, decorrente da necessidade de se precisar, rigorosamente, os limites dos lotes. A maneira encontrada para inserir, em uma ação judicial, informações acerca da situação espacial de uma ocupação, foi a elaboração de croquis, a partir dos quais seriam descritos os limites e as dimensões dos lotes posseiros, mesmo que eles se situassem sobre mais de um dos lotes regularmente inscritos ou parte em lote de propriedade privada, e parte em pública. Assim, foi possível estabelecer a natureza das ações – de usucapião ou usucapião – CDRU – e contra quem seriam ajuizadas.

Após finalizados os croquis, os advogados da prefeitura procederam à elaboração do processo de usucapião, tendo o cuidado, por se tratar de um processo pioneiro em termos de ação encaminhada coletivamente, de apresentá-la previamente ao juiz, chamando-lhe a atenção para a importância de se respeitar a forma de ação da comunidade, apoiada, inclusive, pelo prefeito e pelos técnicos da prefeitura e, sobretudo, para o alcance social da proposição. (Diniz, 1993)

A ação era, sem dúvida, inovadora e, mais do que isso, antecipa-se em muitos anos ao Substitutivo ao Projeto de Lei de 1990, que pretende institucionalizar o usucapião coletivo, até o momento não aprovado.

Cada uma das ações integrava em média dez famílias, “o que as cara-

cterizava como ações plúrimas. Após realizado o ajuizamento das mesmas, efetuava-se a citação dos proprietários através de edital no diário oficial do município. A citação por meio de edital, respaldada pela não alusão ao endereço dos proprietários na certidão de propriedade anexa à petição, foi uma estratégia utilizada para acelerar o processo. Tido como incerto, não foi possível ser entregue em mãos aos proprietários, o que fez com que poucos deles tivessem tomado conhecimento das ações que se moviam contra os seus interesse". (Diniz, 1996)

Segundo Diniz, após o ajuizamento foram marcadas Audiências Prévias, em que seriam ouvidas as partes envolvidas: autores, testemunhas e proprietários. Para a preparação dessas audiências, os técnicos do PNC realizaram simulações das audiências, visando familiarizar os autores e testemunhas com os procedimentos de praxe.

Em maio de 1992, pela primeira vez no Brasil, assiste-se a uma audiência de usucapião coletivo urbano, reunindo dez processos correspondentes a dez autores e envolvendo 80 famílias e 300 testemunhas. Segundo depoimento do juiz, "o processo de julgamento coletivo foi rápido e ocorreu de comum acordo entre proprietários, ocupantes e prefeitura". (Jornal do Comercio, 21/5/92) Assim, o processo foi finalizado com todas as sentenças favoráveis aos posseiros, tendo o juiz declarado as áreas como usucapidas.

Sem dúvida, para resultados tão positivos, muito contribuiu o desempenho dos posseiros e das testemunhas, devidamente treinados para exercerem as suas funções durante as audiências, além da indispensável articulação entre os Poderes Executivo e Judiciário.

Porém, o mais importante é que, mesmo na ausência de disciplinamento dessa forma de aquisição de propriedade, por meio do detalhamento da Política Urbana e acréscimos normativos ao Código Civil e ao Código de Processo Civil, os princípios constitucionais tiveram efetividade. O magistrado decidiu as postulações e o litígio foi fundamentado no pressuposto básico constitucional da função social da propriedade.



## À Guisa de Conclusão

Do ponto de vista urbanístico, “ a separação entre propriedade e efetiva ocupação ocasionou uma transformação radical na forma da cidade, na medida em que aparecem a figura do loteamento ou arruamento, o desenho das ruas e lotes prévios ao próprio ato de construir” . (Rolnik, 1997) com repercussão importante no espaço que as cidades brasileiras passariam a apresentar a partir de então.

Além disso, a separação entre propriedade e efetiva ocupação acabou por gerar uma outra divisão, tão importante quanto a anterior, na produção do espaço urbano: a divisão entre a **cidade legal**, constituída pelos lotes, legalmente adquiridos mediante a compra, e a **cidade real**, erigida por aqueles que, impedidos de ter acesso à terra pela insuficiência de suas rendas, passaram a ocupar os terrenos aparentemente esquecidos das cidades. É assim que surge um número crescente de ocupações ilegais de terras, dando origem às conhecidas favelas, que marcam, escandalosamente, a paisagem de tantas cidades brasileiras.

Quando o problema se tornou demasiado grande para ser ignorado – não apenas do ponto de vista urbanístico mas também político – , o **princípio da função social da propriedade** veio resgatar a idéia de que a ocupação é também uma forma legítima e, portanto, legal, de acesso ao lote urbano. É nesse contexto e durante esse processo que o País institui o usucapião urbano, instrumento jurídico capaz de mediar os conflitos fundiários em crescente evolução na sociedade urbana brasileira.

Associado ao conceito de Zonas Especiais de Interesse Social – Zeis, o usucapião urbano cai como uma luva no enfrentamento da questão. Afinal, mediante tal instrumento jurídico, reconhece-se o direito de propriedade sem que se dê uma transação comercial entre quem tem a propriedade legal do lote e quem dele se apossa.

A pertinência da associação desses dois instrumentos se dá à medida que ambos os instrumentos, tanto o de natureza legal, como o usucapião, quanto o de natureza marcadamente urbanística, como o de Zeis, expres-

sam o reconhecimento social de um direito maior e anterior ao direito de propriedade: o direito à cidade, a um espaço que, além do abrigo material que oferece, se confunde com a própria consciência de cidadania.

A legislação urbanística que surgiu do conceito de Zeis<sup>118</sup> tem-se mostrado o mais ousado e competente instrumento de inserção, na **cidade legal**, das populações que ocupam ilegalmente determinados espaços, já que, além da regularização fundiária e do respeito à tipicidade e à morfologia de cada área, estimula a urbanização desses espaços e sua conseqüente inclusão na cidade legalmente edificada e protege-os da ganância dos promotores imobiliários privados.

Não é pouco. A regularização da posse da terra tem implicações importantes na construção da cidadania, especialmente num país onde ser proprietário confere *status* e distinção. Além disso, a segurança que o título de propriedade costuma dar às pessoas também tem repercussões urbanísticas significativas: ao se saberem proprietárias, as pessoas investem muito mais nas suas edificações, melhoram o padrão urbanístico da área, como mostra a extensa literatura existente no Brasil sobre o tema. Some-se a isso o fato de que, do ponto de vista do Poder Público, a legalidade fundiária é o primeiro passo para a urbanização de áreas pobres, uma vez que dificilmente o Poder Público investe na produção de infra-estruturas básicas em áreas que são objeto de conflitos fundiários.

O respeito à morfologia e à tipicidade das edificações tem importância relevante na construção não apenas da identidade urbanística das cidades, mas também na construção do sentimento de pertinência que faz com que o espaço físico, muito mais do que apenas o espaço do abrigo, seja também espaço do afeto.

Assim, ao viabilizar juridicamente a regularização da posse da terra, o instrumento do usucapião permite que o processo de urbanização das Zeis se torne, de fato, uma realidade.

<sup>118</sup> A cidade do Recife foi pioneira na legislação que regulamenta as Zeis, ao instituir os Prezeis, por meio da Lei Municipal 14.947/87.

Nesse ponto, convém destacar não apenas a dimensão objetiva do direito à cidade implícito nesses instrumentos, o que por si só os legitimaria, mas a importância simbólica, essencialmente subjetiva, implícita no ato de habitar, de ocupar um espaço que permita o desenvolvimento do sentimento de pertinência, capaz de construir a identidade não apenas civil mas também psíquica, sem a qual não se pode falar de humanidade. Afinal, “habitar é muito mais do que estar. É como se habitar fosse ser”. (Leitão, 1998)

## Referências Bibliográficas

- DINIZ, F. R. de. *Planejamento urbano: uma nova práxis em gestão: o caso do projeto Nosso Chão, em Jaboatão dos Guararapes*. Dissertação de mestrado. Recife: Mestrado em Desenvolvimento Urbano da UFPE, 1993.
- CHAVES, R. M. L. Usucapião. *Revista de Informação Legislativa*, ano 30, n. 118, abril/junho, 1993.
- LEITÃO, L. *Os movimentos desejantes da cidade*. Recife: Fundação de Cultura Cidade do Recife, 1998.
- MAX, M. *Cidades no Brasil: terra de quem?* São Paulo: Melhoramentos: Edusp, 1990.
- MONTEIRO, Y. D. P. *A propriedade e sua função social na Constituição de 1988*. Direito Administrativo: Repertório de Estudos Doutrinários e Jurisprudenciais, vol. 1. São Paulo: NDJ, 1997.
- PESSOA, A. *O uso do solo em conflito: a visão institucional*. In: FALCÃO, A. (Org.) *Conflito de direito de propriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- RODRIGUES, S. *Direito das Coisas*. In: *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 5.
- ROLNIK, R. *A cidade e a lei*. São Paulo: Studio Nobel: Fapesp, 1997.
- TAVARES, J. de F. *O usucapião e inexigibilidade tributária*. Dataveni@, UFPB. Artigos, n. 21, jan./1999.

## DIREITO DE SUPERFÍCIE

Mariana Moreira<sup>119</sup>

O presente texto se presta a comentar, sob a ótica jurídica, o direito de superfície tal como previsto no Projeto de Lei 5.788/90 e na conformidade do Substitutivo adotado pela Comissão de Desenvolvimento Urbano e Interior da Câmara dos Deputados. O Projeto ficou conhecido como Estatuto da Cidade e será com esta nomenclatura que vamos a ele nos referir neste trabalho.

Visa o Projeto regulamentar o Capítulo da Política Urbana da Constituição Federal e estabelecer diretrizes gerais da Política Urbana. Tais normas permitirão a adoção de instrumentos urbanísticos, a fim de conformar a utilização da propriedade segundo sua função social, conforme determinação expressa do Texto Constitucional. Desnecessário dizer quão importante são suas disposições, pois trata-se de uma legislação há muito aguardada para a real aplicabilidade de normas constitucionais voltadas à política urbana.

Em primeiro lugar, é necessário observar que alguns dos instrumentos urbanísticos previstos no Projeto de Lei são de iniciativa de aplicação do Estado. Outros independem do Estado, estando na órbita privada das pessoas. É o caso, por exemplo, do usucapião urbano (individual e coletivo) e do direito de superfície.

Mesmo assim, o Projeto apresenta esses institutos jurídicos como forma de atender às diretrizes gerais definidas pelo próprio Estatuto, dos quais destacamos a " garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-

<sup>119</sup> Advogada e mestrandã em Direito, com créditos concluídos na área de concentração de Direito Urbanístico, atualmente em orientação para dissertação na PUC-SP. Técnica da Fundação Prefeito Faria Lima - Cepam desde 1983, com atuação na área jurídica. Docente na disciplina de Direito Civil da Uniban - Campus de Osasco, e em cursos de especialização *lato sensu* na área de Direito Público, ministrados por outras instituições de ensino, como a Fundação Armando Álvares Penteado - FAAP (São Paulo), Universidade Estadual de Londrina (Paraná) e Universidade Estadual Paulista - Unesp ( Campus de Presidente Prudente).

estrutura urbana, ao transporte e serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações” (art. 2º, I); “planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas da município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente” (art. 2º, IV); “oferta de equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos adequados aos interesses e necessidades da população e às características locais” (art. 2º, V), entre outros.

Entendemos oportuno lembrar que o Projeto busca, em última análise, oferecer ao Poder Público, incumbido da definição e implementação de uma Política Urbana, todos os instrumentos urbanísticos que possam levar, o mais perto possível, a uma perfeita adequação das soluções urbanísticas preconizadas pelo Plano Diretor.

O direito de superfície surge como um dos institutos jurídicos a ser utilizado como instrumento na implementação da Política Urbana, conforme se verifica da leitura do artigo 4º, inciso V, letra “I”. É, entretanto, necessário frisar que o Estatuto, ao adotar institutos jurídicos adequados à implementação de política urbana, não desconhece que, muitos deles, regem-se por legislação própria. Por isso, de maneira muito singela, determina que “os instrumentos mencionados neste artigo regem-se pela legislação que lhes é própria...” (art. 2º, § 1º). Todavia, fixa, também, que devem observar todas as disposições contidas no próprio Estatuto. Por essa razão, é mister buscar no ordenamento jurídico as normas pertinentes ao instituto do “direito de superfície”, a fim de dar-lhe o tratamento jurídico adequado.

Antes de adentrar a questão em si do direito de superfície, é preciso mencionar que tal instituto jurídico não tem previsão na Lei Civil. Por isso, sua natureza jurídica será extraída de seus contornos e por semelhanças com outros institutos previstos naquele diploma.

O direito de superfície sugere imediatamente a idéia de propriedade, sobre a qual se funda a maioria dos direitos reais. Daí ser importante a

distinção entre o que vem a ser direito real e direito pessoal. Questão das mais controversas no direito, sendo, entretanto, fundamental em direito civil e “verdadeira base de sua estrutura”, segundo as palavras de Washington de Barros Monteiro (in: *Curso de direito civil*, v.3, São Paulo: Saraiva, p. 8). Para esse jurista, o direito real pode “ser conceituado como a relação jurídica em virtude da qual o titular pode retirar da coisa, de modo exclusivo e contra todos, as utilidades que ela é capaz de produzir. O direito pessoal, por seu turno, conceitua-se como relação jurídica mercê da qual ao sujeito ativo assiste o poder de exigir do sujeito passivo determinada prestação, positiva ou negativa” (ob. cit. p.11).

Assim colocado, o direito de que falamos é real, pois visa estabelecer uma relação jurídica entre pessoa e coisa, isto é, trata-se de uma relação direta que se estabelece entre um sujeito e uma coisa (bem) para o fim de dela retirar certo proveito, fazendo-o de modo exclusivo. Nessas condições, o sujeito ativo possui ações reais para assegurar-se desse direito, podendo perseguir a coisa, esteja ela onde estiver e em poder de quem se encontrar.

Dissemos linhas atrás que o direito de superfície não se encontra arrolado entre os direitos reais previstos no Código Civil. Lá encontramos outros institutos, como a enfiteuse, servidões prediais, usufruto, uso e habitação, todos envolvendo direitos reais sobre coisas alheias. O que seria então o direito de superfície? Novo direito real?

Sobre essa questão, posiciona-se Silvio Rodrigues para esclarecer que, na opinião dos juristas tradicionais, os direitos reais são apenas aqueles relacionados pelo Código Civil, mas que, sob influência da jurisprudência francesa, outros civilistas têm adotado a tese de que é “livre às partes atribuírem realidade a direitos resultantes de convenções havidas entre elas” (in: *Direito civil, direito das coisas*, vol. V, 20ª ed., 1993, São Paulo: Saraiva, p. 9). O autor, no entanto, mantém-se fiel à doutrina tradicional para defender que a constituição de um direito real não pode ficar ao arbítrio do credor, por tratar-se de um direito oponível *erga omnes* e que permite buscar a coisa esteja ela onde estiver (seqüela). Além disso, pros-

segue o eminente civilista, a constituição de direitos reais sobre imóveis está condicionada à inscrição no Registro Imobiliário, segundo determina o artigo 676 do Código Civil. Nas palavras do autor :

“ Ora, os registros públicos estão disciplinados por lei especial, que cuida dos atos suscetíveis de inscrição e da maneira como esta se faz. Assim sendo, se por convenção entre as partes se estabelecer um direito de superfície, ou outro direito qualquer a que se queira atribuir realidade, o mesmo, para surgir, deverá se inscrever no Registro de Imóveis. Ora, o oficial não encontrará na lei permissão para fazer tal registro, nem livro adequado para assentá-lo”. (ob. cit., p.11).

Isso posto, vimos que a controvérsia reside na possibilidade de ser o elenco dos direitos reais do Código Civil um rol taxativo ou simplesmente exemplificativo, neste último caso deferindo às partes a possibilidade de, através de instrumento de contrato, criar algo novo em matéria de direito real. Se a questão fica solucionada à medida que o legislador ordinário federal altere o regramento de Registros Públicos a fim de permitir o registro de tal direito, o direito de superfície que pretendemos estudar terá acolhida no ordenamento jurídico.

A questão polêmica trava-se, portanto, em se admitir o direito de superfície como direito real, oponível *erga omnes* e com direito de seqüela se a lei assim dispuser, pois que para boa parte dos estudiosos um direito real sobre propriedade imóvel deve obter registro imobiliário, sem o qual não gozará das prerrogativas mencionadas.

A solução é dada pelo Estatuto, que, sendo lei federal, ou seja, editada pela pessoa política que detém competência constitucional para legislar sobre a matéria, o direito de superfície constituir-se-á como real. Sobre a competência de que falamos é preciso esclarecer que a União, pessoa política de direito público interno, responde por competências legislativas ditas numeradas, isto é, a Constituição Federal, ao fixar-lhe a competência, o faz de maneira a criar um elenco de matérias. Dentre elas, o artigo 22 determina em seus incisos I e XXV :

“ Art. 22 - Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

.....  
XXV - registros públicos;

.....”  
Estabelecida a competência privativa, apenas à União compete legislar sobre matéria civil e de registros públicos. Sobre a matéria civil, dispõe o Estatuto sobre o direito de superfície em seus artigos 21 a 24 e, relativamente às normas de registro público, o mesmo Estatuto (art. 61) altera a Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973 – Lei de Registros Públicos – a fim de permitir o registro de títulos de constituição do direito de superfície de imóvel urbano (art. 167, inciso I, acrescido do item 36-C).

Dessa forma, estará superado o obstáculo mencionado pelos autores como impeditivo da constituição *inter-vivos* ou *causa mortis* de um direito real, ao menos no que se refere ao direito de superfície.

Passemos, de pronto, ao exame dos contornos legais desse direito, conforme definição dada pelo Estatuto.

Trata-se da possibilidade de transferência feita por proprietário de imóvel urbano a outrem, relativamente ao direito deste de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo do terreno, mediante escritura pública registrada no Cartório de Registro de Imóveis. A utilização do terreno pelo superficiário deverá, todavia, sujeitar-se às normas urbanísticas que alcancem a propriedade.

O direito de superfície surge, portanto, de uma convenção entre pessoas, isto é, de contrato em que as partes convencionam certas obrigações e deveres entre si. Assim é, por exemplo, a definição contratual de ser a transferência gratuita ou onerosa. Sobre esse ponto, é importante salientar que o direito de superfície cria para o superficiário um direito real e não apenas pessoal. Por essa razão, se realizado de forma gratuita, não se



confunde com o comodato. O comodato é o empréstimo com a finalidade de uso de coisa infungível, isto é, aquilo que não pode ser consumido ou substituído. A coisa emprestada poderá ser móvel ou imóvel ou consistir na fruição de um determinado lugar, mas não confere ao comodatário qualquer direito real sobre a propriedade imobiliária ou mobiliária, visto ser requisito desse contrato a temporariedade ou a limitação de tempo de uso. Além disso, a forma do contrato de comodato é livre, onde o de superfície exigirá escritura pública (forma solene).

O contrato de cessão do direito de superfície também se afasta do comodato quando se verifica que naquele é admissível a transferência a terceiros, neste, por se tratar de contrato *intuitu personae*, não se admite a transferência a terceiros estranhos ao ajuste. Da mesma forma em relação a transmissão *causa mortis*. No comodato, a morte do comodatário será causa de extinção do contrato se o ajuste foi estritamente pessoal; no direito de superfície, o fato morte do superficiário abre a sucessão, sendo os direitos transmitidos aos herdeiros (art. 21, § 5º, do Estatuto).

Assim, as disposições da Lei Civil relativas ao comodato não se prestam ao direito de superfície por incompatibilidade da natureza jurídica de ambos, pois o comodato resulta em direito pessoal e o de superfície em direito real.

Examinemos, todavia, outro instituto que poderia encontrar certa aproximação com o direito de superfície. Trata-se do instituto da enfiteuse. Constitui-se a enfiteuse " quando, por ato entre vivos ou de última vontade, o proprietário atribui a outrem o domínio útil do imóvel, pagando a pessoa, que o adquire e assim se constitui enfiteuta, ao senhorio direto, um foro anual, certo e invariável." (RODRIGUES, Silvio, in: *Direito civil, direito das coisas*. 20ª ed. v. V, São Paulo: Saraiva, 1993, p. 255)

A enfiteuse tem sua origem no Direito Romano, que garantia aos proprietários de terras o seu cultivo realizado por outras pessoas sem que, em razão disso, viessem a perder a propriedade. Daí a razão de ser a enfiteuse um direito caracterizado pela perpetuidade, enquanto o enfiteuta pagasse a renda convencionada. No Brasil de outrora, em razão das gran-

des extensões de terras e o diminuto número de habitantes, a enfiteuse apareceu como uma solução bastante atraente tanto para quem devesse produzir a terra, como para quem assim o desejasse, mas que não possuísse áreas para o cultivo. O emprazamento longo e vantajoso para o enfiteuta, no sentido da modicidade das pensões, oferecia a vantagem de se obter o cultivo sem a perda ou alienação da propriedade.

Constitui ainda a enfiteuse um direito real sobre coisas alheias, a ponto de ser o enfiteuta um verdadeiro proprietário, pois a ele pertence o domínio útil do imóvel, podendo usar, gozar e reivindicar a coisa, bem como alienar seus direitos, sem que dependa de qualquer concordância do senhorio. Este remanesce tão somente com o domínio direto que lhe confere, após ajustada a enfiteuse, apenas a expectativa de readquirir a condição de pleno domínio em casos de alienação pelo enfiteuta, através de comisso ou do falecimento do enfiteuta sem herdeiros.

Certo é que a enfiteuse se presta apenas para o cultivo de terras ou para a edificação, conforme redação do artigo 680 do Código Civil.

Afigura-se-nos que o instituto do direito de superfície inaugurado pelo Estatuto da Cidade se aproxima bastante do antigo instituto da enfiteuse, inclusive no que se refere à sua utilidade prática, que é, na espécie, a edificação em áreas urbanas.

Vejamos o texto dos artigos 21 a 24 do Estatuto ensaiando uma comparação com o instituto da enfiteuse.

A cessão do direito de superfície é a transferência do domínio útil de certo imóvel com a finalidade de dar-lhe uma destinação compatível com as exigências urbanísticas. O proprietário de imóvel urbano que deva atender determinação do Poder Público, para dar ao seu imóvel a destinação exigida, poderá fazê-lo por intermédio de outra pessoa, que, através de contrato, se responsabilizará por tal missão.

A redação do artigo 21, *caput*, e §§ 1º e 2º, do Estatuto estabelece que a transferência se opera mediante contrato, realizado por escritura pública registrada e por prazo determinado ou indeterminado. O contrato

poderá ser oneroso ou gratuito. Esse contorno do direito de superfície é semelhante à enfiteuse, pois também aqui se verifica a onerosidade (foro que é a contraprestação devida pelo enfiteuta ao senhorio), a transferência de direito real (domínio útil) e prazo que não é indeterminado, mas perpétuo. O § 3º do artigo 21 do Estatuto determina que o superficiário responde integralmente pelos encargos e tributos incidentes sobre a propriedade superficiária e, proporcionalmente, pela porção efetivamente ocupada da área objeto da concessão do direito de superfície. Assim, o superficiário deverá arcar com todas as exações tributárias incidentes sobre a propriedade, considerada como um todo. A título de exemplo, podemos imaginar um contrato de cessão do direito de superfície de um terreno urbano medindo 500 m<sup>2</sup>, dentre os quais 200 m<sup>2</sup> devem ser edificados pelo superficiário. Nesse caso, o superficiário deverá arcar com o imposto territorial incidente sobre todo o terreno (500 m<sup>2</sup>) e com imposto territorial e predial relativo aos 200 m<sup>2</sup> edificados.

Com relação à responsabilidade pelos impostos, a Lei Civil determina para a enfiteuse que o enfiteuta deve satisfazê-los integralmente (art. 682 do Código Civil), independentemente da fração do terreno por ele efetivamente ocupada. Era essa, aliás, a redação do projeto anterior do Estatuto da Cidade, quando disciplinava o direito de superfície.

Referentemente à transferência dos direitos adquiridos através do contrato em que o objeto é o direito de superfície, estabelece o Estatuto que poderá o mesmo ser transferido a terceiros por ato entre vivos e nos termos do contrato respectivo. Da mesma forma, a morte do superficiário transmitirá os direitos de superfície aos herdeiros (art. 21, §§ 4º e 5º, do Estatuto da Cidade). Assim também ocorre na enfiteuse, pois poderá o enfiteuta livremente alienar seus direitos a terceiros sem qualquer anuência do senhorio, titular do domínio direto (art. 683 do Código Civil).

Atente-se que, tanto na enfiteuse como no direito de superfície, o titular do domínio direto possui preferência na aquisição e igualmente possui preferência o enfiteuta e o superficiário quando da alienação da propriedade enfiteuticária ou superficiária (art. 22 do Estatuto da Cidade e arts.

683, 684, 685 e 686 do Código Civil).

Ainda, quanto à extinção do direito de superfície, estabelecem os arts. 23 e 24 do Estatuto da Cidade:

“ Art. 23 - Extingue-se o direito de superfície:

I – pelo advento do termo;

II – pelo descumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo superficiário.

Art. 24 – Extinto o direito de superfície, o proprietário recuperará o pleno domínio do terreno, bem como das acessões e benfeitorias introduzidas no imóvel, independentemente de indenização, se as partes não houverem estipulado o contrário no respectivo contrato.

§ 1º – Antes do termo final do contrato, extinguir-se-á o direito de superfície se o superficiário der ao terreno destinação diversa daquela para a qual foi concedida.

§ 2º – A extinção do direito de superfície será averbada no Cartório de Registro de Imóveis.”

De certa maneira, a extinção da enfiteuse ocorre de forma semelhante, pois o não pagamento do foro pelo enfiteuta por três anos consecutivos é razão suficiente para a extinção, conforme preceitua o art. 692, II, da Lei Civil. Também o direito de superfície cedido de forma onerosa e não cumprido, pelo superficiário, o pagamento devido, incorrerá ele em inadimplemento das condições contratuais, dando causa à extinção. Poderíamos acrescentar ao Estatuto que a extinção ocorrerá, ainda que não prevista expressamente, se falecer o superficiário sem herdeiros.

Feita a comparação entre os institutos do direito de superfície e da enfiteuse, podemos concluir que são ambos muito semelhantes, especialmente no que se refere à natureza do direito, que é real nos dois casos e direito real exercido sobre coisa alheia. Assim, cremos ser possível a aplicação dos dispositivos do Código Civil referentes à enfiteuse aos casos de direito de superfície. A título de exercício, podemos aplicar as normas dos

arts. 683 e 684 do Código Civil quanto à preferência, tanto do superficiário quanto do proprietário, se não for observada por um ou por outro. Não há previsão no Estatuto de norma que determine a solução legal para esses casos, mas cremos ser aplicáveis os dispositivos do Código Civil referentes à enfiteuse, que, na espécie, estabelece prazo para o exercício do direito de preferência (trinta dias).

A partir desse ponto colocaremos algumas questões que podem ser suscitadas quando da aplicação do instituto do direito de superfície no âmbito da implementação da Política Urbana.

A primeira delas é a de ser examinada a possibilidade de ser concedido o direito de superfície quando se tratar de terrenos de propriedade pública. Vejamos.

A concessão de uso de áreas públicas para particulares pode ser realizada se o imóvel sofrer, com base em lei, a correspondente desafetação de sua destinação pública. Deve, ainda, atender a um interesse público, ainda que também ao interesse privado do particular requerente. A Administração Pública, regida que é por normas de Direito Público, possui institutos próprios. É o caso da concessão de direito real de uso, que assegura ao particular a transmissão de um direito também real e pela via do contrato, sem, entretanto, transmitir ao particular qualquer outra vantagem a não ser a de ter para si o imóvel para uso próprio e para a finalidade especificada. No âmbito do Direito Público, a concessão de direito real de uso substitui, com vantagens, a alienação dos bens públicos, especialmente aquelas realizadas por venda ou doação, pois a Administração Pública garante a utilização do terreno ainda inculto ou não edificado para um fim urbano e desejável, a fim de evitar valorização sem investimento em detrimento da coletividade.

No dizer de Hely Lopes Meirelles, " a concessão de direito real de uso é, entre nós, o sucedâneo do direito de superfície dos ingleses e escandinavos." (in: *Direito municipal brasileiro*, 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 233). Dessa forma, é possível a concessão do direito real de uso

de terrenos públicos que, no âmbito da Administração Pública, resulta na transferência de direito real, tal como requer o direito de superfície.

Em razão do art. 180, inciso VII, da Constituição do Estado de São Paulo, as áreas públicas resultantes de implantação de parcelamento do solo urbano (loteamento e desmembramento) não podem ter sua destinação original alterada, motivo pelo qual as áreas verdes e institucionais localizadas em loteamentos e, portanto, de domínio público, não podem ser redestinadas. Esse dispositivo constitucional mereceu severas críticas dos especialistas, pois a regra fere a autonomia dos municípios, uma vez que dispõe sobre bens pertencentes aos municípios, não sendo competência do Estado legislar sobre a matéria. Todavia, tal norma permanece no Texto Constitucional do Estado de São Paulo, sendo obrigatória sua observância.

Problema interessante se coloca nesse passo, pois é preciso indagar se o direito de superfície poderia ser transferido a particular, ficando este último com a obrigação de edificar no terreno, mas no interesse do Estado transmitente. Suponhamos que se trate de uma área pública cuja aquisição tenha origem na implantação de loteamento urbano. Essa área é, como vimos, infensa à desafetação, logo, não seria possível sua transmissão a particular.

Mas suponhamos, ainda mais, se se tratar de área pública cuja aquisição tenha tido origem no exercício de desapropriação para finalidade de construção de uma unidade de saúde. Seria possível, através do direito de superfície, transferir o domínio útil a particular para que este construa a unidade de saúde? Em nossa opinião, a resposta seria negativa para a hipótese aventada, pois a utilização do prédio a ser edificado só poderia ser realizada pelo Poder Público, vez que se tratará de prestação de serviço de saúde e que não se poderia dizer que a transação envolveria simples cessão de imóvel. A construção do edifício público caracterizaria obra pública, pura e simples, e a sua utilização implicaria prestação de serviço público. Entretanto, se a área desapropriada se destinasse à construção de

um matadouro municipal e, necessitando a municipalidade de tal equipamento, celebra a transferência do domínio útil, através do instituto do direito de superfície, para que o particular realize a obra e explore o serviço por certo tempo. Não vemos, nesse caso, qualquer obstáculo, pois o serviço não é do tipo exclusivo do Estado, podendo ser admitida a participação dos particulares em sua prestação.

Outra questão que poderia ser trazida a exame é a de ser ou não possível a cessão do direito de superfície entre particulares a fim de realizar a edificação compulsória imposta pelo Poder Público. Explicamos.

O Estatuto da Cidade prevê, para área incluída no Plano Diretor, a edificação compulsória de imóveis subutilizados (art. 5º). Para tanto, o proprietário deve ser notificado, constituindo tal notificação verdadeira obrigação de fazer que nasce para o notificado/proprietário. O art. 6º do Estatuto também estabelece que a transmissão do imóvel, posterior à data da notificação, transfere igualmente a obrigação de edificar, sem interrupção dos prazos para seu adimplemento.

Ora, a própria lei visa definir que a edificação compulsória acompanha o imóvel, passando a se constituir gravame, até porque a notificação sujeita-se à averbação junto ao Registro de Imóveis. Se houver transmissão do imóvel, seja por alienação do pleno domínio (venda), seja por constituição de direito real sobre a coisa (direito de superfície, enfiteuse, uso, servidão, habitação) em que se transfere domínio útil, a responsabilidade pela edificação passa a ser do adquirente. Ressalvamos que tal circunstância deverá estar perfeitamente prevista como obrigação no contrato a ser ajustado. Dessa forma, entendemos ser possível a cessão do direito de superfície para que o superficiário atenda à edificação compulsória imposta pelo Poder Público, a fim de exigir melhor aproveitamento do terreno. Entendemos, no entanto, que, se o direito de superfície foi cedido após a notificação ao transmitente/proprietário e detentor do domínio direto, é necessária a comunicação de tal ato jurídico ao Poder Público, pois este é credor de obrigação anteriormente assumida.

Poderá o Poder Público tornar-se superficiário de um terreno particular?

Não vemos qualquer impedimento de ordem legal para que tal fato ocorra. Evidentemente que deverá haver lei autorizadora para que possa a Administração Pública assumir os encargos decorrentes do contrato que será celebrado com o proprietário. Estará o Poder Público, nesse caso, recebendo um direito real sobre a coisa, objeto da transação, e para um fim específico. Atente-se tão só para o fato de que, com relação aos impostos incidentes sobre a área superficiária, o superficiário-Município não fará o recolhimento dessas exações, pois haverá confusão no que respeita a credor e devedor de obrigação tributária, isto é, na medida em que o responsável tributário é a própria pessoa política instituidora do tributo, não poderá, ela própria, satisfazer a obrigação.

Outra questão que se coloca nesse ponto é a obrigatoriedade de ser realizado procedimento licitatório para a aquisição, pelo Poder Público, de direito de superfície sobre certo imóvel. Tal conclusão decorre das disposições específicas sobre a matéria insertas na Lei 8.666/93 e alterações posteriores. Dessa forma, estará o Poder Público obrigado a realizar amplo chamamento dos interessados em contratar com o Estado, salvo nas hipóteses em que a própria lei destaca como dispensável a licitação ou, ainda, inexigível o procedimento.

Em conclusão, o direito de superfície se presta, como instrumento de implementação de Política Urbana, a oferecer ao proprietário de imóvel urbano subutilizado alternativa de dar ao mesmo nova e adequada utilização, sem, no entanto, exigir-lhe diretamente dispêndio de numerário, vez que a obrigação passa a ser do superficiário. Por se tratar de transmissão de direito real, o proprietário, após a edificação exigida no contrato decorrente da imposição de ordem pública e a eventual valorização do imóvel, somente poderá reintegrar o imóvel ao seu pleno domínio se e quando o superficiário desejar alienar seu direito e o proprietário exercer sua preferência. O direito de resgate, previsto para a enfiteuse no artigo 693 do Código Civil, é direito do enfiteuta, que pode, decorridos dez anos da constituição da enfiteuse, obter para si, definitivamente, o pleno domínio mediante o pagamento de um laudêmio (2,5% do valor atuali-



zado da propriedade plena) e de dez pensões anuais. Não há previsão na lei (Estatuto da Cidade) do resgate no direito de superfície, mesmo porque o contrato pode ser realizado por prazo determinado, sendo motivo de extinção o advento do termo.

Aliás, a enfiteuse, caracterizada que é pela perpetuidade, se realizada por prazo limitado, passa a ser considerada arrendamento, e como tal será regida. O direito de superfície cedido por prazo determinado, entretanto, não será regido por normas relativas ao arrendamento, pois será o Estatuto da Cidade o diploma legal específico e aplicável a esse direito real. Assim ocorre, pois no que se refere às benfeitorias realizadas pelo superficiário, serão as mesmas revertidas, sem qualquer indenização, ao proprietário quando do término do contrato, conforme o art. 24 do Estatuto da Cidade. No arrendamento (ou locação), as benfeitorias úteis e necessárias realizadas pelo locatário no imóvel podem ser por ele retidas se tiverem sido autorizadas pelo proprietário.

Se o contrato de cessão do direito de superfície for celebrado por prazo indeterminado, sua extinção dependerá de notificação do superficiário pelo proprietário, a fim de informar a pretensão de não dar continuidade ao contrato, reclamando a reintegração plena no domínio do imóvel superficiário. Nesse caso, as benfeitorias reverterão ao proprietário do imóvel, sem indenização, salvo se houver estipulação em contrário no ajuste. Tal situação não ocorre com o instituto da enfiteuse, pois, segundo o art. 693 do Código Civil, o enfiteuta possui direito de resgate do domínio pleno, sendo regra de ordem pública, não comportará estipulação contratual tendente a admitir renúncia prévia desse direito.

Em conclusão, o direito de superfície renasce pelo Estatuto da Cidade, abandonado que foi desde 1864, e também pelo próprio Código Civil de 1917, que deixou de arrolá-lo entre os direitos reais sobre coisas alheias. Daí o surgimento das dificuldades, pois não havendo previsão legal do instituto e, sendo ele um direito real, tornar-se-ia imperioso o correspondente registro imobiliário que não poderia ser efetivado por ausência de previsão da lei de regência desses assentos. Claro é que a concessão de direito

real de uso, prevista desde 1967 no Decreto-Lei 271<sup>120</sup>, poderia e pode ser utilizada pelo Poder Público desde então, encontrando apenas o obstáculo do registro imobiliário no que se refere ao desconhecimento do instituto. Mas a concessão de direito real de uso é o direito de superfície quando constituído pela Administração Pública e não por particulares entre si.

Pelas razões e argumentos apontados, somos favoráveis à adoção do instituto da concessão do direito de superfície pelo Estatuto da Cidade, por constituir-se em instrumento jurídico capaz de oferecer ao particular uma alternativa vantajosa para o cumprimento de regra de ordem pública (edificação compulsória), com ganhos reais para a cidade e sua população.

## DIREITO DE SUPERFÍCIE

*Domingos Theodoro de Azevedo Netto*<sup>121</sup>

Pela instituição do direito de superfície, há como que um fracionamento das propriedades: de um lado, a propriedade do solo propriamente dito, e, de outro, as atividades ou utilização, inclusive edificações, que a ele dá suporte. A palavra “superfície”, no caso, é provavelmente uma sobrevivência do direito romano, época em que esse instrumento era bastante utilizado para separar a propriedade de sua exploração agrícola ou pastoril, que poderia ser transferida a terceiros. O caso típico ocorria nas terras conquistadas, que os guerreiros romanos podiam receber como prêmio pelos seus méritos, mas cuja exploração física podia ser transferida a terceiros, inclusive aos antigos ocupantes, mediante uma compensação previamente avençada.

<sup>120</sup> Sobre esse assunto, consulte-se excelente monografia de Vera Maria Weigand, sob o título *Habitação popular e concessão de direito real de uso: um discurso insustentável?*, publicado pela Universidade Estadual de Feira de Santana - Departamento de Ciências Sociais Aplicadas - Colegiado de Direito, 2000.

<sup>121</sup> Arquiteto e pós-graduado em Direito Urbanístico - USP, mestre em Administração Pública e Planejamento Urbano pela Escola de Administração de Empresas de São Paulo, diretor de Planejamento e Normalização Territorial da Sempla.

Hoje, a “superfície” é mais um modo de expressão, pois, no caso de edificações, elas podem também ocorrer no subsolo, no espaço aéreo ou no próprio solo ou “superfície”.

Essa figura jurídica existiu entre nós até 1864, tendo caído em desuso. Atualmente está sendo recriada para atender a uma série de necessidades da vida moderna. Ela apresenta muitas semelhanças com a “concessão real de uso”, havendo, entre os juristas, seus defensores e detratores, conforme transparece nos pareceres sobre o Projeto de Lei 775/83, da lavra dos ilustres professores Miguel Reale e Hely Lopes Meirelles. Aspectos jurídicos à parte, acompanhamos o pragmatismo do professor Meirelles: o instituto deve ser criado na medida em que permite resolver uma série de problemas urbanísticos surgidos nas últimas décadas. Atente-se para o fato de que o Estado moderno criou uma série de entidades chamadas de “administração indireta”: autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações e, mais recentemente, empresas privadas, mediante concessões especiais. Essas entidades, muitas vezes, desempenham serviços urbanos (as companhias de metrô, por exemplo) ou estão envolvidas com intervenções urbanas (as empresas de urbanização e Cohabs, por exemplo), enfrentando problemas relativos à propriedade, de solução muito difícil, se não impossível do ponto de vista jurídico.

O direito de superfície pode ser uma solução para muitos desses problemas, particularmente no que se refere à construção. É, aliás, bastante freqüente a propriedade de uma área pertencer a um determinado órgão da Administração Direta ou Indireta e as construções sobre ela terem sido realizadas por outra entidade da Administração, inclusive de outras esferas de governo. Hoje, com a privatização de diversos serviços e atividades governamentais ou paraestatais, essas situações se multiplicaram, complicando mais ainda a questão.

Por outro lado, nas cidades de crescimento acelerado, as intervenções urbanas de um dado momento tornam-se obsoletas em prazos reduzidos, de uma a duas décadas, e exigem novas intervenções, com novas

desapropriações, etc. Aquelas intervenções anteriores, aliás, já provocaram uma valorização dos imóveis adjacentes, o que vem onerar o custo das novas desapropriações necessárias.

O direito de superfície poderia ser uma solução para muitos outros problemas correntes. Permitiria, por exemplo, que a entidade pública construtora de habitações populares alienasse ao adquirente apenas a construção, não o solo que a suporta, que permaneceria na propriedade do Poder Público. O custo da habitação, nesse caso, seria menor porque excluiria o valor do terreno e, no futuro, caso o local dessa habitação precisasse ser ocupado por uma nova avenida ou via de transporte público, por exemplo, o custo da desapropriação seria apenas o das construções, não o do solo a ser ocupado.

Por outro lado, o instrumento deveria permitir aproveitar o espaço aéreo dos terminais metroviários, ferroviários ou rodoviários para a construção de habitações populares, ou de áreas para exploração comercial, às quais não estaria vinculada uma quota ideal de terreno. Os espaços subterrâneos poderiam também ser ocupados por garagens, passagens, galerias e centros comerciais. Enfim, haveria um uso mais intenso do espaço urbano, cujo custo é crescente em todo o mundo.

Outra utilização do instrumento seria a possibilidade de um proprietário sujeito á construção compulsória, mas sem recursos para efetivá-la, alienar a superfície para quem pudesse fazer, mediante um contrato de interesse para ambas as partes.

Uma questão a ser vislumbrada para o futuro é:

Para o Poder Público, em especial o município, seria de interesse ser superficiário de alguma área?

Seria o caso, por exemplo, de, no alargamento de uma via já com muitas construções verticalizadas, o Poder Público adquirir apenas a "superfície" de tais imóveis para penetrar nas estruturas, sem destruí-las, criando novos passeios? Ou mesmo faixas para veículos?

Haveria, ainda, outras hipóteses: em todas as instalações transitórias,

do tipo campanha de vacinação, de combate ao analfabetismo, de saneamento, etc., os postos de atendimento poderiam ser instalados não em propriedades, mas em “superfícies” do Estado?

Olhando para o passado, nas áreas onde foram instalados os sanatórios de tuberculosos, leprosos, psicopatas, etc., teria sido vantajoso delas ter adquirido somente a superfície?

Talvez, mas ninguém poderia prever que tais instalações ficariam obsoletas em algumas décadas. Por outro lado, um simples arrendamento não substituiria o direito de superfície?

Para o futuro, com as inovações tecnológicas previsíveis, pode ser que haja casos em que o direito de superfície possa ser útil ao Poder Público. Contudo, ainda não conseguimos identificá-los.

No Projeto de Lei 5.788/90 – Estatuto da Cidade – o direito de superfície aparece de forma bastante genérica. Contudo, em outros projetos de lei sobre a matéria, inclusive no primeiro deles, de autoria do Executivo – PL 775/83, artigos 21 a 28, e no Projeto original do Senado, PL 5.788/90, ele se restringe apenas à possibilidade da construção por terceiros.

Tratando-se de uma figura jurídica inteiramente nova, é hoje muito difícil prever todos os problemas que ela pode gerar no futuro. Por essa razão, teríamos preferido a posição mais discreta e cautelosa dos projetos de lei citados, que, aliás, não apresentam entre si grandes divergências de redação.

Na forma da proposta em análise, a concessão do direito de superfície deverá obrigatoriamente ser realizada por escritura pública registrada no Cartório de Registro de Imóveis, podendo ser por tempo determinado ou indeterminado, gratuita ou onerosa, e abranger o solo, o subsolo e o espaço aéreo.

O contrato de concessão do direito de superfície deve prever todas as cláusulas reguladoras de gestão, inclusive de sua alienação a terceiros, e também de sua extinção.

## OUTORGA ONEROSA (SOLO CRIADO) NO PROJETO DE LEI 5.788, DE 1990<sup>122</sup>

*Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo Santos<sup>123</sup>*

Honra-nos a Fundação Prefeito Faria Lima – Cepam solicitando nosso entendimento jurídico a propósito do Projeto de Lei 5.788 de 1990, de relatoria do deputado Inácio Arruda<sup>124</sup>, que tem por objetivo “regular o Capítulo da Política Urbana na Constituição Federal, bem como estabelecer diretrizes gerais de sua Política”.

Solicita, a conceituada Fundação, análise especialmente a respeito da Seção VII – Da Outorga Onerosa, artigos 28 a 31 do projeto, esclarecendo que a iniciativa se encarta em um projeto de orientação aos municípios, no que respeita à aplicação de normas gerais e específicas de Política Urbana no âmbito de sua realidade.

O projeto pretende regulamentar a Constituição Federal (arts. 182 e 183). Sendo assim, devemos iniciar nossa análise, repassando a norma constitucional.

A Política Urbana (capítulo II) está inserida no Título VII, Da Ordem Econômica e Financeira, convivendo com a Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária, e com o Sistema Financeiro Nacional (CF, arts. 170 a 192).

Inicialmente, advirta-se que concebemos a Constituição como sistema<sup>125</sup>.

<sup>122</sup> Após a elaboração do presente trabalho, o Projeto de Lei 5.788, de 1990, recebeu uma série de sugestões. Foram apensados ao original comentado, até 28 de novembro de 2000, os seguintes projetos de lei: PL 2.191/89, PL 2.587/89, 2.937/89, PL 4.004/89, PL 4.019/89, PL 4.024/89, PL 4.285/89, PL 4.310/89, PL 6.119/90, PL 273/91, PL 856/91, PL 1.882/91, PL 3.624/93, PL 1.734/96, PL 2.807/97, PL 3.196/97 e PL 3.663/97. As alterações, contudo, no que tange ao nosso tema, “outorga onerosa”, não são de molde a alterarmos o texto original. Apenas, quando entendemos conveniente, aditamos alguma nota comentando as alterações propostas nessa fase do projeto legislativo.

<sup>123</sup> Advogado, consultor jurídico, professor de Direito nos cursos de graduação e pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

<sup>124</sup>

<sup>125</sup> Para uma análise a respeito do critério de aferição do efeito integrante como ordenação na concretização do Direito Constitucional, um subcaso de interpretação sistemática, vide Friedrich Muller, *Métodos de trabalho do direito constitucional*, tradução de Peter Naumann, Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Síntese Editora, 1999.

Com o intuito de facilitar a inteligência de qualquer corpo normativo, é imprescindível comprovar que o mesmo não é um mero agregado caótico, mas uma totalidade ordenada e sistemática. No caso da Constituição, essa necessidade se visualiza mais claramente na medida em que se possa atribuir a uma vontade historicamente individualizável, que alimenta a obtenção de certos objetivos através de um projeto unitário.

Nesse contexto, a **política urbana** deve ser vista como um elemento da **função social da propriedade** e um caminho para a redução das desigualdades regionais e sociais, com busca de pleno emprego. Em outras palavras, os princípios gerais da atividade econômica devem conformar o entendimento da própria política urbana que é executada pelo Poder Público municipal, à luz dos vetores constitucionais assinalados.

Não é por outra razão a previsão do artigo 182, ao determinar que a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o **pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes**.

Desde logo se vê que a normatização constitucional da política urbana, naturalmente dirigida à realidade municipal, nela não se esgota. Já na Constituição Federal, encontramos enunciados de normas abrangentes, que pretendem alcançar todo um plano, um planejamento nacional a propósito do urbanismo, no quadro normativo nacional.

Anote-se, ainda, que a Política Urbana deve atender aos princípios constitucionais constantes do artigo 170, em especial, aos incisos II (Propriedade Privada), III (Função Social da Propriedade)<sup>126</sup>, VI (Defesa do Meio

<sup>126</sup> Entendemos que, no contexto analisado, o princípio da função social da propriedade assume relevância constitucional especial, maior peso, condicionando a ação de todos aqueles que devam dar concreção à norma interpretada. A noção de peso e contrapeso advém da doutrina constitucional norte-americana, do *balancing* ou contrapeso que deve orientar o trabalho do intérprete diante dos diferentes valores ou interesses em jogo protegidos constitucionalmente. Em sentido similar, lembramos R. Alexy, reconhecendo a necessidade de fazer-se um "sopesamento" (*abwägung*) dos princípios constitucionais (*Theorie der grundrecht*. Baden-Baden: Nomos, 1985, p.100).

Ambiente), VII (Redução das Desigualdades Regionais e Sociais) e VIII (Busca do Pleno Emprego).

Nesse contexto, desde logo fixamos como premissa fundamental a idéia, que adiante retomaremos, no sentido de que o princípio jurídico da propriedade, “associado” à sua função social, ou seja, o princípio da função social da propriedade<sup>127</sup>, não só deve ser visualizado como um direito de defesa, na visão clássica da propriedade, mas sobretudo como um meio de exigir do Estado, em sua atividade, a concretização de um ordem social justa<sup>18</sup>.

Recorde-se que o princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inciso III), na classificação proposta por Canotilho<sup>129</sup>, poderia ser encartado como “princípio fundamental geral”, ou “especial”, se considerado “direito humano”. O que importa assinalar é exatamente que, diante de tais considerações, há deveres impostos ao Estado no sentido de **dinamizarem**, dentro do possível, políticas públicas que implementem o princípio.

Assinale-se, ainda, que o direito de propriedade, enquanto um “espaço de convivência humana”, goza de *status* internacional e, conseqüentemente, de proteção desse sistema. A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem estabelece, em seu artigo XXII, que “toda pessoa tem direito à propriedade privada correspondente às necessidades essenciais de uma vida digna<sup>130</sup>, que contribua para manter a dignidade da

<sup>127</sup> A jurisprudência parece já ter assimilado a idéia de que o uso do solo urbano submete-se aos princípios gerais disciplinadores da função social da propriedade, evidenciando a defesa do meio ambiente e do bem-estar da sociedade. Nesse sentido, RMS 8.766-PR (97/0054105-3), STJ, Relator Ministro Peçanha Martins, j. 6 de outubro de 1998, DJU-e 1 de 17/5/99, p. 150.

<sup>128</sup> Podemos afirmar que a maioria das Constituições modernas reconhece o direito à propriedade privada, condicionando-a à função social, remetendo à lei a delimitação de seu conteúdo, como é o caso da espanhola, (art. 33, itens 2 e 3). A mesma Constituição, em seu artigo 47, regulamenta o uso do solo, ao prescrever: “todos os espanhóis têm direito de desfrutar de uma habitação digna e adequada. Os Poderes Públicos promoverão as condições necessárias e estabelecerão as normas destinadas a tornar efetivo esse direito, regulando a utilização do solo de acordo com o interesse geral, a fim de impedir a especulação. A comunidade participará nas mais-valias geradas pela ação urbanística das entidades públicas”.

<sup>129</sup> ALMEDINA *Direito constitucional*, 1989, p.129.

<sup>130</sup> No original “vida decorosa”.



pessoa e do lugar. Já a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu artigo 21, ao enunciar o direito à propriedade privada, traz que “ toda pessoa tem direito ao uso e gozo de seus bens. A lei pode subordinar **o uso e gozo ao interesse social** ”<sup>131</sup>. O aspecto foi ressaltado, especialmente, diante das novas possibilidades de amparo “ internacional ”<sup>132</sup> que as aludidas Convenções trazem, por intermédio da Corte Interamericana de Direitos Humanos<sup>133</sup>.

Por aí já se vê que o balizamento do direito de propriedade (com) função social dá lugar a uma nova dimensão da propriedade, que tem, nas normas de direito urbanístico, a sua estruturação. Ou, como bem acentua Luciano Parejo Alfonso<sup>134</sup>, “ el contenido del derecho de propiedad lo define la ordenación urbanística, que, al efecto, posee una estructura peculiar que la hace capaz de acomodar el estatuto objetivo de la propiedad a las características concretas que ésta presenta según los bienes específicos sobre os que recae ” .

Retornando ao tema central, verificamos que o Plano Diretor, instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana, deve

<sup>131</sup> Nesse sentido, é possível dizer que o direito de propriedade assumiu nova conformação nos tempos contemporâneos, como veremos a seguir. Entretanto, desde logo podemos fixar a idéia de que a propriedade vem associada ao urbanismo, à moradia, ao acesso aos bens urbanos, enfim, deseja-se que o Homem tenha uma vida digna na cidade onde vive. E não há como atingir esse objetivo, sem dotar o Estado de meios para conformar o direito de propriedade às normas e limitações urbanísticas.

<sup>132</sup> A Declaração de Vancouver, enunciada pela Conferência das Nações Unidas sobre os Assentamentos Humanos, em junho de 1997, destaca no item 10 (Princípios Gerais) que “ a terra é um dos elementos fundamentais dos assentamentos humanos. Todo Estado tem direito a tomar as medidas necessárias para manter sob fiscalização pública o uso, a propriedade, a disposição e a reserva de terras. Todo Estado tem direito a planejar e administrar a utilização do solo, que é um de seus recursos mais importantes, de maneira que o crescimento dos centros populacionais tanto urbanos como rurais se baseiem num plano amplo de utilização do solo. Essas medidas devem assegurar a realização dos objetivos básicos da reforma social e econômica de cada nação, de conformidade com o seu sistema e suas leis de propriedade da terra ” .

<sup>133</sup> Para um estudo do tema, remetemos o leitor para a obra de Flávia Piovesan, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. Max Limonad, 1996.

<sup>134</sup> *Derecho urbanístico, instituciones básicas*. Ed. Ciudad Argentina, 1986, p, 137

refletir a realidade local, atento à sua vocação constitucional de ser um instrumento integrado do **desenvolvimento nacional**.

Ainda na Constituição Federal, ratifique-se, uma vez mais, encontramos a subordinação da política urbana, ao princípio maior da função social da propriedade, que deve estar presente no Plano Diretor (art. 182, § 2º).

Finalmente, como um dos instrumentos de concretização da função social da propriedade, é facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no Plano Diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano **não edificado, subutilizado** ou **não utilizado**, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de incorrer em: I – parcelamento ou edificação compulsórios; II – imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III – desapropriação (art. 182, § 4º, incisos I, II e III).

Do mesmo modo, ainda como uma forma de dar concretização ao princípio da função social da propriedade, o constituinte conferiu ao possuidor de área urbana, de até 250 metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural (art. 183, *caput*).

Diante dos comandos constitucionais enunciados, cumpre ao legislador integrar a vontade constitucional. É o que pretende o Projeto de Lei 5.788, de 1990, já denominado de Estatuto da Cidade. Antes de analisá-lo, esperamos que o legislador ordinário tenha seguido a advertência de Ost<sup>135</sup>, para quem há seis atributos essenciais que o legislador pode predicar-se: "1. O legislador não se contradiz; 2. O legislador respeita a Constituição; 3. O legislador adapta os meios utilizados aos fins perseguidos; 4. O legislador não faz nada inútil; 5. O legislador é eqüitativo; 6. O legislador não é fundamentalmente imprevisível".

O Projeto de Lei 5.788, de 1990, está estruturado da seguinte forma:

<sup>135</sup> OST, F. *L'Interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur. In: L'interprétation en droit, approche pluridisciplinaire*, coordenado por M. Van De Kerchove, Bruxelas, 1978, p. 163 e segs.

Capítulo I - Diretrizes Gerais (arts. 1º, 2º e 3º). Nesse capítulo introdutório, o legislador enuncia o objetivo da Política Urbana, qual seja, ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante 16 diretrizes gerais que arrola. Em seguida, atribui competência à União para legislar sobre normas gerais de direito urbanístico, normas de cooperação entre as entidades políticas, diretrizes de desenvolvimento e planos nacionais e regionais de ordenação do território.

O artigo 2º, ao enunciar o que denomina “diretrizes gerais” (normas gerais) da Política Urbana, traça, na verdade, os princípios que devem orientar, ordenar a função social da cidade e da propriedade. São eles o direito à terra, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e serviços públicos, a participação da comunidade, a cooperação social, ao planejamento urbano, a oferta de equipamentos urbanos, a **ordenação e controle do uso do solo**, ao desenvolvimento socioeconômico do município, a sustentabilidade ambiental, a recuperação dos investimentos do Poder Público, a preservação do patrimônio cultural, a regularização urbana, a simplificação da legislação de uso e ocupação do solo.

Vê-se que, para a concretização dessas “normas-objetivo”, há forte interpenetração das competências constitucionais federais, estaduais e municipais, não sendo possível à maioria dos municípios brasileiros implementar esses objetivos solitariamente, com seus próprios recursos.

Em seguida, o projeto trata dos Instrumentos da Política Urbana, enunciando alguns instrumentos de ação. São institutos tradicionais do direito urbanístico e normas de gestão administrativa e financeira, de modo a alcançar os propósitos dantes enunciados. Dentre eles, para nosso trabalho, destacamos o planejamento municipal, por intermédio do Plano Diretor, a disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo, os institutos tributários e financeiros, a concessão de direito real de uso, o direito de superfície, a **outorga onerosa do direito de construir** e de alteração de uso, a transferência do direito de construir, as operações urbanas consorciadas.

Em seguida, o projeto enuncia, na Seção II, a regulamentação do § 4º do artigo 182 da Constituição Federal, criando a Subseção I – Do Parcelamento, Edificação ou Utilização Compulsórios, criando normas de aplicação concreta dos dispositivos constitucionais. Segue-se o IPTU progressivo no tempo, a desapropriação-sanção, o usucapião especial de imóvel urbano, a concessão de uso especial para fins de moradia, o direito de superfície, o direito de preempção, a **outorga onerosa**, as operações urbanas consorciadas, a transferência do direito de construir e o estudo de impacto de vizinhança (arts. 5º a 38) do projeto.

A outorga onerosa do direito de construir e a alteração de uso, segundo o projeto, são um dos instrumentos da Política Urbana que devem compor o Plano Diretor (art. 4º, III, "a"; V, "g", "i", "n", "o").

Desde logo, verifica-se que, em face da realidade municipal analisada, a concepção, estruturação e dimensionamento dos aludidos instrumentos será diversa. Não há que se falar, necessariamente, na aplicação efetiva de todos os instrumentos incondicionalmente por todos os municípios. É preciso ter presente que a norma do artigo 30 e seus incisos da Constituição Federal garante ao Município "legislar sobre assuntos de interesse local". A vetusta norma constitucional <sup>136</sup> não só garante efetivamente o princípio da **autonomia municipal**, em seus vários aspectos, mas, inclusive, serve para diagnosticar e implementar, como bem lhe aprouver, a concretização dos instrumentos urbanísticos. Haverá município que, por

<sup>136</sup> Assinala Raul Machado Horta que "em mais de um século de experiência constitucional republicana, a partir do texto de 24 de fevereiro de 1891, o município tornou-se uma presença constante no quadro de nossas instituições e converteu-se em grande tema de debates e estudos constitucionais" (*Estudos de direito constitucional*, Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 621). José Afonso da Silva doutrina: "Nos termos, pois, da Constituição, o município brasileiro é entidade estatal integrante da Federação, como entidade político-administrativa, dotada de autonomia política, administrativa e financeira. Essa é uma peculiaridade do município brasileiro. A inclusão do município na estrutura da Federação teria que vir acompanhada de conseqüências, tais como o reconhecimento constitucional de sua capacidade de auto-organização mediante cartas próprias e a ampliação de sua competência, com a liberação de controles que o sistema até agora vigente lhe impunha, especialmente por via de leis orgânicas estabelecidas pelos Estados". (*Curso de direito constitucional positivo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 620).

suas dimensões geográficas e econômicas, não necessitará desse ou aquele instrumento urbanístico. Todos, sem exceção, devem traçar a sua Política Urbana, por intermédio de seu Plano Diretor.

Assinale-se, ainda, para não perdermos a visão de conjunto do projeto, que o Capítulo IV cuida das Regiões Metropolitanas (arts. 44 a 47), (vide CF, arts. 25, § 3º, e 154 da CE), o Capítulo V, da Gestão Democrática da Cidade (arts. 48 a 50). Finalmente, no Capítulo VI – Disposições Gerais, (arts. 51 a 62), traça normas de procedimento e transição para aplicação do projeto (que pretende tornar-se lei, naturalmente), contempla normas de responsabilização do prefeito, no tema da improbidade e da ação civil pública, prevê adaptações às normas sobre registros públicos, tudo em consonância com a nova regulamentação pretendida.

Eis o projeto em seu conjunto. Antes de verificarmos a noção do **solo criado** e a disciplina proposta, parece útil oferecer breve visão global das causas e conseqüências que levaram à adoção do instituto analisado.

Em todos os países, e sobretudo nos países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil, a ocupação do espaço urbano se faz marcada pelo déficit habitacional, pela carência de qualidade de infra-estrutura, pela ocupação desordenada das áreas urbanas, por serviços públicos deficientes, inclusive de transporte, água, esgoto, etc. As causas do adensamento populacional urbano e seu inadequado assentamento devem-se a inúmeros fatores<sup>137</sup>. Entretanto, os fatos falam por si e demonstram a necessidade de políticas urbanas bem planejadas.

O direito urbanístico é baseado, essencialmente, em duas idéias-forças fundamentais. A primeira advém do fato de que o direito de propriedade se transformou (como já vimos). O interesse social deve impor-se sobre o individual, em sua conformação urbanística. A segunda advém da necessidade de que, nas edificações, a utilização do solo urbano não pode ficar atrelada às conveniências eminentemente privadas, ao sabor das conveniências do mercado imobiliário.

<sup>137</sup> O festejado arquiteto catalão Oriol Bohigas, autor de importantes projetos urbanísticos na Europa, declarou, em recente visita ao Brasil, que a desordem urbana é gerada pelos mesmos fatores que geram a pobreza, atribuindo à política neoliberal e à globalização econômica o agravamento do quadro.

Do contrário, naturalmente, os problemas tendem a se agravar<sup>138</sup>.

Eis porque regulamentou-se o uso do solo urbano como um dos instrumentos importantes na solução dos grandes problemas urbanos. As leis de zoneamento, nas cidades, pretendem minorar esse problema<sup>139</sup>. Todavia, o zoneamento tem se mostrado insuficiente para o efetivo controle do solo urbano, sobretudo devido à intensidade do uso vertical<sup>140</sup>.

Em alguns países, adotou-se posição mais " radical " , retirando o direito de construir do conteúdo do domínio, para qualificá-lo como uma concessão outorgada pela municipalidade. É o caso da lei italiana<sup>141</sup> 10, de 28 de janeiro de 1977. O direito de construir não é mais objeto de uma

<sup>138</sup> Com razão, anota a urbanista Raquel Rolnik que " abrir o processo de tomada de decisões sobre o investimento e o controle do território urbano é um pressuposto para construirmos uma política urbana que inclua a totalidade dos atores sociais " , (É possível uma Política Urbana Contra a Exclusão?, p. 127, artigo encartado na obra *Governo e cidadania*, Ed. Fundação Perseu Abramo, 1999).

<sup>139</sup> Nesse sentido, também cumpre recordar a proposta da " operação interligada " como um instrumento urbanístico de concessão, por parte do Poder Público, abrindo exceções na legislação de uso e ocupação do solo, requeridas por particulares que, em contrapartida, contribuem com recursos a serem investidos em programas habitacionais ou sociais de interesse social.

<sup>140</sup> Nesse sentido, o trabalho Solo criado: um caminho para minorar os problemas urbanos, de Junia Verna Ferreira de Souza, na obra *Temas de direito urbanístico 2* , coordenado por Adilson Abreu Dallari e Lúcia Valle Figueiredo, Ed. RT, 1987, p. 160, diz: " Vias públicas são abertas um sem-número de vezes, para obras de eletricidade, telefone, água, esgoto, águas pluviais, etc., exatamente porque o ritmo de crescimento vertical é de tal monta que os equipamentos existentes não suportam a demanda " .

<sup>141</sup> É o que nos relata Márcia Walquiria Batista dos Santos, em trabalho intitulado Direito de Propriedade e Direito de Construir, In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v.8, julho-setembro de 1994, p.97. Doutrina a autora: " Contemporaneamente, foi aprovada no ordenamento italiano a Lei 10, de 28/1/77, que previu a concessão como pré-requisito para todas as transformações edilícias e urbanísticas: concessão, esta, deferida pelo Sindaco mediante pagamento de tributo, assumindo a natureza de licença. Para Giuseppe Spadaccini, tal concessão possui regime jurídico de uma autorização administrativa; é o ato pelo qual o ente público remove o obstáculo ao exercício de um poder jurídico inerente a um direito subjetivo já preexistente, no patrimônio do requerente. Trata-se, assim, essencialmente, de um ato permissivo. Conclui, Spadaccini, que a nova Lei 10/77 fala, expressamente, em concessão, mas ele considera a nova expressão insuficiente para demonstrar a nova qualificação jurídica de tal provimento " . Também a respeito da experiência estrangeira sobre solo criado, vide José Afonso da Silva, *Direito urbanístico 2ª* ed. Malheiros, 1997, p. 236 - 238. É ainda o mesmo autor quem recorda decisão da Corte Constitucional italiana, reafirmando que o titular do direito pode só construir dentro dos limites, entretanto, reafirmando que a concessão para edificar, naquele país, não é atributiva de direitos novos, mas pressupõe faculdade preexistente.

licença, configurando como um direito do proprietário cujo exercício é condicionado, mas passa a ser objeto de uma concessão da autoridade, que outorga a faculdade de edificar.

Antes, porém, cumpre dar breve noção a respeito do tema central de nosso estudo, o solo criado, em sua dimensão mais dilargada.

Coube exatamente à Fundação Prefeito Faria Lima - Cepam, nos idos de 1976, a iniciativa de dar o primeiro passo, que posteriormente frutificou em muitos outros, no sentido de discutir, com os maiores especialistas da área, o tema do solo criado.<sup>142</sup>

E, após amplos debates, coube a Eros Roberto Grau<sup>143</sup> sintetizar as conclusões havidas, como agregar sua contribuição intelectual.

Disserta o aludido professor: "A noção de solo criado desenvolveu-se inicialmente a partir da observação da possibilidade de criação artificial de área horizontal, mediante a sua construção sobre ou sob o solo natural. Compreendia-se assim o solo criado como o resultado da criação de áreas adicionais utilizáveis, não apoiadas diretamente sobre o solo natural. Não se confunde, no entanto, a noção – mesmo quando nesses termos entendida – com a ocupação do espaço aéreo, visto que pode haver ocupação de espaço aéreo sem criação de solo; seria o caso de construção de uma torre de grande altura, sem pavimentos intermediários, ou da nave de uma catedral gótica, também de grande altura, mas sem nenhum plano utilizado no intermediário. Por outro lado, pode haver criação de solo sem ocupação do espaço aéreo: seria o caso das construções no subsolo, que ocupam um espaço subterrâneo.

Desenvolvidos, no entanto, maiores estudos urbanísticos a propósito da idéia, passou-se a entender como solo criado o **resultado de construção**

<sup>142</sup> Nesse sentido, é de consulta obrigatória, para todos aqueles que desejem aprofundar os estudos no tema do solo criado, o exame da publicação O Solo Criado/ Carta de Embu, documento que contém os anais dos seminários O Solo Criado, São Sebastião e outros, documento elaborado por Antônio Cláudio M. Lima Moreira, Dalmo do Valle Nogueira Filho, Domingos Theodoro de Azevedo Netto, Clementina De Ambrosis, com a participação de diversos urbanistas e juristas, publicação Cepam de 1977.

<sup>143</sup> Ob.cit., p. 135 - 153.

**praticada em volume superior ao permitido nos limites do coeficiente único de aproveitamento.** Tudo quanto se construa, pois, além do *quantum* convencionado em tal coeficiente, **inclusive no andar térreo**, é entendido como solo criado.

Importante notar que não se confunde a idéia de coeficiente único com a de **índice de aproveitamento** tomados pela legislação de zoneamento municipal. Observe-se que, adotado o coeficiente único para todo um município, ainda assim, a legislação de zoneamento poderá, tendo em vista razões de urbanismo, fixar índices de aproveitamento em áreas diversas desse mesmo território, maiores e menores do que aquele coeficiente.

A concepção da instrução da noção de solo criado, de toda sorte, está naturalmente atrelada à fixação de um coeficiente de aproveitamento único para todos os terrenos em um município, região ou País. Costumeiramente, nos estudos de natureza urbanística a propósito desenvolvidos, tem-se admitido que tal coeficiente deveria ser igual a um, considerando-se então como **solo criado** tão-somente a área construída que ultrapassasse, em metros quadrados, o valor equivalente ao da área do terreno.

Adotada a noção e, subseqüentemente, definido o coeficiente de aproveitamento único, o direito de construir seria limitado a uma determinada quantidade proporcional à área do terreno” .

As leis de zoneamento, como sabemos, estabelecem dimensões mínimas dos lotes, fixam índices urbanísticos, considerando a densidade populacional e edilícia. Os índices urbanísticos são a ocupação e utilização, ou **taxa de ocupação** e **coeficiente de aproveitamento**.

Esclarece José Afonso da Silva<sup>144</sup> que a “ taxa de ocupação e o coeficiente de aproveitamento (também denominados **índice de ocupação** e **índice de utilização**, respectivamente) são dois instrumentos básicos para definir uma distribuição eqüitativa e funcional de densidades (edilícia e populacional) compatíveis com a infra-estrutura e equipamentos de cada

<sup>144</sup> Direito urbanístico brasileiro 2ª ed., 2ª tiragem. Malheiros, 1997, p. 228.



área considerada. Pelo primeiro desses índices urbanísticos, estabelecem-se os limites de ocupação do terreno, isto é, define-se a área do terreno que será ocupada pela edificação. Equivale, pois, à superfície de terreno edificável. Pelo segundo, define-se o grau de aproveitamento do terreno, isto é, fixa-se a quantidade de edificação, em metros quadrados, que pode ser construída na superfície edificável do terreno” .

Entretanto, como bem assinalou Julia Verna Ferreira de Souza,<sup>145</sup> “ o índice de aproveitamento tem se mostrado, por si só, mecanismo insuficiente para o efetivo e racional controle do uso do solo urbano. Sendo variável, nas diferentes zonas da cidade, os terrenos cujo coeficiente de aproveitamento for maior, terão, como conseqüência, uma maior valorização, enquanto os terrenos de coeficiente menor sofrerão uma queda de valor. Vale dizer, os terrenos valorizam-se ou depreciam-se em decorrência do volume de construção que poderão suportar em função do coeficiente de aproveitamento. Trata-se de situação iníqua, atentatória do princípio de igualdade, já que dá tratamento desigual aos proprietários de terrenos que, assim, aleatoriamente, ganham ou perdem” .

Todo esse quadro levou os urbanistas a imaginarem uma solução para que alguém pudesse construir a mais do que o permitido pelo coeficiente único (já visto), teria de adquirir **direito de construir inerente a outro terreno**, seja de propriedade de particulares, seja de propriedade pública<sup>146</sup> .

Quando estivéssemos diante de aquisições ao Poder Público, poderiam ser pagas em dinheiro ou mediante permuta por áreas de terreno destinadas à preservação de áreas verdes, do patrimônio histórico e artístico, à criação de áreas de lazer,<sup>147</sup> etc.

<sup>145</sup> Ob.cit. p. 161.

<sup>146</sup> Assim, imaginou-se que leis de zoneamento adequadas, transferência do direito de construir e proporcionalidade entre solos públicos e privados levariam a maior racionalidade do sistema. É o que os urbanistas vêm propugnando e também essa deve ser a função dos operadores do direito, tudo visando a uma melhor qualidade de vida nas cidades.

<sup>147</sup> Consultar a exposição de John Costonis, na já citada obra *Solo criado*, publicação do Cepam. O festejado urbanista narra a experiência americana, em algumas grandes metrópoles, especialmente o início da idéia do solo criado, como uma forma de transferir direitos de construir, compensando o proprietário de terrenos e monumentos tombados (a idéia original trabalhava em termos de terrenos contíguos), preservando-se o “zoneamento” .

Finalmente, parece necessário, como requisito de pré-compreensão do tema, discutir brevemente a relação entre direito de propriedade e direito de construir e suas conseqüências, já que o projeto trabalha com a “outorga onerosa do direito de construir”, “alteração do uso de solo”, presumindo uma nova dimensão ao direito de propriedade.

Desde logo, fixamos posição no sentido de que o conceito de solo criado **não importa** na separação da faculdade de construir do direito de propriedade do terreno, ou, quando menos, vislumbramos uma nova dimensão desse direito.

Há forte tendência, talvez em razão da idéia do liberalismo clássico, no sentido de conferir ao proprietário do solo um direito quase divino, ilimitado de construir, salvo as limitações administrativas, já pacificadas pela doutrina e jurisprudência. Contudo, essa mentalidade não mais pode ser aceita e contrasta frontalmente com a perspectiva constitucional e seus valores, como já vimos.

A utilização do solo criado não trata apenas de impor limitações ao direito de construir, mas, segundo o histórico analisado (vide trabalho Carta de Embu e seguintes), também propõe a desvinculação do direito de propriedade ou sua nova dimensão.<sup>148</sup> Do ângulo estritamente jurídico, não vislumbramos consistência nessa proposta. Parece-nos que o direito de propriedade será sempre aquele conformado com a normação do direito urbanístico. Assim, afigura-se desnecessária (e até inútil politicamente), senão inconstitucional, uma formulação teórica que desvincule o direito de propriedade do direito de construir. Não precisamos dela no momento. Temos suficientes instrumentos para avançar na questão.

O instituto do solo criado, ainda que incipiente, não é inconstitucional se interpretado e construído sob a perspectiva do princípio da função social da propriedade. O que não podemos admitir, por evidente negação

<sup>148</sup> José Castán Tobenas ressalta que modernamente não estamos diante de uma única propriedade, “mas, propriamente, diversas propriedades, pelo que caberia afirmar que mais que uma questão unitária de propriedade, existem as questões mais variadas e complexas, a que dão lugar os diversos tipos de propriedade, cada um dos quais assume aspectos próprios e exige tratamento adequado”. *La propiedad y sus problemas actuales*. 2ª ed. Madrid: Reus, 1963, p. 9.

aos princípios incidentes, é exatamente a anulação do direito de propriedade em seu núcleo essencial, ao menos no atual quadro constitucional.

Compartilhamos do entendimento de Maria Magnólia Lima Guerra,<sup>149</sup> que, já nos idos de 1981, afirmava: “ a solução preconizada, na verdade, admite o direito de construir como um direito cuja titularidade pertence ao proprietário do solo, **mas só até o limite de edificação estabelecido pelo coeficiente de aproveitamento do solo instituído por lei**. A partir desse limite é que o direito de construir passa a pertencer à coletividade. Isso significa também que, dentro do coeficiente de aproveitamento, é assegurado ao proprietário a faculdade de separar o direito de construir do direito de propriedade do solo, de modo a torná-lo suscetível de alienação” .(grifamos)

Parece-nos perfeitamente possível que a lei possa definir que os proprietários incorporem ao seu patrimônio o direito de construir (como já o tem) e assim “ transacionar” em nome do interesse social e coletivo, atendendo naturalmente à norma constitucional. E para equacionar o gravíssimo caos urbano, fazem-se necessárias soluções criativas, como as propostas pela Carta de Embu, naturalmente, com as cautelas jurídicas necessárias, para que não se esvaziem em intermináveis discussões judiciais.

Nessa linha de pensamento, admite-se a construção em área maior, até o limite definido na lei de zoneamento, desde que seja criado paralelamente mecanismo de aquisição desses direitos, ou como já experimentou a legislação alienígena, se estabeleçam o cumprimento de encargos e compensações em benefício do plano urbanístico, das prioridades reais da cidade, fato que já vem ocorrendo de há muito nas construções de casas populares.<sup>150</sup>

<sup>149</sup> *Aspectos jurídicos do uso do solo urbano*. Fortaleza, 1981, p.75.

<sup>150</sup> Rui Geraldo Camargo Vianna, em tese de doutorado, defendida na Universidade de São Paulo, averbou: “ A distinção, pois, do direito de construir, como direito real ambulante, da propriedade a que originariamente vinculado, traduz nova forma de exercício da propriedade a ser regulamentada, com repercussão, sobretudo, no cadastro imobiliário. O direito de edificar, além do limite máximo permitido traduzirá direito originário atribuído à coletividade, daí porque sua transferência ao particular operar-se-á através de concessão, qual prevista na lei italiana já referida (Lei 10/77), de feição onerosa, o que afasta a conotação tributária. Se a tanto se abalançar o legislador, curial será a fixação desse valor, atento a padrões rígidos de aferição de custas, de molde a que não se ultrapasse, nessa estimativa, o vero reembolso dos encargos que a utilização prática de concessão trará à coletividade” (*A participação do particular no urbanismo*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 84).

Acreditamos que, em virtude dos poderosos interesses econômicos envolvidos, é imprescindível que somente por intermédio de lei (em sentido formal e material), com claros critérios, a Administração Pública “transacione” direitos de construção em seu relacionamento com o particular. É dizer, deve haver vinculação entre tais direitos e os programas estabelecidos em uma política urbana legitimada pelo crivo popular. Jamais esse instrumento pode estar nas mãos “discricionárias” do administrador público.<sup>151</sup>

Cuidemos, agora, do projeto. Passemos a analisar os enunciados contidos na Seção VII – **Da Outorga Onerosa** (arts. 28 a 31 do projeto), que tem a seguinte redação:

“ Art.28 – O Plano Diretor poderá fixar áreas nas quais o **direito de construir** poderá ser exercido acima do coeficiente de aproveitamento básico adotado, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário.

§ 1º – Para os efeitos desta lei, coeficiente de aproveitamento é a relação entre a área edificável e a área do terreno.

§ 2º – O Plano Diretor poderá fixar coeficiente de aproveitamento básico **único para toda a zona urbana ou diferenciado para áreas específicas dentro da zona urbana.**

§ 3º – O Plano Diretor definirá os limites máximos a serem atingidos pelos coeficientes de aproveitamento, considerando a **proporcionalidade entre a infra-estrutura existente e o aumento de densidade esperado em cada área.**

151 Os municípios deverão definir, por exemplo, como áreas de especial interesse social, os terrenos não utilizados ou subutilizados, necessários à implantação de programas habitacionais de baixa renda, assim como as áreas ocupadas por favelas e loteamentos irregulares para implantar projetos de urbanização e regularização fundiária. Por essas áreas, caracterizadas como de especial interesse social, poderão ser estabelecidos padrões especiais de parcelamento, urbanização, uso e ocupação, proporcionando melhores condições econômicas de produção de lotes urbanizados e possibilitando a regularização das áreas já ocupadas. Nas áreas destinadas a assentamentos, deveria ser dada prioridade ao acesso da terra nas cidades em lotes urbanizados dotados de infra-estrutura básica, entregues por concessão real de uso para famílias, previamente cadastradas, proibindo-se de forma rigorosa a alienação por um prazo longo, de 15 a 25 anos, por exemplo.

Art.29 – O Plano Diretor poderá fixar áreas nas quais poderá ser **permi-  
tida alteração de uso do solo, mediante contrapartida a ser pres-  
tada pelo beneficiário.**

Art.30 – Lei Municipal especifica estabelecerá as condições a serem ob-  
servadas para a outorga onerosa do direito de construir e de alteração de  
uso, determinando:

- I – a fórmula de cálculo para a cobrança;
- II – os casos passíveis de isenção do pagamento da outorga;
- III – a **contrapartida do beneficiário**,<sup>152</sup> que poderá constar de:
  - a) ativos financeiros;
  - b) bens imóveis;
  - c) execução de obras e serviços relevantes para o desenvolvimento urbano municipal;
  - d) créditos relativos a indenizações não pagas pelo município.

Art.31 – Os recursos auferidos com a adoção da outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso serão aplicados com as finalida-  
des previstas nos incisos I a IX do artigo 26."

Por sua vez, o artigo 26 tem a seguinte redação:

"Art. 26 – O direito de preempção será exercido sempre que o Poder Público necessitar de áreas para:

- I – regularização fundiária;
- II – execução de programas e projetos habitacionais de interesse social;
- III – constituição de reserva fundiária;
- IV – ordenação e direcionamento da expansão urbana;
- V – implantação de equipamentos urbanos e comunitários;
- VI – criação de espaços públicos de lazer e áreas verdes;

<sup>152</sup> O mais recente texto do projeto finaliza o inciso III do artigo 30 com a seguinte redação:  
"a contrapartida do beneficiário", eliminando a relação constante das alíneas "a" a "d".

- VII – criação de unidades de conservação ou proteção de outras áreas de interesse ambiental;
- VIII – proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico;
- IX – **outras finalidades de interesse social ou de utilidade pública, definidas no Plano Diretor.**

Parágrafo único – A lei municipal prevista no § 1º do artigo 25 deverá enquadrar cada área em que incidirá o direito de preempção em uma ou mais das finalidades enumeradas por este artigo” .

De uma maneira geral, verificamos que o projeto não se distancia de idéias dantes apresentadas. Não vislumbramos inconstitucionalidades ou ilegalidades no capítulo analisado. Contudo, como é natural, de sua aplicação podem surgir problemas graves.

Inicialmente, verifica-se que o *caput* do artigo 28 foi fiel ao ideário da Carta de Embu, ao autorizar que o Plano Diretor possa fixar áreas nas quais o direito de construir possa ser exercido **acima do coeficiente de aproveitamento básico, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário.**

A norma cinge-se a remeter ao Plano Diretor, como instrumento normativo que disciplina a cidade, a possibilidade na fixação de áreas nas quais o direito de construir possa ser exercido acima dos padrões. É certo que não poderia invadir competência municipal, e, assim, remeteu o problema aos municípios.

A primeira questão que vem à mente, diz respeito ao conceito e extensão das áreas enunciadas no projeto. Toda e qualquer “área” municipal pode ser passível de receber a norma em tela? Verifica-se que, até logicamente, o programa legislativo pressupõe que os municípios estejam dotados de um Plano Diretor atualizado, moderno, que efetivamente atenda ao desenvolvimento da cidade. Logicamente, deve-se, em primeiro lugar, verificar se o zoneamento municipal está bem estruturado, se atende com razoabilidade às demandas do desenvolvimento urbano. Nesse contexto é que se insere a alteração proposta. Após essa verificação, e

implementação (caso necessária), passa-se à utilização do instrumento proposto, como uma das novas alternativas urbanísticas.

Essa característica – estreita vinculação com o zoneamento (atualizado, adequado, legítimo) –, é constante em todo o capítulo analisado. Creio que há grande risco em tentar aplicar os novos instrumentos, sem que, antes, haja um diagnóstico preciso dos problemas urbanos municipais. A negociação e pressão política na implementação dos novos instrumentos, sem que antes seja realizado o diagnóstico da “ordenação urbana”, poderia levar a graves distorções.

Assim, não é difícil imaginar que prefeitos recém-eleitos, considerando a hipótese de aprovação do projeto em curto prazo, no início do mandato, possam “negociar” com o setor privado, passando a “sua” visão urbanística em troca de benefícios, que não aqueles enunciados no projeto.

A regra de ouro para o provável sucesso da proposta está, insistimos, na conformação democrática e legítima do espaço urbano, sem o que o instrumento torna-se perigoso, seja porque a Administração Municipal poderá usá-lo como “moeda” de negociação política, com a câmara ou com a sociedade empresarial, seja em virtude de falta de autoridade, que poderá levar ao mesmo resultado, um “balcão de negócios” imobiliários.

Nesse sentido, o § 2º do artigo 28 dispensa maiores comentários. São exatamente os urbanistas, a comunidade local, os técnicos e a Administração Municipal, respeitado o princípio participativo, as pessoas competentes para definir com responsabilidade se adotaram coeficiente único ou diferenciado, respeitadas as peculiaridades locais.

O § 3º já indica os critérios que informam as decisões. A proporcionalidade entre solos e equipamentos públicos e solos privados deve ser respeitada. A proporcionalidade entre a infra-estrutura existente e o aumento de densidade esperado em cada área não pode ser o único critério que informará o legislador municipal. Ele é insuficiente na tentativa de equilibrar a proporção entre áreas públicas e privadas, a não ser que nele também possamos inserir o conceito de “redistribuição” urbanística.

Entendemos por “redistribuição urbanística” a adoção de uma política que consiga captar mais-valias imobiliárias nas áreas de grande investimento, de modo a possibilitar o financiamento de projetos sociais (áreas verdes, parques, centros de lazer, e, sobretudo, habitação).

O artigo 29 do projeto contempla a grande inovação no contexto global, e também, com ela, muitas apreensões. Nesse contexto, qualquer alteração do uso do solo é por si só problemática, sobretudo diante da (necessária) contrapartida do beneficiário.<sup>153</sup>

Desde logo, não poderíamos deixar de anotar que o município não tem competência para disciplinar as alienações do direito de construir, pois essa matéria é evidentemente federal, por expressa disposição do artigo 22, inciso I, da Constituição da República. Entretanto, o problema parece solucionado pelo projeto, na medida em que lei federal pretende estatuir os parâmetros legais (normas gerais) para viabilizar a transferência do direito de construir, cabendo ao município, através da aludida concessão onerosa a normatização do espaço urbano, que naturalmente confortasse em sua competência, também constitucional.<sup>154</sup> A matéria, contudo, na mais recente redação do projeto (artigo 35), parece insistir no erro, ao

<sup>153</sup> Ives Gandra da Silva Martins e outros autores parecem defender a utilização do instituto com características tributárias, na linha adotada na França. (Solo criado, *Revista de Direito Civil*, v. 15, p. 57 a 82). Já Miguel Seabra Fagundes, em texto clássico a respeito do tema, não adere à “entrega pelo interessado ao Poder Público de áreas proporcionais ao solo criado”, argumentando que a solução não se harmoniza com o propósito básico, fundamental, inarredável, da admissão do solo criado, a traduzir-se na conciliação do crescimento vertical das edificações, com a boa qualidade das condições de vida no local (rua, bairro, cidade). Porque essencial ao atendimento desse objetivo, e para tal situação acima de qualquer outro fato, é a proporção tida por ideal, ou pelo menos satisfatória, entre a área construída habitável e as condições naturais do ambiente, como fatores de higiene e conforto da moradia (insolação, circulação do ar e sua oxigenação, etc.). Ora, diz o saudoso mestre: “se assim é, não há como trocar, em pecúnia, valor fundamental insuprível para salubridade da área”. (Aspectos Jurídicos do Solo Criado, *RDA*, v. 129, p. 5).

<sup>154</sup> A Constituição atribui a União, aos Estados e aos municípios competência concorrente para legislar sobre o estabelecimento de limitações urbanísticas no que diz respeito às restrições do uso da propriedade em benefício do interesse coletivo, em defesa do meio ambiente para preservação da saúde pública e, inclusive, do lazer. Nesse sentido, novamente confira-se a jurisprudência, (RMS 8.766-PR) já referida.



aludir à alienação do direito de construção.

Voltando ao tema do mestre Seabra, com ele concordamos no sentido de que, apesar da lei traçar diretrizes gerais para a execução da política urbana, nada garante que os novos instrumentos efetivamente cumpram aqueles objetivos, não havendo um instrumento normativo apto a evitar ou corrigir a distorção na aplicação daquelas metas enunciadas nos parágrafos 1º a 3º do Projeto, sendo lícito presumir a existência de conflitos de “competências”, ao menos no que tange ao provável distanciamento entre os propósitos do planejamento e a aplicação das normas urbanísticas pelo município.

Ademais, seria interessante imaginar-se a criação de um Fundo Municipal de Desenvolvimento, com o intuito de gerir os recursos auferidos com a venda do solo criado, fundo este com composição democrática e paritária, que efetivamente controlasse a aplicação dos recursos e, sobretudo, os critérios de desenvolvimento urbano municipal.

Preocupa-nos que os novos instrumentos sejam controlados pelo cidadão e que, sobretudo, as decisões não sejam tomadas exclusivamente por critérios políticos, sem a participação esclarecida dos munícipes. Em passado recente, a tentativa da implantação das “operações interligadas” deu ensejo à intervenção do Ministério Público, essencialmente porque atribuía-se ao Executivo a competência para a definição de elementos essenciais do desenvolvimento urbano (a pretexto da invocação da presença da avaliação dos “critérios técnicos”), deixando de lado importantíssimo elemento que é a cidade enquanto espaço de convivência, cujos titulares das decisões são os seus representantes, agindo indiretamente (eleitos), com os mecanismos de participação usual (audiências públicas, debates, etc.).

A mesma apreensão nos ocorre ao analisar o tema do solo criado. É preciso evitar que ele seja instrumento (nada singelo) de simples arrecadação tributária. O engajamento consciente da iniciativa privada em projetos urbanísticos é necessário e imprescindível, mas jamais pode-se acei-

tar que ela tome o comando decisório da situação para impor sua visão urbanística. Esse é assunto de interesse público que não pode escapar das mãos do Estado, enquanto ente regulador dos conflitos sociais.

O artigo 30 já oferece as condições a serem observadas para outorga onerosa do direito de construir, estabelecendo em que hipóteses poderá se dar a "contrapartida do beneficiário": ativos financeiros, bens imóveis, execução de obras e serviços relevantes para o desenvolvimento urbano municipal, e créditos relativos a indenizações não pagas pelo município.<sup>155</sup>

Não vamos comentar um a um os instrumentos de contrapartida do beneficiário. Não vemos necessidade de analisá-los isoladamente. Cremos, entretanto, que o último deles pode suscitar demandas judiciais. Isso porque se, nas "indenizações não pagas pelo município", esteja se cogitando dos precatórios, é preciso compatibilizar os dois institutos, e não vemos espaço de "transação" como o regime constitucional dos precatórios, que, como é cediço, devem atender à cronologia fixada na Constituição.

Finalmente, parece necessário encarecer a necessidade de criteriosa avaliação em todo o processo do solo criado, do começo ao fim, seja para identificar com critérios justos e precisos os valores apresentados, seja para que a "contrapartida do beneficiário" não seja um novo engodo para iludir o erário público e seus administradores. A lisura e a legitimidade do processo devem ser resguardadas.

Preocupa-nos, ainda, no projeto apresentado, que a qualidade ambiental da cidade seja preservada. A má gestão do zoneamento, do solo criado, ora proposto, das operações interligadas, põe em risco as poucas garantias que temos na preservação do meio ambiente.

Ante todo o exposto, propomos que todo o processo de alteração desejado seja permeado de amplo debate, a fim de que o procedimento seja dominado por transparência, notadamente no que tange à divulgação

<sup>155</sup> Hipóteses suprimidas na atual redação do projeto. É possível que retornem; assim, consideramos prudente manter os comentários originais.

dos dados e valores de cada operação, possibilitando a manifestação da população atingida, reduzindo, o quanto possível, os riscos de uma nova feição urbanística que somente atenda aos interesses de uma determinada camada da população.

Aguardamos que a Fundação Prefeito Faria Lima – Cepam cumpra o papel de deflagrador desse processo no âmbito municipal. De nossa parte, temos consciência que não esgotamos o tema, mas apenas lançamos algumas luzes para o início do debate, a fim de refletir sobre as posições adotadas e, assim, poder evoluir.

## SOLO CRIADO – A EXPERIÊNCIA EM PORTO ALEGRE

*Maria Regina Rau de Souza*<sup>156</sup>

*Marilú Marasquin*<sup>157</sup>

O instrumento de política urbana denominado solo criado fundamenta-se na separação do direito de propriedade do direito de construir. As legislações urbanísticas vinculam à propriedade privada um Índice de Aproveitamento do Terreno – IAT, correspondente à área máxima edificável. Com o solo criado, oportuniza-se aos empreendedores privados edificar acima do coeficiente fixado em lei, mediante pagamento ao Poder Público, e, portanto, à coletividade, pela área excedente.

Apesar das virtudes conceituais desse instrumento, tem sido polêmica e difícil sua utilização efetiva nos municípios brasileiros que o incluíram nos regulamentos de seus planos diretores. Verificam-se dificuldades do ponto de vista jurídico, associadas à questão patrimonial e às possíveis perdas qualitativas da propriedade privada, bem como dificuldades econômicas

<sup>156</sup> Arquiteta (UFRGS, 1979), mestranda em Planejamento Urbano e Regional (UFRGS), técnica da Secretaria do Planejamento Municipal, Porto Alegre (RS), professora do Departamento de Arquitetura e Urbanismo da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo (RS).

<sup>157</sup> Arquiteta (UFRGS, 1971), chefe da Coordenação de Estudos Urbanos da Secretaria do Planejamento Municipal, Porto Alegre (RS). Coordenou o tema Adensamento Urbano na reavaliação do Plano Diretor de Porto Alegre.

e operacionais. Estas últimas relacionadas a alterações no preço da terra, à transferência de custos adicionais para o valor final dos imóveis, bem como à regulamentação e aplicação conjugada com os demais dispositivos urbanísticos de uso e ocupação do solo.

É conhecido, também, que as principais potencialidades desse instrumento – reduzir preços dos terrenos, orientar o mercado fundiário, estabelecer limites de densidade, induzir o desenvolvimento e ampliar as receitas municipais – não poderão ser exploradas simultaneamente. A delimitação dos objetivos e as conseqüências da aplicação do solo criado sobre a estrutura urbana decorrem, essencialmente, do contexto socioespacial e político no qual se insere. Sendo assim, cabe entender suas origens e contextualizar sua aplicação. Será o momento, o local e também os precedentes legais que contribuirão, de forma significativa, para o sucesso dos seus objetivos maiores.

## Comentários Históricos

A instituição do solo criado teve início na Europa durante os anos 70, tendo assumido características distintas em cada nação, de acordo com legislação urbanística e formulação jurídica local. A Comissão Econômica para a Europa, vinculada à Organização das Nações Unidas - ONU, em reunião realizada em Roma (1971), acordou sobre a necessidade de afirmar a separação entre o direito de propriedade e o direito de edificar, delegando a cada país representado na comissão o desenvolvimento de critérios e mecanismos legais próprios quanto à sua aplicação.

Na França, a legislação considera o direito de construir inerente à propriedade privada, mas define limite legal para o seu exercício, para além do qual o direito de edificar subordina-se ao interesse da sociedade. Foi aprovado (1975) o índice único de aproveitamento dos terrenos igual a um para todo o território nacional e 1,5 para a região de Paris. Posteriormente (1983), esses valores foram aumentados para dois, nas cidades com mais de 50 mil habitantes, e para três na região de Paris. Dessa forma, o chamado *plafond legal de densité* estabeleceu parâmetro máximo

de ocupação do território francês, a partir do qual todo acréscimo construtivo efetiva-se mediante pagamento ao Estado, ressarcindo parte dos investimentos públicos provenientes da estruturação do espaço urbano. (Grau, 1983: 60)

Na Itália (1977), a lei propõe dissociar, de forma absoluta, o direito de construir do direito de propriedade. A construção passa a ser uma concessão do Poder Público, embora haja decisões da Suprema Corte Italiana quanto à inconstitucionalidade de determinados dispositivos dessa legislação. Nos Estados Unidos, registram-se experiências com transferências do direito de construir, objetivando à proteção do patrimônio arquitetônico tombado e à preservação de áreas de interesse ambiental. O instrumento tem origem no Plano de Chicago, denominado Space Adrift. Nos países escandinavos, o solo urbano, na sua maior parte, é municipal, sendo a construção uma concessão de uso.

A experiência nacional tem matriz na experiência francesa. Esse tema vem sendo discutido, por juristas e urbanistas, desde a década de 70, visando adequar sua aplicação às normas constitucionais brasileiras. Experiências de implementação do Solo Criado, em cidades como São Paulo, Rio de Janeiro, Niterói, entre outras, apesar de apresentarem variações na sua concepção e nas possibilidades de abrangência do instrumento, apóiam-se, via de regra, na adoção do IAT igual a um para toda a cidade. Equivale dizer que se parte de um parâmetro de adensamento urbano internacionalmente testado e reconhecido como parâmetro genérico ideal, no qual a densidade urbana corresponde à área da superfície da cidade.

## Solo Criado em Porto Alegre

**Ações precedentes** – As operações com transferências do direito de construir foram iniciadas em 1975, através de decreto municipal que introduziu a possibilidade de permuta das áreas atingidas pelo traçado do Plano Diretor – sistema viário, praças e escolas – pelo direito de edificar, na parte restante dos imóveis, a quantidade de metros quadrados que seria

possível para o todo inicial. Regulamenta-se, dessa forma, a figura da desapropriação de imóveis por transferência de potencial construtivo.

A posterior aprovação do Primeiro Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano (1979) introduziu alteração significativa ao permitir a permuta de índices entre terceiros, sempre com doação ao município da área objeto dessa transferência.<sup>158</sup> Ampliou, também, o elenco de equipamentos urbanos passíveis de serem desapropriados por transferência de potencial construtivo, incluindo: prédios de interesse sociocultural; equipamentos de lazer e cultura (teatros municipais, auditórios e cinemas); de abastecimento de água e serviços de esgoto cloacal, e centros comunitários. Extensão justificada por contemplar equipamentos que contribuem para a política de qualificação ambiental da cidade e cuja demanda é consequência direta da densificação populacional existente no contexto em que se inserem.

Em 1987, foi criado o Fundo Municipal de Desenvolvimento Urbano - FMDU. A inovação ocorreu pela possibilidade que o município adquiriu de obter recursos também com a alienação do potencial construtivo vinculado a terrenos objeto de desapropriações pecuniárias. Passa a ser vendido, por processo licitatório, potencial construtivo correspondente a áreas já desapropriadas em pecúnia e destinadas à implantação dos equipamentos urbanos mencionados anteriormente.

Os estoques baseavam-se em planos de distribuição de índices, parametrizados, inicialmente, pelas densidades previstas no Plano Diretor, em comparação às densidades existentes. Estabeleceu-se relação de proximidade entre os setores da cidade que receberiam os estoques e os locais de origem dos índices. Os planos de distribuição seguintes contemplaram não só locais próximos e nos quais as densidades permitiam, mas também aqueles onde havia uma demanda explícita e onde o município tinha interesse na promoção de sua revitalização e desenvolvimento. Os benefícios dessas inovações e a compreensão do mercado imobiliário no

<sup>158</sup> Dito de outra forma, as negociações realizavam-se pela doação da área necessária à execução de obras públicas e pela autorização para construir, no restante ou em outro imóvel, o mesmo volume de construção permitido, caso não houvesse a desapropriação.

manejo desse instrumento revelaram-se, gradativamente, no desempenho das negociações, confirmando a validade do instrumento.

É importante considerar a influência de variáveis mercadológicas nas alienações do FMDU. Alterações na legislação do Plano Diretor tiveram forte repercussão nas licitações efetuadas em 1988 e 1990, motivando a concentração de empreendimentos residenciais multifamiliares em bairro tradicional da cidade, com mercado potencial de renovação do uso original, dado por residências unifamiliares. Já em 1991, houve decréscimo nas vendas, ocasionado por um processo recessivo na construção civil e pelo alto valor fixado para os índices. Calculados com base no resultado da última licitação e corrigidos mensalmente pelos índices de inflação, superaram a valorização imobiliária no período. Também contribuiu para o decréscimo nas alienações a manutenção do plano de distribuição anterior, deixando à venda potenciais construtivos com média e baixa atratividade. Obteve-se estabilidade nas vendas para as licitações de 1994 e 1995, com a elaboração de novo plano de distribuição e redimensionamento do valor do metro quadrado dos lotes.

Na análise das desapropriações por transferência de potencial construtivo, identificam-se dois períodos distintos: o primeiro, de 1976 a 1984, no qual a média das operações foi de 400,00 m<sup>2</sup>/ano, e o segundo, entre 1985 e 1993, com a média de 17.500,00 m<sup>2</sup>/ano, revelando o momento em que o mercado apropriou-se do instrumento. As operações vinculadas ao FMDU dependiam de ação do Poder Público (licitações) e apresentaram comportamento diverso. No período de 1987 a 1999, foram realizados 11 procedimentos de venda com média anual de 22.500 m<sup>2</sup>/ano. Em síntese, o município coloca, no mercado da construção civil, cerca de 40.000 m<sup>2</sup>/ano de potencial construtivo, seja através do FMDU, seja como pagamento de desapropriações, constituindo mercado consumidor os empreendimentos de habitação multifamiliar, comércio e serviços. Essas operações representam, em média, 9% do total construído na cidade ao ano e de 12% a 15% do total referente ao mercado consumidor, chegando a 30%, se analisado setorialmente.

**As bases para a proposta** – A instituição do Solo Criado passou a ser amplamente discutida, após aprovação da nova Constituição Federal, e surge como instrumento legal, em Porto Alegre, através da Lei Orgânica, nos capítulos da política urbana e habitacional. Durante o I Congresso da Cidade de Porto Alegre (1993), constatou-se que não seria possível implantar o Solo Criado – e a conseqüente indicação das áreas a serem adensadas – sem reformular o atual Plano Diretor.<sup>159</sup> No ano seguinte, com o processo de reformulação do Plano já iniciado, inúmeras entidades mobilizaram-se pela aprovação desse instrumento, por considerá-lo relevante na implementação de políticas referentes à reforma urbana.

O entendimento feito com a câmara de vereadores, à época, foi de que os índices privados de construção (IAT), constantes no Plano Diretor, seriam mantidos.<sup>160</sup> O acordo foi ratificado no II Congresso da Cidade (1995), indicando que também os índices referentes ao Solo Criado deveriam ter valores diferenciados por setores urbanos, apoiados em avaliações subseqüentes sobre o potencial de adensamento de cada setor, havendo áreas da cidade sem nenhum tipo de oferta de índices públicos.

Os estudos realizados para implementação do Solo Criado basearam-se, inicialmente, em análises realizadas pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS quanto aos custos do hectare urbanizado em relação às densidades populacionais. A idéia era definir um patamar intermediário de densificação que possibilitasse o aproveitamento racional

<sup>159</sup> “Apesar do desencanto generalizado com a experiência de planejamento urbano, os planos diretores ganham importância estratégica na concretização dos princípios e objetivos da reforma urbana.” (Ribeiro; Santos, 1993: 53)

<sup>160</sup> A essência do argumento apoiava-se na impropriedade de se romper “pactos” já firmados. Em Porto Alegre, a disputa por índices construtivos vem de longe. Nas diversas modificações que sofreu a legislação urbanística, o acréscimo do potencial construtivo privado tornava-se objeto de polêmica e centralizava as discussões. Outra preocupação importante referia-se à alteração nos preços da terra urbana, caso fosse adotado o IAT=1 para toda a cidade, num contexto de especulação imobiliária complexo. De fato, além das dificuldades conhecidas, há, ainda, conforme alertado por Smolka, a questão da iniquidade fiscal entre proprietários recentes e antigos. Quanto menor o período de retenção especulativa do terreno, maior a perda percebida pelo proprietário (Smolka, 1991: 36).



da infra-estrutura. Regras de economia urbana pedem cidades compactas. A definição de zonas adensáveis baseou-se na existência de infra-estrutura passível de ser utilizada ou com viabilidade de recuperação e redimensionamento.<sup>161</sup>

Posteriormente, foi introduzida nova abordagem com relação ao cálculo das densidades. Diferentemente do conceito vigente no Plano Diretor, em que a densidade refere-se aos habitantes fixos por hectare, considera-se no cálculo também os habitantes não residentes. A densidade passa a ser expressa pela densidade habitacional (para controle do uso de equipamentos urbanos e comunitários) e densidade populacional (para controle do uso da infra-estrutura urbana e serviços públicos).<sup>162</sup>

**O formato do instrumento no plano diretor:** O solo criado surge com o objetivo principal de gerar recursos para financiar programas habitacionais de baixa renda. Objetiva-se, secundariamente, implementar políticas de urbanização, recuperar parcela da valorização imobiliária gerada pelos investimentos públicos, e direcionar o adensamento populacional, otimizando o uso da rede de infra-estrutura e os serviços urbanos ofertados.

A aplicação do solo criado parte de estoques calculados com base no parâmetro de acréscimo de 20 e 30 economias/hectare, vinculados à totalidade das zonas adensáveis (47% da área urbana do município) e não ao lote.<sup>163</sup> O índice de aproveitamento 3,0, que possibilita a construção de até três vezes a área do terreno, é a situação de aproveitamento máxi-

<sup>161</sup> É mais oneroso construir “cidade nova” do que manter e redimensionar a infra-estrutura da cidade existente.

<sup>162</sup> Se, por um lado, a proposta do Plano anterior é adequada para avaliar a carência de equipamentos, como praças e escolas, de outro, mostra-se insuficiente para analisar o impacto da densificação sobre a infra-estrutura. Exemplo clássico dessa distorção verifica-se no centro histórico de Porto Alegre. A densidade projetada pelo Plano varia de 175 a 275 hab/ha; no entanto, computando habitantes e empregados chega-se a uma densidade superior a 800 hab/ha, compatível com a realidade daquele setor.

<sup>163</sup> Medida que reconhece a natureza não homogênea da configuração e tamanho dos lotes urbanos, somatório de diferentes tipos de estrutura fundiária e parcelamento. Exigência de recuos laterais associados à altura, reduz o percentual de terrenos aptos a absorver acréscimo de potencial construtivo.

mo admitido na cidade, considerando nesse limite o somatório de índices públicos e privados.<sup>164</sup> Nas áreas adensáveis, a composição dos índices tem a seguinte variação: índice 3,0 para setores com previsão de verticalização das edificações e miscigenação de atividades e índice 2,0 para setores com previsão de média altura e baixa miscigenação de atividades. Uma terceira possibilidade de compra de potencial construtivo refere-se aos chamados “ajustes de projeto”, limitados em 100m<sup>2</sup>/lote ou 10% da área do empreendimento. São acréscimos previstos em setores consolidados, com densidade de construção elevada ou em áreas predominantemente residenciais e de baixa altura.

O monitoramento da densificação será feito tanto por setores como por quarteirões. Para os setores, foram definidos dois patamares máximos de densificação: 160 economias/hectare bruto (áreas mais densas e mais centrais) e 120 economias/hectare bruto (áreas menos densas e mais afastadas). Os quarteirões têm como parâmetro o limite de 260 economias/hectare líquido.<sup>165</sup> Periodicamente, o município publicará a relação dos quarteirões não aptos a receber solo criado.

Os estoques construtivos serão vendidos diretamente aos interessados, a preço de mercado, e os recursos provenientes serão canalizados para o Fundo Municipal de Desenvolvimento. O município fará a atualização dos valores a cada seis meses e suspenderá as vendas, tanto por setores como por quarteirão, sempre que se constatar impacto negativo sobre a estrutura urbana.<sup>166</sup>

## Considerações Finais

A novidade na implementação do solo criado para Porto Alegre reside, basicamente, na sua caracterização a partir dos índices privados diferen-

<sup>164</sup> Esse índice corresponde ao limite máximo adensável. No cálculo da área total, somam-se áreas complementares à atividade principal e destinadas a serviços de apoio a edificação.

<sup>165</sup> O hectare líquido exclui áreas públicas (sistema viário, praças, escolas, etc.).

<sup>166</sup> A fixação dos valores base de cálculo e os procedimentos para cobrança constituem importantes dificuldades operacionais. Para efeito do cálculo deverão ser incluídas as salvaguardas necessárias para que a determinação dos valores base do metro quadrado dos terrenos não se torne objeto de negociações arbitrárias (Smolka, 1991: 38).

ciados, dados pelo zoneamento de usos. A formulação adotada para o instrumento desvia-se da concepção tradicional, associada à adoção de IAT igual a um para toda a cidade, sem prejuízo, no entanto, de sua sustentabilidade lógica como instrumento que recupera parte da mais-valia incorporada aos lotes e que regula a distribuição das densidades.<sup>167</sup> Convencionou-se que os limites da capacidade construtiva inerente ao direito de propriedade são aqueles constantes no Plano Diretor. Qualquer densificação acima dos valores fixados em lei será onerada.

A partir daí, fica excluída a tentativa de reduzir os preços imobiliários. Com isso, evita-se o comprometimento de outros instrumentos fiscais. Não havendo redução no valor venal dos imóveis, a arrecadação do IPTU permanece inalterada, bem como a expectativa de arrecadação via solo criado, uma vez que não há redução do valor base de cálculo para as vendas.<sup>168</sup> As variações de preços refletem a diferenciação decorrente de atributos relativos aos terrenos. A equação que compõe o preço da terra urbana tem múltiplas variáveis: acessibilidade, atributos naturais/locacionais, efeitos de vizinhança, concorrência, dispositivos legais, etc., determinados, em parte, pela ação de agentes como o Poder Público e incorporadores. Os proprietários não são agentes determinantes desses preços e tendem a interpretar como confisco de direitos já adquiridos medidas de interferência na formação do preço da terra.<sup>169</sup>

Com base nas experiências anteriores e na produção de conhecimento geral sobre a cidade, é possível antever que a construção anual deverá manter-se estável. Não haverá indução de desenvolvimento urbano significativo a partir das vendas de índices públicos, à exceção de maior

<sup>167</sup> Do ponto de vista técnico, nada impede que se institua o solo criado no regime de índices privados diferenciados, desde que o município não altere os índices vigorantes a qualquer pretexto, sob pena de desacreditar o próprio instrumento.

<sup>168</sup> A perda qualitativa da propriedade fundiária, associada à prática comum desse instrumento e vinculada à adoção de índice único, não se verifica na manutenção de índices diferenciados.

<sup>169</sup> Convencionou-se dizer, na teoria econômica, que os proprietários de terrenos são *price-takers*, pois são agentes passivos na determinação do preço final dos lotes, subjugado, essencialmente, às regras de concorrência (Smolka, 1991: 31).

competitividade entre setores da cidade, objeto de vendas diferenciadas. O solo criado, dissociado de uma política de financiamento à construção, praticamente em nada afeta a densificação geral da cidade, podendo verificar-se exceções percebidas, pontualmente, por imóvel ou quarteirão.

O aporte de recursos provenientes da aplicação do solo criado e seu impacto na política habitacional está diretamente relacionado com o mercado imobiliário. A média da década de 90 registra 440.000 m<sup>2</sup>/ano de área construída adensável. Descontados os empreendimentos de habitação unifamiliar e indústria (mercado não consumidor de índices), tem-se 350.000 m<sup>2</sup>/ano. A expectativa é absorver, através das vendas de estoques públicos, um terço desse mercado.<sup>170</sup> Sabe-se que o crescimento da população na faixa de renda D (até três salários mínimos) está estimado em 2.000 unidades habitacionais ao ano. Projeta-se que a arrecadação, via solo criado, será significativa como alavancagem de uma política habitacional voltada para demandas futuras, restando para cobrir, com outras receitas, o déficit atual de 71.000 unidades.<sup>171</sup>

Os novos pressupostos do planejamento urbano, ancorados na Constituição de 1988 e no Movimento Nacional pela Reforma Urbana, apontam para a necessidade de repensar a gestão das cidades. A política do solo criado é uma das propostas “reformistas” no cenário de mudanças em curso. Antecipar o acerto da formulação dada ao instrumento na legislação de Porto Alegre é, ainda, prematuro. Conta a favor, no entanto, sua inserção conjugada com a reformulação do Plano Diretor, que incorpora avanços conceituais e abre espaço para implementação de novos instrumentos.

<sup>170</sup> Parece válido pensar que a aceitação das novas regras do jogo ficará facilitada pelo fato do mercado imobiliário já estar familiarizado com operações envolvendo venda de potencial construtivo.

<sup>171</sup> Cabe lembrar o papel fundamental de outros instrumentos fiscais (IPTU, ITBI, IR sobre lucro imobiliário) na implementação de políticas urbanas e na viabilização institucional do Solo Criado. “As alegadas experiências exitosas do estrangeiro não prescindiram deste esforço disciplinar” (Smolka, 1991: 37).

## Referências Bibliográficas

I CONGRESSO DA CIDADE (1993). Porto Alegre.

II CONGRESSO DA CIDADE (1995). Porto Alegre.

COGO, José, CONSIGLIO, Hermes, MATTE, Izabel. *FMDU versus permuta de índices*. Porto Alegre: Secretaria do Planejamento Municipal, Unidade de Desapropriações e Reserva de Índices (Documento Interno), 1997, 37p.

GRAU, Eros (1983). *Direito urbano*. São Paulo: Revista dos Tribunais. cap. 2: Solo Criado. 1984, p. 54-84.

PANIZZI, Wrana; ROVATTI, João. *Estudos urbanos: Porto Alegre e seu planejamento*. Porto Alegre: UFRGS, 1993, 373p.

PREFEITURA MUNICIPAL DE PORTO ALEGRE. *1º PDDU - Primeiro plano diretor de desenvolvimento urbano*. Lei Complementar 43, de 21 de julho de 1979. Porto Alegre: PMPA, 1979.

\_\_\_\_\_. *Lei Complementar 315, de 6 de janeiro de 1994*. Dispõe sobre o instituto do solo criado no Município de Porto Alegre, regulamentando o art. 212 da Lei Orgânica do Município de Porto Alegre, 1994.

\_\_\_\_\_. Secretaria do Planejamento Municipal. *Boletim da Reformulação do Plano Diretor: Solo Criado*. Porto Alegre: PMPA, abril 1997 - n. 5.

\_\_\_\_\_. *PDDUA - Plano diretor de desenvolvimento urbano ambiental*. Lei Complementar n. 434, de 1º de dezembro de 1999. Porto Alegre: PMPA, 1999.

RIBEIRO, Luiz, SANTOS, Orlando. Das desigualdades à exclusão social, da segregação à fragmentação: os novos desafios da reforma urbana. *Cadernos Ippur/ UFRJ*. Rio de Janeiro, ano VII, n. 1, abr. 1993, p. 53-61.

SERRA, Rodrigo. O índice de aproveitamento do terreno (igual a 1) como parâmetro do solo criado: impropriedades para o caso brasileiro. In: *Encontro Nacional da Anpur*, 6º. Brasília, 1995. Modernidade, exclusão e a espacialidade do futuro. *Anais do VI*

*Encontro Nacional*. Brasília: Farret, 1996. p. 211-220.

SMOLKA, Martim. Solo criado: notas para a fundamentação das questões em debate. *Revista de Administração Municipal*. Rio de Janeiro, ano XXXVIII, n. 201, out./dez. 1991, p. 30-38.

## **TRANSFERÊNCIA DO DIREITO DE CONSTRUIR – UM INSTRUMENTO MAL APLICADO<sup>172</sup>**

*Maria Cecilia Lucchese<sup>173</sup>*

A questão da justiça social na cidade passa a ser discutida pelos movimentos sociais no Brasil em 1985, no âmbito da instalação da Assembléia Nacional Constituinte.

Foi nessa conjuntura que setores ligados à questão urbana (moradia, saneamento, transporte, etc.) mobilizaram-se criando o Movimento Nacional pela Reforma Urbana.

A discussão encaminha-se rapidamente, em termos jurídicos, para a necessidade de separação entre o direito de propriedade e o direito de construir. Na Constituição de 1988 o grande avanço nesse sentido foi a definição da função social da propriedade urbana.

Contudo, essa postura tem uma série de antecedentes. O primeiro instrumento urbanístico que introduz essa questão é a legislação de uso e ocupação do solo, através do qual os proprietários de terras urbanas passam a sofrer limitações administrativas sobre suas possibilidades de utilização e edificação dos terrenos, prática que se torna comum nos anos 60.

Mas seria o solo criado que viria a se constituir na primeira proposta de instrumento urbanístico, que claramente separava o direito de propriedade do direito de construir, uma vez que qualquer construção em um terre-

<sup>172</sup> Texto escrito em fevereiro de 2000.

<sup>173</sup> Arquiteta e urbanista, mestranda em Planejamento Urbano na FAU/USP, consultora autônoma nas áreas de Planejamento Urbano e Formulação de Políticas Habitacionais, diretora do Sindicato dos Arquitetos e Urbanistas do Estado de São Paulo.

no urbano, acima de um determinado teto determinado por lei, deveria ser adquirido ao Poder Público.<sup>174</sup> A proposta inspirava-se em um instrumento em vigor na França, denominado de *plafond* legal de *densité*, que limitava o direito de construir na região parisiense a uma vez e meia a área do terreno.<sup>175</sup>

Em 1977, no bojo de toda essa discussão, a Comissão Nacional de Regiões Metropolitanas e Política Urbana - CNPU, da Secretaria de Planejamento da Presidência da República, colocaria em discussão um anteprojeto de lei denominado Lei de Desenvolvimento Urbano, que, entre seus objetivos e diretrizes, proporia “o condicionamento do uso do solo e do direito de construir à função social da propriedade”.

O projeto de lei propunha, na época, a manutenção e a criação dos seguintes instrumentos de política urbana: desapropriação, servidão administrativa, limitação administrativa, ocupação temporária, requisição, tombamento, direito de preferência para aquisição de imóvel, urbanização compulsória, constituição de reservas de terrenos, e decretação de áreas de Interesse Especial.

Se alguns desses instrumentos já eram aplicados e consagrados (como a desapropriação, servidão e limitação administrativa), outros inovavam na utilização de instrumentos existentes mas utilizados com outras características, como a requisição temporária, que, se prevista em casos de guerra ou segurança nacional, passava a ser proposta em larga escala, como instrumento de política urbana.

Já a urbanização compulsória, realizada em terrenos ociosos pelo Poder Público, mediante indenização *a posteriori* aos proprietários, era certa-

<sup>174</sup> No Brasil, o debate sobre o solo criado começa em 1974, a partir de seminário promovido pela Prefeitura de São Bernardo do Campo - SP.

<sup>175</sup> A idéia original do solo criado surgiu em 1971, em Roma, quando especialistas em problemas de políticas de habitação, construção e planejamento urbano dos países meridionais da Europa propuseram a necessidade da separação entre o direito de construir e o direito de propriedade. Em 1975, o governo francês sancionava a Lei 75-1328, que instituía esse instrumento. Na mesma época, em Chicago, seria introduzido o conceito de transferência do direito de construir entre imóveis submetidos a restrições de propriedade decorrentes da necessidade de preservação.

mente uma inovação.

A discussão dessa lei seria muito polêmica, e até hoje se arrasta, na apreciação dos sucessivos substitutivos apresentados à Câmara dos Deputados.

Em 1986, nove anos depois, formalizava-se como bandeira de luta dos movimentos sociais a questão da reforma urbana, que é entendida como uma nova ética social, tendo como valor básico a politização da questão urbana, através da denúncia do quadro de desigualdade social que caracteriza as cidades brasileiras.

No bojo dessa discussão, seria apresentado também nesse ano um novo substitutivo ao projeto de lei de 1977, de autoria de Raul Ferraz, que introduziria pela primeira vez o instrumento transferência do direito de construir entre os relacionados.

Ele seria proposto então para fins de preservação ambiental, em que o proprietário de um imóvel, considerado pelo Poder Público como de interesse de preservação, poderia utilizar o potencial do construtivo do terreno em outro local, transferindo esse potencial de um imóvel "congelado" para um terreno de sua propriedade ou de propriedade de terceiros.

Essa transferência seria possível para imóveis urbanos considerados de interesse histórico, artístico, arqueológico, paisagístico ou ecológico; ou para imóveis doados ao Poder Público para implantação de equipamentos urbanos ou comunitários.

Caberia aos municípios regulamentar a aplicação do instrumento em seus territórios.

Na concepção brasileira, a gênese desse instrumento está vinculada à proteção ambiental e patrimonial, como forma de incentivar a preservação de bens culturais.

E, apesar do instrumento também se apoiar na separação entre o direito de propriedade e o direito de construir, ele somente reafirma a limitação administrativa imposta pela lei de zoneamento e permite ao proprietário, que, por força dessa lei, não possa construir em seu terreno ou



não possa transformar a construção existente, realizar o “ potencial construtivo” desse terreno em outro local e até mesmo aliená-lo a terceiros.

Como um primeiro desdobramento da aplicação do instrumento, podemos supor que uma ação de desapropriação indireta contra o Poder Público, vinculada a casos de limitação administrativa, fica sem efeito.

Nos itens a seguir veremos como, através dos anos, a concepção do instrumento foi modificada no projeto de lei, como esse instrumento vem sendo proposto e aplicado por vários municípios, e faremos alguns comentários sobre sua aplicabilidade e possibilidades urbanísticas.

## **Lei – A Proposta do Instrumento**

Originalmente a proposta do instrumento surgiu vinculada à questão da preservação ambiental e patrimonial nas áreas urbanas. Como normalmente essas áreas, por força da lei de zoneamento, são “ congeladas” , isto é, não se permite qualquer modificação da ocupação e, em alguns casos, do próprio uso, acreditava-se que uma forma de incentivo à preservação seria possibilitar ao proprietário exercer seu direito de construir em outro local.

Supunha-se também que essa possibilidade faria com que ações de desapropriação indireta, principalmente em casos de preservação ambiental, seriam bloqueadas, alegando-se que o direito de construir estava garantido, se bem que transferido para outra propriedade.

Essa idéia, e o próprio instrumento, ainda que não regulamentado por lei federal, logo foi incorporado às legislações municipais. E não ocorreram contestações jurídicas a sua utilização, uma vez que o instrumento não feria o direito de propriedade, mas, sim, garantia o seu exercício.

A partir de 1988, vários municípios o propuseram e, ao contrário do que sucedeu com outros instrumentos também propostos em leis municipais, como o solo criado ou o imposto progressivo no tempo, que geraram acirradas polêmicas em todo o Brasil e mesmo ações de inconstitucionalidade, a transferência foi aceita por todos, Poder Público, urbanistas, juristas e proprietários, como um instrumento legítimo, se bem

que praticamente inócuo em alcançar os fins a que se propunha.

Durante todos esses anos de debate em torno da Lei de Desenvolvimento Urbano, batizada de Estatuto da Cidade, e da proposição por parte dos municípios do instrumento de transferência do direito de construir, novas propostas e alternativas para sua utilização foram surgindo, levando a que a proposta federal acabasse por incorporar esses novos aspectos.

Em agosto de 1997, o substitutivo adotado pela Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias, na qual tramitava o Projeto de Lei, previa que o instrumento poderia ser adotado, além de casos de preservação, para a implantação de equipamentos urbanos e comunitários e para programas de regularização fundiária.

Em junho de 1999, a matéria seria apreciada pela Comissão de Desenvolvimento Urbano e Interior da Câmara dos Deputados, sendo que, nesse momento, o projeto apresentaria uma série de modificações em relação aos citados anteriormente. Contudo, o capítulo relativo à transferência do direito de construir continuaria mantendo a mesma redação.

O substitutivo em análise, e que acabou sendo adotado ao final da discussão da Comissão citada acima, permite que a transferência seja utilizada em terrenos públicos e privados e, além dos casos para sua utilização já enunciados, permite também seu uso em casos de urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda e habitação de interesse social. Permite ainda que o instrumento seja aplicado em imóveis que o proprietário doe ao Poder Público e que seja utilizado para os fins previstos para a utilização do instrumento.

Se a primeira redação permitia a utilização do instrumento em quaisquer casos que a legislação municipal propusesse, esta define quais os casos possíveis, e impossibilita alguns usos que já foram propostos para o instrumento em legislação municipal, como veremos no item a seguir.

Também, nessa redação, o instrumento está previsto para "imóvel que for considerado necessário para fins de". Essa redação não esclarece em que situação o imóvel torna-se passível de transferência, uma vez que

**necessário para fins de** subentende uma declaração de utilidade pública e até mesmo uma ação expropriatória, e não somente consta como **de preservação**, ou outro fim, em lei de zoneamento ou plano diretor.

Ao definir que o instrumento só poderá ser utilizado em determinadas circunstâncias, a nosso ver, o artigo fere o direito dos municípios de determinarem quais situações lhes são peculiares e admitem o instrumento.

Por outro lado, não houve a preocupação de limitar possíveis impactos negativos que poderão ser ocasionados nos locais para os qual foi transferido o potencial construtivo, uma vez que essas condições ficam para posterior definição municipal.

Dessa forma, sugerimos que uma revisão final da legislação aumente a abrangência do instrumento, permitindo possíveis desdobramentos em sua utilização que o tornem mais efetivo; ao mesmo tempo que condicionem a transferência a determinados patamares de densidade, para os locais de sua aplicação, que não comprometam a infra-estrutura disponível e a qualidade de vida dessas regiões.

A outra questão colocada pela nova redação é a permissão para transferência do direito de construir, também para terrenos públicos. Se bem que a idéia nos pareça interessante, à primeira vista ela nos parece de pouca efetividade, uma vez que áreas tombadas ou preservadas do poder público são, em quase todas as legislações de zoneamento municipal, definidas como áreas especiais, para as quais não são previstos índices urbanísticos, enquanto que áreas utilizadas para implantação de equipamentos urbanos e comunitários têm, normalmente, sua capacidade de utilização, em índices urbanísticos, esgotada.

O mesmo acontece, e talvez de forma mais dramática, em áreas públicas ocupadas por população de baixa renda, em casos de regularização fundiária ou urbanização. Normalmente, são áreas periféricas, onde os índices não permitem altas taxas de ocupação ou verticalização, e que, ao serem ocupadas irregularmente, já tiveram toda a sua capacidade construtiva esgotada.

Dessa forma, ao admitir-se que uma legislação de uso do solo definiu seus índices de acordo com a capacidade da infra-estrutura instalada e sistema viário, não é admissível que se ofereça ao proprietário dessas áreas seu potencial construtivo como se o terreno estivesse vago, quando de fato as construções existentes já o utilizaram.

## **Utilização do Instrumento**

A transferência do direito de construir foi adotada na França, quando da elaboração de sua política de reforma urbana e instituição dos POS – Planos de Ocupação do Solo, e nas Zonas denominadas de Preservação.

Pela proposta elaborada, nessas Zonas, além de ser dada prioridade de compra dos imóveis ao Poder Público (a preços de mercado), aplicava-se também o instrumento de transferência para áreas de preservação ambiental.

Também nas Zonas de proteção da paisagem, onde se propunha conter a urbanização, o direito de construir e de utilizar o solo só era dado pela garantia do direito de transferência do potencial construtivo, possibilitando aos seus proprietários vender seus direitos de construir para as zonas de urbanização (ZOC-- Zona de Urbanização Concertada, que se constituem como importantes zonas de projetos de urbanização).

Nesse caso, o instrumento foi pensado como um intercâmbio entre áreas urbanas com diferenciados objetivos quanto a sua expansão e urbanização, propiciando, de um lado, a manutenção das áreas de preservação ambiental e de proteção à paisagem e, de outro, a realização de projetos urbanísticos em áreas prioritárias de expansão urbana.

Como ao mesmo tempo era instituído o plafond legal de densité (solo criado) e limitado o direito de construir (esse direito passava obrigatoriamente a ter que ser adquirido ao Poder Público), o proprietário de terrenos congelados surgia como a possibilidade de negociação dos valores da mercadoria potencial construtivo, uma vez que a aquisição do direito de particulares poderia ser negociada a valores diferenciados daqueles praticados pelo Poder Público.

Criava-se, dessa forma, um mercado real para o potencial construtivo, onde o estoque na mão de particulares e o valor máximo de venda eram controlados pelo Poder Público.

Isso permitiria a aplicação efetiva do instrumento, favorecendo os proprietários de imóveis em áreas de preservação e os construtores em áreas de expansão urbana.

De uma certa forma, a concepção da versão brasileira do instrumento segue a idéia francesa; contudo, sem o controle do potencial construtivo de todos os terrenos urbanos, o instrumento passaria a não ter grande efetividade.

Nos Estados Unidos, mais propriamente em Chicago, em 1975, o instrumento foi proposto para fins de preservação do patrimônio arquitetônico, pelo Plano de Chicago, de John J. Costonis, um dos defensores da transferência do direito de construir.

Aprovado pelo Estado de Illinois, como decorrência, foi utilizado em Chicago e em outras cidades do Estado.

Ainda, na época, o Departamento do Interior do governo norte-americano propôs um programa de preservação de edifícios históricos da Escola de Arquitetura de Chicago, propondo, para isso, a utilização da transferência do direito de construir.

A proposta adotada previa que essa transferência ocorresse entre os proprietários; contudo, houve participação do Estado para que fosse iniciado o processo de transferência através da implementação de um fundo que permitisse a implantação de um banco administrativo das atividades.

“Projetos de transferência de direitos de construção têm sido amplamente discutidos nos Estados Unidos, senão, de fato, implementados em muitas áreas. Eles operam através da restrição da construção em áreas que o “público” deseja ver preservada, compensando os proprietários ao permitir que uma proporção dos direitos de construção daquela área sejam transferidos para uma outra área. Essa segunda área também está sujeita a certas restrições que impedem a construção, a menos que direi-

tos de desenvolvimento sejam comprados dos proprietários da primeira área. Isso pode servir como um duplo propósito ao proteger solo frágil, e concentrar desenvolvimento imobiliário em áreas onde existe o desejo público para tal.” (Ashworth,1996)

É importante notar, nos dois exemplos citados, que a transferência do direito de construir fica condicionada a uma vantagem ou obrigatoriedade explícita do construtor. Enquanto que, na França, pelo fato de todo direito de construir ser adquirido, o proprietário privado desse direito tem em suas mãos uma mercadoria com real valor de troca, nos Estados Unidos, a obrigatoriedade da aquisição de direitos de proprietários privados para construção em determinadas áreas também torna a operação efetiva. Existem intenções claras para determinados territórios, e a transferência é utilizada como um instrumento dessa intenção e não como uma “vantagem a mais”, e pouca efetiva, para o proprietário fundiário.

Nos exemplos brasileiros, como veremos, apesar de a transferência ter sido prevista em várias leis municipais, em nenhum momento houve a necessária obrigatoriedade de seu uso pelo mercado imobiliário em determinadas situações, tornando o instrumento quase inócuo perante a inexistência de mercado real para o bem oferecido.

Trabalho realizado por Ribeiro (IPPUR/FASE, 1994), que analisou leis orgânicas de 51 municípios,<sup>176</sup> mostra que, quanto à proposição do instrumento da transferência do direito de construir, 11 leis orgânicas o propunham, 9 o enunciavam, 2 o criavam, enquanto 39 não citavam o instrumento. Ainda, entre 22 planos diretores dos municípios pesquisados, 6 criavam o instrumento, enquanto 16 não o citavam.

Se, por um lado, parece uma boa *performance* para um instrumento

<sup>176</sup> Aracaju, Belém, Belo Horizonte, Campo Grande, Cuiabá, Curitiba, Goiânia, Manaus, Natal, Porto Alegre, Recife, Salvador, São Luiz, São Paulo, Teresina, Vitória, Rio de Janeiro, Fortaleza, João Pessoa, Campina Grande, Campinas, Campos, Caxias do Sul, Feira de Santana, Guarulhos, Jaboatão, Joinville, Jundiá, Londrina, Mauá, Pelotas, Olinda, Osasco, Ribeirão Preto, São José dos Campos, Santo André, São Bernardo, Sorocaba, Uberlândia, Duque de Caxias, Contagem, Diadema, Niterói, Nova Iguaçu, Santos, São Gonçalo, São João de Meriti, Florianópolis, Juiz de Fora e Porto Velho.

ainda não regulamentado pela lei federal, de outro, mostra desconhecimento de suas potencialidades, uma vez que um instrumento muito mais polêmico, como o solo criado (e talvez por isso mais conhecido), era proposto em 15 planos diretores, entre os 22 citados.

Trabalho de Rolnik (1999) para o Estado de São Paulo, em consulta a 118 municípios, concluiu que 70 possuem plano diretor (59,32% do total) e 83 municípios possuem Lei de Uso e Ocupação do Solo (70,34% do total). Entre os municípios que possuem plano diretor, 42 aprovaram seus planos após 1988, a partir das regras estabelecidas pela nova Constituição Brasileira.

“ Ainda em relação à distribuição regional da aplicação dos instrumentos, a aplicação de instrumentos como Solo Criado, Operações Interligadas e Transferência do Direito de Construir aparecem novamente na mesma macrorregião (macrorregião de influência da capital: Região Metropolitana, Campinas, Santos e São José dos Campos) com alguma penetração nas regiões de Barretos, Franca e Ribeirão Preto. Evidentemente são instrumentos que fazem sentido em cidades com mercados imobiliários potentes e competitivos, disseminando-se pela área de maior dinamismo do Estado.” (Rolnik, 1999)

Portanto, no Estado de São Paulo, poucos são os municípios que aprovaram plano diretor com as regras da Constituição de 88, e que, entre eles, são principalmente os de médio e grande porte que têm proposto instrumentos urbanísticos, como a transferência do direito de construir.

A partir de pesquisa por nós realizada, levantamos legislações urbanísticas de alguns municípios<sup>177</sup> no Brasil que propuseram a transferência do direito de construir, com o objetivo de entender para que casos foram previstos, e quais as regras para sua aplicação.

Na maioria desses municípios, o instrumento é proposto como incentivo à preservação de edifícios de valor histórico ou de áreas com cobertura

<sup>177</sup> Da legislação consultada (ver referências bibliográficas), os seguintes municípios propuseram o instrumento: Guarujá, São Paulo (SP); Belo Horizonte, Uberlândia (MG); Orleans, Passo Fundo, Porto Alegre (RS); Natal (RN); Recife (PE) e Vitória (ES).

vegetal e necessárias à preservação ambiental e da paisagem.

É o caso de Recife, Orleans, Porto Alegre, Uberlândia, São Paulo, Guarujá, Belo Horizonte e Vitória.

Em Recife, apesar do instrumento ter sido criado pela Lei de Uso e Ocupação do Solo, para ser utilizado, dependerá de autorização, cujos critérios serão estabelecidos por lei específica. Contudo, a Lei de Uso do Solo já define algumas regras para sua utilização.

No caso da transferência ser originada em imóveis especiais de preservação (exemplares isolados de arquitetura significativa para a preservação do patrimônio histórico) e imóveis de proteção de áreas verdes, a autorização para transferência será gratuita, o que significa que poderão ser previstos casos em que esta seja onerosa.

Poderão receber a transferência os imóveis localizados em ZUP 1 – Zona de Urbanização Preferencial 1 ou em ATR – Áreas Temporárias de Reurbanização, sendo a autorização condicionada à preservação ou conservação do imóvel cedente.

Essas Zonas são definidas pela legislação, como aquelas em que se têm interesse de incentivar a construção. Mas o instrumento, não é claramente um incentivo à construção, uma vez que este tem que ser adquirido. E também não é um incentivo à preservação, uma vez que será utilizado em áreas da cidade que já têm índices generosos, uma vez que se pretende incentivar seu adensamento.

Seria mais interessante que a transferência se desse para Zonas onde não há interesse na urbanização, limitando-se a possibilidade de construir ao estoque dado pela transferência do potencial construtivo.

A Lei coloca ainda que a transferência poderá se dar toda de uma vez, ou fracionada para vários imóveis, sendo que a licença para construção nos imóveis receptores fica vinculada à aprovação de projeto de recuperação ou restauração do imóvel preservado; e a concessão de habite-se da construção receptora fica condicionada à conclusão das obras de conservação, recuperação ou restauração do imóvel cedente.



Essa regra dificulta em demasia a utilização do instrumento, uma vez que não se estabelece somente uma transação mercadológica entre terceiros, mas uma relação de confiança, em que o comprador tem que ter a certeza de que o término de sua obra não será impedido pela não realização da obra no imóvel de origem, e uma vez que essa condição é necessária, a compra torna-se um negócio de alto risco.

No caso da venda fracionada, a situação é mais grave: o receptor terá que esperar que todo o estoque seja vendido para que o projeto do imóvel receptor seja apresentado, ou o projeto poderá somente corresponder ao valor do potencial comercializado? E essa obra parcial preservará o imóvel? Fica claro que essas questões não foram pensadas na formulação do instrumento, e provavelmente, ao serem colocadas em prática, gerarão muitos problemas.

Apesar de ser interessante possibilitar a comercialização fracionada, uma vez que o cedente poderá, num primeiro momento, encontrar um comprador que esteja interessado em todo seu potencial, da forma como a norma está formulada, acreditamos que isso dificilmente virá a ocorrer na prática.

Em Orleans e Vitória, o instrumento está proposto no plano diretor, e pensado como mais um incentivo construtivo para imóveis tombados ou arrolados como edificações, obras ou monumentos de interesse de preservação. O incentivo consiste na permissão de utilização de um potencial construtivo superior aos limites estabelecidos pelos índices urbanísticos previstos em lei, mediante um compromisso formal de preservação.

O potencial construtivo poderá ser transferido para imóveis de terceiros ou outros imóveis do proprietário em uma única transferência, para imóveis localizados em Zonas de Urbanização Negociada.

Essas Zonas são definidas como áreas receptoras de índices urbanísticos, além dos já previstos para as áreas, decorrentes da aplicação dos instrumentos de política urbana, tais como a transferência de potencial construtivo.

Da mesma forma que em Recife, a utilização desse potencial não é obrigatória nem a única forma de construir nesta Zona, ficando ainda a transferência sujeita ao Conselho Municipal do Plano Diretor Urbano, que avaliará caso a caso as transferências.

O instrumento, nesses casos, também não é parte de uma estratégia de preservação; sua utilização é tão complicada e oferece tão poucas vantagens, que, provavelmente, não chegará a ser utilizado.

Já a forma de garantia, ao contrário do primeiro exemplo citado, é mais exequível, uma vez que o comprador do potencial não fica onerado por um possível cumprimento do acordo pelo proprietário do imóvel cedente. Aqui é o proprietário do imóvel cedente que arca com as responsabilidades da preservação, assinando um termo de compromisso e pagando uma multa, caso não efetue a preservação.

Em Porto Alegre, a transferência é proposta no plano diretor para imóveis tombados, e é utilizada na desapropriação desses imóveis pelo Poder Público Municipal, como parte do pagamento da desapropriação.

É definida como área receptora a Zona de Ocupação Intensiva, também nesse caso uma zona onde se pretende incentivar a construção, e, novamente aqui, pela proposta formulada, cria-se um ônus (a compra) para uma zona que se quer incentivar, sem, realmente, nenhum incentivo, como, por exemplo, a possibilidade de utilizar um índice maior do que a legislação permite.

Nesse exemplo, a transferência é resultado de uma negociação entre o Poder Público e o proprietário do terreno, caso a caso, e somente para imóveis desapropriados, e da forma como está enunciado, não percebemos grandes vantagens para o proprietário que o levem a aceitar parte do valor da desapropriação em potencial construtivo. Mas o plano diretor não regulamenta esse instrumento, e desconhecemos regulamentações posteriores.

Em Uberlândia, o mecanismo também é proposto no plano diretor, para imóveis localizados na região do Fundinho; e deverá ser transferido para

imóveis localizados nos eixos estruturais.

Essa transferência poderá resultar em um aproveitamento dos terrenos dos eixos estruturais em até 20% além do permitido pela Lei de Zoneamento, e, nesse caso, é criado um incentivo real para a compra do potencial dos terrenos do Fundinho, supondo-se que somente dessa forma será possível ultrapassar os índices propostos para os Eixos Estruturais. Também, nesse caso, a regulamentação do instrumento é deixada para lei específica, não havendo maior detalhamento no plano diretor sobre como esse mecanismo funcionará.

Em São Paulo, o instrumento foi proposto pelo projeto de lei apresentado à Câmara em 1991, e que não chegou a ser aprovado.

Por esse projeto, era possível a transferência de potencial construtivo de imóveis que, por força de lei, estivessem impedidos de utilizá-lo plenamente, podendo esse imóvel estar localizado em Zona Rural ou Urbana.

Propunha também que a transferência do potencial construtivo de imóveis localizados em Zonas Especiais de Preservação, ficasse condicionada à participação do proprietário nos programas de preservação.

Em São Paulo, observa-se, portanto, que o instrumento foi somente enunciado no plano diretor, e mesmo que este tivesse sido aprovado, a transferência dependeria de regulamentação.

No Guarujá, o instrumento foi proposto na lei de Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo, para a Zona de Preservação, área de vegetação existente na Serra do Guararu.

Como a propriedade fundiária nesse local é composta por grandes glebas, e que, na maioria dos casos, os proprietários podem utilizar somente 30% delas – o restante é considerado de preservação permanente –, foi proposto, como forma de indenização aos proprietários que possuíam projetos aprovados e anteriores à declaração de preservação permanente, transferir metade do potencial construtivo das áreas de preservação, para a parcela utilizável do imóvel, desde que a área de preservação fosse gravada como tal na matrícula do imóvel, e que o proprietário se responsabilizasse pela sua preservação.

Nesse caso, como havia interesse dos proprietários numa maior possibilidade de utilização dos imóveis, a transferência deverá ser realizada tendo como contrapartida a preservação das encostas da Serra. Contudo, não foi estipulada nenhuma penalização no caso de os proprietários não cumprirem o acordo.

Em Belo Horizonte, a Lei de Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo estabeleceu o instrumento para imóveis dotados de cobertura vegetal cuja proteção seja de interesse público e sujeitos a formas de acautelamento ou preservação, inclusive tombamento, que restrinjam o seu potencial construtivo. Esse potencial poderá ser transferido para áreas delimitadas na mesma lei.

O limite máximo de recepção será de 20% do potencial construtivo do imóvel receptor, a não ser nos projetos urbanísticos especiais, nos quais será definido pela lei específica que os criar.

O que se percebe é que também, nesse caso, apesar do instrumento ter sido proposto, suas regras não ficam claras, dependendo de lei específica que o regulamente.

Em Natal, de acordo com Bentes (1997), o instrumento foi proposto para imóveis inseridos em Zona de Proteção Ambiental, ou, ainda, para aqueles impedidos por lei de utilizar seu potencial construtivo.

A transferência será realizada para Zona Adensável, onde haja disponibilidade de estoque, e fica condicionada ao cumprimento, pelo proprietário do imóvel cedente, das normas urbanísticas previstas para a Zona onde se localiza o imóvel.

Segundo a autora, o instrumento não vem sendo utilizado devido a não regulamentação das áreas especiais que demandam sua utilização, principalmente a Área de Proteção Ambiental e a Área de Operação Urbana.

Contudo, podemos apontar, na concepção do instrumento, as mesmas falhas já apontadas anteriormente: falta de regulamentação, transferência para Zonas onde se quer incentivar a construção e onde o Poder Público também oferece estoque de área construída, além de falta de

penalizações claras para o proprietário que não cumprir o acordo.

Ou seja, em todos os casos apresentados, se um instrumento concebido como incentivo à preservação de patrimônio apresenta tantas incoerências com uma política real de incentivo, seria admirável que, na maioria desses casos, ele tivesse sido ou venha a ser realmente utilizado.

As propostas não levam em conta os custos da preservação e não criam um elemento de raridade no mercado que possa alcançar valores significativos. O instrumento é pensado com uma série de entraves burocráticos, e, afinal, poderíamos nos perguntar por que está sendo proposto, ou se algum dos seus proponentes realmente se propõe a criar reais incentivos a determinados proprietários fundiários.

Fica-nos a impressão de que ele, em nenhum momento, foi pensado em profundidade, sendo criado tão somente porque aparece nas discussões mais recentes sobre instrumentos de política urbana, e somente por ser um dos instrumentos que não tem gerado maiores polêmicas.

## **Possibilidades Urbanísticas**

Como vimos, na maioria dos casos, o instrumento vem sendo pensado como uma forma de incentivar a preservação de áreas de vegetação natural e edifícios isolados de valor histórico.

Contudo, as regras para sua utilização em muito pouco têm ajudado a torná-lo um elemento concreto de incentivo.

Essa característica tem levado alguns especialistas a questionar seu real potencial de preservação. Em seminário realizado em São Paulo, em relação a esse instrumento, chegou-se à seguinte conclusão:

“No marco do regime zonal de ordenação territorial, a transferência apresenta diversos problemas que impedem-na de constituir-se em instrumento efetivo da política de preservação do patrimônio histórico/cultural, paisagístico e arquitetônico, ou de paisagens naturais. Dentre esses problemas, destacamos:

- a) grande parte dos edifícios de interesse para a preservação encontra-

se no centro histórico das cidades, cuja ocupação antecedeu a lei de zoneamento, e simplesmente não tem potencial a ser transferido porque já apresenta um coeficiente de aproveitamento superior aos das zonas onde se localiza.

b) O regime zonal tradicional exige que a transferência ocorra dentro da própria zona do imóvel histórico, para que não se altere o nível de adensamento total de cada zona, teoricamente calculado em função da capacidade de suporte da infra-estrutura" (...)”

c) Os imóveis de interesse histórico/cultural precisam ser restaurados, reciclados e mantidos, o que gera custos que podem ultrapassar as eventuais “perdas” impostas pelo impedimento da plena utilização do potencial construtivo atribuído pelo zoneamento; o mecanismo de transferência não contempla esse custo.

d) As operações de transferência de potencial são geralmente complicadas, inclusive porque foram regulamentadas com uma série de limitações quanto ao sobreadensamento dos imóveis receptores do potencial, buscando-se controlar seu impacto de forma genérica, que dispensasse as análises caso a caso.” (Ancona, 1996)

Os problemas apontados, com o qual concordamos, não devem ser considerados impedimento à utilização do instrumento, mas ajustes a serem realizados para que se torne efetivamente atuante.

Como parte de uma política de incentivo à preservação, o instrumento deve ser pensado enquanto objetivos, metas e custos. Antes de sua proposição deverão ser levantados o estoque de potencial construtivo de transferência, os valores e custos da preservação, e quais áreas poderão ter suas condições ambientais e de qualidade de vida mantidas, mesmo – e somente – com a transferência de potenciais construtivos.

Essa análise, das reais condições do instrumento de sustentar uma política de preservação, deverá ser equacionada antes de sua proposição, para que os ajustes possam ser feitos e para que se possa, sendo o caso, combiná-lo com outros incentivos fiscais ou urbanísticos.

Com esses cuidados, as possibilidades de utilização do instrumento são inúmeras, prioritariamente nos casos de preservação, e, caso esta presente sucesso, poderá ser utilizado posteriormente como apoio a políticas de geração de equipamentos urbanos e áreas verdes, além de habitações de interesse social

Em relação a essas outras possibilidades, o instrumento também foi proposto, nas legislações pesquisadas, indo além, como em Porto Alegre, onde ele é previsto para todos os casos de desapropriação de interesse público (serviços públicos, sistema viário, etc.) e, inclusive, como incentivo à construção de garagens comerciais em áreas saturadas.

Melhor, ou pior regulamentado, e padecendo, em sua maioria, dos mesmos entraves já colocados no caso de sua aplicação para a preservação de bens culturais e ambientais, os municípios se preocuparam em gerar recursos para a implantação de equipamentos e serviços urbanos através da transferência de potencial construtivo.

O instrumento tem sido ainda proposto para o desenvolvimento de programas de habitação popular. Como exemplo, Ribeiro (1994) cita em seu trabalho que " em Curitiba, a transferência do direito de construir é usado nas políticas habitacionais (redistributivas), permitindo que o pagamento de desapropriações seja feito através da concessão de índices construtivos em outros terrenos."

Em relação a sua proposição no Projeto de Lei de Desenvolvimento Urbano – Estatuto da Cidade, veremos que ele contempla, de certa forma, todos os casos citados.

Mas ainda ficam de fora as propostas de transferências decorrentes de desapropriações para alterações no sistema viário, ou a de Porto Alegre, de permitir a transferência em imóveis onde forem construídas garagens, por exemplo, o que é somente uma forma de tentar incentivar equipamentos considerados vitais no planejamento da cidade.

Ao considerarmos que analisamos poucas leis, de um panorama que acreditamos ser muito mais extenso, poderemos supor que ainda existam

outras propostas de utilização do instrumento, que também não estão contempladas na redação da Lei de Desenvolvimento Urbano.

É importante, dessa forma, que seu enunciado seja revisto, tornando-o genérico o suficiente para abarcar as necessidades específicas de cada município.

Contudo, mais do que garantir que a proposta de lei preveja todos os usos possíveis para o instrumento, nossa preocupação, com este trabalho, é alertar os municípios, pois apenas a proposição do instrumento, descolada de uma política consistente de preservação, a nosso ver, ainda a melhor forma para sua utilização, não irá torná-lo um instrumento eficaz, um real incentivo a uma política de preservação de edifícios históricos e de vegetação urbana.

## Referências Bibliográficas

AMARAL, Flávia Mourão Pereira do. Lei do parcelamento, uso e ocupação do solo – a experiência de Belo Horizonte. In: *Revista Polis*. São Paulo, n. 27, 1996, p. 73/79. “Anais do Seminário Políticas Públicas para o Manejo do Solo Urbano: experiências e possibilidades.”

ANCONA, Ana Lúcia. Instrumentos efetivos de preservação ambiental e do patrimônio histórico. In: *Revista Polis*. São Paulo, n. 27, 1996, p. 145/156. “Anais do Seminário Políticas Públicas para o Manejo do Solo Urbano: experiências e possibilidades.”

ASHWORTH, Stephen. Rendas regulatórias: usando o sistema de planejamento de uso do solo urbano. In: *Revista Polis*. São Paulo, n. 27, 1996, p. 37/50. “Anais do Seminário Políticas Públicas para o Manejo do Solo Urbano: experiências e possibilidades.”

BENTES, Dulce. Aplicação de novos instrumentos urbanísticos no Município de Natal. In: *Revista Polis*. São Paulo, n. 29, 1997, p. 73/84. “Instrumentos Urbanos contra a Exclusão Social” (Orgs.: Raquel Rolnik e Renato Cymbalista)

MOREIRA, Antônio Cláudio M. L. et al. *O solo criado*. São Paulo: Cepam / Secretaria de Negócios do Interior, 1975.



RIBEIRO, Luiz César de Q., CARDOSO, Adauto. O solo criado como instrumento de reforma urbana. In: *Revista de Administração Municipal*. Rio de Janeiro: Ibam, abr./jun., v. 39, n. 201, 1992, p. 30.

RIBEIRO, Luiz César de Q. (coord.). *Questão urbana, desigualdades sociais e políticas públicas: avaliação do Programa Nacional de Reforma Urbana*. Rio de Janeiro, 1994. Relatório de projeto. IPPUR/UFRJ. Colaboração Fase. Apoio Fundação Ford. (mimeo.)

ROLNIK, Raquel (coord.). Regulação urbanística e exclusão social. In: *Revista Polis*, n. 32, 1999.

SÃO PAULO (Município). Cogep/Coordenadoria Geral de Planejamento. *Compilação das análises desenvolvidas sobre o instrumento solo criado de fev. a abr. de 1977*. São Paulo: Cogep/PMSP, maio 1977.

SÃO PAULO (Município). Cogep/Coordenadoria Geral de Planejamento. *Política de controle de uso e ocupação do solo*. São Paulo: Cogep/PMSP, 1979. (Série Políticas Setoriais - Controle Normativo 1).

SILVA, Luís Octávio da. Tributação e financiamento de equipamentos urbanos. In: *Revista Polis*. São Paulo, n. 27, 1996. "Anais do Seminário Políticas Públicas para o Manejo do Solo Urbano: experiências e possibilidades". Workshop 5 – Relatório Final.

SÓCRATES, Jodete Rios (coord.). *Dossiê: reforma urbana – Lei de Desenvolvimento Urbano*. São Paulo: FAU/USP/ CeSad, junho 1986.

## **Legislação Consultada**

BELO HORIZONTE (Município). Plano Diretor do Município – Lei 7.165, de 27 de agosto de 1996. Belo Horizonte-MG, 1996

BELO HORIZONTE (Município). Lei 7.166, de 27 de agosto de 1996 – Estabelece normas e condições para parcelamento, ocupação e uso do solo urbano no município. Belo Horizonte-MG, 1996.

BRASIL (União). Anteprojeto da Lei de Desenvolvimento Urbano. Brasília: CNPU, 1977.

- BRASIL (União). Anteprojeto da Lei de Desenvolvimento Urbano. Brasília, 1982.
- BRASIL (União). Projeto da Lei de Desenvolvimento Urbano. Brasília, 1983.
- BRASIL (União). Projeto da Lei de Desenvolvimento Urbano. Brasília, 1984.  
Substitutivo Bonifácio de Andrada.
- BRASIL (União). Projeto da Lei de Desenvolvimento Urbano. Brasília, 1986.  
Substitutivo Raul Ferraz.
- BRASIL (União). Câmara dos Deputados/Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias. Projeto de Lei 5.788 - A /90. Brasília, 1997.
- BRASIL (União). Câmara dos Deputados/Comissão de Desenvolvimento Urbano e Interior. Projeto de Lei 5.788/90 e seus apensos. Brasília, 1999.
- DIADEMA (Município). Lei Complementar 25, de 25 de janeiro de 1994.  
Institui o Plano Diretor do Município de Diadema. Diadema-SP, 1994.
- GUARUJÁ (Município). Lei Complementar 043/98. Dispõe sobre parcelamento, uso e ocupação do solo. Guarujá-SP, 1988.
- MANAUS (Município). Instituto Municipal de Planejamento Urbano e Informática/IMPLAN. Legislação Urbanística. Atualização da Lei 1.214/75. Plano de Desenvolvimento Local Integrado. Manaus-AM, 1997.
- ORLEANS (Município). Lei 1.433, de 18 de dezembro de 1998. Dispõe sobre o desenvolvimento urbano no Município de Orleans. Institui o Plano Diretor Urbano. Orleans-RS, 1998.
- PASSO FUNDO (Município). Lei 2.133, de 13 de dezembro de 1984.  
Aprova o II Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano de Passo Fundo. Passo Fundo-RS, 1984.
- PORTO ALEGRE (Município). Prefeitura Municipal de Porto Alegre/Secretaria do Planejamento Municipal. Plano Diretor. Porto Alegre-RS, 1997.

RECIFE (Município). Lei 16.284/97. Define os Imóveis Especiais de Preservação - IEP, situados no Município do Recife, estabelece as condições de preservação, assegura compensações e estímulos e dá outras providências". Recife-PE, Diário Oficial do Município, 23/1/1997.

SANTO ANDRÉ (Município). Lei 7.333, de 23 de dezembro de 1995. Dispõe sobre o Plano Diretor do Município de Santo André. Santo André-SP, 1995.

SÃO PAULO (Município). Projeto de lei. Plano Diretor do Município de São Paulo. São Paulo-SP. Diário Oficial do Município, 27/2/1991. Ano 36, n. 37.

UBERLÂNDIA (Município). Lei Complementar 78 de 27 de abril de 1994. Institui o Plano Diretor do Município. Uberlândia-MG, 1994.

VITÓRIA (Município). Lei 4.167 de 27 de dezembro de 1994. Dispõe sobre a instituição do plano diretor. Vitória-ES, 1994.

## TRANSFERÊNCIA DO DIREITO DE CONSTRUIR

*Cacilda Lopes dos Santos<sup>178</sup>*

A transferência do potencial de construir é instituto de direito urbanístico utilizado em nosso ordenamento jurídico, com base em legislações municipais e em experiências estrangeiras, não havendo, ainda, previsão em lei federal.

Atualmente, discute-se o Projeto de Lei 5.788/90, que trata da regulamentação da política urbana e da positivação federal de alguns institutos de direito urbanístico, dentre eles, o da transferência do direito de construir. Basicamente, o instrumento consiste em autorizar o proprietário de um imóvel a transferir seu coeficiente de construção, ou parte dele, para

<sup>178</sup> Advogada pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, mestranda em Direito Urbanístico pela Pontifícia Universidade Católica - PUC/SP e assessora jurídica da Prefeitura de Mauá.

um outro imóvel. Algumas legislações admitem a transferência do potencial de construir de imóveis públicos.

A teleologia de tais disposições visam compensar, economicamente, o proprietário de determinado imóvel eventualmente gravado como de interesse público, em razão de seu valor histórico, cultural, artístico, arquitetônico, paisagístico ou ecológico. O instituto ficou mais freqüente com o advento da Constituição de 1988.

## **A Constituição, o Direito de Propriedade e o Direito de Construir. Função Social da Propriedade**

Com efeito, ao falar-se de transferência do potencial de construir, é mister abordar-se, mesmo que brevemente, algumas noções do direito de construir em nosso ordenamento.

Até 1988, o município não tinha a competência constitucional expressa para promover o adequado ordenamento do solo urbano, mediante o controle de seu parcelamento, uso e ocupação (art. 30, VIII), bem como a de estabelecer a política de desenvolvimento urbano, com o objetivo de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (art.182), sendo o fundamento do direito de construir extraído, basicamente, do direito de propriedade e sua conformação dada pelo artigo 524 do Código Civil, conhecido pelo trinômio usar, gozar e dispor do bem, respeitados os direitos de vizinhos e as normas administrativas. Dessa conformação nascia o direito de construir, visto que no trinômio está implícito o direito de colocar na propriedade todas as obras que melhor aproveitem ao proprietário.

Contudo, a partir de 1988, com a atribuição constitucional ao município para ordenar o uso e a ocupação do solo, pode-se afirmar que o conteúdo do direito de construir, que antes era inerente ao direito de propriedade, não é mais absoluto, pois não se pode mais falar em propriedade como instituto de direito privado, mas, sim, de direito público, em virtude de ter recebido qualificação constitucional de função, de função social, o que se reflete na forma de analisar o direito de construir.

A adoção do princípio como postulado da ordem econômica constitucional não tem o condão de anular o direito de propriedade, pelo contrário, só há uma função social a cumprir, justamente porque se reconhece a propriedade e o sistema político no qual está inserida.<sup>179</sup>

A realização desse princípio também possui característica de **dever-poder**, própria do direito público. O poder sobre a propriedade não é exercido exclusivamente em interesse próprio, mas com uma finalidade de interesse coletivo, o que é predominante no direito público. “No mesmo sentido, Renato Alessi define a função estatal como o poder enquanto dirigido a uma finalidade de interesse coletivo e cujo exercício constitui um dever jurídico.

Como se vê, ao acolher o princípio da função social da propriedade, o constituinte pretendeu imprimir-lhe uma certa significação pública, vale dizer, pretendeu trazer ao direito privado algo até então tido por exclusivo do direito público: o condicionamento do poder a uma finalidade.”<sup>180</sup>

Na importante distinção que nos faz o professor Eros Roberto Grau, a Constituição Federal acolhe duas modalidades de propriedade: a dotada de função individual, que é a do artigo 5º, XXII, e a dotada de função social. Segundo ele, só se exige função social da propriedade dos meios de produção e daquela que exceda ao exercício da função individual, não se justificando o inciso XXIII do artigo 5º.

Outra importante distinção, feita por Carlos Ari Sunfeld, no que é seguido pelo professor Eros Roberto Grau, é a que deve existir entre função social da propriedade e limitação da propriedade, oriunda do poder de polícia.<sup>181</sup>

Para esses autores, a função social da propriedade implica comportamentos positivos, em prestação de fazer, ao passo que as limitações à propriedade implicam um comportamento negativo, em um não fazer, o

<sup>179</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p.257.

<sup>180</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Temas de direito urbanístico* I. p. 5.

<sup>181</sup> Idem. *Ibidem*.

que justifica o motivo de se desconsiderar as restrições edilícias à propriedade como manifestações da função social da propriedade.<sup>182</sup>

A distinção é importante para se aferir o verdadeiro sentido do conteúdo do princípio constitucional da função social da propriedade.

As limitações administrativas à propriedade estão presentes em nosso ordenamento desde o começo deste século e o princípio da função social da propriedade, com a concretude que ganhou com a Carta de 1988, só pode ter uma significação distinta da idéia de limitação administrativa, sob pena de nada se ter inovado em nosso ordenamento, em que pese o entendimento contrário de alguns autores.

Adotamos, pois, a distinção entre limitação da propriedade e função social da propriedade, com a ressalva de que esta também pode possuir conteúdo de um não fazer, dependendo do interesse público tutelado em um caso concreto, anotando que a solidez do princípio da função social da propriedade vem expressa no parágrafo 2º do artigo 182 (política urbana) e no artigo 184 (política agrícola e fundiária).

O instrumento do plano diretor para o desenvolvimento urbano, embora a Constituição só exija a sua edição para cidades com população superior a vinte mil habitantes, assume caráter relevante para a definição da função social da propriedade urbana, o que não significa que se não houver plano diretor não se deva falar em função social da propriedade.

<sup>182</sup> Ob. cit., p. 265, e, ainda, "A propósito da distinção entre **poder de polícia e função social da propriedade**, observa Sundfeld que, embora equivocada a concepção de que o primeiro só comporta a imposição de **não fazer** ao titular da propriedade, as prestações de **fazer** a que se sujeita ele, no quadro das limitações decorrentes do poder de polícia, constituem **mera condição**, cujo implemento abre a oportunidade do exercício de um direito". Tenho como correta a exposição do jovem professor, revendo, em razão dela, entendimento que adotei em *Elementos de direito econômico*, p. 67-68, ao opor intervenção e poder de polícia; anoto, contudo, que essas condições, cujo implemento abre oportunidade do exercício de um direito, constituem deveres e não ônus (ver *Meu direito, conceitos e normas jurídicas*, p. 114 e ss.). A exposição de Sundfeld conclui, objetivamente: "Percebe-se que o fazer, nas duas hipóteses, tem um caráter distinto. No primeiro caso, o das limitações, trata-se de **condição para o exercício do direito**. No segundo (função social), trata-se do **dever de exercitar** o mesmo direito".

A função social da propriedade é considerada pela Constituição Federal como um dos princípios gerais da atividade econômica (art. 170, III), e é no artigo 182 que o princípio é específico para o estabelecimento da política urbana. Como o princípio também foi previsto com característica mais geral pela Constituição no artigo 170, III, se não houver plano diretor no município e se o eventual exercício do direito de propriedade for prejudicial à coletividade, poderá ingressar-se com ação judicial visando à reparação dos danos causados.<sup>183</sup>

A Constituição Federal acolhe a tese de que a propriedade, antes de possuir uma faceta individual, não pode colidir com interesses difusos ou coletivos. Se a propriedade for exercida abusivamente e causar danos a interesses difusos e coletivos, poderá ser objeto de ação civil pública.

A funcionalização da propriedade, nos termos propostos por Eros Roberto Grau e Carlos Ari Sundfeld, pode ser traduzida para o campo do parcelamento do solo pela lição de José Afonso da Silva, ao dizer que o princípio incide, por exemplo, em terreno a lotear. O plano de loteamento e as normas que o loteador tem de observar para implantá-lo devem obedecer ao princípio da função social; loteado, a cada lote será atribuída a qualidade da edificabilidade, e a seu adquirente caberá, somente, a observância às normas edilícias.<sup>184</sup>

É certo que o conteúdo jurídico do princípio da função social da propriedade será construído face ao dinamismo da economia, principalmente em tempos de globalização, o que não dispensará análise do estado atual do modelo econômico e dos conflitos sociais.

<sup>183</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 285. Silva classifica o princípio como "a norma que contém o princípio da função social da propriedade incide imediatamente, é de aplicabilidade imediata, como o são todos os princípios constitucionais".

<sup>184</sup> Idem. *Direito urbanístico brasileiro*. p. 72 e 75: "A evolução, contudo, da atividade urbanística do Poder Público e o surgimento conseqüente de uma normatividade jurídico-urbanística mais desenvolvida, gerando o Direito Urbanístico, vem importando em alterar a correlação entre direito de construir e o direito de propriedade, com profundas mudanças no regime do solo urbano, de sorte que a atividade urbanística do Poder Público, especialmente os planos urbanísticos, têm efeito constitutivo do direito de construir, que, nesses termos, não é uma emanção do direito de propriedade, mas uma concessão do Poder Público".

## Estágio Atual do Direito de Construir

A maioria dos autores afirma, mesmo diante do Texto Constitucional de 1988, que o direito de construir é inerente ao direito de propriedade e dele não pode ser separado.

Ao contrário das legislações de outros países, no Brasil, o proprietário pode edificar mesmo sem nenhuma legislação reguladora dos parâmetros da construção.

Com todo o respeito às balizadas opiniões, sob pena de não se dar concretude às mudanças constitucionais, não podemos concordar com tais posicionamentos. As licenças urbanísticas são os únicos instrumentos hábeis no controle dos projetos urbanísticos da cidade e também são imprescindíveis para que alguns empreendimentos possam existir legalmente, como é o caso dos loteamentos e das incorporações imobiliárias.

Em face do ordenamento constitucional, o município é obrigado a possuir legislação edilícia, pois, dentro da autonomia que lhe é atribuída pela Constituição Federal, está a competência para legislar sobre o uso e ocupação do solo, bem como controlar esse uso. Para o município exercer o **dever-poder** de controlar o uso do solo, terá de se valer das licenças urbanísticas, que, por sua vez, só poderão ser expedidas se houver lei que as fundamente.

Trata-se do poder de polícia em matéria urbanística, que, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “corresponde à atividade do Estado, disciplinada por lei, consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público”.<sup>186</sup> O poder de polícia não cabe exclusivamente à Administração Pública, mas, sim, ao Estado como um todo. Dessa forma, mais especificamente em matéria urbanística, o Legislativo e o Executivo dividem tal competência.

Segundo o professor Celso Antônio Bandeira de Mello, o poder de po-

<sup>186</sup> CAOHURB (Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça da Habitação e Urbanismo). Poder de polícia em matéria urbanística. In: *Temas de direito urbanístico*. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo/Imprensa Oficial, 1999, p. 24.



lícia comporta dois sentidos: um sentido amplo, que abrange tanto os atos do Legislativo quanto do Executivo, consoante a definição acima, e um sentido estrito, relacionado unicamente às intervenções, quer gerais, quer abstratas, do Poder Executivo, destinadas a prevenir e impedir atividades de particulares que colidam com os interesses sociais. Essa acepção mais restrita corresponde à noção de polícia administrativa,<sup>186</sup> que é o sentido mais referido neste texto.

Tendo em vista os dois sentidos de poder de polícia, não se pode afirmar que a discricionariedade seja sempre um dos atributos do poder de polícia, principalmente quando nos referimos à noção de polícia administrativa, que possui inúmeros exemplos de atos vinculados, como as licenças. No entanto, mesmo quando a polícia administrativa for exercida no uso de uma competência discricionária, terá sempre de observar o interesse público. A discricionariedade é conferida ao agente público na busca da melhor solução que atenda ao interesse público, o que exige sempre uma atuação; a omissão do poder público poderá ensejar a responsabilidade da Administração Pública e a responsabilidade do agente público por improbidade (Lei 8.429/92), sem prejuízo da responsabilização criminal e administrativa.

Isso tudo porque o poder de polícia possui a característica de **dever-poder**, indisponível por parte da autoridade. Assim, se o município não possuir legislação de controle de uso e ocupação do solo, estará se omitindo no exercício do poder de polícia e essa inércia poderá acarretar sua responsabilização e a de seus agentes, pois colidirá com os interesses da coletividade.

Se, apesar da lei, houver omissão da Administração Pública para controlar preventivamente (autorização, licença, aprovação e atos de fiscalização) e repressivamente (cassação e anulação de alvarás, embargo de obra, demolição e multas) a atividade de construir dos particulares, em prejuízo do interesse do público, será o caso de sua responsabilização pelos danos

<sup>186</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p.559.

causados, além da responsabilização do agente público improbo.

O poder de polícia não deve ser confundido, como já dissemos, com a função social da propriedade. Consoante a definição acima, o poder de polícia consiste em “ limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público” .

A função social da propriedade tem caráter mais amplo do que o das restrições edilícias à propriedade, que é o conteúdo típico do poder de polícia em direito urbanístico. A função social é atributo da propriedade que extrapole o exercício meramente individual, atributo que também deve estar presente na conformação da propriedade imóvel urbana.

## **Transferência do Direito de Construir**

Toda essa digressão foi feita para introduzirmos o tema da transferência do direito de construir, que vem sendo tratado no Projeto de Lei 5.788, de 1990, visando regulamentar o capítulo da Política Urbana da Constituição Federal. O projeto trata o instituto da transferência do direito de construir como um dos instrumentos de política urbana, conforme inciso V , letra “ o ” , do artigo 4º. Mas é no artigo 35 que o projeto nos dá a característica do instituto:

Art. 35 – Lei municipal, baseada no plano diretor, poderá autorizar o proprietário de imóvel urbano, privado ou público, a exercer em outro local, ou alienar, mediante escritura pública, o direito de construir previsto no plano diretor ou em legislação urbanística dele decorrente, quando o referido imóvel for considerado necessário para fins de:

- I – implantação de equipamentos urbanos e comunitários;
- II – preservação, quando o imóvel for considerado de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural;
- III – servir a programas de regularização fundiária, urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda e habitação de interesse social.

§ 1º - A mesma faculdade poderá ser concedida ao proprietário que

doar ao Poder Público seu imóvel, ou parte dele, para os fins previstos nos incisos I a III do *caput*.

§ 2º – A lei municipal referida no *caput* deste artigo estabelecerá as condições relativas à aplicação da transferência do direito de construir.

A lei não definiu o instituto, o que nos faz utilizar os conceitos trabalhados pela doutrina. Nelson Saule Júnior define o instituto como sendo “ o instrumento que pode ser aplicado pelo Poder Público, destinado a compensar o proprietário de uma área onde, em razão da lei de zoneamento, a edificação não pode atingir a área construída determinada pelo coeficiente de aproveitamento único.” <sup>187</sup>

Cumprе esclarecer que o instituto tem como princípio o direito de construir como concessão do Poder Público, não como emanacão do direito de propriedade.<sup>188</sup> Para alguns, o instituto da transferência do direito de construir guarda relação com o instituto do solo criado. Contudo, temos que são institutos distintos, independentes.

No solo criado tem-se a outorga do Poder Público, mediante contrapartida, para se construir acima do coeficiente único estabelecido pela zona, se houver previsão de lei.

Na transferência do potencial de construir, aliena-se o coeficiente de determinado imóvel, particular ou público, que se incorporará a outro imóvel situado na mesma zona ou não (aconselha-se que seja na mesma zona para tornar mais fácil o controle das transferências na cidade).

O imóvel que receberá o potencial de construir poderá estar inserido em zona onde já exista previsão do solo criado. Nesse caso, o proprietário que objetive construir acima do índice único poderá optar pelo instituto mais vantajoso economicamente.

Por essa razão, e para se evitar o desvirtuamento da transferência do

<sup>187</sup> SAULÉ JR., Nelson. *Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro. Ordenamento constitucional da política urbana. Aplicação e eficácia do plano diretor*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1999, p. 301.

<sup>188</sup> Ver nota 5.

direito de construir, seria interessante autorizá-la para uma zona onde não esteja previsto o solo criado.

## **Transferência do Direito de Construir em Legislações Municipais**

Algumas legislações municipais já possuem o instituto da transferência do direito de construir, não obstante consistentes opiniões de que faltaria ao município competência para legislar sobre a matéria, pois esta constitui-se numa verdadeira compra e venda, sobre a qual incide o direito civil, cuja competência para legislar é da União.<sup>189</sup>

Assim, a Lei Orgânica do Município de Salvador permite que o proprietário de terreno, considerado pelo Poder Público como de interesse ao patrimônio histórico, artístico, arqueológico ou paisagístico, construa em outro local ou aliene o direito de construir previsto na lei de zoneamento e ainda não utilizado, mas deverá doar ao Poder Público a área considerada de interesse público. Há ainda a possibilidade, no caso de concordância do proprietário, das indenizações referentes às desapropriações para equipamentos públicos ou comunitários serem satisfeitas com a possibilidade de transferência do direito de construir.

A Lei Orgânica do Município de Recife também prevê esse instituto e condiciona o seu deferimento à doação da área ao município.

Em São Paulo, a Lei 9.725/84 disciplina a transferência do direito de construir de imóveis preservados. A transferência é possível na proporção de 60% do potencial construtivo do imóvel, exceto se o imóvel preservado for destinado à fruição do público, podendo a transferência ser de 100%. O potencial pode ser transferido em parcelas, para um ou mais lotes, mas não são possíveis novas transferências. O controle da transferência do potencial construtivo é realizado pela declaração de potencial construtivo e de certidão de potencial construtivo transferido. O instrumento foi utilizado na preservação de um casarão da Avenida Paulista, a Casa das Rosas.

<sup>189</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 235.

Em Belo Horizonte, o instituto é previsto pela Lei 6.706/94, que também permite a transferência do potencial construtivo para o caso de a área ser utilizada para programas habitacionais; nesse caso, a transferência é de 50% do saldo do potencial de construir da área. Há previsão de licitação pública para os casos de transferência do potencial de construir de imóveis de propriedade do município.

O plano diretor de João Pessoa permite a transferência do potencial de construir quando o imóvel cedente for utilizado para programas habitacionais, podendo, ainda, ser utilizada como forma de indenização em ações de desapropriação. As mesmas regras são adotadas no plano diretor do Município de Natal.

## **Aplicação do Instituto**

Na prática, os municípios enfrentam muitas dificuldades para controlar a transferência do potencial de construir, pois não há determinação legal competente para que os cartórios de registro de imóveis a registrem.

Se aprovado o Estatuto da Cidade, ficará, em tese, superada a polêmica sobre a competência dos municípios para legislar, mas persistirá o problema referente ao controle das transferências, o que também deveria ter sido objeto do projeto de lei em referência, já que também é da União a competência de legislar sobre registro de imóveis.

Conforme se depreende da análise das legislações que já prevêm o instituto da transferência do potencial de construir, as condições previstas no artigo 35 do projeto de lei em comento reúnem, basicamente, as condições que os municípios instituíram em suas legislações.

Dessa forma, os incisos e o parágrafo 1º do artigo 35 do projeto de lei estabelecem que o direito de construir poderá ser alienado ou exercido em outro local, se o imóvel for utilizado para implantação de equipamentos urbanos e comunitários; para preservação, quando for considerado de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural; servir a programas de regularização fundiária; urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda e habitação de interesse social. A autorização

também poderá ser concedida se o proprietário doar seu imóvel, ou parte dele, para os fins previstos nos incisos.

O projeto de lei não menciona se a transferência do direito de construir poderá ser utilizada como forma de indenização em desapropriações que visem à implantação de equipamentos públicos, e não menciona as proporções das transferências, o que poderá ser determinado por legislação municipal.

O projeto de lei, repita-se, não disciplina os requisitos da compra e venda que se operará entre os particulares, nem a forma de registro, o que é fundamental para se controlar as transferências e dar publicidade a terceiros. Isso porque o município não pode disciplinar a relação contratual entre particulares, nem mesmo entre o particular e o Poder Público, nem disciplinar o registro da transferência, em virtude de serem matérias de competência legislativa da União (art. 22, I, XXV e XXVII).

Assim, entendemos que, se o instituto não prever pelo menos a forma do registro público da transferência do direito de construir, será muito difícil fazer com que seja aplicado, o que não impede que o município possua um cadastro das transferências capaz de controlar as alienações, e que poderá ser agregado junto ao cadastro imobiliário para fins de cobrança do Imposto Predial e Territorial Urbano.

A decisão de se implantar o instituto deve vir acompanhada de uma real avaliação das zonas que poderão ser adensadas com a transferência do potencial de construir. Os municípios que optarem pela transferência do direito de construir devem fazer levantamentos que demonstrem a estimativa da área edificável para uso, em cada zona, fazendo a devida correlação com a infra-estrutura existente, já que a capacidade da infra-estrutura é parâmetro fundamental para definir a densidade que poderá ser suportada em determinada zona ou região, sob pena de sofrer efeitos perversos com a sua adoção. O seu uso indiscriminado, sem preocupação urbanística, pode, em certo aspecto, compensar o proprietário, mas, por outro lado, compromete a qualidade de vida de uma comunidade e, até mesmo, de uma região.

## Referências Bibliográficas

- ARANTES, Otilia. *Urbanismo em fim de linha*. São Paulo: Edusp, 1998.
- CAOHURB (Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça da Habitação e Urbanismo). *Temas de direito urbanístico*. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo: Imprensa Oficial, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Temas de direito urbanístico 2*. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo: Imprensa Oficial, 2000.
- DALLARI, Adilson Abreu, FIGUEIREDO, Lúcia Valle (coords.). *Temas de direito urbanístico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- FERNANDES, Edésio. *Direito urbanístico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Direito administrativo brasileiro*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Direito municipal brasileiro*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Novos aspectos da função social da propriedade no direito público*. Doutrina. São Paulo: RDP 84/235.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Condomínio e incorporações*. Rio de Janeiro: Forense, 1965.
- SAULE JR., Nelson. *Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro. Ordenamento constitucional da política urbana. Aplicação e eficácia do plano diretor*. Porto Alegre: Fabris 1997.
- \_\_\_\_\_. (coord.). *Direito à cidade: trilhas legais para o direito às cidades*

sustentáveis. São Paulo: Max Limonad, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

\_\_\_\_\_. *Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1995.

## OPERAÇÕES URBANAS CONSORCIADAS

*Diana Di Giuseppe*<sup>190</sup>

A adoção de novos instrumentos de política urbana nas cidades, como as operações de parceria entre o Poder Público e a iniciativa privada, vincula-se certamente ao surgimento de um novo modo de pensar e agir sobre o espaço urbano, que vai ganhando corpo nas gestões municipais na década de 1980, seja pelo esgotamento dos modelos de planejamento urbano, seja pelo escasseamento de recursos financeiros para viabilizar obras urbanas, ou pela combinação dessas duas circunstâncias.

O planejamento urbano no Brasil despontou nas instituições na década de 1960, atingindo seu auge nos anos 70, exatamente no período do regime autoritário, marcado por forte intervencionismo estatal, quando o Poder Público apresentava-se como o único agente capaz de promover o desenvolvimento econômico e social.

Naquele contexto, o plano, baseado em procedimentos racionais, era tido como o instrumento que possibilitaria realizar a cidade ideal, com espaços perfeitamente controlados e ordenados. Para tanto, pressupunha a realização, pelo Poder Público municipal, de investimentos em transporte, sistema viário, infra-estrutura e equipamentos públicos e, ainda, a instituição de mecanismos de controle sobre a ação dos agentes privados através da disciplina de uso do solo, sobretudo utilizando o zoneamento.

Assim, numa conjuntura de “milagre econômico”, o Poder Público pretendia colocar-se como o agente promotor e financeiro de intervenções

<sup>190</sup> Arquiteta (FAU/USP), mestre em Administração Pública e Governo (EASP/FGV), chefe da Assessoria Técnica de Planejamento da Secretaria Municipal de Planejamento (PMSP).



urbanísticas em determinadas áreas e obter retorno econômico a longo prazo, assumindo o papel da iniciativa privada.<sup>191</sup>

Mas, no decorrer da mesma década de 1970, tal situação começa a alterar-se; em nível nacional, manifestam-se já os primeiros sinais da crise do modelo econômico, ao mesmo tempo em que se iniciam campanhas pela desestatização e movimentos pela redemocratização do País.

No campo do planejamento urbano, também se iniciam transformações; muitos dos planos realizados, sem as inversões necessárias, não se concretizaram, e o padrão então predominante de planejamento, centralizado, homogeneizante e autoritário, tem a sua eficácia questionada.

Finalmente, os anos 80 irão assistir à promulgação da nova Constituição brasileira, que incluiu um capítulo de Política Urbana – artigos 182 e 183 –, introduzindo o conceito de função social da propriedade. É importante assinalar que esse avanço reflete um novo padrão de política urbana que se configura na década, fundamentado nas seguintes orientações:

- a) instituição da gestão democrática da cidade, visando ampliar o espaço da cidadania e aumentar a eficácia/eficiência da política urbana;
- b) reformas nas relações intergovernamentais, através da municipalização da política urbana e nas relações governo-cidadão;
- c) fortalecimento da regulação pública do solo urbano, com a introdução de novos instrumentos de política fundiária, como o solo criado, imposto progressivo sobre a propriedade, usucapião especial urbano e outro, em sintonia com os princípios da função social da propriedade imobiliária e da justa distribuição dos custos e benefícios da urbanização;
- d) inversão de prioridades no tocante à política de investimentos urba-

<sup>191</sup> SÃO PAULO (Município). Um novo instrumento na construção da cidade: a parceria entre o setor público e privado. *Diário Oficial do Município de São Paulo*, ano 41, n. 247, 24 de dezembro de 1996. Suplemento.

nos que favoreça as necessidades coletivas de consumo das camadas populares.<sup>192</sup>

Embora tais perspectivas estejam referidas a uma dimensão de reforma da política urbana bem mais abrangente, pode-se afirmar que as operações de parceria entre os setores público e privado, como as Operações Urbanas Consorciadas, ou, simplesmente, Operações Urbanas, são um importante instrumento para a alavancagem de um novo modo de gestão dessas políticas, diferenciando-se em muitos aspectos do zoneamento, embora possa utilizá-lo como referência.

Primeiramente, é preciso ter presente que uma Operação Urbana, de forma oposta ao zoneamento, permite ao Poder Público recuperar para si a valorização que os imóveis adquirem com a elevação de coeficientes de aproveitamento do solo, valorização esta que, em ambos os casos, é induzida pelo próprio Poder Público. Entretanto, nessas operações de parceria, o aumento nos índices de aproveitamento de um terreno é oneroso, ou seja, há uma contrapartida a ser paga pelo seu proprietário ao Poder Público em troca dessa concessão.

Esse mecanismo de reversão dos recursos à municipalidade confere às Operações Urbanas um caráter redistributivo, na medida em que ingressos oriundos do setor privado venham a ser aplicados em obras, melhorias, equipamentos ou programas de interesse da coletividade. Além disso, mais flexível que o zoneamento – que é um instrumento mais genérico – permite adequar a utilização do lote às condições específicas de sua localização.

Acredita-se que esse novo instrumento deverá encontrar bastante receptividade por parte dos governos municipais das cidades que eventualmente não o tenham ainda aplicado, por trazer a possibilidade de viabilizar obras e melhorias de interesse público com os recursos provenientes do setor privado. Ao mesmo tempo, abre a perspectiva de estabele-

<sup>192</sup> RIBEIRO, Luiz César de Queirós, SANTOS JUNIOR, Orlando Alves. Das desigualdades à exclusão social, da segregação à fragmentação: os novos desafios da reforma urbana. *Cadernos Ippur/UFRJ*, Rio de Janeiro, v. VII, n.1. abril 1993.

cer-se novas formas de relacionamento entre o Poder Público e os setores da sociedade envolvidos, mais participativas.

Nesse sentido, a iniciativa de inclusão das Operações Urbanas Consorciadas, como um dos instrumentos da política urbana no denominado Estatuto da Cidade – PL 5.788/90 – é bastante positiva, em vista de seu alcance na implementação de políticas de desenvolvimento urbano.

Em São Paulo, desde 1988, vêm sendo aplicados os novos instrumentos urbanísticos de parceria que, não obstante seu relativamente curto período de existência, já permitem antever resultados positivos. A título de ilustração, será apresentada de forma sucinta a experiência desse município, sem a pretensão de realizar análises sobre seus acertos, desacertos ou eventuais necessidades de ajustes, mas apenas no intuito de enriquecer a reflexão sobre o tema, e guiar algumas observações sobre os pontos considerados no Estatuto da Cidade, na seção relativa às Operações Urbanas Consorciadas.

## O Conceito

Embora já constando da proposta de Plano Diretor para o Município de São Paulo, elaborada em 1985, em São Paulo, o conceito de Operação Urbana foi institucionalizado apenas em 1988, com a aprovação de um novo projeto de Plano Diretor – a Lei 10.676/88. Mais tarde, em 1990, foi incluído na Lei Orgânica do Município (art. 152).

A Lei 10.676/88, o Plano Diretor ainda vigente para o município, incluiu, dentre vários outros objetivos e diretrizes, o da ampliação e agilização da participação da iniciativa privada no processo de desenvolvimento urbano, a ser alcançado através do aprimoramento dos instrumentos de transferência do direito de construir, e da proposição de leis para implantar Operações Urbanas.

Assim, uma vez definido o conceito pelo Plano Diretor, para a implementação de qualquer Operação Urbana é necessária uma lei específica definindo seu respectivo perímetro de abrangência, seus objetivos e diretrizes, parâmetros de uso e ocupação do solo, potencial adicional de construção, a forma de arrecadação e administração dos recursos, os pro-

gramas de obras e melhorias, dentre outros aspectos.

Uma Operação Urbana, de acordo com a exposição de motivos da Lei 10.676/88, é um tipo de ação conjunta entre os setores público e privado, visando permitir a reurbanização ou a ocupação de áreas ainda disponíveis, com o aproveitamento pleno da capacidade de iniciativa e investimentos particulares, buscando atender ao interesse público.

As leis específicas de Operações Urbanas que se sucederam definiram-na como um conjunto integrado de intervenções coordenadas pela prefeitura, com a participação dos proprietários, moradores, usuários e investidores privados, visando alcançar transformações urbanísticas e/ou a melhoria e valorização ambiental de determinadas áreas da cidade.

Poderão ser objeto de Operações Urbanas porções do território onde a previsão ou realização de novos investimentos vá ocasionar valorização do imóveis atingidos, mas também áreas que necessitam de revitalização ou que estejam sujeitas a diretrizes especiais de preservação.

Como cada Operação Urbana é um plano para uma área específica, é possível estudá-la em função das características que apresenta e do tipo de intervenção pretendido (renovação, preservação, etc.); porém, para lograr êxito na consecução dos objetivos, é preciso definir uma estratégia capaz de despertar o interesse da iniciativa privada, para que esta venha efetivamente a custear a implantação de obras, melhorias ou equipamentos de interesse público. Como aponta Ambrosis,

“ Evidentemente, o investidor participa da OU se for de seu interesse. No entanto, o Poder Público poderá ter interesse em desenvolver locais que não oferecem muitos atrativos para os empreendedores. É por isso que é recomendável a criação de um Fundo de Desenvolvimento Urbano para onde iriam os recursos advindos de todas as OUs, recursos que seriam redistribuídos pelo Poder Público, conforme as prioridades para o conjunto da cidade. Tal fundo teria um caráter eminentemente redistributivo” .<sup>193</sup>

<sup>193</sup> DE AMBROSIS, Clementina. Recuperação da valorização imobiliária decorrente da urbanização. In: *O município no século XXI: cenários e perspectivas*. São Paulo: Fundação Prefeito Faria Lima.-Cepam, 1999, p. 280.

De forma geral, a viabilidade econômica da intervenção pretendida irá depender do interesse de investidores privados em adquirir da municipalidade direitos adicionais à legislação municipal, já que o principal instrumento de geração de recursos na Operação Urbana é a concessão onerosa de modificações à legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo, sempre orientada por um estudo urbanístico, definido a partir de objetivos e diretrizes de intervenção.

Através desse mecanismo, os proprietários de imóveis abrangidos pela Operação Urbana e que tenham interesse em participar da ação podem solicitar, por exemplo, potencial de construção excedente aos limites estabelecidos pelo zoneamento, o qual poderá ser outorgado pela prefeitura mediante o pagamento de contrapartida financeira. O pagamento da contrapartida, sempre calculada com base na estimativa de valorização que os imóveis adquirem com tais concessões, poderá ser realizado na forma que a lei estabelecer, ou seja, em obras ou em moeda corrente nacional; neste último caso, os recursos deverão sempre vincular-se a uma conta e fundo específicos da operação, e destinar-se às finalidades ali previstas. O pagamento também poderá realizar-se por meio de certificados de potencial adicional de construção, como prevê o projeto do Estatuto da Cidade.

Nesse ponto, cabe um comentário quanto ao proposto no parágrafo 1º do artigo 33 do PL 5.788/90 substitutivo – Estatuto da Cidade, que dispõe:

“ Os recursos obtidos pelo Poder Público municipal na forma do inciso VI deste artigo serão aplicados exclusivamente na própria Operação Urbana Consorciada” .

Esse texto parece colocar a obrigatoriedade da aplicação dos recursos provenientes da concessão de modificações à legislação urbana e edilícia exclusivamente na área contida no perímetro da mesma Operação Urbana.

Por um lado, tal condicionamento encerra um aspecto bastante favorável, relacionado à visibilidade da aplicação dos recursos, e conseqüentemente, ao seu controle. De outro lado, essa mesma condição pode rou-

bar à Operação Urbana seu caráter redistributivo, mesmo porque, em áreas onde eventualmente o setor privado apresente maior interesse de participação, o aporte de recursos poderá até mesmo ultrapassar o custo das obras e melhorias, contando-se então com um saldo positivo para aplicação em outras áreas, nas quais esse interesse não é tão grande.

Evidentemente que a lei específica de criação da Operação Urbana deverá indicar onde os recursos provenientes das concessões previstas serão aplicados, preferencialmente incluindo um programa de investimentos. Porém, uma vez que os ingressos tenham sido já equilibrados aos custos das intervenções pretendidas, que haja ainda potencial adicional edificável disponível, e que se estabeleçam outros tipos de mecanismos eficazes para assegurar o controle de sua destinação,<sup>194</sup> não há porque não redistribuir os recursos excedentes, desde que tal possibilidade esteja também estabelecida em lei.

Aliás, um dos pontos fundamentais para o êxito de uma Operação Urbana é exatamente o de lograr estabelecer formas de controle sobre sua gestão. Uma Operação Urbana compreende diversas etapas; como já foi dito, sua implantação é precedida pela aprovação de uma lei pela Câmara Municipal de Vereadores, na qual autoriza-se a prefeitura a conceder as modificações à legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e às normas edilícias ali especificadas.

Mas o processo não se esgota aí; ao contrário, é a partir desse momento que se inicia sua operacionalização, período durante o qual é preciso garantir a manutenção do processo democrático. Após a aprovação da lei, convoca-se por edital os interessados em participar da Operação para apresentar propostas referentes a lotes ou quadras, cuja aprovação deverá estar sempre condicionada às diretrizes e parâmetros urbanísticos previamente definidos na lei de sua criação e à realização de análise técnica em cada caso.

<sup>194</sup> Apenas para exemplificar, no caso em que o pagamento da contrapartida venha a ser realizado em moeda corrente nacional, poderá ser criado um fundo especial, administrado por um Conselho que inclua representantes da sociedade civil, dando-se também publicidade aos seus atos.

Assim, é necessário que durante todo esse procedimento – aprovação das propostas, definição e pagamento da contrapartida – seja assegurada a sua transparência,<sup>195</sup> e também a participação de representantes de entidades, órgãos e da sociedade civil envolvidos,<sup>196</sup> aspectos estes, sem dúvida, relacionados à questão do controle sobre a gestão da Operação Urbana.

## São Paulo e a Experiência das Operações Urbanas

Atualmente há, no Município, três Operações Urbanas em andamento, dentre o total de quatro aprovadas até a presente data:

- a Operação Urbana Centro, aprovada pela Lei 12.349/97;
- a Operação Urbana Água Branca, aprovada pela Lei 11.774/95;
- a Operação Urbana Faria Lima, aprovada pela Lei 11.732/95.

Cada uma dessas Operações Urbanas foi proposta e aprovada em áreas distintas da cidade, em cujas leis específicas constaram, pelo menos:

- definição do perímetro de abrangência;
- especificação de seus objetivos e diretrizes;
- definição dos parâmetros urbanísticos a serem observados pelos participantes, como usos, ocupação, recuos especiais e outros;
- definição dos incentivos concedidos de forma onerosa, como modificações à legislação de uso e ocupação do solo e, em algumas situações, dos incentivos concedidos de forma gratuita;
- os índices máximos de aproveitamento e ocupação do lote;
- o estoque de potencial adicional de construção computável (exceto na Operação Urbana Centro);

<sup>195</sup> Uma das formas, por exemplo, é dar publicidade a cada uma das propostas, isto é, divulgar, mesmo que em Diário Oficial do Município, seus dados principais, como localização do imóvel, concessão pretendida, parecer técnico, e outros que se entendam necessários para seu acompanhamento pela sociedade.

<sup>196</sup> Para tanto, poderão ser criadas Comissões ou Conselhos responsáveis pela aprovação de cada uma das propostas.

- indicação da forma em que será calculada a contrapartida financeira;
- indicação do órgão, Grupo de Trabalho ou Comissão responsáveis pela análise técnica, apreciação e aprovação de cada uma das propostas de participação na Operação em questão;
- indicação da destinação, forma de recebimento e de administração dos recursos.

A primeira Operação Urbana realizada em São Paulo foi a Operação Urbana Anhangabaú, aprovada pela Lei 11.090/91, com o objetivo de revitalizar a área central da cidade. Com um prazo de vigência de três anos, ora esgotado, não chegou a atingir todos os seus objetivos; a experiência, no entanto, mostrou-se válida, não apenas porque possibilitou a regularização de algumas edificações, e uma melhor conservação de construções do centro histórico, mas por ser a precursora de uma nova Operação Urbana para a área central, a Operação Urbana Centro.

A criação da Operação Urbana Centro – que abrange uma área de aproximadamente 660 hectares, incluindo os chamados Centro Velho e Centro Novo e parte de bairros históricos, como Glicério, Brás, Bexiga, Vila Buarque e Santa Ifigênia – foi orientada pela necessidade de revitalização e recuperação da área central da cidade, objetivando torná-la atraente para investimentos imobiliários, turísticos e culturais, revertendo seu processo de deterioração.

Foram definidas duas áreas de intervenção: Área de Especial Interesse, que corresponde ao núcleo da área de intervenção, e a Coroa Envoltória. Nessas áreas poderão ser concedidos vários tipos de incentivos, como a modificação dos índices urbanísticos, características de uso e ocupação do solo e das disposições do Código de Edificações (exceto itens relativos à segurança), a regularização de edificações, a cessão de espaço público aéreo ou subterrâneo, e a transferência do potencial construtivo de imóveis preservados ou tombados.

O coeficiente de aproveitamento máximo dos terrenos na região dado pelo zoneamento, igual a 4,0, poderá ser substancialmente elevado, em



função do uso a ser instalado e da área onde se localiza o terreno, de acordo com o que se deseja incentivar. Os recursos auferidos devem ser destinados a obras de melhoria urbana, à recuperação e reciclagem dos próprios públicos em geral, ao pagamento de eventuais desapropriações realizadas no perímetro da Operação Urbana Centro, ou à restauração de imóveis tombados, esta condicionada ao seu posterior ressarcimento.

As propostas de participação são submetidas à apreciação da Comissão Executiva da Operação Urbana Centro, constituída por representantes de secretarias municipais e diversas entidades que atuam na região central, composição esta e atribuições já definidas na lei, que igualmente apon-tou para os aspectos a serem considerados na análise técnica precedente.

A Operação Urbana Água Branca desenvolve-se sobre um território com cerca de 500 hectares, e sua criação justificou-se por referir-se a uma área próxima ao centro, com muitos terrenos vagos ou subutilizados e, ao mesmo tempo, bem servida por transporte coletivo nos vários modos – trem, ônibus e metrô – , além de apresentar problemas crônicos de drenagem. Objeto há muito da preocupação dos órgãos vinculados ao planejamento urbano em São Paulo, o instrumento de parceria abriu a possibilidade de renovação e revalorização de uma região que foi perdendo sua importância como pólo produtivo, em face do processo de deslocamento da localização industrial para áreas próximas às rodovias, que teve início na década de 60.

Dentre seus objetivos, estão o de promover a complementação e otimização da infra-estrutura já instalada, a reintegração de área seccionadas pela ferrovias e o aumento da taxa de permeabilidade do solo. Poderão ser concedidas alterações na legislação de uso e ocupação do solo e edificação, regularização de edificações, concessão do espaço aéreo e subterrâneo e transferência de potencial construtivo, sempre limitadas ao estoque de área construída computável adicional de 1.200.000 m<sup>2</sup>, estes distribuídos em 300.000m<sup>2</sup> para usos habitacionais, e 900.000 m<sup>2</sup> para usos não habitacionais.

A análise técnica de cada proposta é realizada por uma Comissão Intersecretarial, cuja composição e coordenação foram já definidas na lei. A contrapartida pode ser paga em moeda corrente nacional, cujos recursos são integrados ao Fundo Especial da Operação Urbana, em obras públicas vinculadas aos seus objetivos, ou em bens imóveis inseridos no perímetro da operação. Faz parte ainda da lei de criação da Operação Urbana Água Branca o programa de obras a implementar na área.

Destaca-se, entre as propostas de participação já aprovadas, a da implantação de um grande Centro Empresarial, sobre um terreno com cerca de 100.000 m<sup>2</sup>, localizado entre os viadutos Antártica e Pompéia, obra que deverá impulsionar o desenvolvimento da região. A contrapartida financeira correspondente às modificações concedidas é da ordem de R\$ 19 milhões, pagos em obras públicas a serem executadas pelo proponente.

A Operação Urbana Faria Lima, envolvendo uma área com aproximadamente 450 hectares, situada na região sudoeste do Município de São Paulo, uma das mais dinâmicas do ponto de vista do mercado imobiliário, foi justificada pela necessidade de prolongamento da Av. Faria Lima, ligando-a de um lado à Av. Bandeirantes e Av. Hélio Pellegrino, em Vila Olímpia, e de outro com a Av. Pedroso de Moraes, no alto de Pinheiros, pretendendo-se a criação de uma via paralela à Av. Marginal do Rio Pinheiros, para aliviar a saturação viária da região sudoeste.

Seu perímetro compreende duas áreas distintas: Área Diretamente Beneficiada, lindeira às obras de prolongamento da Av. Faria Lima e Av. Hélio Pellegrino, e uma área mais ampla, denominada Área Indiretamente Beneficiada. Originalmente, previam-se para essas áreas procedimentos diferentes de aprovação de propostas, que, nas primeiras, seria automático. Aí reside a inovação da Operação; esse automatismo seria possível com a criação do Certificado de Potencial Adicional de Construção-Cepac, um título negociável em bolsa, que poderia ser convertido, na ocasião desejada por seus detentores, em quantidades de metros quadrados de área de construção computável, e que poderiam ser aplicados em

qualquer ponto do território delimitado pela Operação.

A instituição do Cepac tinha por objetivo a agilização de aprovação das propostas por meio de um mecanismo automático de concessão de incentivos, mas, principalmente, a obtenção prévia de recursos destinados a cobrir os custos de desapropriação e de obras públicas adicionais. No entanto, por questões de natureza jurídica, quanto à necessidade ou não de autorização federal, a emissão de Cepacs não se viabilizou, e o pagamento da contrapartida é realizado em moeda corrente nacional, como já autorizado na própria lei da Operação Urbana Faria Lima.

Nessas áreas poderá ser concedida a modificação dos parâmetros urbanísticos estabelecidos na legislação de uso e ocupação do solo, e a cessão do espaço público aéreo ou subterrâneo. Nesse caso, também a lei estabeleceu um estoque de área edificação adicional, que na Área Diretamente Beneficiada é de 1.250.000m<sup>2</sup>, e na Área Indiretamente Beneficiada, de 1.000.000 m<sup>2</sup>. A Lei definiu um programa de investimentos que inclui, além das obras viárias, um novo terminal de ônibus, habitações de interesse social destinadas à venda financiada para a população favelada existente no perímetro e seu entorno, a construção de habitações multifamiliares para venda financiada à população residente em área de desapropriação e que queira permanecer na região, e, ainda, a aquisição de imóveis para implantação de praças e equipamentos institucionais.

Em pouco mais de quatro anos de operacionalização, já se percebem alguns resultados advindos da aplicação do instrumento. Encontram-se implantados diversos melhoramentos viários, como os dois prolongamentos da Av. Faria Lima e o prolongamento da Av. Hélio Pellegrino. Começa também a configurar-se uma nova situação fundiária com as propostas já aprovadas, já que em mais de 60% dos casos houve agregação de pequenos lotes para formar os terrenos que se beneficiaram da Operação Urbana. Estimular o remembramento de lotes e o adensamento é uma das diretrizes definidas na lei de criação da Operação Urbana Faria Lima. A aprovação dessa proposta resultou em melhorias para a região, trazendo

do para os cofres municipais mais de R\$ 200 milhões, montante que já ultrapassou o custo das obras viárias realizadas e passou a ressarcir as despesas com as desapropriações necessárias.<sup>197</sup>

Como se viu através das Operações Urbanas exemplificadas, o instrumento poderá ser proposto em áreas que necessitam tipos de intervenção distintos. Há aspectos comuns nessas Operações, e outros adaptados às situações específicas, como a definição dos tipos de incentivos que poderão ser concedidos aos lotes participantes da Operação, ou a forma de pagamento da contrapartida.

É comum, a todas elas, a definição de um Grupo de Trabalho Intersecretarial para realizar a análise técnica das propostas, embora com diferenças em sua composição. Porém, a deliberação final sobre cada uma delas, tanto no aspecto urbanístico como financeiro, cabe à Comissão Normativa da Legislação Urbanística – CNLU, uma comissão mista, com mais de 20 membros, da qual participam representantes da sociedade civil e de várias secretarias municipais.

Outro aspecto importante a destacar é que sempre é facultado aos proprietários de imóveis localizados nas áreas de Operações Urbanas utilizá-lo de acordo com os parâmetros estabelecidos na legislação de uso e ocupação do solo, que permanece em vigência. Desse modo, permanece garantido aos proprietários que não queiram ou não possam participar da Operação Urbana o direito de utilização dos lotes segundo o zoneamento vigente.

## Conclusões

Como se procurou demonstrar com a breve apresentação da experiência de São Paulo, a Operação Urbana permite ampliar a capacidade do município no tratamento de questões urbanísticas de natureza diversa.

Nessa possibilidade, isto é, na abrangência de situações urbanísticas que requerem abordagens diferenciadas, como preservação, recuperação ou transformação de áreas urbanas, reside a relativa amplitude do ins-

<sup>197</sup>Os dados referem-se ao período de agosto de 1995 a dezembro de 2000.

trumento. Também, por referir-se a recortes de um único território – a cidade – que possuem suas especificidades, sejam elas de natureza físico-territoriais, econômicas, políticas ou sociais, o instrumento deve possuir flexibilidade, exatamente para contemplar adequadamente a diferença, a heterogeneidade das condições peculiares.

Nesse sentido, o texto relativo às Operações Urbanas Consorciadas, conforme proposto no projeto do Estatuto da Cidade, é, de forma geral, bastante acertado, pois, além de conceituar e de apontar os principais mecanismos que podem ser utilizados em uma Operação Urbana, delimita de forma suficientemente genérica os pontos essenciais que deverão estar presentes no plano, como: a definição da área a ser atingida, o programa básico de ocupação da área, as finalidades da operação, contrapartida a ser exigida dos participantes, estudo prévio de impacto de vizinhança e, importantíssimo, o programa de atendimento econômico e social para a população diretamente atingida pela operação e a definição da forma de controle da operação, obrigatoriamente compartilhado com representantes da sociedade civil.

Apontados os pontos principais, para cada município ou para cada situação particular dentro do mesmo município, a legislação específica poderá definir a estratégia mais adequada a cada caso.

Por outro lado, um dos limites do instrumento condiciona-se à existência de uma dinâmica imobiliária ativa, ao interesse de participação do setor privado na Operação Urbana. Por isso, áreas mais dinâmicas do ponto de vista da atividade imobiliária podem ser aproveitadas para captação de recursos extras, remanejados para áreas que necessitam de intervenção e que não oferecem tantos atrativos para esse segmento de investimentos.

Desse ponto de vista, a obrigatoriedade de utilização dos recursos arrecadados unicamente na própria Operação Urbana, conforme propõe o projeto de lei do Estatuto da Cidade, poderá inibir esse tipo de ação, ou o da criação de um Fundo de Desenvolvimento Urbano, solução que talvez seja mais adequada a alguns municípios, em especial os que apresentam maior heterogeneidade entre regiões.

De qualquer modo, o êxito de uma Operação Urbana estará vinculado a outros fatores, que vão além da existência do interesse de determinados setores em participar da ação, ou do acerto de critérios técnicos adotados na elaboração do plano.

Um deles é, certamente, lograr estabelecer um controle eficaz sobre toda a gestão da Operação Urbana, ou seja, desde a aprovação de cada proposta até a destinação final dos recursos dali gerados. Aliás, entende-se que esse aspecto está presente no projeto do Estatuto da Cidade, no inciso VII do artigo 33, segundo o qual deverá constar da lei específica que aprovar a Operação Urbana a forma de controle da Operação, que deverá ser obrigatoriamente compartilhado com representação da sociedade civil.

Outro aspecto de grande importância relaciona-se à capacidade do Poder Público em estabelecer uma estratégia na qual se busque uma convergência entre os interesses diversos agentes e atores abrangidos pela Operação Urbana.

É natural, e até freqüente, que ocorram conflitos de interesses motivados por intervenções físicas sobre o território, como, por exemplo, a implantação de importantes vias de ligação, que necessariamente irão reestruturá-lo, muitas vezes transformando bairros até então quase que exclusivamente residenciais. Evidentemente, surgirão questões ou resistências, muitas vezes vinculadas ao sentimento de identidade, de pertencimento à localidade, que devem ser compreendidas e avaliadas perante as necessidades da cidade como um todo. Por um lado, é preciso respeitar e preservar as relações de identidade dos moradores com a localidade, com "seu" bairro, e, por outro, é preciso ter sempre presente a dimensão de cidade, da qual o bairro e os moradores também fazem parte. Outros tipos de questões poderão surgir, relacionadas ou não à comunidade local.

Na verdade, os conflitos jamais deixarão de existir nas cidades, e eles são até mesmo saudáveis para o exercício da democracia. No entanto, para que esse exercício de fato aconteça, é fundamental que haja espaços institucionais onde possam ser explicitadas dúvidas, divergências,

consensos, enfim, onde possa travar-se o diálogo entre os diferentes interesses e pontos de vista envolvidos.

Assim, nas propostas de Operação Urbana em geral, o Poder Público deve exercer seus vários papéis, ou seja, o de agente propositor/executor, mas também o de interlocutor/mediador, buscando, ao mesmo tempo, definir um projeto mobilizador dos múltiplos interesses da sociedade, e manter, com eles e entre eles, um constante diálogo, buscando transpor, através da negociação, os pontos de conflito que eventualmente estejam presentes em seus projetos de intervenção no espaço urbano.

A Operação Urbana é um instrumento que possui flexibilidade suficiente para permitir esse tipo de ação do Poder Público, mais participativa e democrática, e superar a mera aplicação de planos ou leis urbanísticas que, desprovidas de bases em condições reais – financeiras, políticas, sociais, sem “vida”, não prosperam.

## Referências Bibliográficas

- AZEVEDO NETO, Domingos Theodoro. *O jogo das interligadas. Uma política pública em avaliação: a Lei 10.109/86 do Município de São Paulo*. São Paulo: FGV/Escola de Administração de Empresas de São Paulo, 1994. (Dissertação de mestrado em Administração Pública)
- \_\_\_\_\_. Problemas e desafios do controle do uso do solo. In: *O município no século XXI: cenários e perspectivas*. São Paulo: Fundação Prefeito Faria Lima – Cepam, 1999.
- DE AMBROSIS, Clementina. Recuperação da valorização imobiliária decorrente da urbanização. In: *O município no século XXI: cenários e perspectivas*. São Paulo: Fundação Prefeito Faria Lima – Cepam, 1999.
- DI GIUSEPPE, Diana Teresa. *A crise do planejamento urbano: uma experiência alternativa em São Paulo (o caso dos Núcleos Regionais de Planejamento)*. São Paulo: FGV/ Escola de Administração de Empresas de São Paulo, 1998. (Dissertação de mestrado em Administração Pública)
- LEVY, Evelyn. *Planejamento urbano: do populismo ao estado autoritário*. São Paulo: FGV/Escola de Administração de Empresas de São Paulo, 1985.

(Dissertação de mestrado em Administração, Planejamento Urbano)

RIBEIRO, Luiz César de Queiroz, CARDOSO, Adauto Lúcio. Planejamento urbano no Brasil: paradigmas e experiências. *Espaço e Debates*, ano XIV, n. 37. São Paulo, 1994, p.77-89.

RIBEIRO, Luiz César de Queiroz, SANTOS JR., Orlando Alves. Das desigualdades à exclusão social, da segmentação à fragmentação: os novos desafios da reforma urbana. *Cadernos Ippur/UFRJ*. Rio de Janeiro, v. VI, n. 1, abril de 1993, p. 53-61.

SÃO PAULO (Município). Cadernos de Planejamento. Participação da iniciativa privada na construção da cidade. *Diário Oficial do Município de São Paulo*, ano 37, n. 243, 29 de dezembro de 1992. Suplemento.

SÃO PAULO (Município). Um novo instrumento na construção da cidade: a parceria entre os setores público e privado. *Diário Oficial do Município de São Paulo*, ano 41, n. 247, 24 de dezembro de 1996. Suplemento.

LEI 10.676, de 7 de novembro de 1988.

LEI 11.774, de 18 de maio de 1995.

LEI 11.732, de 14 de março de 1995.

LEI 12.349, de 6 de junho de 1997.

## OPERAÇÕES URBANAS

*Maria Cecília Lima Castro*<sup>198</sup>

*e Pedro de Milanélio Piovezane*<sup>199</sup>

### Fundamentos Constitucionais da Política Urbana. A Competência da União para Legislar sobre Direito Urbanístico. O Estatuto da Cidade

O Estatuto da Cidade, consubstanciado no Projeto de Lei Federal 5.788/90, estabelece, com base no Texto Constitucional, as diretrizes gerais a

<sup>198</sup> Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (PUC/SP), consultora jurídica em assuntos urbanísticos.

<sup>199</sup> Advogado.



serem observadas em todo o território nacional, para a execução da Política Urbana; cria normas de natureza pública e de interesse social, visando ao pleno alcance da função social da propriedade urbana; e, por fim, especifica os instrumentos de intervenção e atuação urbanísticas para a obtenção das metas traçadas pela Constituição Federal, em seu Capítulo II, Título VII, artigos 182 e 183, quais sejam, o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar de seus habitantes.

No capítulo dedicado à Política Urbana, encontram-se os fundamentos político-constitucionais que deverão nortear a execução, pelo Poder Público municipal, da política de desenvolvimento urbano, condicionada, porém, às diretrizes gerais a serem estabelecidas pela União, com base na competência que lhe foi atribuída expressamente pelo artigo 21, XX, combinado com o artigo 182, ambos da Constituição Federal.

Nesses dois textos da Constituição, salienta José Afonso da Silva, “encontramos os fundamentos das duas amplas perspectivas da política urbana: uma que tem como objeto o desenvolvimento adequado do sistema de cidades (planejamento interurbano) em nível nacional ou macrorregional de competência federal; e a outra que considera o desenvolvimento urbano no quadro do território municipal (planejamento intraurbano) de competência local. De permeio, se insere a competência estadual para legislar concorrentemente com a União sobre Direito Urbanístico (art. 24, I) o que abre aos Estados, no mínimo, a possibilidade de estabelecer normas de coordenação dos planos urbanísticos no nível de suas regiões administrativas, além de sua expressa competência para, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum”<sup>200</sup>

Quanto à competência federal para legislar sobre direito urbanístico, depreende-se, pelo exame do disposto nos artigos 21, XX, e 24, I, § 1º,

<sup>200</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 2ª ed. 1997, p.49.

que à União compete a edição de normas gerais que estabeleçam diretrizes e princípios, objetivando o desenvolvimento nacional.

Em primeiro lugar, ensina José Afonso, “só podem ser consideradas normas gerais urbanísticas aquelas que, expressamente mencionadas na Constituição, fixem os princípios e diretrizes para o desenvolvimento urbano nacional, estabeleçam conceitos básicos de sua atuação e indiquem os instrumentos para a sua execução. O desenvolvimento urbano consiste na ordenada criação, expansão, renovação e melhoria dos núcleos urbanos. Não é objeto de normas gerais promover em concreto esse desenvolvimento, mas apenas apontar o rumo geral a ser seguido, visando orientar a adequada distribuição espacial da população e das atividades econômicas com vistas à estruturação do sistema nacional de cidades e melhoria da qualidade de vida da população. Quer dizer, o campo das normas gerais, será o desenvolvimento interurbano e o mero delineamento para o desenvolvimento intra-urbano. Aqui, seu limite específico. Avançar neste será invadir terreno municipal”<sup>201</sup>.

Pode-se concluir, portanto, que a União, ao propor o Estatuto da Cidade, está exercitando a competência para a edição de normas gerais sobre urbanismo, que expressam os princípios e as diretrizes que deverão nortear a atuação dos demais entes federativos na execução da Política Urbana encampada pela Constituição.

## **Competência Estadual em Matéria Urbanística – Constituição do Estado de São Paulo**

Aos Estados-Membros foi conferida competência concorrente com a União para legislar sobre matéria urbanística, de acordo com o disposto no artigo 24, I, da Constituição. Contudo, pelo exame dos parágrafos I e 2º do mesmo artigo, deflui-se que à União cabe o estabelecimento das normas gerais de Direito Urbanístico, restando aos Estados-Membros a competência suplementar, no tocante aos assuntos de natureza urbanística.

<sup>201</sup> SILVA, José Afonso da. Ob. cit., p.58.

Decorre ainda desses dispositivos que, na inexistência de normas gerais de urbanismo, promulgadas pela União, poderá o Estado exercer a competência legislativa plena sobre a matéria. No entanto, lei federal superveniente sobre normas gerais suspenderá a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrária. Compete finalmente aos Estados, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum (CF, art. 25, § 3º).

Ao estudar as Normas de Direito Urbanístico, esclarece o professor José Afonso que, " ... aos Estados cabe dispor sobre normas urbanísticas regionais (normas de ordenação do território estadual) suplementares das normas gerais estabelecidas pela União (art. 24, I, § 2º), (...) e planos urbanísticos regionais (planos de ordenação territorial de região estabelecida pelo Estado, que podem ter natureza de planos de coordenação urbanística na área)...." <sup>202</sup>

A Constituição do Estado de São Paulo dedicou ao tema do Desenvolvimento Urbano o Capítulo II do Título VI, artigos 180 a 183. Acolheu no artigo 180, I, o objetivo constitucional a ser alcançado pela execução da política de desenvolvimento urbano (CF, art.182), ao dispor que tanto o Estado quanto os municípios deverão, no estabelecimento de diretrizes e normas relativas ao desenvolvimento urbano, assegurar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

Dispôs, ainda, no artigo 181, § 1º, sobre a obrigatoriedade da elaboração do Plano Diretor pelos municípios integrantes de seu território, obrigatoriedade esta atualmente restrita àqueles com mais de 20 mil habitantes, em consonância com o artigo 182, § 1º, da Constituição Federal. É de se ressaltar, neste momento, a importância do Plano Diretor, pois, nos termos da Carta Magna (art. 182, §§ 1º e 2º), ele se constitui no instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana a

<sup>202</sup> SILVA, José Afonso da. Ob. cit., p.55

ser implementada pelos municípios. Com efeito, no Plano Diretor é que deverão estar contidas as diretrizes e objetivos básicos, bem como as normas gerais referentes à ordenação do território municipal, visando à melhoria da qualidade de vida da cidade e seus habitantes e, ainda, é no Plano Diretor que o princípio constitucional da função social da propriedade urbana encontrará a sua explicitação, através das delimitações de natureza urbanística ao direito de propriedade.

Ao tratar das entidades regionais, a Constituição do Estado de São Paulo conceitua as regiões metropolitanas, as aglomerações urbanas e as microrregiões, cujo objetivo, comum e geral, consiste no planejamento regional, na organização e execução das funções públicas de interesse comum (art. 153, §§ 1º, 2º e 3º). Essas unidades regionais, assim denominadas no artigo 153, deverão ser criadas por lei complementar e são formadas pelo agrupamento de municípios limítrofes. São distintas entre si, em razão do grau de complexidade e da natureza dos motivos fáticos que impõem o agrupamento dos municípios envolvidos para a busca de soluções urbanísticas adequadas aos problemas comuns existentes.

A Constituição vigente, segundo José Afonso, eliminou a discussão sobre os limites da competência dos Estados "ao lhes atribuir competência concorrente com a União para legislar sobre Direito Urbanístico, o que significa, nos termos do artigo 24, I, e seus parágrafos, que lhes cabe dispor suplementarmente sobre a matéria,(...) Abre-se aos Estados, aí, no mínimo, a possibilidade de estabelecer normas de coordenação dos planos urbanísticos no nível de suas regiões, além de sua expressa competência para estabelecer regiões metropolitanas (art.25, § 3º).

Não padece mais dúvida que os Estados dispõem de competência para estabelecer planos urbanísticos. (...) Apesar de se lhes reconhecer expressamente competência em matéria urbanística, continuaram eles sujeitos a limites institucionais inafastáveis. O primeiro é a obediência à norma geral federal que dispuser sobre o assunto. O segundo mais concreto e traumático está na competência municipal, que não é subordinada e nem

mesmo complementar à competência estadual no que tange à ordenação do solo urbano” .<sup>203</sup>

## **Competência Municipal em Matéria Urbanística – Lei Orgânica do Município de São Paulo**

A Constituição Federal conferiu aos municípios competência exclusiva para “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano” (art. 30, VIII), encontrando-se nesse dispositivo o fundamento constitucional do planejamento urbanístico local.

Atribuiu, ainda, o Texto Constitucional, competência própria aos municípios para legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I). Do exame dos dispositivos citados decorrem as atribuições dos municípios no campo urbanístico, como a elaboração do Plano Diretor, a promulgação de normas de uso, parcelamento e ocupação do solo urbano e urbanizável, e de normas sobre o exercício e o controle da atividade edilícia.

A doutrina, de maneira uniforme, entende que em matéria de desenvolvimento urbano deverá ocorrer uma complementação das atribuições próprias e específicas de cada esfera de governo. Assim, à União competirá a elaboração das normas e diretrizes gerais da política de desenvolvimento urbano, válidas em todo território nacional, e de planos urbanísticos macrorregionais; aos Estados, observadas as diretrizes e normas gerais federais, caberá o estabelecimento de diretrizes e objetivos gerais visando à ordenação de seu território e de diretrizes e objetivos mais específicos para o desenvolvimento interurbano de suas unidades regionais; e, por fim, aos municípios, respeitadas, também, as normas e diretrizes federais, incumbirá a atuação urbanística local, de natureza concreta. “Vale dizer que não será adequado, ao Estado, o exercício de função urbanística de efeito direto e concreto intra-urbano, salvo nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas e em alguns outros setores muito especiais. A política urbana dos Estados-Membros, portanto, deverá

<sup>203</sup> SILVA, José Afonso da . Ob. cit., p.112

‘desempenhar um papel estratégico na promoção do desenvolvimento estadual e nacional. Deve, ainda, possibilitar um quadro de vida que permita ao homem usufruir de todos os benefícios da vida urbana e envolver os cidadãos e instituições no processo de desenvolvimento urbano e regional, uma vez que a condução do trabalho urbano é tarefa comum de todos’. Deverá ainda ser um elo entre o máximo de promoção do desenvolvimento econômico e social e urbano nacional e o máximo de planejamento físico-territorial dos Municípios.”<sup>204</sup>

A Lei Orgânica do Município de São Paulo dedicou à questão da Política Urbana o Capítulo I, do Título V, referente ao desenvolvimento do município. Em sintonia com os preceitos constitucionais, o artigo 148 estabelece que a política urbana do município terá por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, propiciar a realização da função social da propriedade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

Em última análise, com a fixação desses objetivos, pretendeu o legislador aprimorar a qualidade de vida da cidade, em prol de seus cidadãos, para que esses possam usufruir, dentre outros, dos benefícios de uma cidade ocupada de forma ordenada e equilibrada e que ofereça adequadas condições de moradia, trabalho, circulação e lazer, bem como de acesso aos serviços públicos prestados pelo Poder Público.

O artigo 150 da Lei Orgânica do Município de São Paulo define o Plano Diretor, caracterizando-o como o instrumento global e estratégico da política de desenvolvimento urbano a ser implementada em todo o seu território, nele devendo estar fixadas as diretrizes para o uso do solo e para os sistemas de circulação. A participação dos munícipes e suas entidades representativas na elaboração, controle e revisão do Plano Diretor, bem como dos programas de realização da política urbana, é também garantida no § 2º do artigo 150, atendendo à diretriz constitucional contida no artigo 29, XII, referente à gestão urbana participativa.

<sup>204</sup> SILVA, José Afonso da. Ob. cit., p.113.

Está, ainda, prevista a possibilidade de realização de planos urbanísticos específicos ou setoriais, podendo o Município de São Paulo, para esse fim, promover a criação e manutenção de áreas de especial interesse urbanístico, paisagístico e outros.

Por fim, visando garantir o cumprimento da função social da propriedade urbana, determina a Lei Orgânica do Município de São Paulo, no artigo 151, o atendimento às diretrizes e normas contidas no Plano Diretor, referentes à ordenação da cidade, bem como da legislação urbanística dele decorrente, devendo ainda o município prevenir distorções e abusos no desfrute econômico da propriedade urbana e coibir o uso especulativo da terra como reserva de valor; assegurar o adequado aproveitamento, pela atividade imobiliária, do potencial dos terrenos urbanos, respeitados os limites da capacidade instalada dos serviços públicos; assegurar a justa distribuição dos ônus e encargos das obras e serviços de infra-estrutura urbana e recuperar para a coletividade a valorização imobiliária decorrente da ação do Poder Público. (Transcrição dos incisos I a III do art. 151)

Dentre os instrumentos de viabilização da Política Urbana, além do Plano Diretor, a Lei Orgânica previu a utilização dos seguintes institutos: do parcelamento, edificação e utilização compulsórios; do direito de superfície; da transferência do direito de construir; da requisição urbanística; do usucapião especial de imóveis urbanos; da contribuição de melhoria.

Finalmente, no artigo 152, facultou, o legislador, a obtenção de recursos junto à iniciativa privada, através das operações urbanas, para a construção de obras e equipamentos.

## **Operações Urbanas Consorciadas, segundo o Projeto de Lei 5.788, de 1990**

O Estatuto da Cidade, que exsurge o Projeto de Lei 5.788, de 1990, confere ao instituto das Operações Urbanas o caráter de instrumento federal regulador do uso da propriedade urbana. Sua regulamentação é alçada à categoria de norma de ordem pública e de interesse social e sua

utilização fica sujeita ao controle social, definido como garantia da participação de comunidades, movimentos e entidades da sociedade civil.

O projeto de lei, ao denominar o instituto de Operação Urbana, agregasse o termo **consorciada**. Consorciar é unir, associar, combinar. Não é boa regra de semiótica denominar utilizando elemento integrante da compreensão ou da extensão do conceito. A impropriedade poderá confundir o intérprete da lei, comprometendo o significado do instrumento. Ao conceito de Operação Urbana está inerente a idéia de união, associação, combinação. Questão semântica à parte, o projeto de lei acertou na definição, entendendo Operação Urbana como “ o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público municipal, com participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o objetivo de alcançar, em uma área, transformações urbanísticas estruturais, melhorias locais e a valorização ambiental” .

Para quem trabalha na Cidade de São Paulo, não será possível deixar de observar que o projeto de lei praticamente reproduz a definição adotada nas leis que regulam as três Operações Urbanas Municipais em implantação na cidade – a Operação Urbana Faria Lima (Lei 11.732, de 14 de março de 1995), a Operação Urbana Água Branca (Lei 11.774, de 18 de maio de 1995) e, em especial, a Operação Urbana Centro (Lei 12.349, de 6 de junho de 1997). A Operação Urbana Faria Lima, já no texto da sua definição, especificou a natureza da transformação urbanística – a implantação de determinado sistema viário. A Operação Urbana Água Branca acrescentou um limite às transformações urbanísticas – a participação reduzida dos recursos públicos.

### **Pré-requisitos para a Implantação de Operações Urbanas Previstos no Projeto do Estatuto da Cidade**

O projeto de lei impõe seis pré-requisitos para o estabelecimento de determinada Operação Urbana:

- Lei municipal específica – Para tanto, deverá ser observado o rito estabelecido na lei orgânica do respectivo município. É preciso, ainda,



atentar para a legislação urbanística aplicável nos níveis federal e estadual. A tarefa não é simples, uma vez que o legislador estadual, por vezes, ultrapassa seus limites. E, vale lembrar, a propósito, que não existe hierarquia de leis por níveis da federação – lei federal, lei estadual, lei municipal. Existe matéria reservada a cada nível.

- **Fundamento no Plano Diretor** – O cuidado do projeto de lei é evitar a instituição de Operações Urbanas que não se destinem a atender interesses urbanísticos, sejam eles coletivos ou difusos. Por isso, obriga a sua vinculação ao Plano Diretor, que, por força constitucional, é o instrumento básico da política de desenvolvimento urbano.
- **Área delimitada** – A definição da área a ser atingida atende, em primeiro lugar, à necessidade de ser considerado o impacto de vizinhança decorrente da permissão para **modificar** índices e características de parcelamento, uso e ocupação do solo, **alterar** normas edilícias ou **regularizar** situações em desacordo com a lei vigente. E, de outro lado, busca **estabelecer** com exatidão os limites infraterritoriais da aplicação de normas derogatórias do estatuto legal comum ao território. É em razão dessa falta de definição específica da limitação territorial que o Ministério Público vem se insurgindo na Cidade de São Paulo em relação às chamadas Operações Interligadas, mecanismo que guarda alguma similaridade com as Operações Urbanas.
- **Participação Comunitária. Investimento Privado. Coordenação do Setor Público Municipal** – A comunidade é representada pelos proprietários, moradores e usuários permanentes da área, considerado o perímetro atingido pela Operação Urbana **no momento de sua implantação**, e o perímetro de determinada subárea ou do terreno **quando da apreciação das propostas de adesão à Operação Urbana**. Investidor privado é o empreendedor que pode se confundir com o proprietário do terreno. Nesse sentido, o projeto de lei melhor diria se referisse o investimento de terceiros, uma vez que o parceiro do Poder Público municipal, além do investidor privado, pode ser também uma empresa de capital público ou uma outra

entidade governamental. O Poder Público municipal deve exercer a coordenação, diretamente ou mediante delegação a uma entidade de Administração indireta, como vem fazendo o Município de São Paulo, através de sua Empresa Municipal de Urbanização.

- **Finalidade urbanística** – O objetivo, diz o projeto de lei, é alcançar transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental. O escopo é amplo, mas a cada Operação Urbana serão fixados objetivos específicos, como a implantação de sistema viário local, o estabelecimento de determinado desenho urbano, a implantação de um programa de obras, a ampliação de espaços públicos, áreas verdes ou equipamentos coletivos, o incentivo à ocupação de áreas vazias, para melhor aproveitamento da infra-estrutura existente, a preservação e restauração do patrimônio histórico, cultural e ambiental e muitos outros.
- **Vinculação da contrapartida** – A contrapartida referida, que pode ser financeira, em bens imóveis e em obras públicas, deve ser aplicada dentro do perímetro da Operação Urbana. Assim, os recursos aplicados voltam na forma de benefícios para a comunidade local. O estabelecimento de novos padrões edilícios de uso, ocupação e parcelamento do solo, via permissão de exceções ao Código de Edificações e à Lei do Zoneamento, justifica-se por propiciar o desenvolvimento da região de modo equilibrado, garantindo os padrões ambientais adequados.

O Projeto de Lei faz referência, ainda, à emissão de certificados de potencial adicional de construção, que seriam alienados em leilão ou utilizados no pagamento das obras previstas no programa da Operação. Poderiam ser livremente negociados e conversíveis em direito de construir na área da Operação, respeitado, sempre, o limite fixado na lei específica. Em São Paulo, na Operação Urbana Faria Lima, tentou-se implantar o Certificado de Potencial Adicional de Construção - Cepac. A questão não foi adiante, em parte pela controvérsia sobre a matéria relativa à natureza do certificado, sua possível confusão com o título de crédito ou com o

título ou o valor mobiliário, e, também, pela insegurança do setor imobiliário no mecanismo, em razão da instabilidade do mercado, agravada pela dificuldade na fixação do valor de mercado do metro quadrado, considerado o fator tempo na utilização do certificado e a localização diferenciada entre o imóvel cedente e o imóvel cessionário do benefício.

## **A Integração Desejada das Normas do Estatuto da Cidade**

Em que pese o projeto de lei regular a matéria em seção especial, não se pode imaginar que os seus dispositivos possam esgotar o entendimento legal do instituto. É necessário compreendê-lo tendo em conta as disposições do Capítulo I (Das Diretrizes Gerais), do Capítulo II, onde está inserido (Dos Instrumentos da Política Urbana), do Capítulo III (Do Plano Diretor), do Capítulo IV (Da Gestão Democrática da Cidade) e do Capítulo VI (Das Disposições Gerais).

No **Capítulo I - Diretrizes Gerais** estão fixados os critérios para o exercício do controle social das Operações Urbanas. A implantação do instrumento será legítima quando garantir, ao munícipe-cidadão, o direito à cidade sustentável, entendido como o direito à terra urbana para moradia, saneamento ambiental, infra-estrutura urbana, transporte, serviços públicos, trabalho e lazer. As demais diretrizes estão, de certa forma, compreendidas nesse direito, ou como extensão de seu conceito, ou como explicitação de mecanismos e medidas para seu exercício pleno.

No tocante ao **Capítulo II - Dos Instrumentos da Política Urbana**, o projeto de lei regulou o instituto do denominado solo criado, através de três instrumentos: a Outorga Onerosa, as Operações Urbanas e a Transferência do Direito de Construir.

O princípio da Outorga Onerosa, que pode ser relativa ao direito de construir e à alteração do uso, é componente, também, da Operação Urbana. O mesmo se diga da Transferência do Direito de Construir. Mas, como instrumentos autônomos, não estão sujeitos a todas as limitações impostas às Operações Urbanas.

Para os grandes centros urbanos, o melhor critério é adotá-los dentro

das Operações Urbanas. Até porque, como afirma Rita Gonçalves, “ a operação urbana não deve ser imaginada como uma alternativa ao zoneamento, porém, como uma alternativa do zoneamento para sua preservação, pois, paradoxalmente, combina a flexibilização com a manutenção de suas disposições, que são tomadas como referência para cálculo econômico dos benefícios adicionais concedidos.”<sup>205</sup>

No tocante à **Gestão Democrática da Cidade - Capítulo V**, está prevista a instituição de órgão colegiado de política urbana local, cuja função principal será a competência para analisar as questões de aplicação do Plano Diretor, tal como foi recepcionado pela Constituição Federal. Nesse sentido, não poderá lhe escapar, também, competência para se manifestar sobre os projetos de Operações Urbanas. Na Cidade de São Paulo este é o órgão que, em última instância, aprova cada proposta de participação nas Operações Urbanas.

Sua composição deverá refletir a participação de representantes do setor público e da sociedade civil, como os órgãos de classe, associações de comunidades, dentre outros.

No **Capítulo VI - Disposições Gerais** está estabelecido que constitui improbidade administrativa não garantir o controle social a ser exercido por comunidades, movimentos e entidades da sociedade civil na execução da política urbana, e não aplicar os recursos auferidos como contrapartida em Operações Urbanas exclusivamente na própria Operação Urbana.

E, ainda, na parte penal, institui-se o conceito de ordem urbanística para fundamentar a propositura de ação civil pública de responsabilidade.

## **As Operações Urbanas Garantidas pelo Princípio de Legalidade**

O princípio de legalidade, na sua versão clássica, está consagrado no artigo 5º, item II, da Constituição Federal – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei.

<sup>205</sup> GONÇALVES, Rita Guimarães Sylvestre. A unidade partida: uma questão para a legislação urbanística paulistana. Dissertação de mestrado, Universidade de São Paulo, agosto/1998, p. 49.

O artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, em complementação, dispõe que a Administração Pública de qualquer dos Poderes da União, Estados e municípios obedecerá ao princípio de legalidade.

Como corolário do disposto na Constituição, pode-se concluir que, vedado o constrangimento ilegal, afirma-se o respeito às condutas legais.

Ora, resta demonstrada a constitucionalidade da edição de normas em matéria urbanística pela União, Estados e municípios, observado o campo de abrangência de cada esfera de Poder.

Nesse passo, para a efetiva implementação das Operações Urbanas, bem assim dos demais instrumentos da Política Urbana, os órgãos da administração dos Poderes da União, dos Estados e dos municípios devem considerá-los sob o prisma do princípio de legalidade, com todas as suas conseqüências.

Assim, é fundamental que, como ocorre com os demais institutos jurídicos, a relação procedimental decorrente e seus participantes estejam garantidos nas suas condutas legais assumidas. O elemento segurança é inerente ao próprio direito.

A operação urbana que, como tese acadêmica, pode suscitar opiniões divergentes, no campo do Direito passa a ter a garantia inerente ao princípio da legalidade, não cabendo mais aos membros da administração dos Poderes da União, dos Estados e dos municípios o questionamento de sua juridicidade.

## REQUISIÇÃO URBANÍSTICA

*Márcia Walquiria Batista dos Santos*<sup>206</sup>

Nos dias de hoje, a tomada do espaço urbano pelo homem tem aumentado consideravelmente, o que proporciona uma natural disputa de ter-

<sup>206</sup> Doutora pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Procuradora da USP. Professora de Direito Administrativo da Universidade da Cidade de São Paulo – UNICID. Ex-procuradora do Município de Florianópolis. Membro do Centro de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico – CEDAU. Co-autora de várias obras e de diversos artigos de Direito Público, tendo ministrado cursos em todo o Brasil.

ras e o crescimento acelerado do processo de urbanização. Acontece que, em grandes metrópoles, surgem inúmeros problemas urbanísticos e ambientais, como a falta de saneamento básico, poluição, problemas com lixo, desmorações e desmatamentos em geral. A degradação considerável da paisagem da cidade decorre de uma intensa urbanização desenfreada, sem planejamento algum, o que compromete e prejudica, de inúmeras formas, a infra-estrutura precária e incipiente de determinadas cidades.

Com tais problemas, surge um questionamento a respeito da responsabilidade do Estado, em regulamentar e vigiar essa expansão demográfica, de forma que tal crescimento não interfira no decorrer da vida de seus habitantes, e que este seja feito em prol da sociedade e do atendimento de suas necessidades.

O assunto a ser tratado neste artigo refere-se a uma forma de intervenção do Estado, em benefício de sua sociedade. Tal forma, à qual denominamos requisição urbanística, tem sido pouco discutida nos livros atuais, tornando irrelevante assunto de suma importância, o qual, desde já, deveria ser questionado para que, em futuro próximo, tenha bases jurídicas suficientes para ser inserido em algum dos projetos de política urbanística existentes atualmente.

## **Requisição Urbanística**

A requisição urbanística permite que o Poder Público promova sua atividade urbanística sobre certas áreas privadas, no que se refere à implantação de equipamentos urbanos e ao parcelamento do solo.

Através dela, há um real ajuste entre o Poder Público e os particulares, uma forma de se evitar o caminho da desapropriação. "Aquele interessado em implementar sua atuação urbanística, diretamente sobre determinados terrenos que se demonstrem importantes no contexto dos planos urbanísticos, de forma a garantir sua plena aplicação, responsabiliza-se por custear e efetuar os melhoramentos necessários. Esse investimento é posteriormente ressarcido através da transferência, pelos proprietários,

de parte desses terrenos ao Poder Público, para ulterior venda, o que constitui em outra vantagem da requisição urbanística, por permitir que se contemple a população de baixa renda com lotes já urbanizados. (cf. FERNANDES, Edésio (coord.). In: *Direito urbanístico*, Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p.25).

Tal requisição ainda beneficia os proprietários, ao passo que a urbanização de sua propriedade é feita sem nenhum ônus, valorizando seu patrimônio.

### **Requisição Administrativa**

A definição de requisição, em seu sentido mais amplo, não causa divergências entre os autores. “ Pode ser definida como a utilização, quase sempre transitória, pela Administração Pública, de bens e serviços particulares, mediante determinação da autoridade competente com ou sem indenização posterior, em razão ou não de perigo público.” (cf. Gasparini, Diógenes. In: *Direito administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 428)

A requisição está fundamentada no artigo 5º, inciso XXIV, da Constituição Federal e somente à União compete o direito de legislar sobre esta, conforme o artigo 22, inciso III, da mesma.

Há dois tipos de requisições: as civis e as militares. As primeiras são também chamadas administrativas, e servem como “ instrumento de intervenção no domínio econômico” ( cf. MEIRELLES, Helly Lopes. In: *Direito administrativo brasileiro*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 542) e visa evitar danos à vida, à saúde, aos bens da coletividade e também destina-se a facilitar a prestação de serviço público, como, por exemplo, a escolha de pessoas, pela Justiça Eleitoral, para que elas trabalhem como mesárias, nos dias de eleição, o que está previsto no artigo 120 do Código Eleitoral.

Já as requisições militares têm como objetivo assegurar a segurança interna e a manutenção da soberania do Estado.

Bens móveis, imóveis e serviços podem ser requisitados, de forma que a requisição de bens está condicionada à existência de perigo público imi-

nente, o que não ocorre com a requisição de serviços. Se a requisição for de bens consumíveis, é definitiva; assim, há transferência dominial e indenização posterior.

No entanto, se incidir sobre bens inconsumíveis, é transitória; desse modo, quando terminada a utilização do bem, ele é devolvido ao seu proprietário, que terá satisfeito o prejuízo causado.

Vale notar que a requisição urbanística trata apenas da tomada da posse de bens imóveis, sendo uma forma específica de requisição, diferindo claramente da administrativa.

## Diferenças entre Desapropriação e Requisição

Quando se fala em requisição, surge a inevitável comparação com a desapropriação. Mas, quais os pontos divergentes entre elas?

Odete Medauar define a desapropriação como “a figura jurídica pela qual o Poder Público, necessitando de um bem para fins de interesse público, retira-o do patrimônio do proprietário, mediante prévia e justa indenização. A desapropriação atinge o caráter perpétuo do direito de propriedade, pois extingue o vínculo entre o proprietário e o bem, substituindo-o por uma indenização.”(In: *Direito administrativo moderno*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed. 1999, p. 384)

Inicialmente, a desapropriação refere-se apenas a bens, enquanto a requisição (administrativa) refere-se também a serviços. Outro ponto de discrepância é com relação à propriedade: enquanto a desapropriação relaciona-se à aquisição da mesma, a requisição presume o uso dela.

A desapropriação ocorre quando há uma necessidade permanente da coletividade, e a requisição, em casos de necessidades transitórias. Outro ponto importante refere-se à existência de procedimento judicial: a desapropriação, para se efetivar, necessita desse procedimento, ao passo que a requisição é auto-executória.

Por último, o mais importante ponto de divergência: a indenização. Enquanto a desapropriação é sempre indenizável e é executada previamente, a requisição pode ser indenizada posteriormente e nem sempre é obrigatória.



## O que se Entende por Limitação Administrativa

De acordo com Helly Lopes Meirelles, limitação administrativa “ é uma das formas pelas quais o Estado, no uso de sua soberania interna, intervéem na propriedade e nas atividades particulares, e é toda imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública, condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem-estar social. (obra citada, p.541)

É importante ressaltar que essas limitações só têm efeito se forem feitas em razão de um interesse público, e de forma a não promover a desintegração da propriedade. Assim, por apresentar tais características, as limitações administrativas não são indenizáveis.

## Direito de Propriedade

**Histórico** – No conceito da jurisprudência clássica, a propriedade é um poder absoluto e exclusivo sobre uma coisa corpórea. Sua característica principal é a exclusividade, que impõe a todos a obrigação de respeitar a propriedade, traduzindo um direito marcadamente individualista.

Durante a Idade Média, o Regime Feudal manteve a condição de proprietário, o que era baseado na relação entre aqueles que tudo possuíam e os que nada tinham. A Revolução Francesa, movimento cujo princípio básico era a abolição das diferenças sociais, trouxe as primeiras idéias do liberalismo. A propriedade era considerada um direito individual e sagrado, como mostrado no artigo 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789: “ a finalidade de todas as associações políticas é a proteção dos direitos naturais e imprescritíveis do homem, e esses direitos são: liberdade, propriedade, segurança e resistência à opressão” .

Nos dias de hoje, analisando toda a evolução histórica do Direito de Propriedade, pode-se afirmar que as características anteriormente atribuídas a ele (perpetuidade e exclusividade) não são adequadas, como eram na época do liberalismo.

Isso se explica, pois as constituições elaboradas após a Revolução Francesa adotaram normas prescritas pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, o que fez com que a concepção individualista da propriedade prevalecesse. Já, após a Grande Guerra, a propriedade adquire uma função de interesse social, sendo admitidas limitações estabelecidas em favor do bem-estar da coletividade.

## **Direito de Propriedade no Brasil e Função Social da Propriedade**

A propriedade é garantida como direito individual de cada um, como explícito no artigo 5º, inciso XXII, da Constituição Federal, ao passo que o inciso XXIII do mesmo artigo determina que a propriedade atenderá à sua função social.

Analisando as afirmações anteriores, nota-se uma certa contradição: Como pode a propriedade ser exclusiva e ao mesmo tempo ter caráter social?

Eros Roberto Grau esclarece de forma simples: “As propriedades, pois, são poderes que se exercitam, não exclusivamente no interesse de seus titulares, mas também de terceiros, dentro de um clima de prudente arbítrio” (In: *Direito urbano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p.132)

Dessa forma, pode-se concluir que, no Brasil, o exercício da propriedade urbana, na qual se integra o princípio da função social, está vinculado a um destino urbanístico, o qual só o Poder Público pode definir.

O princípio da função social garante a utilização da propriedade na realização de interesses sociais e merece proteção do Direito, mesmo que às vezes seja contrária à vontade do proprietário.

Destarte, “se uma coisa vem cumprindo função social a que se destina, no Direito Urbanístico, basicamente à habitação, ao trabalho, à recreação, segue-se que o direito deve proteger tal situação.” ( cf. Sundfeld, Carlos Ari. Função Social da Propriedade. In: *Temas de direito urbanístico 1*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p.17).

## História da Requisição no Ordenamento Jurídico Brasileiro

No Direito brasileiro, só se admitiam as requisições em tempo de guerra ou de comoção interna grave (artigo 80 da Constituição de 1891 e artigo 591 do Código Civil). Já as Constituições de 1934, 1946 e 1967 previam a competência da União para legislar sobre requisições civis e militares em tempo de guerra. Assim, na legislação ordinária, tais requisitos são regulamentados pelo Decreto-Lei 4.812, de 8 de outubro de 1942, com alterações introduzidas pelo Decreto-Lei 5.451, de 30 de abril de 1943.

Com o decorrer do tempo, passou-se a admitir as requisições em tempo de paz, visando à interdição no domínio econômico.

A Lei 4.263, de 14 de janeiro de 1921, estabeleceu o instituto da requisição na prestação de serviços às Forças Armadas. Eis algumas palavras proferidas por general Mallet, ministro da Guerra no governo Campos Salles, a respeito da primeira tentativa de introdução das requisições no Brasil: "As requisições, na sua essência, não são mais do que aplicações especiais do princípio de expropriação por utilidade pública, diferindo, apenas, em ser a indenização *a posteriori*" (cf. Cretella Júnior, José. In: *Direito administrativo no Brasil: poder de polícia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. IV, 1961, p.204).

Hoje, a atual Constituição Federal determina que apenas compete à União legislar sobre requisições civil e militar, conforme artigo 22, inciso III.

## Relação do Direito de Propriedade e Requisições Urbanísticas no Contexto Atual

Como visto, o princípio do direito de propriedade garante ao proprietário direito individual e, ao mesmo tempo, alerta a respeito da função social da propriedade.

É importante ressaltar que a requisição é uma forma de limitação à propriedade privada e de intervenção estatal. Sendo um ato administrativo unilateral, auto-executório e oneroso, consiste na utilização dos bens de particulares pela Administração Pública para atender às necessidades coletivas.

No ano de 1979, foi aprovada a Lei 6.766, que dispunha sobre o parcelamento do solo urbano e retratava uma política urbanística de loteamento e desmembramento. Tal lei foi posteriormente alterada pela Lei 9.785, de 29 de janeiro de 1999, esclarecendo esta última determinados pontos relativamente obscuros na lei anterior.

Essas leis retratavam uma política urbana que deveria ser concebida com finalidade de preservar e atender ao bem-estar social.

Assim, em 1990, foi elaborado o Projeto de Lei 5.788 (Estatuto da Cidade) que regulamenta o capítulo da política urbana da Constituição Federal e estabelece diretrizes gerais de uma política urbana progressista.

Nesse ponto, cabe discutir se, por ser a requisição urbanística um mecanismo de que se vale o Estado para beneficiar sua população, esse instituto não deveria ter sido incluído ou pelo menos citado em uma das leis proferidas?

De acordo com o artigo 182 da Constituição Federal, a política de desenvolvimento urbano tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento da sociedade e garantir o bem-estar dos cidadãos, utilizando-se de um Plano Diretor, instrumento básico da política de desenvolvimento urbano, através de diretrizes fixadas em lei.

Sendo uma dessas diretrizes o planejamento de desenvolvimento das cidades, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente, não seria correto a requisição urbanística estar inserida nesse contexto?

Já que se tem como item do Plano Diretor, no projeto de Lei 5.788/90, a cooperação entre governos, iniciativa privada e os outros setores da sociedade, no processo de urbanização e satisfação do interesse social, a requisição urbanística não seria uma correta e interessante forma de intervenção?

Como foi dito, a requisição difere da desapropriação em diversos pontos, mas o princípio de ambas é semelhante. Assim sendo, por que a desapropriação foi inserida no Projeto de Lei 5.788 e a requisição urbanística não o foi?

É previsto na Constituição que só a União pode legislar a respeito de tal assunto. Sabe-se também que há uma hierarquização no Brasil no que concerne às entidades político-administrativas: União, Estados, municípios, sendo obviamente as duas últimas submissas à primeira competência no assunto relativo às normas gerais. É defensável, portanto, que cada município decida, de acordo com seu interesse, o aproveitamento dos bens públicos e particulares visando atender da melhor maneira possível às necessidades de cada região, visto que apresentam incontáveis diversidades entre si.

Sendo assim, outra questão que se coloca é o porquê da citada requisição não poder ser prevista na legislação municipal, de acordo com as necessidades do município no tocante à política de urbanização?

Ainda, de acordo com o Projeto de Lei 5.788, de 1990, há o artigo 2º, inciso VI, prevendo que a ordenação do uso do solo deve se dar de forma a evitar: utilização inadequada dos imóveis urbanos, usos incompatíveis ou inconvenientes do mesmo; pólos geradores de tráfego; deterioração das áreas urbanizadas, poluição e degradação ambientais. Com todos esses argumentos, sobrevem a questão anterior: E a requisição urbanística? Por que não foi inserida em tal contexto?

As indagações colocadas devem ser analisadas em separado, já que para cada uma há uma resposta diferente, e, ao mesmo tempo, devem ser analisadas unificadamente, pois uma está intimamente ligada à outra. Assim, ter-se-á uma idéia geral da razão da exclusão da requisição urbanística no plano federal. Dessa forma, será possível perceber uma sinopse de efeitos positivos e negativos, que seriam trazidos pela regulamentação da requisição urbanística.

Analisando: a requisição visa ao bem-estar social e é garantida pelo Direito de Propriedade, limitado à função social. No entanto, tal requisição é caracterizada por ser ato administrativo transitório, o que, obviamente, não garantiria a estabilidade do bem-estar da comunidade. A exemplo, a requisição urbanística permite que o Estado se utilize, requisite, determinadas terras de um proprietário. Tais terras, localizadas strategi-

camente, não estão sendo aproveitadas pelo proprietário nem para si, nem em prol da comunidade. O município, então, resolve requisitar tal imóvel com o intuito de construir uma creche para filhos de operários que estejam empenhados em uma obra nos arredores da propriedade analisada. Essas crianças terão na creche: educação, tratamento médico, comida e recreação. Assim, essa obra está sendo construída em benefício social, independentemente de uma situação de emergência.

Supondo-se que o proprietário, notadamente revoltado com a requisição, alegue ter o município violado o princípio da isonomia, afinal, quais as razões da escolha de suas terras? Por que outros proprietários não foram igualmente interceptados?

A resposta é simples: esse proprietário possuía o imóvel em posição estratégica e perfeita à requisição. Outros não possuíam o imóvel em iguais condições de aproveitamento, já que cada imóvel tem suas características que, claramente, diferiam das características das terras requisitadas pelo município. Ressalta-se que nada impediria o município de requisitar outros imóveis, caso estivessem em condições propícias para tal ato.

Um segundo argumento, do qual o proprietário poderia utilizar-se na defesa de seus interesses, seria o fato de que a função social não é um título para que o Poder Público se desonere de seus deveres e lance-os aos particulares. Tal argumento é certamente forte e causaria grandes discussões; todavia, a requisição não é forma de desonerar o Estado, visto que, em muitos casos, ocorre a indenização posterior. Essa é a posição de Helly Lopes Meirelles (obra citada, p.541), a qual adota-se neste artigo. Convém lembrar que para Diogenes Gasparini nem sempre caberá a indenização. (in: *Direito administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p.428).

De qualquer forma, estaria ocorrendo um gasto por parte do município, em benefício da sociedade, não estando este a se esquivar de suas obrigações, e sim procurando novas formas de auxílio à população, contando com o apoio de proprietários, e estes teriam, inclusive, seus patrimônios valorizados, em função do que fora construído.

Voltando um pouco ao caso citado, pode-se verificar que, após a finalização da obra, que permitiu a criação de tal núcleo populacional, ocorreria a devolução do imóvel ao seu proprietário, que seria indenizado posteriormente pelo município.

É fato que são necessárias alterações na política de desenvolvimento urbano brasileiro, e que a requisição é uma alternativa discutível que vem sendo ignorada, visto que são poucos os registros de tal instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

Outrossim, alternativa viável, seria o município prever na lei do Plano Diretor, ou em legislação específica, a possibilidade de ser utilizado o instituto da Requisição Urbanística, estabelecendo critérios para que a mesma ocorra.

## Referências Bibliográficas

- CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo – poder de polícia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1961.
- DALLARI, Adilson, FIGUEIREDO, Lucia Valle (coord.). *Temas de direito urbanístico 1*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- DAMIÃO, Regina Toledo, HENRIQUES, Antônio. *Curso de português jurídico*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- FERNANDES, Edésio. *Direito urbanístico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GRAU, Eros Roberto. *Direito urbano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 10<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MUKAI, Toshio. *Direito e legislação urbanística no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988.

SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

## QUALIDADES PRÁTICAS DA REQUISIÇÃO URBANÍSTICA COMO INSTRUMENTO DE QUALIFICAÇÃO URBANA

*Candido Malta Campos Filho*<sup>207</sup>

Quando da elaboração da proposta de projeto de lei federal de desenvolvimento urbano, em 1986, a pedido do então deputado Raul Ferraz, do PMDB da Bahia, cogitava-se, dentre outros inúmeros instrumentos, propor a adoção no Brasil de alguma variante do Land Pooling, como preconizado pelo Banco Mundial, por suas assessorias técnicas.

Aquele Banco, com base em experiências havidas em Taiwan, na Coréia do Sul e Filipinas, preconizava a adoção de um instrumento que permitisse ao Poder Público entrar na posse temporária de uma área territorial para fins urbanos, realizar nela benfeitorias por investimento público, de algum modo se ressarcir dos gastos efetuados, devolvendo, em seguida, a área valorizada aos seus antigos proprietários. Esses proprietários, mesmo pagando os benefícios recebidos como se fora uma contribuição de melhoria, estariam se beneficiando, pois o valor da propriedade devolvida seria maior que o seu valor inicial, mesmo descontado o preço pago pelas benfeitorias realizadas pelo Poder Público.

Além desse ganho privado, haveria nitidamente dois ganhos públicos ou coletivos: de um lado, os pagadores de impostos não estariam sendo

<sup>207</sup> Arquiteto (FAU-USP). Master of City and Regional Planning (Universidade da Califórnia, Berkeley), doutor em Planejamento Urbano (FAU-USP), professor de Planejamento Urbano da FAU-USP.



instrumento de mais uma especulação imobiliária da urbanização obtida se a mesma fosse decorrente de um plano urbanístico bem elaborado, que poderia atingir níveis muito superiores aos que, até então, pela iniciativa exclusiva do proprietário-investidor, ou seja, o incorporador-loteador, poderiam ser alcançados.

Um instrumento como esse se mostrava assim muito promissor, porque atendia a interesses de gregos e troianos. Os gregos sendo a comunidade e os troianos os proprietários de terras a urbanizar ou até já urbanizadas, mas sujeitas à reurbanização.

Conversando com o então deputado federal Raul Ferraz, advogado e ex-prefeito de Vitória da Conquista, ao sul da Bahia, por dois períodos, ao com ele debater o conjunto do projeto de lei que inclui o direito de preempção, o direito de superfície, o solo criado, o imposto territorial urbano progressivo no tempo, o usucapião especial, entre outros instrumentos jurídicos nele previstos, debati também a requisição urbanística.

Esse instrumento despertou imediatamente o interesse do ex-prefeito de Vitória da Conquista. Contou-me que, se dispusesse desse instrumento, teria seguramente conseguido aprovar na Câmara Municipal de Vitória da Conquista sua aplicação em área de muitos hectares na periferia da zona urbana em que o proprietário queria lotear, porém, não possuía recursos para investir na necessária infra-estrutura. E a prefeitura, embora tivesse recursos para a implantação infra-estrutural, não possuía recursos para a desapropriação e também não contava com instrumentos para evitar que a simples colocação pública da infra-estrutura de água, esgotos, luz elétrica, drenagem de águas pluviais e pavimentação e, eventualmente, escola de 1ª grau e creche, produzisse uma valorização especulativa, sem retorno para os cofres públicos do investimento realizado. Com a requisição urbanística, além da prefeitura não ter que desembolsar nada na aquisição da área, teria o seu dinheiro de volta mesmo que fosse na forma de lotes ou parte da área urbanizada, conforme acordo negociado com o seu proprietário, com aprovação por lei, da câmara municipal.

Não fosse o ressarcimento na forma de dinheiro, fórmula menos provável de ocorrer, o seria na forma de terreno, o que implicaria sua revenda a terceiros, caso o Poder Público municipal preferisse a forma dinheiro, criando uma espécie de capital de giro para futuras urbanizações. Dessa forma, constituindo uma espécie de fundo para urbanização, as prefeituras, com a requisição urbanística, podem ir urbanizando e se ressarcindo das despesas efetuadas, constituindo assim uma nova modalidade de expansão urbana periférica de qualidade muitas vezes superior à usual nas periferias populares das cidades brasileiras. No caso em que o valor adquirido pela propriedade, mais elevado do que a do loteamento desinfra-estruturado popular, seja tal que inviabilize a aquisição de lotes por parte de extensas camadas da população, a prefeitura poderia instituir um programa explícito de subsídios com o dinheiro oriundo da revenda dos terrenos obtidos com o ressarcimento das despesas efetivadas na urbanização da área. Desse modo, estaria montado um programa de inserção de população de baixa renda em loteamentos infra-estruturados, mesmo que fora de programas de produção de conjuntos habitacionais. Isso porque os lotes, em sendo adquiridos a preço subsidiado, permitiriam a edificação das casas na modalidade do mutirão, assistido pelo Poder Público ou não, ou outra modalidade de autoconstrução.

Obviamente que nos terrenos obtidos pelo ressarcimento das despesas públicas efetuadas poderiam ser implantados conjuntos habitacionais populares, cujos preços de aquisição seriam regulados de modo a corresponder à capacidade aquisitiva dos adquirentes, implicando, pois, subsídio.

Vê-se assim que a requisição urbanística pode se constituir em importante instrumento coadjuvante da política de habitação popular.

Neste momento de nossa evolução histórica, a aquisição de terras é particularmente difícil devido à verdadeira indústria de precatórios que as desapropriações geraram, com os exagerados preços que as avaliações apuram, e com o sistema de juros e correções monetárias que os aumentam ainda mais, embora o mercado possam estar reduzindo-os ao longo

do tempo em que o pagamento é possível de ser realizado pelo Poder Público.

Desse modo, a requisição urbanística, ao possibilitar a posse temporária sem necessidade de nenhum dispêndio indenizatório do Poder Público ao proprietário, pois o mesmo irá se beneficiar com o resultado final de sua aplicação, torna-se instrumento extremamente atrativo para as municipalidades preocupadas em ampliar as qualidades urbanísticas de suas cidades e que não tenham muitos recursos para isso, que é, de longe, o caso mais comum.

O principal benefício urbanístico que a Requisição Urbanística pode produzir refere-se à possibilidade de se implantar diretrizes urbanísticas como as referentes ao traçado viário, e à definição de áreas institucionais destinadas a equipamentos sociais como escolas, creches e postos de saúde e áreas verdes destinadas ao lazer e à meditação ou ao equilíbrio ecológico. Pode mesmo ser elaborado um projeto urbanístico como uma operação urbana ou até mesmo um plano diretor de bairro, dependendo da destinação final planejada.

A qualidade urbanística que daí pode decorrer, obviamente, depende da qualidade das propostas urbanísticas, mas pode ser até de nível excepcionalmente bom. A possibilidade de a prefeitura ser ressarcida do investimento transforma o que usualmente é um gasto a fundo perdido em recursos com retorno garantido, embora não necessariamente a vista, pois poderá ser negociado um prazo para efetivar o ressarcimento ou o mesmo poder ser efetuado em espécie, ou seja, em terreno, o qual, para se transformar em dinheiro exigirá um certo tempo, que será comandado pela capacidade do mercado em absorvê-lo.

Assim, na Seção VI – Da Requisição Urbanística, em seis artigos propusemos, no Projeto de Lei apresentado pelo deputado Raul Ferraz, sua regulação básica no nível federal, a constituir parcela do que depois passou a ser denominado Estatuto da Cidade.

Assim, prevíamos, no artigo 44 daquele projeto de lei, que a iniciativa

da requisição poderia ser tanto da Administração direta municipal como da indireta. Em seu § 1º, estendemos a iniciativa também aos proprietários eventualmente interessados. No seu § 2º, optamos pela modalidade do ressarcimento em espécie, ou seja, em terrenos e não em dinheiro, mas que é obviamente uma alternativa que pode ser acrescentada.

No § 3º, criamos a possibilidade de o ente requisitante poder reservar até 10% da área total do terreno ou gleba sujeito à requisição urbanística para a implantação de programas habitacionais públicos destinados a famílias de baixa renda, que se acrescentariam aos terrenos destinados pelo proprietário para o ressarcimento das despesas de urbanização havidas pelo Poder Público.

No artigo 45 prevê-se a notificação ao proprietário da intenção do ente requisitante em urbanizar a área na qual destaca-se o valor atribuído ao imóvel, o prazo de execução do empreendimento, com cronograma discriminando as respectivas etapas e a indicação precisa dos lotes e edificações urbanizadas a serem devolvidos com a respectiva área, localização e valor. Também serão indicados os lotes urbanizados reservados para o requisitante, assim como a solução de moradia para a população residente na área.

Vê-se, assim, que, para dar início ao processo de aplicação da requisição urbanística, deverá o ente requisitante ter já um nível de detalhamento pouco usual na pretendida intervenção urbana, como projeto ou plano urbanístico, pois envolverá, inclusive, uma estimativa de valores de custos urbanísticos e imobiliários envolvidos.

No artigo 46 dá-se aos proprietários envolvidos o direito de, discordando dos termos adotados pelo ente requisitante, requerer o juízo arbitral, uma forma mais expedita de solução de conflitos de interesses do que o processo judicial comum.

No artigo 47 regula-se a forma pela qual é emitido um título definitivo firmado pelo ente requisitante, contendo os termos, cláusulas e condições relativas ao empreendimento, atribuindo-se ao mesmo o caráter de

escritura pública, para todos os fins e efeitos de direito, devendo para isso ser registrada no cartório da circunscrição imobiliária competente, para transmitir o domínio sobre os lotes urbanizados.

No artigo 48 assegura-se aos proprietários, para que não sofram perdas decorrentes do atraso ou interrupção na execução do empreendimento, salvo caso fortuito ou motivo de força maior, que sejam indenizados pelos prejuízos causados.

No artigo 49 assegura-se aos proprietários o direito de acompanhamento circunstanciado pelos particulares interessados, garantindo-lhes o acesso aos documentos e projetos pertinentes. Vê-se, pela redação adotada, que não se restringiu o acesso aos proprietários e sim estendeu-se a fiscalização a particulares, ou seja, a qualquer cidadão interessado.

No artigo 50 e último estendeu-se o instituto da requisição urbanística aos fins de reurbanização de uma área urbana preexistente. Como imagina-se estar a mesma já ocupada, mesmo que parcialmente, por atividades econômicas e/ou de moradia, entendeu-se que seria adequado determinar uma proporção mínima de acordantes que fosse substancial, porém, que não desse direito de veto a poucos proprietários. Adotou-se uma proporção mínima de dois terços de concordantes, medidas pela proporção da área possuída, uma forte maioria, para que os demais não detivessem o poder de obstrução. No parágrafo único desse artigo garantiu-se aos inquilinos moradores da área o direito de serem ouvidos em audiência pública sobre os objetivos do plano a ser implantado.

Essa foi a formulação que realizamos em 1986 e que teve a importante colaboração do jurista especialista em Direito Urbanístico, Dr. Paulo José Villela Lomar.

Para dar entrada no Congresso Nacional, o deputado federal submeteu nosso projeto de lei à assessoria especializada desse organismo, o que deu origem ao Projeto de Lei 2.191, de 1989. Mantiveram-se os artigos 38 a 44.

Foram mantidos, nessa redação, os objetivos a atingir em cada um dos

seis artigos, em comparação com a redação do projeto inicial por nós elaborado, com pequenas mudanças de texto.

No artigo inicial, o 38, foi feita menção explícita ao Plano Diretor, pois a nova Constituição Federal já se encontrava em vigor desde 1988 e esta passou a conferir a esse plano municipal a estratégica função de fazer a cidade e a propriedade para fins urbanos cumprirem função social.

Também fez depender a aprovação, por lei, do plano urbanístico específico a ser implementado pela requisição urbanística, embora a redação pouco ao não deixar claro e inequivocamente afirmado que a aprovação a que se refere o artigo 38 é aquela aprovada por lei na câmara municipal.

Pois bem. O Projeto de Lei 2.191/89 passou a tramitar no Congresso, tendo sido o primeiro a ser apresentado em ordem cronológica, mas, por procedimentos administrativos, não adquiriu primazia sobre os inúmeros outros projetos (cerca de 12) que foram acrescentados por outros deputados e senadores.

Temos agora um projeto de lei do Estatuto da Cidade em fase final de aprovação, sendo conduzido pelo deputado federal Inácio Arruda, do PC do B, como seu relator, neste final de século e milênio. Se adotarmos a proposta do então ministro de Planejamento João Paulo dos Reis Veloso, em 1975, no governo Medici, como a primeira, o que deu início ao ciclo, temos já somados cerca de 25 anos de tramitação.

A requisição urbanística não consta do Projeto de Lei 5.788, de 1990, que tramita hoje e dá base ao Estatuto da Cidade, nem do substitutivo proposto pela Comissão de Desenvolvimento Urbano e Interior, cujo relator é o deputado Inácio Arruda.

Não vemos razão válida alguma para esse excelente instrumento ficar ausente do Estatuto da Cidade. É tese de Direito de muitos juristas que não é necessária a presença de regulamentações de instrumentos como esse, desde que sua figura genérica, no caso a requisição pública de bens para fins socialmente justificados, esteja prevista na nossa Lei maior, que é a Constituição Federal. E esse é o caso em tema.

No entanto, é ainda preciso considerar que a picuinha política ou o eventual interesse contrariado poderá levar a questionamento jurídico a sua validade legal. Nesse caso, a existência de clara regulação em normas infraconstitucionais evitará essas iniciativas proteladoras e obstaculizadoras do uso desse e de outros instrumentos. Evitará, ademais, a insegurança jurídica para proprietários, inquilinos e incorporadores, o que, por certo, é importante argumento a favor de uma clara regulação básica desse instrumento de lei federal.

Por isso, recomendamos ao legislador federal, fortemente, a presença da Requisição Urbanística no Estatuto da Cidade a ser aprovado.

## **Experiência Espanhola com a Requisição Urbanística**

Uma interessante e extraordinária experiência concreta aponta na direção do intenso uso da requisição urbanística.

A Espanha franquista havia, a partir de 1956, implantado um sistema totalmente centralizado e autoritário de planejamento urbano. Com a queda desse regime, os críticos do autoritarismo assumiram o poder, com um perfil social-democrata de tendências liberalizantes no nível nacional e, logo, introduziram uma nova Constituição em 1978, que descentralizava o poder na direção das Comunidades Autônomas, 27 ao todo, como a madrilenha, a catalã, a andaluz, a asturiana, e descentralizava o poder também na direção dos municípios.

Um grande processo de crítica ao planejamento urbano e ao urbanismo tradicional se instaurou em todo o país, visando flexibilizá-lo e democratizá-lo. Sem me deter nos detalhes de tal transformação, o que se pode dizer, como o fazem o arquiteto e historiador Fernando de Terán<sup>208</sup> e o jurista Tomás Ramón Fernández,<sup>209</sup> é que não se jogou fora o bebê com a água do banho.

<sup>208</sup> TERÁN, Fernando de. *História del urbanismo en España*. III Siglos XIX e XX. Madrid: Cátedra, 1999.

<sup>209</sup> FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Manual del derecho urbanístico*. 14ª ed. Madrid: Publicaciones Abella, 1999.

Reteve-se o instituto jurídico e a prática do Planejamento Territorial Regional na comunidade autônoma, agora decidido por elas mesmas, e desenvolveram-se os Planos Diretores Territoriais de Coordenação, nesse nível, e os planos gerais de ordenação urbana municipal, vinculados e dependentes daqueles. Está havendo um processo de regulamentação progressiva das consultas obrigatórias que cada nível faz ao outro, levando-se ao Conselho de Ministros nacional (e não a um órgão meramente técnico ou incluindo representação da sociedade civil na decisão final) os conflitos que surgem entre as instâncias comunitárias autonômicas e as municipais que não são por elas solucionadas por negociações em certo prazo.

Mas, mais importante do que a busca de um casamento mais efetivo entre o planejamento e urbanismo, que as leis e a prática urbanística vem buscando implementar de uma forma mais concertada porém regulamentada, é, claramente, a busca de atribuir responsabilidades públicas ao funcionário governamental, a cada etapa do processo, em um admirável sistema jurídico em constante evolução de 1978 a 1999, como se pode apreciar no Manual de derecho urbanístico, de Tomás-Ramón Fernández, já citado, no qual se sente um embate de posições social-democráticas com posições liberalizantes, que têm como resultado a flexibilização, que reconhece um papel crescente do mercado, sem, no entanto, abdicar do necessário e sempre importante combate à especulação imobiliária, definida como ganho resultante do investimento coletivo, privado ou público.

Nesse amplo panorama, destacam-se os instrumentos jurídicos destinados a impor direitos e deveres aos proprietários para fins urbanos, como bem assinala Tomás-Ramón Fernández, na execução do planejamento.<sup>210</sup>

Delimitadas as unidades territoriais de execução ou implementação dos Planos e Programas de Atuação Urbanística por polígonos, como parce-

<sup>210</sup> Leia-se excelente trabalho de Marcia Walquiria Batista dos Santos – O Reparcelamento do Solo no Direito Espanhol – publicado nos *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* 2, da Revista dos Tribunais, v.2 - I - Doutrina.<sup>212</sup> da Revista dos Tribunais, v.2 - I - Doutrina.



las do território, as quais, nos Planos Parciais que detalham os Planos Gerais, possuem, em geral, algumas dezenas de hectares, que podem se dar por iniciativa do Poder Público ou por requerimento de particulares interessados, inicia-se um ritual de aprovação inicial, informação pública e aprovação definitiva.

Os polígonos devem ter dimensões tais que tornem possível materializar um desejado e imposto (por lei) regime de cessões do solo, definido pelo Plano ou Programa regulador urbanístico da área poligonal considerada. Esse regime de cessões do solo, e isso é o mais importante que queremos ressaltar, visa levar a cabo uma distribuição eqüitativa dos benefícios e encargos da urbanização porque, de outro modo, o objetivo básico de ser um esquema legal eficaz e eqüitativo fracassaria pura e simplesmente, nas palavras de Tomás–Ramón Fernández.

Com o objetivo de obter uma igualdade da distribuição de benefícios e encargos em termos de cessão de áreas para uso público e implantação de infra-estruturas e serviços urbanos que completem a urbanização, tornando o solo apto a receber edificações, seja a partir da área rural, seja em áreas ocupadas por loteamentos já abertos e até consolidados, porém considerados de baixo padrão urbanístico, a ser substituído por outro de melhor qualidade, ou seja, que não distinga a sua origem, o direito espanhol, atendendo a esses objetivos, implantou três instrumentos jurídicos básicos:

- a operação urbana via desapropriação pública, que denomina de *expropiación*;
- a operação urbana de cooperação entre a iniciativa pública e a privada, que, como veremos, é equivalente à nossa requisição urbanística, como a que proponho, que chama de *cooperación*; e a
- operação urbana de compensação, que não tem similar em nosso Direito, segundo me é possível avaliar, que denomina de *compensación*.

Na operação urbana via desapropriação, o Poder Público desapropria o

interior do polígono objeto da urbanização ou reurbanização e a executa, e nisso é idêntico às nossas operações urbanas desse mesmo tipo, nas quais destacamos os casos de sua utilização na Quadra 49 junto à estação Santana e à Estação Conceição, no Jabaquara, ambas ao longo da linha Norte-Sul do Metrô, durante a gestão do prefeito Olavo Setúbal, quando eu mesmo era seu secretário de Planejamento (Coordenadoria Geral do Planejamento – Cogep), por volta de 1978-79.

Na operação urbana via requisição urbanística ou *cooperación*, na Espanha, os proprietários cedem suas áreas ao Poder Público, que as reparcela e urbaniza ou reurbaniza, dependendo de sua situação inicial ser uma gleba constituída por muitos proprietários de diferentes tamanhos ou constituída por quadras e lotes urbanos, ocupados ou não. Haverá uma cessão de terrenos destinados à infra-estrutura, equipamentos sociais e áreas verdes, proporcionais às densidades de projeto, acrescidos de uma cessão adicional de 10% da área final edificável, destinada a um estoque de terrenos municipais para fins sociais.

No entanto, o pagamento do custo das infra-estruturas e serviços implantados será rateado entre os proprietários na proporção do valor das propriedades havidas antes do início da urbanização ou reurbanização. É chamado, esse instrumento jurídico, de “cooperação” porque os proprietários afetados devem ceder gratuitamente os terrenos necessários para o equipamento coletivo e fins sociais e devem custear a urbanização, garantindo a realização dela com sua colaboração e auxílio.

A gestão nos dois casos da operação urbana, via desapropriação e via requisição urbanística, denominada em espanhol de *cooperación*, é pública, com implementação pública da infra-estrutura e serviços urbanos, que pode, no entanto, repassá-la mediante concorrência pública a um promotor privado.

Um terceiro mecanismo legal é o da compensação, que é de gestão inteiramente privada. Proprietários em certa proporção, no caso, dois terços dos mesmos ou 80% em área, se querem, iniciam um processo de urbanização ou reurbanização, oferecendo aos restantes sua participação na operação

urbana, os quais, caso não desejem participar, ficam sujeitos à desapropriação, paga pelos demais proprietários privados. A urbanização ou reurbanização é efetuada por uma junta ou comunidade de proprietários, constituída como pessoa jurídica responsável, e rateados os seus custos na proporção dos valores atribuídos aos proprietários iniciais e devolvidas as propriedades reparceladas nessa mesma proporção, de modo que todos sejam igualmente contemplados de acordo, proporcionalmente, com aqueles valores iniciais, após as devidas cessões gratuitas de áreas públicas e implantação da infra-estrutura e serviços urbanos, conforme as diretrizes do Plano Geral de Ordenação Urbana do município e de acordo com um Plano Local (“parcial” na linguagem de planejamento espanhol), elaborado pelo Poder Público ou proposto pelos particulares proprietários afetados e aprovado por aquele (que se aproxima muito do que tenho chamado de Planos de Bairro).

No início de sua formulação, em 1956, e até 1992, dava-se legalmente preferência aos instrumentos da *cooperación* e da *compensación*. Após essa última data, a Administração Pública tem liberdade absoluta na escolha do instrumento mais adequado. Permite até substituir a gestão privada pela pública quando, através daquela, não se obteve, no prazo definido, a execução do planejamento pretendido.

Na legislação catalã, segundo informa Tomás-Ramón Fernández (p.163), para os setores que se declarem de urbanização prioritária, o sistema de atuação há de ser sempre o de *cooperación*, ou requisição urbanística, como dizemos nós.

## O Exemplo de Madrid

Mas o que nos fez cair o queixo foi termos verificado que com a aplicação desses instrumentos, o município de Madrid, com seus três milhões de habitantes, nestes últimos 20 anos de exercício democrático do poder, de 1979 a 1999, requalificou sistematicamente sua periferia pobre, constituída de loteamentos implantados sem preocupação urbanística e em geral de modo ilegal, e de assentamentos favelados (chabolas) que em nada diferem das nossas favelas em seu aspecto físico.

O que mais nos impressionou foi verificar que uma Administração Municipal, a partir da retomada do desenvolvimento econômico, que foi nacional, com repercussões positivas em Madrid, coincidindo com o processo de redemocratização, com os recursos econômicos obtidos, com a organização da sociedade civil crescentemente controladora do Estado, e com o instrumental jurídico continuamente aperfeiçoado, iniciou e praticamente terminou em duas décadas um processo de requalificação urbana sistemático. Essa requalificação deu-se nos bairros de baixa qualidade urbanística de casas autoconstruídas, ruas estreitas, ausência de equipamentos públicos suficientes; entre eles, suficientes espaços verdes e espaços de convivência pública, e nas áreas de favelas com maiores deficiências ainda, com anuência obtida por intensa participação popular. Foram esses tecidos urbanos de baixa qualidade substituídos por outros, projetados por arquitetos urbanistas, de muito boa qualidade em geral, alguns constituindo excelentes exemplos de urbanismo europeu contemporâneo, como o do bairro Pozo del Tio Raimundo, na região sul de Madrid, que substitui, por projeto dos arquitetos F.A. de Diego, R. López de Lucio e J. Vismanos, um bairro em tudo parecido com a nossa periferia autoconstruída. Lá também esses bairros são produto dessa mesma modalidade de urbanização. Em seu lugar, implantaram um urbanismo de prédios de apartamentos horizontais de quatro andares, formando quadras semifechadas (ou abertas, como as denomina o urbanista francês Christian de Potzamparc), com seus espaços interiores relacionados aos exteriores, tendo pequenas torres de dez pavimentos como contraponto, constituindo um conjunto de 14 quadras e 14 torres com espaços públicos dimensionados, de modo a se ter uma escala muito agradável e de tessitura equilibrada entre a dimensão horizontal e a vertical e, ao mesmo tempo variado, não repetitivo.

É impressionante ver-se o resultado dessa prioridade dada por Madrid à recuperação dos bairros de moradia populares de baixa qualidade urbanística, quando se vê por fotos aéreas, ou nos mapas que representam essas transformações obtidas nesses últimos 20 anos.

Passava por Madrid no mês de janeiro de 2000, quando tive a sorte de poder visitar uma exposição montada pela Gerência Municipal de Urbanismo da sua Prefeitura (Ayuntamiento), denominada Madrid 1979–1999 – La Transformación de la Ciudad en Veinte Anos de Ayuntamientos Democráticos.

Uma publicação que a todos recomendo ler ou consultar, de 425 páginas em papel do tipo couché, de excelente qualidade gráfica, colorida, montada com os mais modernos recursos da computação, organizada em dez capítulos, cada um escrito por reconhecido especialista no assunto, economistas, sociólogos, arquitetos e geógrafos, e organizado por Ramón López de Lúcio, um dos principais urbanistas espanhóis e autor de três dos dez textos apresentados, dos quais destaco, por sua pertinência ao que estamos tratando, o capítulo segundo, com o título *El planeamiento y la transformacion fisica de la ciudad: el protagonismo de la periferia*, e o capítulo quinto, denominado *Los nuevos tejidos residenciales. La supresión del suburbio y el cambio del paradigma de ordenación de la ciudad: del bloque abierto a los nuevos ensanches* .

Queremos aqui reproduzir as palavras de Fernando de Terán, que escreve o prólogo da mencionada publicação sobre os 20 anos de planejamento democrático madrileno, porque nos parece de grande importância se fizermos um paralelo ao que está ocorrendo hoje no Brasil no debate de qual é a cidade que queremos e o planejamento e gestão urbana que necessitamos para alcançá-la.

“ Há um tema recorrente no trabalho que emerge de vez em quando, suscitando uma curiosa interrogação que não chega a esclarecer-se por completo. É o da indiferença social e da mídia suscitada por toda essa enorme transformação da cidade (de Madrid), quantitativamente comparável (e inclusive superior) com a que se produziu em outras cidades espanholas, com muito mais sorte na valorização pública de suas vistosas transformações. Na realidade, a coisa não pode colocar-se em forma de comparação, dada a desvantagem que existe para Madrid, com a impossibilidade de apoio no mar, grande rio ou margem de rio ou a falta de oportu-

nidade de aproveitar acontecimentos de grande repercussão internacional que catapultam sua imagem. Se trataria só de explicar a ausência de uma avaliação mais positiva, que parece merecer o realizado.

A explicação acrescentada no trabalho [o texto do qual o prólogo faz parte, e a exposição a que se refere, esclareço eu] é que, em Madrid, a orientação preferencial da transformação teve um caráter muito mais eminentemente social, de atenção a carências imediatas e que por isso, uma grande parte da considerável melhoria da cidade não apresenta interesse visual ou manifestação espetacular. E sendo certa e notável a falta de valorização dos meios de comunicação, inclusive profissionais, da transformação de Madrid e de boa parte de seu entorno metropolitano”.

O espetacular da sua visibilidade, discordando de certo modo de Terán, está mais em termos da gigantesca transformação urbanística periférica, comandada por um planejamento e um urbanismo articulados em nível hoje impensável para o Brasil, embora a mesma articulação seja considerada insuficiente por muitos críticos, como o próprio Fernando Terán expressa em outro parágrafo de seu prólogo, ao reclamar que os projetistas das imensas vias expressas ignoram as visuais que da cidade se tem desde as suas pistas.

Consequiremos algum dia ir nessa direção de não apenas aceitar os baixíssimos padrões urbanísticos que a organização produtiva de nossos tecidos urbanos para as populações empobrecidas nos impõe, cada vez mais intensamente? Essa aceitação dos baixíssimos padrões significa legalizar a urbanização ilegal, que nos parece, hoje, uma necessidade premente para que se possa oferecer alguma segurança de vida e algum patrimônio a essas populações pobres e muito pobres. Será que não devemos entender apenas como uma etapa provisória, a ser superada por uma sistemática ação governamental, na medida dos seus recursos, que esperamos crescentes, para a finalidade social de conseguir equipar bem as cidades, requalificando-as, inclusive urbanisticamente, como se está concluindo em Madrid?

Acreditamos que a resposta a dar seja positiva. Que devemos lutar por isso desde já.

Desenvolvendo a prática dos planos de bairro, mesmo que nessa etapa fiquemos com objetivos mais modestos de apenas equipar um tecido urbano de baixa, às vezes baixíssima (como nas favelas), qualidade.

De qualquer forma, aqueles que valorizam a espontaneidade desses espaços populares nascidos da desorganização coletiva e quiserem, de alguma forma, mantê-los, terão oportunidade, se desenvolvida a prática dos planos de bairro elaborados democraticamente, de defendê-las e, quando em maioria, aprová-los. O sucesso popular do chamado Cingapura parece não apontar nessa direção. Mas pode acontecer em um caso ou outro.

Os instrumentos que visam oferecer uma capacidade comunitária pública ou privada de parcelamento do solo são importantes em face do freqüente fracionamento aleatório do solo urbano e rural brasileiros, para a obtenção de tecidos urbanos ou semi-urbanos de qualidade.

Instituamos tais instrumentos desde já para irmos praticando em pequena escala, na medida do possível, aperfeiçoando-os institucionalmente para a etapa do desenvolvimento brasileiro no qual seja possível aplicá-los sistematicamente na requalificação do tecido urbano para as comunidades que o desejarem, e que suponho sejam a grande maioria.

Por isso, entendemos seja muito oportuna a inserção da Requisição Urbanística, que é o mesmo instrumento que a *cooperación urbanística* espanhola. Talvez possamos fazê-la caminhar para abranger a "*compensación urbanística*" onde a iniciativa é toda privada.

As operações urbanas, como são concebidas no Brasil, ou atuam através de desapropriação ou, às vezes, nem desapropriam, atuando apenas em melhoras de serviços e infra-estruturas sem necessidade de ampliação do espaço público.

A requisição urbanística inova e amplia a capacidade de atuação por operação urbana, ao permitir o parcelamento e o financiamento priva-

do de serviços e infra-estrutura urbana pela posse temporária de imóveis privados urbanizados ou reurbanizados, reparcelados, na grande maioria dos casos e devolvidos aos antigos proprietários com uma nova qualidade urbanística, mediante ressarcimento ao Poder Público dos gastos que o mesmo efetuou, com subsídios governamentais, no caso de populações muito pobres, quando for o caso.

Por isso, não se pode confundir as atuais formulações das operações urbanas com as novas possibilidades trazidas para as mesmas pela requisição urbanística.

E não se diga também que ela pode ser instrumento de favoritismo para A,B ou C por parte de políticos clientelistas, pois tal favoritismo é muito mais fácil de ser praticado hoje sem a requisição urbanística, através da simples implantação de infra-estrutura e serviços urbanos valorizadores da propriedade desses cidadãos A,B ou C, sem nenhum retorno ao Poder Público, ou seja, ressarcimento dos gastos efetuados, sem que a obtenção gratuita de áreas para escolas, creches, praças e áreas verdes e até áreas adicionais para fins sociais, como na Espanha, seja prevista.

E não se diga também que a contribuição de melhoria seria a solução para esse retorno, pois se a mesma fosse fácil de praticar, e não o é, pela regulamentação excessivamente trabalhosa e dificultadora de seu uso, que, a nosso ver, propositalmente, foi definida por lei federal, a mesma contribuição de melhoria em nada possibilitaria em termos de reparcelamento do solo, condição indispensável para a requalificação dos tecidos urbanos constituídos por ruas tortas e estreitas, sem luz e ventilação, ausência de espaços públicos de convivência e para equipamentos públicos, inclusive áreas verdes.

Sendo a requisição urbanística tão fundamental para o futuro, é necessário, desde já, que a pratiquemos em pequena escala e ganhemos conhecimento, e, a partir dele, a aperfeiçoemos gradativamente, para quando, e esperamos que não demore mais que uns pares de anos, possamos utilizá-la sistematicamente, como o exemplo estrondoso do sucesso de Madrid nos estimula a buscar.



## PARTE III - O ESTATUTO DA CIDADE E O CEPAM

### POLÍTICA URBANA

A simples localização dos dispositivos constitucionais referentes à Política Urbana, inseridos que são no Capítulo da Ordem Econômica e Financeira, revela uma relação direta entre as questões econômicas e as urbanas e, de ambas, com o planejamento.

É fácil verificar que muitos dos princípios constitucionais que norteiam a atividade econômica têm profunda ligação com a atividade urbanística. A propriedade privada, por exemplo, será garantida e admitida se tal propriedade cumprir uma função social. Por outro lado, a disciplina do uso do solo não deve proibir o assentamento de certos grupos sociais, sob pena de fortalecer as desigualdades regionais e sociais que se deseja diminuir. A busca do pleno emprego não será compatível com uma legislação urbanística que iniba ou dificulte a implantação de atividades econômicas em áreas estratégicas. Também o uso da propriedade será inadequado se tiver, como resultado, a diminuição da qualidade do ar, da água e do solo.

O Estado, agente e regulador da atividade econômica, atua, na forma da lei, para fiscalizar, incentivar e planejar. O planejamento é, para o setor público, determinante, mas apenas indicativo para o setor privado. Ora, estaria também o município submetido a tais normativos? Cremos que sim, dentro de suas competências constitucionais e, por essa razão, deverá executar sua política urbana a partir de processos de planejamento e dentro de uma lógica econômica e financeira.

Obs.: Texto elaborado por Mariana Moreira, Domingos Theodorô de Azevedo Netto e Clementina De Ambrosis.

## Política Urbana na Constituição

A execução de uma política de desenvolvimento urbano é tarefa dada aos municípios, que, para tanto, editarão Planos Diretores, cujos objetivos serão o de ordenar o pleno desenvolvimento das funções da cidade e o de garantir o bem-estar de seus habitantes. Parece, à primeira vista, que o legislador constituinte optou por tratar das questões de política urbana somente no âmbito intra-urbano, o que baniria a área rural desse planejamento. Toshio Mukai pensa dessa forma. Entretanto, pensamos que o Plano Diretor deve contemplar também a área rural, pois a política urbana municipal observará as diretrizes gerais fixadas pelo Estado e pela União. Esses entes federados, responsáveis que são pelo planejamento regional, incluem em suas diretrizes normas voltadas à área rural, com reflexos importantes nas áreas urbanas. Dessa forma, os Planos Diretores municipais devem se ocupar não apenas das áreas urbanas, mas, igualmente, da área rural de seus territórios, pois lhes cabe o planejamento da cidade, considerada o total de seu território.

Ocorre que a realização desse Plano será submetida a diretrizes fixadas em lei, conforme se verifica da leitura do artigo 182 da Constituição Federal. Essas diretrizes teriam, como fonte produtora, a União, o Estado ou o próprio município? Todos, seria a resposta, pois, segundo a sistemática constitucional de distribuição de competências, cabe a todos eles a produção de normas urbanísticas, sendo à União reservada a competência para editar normas gerais sobre a matéria e, aos municípios, aquelas atinentes ao seu predominante interesse. Sobre essa difícil questão, consulte-se o texto de José Carlos Macruz e João Carlos Macruz neste livro.

Entendemos que as diretrizes gerais, fixadas pela União, são as inseridas no Projeto de Lei 5.788/90 – O Estatuto da Cidade, sendo, por consequência, obrigatórias para os Planos Diretores municipais.

Retornando aos objetivos do Plano Diretor, instrumento fundante da política urbana, apresenta dois conteúdos que são fixados pela própria Constituição Federal: o pleno desenvolvimento das funções sociais da

cidade e a garantia do bem-estar de seus habitantes. Pergunta-se: o que vem a ser "funções sociais da cidade"?

A resposta é polêmica. Todavia, aceita-se, de modo geral, que a cidade tem por função a previsão de condições gerais para o desempenho das atividades econômicas de produção, comércio e serviços, das atividades sociais, culturais e de lazer, necessárias ao exercício da cidadania. Não é preciso dizer que tais funções se apresentarão diferentes em cada realidade socioeconômica de certo território municipal, que está, por sua vez, inserido em determinado contexto regional.

Dessa maneira, as funções sociais da cidade tomarão a forma que seus condicionantes naturais, físicos, ambientais e de estágio de desenvolvimento determinarem, e segundo a vontade expressa de sua população.

Sobre bem-estar, há certo consenso de que a cidade deve proporcionar aos que nela habitam, trabalham e realizam negócios um ambiente ecologicamente equilibrado e protegido e, sobretudo, acesso a condições de trabalho, moradia, transporte, saneamento, saúde, cultura, lazer e segurança. Conforme se vê, o bem-estar pleno não poderá ser alcançado senão por meio da conjugação do esforço de todos os níveis de governo e não apenas do nível local.

A execução da política urbana, entretanto, depende enormemente do governo local, pois será implementada com base em instrumentos definidos por ele próprio. A Constituição Federal é explícita apenas quanto a quatro instrumentos: Plano Diretor, parcelamento e edificação compulsórios, imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo e desapropriação-sanção.

Importante ressaltar aqui que o Plano Diretor possui importância ímpar na definição da política urbana, pois lá devem estar expressas as exigências fundamentais de ordenação da cidade, condicionando a propriedade urbana às suas funções sociais. Sobre o assunto, remetemos os leitores para os textos de nossos colaboradores Antonio Cláudio M. L. Moreira, Nádia Somehk e Toshio Mukai.

É preciso fazer, neste ponto, a diferenciação entre a função social da propriedade e as funções sociais das cidades. A primeira se refere à função social de cada propriedade urbana no território municipal. A segunda diz respeito à cidade como um todo, um organismo social. O Plano Diretor assume, assim, importância capital, pois nele estarão previstas as funções de ordenamento da cidade, onde cada uma das propriedades urbanas deverá cumprir sua específica função. A soma dessas realizações será o pleno desenvolvimento apontado no Plano Diretor.

No que se refere à propriedade urbana, foi a Constituição Federal de 1988 que se manifestou expressa e concretamente sobre a função social que ela deve apresentar. Sobre o assunto, este livro apresenta excelentes monografias de autoria de Antonio Cláudio M. L. Moreira, Daniela Campos Libório Di Sarno, Nádia Somek e Toshio Mukai.

Neste passo, apenas desejamos destacar alguns pontos que nos parecem mais relevantes para o tema.

Em primeiro, reiteramos a idéia já expressa em linhas atrás de que não se deve confundir a "função social da propriedade" com as "funções sociais da cidade". Esta última é criação do Texto Constitucional, que definiu, como objetivo da política de desenvolvimento urbano, "ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade", tendo, como instrumento básico, o Plano Diretor. Quais seriam essas funções é uma pergunta ainda sem resposta que seja uma unanimidade; para alguns significa as funções constantes da Carta de Atenas de 1933: habitar, trabalhar, recrear e circular; para outros, compreendem até o desenvolvimento da cidadania.

A função social da propriedade, como expressão jurídica de maior tradição entre nós, se aplica a qualquer propriedade imobiliária, urbana e rural, privada e pública. Aliás, sua origem remonta ao Código de Napoleão de 1804, que, não obstante, "pretendendo ser individualista, consagrou, como princípio, a legitimidade de limitação do Estado sobre a propriedade ...", conforme nos relata Maria Sylvia Zanella di Pietro (in: *A gestão jurídica do patrimônio imobiliário do poder público*. São Paulo: Cadernos Fundap, ano 9, n.17, dez. 1989, p. 55-66).

Entre a propriedade rural e a urbana há diferenças de requisitos constitucionais exigidos para cada uma referentemente ao cumprimento da função social. Para a primeira, há vários requisitos (art. 186), mas, para a segunda, a Constituição exige apenas um: exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no Plano Diretor (art. 182, § 2º).

Tal diferenciação indica o reconhecimento da grande diversidade de cidades quanto ao seu tamanho, ambiente físico, desenvolvimento econômico, etnias, história, tradições, papel na região, entre outros. Isso representa também o importante papel dos municípios, que devem definir quais usos atendem à função social, expressando-os em seus Planos Diretores.

Teria andado melhor o Estatuto da Cidade se tivesse definido alguns tipos de “exigências fundamentais de ordenação da cidade”. Antonio Cláudio M. L. Moreira, em seu texto neste livro, recupera antigo documento elaborado por ele, Clementina De Ambrosis e Domingos Theodoro de Azevedo Netto para a Fundação Prefeito Faria Lima - Cepam no início dos anos 90, que propõe, por analogia à função social da propriedade rural, aquelas que caracterizariam a função social da propriedade urbana: o uso racional e adequado da propriedade; o uso adequado dos recursos naturais e a preservação do ambiente urbano; a observância às regulações das relações de trabalho e a utilização que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Definir para cada propriedade urbana o uso mais adequado, parâmetros mínimos e máximos de utilização que permitirão aferir o uso racional, inclusive considerando a disponibilidade de infra-estrutura e as necessidades do mercado, não é tarefa fácil. O mercado é mutável e as estruturas construídas mais permanentes. Por essa razão, as leis que disciplinam o uso do solo devem apresentar flexibilidade a fim de permitir maior ajustamento às mutações do mercado em razão de alterações nas atividades econômicas regionais e nacionais.

O que fica patente é que o “mais inadequado” é o “não-uso”, o terreno ocioso, vago ou vazio, sem qualquer função para a comunidade. É o

que transparece da norma constitucional que permite “exigir do proprietário do solo não-edificado, subutilizado ou não-utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de ...”

Esses temas foram desenvolvidos neste livro por Bona de Villa e Nilza Toledo Antenor, sendo retomados no item seguinte, ao se tratar dos instrumentos da política urbana.

A fim de compelir as propriedades urbanas ao cumprimento de sua missão no meio urbano, a Constituição Federal determina ser o Plano Diretor o instrumento que definirá a área sobre a qual é facultado ao município exigir do proprietário de solo não-edificado, subutilizado ou não-utilizado que promova o seu adequado aproveitamento, sob pena de, sucessivamente, parcelar ou edificar compulsoriamente, fazer incidir IPTU progressivo no tempo e desapropriar mediante pagamento com títulos da dívida pública. Todavia, a aplicação desses poderosos instrumentos dependem de lei federal regulamentadora.

Dai a expectativa em relação ao Projeto de Lei 5.788/90 – O Estatuto da Cidade.

Alguns passos, entretanto, já podem ser considerados como avanço em relação ao uso do tributo como instrumento eficaz de política urbana. A recém-promulgada Emenda Constitucional 29/2000 alterou a redação do § 1º do artigo 156 da CF para permitir a criação do imposto predial e territorial progressivo, de competência dos municípios, em razão do valor do imóvel e de ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel. Isto, sem qualquer prejuízo ao IPTU progressivo no tempo, previsto no artigo 182, § 4º, inciso II, da Constituição Federal.

## **Política Urbana segundo o Estatuto da Cidade**

O Projeto de Lei, com 58 artigos, está dividido em cinco capítulos, sendo grande parte de seu conteúdo dedicado aos instrumentos, principalmente aos novos, os quais foram objeto de análise particularizada de nossos colaboradores.

Todavia, em amplo sentido, o Estatuto da Cidade é dedicado à política

urbana, conforme sua própria definição constante do artigo 1º:

“ Art. 1º – Na execução da Política Urbana de que tratam os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, serão aplicadas as diretrizes, os instrumentos e demais dispositivos constantes desta Lei.

Parágrafo único – Para todos os efeitos, esta lei, denominada Estatuto da Cidade, estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental.”

O Projeto coloca grande ênfase no uso da propriedade urbana, fato que evidencia preocupação com os aspectos físico-territoriais do planejamento. Além disso, o Projeto apresenta uma redação mais concreta, ainda que mais restrita, sobre a necessidade de garantir o bem-estar dos habitantes, restringindo-a à regulação do “ uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem- estar dos cidadãos ...”

O artigo 2º, por seu turno, define ser objetivo da política urbana “ ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana mediante” 16 diretrizes gerais. Anote-se que a Constituição Federal delega aos municípios a tarefa de expressar, por meio do Plano Diretor, as exigências fundamentais de ordenação da cidade, e que somente com base nisso é que se poderá aferir o cumprimento da função social exigida da propriedade urbana. Implícito está que há um reconhecimento do Texto Constitucional de que a função social da propriedade urbana é variável de lugar para lugar, tendo como causa fatores sociais, econômicos e geográficos.

Algumas das diretrizes trazidas pelo Estatuto são bastante ambiciosas, contemplando situações ideais, um tanto divorciadas da realidade, mesmo em países com avançado grau de maturidade urbanística. Como exemplo, a diretriz de garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e serviços públicos, ao lazer, ao trabalho e ( extremo objetivo) para presentes e futuras gerações.

O que significa “direito à terra urbana”? Seria o direito de ser proprietário de uma área urbana? Quanto ao “direito de moradia”, não há qualquer objeção, mas quanto ao de ser proprietário, há um evidente exagero.

A diretriz que determina a participação popular nas atividades de promoção do desenvolvimento é correta e desejável, porém, deve ser realmente executada a fim de tornar realidade aquilo que se convencionou denominar de “processo participativo”, cujo desenvolvimento se afasta da população no momento em que são tomadas decisões, sem qualquer apego à necessidade de constante consulta.

Quanto à diretriz de cooperação da iniciativa privada com os vários níveis de governo seria preciso, antes, estabelecer os novos papéis dos órgãos reguladores e fiscalizadores da iniciativa privada, quando estes são agentes cooperadores diretos do Poder Público em programas de interesse social. Sobre o assunto, remetemos os leitores para o texto do colaborador Paulo André Jorge Germanos.

Outras diretrizes apontam para a necessidade de ser observada, pelo município executor da política urbana, variáveis decorrentes da região onde se localiza a cidade. O texto legal utiliza-se da expressão “...território sob sua área de influência...”, que é inadequada, pois é bastante reduzido o número de municípios que exercem influência sobre outros, sendo mais comum, e em maior número, municípios que recebem influência de outro. Por essa razão, melhor seria utilizar a expressão “considerando a região em que está localizado”, que atende a ambos os casos.

As diretrizes fornecidas para ordenação e controle do uso do solo determina evitar proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes. Tal assertiva não é a melhor, pois não é apenas a proximidade entre usos que gera incômodos, mas, sobretudo, os conflitos entre os diferentes usos e entre estes e a função ou tráfego da via pública que lhes dá acesso.

Quanto à diretriz explicitada como “recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos”, deve-se acrescentar que a valorização imobiliária não decorre apenas de



investimentos públicos, mas também da legislação de controle do uso do solo, especialmente quando determina aumento do potencial construtivo dos imóveis. Essa valorização deverá ser recuperada para a comunidade, embora não tenha havido, propriamente, um investimento público. Trata-se, aqui, de justa distribuição de benefícios decorrentes de processos de urbanização, diretriz apontada no inciso IX do artigo 2º do Estatuto da Cidade e princípio básico do “solo criado”.

O artigo 3º do Estatuto da Cidade reitera, de certa forma, dispositivos constitucionais, mas a repetição tem o condão de reconhecer os aspectos inter-urbanos de uma política urbana de nível nacional, enfatizando a necessidade da existência de normas entre os entes federados e as referentes aos planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social.

O artigo 4º apresenta uma longa lista de instrumentos da política urbana que são detalhados mais adiante. Tais instrumentos podem ser reunidos em cinco grupos, a saber: 1. Planos nacionais, regionais e estaduais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social; 2. Planejamento municipal (em número de nove); 3. Institutos tributários e financeiros (em número de quatro); 4. Institutos jurídicos e políticos, e 5. Estudo prévio de impacto ambiental (EIA) e estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV).

Anote-se que o Plano Diretor, embora considerado instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana, constitui-se apenas em um dos instrumentos do planejamento, diferente dos planos setoriais e dos planos de desenvolvimento econômico e social. Tal constatação revela que o Plano Diretor, hoje exigido, possui um caráter eminentemente físico-territorial, distanciando-se dos antigos PDDI - Plano Diretor de Desenvolvimento Integrado.

Entre os instrumentos urbanísticos previstos no Estatuto da Cidade, lamentavelmente, não encontramos a Requisição Urbanística que foi prevista em projetos anteriores. Todavia, instrumento semelhante foi inseri-

do com a denominação “ consórcio imobiliário ”, mas que se constitui em um complemento do parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, sendo alternativa para o proprietário atingido. Sobre a requisição urbanística, veja-se os artigos dos colaboradores Márcia Walquíria Batista dos Santos e Cândido Malta Campos Filho.

Outra omissão a lamentar no Estatuto da Cidade é a relação entre o planejamento em nível municipal e aquele em nível regional ou metropolitano. O Capítulo referente às Regiões Metropolitanas existente em versões anteriores foi suprimido na versão final, por incorrer em diversos vícios de inconstitucionalidade. A questão, entretanto, restou totalmente ignorada pelo Projeto de Lei, como se a Política Urbana se reduzisse apenas às questões intramunicipais, sem mesmo mencionar a problemática ambiental.

Foi a propósito que se solicitou a colaboração de Ana Lucia Ancona, Maria Luiza Machado Granziera, Raquel Rolnik e Clementina De Ambrosis.

## **PLANO DIRETOR**

### **Plano Diretor na Política de Desenvolvimento Urbano**

O Plano Diretor municipal deve explicitar os objetivos da política urbana adotada pela comuna. Embora eleito como instrumento básico, o Plano Diretor não é o único, havendo ao seu lado o controle do uso do solo, o Código de Obras, o orçamento, entre outros. Fato é que a política de desenvolvimento urbano tem, segundo o artigo 182, *caput*, da Constituição Federal, dois objetivos gerais, a saber

1. ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, e
2. garantir o bem-estar de seus habitantes.

A função principal do Plano Diretor é, portanto, explicitar esses e outros objetivos da política urbana, individualizando-a em razão de características e potencialidades próprias. O texto do Estatuto da Cidade, conforme pudemos verificar, reduz o conteúdo do Plano Diretor, uma vez que trata apenas de seus aspectos físico-territoriais, abordando questões relativas à propriedade imobiliária urbana e, em especial, à sua função social.

A aferição do atendimento da função social da propriedade urbana será realizada com base nas exigências fundamentais de ordenação da cidade, que devem estar expressas no Plano Diretor. Tais requisitos são dotados de imperatividade, pois o Plano Diretor é mais do que um projeto com longo diagnóstico, com alguns prognósticos, mapas, quadros e tabelas, acompanhado de um conjunto de proposições. Trata-se, na verdade, de uma lei municipal que determina, para o território que alcança, o perfil desejado para todas as propriedades lá situadas, a fim de que, em seu conjunto, sejam atendidas as funções sociais da cidade.

Sobre a obrigatoriedade de elaboração da lei do Plano Diretor, é falacioso afirmar que este será exigido apenas dos municípios com mais de 20 mil habitantes (embora seja esta a redação do artigo 182, § 1º, da Constituição Federal). É que o próprio Texto Constitucional condiciona a aplicação de certos instrumentos urbanísticos à existência de Plano Diretor. É o caso da aplicação do parcelamento, edificação ou utilização compulsórios da propriedade imobiliária urbana, que demandará lei específica municipal para área incluída em seu Plano Diretor. Isso significa que, mesmo não obrigatória para certos municípios a edição do Plano, a ausência implicará impossibilidade de utilização de instrumentos urbanísticos e, conseqüentemente, a falta de meios para implementação das ações reclamadas.

O Estatuto da Cidade ampliou a obrigatoriedade do Plano para as cidades integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, de áreas de especial interesse turístico e aquelas localizadas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional. Além disso, o Estatuto faz depender da existência do Plano a utilização de diversos instrumentos urbanísticos como o direito de preempção, as operações urbanas consorciadas e a transferência do direito de construir, instrumentos estes que os municípios já utilizam, independentemente da edição de Plano Diretor. Por essa razão, não vemos utilidade nem necessidade quanto à exigência de ser editado novo Plano, pois as dificuldades são imensas para aprovação e apenas paralisariam o andamento de operações.

Essa vinculação também trará outra dificuldade bastante desastrosa, que é a referente ao provável cerceamento da criatividade dos municípios para formular novas soluções ou buscar mecanismos não previstos no Plano. Todavia, o artigo 4º do Estatuto da Cidade especifica que os instrumentos elencados nesse dispositivo constituem um rol apenas exemplificativo, pois o legislador utiliza-se da expressão “entre outros instrumentos”.

Sobre o conteúdo mínimo do Plano é preciso dizer que o Estatuto da Cidade preocupou-se, sobremaneira, com a aplicação dos instrumentos mais do que com a própria política urbana, seus objetivos, com a função social da propriedade e com as exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no Plano, que são essenciais para aferir o cumprimento daquela função. Entretanto, essas questões são tratadas diretamente pela Constituição Federal, que, em seu artigo 182 e parágrafos, também disciplina o conteúdo do Plano Diretor. Assim, o que é possível entender é que o conteúdo mínimo do Plano deve ser a soma das disposições constitucionais com as do Estatuto da Cidade, em seu artigo 42.

Aliás, seria suficiente que o Plano elencasse os instrumentos que poderiam ser utilizados para a consecução de seus objetivos, evidenciando que tais instrumentos têm base no Plano e que atende às disposições do Estatuto.

Sobre ser necessária a previsão no Plano Diretor de sistema de acompanhamento e controle de sua execução, não há dúvidas quanto à pertinência, bastando, porém, a obrigação de sua criação e da forma de participação da sociedade civil.

O parágrafo 2º do artigo 40 do Estatuto dispõe que “O Plano Diretor deverá englobar o território do município como um todo”. Ocorre, porém, que, segundo os termos constitucionais, o Plano Diretor deve se referir somente à área urbana. Toshio Mukai é absolutamente taxativo quando conclui em seu texto que o Plano Diretor extrapolará seu âmbito se o mesmo envolver a propriedade rural.

Entendemos, todavia, que a interpretação bem pode ser outra. Além de previsão constitucional referente à proteção ambiental a cargo do Poder

Público (art. 225 e parágrafos), o que inclui todas as esferas de governo e, mais importante, aqui, a proteção de áreas não-urbanas, tem-se igualmente a obrigação de entender que a expansão urbana, aspecto fundamental no Plano Diretor, tratará de reger a urbanização, exatamente, de áreas da zona rural.

Acrescente-se, ainda, que há, no Estatuto da Cidade uma diretriz muito clara e que faz referência à integração de atividades urbanas e rurais, tendo em vista o desenvolvimento socioeconômico do município e do território sob sua influência. Pode ser que o legislador tenha aqui evitado o uso da expressão “zona rural” e se utilizado da fórmula, não muito clara, “área sob sua influência”. Se assim agiu o legislador, qual a razão para incluir o parágrafo 2º do artigo 40?

Quanto à previsão de quórum qualificado para aprovação do Plano, não é difícil afirmar sua inconstitucionalidade, pois a previsão de quórum para aprovação legislativa é tarefa da Lei Orgânica local, não sendo aceitável disposição de lei federal sobre a matéria. A questão é de prática, pois as leis gerais, a exemplo de legislação codificada, são aprovadas, em geral, por meio de quórum qualificado, a fim de requerer das matérias tratadas o máximo de consenso do corpo legislativo.

Da mesma forma, o prazo de revisão de 10 anos do Plano, previsto no parágrafo 3º do artigo 40. A fixação desse prazo, ainda que concordemos quanto a sua adequação e suficiência, também estaria melhor se feita pela lei local, em razão da competência municipal nesse caso.

A participação popular, exigida pelo texto do Estatuto, em seu parágrafo 4º, deverá ser atendida através da realização de audiências públicas, da publicidade, relativas aos documentos e informações produzidos, com garantia de acesso de qualquer interessado. Desatendidas tais condições, a lei do Plano será nula.

## **Plano Diretor no Planejamento Municipal**

A idéia de planejamento e a obrigação de planejar é uma constante no Texto Constitucional de 1988. No caso do município, tais procedimentos

não se esgotam no Plano Diretor. Este é um dos elementos do planejamento e que deve ser considerado como um processo contínuo no tempo.

A Constituição Federal tem no planejamento um dos pressupostos da atuação do governo municipal, dispondo claramente no inciso X do artigo 29: "Cooperação das associações representativas no planejamento municipal". Em campo mais restrito, o Texto Máximo volta a mencionar o planejamento quando trata da competência municipal, fazendo-o nos seguintes termos :

" Art. 30 - .....

VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;"

Esse dispositivo, ao fazer menção ao solo urbano, induz imediata correlação com o artigo 182, que trata da obrigatoriedade de elaboração do Plano Diretor. Todavia, não há, aqui, qualquer repetição, pois que o artigo 182 elenca o Plano Diretor como instrumento básico de planejamento, este previsto como mecanismo de promoção do ordenamento territorial.

Diga-se, mais uma vez, que o ordenamento territorial municipal se faz, inclusive, lançando mão das competências comuns dos entes federados (União e Estados), que exige, igualmente do município, dispor sobre proteção do ambiente natural (paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos, florestas, fauna e flora) e artificial (monumentos); fomento à produção agropecuária e à organização do abastecimento alimentar; construção de moradias e melhorias das condições de saneamento básico e de habitação, entre outras.

Como se vê, essas atribuições não podem ser exercidas apenas levando-se em conta tão-somente a área urbana do território municipal. Nesse sentido, a competência normativa municipal é bastante ampla e deve considerar todo o seu território.

Mas o planejamento contempla também a elaboração de planos de caráter econômico-financeiro, destacando-se o Plano Plurianual, que deve es-

tabelecer, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da Administração Pública para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada. O Plano Plurianual deve contemplar unidades espaciais menores, que, no nível municipal, poderiam ser considerados distritos ou subdistritos, ou, ainda, unidades de planejamento/orçamento instituídas especialmente para esse fim.

Ao lado desse importante instrumento de planejamento, de duração quadrienal, tem-se também, como desdobramento anual, as diretrizes orçamentárias para a elaboração do orçamento para o exercício.

O Plano Diretor integra-se, assim, num processo de planejamento pelo qual a Administração Municipal deverá orientar toda sua ação, tanto no plano físico-territorial como nos aspectos de previsão da arrecadação dos recursos e da fixação das despesas.

## **Participação no Planejamento Municipal**

É incontestável a intensa participação do Poder Legislativo na formulação dos principais instrumentos de planejamento, pois todos necessitam da aprovação de leis que positivam as pretensões.

Mas não somente do Legislativo dependem os instrumentos de planejamento, também da participação ativa da comunidade envolvida, conforme nos referimos linhas atrás.

Aliás, a participação popular é marca da Constituição Federal, que determina ser o poder do povo, que o exercerá por seus representantes ou diretamente. Não poderia ser de outra forma o Estatuto da Cidade, que dedica especial capítulo à Gestão Democrática da Cidade, conforme os artigos 43 a 45.

A questão da participação, entretanto, não constitui tarefa fácil. É, ao contrário, tarefa complexa que exige maturidade coletiva e crença nas instituições democráticas.

A participação popular envolve engajamento desde as primeiras fases do processo de planejamento (avaliação e identificação de problemas) até

sua fase final, que é a de fixar objetivos e de definir prioridades. É condição necessária para o sucesso da empreitada a co-autoria dos planos e programas, isto é, a população deve ser também autora dessas intenções, a fim de que se sinta responsável por sua realização e continuidade.

Para tanto, o dirigente local deverá apropriar-se de metodologias estratégicas que permitam intensa participação popular e maior eficácia possível. A participação se dá na medida do interesse que o assunto provoca; por essa razão, a participação poderá ser, inicialmente, apenas consultiva para, após, assumir um caráter decisório e executivo. Será mais eficaz a participação com o conhecimento de todas as variáveis que podem nortear o plano. Vale dizer, de nada adianta estimular a participação para incentivar tão-somente a reivindicação, pura e simples. Será preciso fornecer aos participantes do processo todas as informações disponíveis para que as propostas possam ser feitas com base em dados de realidade. Por isso, recomendamos a inclusão de informações econômico-financeiras disponíveis nos orçamentos e na lei de diretrizes orçamentárias que servirão de base para a elaboração de programas.

De nada adiantará apresentar à população um muito bem elaborado Plano, cuja elaboração é unilateral, isto é, deve-se tão-somente à Administração e seus técnicos. Nessas circunstâncias, a população não se sentirá co-autora da proposta e por ela não terá qualquer responsabilidade, mesmo porque muitos assuntos escapam ao interesse imediato das pessoas.

Para uma participação eficaz, permitimo-nos sugerir:

- que a participação acompanhe o processo de planejamento, desde o levantamento de problemas, a seleção de prioridades e fixação de objetivos, prosseguindo até a escolha de estratégias para execução;
- que exista transparência nas intenções governamentais;
- que estejam perfeitamente delineadas as atribuições de tarefas e de recursos na fase executiva de cada uma das partes envolvidas;
- que o Plano, em si, seja um documento de linguagem simples e acessível a todos os segmentos da população.



## **Do Parcelamento, Edificação ou Utilização Compulsórios**

De todos os instrumentos urbanísticos relacionados pelo Estatuto da Cidade, o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios é, sem dúvida, aquele que mais inova em relação à função social da propriedade e à execução da política urbana.

Em conseqüência, uma área de terra situada em zona urbana deverá receber, mais cedo ou mais tarde, algum tipo de edificação, seja esta para atender necessidade de habitação seja para prover a cidade de locais para a realização de atividade comercial ou industrial e, mesmo, de lazer.

A definição das áreas vazias que reclamam um aproveitamento mais adequado deve ser feita por lei municipal e prevista no Plano Diretor. Vale dizer, a lei municipal, especialmente editada para a finalidade de compelir o proprietário a dar destinação adequada ao seu imóvel, deverá estar baseada no Plano Diretor, que, repetimos, é o instrumento básico da política urbana.

Tal disposição do Estatuto da Cidade vem reforçar a idéia moderna sobre o direito de propriedade, a de que a propriedade urbana deve cumprir, antes de mais nada, uma função social. Tal desiderato estará plenamente definido na medida em que o Plano Diretor defina, para toda a cidade ou parte dela, os usos desejáveis para as propriedades imobiliárias localizadas no território em referência. Assim, pensamos que as propriedades imobiliárias devem atender não apenas ao interesse individual de seu titular, mas a um interesse coletivo. Não haverá mais lugar para o exercício do direito de propriedade no interesse exclusivo do proprietário, mas voltado ao interesse de toda comunidade, o qual, certamente, deve incluir o do próprio titular. Sobre esse assunto remetemos o leitor para os textos desta obra referentes à função social da propriedade, de autoria de Daniela Campos Libório Di Sarno e Nádia Somehk.

O texto legal do Estatuto da Cidade preconiza que serão determinados o parcelamento, a edificação e a utilização compulsórios para os imóveis não edificados, subutilizados ou não-utilizados. Sobre o primeiro, o não-

edificado, não será preciso explicar, posto que é de clareza meridiana a expressão da lei. Porém, uma questão importante nos ocorre: pode ser considerado edificado um terreno urbano que abrigue tão-somente uma edícula, composta de um único cômodo?

A resposta deve ser encontrada na lei municipal, prevista no Plano Diretor, a qual deve especificar o nível de aproveitamento mínimo aceitável, bem como os usos permitidos, conforme o § 1º do artigo 5º do Estatuto da Cidade.

Desse modo, a edificação e a utilização dos imóveis urbanos devem caminhar juntas. O aproveitamento do imóvel deve ser, pois, igual ou superior ao mínimo definido no Plano ou em legislação a ele vinculada.

A utilização de um imóvel urbano é exigência da lei. Daí podermos dizer que a ociosidade ou o “ não-uso ” de imóvel urbano é descartada pela lei. Todos os imóveis situados em zona urbana devem apresentar uma utilização e esta deve ser compatível com as hipóteses legais. No caso específico de leis ambientais, no entanto, a utilização de imóveis é, na verdade, a sua “ não-utilização ”. Explicamos.

As leis ambientais são, regra geral, constituídas de normas protetoras do ambiente natural. O ambiente natural é protegido a fim de se preservar a flora, a fauna e a vegetação ali presente. Para esse tipo de imóvel, ainda que situado em zona urbana, a lei ambiental deverá impedir a utilização que implique edificação que, na maioria das vezes, resultará em destruição do ambiente natural. Nesses casos, teríamos como adequada a não-edificação nos moldes tradicionais, mas admitida certa utilização, e até alguma edificação, nos limites definidos pela lei. A anulação completa da possibilidade de utilização de bem imóvel resultará, para seu titular, direito à indenização. Assim, entendemos que a proibição de edificar e de utilizar imóvel urbano com vistas à proteção ambiental deve ser exigida com muita cautela, a fim de evitar futuros embates jurídicos acerca da subtração dos elementos característicos do direito de propriedade, quais sejam: uso, gozo e disposição do bem.

Neste ponto, outra indagação poderia ser feita: após a edificação compulsória em terreno urbano, e destinada a uso residencial ou comercial, poderia o proprietário mantê-la desocupada? Estaria ele incorrendo em descumprimento da norma geral legal, que exige a utilização de imóvel urbano? Entendemos que sim, pois, ao lado da edificação, sempre estará a utilização do imóvel. A construção em área urbana não é um fim em si mesma. A ocupação de imóvel urbano e sua utilização para uma finalidade urbana é o que se deseja alcançar, e não a mera edificação.

Resumidamente, a lei municipal que definir área para edificação ou utilização compulsórias ou mesmo o parcelamento de glebas indivisas, deverá ter por base a área abrangida pelo Plano Diretor. A edificação obedecerá à legislação edilícia pertinente (Código de Obras) e também às normas voltadas ao uso e ocupação do solo (zoneamento), devendo o parcelamento (loteamento e desmembramento) atender à lei de parcelamento do solo municipal e às normas gerais da Lei 6.766/79, com as alterações posteriores da Lei 9.785/99.

O Estatuto da Cidade estabelece que a edificação, parcelamento e utilização compulsórios constituirão, para os proprietários de imóveis urbanos, verdadeiras obrigações de fazer, cujo credor é o Poder Público municipal. O Poder Executivo será o executor das ações voltadas à realização das exigências constantes dessas obrigações de fazer, devendo, para tanto, notificar o proprietário, pessoalmente ou por edital. A notificação é importante, pois o prazo para cumprimento da obrigação começará a fluir a partir dessa data.

O Estatuto da Cidade em seu art. 5º, § 4º, estabelece dois prazos mínimos, podendo a lei municipal ampliar tais prazos.

A lei municipal deverá estabelecer os prazos que entender suficientes para o cumprimento da obrigação imposta. Mas eles não devem ser extremamente dilatados, sob pena de tornar a exigência obsoleta em razão de modificações físicas e territoriais futuras. Não devem, por outro lado, ser exíguos a ponto de ser impossível atender às exigências legais para empreendimentos mais complexos.

Quanto aos prazos máximos de execução, o próprio projeto deverá contemplá-los. No caso do parcelamento do solo, em especial o loteamento, a Lei 6.766/79 determina que o prazo de execução do projeto aprovado será aquele constante do cronograma que faz parte do projeto.

Atente-se que, no caso de parcelamento do solo compulsório, o proprietário deverá também obter da prefeitura as diretrizes para elaboração do projeto, que, uma vez fornecidas, valem por quatro anos. Isso não quer dizer que o proprietário tenha direito de utilizar todo esse prazo para apresentar o projeto. Cremos que o prazo máximo de apresentação do projeto pode ser menor, embora as diretrizes permaneçam válidas por prazo maior. É que a obrigação de parcelar não guarda relação com a atividade urbanística de parcelamento no que respeita aos prazos facultados ao parcelador não obrigado a tal medida. São normas que devem se complementar.

Ainda no caso do parcelamento compulsório, o prazo para o cronograma de execução não poderá ser superior a quatro anos (art. 9º, *caput* da Lei 6.766/79, com a redação dada pela Lei 9.875/99). Daí decorrer a afirmação de que o prazo máximo de conclusão das obras será de quatro anos. Mas, e o prazo máximo para início das obras? Este será determinado no cronograma aprovado, conforme dissemos acima. Entretanto, por disposição da norma legal do Estatuto da Cidade, o prazo para início das obras é de, no mínimo, dois anos. Ora, o cronograma apresentado poderá ter início somente dois anos após sua aprovação? Entendemos que, se o proprietário apresentar um projeto de parcelamento, cujo cronograma de execução tenha início imediato, isto é, seguido à aprovação, o prazo de início das obras, garantido pelo Estatuto da Cidade, foi desconsiderado pelo parcelador obrigado. É possível tal entendimento na medida em que o prazo atua em favor daquele ao qual se destina, podendo, por isso, dele se utilizar de forma integral ou apenas parcial, ou, ainda, ignorá-lo para dar início imediato às obras.

As considerações acima foram feitas tão-somente na tentativa de equacionar e de dar complementariedade às normas legais que tratam da

mesma matéria. Todavia, é possível encontrar situações concretas em que tal interpretação não será possível, apresentando um conflito de normas cuja solução será obtida pela via judicial.

Como última observação, a obrigação imposta ao proprietário pela notificação obrigará também os sucessores, seja por *causa mortis* ou decorrente de ato inter-vivos, isto é, a transmissão do imóvel em razão de falecimento do proprietário ou de alienação do bem (venda e compra) não extinguirá a obrigação de fazer nem interromperá qualquer prazo. A obrigação é ônus agregado ao imóvel, vez que a notificação será averbada no Cartório de Registro de Imóveis, devendo, por isso, ser novamente averbada quando de seu cumprimento.

## **Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana – IPTU Progressivo no Tempo**

Como decorrência do não cumprimento das obrigações impostas ao proprietário de imóvel urbano consistentes em edificação, utilização ou parcelamento, o Estatuto da Cidade, lei federal, regula a tão esperada (desde 1988) possibilidade de aplicação da norma do inciso II, § 4º, do artigo 182 da Constituição Federal.

Trata-se de sancionar, pelo IPTU progressivo no tempo, o proprietário inadimplente de obrigação imposta pelo Poder Público municipal que, baseado em lei local, exigiu determinada prestação de fazer especificada em notificação regularmente expedida e recebida.

Pode-se distinguir na Constituição Federal três modalidades de progressividade do IPTU, a saber:

A primeira é aquela prevista no artigo 145, § 1º, entre os Princípios Gerais (Seção I) do Sistema Tributário Nacional (Capítulo II) do Título VII (Da Tributação e Orçamento), *in verbis*:

“ Art. 145 – .....

§ 1º – Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado

à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

.....”

Tal dispositivo se aplica a todos os impostos, e não há porque o IPTU ser uma exceção.

A segunda modalidade é específica para o IPTU, prevista no artigo 156, § 1º, da Constituição Federal, conforme segue:

“ Art. 156 – Compete aos municípios instituir impostos sobre:

I – propriedade predial e territorial urbana;

.....

§ 1º – O imposto previsto no inciso I poderá ser progressivo, nos termos de lei municipal, de forma a assegurar o cumprimento da função social da propriedade.”

A Emenda Constitucional 29, de 2000, já comentada, deu nova redação a esse parágrafo, deixando explícito que tal imposto pode ser progressivo em razão do valor do imóvel e possuir alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel.

A terceira modalidade é a progressividade no tempo, objeto do artigo 182, § 4º, da Constituição Federal. Tal progressividade, obviamente, não possui finalidade arrecadatória ou fiscal. Deve ser aplicado quando houver, por parte do contribuinte obrigado a certa “prestação de fazer”, inadimplemento da mesma.

Embora a Constituição Federal determine que o IPTU poderá ser progressivo nos termos da lei municipal, sua incidência somente será possível para assegurar o cumprimento da função social da propriedade, expressa no Plano Diretor, instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. Por essa razão, a Constituição Federal prevê a faculdade para o município de editar lei específica, baseada em seu Plano Diretor,

para, nos termos de lei federal, exigir o aproveitamento adequado de imóveis urbanos que, basicamente, se resumem em edificação e em parcelamento de glebas indivisas existentes no meio urbano, com grandes prejuízos a coletividade.

O Estatuto da Cidade vem definir que o adequado aproveitamento de imóvel urbano é o que atende ao mínimo definido no Plano Diretor ou em legislação urbanística ou ambiental dele decorrente.

A *contrario sensu*, o imóvel urbano que não seja edificado, por exemplo, será considerado como inadequado, pois, para o mínimo de aproveitamento, certamente, se exigirá o mínimo de edificação, salvo em especialíssimos casos, em que a não-edificação do terreno seja exatamente o adequado aproveitamento (sobre esse tema veja-se o texto de Bona de Villa nesta obra). O imóvel urbano, com utilização em desacordo com a legislação urbanística, a exemplo de uso comercial em zona residencial, também poderá ser compelido a atender à legislação, como obrigação de fazer ou de dar ao imóvel o uso desejado pela lei, sob pena de sanção imposta através do IPTU progressivo no tempo.

Conforme se vê, a função social dos imóveis urbanos será configurada por meio de disposições do Plano Diretor ou de normas da legislação dele decorrente. O não-atendimento dessas disposições propiciará ao município a determinação ao proprietário de realizar o adequado aproveitamento, sob pena de incorrer nessa sanção.

Assim, o Estatuto da Cidade, para garantir o atendimento da função social fixada para o imóvel, possibilita a aplicação de medidas coercitivas administrativas, como é o caso da edificação, do uso e do parcelamento compulsórios, que, uma vez não atendidas, resultará em sanções de natureza tributária e, no limite, em desapropriação do imóvel com pagamento da indenização correspondente, caso diverso daquele previsto para a desapropriação ordinária, que instituirá o imposto em sua nova roupagem jurídica.

Segundo o Estatuto da Cidade, em seu artigo 7º, *caput*, a aplicação do

IPTU progressivo será possível nos casos em que houver descumprimento das obrigações impostas (edificar, utilizar ou parcelar) e mesmo a inobservância dos prazos para elas fixados.

A progressividade relaciona-se com a majoração da alíquota do imposto pelo prazo de 5 (cinco) anos consecutivos, cujo percentual não poderá ser superior a duas vezes o valor do ano anterior, sendo de 15% a alíquota máxima.

O imóvel urbano submetido a uma exigência voltada à edificação, utilização ou parcelamento sujeitar-se-á a uma sanção de natureza tributária, tendo em vista o descumprimento de obrigação imposta pelo órgão público municipal. O momento certo para aplicação da sanção ou do IPTU progressivo será o da data seguinte ao esgotamento do prazo legal para o cumprimento da obrigação. Assim, se o proprietário de imóvel urbano obrigado a edificar não apresentar o projeto no órgão municipal competente no prazo de, digamos, um ano, contado da notificação expedida, o Poder Público municipal estará autorizado a aplicar a sanção no dia seguinte ao esgotamento daquele prazo.

Anote-se, ademais, que a lei que instituir o IPTU progressivo no tempo deverá ser editada no ano anterior ao de sua aplicação, sob pena de restar vedada a cobrança no mesmo ano. Tal exigência se encontra entre aquelas determinadas pela Constituição Federal referentes às limitações ao poder de tributar, em que é vedado aos entes federados (União, Estados e municípios) cobrar tributos no mesmo exercício financeiro em que tenha sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou (art. 150, inciso III, letra "b", da CF). Quanto à cobrança do valor do imposto, sua operação deverá exigir novo lançamento do imposto, pois o valor devido será maior do que o exigido para o IPTU não-progressivo.

Este é um aspecto interessante desse novo imposto, pois, em razão do momento em que ele pode ser exigido, poderá não ser coincidente com o ano fiscal adotado para o IPTU não-progressivo. Este é normalmente exigido a partir do dia 1º de janeiro de cada ano. O IPTU concebido nos moldes da progressividade no tempo poderá adotar outra referência de tempo,



mesmo porque sua exigibilidade somente será admitida quando e se o proprietário deixar de atender à obrigação imposta pelo Poder Público.

Dessa forma, o IPTU progressivo será exigível através de novo lançamento para o contribuinte, que poderá conter tão-somente a diferença apurada entre o valor do IPTU não-progressivo e o valor calculado com a nova alíquota, pois a base de cálculo do imposto será a mesma. A lei municipal instituidora do IPTU progressivo deverá observar, no entanto, o disposto no § 1º do artigo 7º do Estatuto da Cidade, que impõe um limite para as alíquotas anuais que não poderão exceder a duas vezes o valor do ano anterior, sendo a alíquota máxima de 15%. Aliás, esta alíquota de 15% poderá ser mantida até que a obrigação de parcelar, edificar ou utilizar seja cumprida, conforme estabelece o § 2º do artigo 7º do Estatuto da Cidade.

Ao finalizar este comentário, não poderíamos deixar de fazer menção ao disposto no § 3º do artigo 7º do Projeto de Lei – Estatuto da Cidade. O texto legal preconiza que: “ § 3º ( É vedada a concessão de isenções ou de anistia relativas à tributação progressiva de que trata este artigo.” Ora, salta aos olhos a inconstitucionalidade de tal norma por infringir a autonomia municipal, elemento básico do sistema constitucional federativo, que garante aos entes federados autonomias e capacidades próprias, conforme o artigo 18, *caput*, da Constituição Federal. Além disso, a instituição de impostos obedece, segundo determina a Constituição Federal, normas de exclusividade de cada ente federado, isto é, é o próprio Texto Constitucional que estabelece as competências para a instituição dos tributos. No caso dos municípios, o comando está no artigo 156, onde se lê, no inciso I, competir a eles instituir imposto sobre propriedade predial e territorial urbana, sendo vedado expressamente à União “ instituir isenções de tributos de competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos municípios” (art. 151, inciso III). Ora, a repartição de competências, especialmente a tributária, é rígida e exclusiva, não havendo competências concorrentes entre os entes. Por essa razão, não cabe à lei federal proibir ou admitir qualquer isenção ou anistia de tributos que não sejam da esfera de competência tributária da União.

Nesse caso, a norma inscrita no § 3º do artigo 7º do Estatuto da Cidade é inconstitucional, devendo, por isso, ser retirada do texto através das formas previstas.

Todavia, é bom que se diga que a isenção ou anistia desse imposto deverá ser objeto de muito critério e extensa reflexão por parte dos municípios que delas cogitarem, pois a dispensa do pagamento do tributo é medida contrária ao espírito da norma que pretende sancionar o proprietário faltoso e que, por isso, não deve, salvo casos especialíssimos, ser beneficiado. Anote-se, ademais, que a isenção ou anistia de tributo configura hipótese de renúncia de receita, nos termos do artigo 14 da Lei de Responsabilidade na Gestão Fiscal – Lei Federal Complementar 101, de 4 de maio de 2000, que determina uma série de providências obrigatórias para que a renúncia possa ser realizada.

## Usucapião Especial de Imóvel Urbano

Desde há muito, as Constituições brasileiras albergam o instituto de natureza civil do usucapião. Entretanto, foi na Constituição Federal de 1988 que tal instituto adquiriu *status* constitucional, conforme se verifica na letra do *caput* do artigo 183 do Texto Máximo:

“ Art. 183 – Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.”

A presença do instituto do usucapião urbano no Texto Constitucional atende à necessidade de prover o ordenamento jurídico infra-constitucional de base sólida para o reconhecimento da propriedade urbana, com fundamento no uso “ pró-moradia” . De fato, o instituto já era por demais conhecido e utilizado no Brasil, mas dependia de um largo espaço de tempo que deveria ser comprovado a fim de possibilitar a aquisição do domínio.

A realidade urbana, com suas constantes modificações, estava a requerer um instituto que albergasse não apenas o direito ao domínio em razão

da simples inércia do proprietário original, que nada realizava no sentido de recuperar a posse de sua propriedade, mas da aquisição do domínio fundada na utilização do imóvel para fins de moradia, uma das principais exigências para a utilização das propriedades imobiliárias urbanas.

O assunto foi tratado nesta obra, de maneira a esgotar sua apreciação, sob a ótica do direito, que não nos cabe aqui repeti-las (ver artigo de Paulo José Villela Lomar).

Teríamos apenas a tarefa de explicitar a atuação do Poder Público municipal quando se encontrar frente a situações que demandem a utilização, por parte de particulares, do instituto do usucapião urbano "pró-moradia".

Claro está que a utilização desse importante modo de aquisição da propriedade imobiliária dependerá sempre de relações jurídicas e jurídicas processuais que se darão na esfera privada das pessoas, em que a pessoa pública será chamada apenas para declarar o direito pleiteado, no caso, o Poder Judiciário da esfera política do Estado.

A utilização do usucapião "pró-moradia" depende, como sabemos, da iniciativa dos particulares que possuam as condições estabelecidas pela norma constitucional e, também agora, pelos requisitos inseridos pelo Estatuto da Cidade. A participação do Poder Público municipal nas questões que envolvam reconhecimento judicial de posse prolongada e da utilização "pró-moradia" será, a nosso ver, a de oferecer aos particulares envolvidos assistência jurídica e, se necessária, pericial, a fim de que possam pleitear o direito, atendidas as exigências processuais, que não são poucas.

Segundo o Estatuto da Cidade, será possível o pleito do usucapião "pró-moradia" ou constitucional de forma coletiva, conforme se verifica no artigo 10 do mencionado diploma. Esta será, cremos, a oportunidade mais concreta de atuação do Poder Público municipal em direção à regularização fundiária de áreas urbanas ocupadas por população de baixa renda caso não seja possível a perfeita identificação dos terrenos ocupados por cada possuidor.

Enquanto no usucapião individual “pró-moradia” o Poder Público Municipal terá pouco ou nada a fazer, pois, nesses casos, os terrenos urbanos estão dispersos na área urbana, no coletivo, haverá interesse público para a atuação, pois a solução se dará para grandes áreas ocupadas ou, no mínimo, alcançará muitas pessoas, o que maximizará a relação custo/benefício do empreendimento.

O usucapião coletivo resultará na constituição de um condomínio especial, pois a sentença atribuirá a cada possuidor frações ideais de terreno. Note-se, aqui, que a lei (Estatuto da Cidade) inovou naquilo que respeita à aquisição do domínio *pro tempore*, pois até então o usucapiendo teria como resultado de seu pleito o domínio particularizado e não aquele estabelecido em conjunto com outros possuidores. Todavia, a solução inaugurada pelo Estatuto apresenta enorme vanguarda na mediação dos problemas trazidos pela ocupação não ordenada das áreas urbanas.

A busca, no entanto, de regularização das áreas ocupadas por favelas pode ser obtida, igualmente, pela exigência de parcelamento compulsório da área indivisa ou pela regularização do loteamento. Tais medidas, é evidente, obrigariam o proprietário da gleba a agir sem necessidade de qualquer iniciativa por parte dos possuidores, que, no entanto, receberiam títulos individuais de propriedade de seus terrenos.

De volta à questão do usucapião coletivo, o Poder Público municipal poderá oferecer à população envolvida, além do suporte jurídico, suporte arquitetônico com a finalidade de apresentar para a área a melhor conformação física do condomínio especial a ser constituído. Anote-se, entretanto, que a constituição de condomínio implicará a não existência de áreas públicas destinadas a equipamentos comunitários, áreas verdes e institucionais. Todavia, tais áreas poderão ser previstas no projeto de forma a permitir, no futuro, a instalação de importantes equipamentos públicos, tais como escolas, unidades básicas de saúde e áreas de lazer. A utilização, no entanto, dessas áreas não será em razão de domínio público da propriedade, mas da cessão de uso das mesmas para finalidades específicas e de interesse social.

Outra questão seria a fixação de índices urbanísticos especiais para esses condomínios. Para tanto, o Poder Público municipal poderia declarar zona de interesse social os condomínios especiais constituídos a partir de usucapião coletivo "pró-moradia". Nesses locais, as regras atinentes à construção de moradias e de utilização das edificações obedeceriam a regras exclusivas e diferenciadas daquelas incidentes nas demais áreas urbanas.

É de se ver que a constituição de condomínios especiais, em razão de usucapião coletivo, deverá ser contemplada no Plano Diretor, a fim de que a atuação municipal posterior esteja perfeitamente conformada na lei, legitimando os atos administrativos que deverão ser implementados pelo gestor público.

### **Da Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia**

Bastante polêmico, esse instrumento prevê a concessão de uso de áreas públicas quando as mesmas se encontrarem ocupadas por pessoas que delas se utilizem para sua moradia ou de sua família.

Aparentemente, a concessão de uso dessas áreas, prevista no Estatuto da Cidade, em seu artigo 15 e seguintes, resultaria, na prática, no usucapião de áreas públicas, que, como sabemos, é impossível juridicamente, vez que a própria Constituição Federal dispõe:

" Art. 183 – .....

§ 3º ( Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião."

Entretanto, a concessão de uso, nos moldes fixados pelo Estatuto, oferece uma alternativa que não passa pela aquisição de pleno domínio da propriedade, mas tão-somente pelo uso autorizado da propriedade pública. O instituto da concessão de uso é bastante conhecido pelo Direito Administrativo, que, sobre ele, já fixou conceitos e requisitos.

Segundo a doutrina do celebrado jurista Hely Lopes Meirelles, concessão de uso " é o contrato administrativo pelo qual o Poder Público atribui a utilização exclusiva de um bem de seu domínio a particular, para que o

explore segundo sua destinação específica.” (in: *Direito administrativo brasileiro*, 11ª ed., atualizada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 436). Sua celebração se dá por meio de um contrato, o que caracteriza o instituto como um acordo estável e duradouro, diferente dos institutos da permissão e da autorização de uso. Alerta Hely Lopes Meirelles que esse contrato garante a seu titular “um direito pessoal de uso especial sobre o bem público, privativo e realizado *intuito personae*, embora admita fins lucrativos. É o que ocorre com a concessão de uso remunerado de um hotel municipal, de áreas em mercado ou de locais para bares e restaurantes em edifícios ou logradouros públicos” (ob. cit. p. 436).

A concessão de uso de bem público, embora contratual, rege-se por disposições especiais que submetem todos os contratos administrativos, sendo, por isso, prevalente o interesse público sobre o individual, admitida a revogação de cláusulas e a rescisão antecipada. A concessão, nesses moldes, em muito difere da locação, muito embora possa a concessão ser remunerada, pois a concessão de uso de bem público é contrato administrativo, submetendo-se a normas de direito público e não de direito privado. Não se trata igualmente de comodato, mesmo quando a concessão é realizada de forma gratuita.

Estão presentes no ordenamento jurídico normas legais que disciplinam os contratos administrativos, dispostas na Lei 8.666/93 e alterações posteriores, a denominada Lei de Licitações e Contratos, que sujeitam todos os ajustes realizados por órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares quando houver um acordo de vontades para a formação do vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

Entretanto, essa mesma lei estabelece hipóteses nas quais será possível dispensar o procedimento licitatório. A concessão de uso de imóveis públicos é uma delas, desde que utilizados em programas habitacionais de interesse social, realizados por entidade pública incumbida de tal finalidade.

Todavia, o Estatuto da Cidade, ao tratar do instituto da concessão de uso de imóveis públicos, o faz de maneira muito particularizada, a come-

çar por denominá-lo de “concessão de uso especial para fins de moradia”. Daí decorrer a idéia de que o instituto, regulado pelo Estatuto da Cidade, refere-se apenas a um determinado uso, que é o de moradia, sendo impróprio qualquer outro. Além disso, impõe condições que devem estar presentes quando se cogitar da concessão. São elas:

- área máxima ocupada de até 250 m<sup>2</sup>;
- ocupação ininterrupta e sem oposição por 5 anos;
- utilização para moradia, própria ou da família, e
- não ser proprietário ou concessionário de outro imóvel, urbano ou rural.

Questão importante e que deve ser destacada é a de que a concessão de uso, tal como prevista no Estatuto da Cidade, não decorre de um acordo de vontades, isto é, de um contrato, em que as partes possuem, precedentemente à sua celebração, liberdade de contratar ou de não fazê-lo. Isso cria, por assim dizer, uma obrigação para a Administração Pública, titular do domínio, que deverá celebrar o contrato quando o particular resolver exercer seu direito, uma vez preenchidos os requisitos. Sim, porque o Estatuto previu a concessão de uso especial para fins de moradia como direito subjetivo do particular, ocupante de área pública, quando implementadas as condições legais.

Observe-se, pois, que o instituto regulado na forma do Estatuto inaugura novo instrumento de regulação urbanística, que não encontra no Direito Administrativo qualquer precedente. Em todos os institutos examinados sob a ótica do Direito Administrativo, encontramos, como ponto inicial, uma liberalidade da Administração que poderá ser concretizada se e quando a lei autorizar. Na espécie, observamos a dispensabilidade da lei autorizadora, pois a lei federal definiu essa concessão de uso como um direito subjetivo condicionado, que, por essa razão, independe de lei específica que o autorize. Caberá à Administração Pública tão-somente o exame do implemento das condições legais.

Embora seja, a nosso ver, dispensável qualquer autorização legal para a

concessão especial, cremos que deverá ser editada lei municipal que autorize o chefe do Executivo a adotar todas as medidas necessárias à implementação da urbanificação da área pública. Tratar-se-á de um plano executivo cujo objetivo será o de assegurar a manutenção dos ocupantes, oferecendo-lhes a concessão de uso especial, além de outras medidas referentes à intervenção física no imóvel.

A verificação da condições impostas pela lei demandarão do particular a prova de tais fatos jurídicos relevantes à obtenção do direito. Entretanto, a prova de “ não ser proprietário ou concessionário de outro imóvel urbano ou rural ” poderá ser demandada da própria Administração, única pessoa apta a prestar tais informações. O Estatuto não esclarece se o fato “ proprietário ou concessionário ” deve ser entendido como sendo apenas no âmbito do território municipal onde se pleiteia o direito ou se em todo o território nacional. Por “ imóvel ”, entretanto, deve ser entendido o imóvel de domínio privado. O que parece pretender o Estatuto é a certeza, relativa, de que, no momento em que se realiza a concessão de uso, o particular não possua, como proprietário ou como ocupante autorizado, nenhum outro imóvel.

Note-se, todavia, que, se o particular, concessionário de uso de imóvel público, tornar-se proprietário de outro imóvel, digamos urbano, a concessão não se resolverá. Isso porque o Estatuto elegeu como causas de extinção da concessão apenas dois fatos: o concessionário dar ao imóvel destinação diversa da moradia e rememorar seu imóvel a outro também concedido.

Tal situação nos leva a refletir sobre a possibilidade de ser fixada, na lei municipal que autorizar a implantação da urbanificação, uma nova hipótese de rescisão da concessão, que seria o fato de o concessionário haver se tornado proprietário de outro imóvel, urbano ou rural, no território do município. Tal condição, resolutiva do contrato de concessão, afigura-se nos importante, vez que o concessionário não mais reúne as condições iniciais do ajuste, isto é, a de ser pessoa não possuidora de imóvel para sua moradia. A retomada do imóvel concedido possibilitaria nova concessão a outra pessoa.



## Do Direito de Preempção

O direito de preempção é a preferência concedida a certa pessoa para a realização de determinado ato jurídico. Assim é que, nos contratos de locação de imóveis, o locatário tem direito à preferência para adquirir, por compra e venda, o imóvel a ele locado. A disposição faz sentido, pois é lógico pensar que o locatário é, do conjunto de possíveis interessados, aquele que mais fortemente teria interesse no futuro negócio, pois é ele, locatário, quem exerce a posse do imóvel.

Da mesma maneira podem ser vistas as áreas urbanas disponíveis no território do município.

A execução de qualquer intervenção urbana sempre necessitará de uma base física, de uma terra onde se possa implementar um plano urbanístico. As áreas urbanas disponíveis e de domínio público podem, em muitos casos, não atender plenamente à necessidade do Poder Público, responsável pela execução de projetos urbanísticos. Não se trata apenas de quantidade de terras, mas, sobretudo, de sua qualidade, isto é, de localização, rede de serviços públicos já instalada ou equipamentos urbanos existentes, entre outras qualidades.

A obtenção dessas áreas não é tarefa fácil, pois dependerão de longas e exaustivas tratativas, mecânica usual nos negócios imobiliários, em geral. Além disso, a aquisição de bens, móveis ou imóveis, pelo Poder Público, requer o atendimento de inúmeras regras legais que não podem ser cumpridas em curto espaço de tempo. A tarefa de aquisição de terras requer também constante pesquisa de mercado e observação de seu comportamento para a avaliação de preço e, mais importante, da oferta de imóveis.

O direito de preempção, tal como regulado pelo Estatuto da Cidade, poderá reduzir essas atividades voltadas à obtenção de terras, na medida em que as áreas urbanas, adequadas para os projetos urbanísticos que se deseja implantar, devem ser oferecidas primeiramente ao Poder Público. Anote-se, ademais, que o instituto da preempção deverá provocar certa retração de preços no mercado imobiliário, conforme pondera Eurico de

Andrade Azevedo, em seu artigo nesta obra.

Para tanto, o Estatuto exige a edição de lei municipal, sempre baseada no Plano Diretor, que delimitará a área em que a preempção poderá ser exercida. Essas áreas seriam aquelas próprias para a execução de projetos habitacionais de interesse social, implantação de novos equipamentos urbanos e comunitários, criação de espaços de lazer e áreas verdes ou, ainda, para proteção ambiental (ambiente natural, entendido como bosques, florestas e vegetação original ou artificial, como prédios de valor histórico, cultural ou paisagístico).

A aplicação do direito de preempção pelo município, executor que é da política urbana local, deve, entretanto, ser precedida de fonte de recursos orçamentários e financeiros, a fim de que a aquisição possa se realizar. Significa dizer que a aquisição por meio do exercício desse direito demandará grandes esforços do planejamento, pois o negócio imobiliário deve ser realizado em tempo muito inferior ao usualmente utilizado para aquisição por meio da desapropriação. É importante alertar, igualmente, para os dispositivos da Lei de Responsabilidade na Gestão Fiscal – Lei Complementar 101/2000, que prevêem a fixação, pelo Congresso Nacional, de Limites da Dívida Pública, que serão calculados sobre a receita corrente líquida.

Conforme se verifica, a utilização do direito de preempção depende de muitos fatores que devem ser previamente analisados, especialmente aqueles atinentes à utilização dos imóveis adquiridos, pois haveria para o proprietário oposição ao exercício do direito caso o município não dê ao imóvel a finalidade explicitada na lei.

Resta aduzir a estes comentários que a aquisição de imóveis pelo Poder Público deve observar também as regras legais impostas por legislação reguladora do procedimento licitatório, que, entre nós, é disciplinada pela Lei 8.666/93, com as modificações introduzidas pela Lei 8.883/94. De acordo com o artigo 24, inciso X, da mencionada lei, é dispensável a licitação “ para compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípua da Administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem sua escolha, desde que o preço seja

compatível com o valor de mercado, segundo a avaliação prévia." Conforme se observa, a licitação pode deixar de ser realizada em caso do exercício do direito de preempção, pois a necessidade do imóvel estará amplamente explicitada na própria lei municipal que fez incidir tal direito na área indicada. Todavia, a Lei de Licitações determina prévia avaliação e compatibilidade de preço com o mercado. Tais providências deverão ser tomadas pela Administração no momento do recebimento da notificação do proprietário para, somente após, ser concretizado o negócio.

Interessante notar que a notificação enviada pelo proprietário-vendedor será acompanhada de proposta de compra, assinada por terceiro interessado na aquisição. Em regra, a oferta de compra para quem dispõe do direito de preempção não admite contra-oferta. Vale dizer, não é facultado ao notificado negociar as condições constantes da proposta. Negociá-la significará sua não aceitação e, conseqüentemente, manifestação negativa quanto ao interesse na compra, liberando o vendedor (proponente) para outro interessado. Assim, não nos parece possível haver para a Administração oportunidade de negociar as condições, ainda que a avaliação realizada exija diminuição dos valores propostos.

## **Outorga Onerosa do Direito de Construir**

Denomina-se outorga onerosa do direito de construir a concessão pública dada ao particular para que este construa acima dos limites definidos em lei urbanística. Trata-se da criação de áreas, sobre ou sob o solo natural, diferentes daquelas fixadas na lei de zoneamento.

O Projeto de Lei 5.788/90 – Estatuto da Cidade – também inaugura outra possibilidade de concessão ao particular, que é a de alterar o uso do solo, mediante contrapartida do beneficiário.

Assim, ao examinarmos esse instrumento, é preciso ter em conta que não se trata apenas de construir além do coeficiente de aproveitamento dos terrenos, mas igualmente de alterar o uso definido pela legislação referente ao zoneamento.

A outorga onerosa é um importante instrumento de política urbana,

pois sua aplicação servirá para controle da densidade de ocupação das áreas urbanas. O zoneamento define o coeficiente de aproveitamento para as zonas urbanas, podendo ser básico, único ou diferenciado para áreas específicas na zona urbana. A outorga onerosa será empreendida quando houver necessidade de adensamento ou de alteração de uso em certa localidade urbana.

Para tanto, deverá o município adotar em seu Plano Diretor limites máximos de coeficientes de aproveitamento, considerando a proporcionalidade entre a infra-estrutura existente e o aumento de densidade desejado. Os limites estabelecidos constituir-se-ão em “estoques de áreas” que poderão ser oferecidas aos particulares interessados em adquirir solo para edificação acima dos limites normais determinados pelo coeficiente de aproveitamento.

Esta é uma providência importante, pois será preciso controlar a aplicação do solo criado, sob pena de o instrumento não encontrar sua finalidade mais abrangente, que é a de estimular o adensamento em zonas onde tal fenômeno é desejável. Da mesma forma, a alteração de uso de imóveis poderá ser admitida caso o Plano Diretor assim determine, a fim de proporcionar ocupação diferenciada da originalmente estabelecida, com vistas à melhor utilização dos imóveis localizados na zona.

Outra questão importante é a de ser fixado, em lei municipal específica para a outorga onerosa, o valor da contrapartida a ser quitado pelo beneficiário do solo criado. Na redação original do Projeto de Lei 5.788/90 – Estatuto da Cidade, constavam algumas hipóteses, a saber: ativos financeiros; bens imóveis; execução de obras e serviços relevantes para o desenvolvimento urbano municipal, e créditos relativos a indenizações não pagas pelo município. À época havíamos nos pronunciado a respeito dessas alternativas, entendendo que melhor seria que a lei federal deixasse à escolha do município tal determinação, posto que a própria lei municipal específica que autorizasse a aplicação do instrumento estabelecesse, de plano, a forma de pagamento. Na redação final do Projeto, tal como foi aprovado na Câmara dos Deputados, as hipóteses, então previs-

tas, foram suprimidas do texto. Assim, fica à lei municipal a incumbência de fixar tais modalidades.

Ponto importantíssimo é aquele referente ao valor da outorga onerosa de solo. Como definir esse valor econômico? No primeiro momento nos ocorre que seria algo voltado ao valor do metro quadrado praticado na região de localização do imóvel, pois a construção será realizada no próprio imóvel e não em outro, como ocorre com a transferência do direito de construir. Entretanto, tal critério não levaria em conta o quantum de benefício público que vai ser apreciado pelo particular, sabendo que ele irá construir além do permitido pelo zoneamento, em razão de um interesse público específico. Seria necessário adotar como critério para o cálculo do valor as despesas que o Poder Público terá para atender a população que irá adensar o local.

É interessante notar que a possibilidade de criação de solo decorre sempre de uma vontade pública, formada a partir da compreensão de uma necessidade que emerge da própria dinâmica da cidade. Se é certo que o Poder Público deve prevenir o adensamento de certos núcleos urbanos, também deve prevenir-se da instalação de equipamentos urbanos adequados, em quantidade e em qualidade suficientes para atender essa população.

O solo criado possibilita essa realização na medida em que oferece ao particular oportunidades de ganho efetivo, fundado na construção de solos habitáveis, mas que, em contrapartida, ele mesmo, o particular, oferecerá os meios para a edificação de equipamentos públicos necessários.

É curioso verificar que na implantação de loteamentos urbanos a lei já absorveu tal realidade ao exigir do parcelador áreas públicas para a instalação de equipamentos comunitários ou institucionais. Todavia, quando se trata de construir, fato que afeta intensamente a densidade populacional, a lei nada exige do construtor, que, ao realizar seu intento, nada transfere à cidade.

O direito de construir permanecerá intacto se a cada lote urbano cou-

besse sempre um potencial construtivo igual e que, havendo interesse público em adensar mais certa região, o Poder Público oferecerá mais potencial a quem tivesse interesse em edificar além do coeficiente básico. Com isso, haverá ganho concreto ao particular e, ao mesmo tempo, para a cidade, que receberá recursos destinados aos equipamentos.

Aliás, os recursos auferidos com a adoção da outorga onerosa do direito de construir, segundo o Estatuto da Cidade, devem ser aplicados nas finalidades previstas na própria lei, a saber: regularização fundiária; execução de programas e projetos habitacionais de interesse social; constituição de reserva fundiária; ordenamento e direcionamento da expansão urbana; implantação de equipamentos públicos e comunitários; criação de espaços públicos de lazer e áreas verdes; criação de unidades de conservação ou proteção de outras áreas de interesse ambiental e proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico.

## **Operações Urbanas Consorciadas**

A previsão legal da operação urbana como instrumento de intervenção urbanística não constitui uma novidade, ao menos no que respeita a alguns municípios que, de há muito, já a implementaram. É o caso do Município de São Paulo, conforme relatado nos trabalhos apresentados nesta obra de autoria de Pedro de Milanélio Piovezane e Maria Cecília Lima Castro e Diana Di Giuseppe, que devem ser consultados.

Segundo o Projeto de Lei 5.788/90 – Estatuto da Cidade, cada operação urbana deverá apresentar uma lei especificamente editada, que deverá lhe dar os contornos. A operação urbana é, na verdade, uma denominação genérica para a implementação de certas medidas em função da necessidade, verificada pelo Poder Público local, de transformar estruturalmente uma zona a fim de obter ganhos sociais e ambientais.

O conceito da operação urbana do próprio Estatuto da Cidade é, no sentido acima, apresentado. Por essa razão, a operação urbana, concretamente considerada, será objeto de um plano que informará o conjunto de medidas e de intervenções que poderão ser desenvolvidas na realização do projeto.

Entretanto, precedentemente ao plano da operação específica, deverá o município possuir previsão legal da possibilidade de adotar o instrumento, ainda que de forma genérica. Tal previsão terá lugar no Plano Diretor e será nele baseada. Deverá, ainda, editar lei especial a fim de delimitar a área de abrangência da intervenção.

A lei supramencionada não deve se restringir apenas a delimitar a área de abrangência. Deve, também, em nosso entendimento, fixar quais medidas poderão ser adotadas para a implementação da operação. Decorre disso que a lei que delimitar a área de abrangência será editada para cada uma das operações urbanas que se desejar implementar. Poderá, com isso, existir operação urbana que não admita as mesmas intervenções admitidas em outras.

Entendemos que cada uma das operações urbanas admitidas possuirá certa individualidade, isto é, cada uma consistirá um plano urbanístico com características próprias. Isso é perfeitamente razoável na medida em que a operação urbana visa alterações para melhorias, e isso se dará diferentemente nos diversos bairros ou zonas atingidas.

Outra questão importante é a de que a operação urbana não é atividade urbanística implementada apenas e exclusivamente pelo Poder Público, mas é por ele coordenada. Significa dizer que a iniciativa de "criar" ou "prever" uma operação urbana é competência do Poder Público e igualmente de sua configuração, mas que a implantação contará com a participação da iniciativa privada. Daí, talvez, a explicação do fato de haver o Estatuto da Cidade denominado a operação urbana de "consorciada", em que desempenharão papéis relevantes os moradores, usuários permanentes e investidores privados.

As atividades urbanísticas a serem implementadas em uma operação urbana devem estar perfeitamente delineadas na lei específica que a instituir. Desse modo, estará o Poder Público autorizado a efetuar ações no sentido de sua implementação. Destaque-se que não bastará a lei dispor genericamente sobre essas atividades, mas ser específica quanto aos critérios que deverão ser adotados.

Assim, a exemplo do que dispõe o Estatuto da Cidade, que, entre outras medidas, admite a modificação dos índices de parcelamento do solo e alterações das normas edilícias. Como dissemos, cada operação será, na verdade, um plano específico de intervenção, com a peculiaridade de ser veiculado por lei. Essa lei deverá, portanto, prever todos os requisitos e normas que deverão ser adotadas na execução do plano ou da implementação da operação. Os índices urbanísticos modificados deverão ser próprios e estar expressos no texto legal. Da mesma forma, as áreas que comportarão as intervenções devem estar perfeitamente individualizadas.

A questão fundamental para a perfeita constitucionalidade da lei municipal específica é a de apresentar requisitos objetivos para a implementação do plano que se consubstancia em uma operação.

Diz o Estatuto da Cidade que o plano deverá apresentar um conteúdo mínimo, conforme dispõe o artigo 33 e incisos. Entretanto, concordamos com Pedro de Milanélio Piovezane e Maria Cecília Lima Castro, que advertem que os instrumentos apontados pelo Estatuto não se esgotam naquele elenco. Outros são os instrumentos que poderão ser utilizados na operação, a exemplo da outorga onerosa e a transferência do direito de construir, desde que todos eles estejam previstos na lei que instituir a operação.

Do projeto da operação deverá constar, obrigatoriamente, o programa de atendimento econômico e social para a população afetada diretamente pela operação (inciso III, art. 33). Isso deve ser previsto quando houver, na área da operação, população que deva deixar o local em função do plano de recuperação da área. Cremos tratar-se de atuação social visando à acomodação de população que habita edifícios deteriorados e que devem receber novos investimentos. A operação urbana deve contemplar soluções satisfatórias para a situação, que pode envolver a desocupação de edifícios, de áreas, e mesmo de pequenas edificações com utilização residencial ou comercial.

O estudo prévio de impacto de vizinhança, previsto no inciso V do arti-



go 33, é medida obrigatória para o Poder Público coordenador da operação urbana a ser implantada. Tal estudo encontra-se previsto também entre os instrumentos da política urbana, constante dos artigos 4º, inciso VI, e 36, ambos do Estatuto da Cidade. Entendemos, entretanto, que o estudo mencionado deve ser realizado para a operação como um todo, isto é, o impacto a ser medido é aquele que se refere ao projeto total e em relação às áreas vizinhas ao mesmo. Daí a razão de ser interessante estabelecer, na lei específica para o projeto de intervenção, um diâmetro ou raio de alcance dos fatores resultantes da operação e, sobre tal medida, realizar o estudo de impacto de vizinhança.

A implantação de operação urbana gerará para o município recursos originários dos setores privados envolvidos no projeto. Por essa razão, a atuação urbanística pública deve ser atraente para esses investidores. A realização de uma operação urbana, que busque a parceria entre setor público e privado, visa, antes de mais nada, recuperar os investimentos feitos à conta do erário público, que, no mais das vezes, terminam por valorizar as áreas particulares localizadas no entorno. Essa valorização nunca é apreciada pelo próprio Poder Público ou, em última análise, pela cidade.

O Estatuto da Cidade prevê, por essas razões, a contrapartida pelos benefícios trazidos pela intervenção prevista. A modificação de índice e características do parcelamento do solo e as alterações das normas edilícias na área da operação poderão se constituir em grandes atrativos para os investidores. Todavia, tais benefícios serão onerosos. Aquele que pretender obtê-los deverá "adquirir" potencial construtivo que o Poder Público oferecerá em leilão ou utilizá-los diretamente nas obras necessárias à própria operação.

Assim, será preciso prever na lei específica da operação as quantidades disponíveis e seu modo de alienação e aquisição, podendo prever também limites para sua utilização.

A autora Diana Di Giuseppe, nesta obra, alerta que a limitação para utilização desses instrumentos, prevista no Estatuto da Cidade, é inade-

quada. Esclarece que o Estatuto, ao determinar que “os recursos obtidos pelo Poder Público municipal, na forma do inciso VI deste artigo (art. 33), serão aplicados exclusivamente na própria operação urbana consorciada”, restringiu a ação municipal, vez que impede a aplicação desses meios em outras áreas da cidade carentes de investimento e que, ao mesmo tempo, não possuem apelo para a implantação de operação urbana.

De qualquer forma, a aplicação dos recursos deverá ser matéria da lei específica da operação, bem como o controle social de todos os atos que precederem a operação e também daqueles que se seguirem.

### **Transferência do Direito de Construir**

Conforme nos mostram os bem-elaborados artigos de Maria Cecília Lucchese e Cacilda Lopes dos Santos, o instrumento denominado transferência do direito de construir vem sendo utilizado pelos municípios já há algum tempo. Entretanto, parece não ter produzido os resultados esperados em função do desinteresse do mercado imobiliário por tais transações.

Fariamos apenas um acréscimo às conclusões das autoras.

O direito de construir, até então, elemento essencial e indissociável do direito de propriedade, transforma-se em um bem individualizado, de valor jurídico e comercial, se a lei assim determinar. Isso significa que aquilo que compunha o próprio direito de propriedade, em sua função de utilização pelo proprietário, passa a ser dela destacado para transformar-se em um outro bem, de vida própria, dissociado do direito de propriedade.

Entretanto, tal transformação não ocorre sem causa. A lei faculta a operação em razão de reconhecer sua necessidade jurídica em face da dificuldade encontrada pelo administrador público quando frente a uma desigualdade jurídica, provocada pelo zoneamento urbano. Explicamos.

O zoneamento, em última análise, tem por objetivo central controlar o adensamento das áreas urbanas, estabelecendo limites para a edificação dos terrenos. Além disso, estabelece os usos desejados a fim de harmonizar as várias funções da cidade, garantindo condições de bem-estar no ambiente urbano.

O direito de propriedade é limitado exatamente por essas regras, pois a propriedade deve servir, antes de mais nada, a uma função social.

Se a lei deve dispor sempre genericamente e alcançar indistintamente a todos que a ela se submetem, não há conformidade de regra que, ao contrário, cria embaraços a uns poucos que suportam ônus, a fim de garantir o bem-estar de outros.

É o caso, por exemplo, de imóveis que se encontram no entorno de aeroportos, na linha de aproximação de aeronaves. Temos que o zoneamento deve determinar para aquele local uma possibilidade construtiva adequada para prevenir colisões das edificações com as aeronaves. Assim, é possível que, mesmo dentro da zona, a lei restrinja, ainda mais, certos imóveis que se localizam no cone de aproximação de aeronaves.

No caso hipotético acima, há um prejuízo claro para os imóveis localizados no cone de aproximação da pista de pouso em relação aos demais que estão fora dessa linha. Ora, se o coeficiente de aproveitamento previsto para a zona é de, digamos, 1,5, os imóveis localizados no cone não poderão construir acima de 1. Tal restrição ocorre em função de uma necessidade pública referente à instalação, naquele local, de um equipamento de utilização geral. Ora, nada mais justo e equânime do que criar uma vantagem para compensar o ônus suportado.

Nesses casos, a transferência do direito de construir poderá ser uma boa alternativa, uma vez que permitirá ao proprietário de imóveis sujeitos a situações especiais exercerem seu direito em outro local, repondo, dessa maneira, a integralidade de atributos que defluem do direito de propriedade.

Uma outra hipótese seria a de compensar, com potencial construtivo transferido, os imóveis localizados no entorno de outros imóveis tombados em razão de seu valor artístico, paisagístico ou histórico. É que, normalmente, o tombamento de determinada edificação ou sítio de valor implica a igual proteção dos imóveis localizados no entorno, não visando à preservação, mas a garantia de visibilidade do imóvel tombado.

Nesse caso, os imóveis do entorno que não possuem qualquer restrição objetiva, mas que devem servir ao imóvel vizinho tombado, estão a merecer certa compensação que a lei pode lhes deferir. A transferência do direito de construir para esses proprietários poderá cumprir, de forma satisfatória, esse papel.

Bem, víamos o mecanismo da transferência de potencial construtivo dessa forma, assinalando, ainda mais uma vez, que a restrição edilícia que vai fundamentar a transferência deve-se sempre a uma necessidade pública objetiva, na forma dos exemplos acima mencionados.

Todavia, a regulamentação do instrumento da transferência do direito de construir, na forma apresentada pelo Estatuto da Cidade, não tem essa conformação. O artigo 35 do Projeto de Lei 5.788/90 dispõe:

“ Art. 35 – Lei municipal, baseada no Plano Diretor, poderá autorizar o proprietário de imóvel urbano, privado ou público, a exercer em outro local, ou alienar, mediante escritura pública, o direito de construir previsto no Plano Diretor ou em legislação urbanística dele decorrente, quando o referido imóvel for considerado necessário para fins de:

- I – implantação de equipamentos urbanos e comunitários;
- II – preservação, quando o imóvel for considerado de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural;
- III – servir a programas de regularização fundiária, urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda e habitação de interesse social.

.....”

A utilização do instrumento só será possível se o imóvel em questão for necessário a alguma destinação de interesse público, conforme as hipóteses elencadas nos incisos I a III.

Sobre o inciso II, que se refere à preservação de imóveis de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural, é fácil entender a pertinência da medida da transferência de potencial construtivo. Tratar-se-á de uma compensação ao proprietário, que fica impedido de edificar

naquele imóvel na conformidade dos índices urbanísticos fixados para a zona em que se situa, em razão da necessidade de preservação.

Todavia, o mesmo raciocínio não se aplica às hipóteses dos demais incisos.

A necessidade de implantação de equipamentos urbanos ou comunitários por parte do Poder Público requererá, em primeiro lugar, a obtenção de áreas que possam satisfazer não apenas a implantação física do equipamento, mas também os requisitos de localização em razão da demanda que deverá atender. Para tanto, é preciso que o Poder Público celebre atos jurídicos de aquisição de áreas que podem consistir na obtenção do domínio pleno ou apenas da posse de áreas urbanas.

A questão tormentosa é, portanto, saber em que medida o instituto da transferência do direito de construir poderá atender a tal necessidade, pois a transferência de potencial construtivo não aliena a propriedade, apenas transfere para outro imóvel a possibilidade de edificar.

Não vemos como será feita a operação. Imagine-se que, em certo município, verifique-se necessária a implantação de um equipamento comunitário consistente em uma Unidade Básica de Saúde. A área adequada para tal empreendimento é um terreno de propriedade particular. Nesse caso, o que fará a municipalidade? Há alternativas para que a construção do equipamento seja realizada. A primeira delas, e a mais comum, é a de adquirir, por compra ou desapropriação, a área necessária. A outra é a de adquirir a posse da área por meio, por exemplo, do direito de superfície. Esta última alternativa é, inclusive, prevista no Estatuto da Cidade como um instrumento urbanístico. Entretanto, a dificuldade será a de que a edificação pública que ocorrerá no terreno restará a ele agregada como uma benfeitoria, um bem acessório e inseparável.

A questão é a de que a transferência de potencial construtivo não implica transmissão da propriedade. Pelo contrário, a transferência é tão-somente uma forma de compensação para o proprietário que tenha sido colhido pela lei urbanística que o impediu de exercer, naquele local, a utilização, sob a forma de construção, de sua propriedade imóvel.

O proprietário, mesmo que transferido o potencial construtivo, permanece com o domínio do bem. Nesse caso, poderá aliená-lo a qualquer tempo e para quem quiser. Como será isso possível se a área, objeto da transação, foi transformada com, por exemplo, a implantação de uma Unidade de Saúde (Posto) ou mesmo em conjunto de habitações de interesse social?

A hipótese do § 1º do artigo 35 do Estatuto da Cidade prevê a aplicação do instrumento da transferência do direito de construir no caso de o proprietário doar ao Poder Público seu imóvel para os fins previstos nos incisos I a III do mesmo artigo e acima citados. Tal disposição é compreensível, pois, aí sim, haveria transmissão da propriedade, que passaria do domínio privado para o público, criando para o Poder Público obrigação de executar na área doada obras destinadas a atender ao objetivo definido no instrumento de doação. Esta seria, na verdade, uma doação com encargo, a transferência do direito de construir se operaria, ainda que desprovido seu beneficiário de sua propriedade.

Tal situação é muito interessante, pois demonstra, e de forma clara, que a compreensão do direito de propriedade pode ser feita de maneira a entender o direito de edificar não como uma emanção do de propriedade, mas como concessão do Poder Público que o regula na conformidade da função social que devem atender todas as propriedades.

## **Estudo de Impacto de Vizinhança**

Ao lado do Estudo de Impacto Ambiental e do relatório a ele correspondente, previsto na legislação ambiental para empreendimentos que, de alguma forma, possam comprometer o ambiente natural ou artificial, o Estatuto da Cidade criou novo instrumento como requisito para obtenção das licenças urbanísticas.

Interessante notar que o Estudo de Impacto de Vizinhança serve a um único objetivo, ou seja, tem por fim verificar, em certos empreendimentos, os efeitos, positivos e negativos na qualidade de vida da população atingida pela construção ou implantação de atividade.

De fato, O Estatuto da Cidade, ao disciplinar, em seu artigo 2º, acerca das diretrizes gerais de Política Urbana, determina que a ordenação e controle do uso do solo devem ser realizados de forma a evitar a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como polos geradores de tráfego, sem a previsão da infra-estrutura correspondente. Além disso, será preciso evitar a degradação de áreas urbanizadas e a poluição e degradação ambiental.

Assim, ao lado de análise referente ao impacto ambiental que certos empreendimentos devem apresentar, conforme previsão na legislação ambiental, também deverão ser contemplados, por meio do estudo de impacto de vizinhança, os aspectos relativos aos efeitos do empreendimento nas funções da cidade.

Por essa razão, o artigo 37 do Estatuto da Cidade determina a realização do estudo de impacto de vizinhança com inclusão das seguintes questões :

- adensamento populacional;
- equipamentos urbanos e comunitários;
- uso e ocupação do solo;
- valorização imobiliária;
- geração de tráfego e demanda por transporte público;
- ventilação e iluminação;
- paisagem urbana e patrimônio natural e cultural.

O estudo deverá ser realizado levando em conta “ a população residente na área e suas proximidades” (art. 37, *caput* e *in fine*). A assertiva não deixa muito claro qual seria o âmbito da análise, pois a expressão “ proximidades” é vaga. Nesse caso, entendemos que poderá ser acolhida a interpretação dada para a norma do Decreto-Lei 25, de 30/11/37, art. 18, que determina que “ na vizinhança de coisas tombadas não se poderá fazer qualquer construção que lhes impeça ou reduza a visibilidade, nem nelas colocar anúncios ou cartazes, sob pena de destruição e multa de 50% do valor das obras proibidas” . Aqui, entendeu-se que a expressão

“vizinhança” estaria relacionada com “visibilidade”, que é o que se deseja ver preservado no imóvel tombado. Assim, no caso de tombamento, estarão preservados também os imóveis do entorno que garantam a visibilidade do imóvel tombado.

Para o estudo de impacto de vizinhança, a população interessada seria aquela afetada diretamente pelo empreendimento, isto é, pelos efeitos produzidos pelo empreendimento ou atividade. Todavia, há que ser reconhecido que, em certos casos, os efeitos relacionados a um empreendimento podem alcançar todo o núcleo urbano de uma cidade, fato que determinará um estudo de impacto mais abrangente.

O Estatuto determinava, em sua redação original, ampla publicidade aos documentos integrantes do Estudo de Impacto de Vizinhança e sua disponibilização para consulta. Na aprovação final do Projeto, entretanto, a palavra “ampla” foi suprimida. Não entendemos muito bem qual a razão de tal supressão, pois a publicidade do estudo implica, por si mesma, divulgação generalizada e que deve permear todas as mídias disponíveis.

Outra supressão importante foi aquela afeta à garantia de audiência da comunidade no processo de elaboração do Estudo de Impacto de Vizinhança. A opinião pública sobre assuntos que afetam a cidade é sempre da maior relevância, mesmo que tais opiniões não sejam baseadas em estudo técnico. Apenas o “querer” ou o “não querer” da comunidade bastaria para obrigar o aprofundamento das discussões de certas propostas, pois, mesmo havendo condições técnicas de execução do projeto, a comunidade pode entendê-lo desnecessário para a localidade.

Tal lacuna, no entanto, pode ser preenchida pela lei municipal, que, entendendo necessário, poderá exigir a audiência da comunidade afetada sob a forma de consulta pública.