

A Questão Urbano-Ambiental*

Ricardo Pereira Lira

Professor Emérito da UERJ

1. A análise dos aspectos primordiais da questão urbano-ambiental impõe algumas reflexões sobre a histórica ocupação irregular e iníqua do espaço urbano, enfocando os problemas de sempre - velhos, revelhos e novos - e abordando as tentativas de soluções, sob a perspectiva dos Direitos Reais.

2. Antes de fazê-lo, gostaríamos de deixar clara a distinção da estrutura mental do ser humano da Cidade, de um lado, e do ser humano rural, do outro lado.

do conhecimento de todos que os agregados populacionais urbanos, em nosso País, embora sem se elevar no mesmo gradiente que se verificava há alguns anos atrás, ainda cresce significativamente, apresentando marcada densidade, caracterizados pela concentração em espaços muitas vezes limitados.

Temos hoje, no Brasil, uma população total de cerca de 180 milhões de habitantes, sendo que mais de 80% vivem nos centros urbanos.

2.1 De todos conhecidas as experiências realizadas na Universidade de Wisconsin, por John Emlen e seus alunos, com camundongos. Mantiveram-se inúmeros deles em determinado espaço, com a emigração impedida e abundante fornecimento de alimentos.

À medida que a população aumentava, diminuía evidentemente o espaço possível para cada camundongo nos nichos disponíveis, de forma que, rapidamente, as colônias se tornaram superpovoadas.

* Palestra proferida no Seminário "Estatuto da Cidade", realizado na EMERJ, em 12.01.2007.

Conseqüentemente, a caça, as lutas e o canibalismo aumentaram drasticamente, deixando as fêmeas de cuidar de seus ninhos e filhotes.

Quando isso aconteceu, a taxa de mortalidade entre os filhotes alcançou 100%, embora a taxa de nascimento permanecesse alta. Um incremento sensível na taxa de mortalidade, como decorrências das lutas e do canibalismo, manteve o equilíbrio da população (*in* "Biologia", Parte II, texto organizado pelo **Biological Sciences Curriculum Study**, impresso no Brasil em 1967, Edart São Paulo Livraria Editora Ltda., p. 328/329)

A influência adversa do fenômeno da metropolização, ou da megalopolização, sobre a vida mental dos indivíduos, foi, magistralmente, estudada por Georg Simmel, em **The Metropolis and Mental Life**, publicado pela primeira vez em 1902.

Respiguem-se algumas constatações do eminente teórico da sociologia formal:

" Com cada atravessar de rua, com o ritmo e a multiplicidade da vida econômica, ocupacional e social, a cidade faz um contraste profundo com a vida de cidade pequena e a vida rural no que se refere aos fundamentos sensoriais da vida psíquica.

*A metrópole extrai do homem, enquanto criatura que procede a discriminações, uma quantidade de consciência diferente do que a vida rural extrai. Nesta, o ritmo de vida e do conjunto sensorial de imagens flui mais lentamente, de modo mais habitual e mais uniforme. É precisamente nesta conexão que o caráter sofisticado da vida psíquica metropolitana se torna compreensível - enquanto oposição à vida da pequena cidade, que descansa mais sobre relacionamentos profundamente sentidos e emocionais" (apud **O Fenômeno Urbano**, ed. Zahar, 1979, p. 12).*

Prossegue Simmel:

"Assim o tipo metropolitano de homem - que naturalmente existe em mil variantes individuais - desenvolve um órgão que

o protege das correntes e discrepâncias ameaçadoras de sua ambientação externa, as quais, do contrário, o desenraizariam. Ele reage com a cabeça, ao invés de reagir com o coração".

.....
"A metrópole sempre foi a sede da economia monetária. Nela, a multiplicidade e concentração da troca econômica dão uma importância aos meios de troca que a fragilidade do comércio rural não teria permitido."

.....
"A economia monetária e o domínio do intelecto estão intrinsecamente vinculados".

.....
"O dinheiro se refere ao que é comum a tudo: ele (o homem urbano) pergunta pelo valor de troca, reduz toda qualidade e individualidade à questão: quanto?";

.....
"...trabalha-se com o homem como um número, como um elemento que é em si mesmo indiferente. Apenas a realização objetiva, mensurável, é de interesse";

.....
"Os relacionamentos e afazeres do homem metropolitano típico são habitualmente tão variados e complexos, que, sem a mais estrita pontualidade nos compromissos e serviços, toda a estrutura se romperia e cairia num caos inextricável";

.....
"...a técnica da vida metropolitana é inimaginável sem a mais pontual integração de todas as atividades e relações mútuas em um calendário estável e impessoal";

.....
" Os mesmos fatores que assim redundaram na exatidão e precisão minuciosa da forma da vida redundaram também em uma estrutura da mais alta impessoalidade, por outro lado promoveram uma subjetividade altamente pessoal";

.....
"É um fato decisivo que a vida da cidade transformou a luta entre os homens pelo lucro, que aqui não é conferido pela na-

tureza, mas pelos outros homens" . Há uma "brevidade e escassez dos contatos inter-humanos conferidos ao homem metropolitano, em comparação com o intercâmbio social na pequena cidade".

A tenuidade das relações intersubjetivas na grande metrópole é perceptível a uma primeira inspecção.

Como anotava Louis Wirth, no seu "Urbanismo como Modo de Vida", *in O Fenômeno Urbano*, ed. Zahar, 1979, p. 96, "os traços característicos de modo da vida urbana têm sido descritos sociologicamente como consistindo na substituição de contatos primários por secundários, no enfraquecimento dos laços do parentesco e declínio de significado social da família e na corrosão da base tradicional da solidariedade social".

Lúcio Kowarick, no seu valioso livro **Espoliação Urbana**, Ed. Paz e Terra, 1979, p. 30, há *quá*si quarenta anos, referindo especificamente à Cidade de São Paulo, assinalava que "...o vertiginoso crescimento demográfico da região, que entre 1960/70 foi de 5,5% ao ano, conjugado ao processo de retenção dos terrenos à espera de valorização, levou ao surgimento de bairros cada vez mais distantes. Amontoam-se populações em áreas longínquas, afastadas dos locais de trabalho, impondo-se distâncias de deslocamento cada vez maiores. Acentua-se o processo de criação de cidades-dormitórios, verdadeiros acampamentos desprovidos de infra-estrutura".

Continua o sociólogo, sempre aludindo a São Paulo:

"Em 1968 havia 7 milhões de deslocamentos diários, cifra que em 1974 passa para 13,9 milhões. Contudo, o importante a ressaltar é a modalidade como se efetuam estes percursos diários. De um lado, sob a forma de transporte individual: são os grupos abastados, possuidores de automóveis, cuja média de ocupação é de 1,2 pessoa por veículo. Do outro, o transporte de massa, através de ônibus que transportam 6,8 milhões de passageiros, carregando nos momentos de maior afluência cerca de 130 passageiros por veículo, o dobro da lotação máxima

prevista. O transporte ferroviário de subúrbio conduz 900.000 passageiros por dia: é o cotidiano dos 'pingentes', ou seja 700 usuários que duas vezes ao dia abarrotam uma composição que não deveria receber mais que 300 passageiros" (ob. cit. p.35).

"A exasperação oriunda do congestionamento, buzinas, falta de estacionamento, tensão decorrente do atropelo do tráfego e até a dificuldade de cobrir distâncias crescentes afetam as pessoas que se locomovem em seus automóveis", afirma Lúcio Kovarick.

Impressionantes as observações do mesmo Lúcio Kovarick e Clara Ant, no estudo "Violência: Reflexões sobre a Banalidade do Cotidiano em São Paulo" (*in Violência e Cidade - Debates urbanos 2*, ed. Zahar, 1981), anotando o fenômeno da rotinização do medo como elemento do cotidiano da metrópole, alastrando profunda insegurança, na medida em que os indivíduos se sentem desprovidos de meios para controlar aspectos essenciais de sua sobrevivência: "71% das pessoas entrevistadas numa pesquisa realizada em São Paulo, durante o ano de 1978, declararam que tinham medo de serem assaltadas, proporção que era de 60% em 1975 (Índice Gallup de Opinião Pública, ano IV, nº 76, de 16 a 30 de junho de 1978, p.11). Mas não só de ladrões a população tem medo; teme também avisar à Polícia, pois 62% das pessoas assaltadas não o fizeram. (Índice cit. p.4), o que se torna ainda mais contundente quando se tem em conta que 61% do total dos paulistanos entrevistados temiam ser presos (Índice Gallup de Opinião Pública, ano IV, nº 79, 1º a 15 de setembro de 1978, p. 10). Ademais, cerca da metade dos paulistanos considera que socorrer alguém acidentado na rua costuma trazer problemas, enquanto 59% responderam ter medo de serem atropelados, e somente um terço não tem receio de sair de casa à noite (Índice Gallup nº 76, p.11 e 12). Além disso, 65% dos habitantes de São Paulo têm medo de dar carona e 32% de pedi-la.; 37% de falar com estranhos na rua, inclusive com a Polícia. (12%). O medo aparece também na eventualidade da rutura das relações primárias, pois cerca de sete sobre dez entrevistados declararam sentir temor quanto a uma separação definitiva da família (Índice Gallup,

cit, ano I, nº 9, p. 4... A intensidade do medo certamente é diferente em razão das diversas situações apontadas, mas, não obstante tal fato, o fenômeno revela uma flagrante percepção de ameaça que acompanha o indivíduo na vida diária: ficar sozinho, andar na rua, falar com estranhos, ajudar pessoas machucadas, afastar-se de pessoas íntimas....assim, nas mais variadas circunstâncias, a Cidade é percebida como fonte de perigo. Já não se trata, portanto, deste ou daquele temor, mas de uma sensação fortemente internalizada que passou a ser inerente à vida cotidiana”.

Sublinha-se, ainda, nesse estudo, que 45% das pessoas dizem ter medo de perder o emprego; cerca de 70% de ficar sem poder trabalhar, e igual contingente teme não possuir recursos monetários na eventualidade de doenças. 38% de um universo de três mil residentes na Grande São Paulo declararam capazes de matar, 27% de provocar um acidente propositadamente, 23% já pensaram em suicidar-se, e a não desprezível proporção de 4% disse que participaria de linchamentos.

É evidente que se, no final dos anos 70, os números na Cidade de São Paulo eram esses, hoje, no ano de 2006, os dados são muito mais preocupantes. Diga-se que a situação é basicamente a mesma na Cidade do Rio de Janeiro, e nos demais grande centros do país.

2.2 Tudo isso se deve à estrutura mental específica do homem da Cidade, como fator endógeno, e ao inchaço dos centros urbanos e à maneira irregular e iníqua como se processa o assentamento nos espaços urbanos, como fatores exógenos.

AINDA A QUESTÃO URBANO-AMBIENTAL

Nos países subdesenvolvidos, e nos países em desenvolvimento como o nosso, a ocupação do espaço urbano se faz marcada pelo déficit habitacional, pela deficiência de qualidade dos serviços de infra-estrutura, pela ocupação predatória do meio ambiente em áreas inadequadas, pelos serviços de transporte deficientes, estressantes poluentes, pela agressão frontal ao meio ambiente natural e ao meio ambiente construído, pela deslegitimação da autoridade pública fo-

mentando um sentimento generalizado de impunidade - sobretudo nas classes abastadas, como o demonstra episódio ocorrido há algum tempo em Brasília, quando jovens da alta classe média atearam fogo em um índio pataxó que dormia na via pública - e determinando em inúmeros centros urbanos o aparecimento de um estado paralelo penetrado pelo crime organizado, com espantoso poder de fogo, freqüentemente impondo-se à comunidade e ao próprio Estado formal. Esse "estado paralelo", pelo menos no seu braço visível, se instala nas favelas, nos cortiços, nas periferias, tornando-se cada vez mais problemática a sua dominação e conseqüente extinção pela infiltração que logra nos segmentos do mundo oficial, sendo muitas vezes difícil, senão impossível, distinguir entre o agente oficial e o bandido, tamanha a imbricação entre eles existente.

Até mesmo nos países desenvolvidos, esses problemas existem. Basta recordar a qualidade de vida no Bronx, um dos cinco bairros que constituem a Grande Nova York, ou registrar a presença dos "homeless" londrinos. Ainda há poucos dias, a pretensa maior nação democrática do mundo - os Estados Unidos da América do Norte - deram demonstração de profunda tibieza com que tratam as questões urbano-ambientais, quando pecaram por uma lenta e inexplicável demora na assistência à população, sobretudo negra, de New Orleans, tragada e vitimada pelo furacão Katrina.

Sobretudo naqueles países inicialmente mencionados, importa considerar que preleva não só o aspecto quantitativo, sendo relevante o dado qualitativo na ocupação do espaço urbano.

Podem ser respigadas as seguintes causas determinantes do adensamento demográfico e da forma irregular e iníqua com que se processa o assentamento, sobretudo da população carente, no espaço urbano:

- a par do incremento vegetativo, que em alguns países, inclusive o nosso, não se vem elevando na mesma intensidade que outrora, ocorre um significativo aumento da população urbana, como conseqüência da industrialização;
- a inexistência de uma política habitacional, que enfrente a questão urbana de maneira planejada e consistente;
- o assentamento urbano não somente é desordenado, mas iníquo, efetivado sob o domínio da chamada "segregação

residencial", por força do qual as populações carentes e de baixa renda são ejetadas para a periferia do espaço urbano, onde vivem em condições dilacerantes, agravadas pela ausência de uma política de transporte de massa, recebendo as áreas de assentamento da população abastada e da classe média superior os maiores benefícios líquidos da ação do Estado;

- desenvolve atividade especulativa, em que os donos de extensas áreas urbanas, valendo-se do atributo da perpetuidade do direito de propriedade (por força do qual o não-uso é forma de exercício do domínio), criam um verdadeiro banco de terras em mãos particulares, entesourando lotes e glebas, enquanto aguardam o momento de locupletar-se, através da venda das áreas estocadas, com as mais-valias resultantes dos investimentos de toda a comunidade nos equipamentos urbanos e comunitários, financiados com os impostos pagos por todos nós.

Os fatos acima arrolados tornam evidente a indeclinável necessidade de uma política urbanística e ambiental que ordene a utilização do solo urbano, à base da qual se identifique uma concepção renovada e democrática do direito de propriedade.

Dois princípios básicos lastreiam a visão de um direito urbanístico contemporâneo, suficientemente aparelhado para ensejar assentamentos urbanos mais justos e racionais nas grandes e médias cidades.

O primeiro deles flui da consideração de que a propriedade não é sempre a mesma, uniforme e inalterável, em qualquer circunstância. Seu contorno, sua senhoria, a extensão de suas faculdades ou direitos elementares, ficam na dependência da natureza do bem que lhe serve de objeto. Se o domínio se pratica sobre um bem de produção, um bem de capital (um bem idôneo a gerar outro bem, como a terra, por exemplo), a propriedade ostenta um determinado perfil, com o exercício das faculdades de usar, gozar e dispor mais intensamente limitado, em nome do interesse social, diversamente do que acontece com um bem de uso ou um bem de consumo¹.

¹ Vide em *La Proprietà nel Nuovo Diritto*, de Pugliatti, Salvatore, ed. Milano Dott. Giuffrè Editore, 1964, o capítulo "La Proprietà e le Proprietà".

O segundo princípio se vitaliza na consciência que se precisa ter de que a edificação, a utilização do solo urbano com qualquer finalidade, enfim, a configuração e a magnitude de uma cidade, não podem ser realizações privadas, ocorriáveis ao sabor da conveniência do dono do lote ou da gleba urbana. Esses fatos são realizações públicas, fatos coletivos por excelência, devendo ser sempre vistos através do prisma da qualidade de vida não apenas individual, mas predominantemente da comunidade. Daí decorre que, a rigor, o direito de construir não deveria ser uma manifestação ínsita no direito de propriedade. Deixar o acontecimento de fato urbanístico de tanta relevância ao nudo da deliberação livre dos donos do solo urbano, apenas com o exercício condicionado por uma licença, não conduz a nenhum urbanismo positivo, mas leva, isso sim, à viabilização do caos, à anarquia, à face terrível que exibem, contemporaneamente as grandes cidades, as megacidades, as metrópoles e as megalópoles.

Alguns ordenamentos jurídicos, mais enérgicos na sua postura, chegam a retirar o direito de construir do conteúdo do domínio, chegam a não incluí-lo como um direito elementar integrante da senhoria, para qualificá-lo como uma concessão outorgada pela Municipalidade, exogenamente, de fora para dentro, e não como uma licença por ela outorgada endogenamente, correspondendo à concreção de um direito preexistente na senhoria. No regime de licença, como é o nosso, a autoridade administrativa, com o seu ato, declara um direito preexistente de construir, desde que atendidos os requisitos contemplados em lei. No regime de concessão, a autoridade, com seu provimento, cria, constitui em favor do proprietário o direito de construir, já que a edificabilidade não está *ab origine* no direito de propriedade. A decisão administrativa, neste caso, é constitutiva, e, na outra hipótese, é declaratória. Exemplo de regime de concessão é o contemplado na Lei Italiana nº 10, de 28 de janeiro de 1977, que parte do pressuposto de que o estado natural do solo é agrícola.

No caso de formações sociais em que a nação se organiza politicamente por cartas constitucionais rígidas, em que é enunciado e salvaguardado enfaticamente o direito de propriedade como

um direito individual, cujo conteúdo é historicamente delineado, sem possibilidade de reformulação desse conteúdo por lei ordinária, será de constitucionalidade duvidosa a adoção do regime de concessão do direito de construir, por isso que a edificabilidade seria da essência do domínio. Ainda assim, se, embora rígida, a Constituição, em normas específicas sobre política urbana, abre oportunidade para uma intervenção mais significativa na senhoria da propriedade, novas soluções poderão ser buscadas por meio de instrumentos jurídicos mais enérgicos e eficazes. Essa foi a razão que levou, entre nós, juristas, planejadores urbanos, urbanistas a reclamar pressurosamente que fosse editada uma lei federal que, com supedâneo constitucional, instituísse as diretrizes para o desenvolvimento urbano, formatando a propriedade urbana com um perfil mais moderno e democrático.

Depois de demorada tramitação, veio a ser editada a Lei Federal nº 10.257, de 10.07.2001, dispondo sobre os artigos 182/183 da Constituição Federal de 1988, que se autodenominou Estatuto da Cidade.

Pouco mais adiante faremos referência ao Estatuto da Cidade com detença maior.

O que importa considerar, no momento, é que o Direito, contemporaneamente, não é apenas um singelo instrumento de composição de conflitos intersubjetivos, mas sim um significativo e relevante instrumento de transformação social.

Esse fenômeno tem determinado algumas mutações no conjunto do ordenamento jurídico, e uma dessas modificações é exatamente a nova configuração com que se apresenta o Direito Urbanístico, segmento da ciência e da técnica jurídicas, que hoje se apresenta indiscutivelmente com foros de autonomia, desvencilhando-se das amarras que o prendiam ao Direito Administrativo.

DIREITO URBANÍSTICO

E o Direito Urbanístico, quando bem considerado e devidamente aplicado, pode trazer soluções aos inúmeros e graves problemas deduzidos na abertura desta exposição.

O Direito Urbanístico é o conjunto de normas destinadas a dispor sobre a ordenação da Cidade, sobre a ocupação do espaço

urbano de maneira justa e regular, procurando as condições melhores de edificação, habitação, trabalho, circulação e lazer.

Tem por objeto organizar os espaços habitáveis, de modo a propiciar melhores condições de vida ao homem na comunidade.

Sergio de Andréa Ferreira, em estudo em que sustenta a autonomia do Direito Urbanístico, como um ramo do Direito Social, apartado do Direito Civil e do Direito Administrativo, define-o como "a disciplina jurídica do urbanismo e da atividade urbanística, que objetivam a adaptação e a organização do espaço natural, fazendo-o fruível por uma comunidade cidadina, no desenvolvimento das funções elementares da habitação, do trabalho, da recreação, da saúde, da segurança, da circulação e outras"².

A autonomia do Direito Urbanístico deita suas raízes no próprio Direito Constitucional.

O art. 24, I, da Constituição de 1988, ao definir a competência da União, dos Estados, e do Distrito Federal, alude à ocorrência dessa competência em matéria de Direito Urbanístico.

No art. 21, a mesma Constituição, definindo a competência da União Federal, no inciso XX, afirma que compete à União Federal instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos, o que pressupõe autonomia do Município para, no âmbito dessas diretrizes, no interesse local, baixar as suas próprias normas. Aliás, ao configurar a competência municipal, a Constituição estabelece que compete aos Municípios legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I), como são evidentemente os temas ligados à organização concreta dos espaços das Cidades e dos Municípios.

Nesse mesmo art. 30, inciso VIII, preceitua a Constituição que cabe aos Municípios promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do planejamento e da ocupação do solo urbano.

No capítulo específico, relativo à Política Urbana (arts 182/183 da Constituição), está desenhada toda a autonomia do Direito

² Sérgio de Andréa Ferreira, "O Direito Urbanístico como ramo do Direito Social e suas Relações com os Direitos Civil e Administrativo", in *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, ano XIX, nº 24, R.J., 2º semestre 2003, ed. Renovar, p. 40).

Urbanístico, onde se diz que será no Plano Diretor que as cidades com mais de 20.000 mil habitantes traçarão, em função de suas peculiaridades, a função social da propriedade que lhes interessa e lhes seja mais própria.

Nesse capítulo há peculiaridades que afastam o Direito Urbanístico das regras clássicas do Direito Civil, como quando, em determinadas circunstâncias, produz a ablação da perpetuidade, como um dos atributos da propriedade, no instituto da edificação e parcelamento compulsórios, em que o não -uso da propriedade deixa de ser uma forma de praticá-la, ferindo, no coração, o grave pecado da especulação imobiliária.

O DIREITO AMBIENTAL

O Direito Ambiental também se apresenta hoje com razoável dose de autonomia, configurando um ramo do direito que tem toda uma tessitura jurídico-formal a discipliná-lo, bem como toda uma principiologia própria.

A Lei Federal 6.938, de 31 de agosto de 1981, configurou a Política Nacional do Meio Ambiente e foi regulamentada pelo Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990. Esses dois diplomas legais consubstanciam um dos pilares básicos do Direito Ambiental, com a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, o artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e a Lei Federal dos Crimes Ambientais, Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.

O Art. 225, da Constituição de 1988, estatui que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

O Direito Ambiental tem princípios próprios, como, por exemplo, o princípio da precaução, utilizado quando não há certeza científica de que a atividade causará ou não dano. Enquanto que, no da prevenção, sabe-se que ocorrerá, quando da instalação do empreendimento ou execução da obra, mas é possível a utilização de instrumentos preventivos, com o estudo de

impacto ambiental, que precede o processo de licenciamento ambiental.³

Citem-se ainda os princípios do usuário-pagador e do poluidor-pagador. Para a preservação do meio ambiente e do equilíbrio ecológico, foram concebidos instrumentos, através dos quais se efetiva o poder de polícia ambiental, como a avaliação de impactos ambientais, o licenciamento ambiental, a criação de espaços territoriais especialmente protegidos, assim como incentivos à produção e instalação de equipamentos e a criação ou absorção de tecnologia limpa.

O que resulta claro, hoje, é a conexão entre os instrumentos de direito urbanístico e a questão ambiental.⁴

A Agenda 21, desenvolvida durante a Conferência da Nações Unidas para o Meio-Ambiente e Desenvolvimento (Rio 92), introduziu "um novo olhar sobre a cidade, associando a questão urbana à problemática ambiental, resumindo aquela à melhoria da qualidade de vida nos países pobres, através do enfrentamento da pobreza e da degradação ambiental e de intervenções públicas que possam melhorar as condições de vida nos assentamentos populares".

Na Agenda Habitat II, de seu turno, fruto da Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos, realizada em Istambul, em 1996, os signatários estabeleceram metas universais de dar abrigo adequado a todos e tornar os assentamentos humanos mais seguros, saudáveis e habitáveis, mais igualitários, sustentáveis e produtivos. Seu ponto-chave é tratar os problemas ambientais urbanos segundo o enfoque da sustentabilidade, trazendo novos paradigmas ao discurso sobre política ambiental urbana: descentralização e fortalecimento do poder local, co-gestão ou parcerias com entidades sociais, participação da sociedade, sustentabilidade e qualidade ambiental e combate à pobreza e ao desemprego.

Como faz ver a jovem e eminente jurista Vanêsa Buzelato Prestes, "Grandes empreendimentos, *shoppings*, empreendimentos

³ Fontenelle, Miriam, Coord. **Temas de Direito Ambiental, Política Nacional de Meio Ambiente**, p. 11, Ed. Faculdade de Direito de Campos, Coleção José Patrocínio, v. VI.

⁴ **Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico** nº 8, nov. 2006; Torres Marcos Abreu, **Estatuto da Cidade: Da Interface do Meio Ambiente**, p. 100/101, ed. Magister Editora, Porto Alegre.

habitacionais significativos, rodovias urbanas, loteamentos, condomínios fechados, atividades sujeitas a poluição sonora, poluição decorrente de ondas eletromagnéticas, destinação de águas servidas, equipamentos, à construções ou edificações que causam impacto visual significativo, são exemplos de questões urbanas que afetam à qualidade ambiental, motivo pelo qual precisam ser avaliados pelos Municípios".⁵

Daí a sensibilidade da lição autorizada de José Afonso da Silva, no seu clássico **Direito Ambiental Constitucional**, dizendo: "O conceito de meio-ambiente, há de ser, pois, globalizante, abrangente de toda a natureza, o artificial e original, bem como dos bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arquitetônico. O meio-ambiente é, assim, a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas".⁶

A FUNCIONALIZAÇÃO DOS INSTITUTOS E INSTITUIÇÕES

A funcionalização de institutos e instituições vem-se constituindo em candente desafio para a modernidade e para a contemporaneidade.

Essa funcionalização deita suas raízes na noção básica de que os sujeitos das situações jurídicas dispõem das prerrogativas delas decorrentes não exclusivamente em benefício próprio, mas devem exercê-las tendo em consideração os interesses sociais. Isso ocorre não apenas com certos institutos, mas também com determinadas instituições.

Falamos em modernidade porque exatamente desde os tempos modernos que se pensa na propriedade e na sua função social. Essa é uma noção e uma realidade que já estavam em Duguit, eminente jurista francês, na sua clássica obra **Les Transformations**

⁵ Prestes Vanêsa Buzelato, *in* **Temas de Direito Ambiental**, Título I, "Construindo Pontes entre Urbanismo e Meio-Ambiente", Ed. Fórum, 2006, Belo Horizonte, p. 21.

⁶ Silva, José Afonso da, **Direito Ambiental Constitucional**, São Paulo, Malheiros, 1994, p. 6.

Générales du Droit Privé (depuis le Code Napoléon), ed. 1920, Paris, Librairie Félix Alcan, já estava na Constituição Mexicana de 1917, bem como na Constituição de Weimar de 1919, que, em seu artigo 153, estipulava que a propriedade obriga o seu titular e seu uso deve estar a serviço do bem comum.

Começava nitidamente a desvanecer aquela postura individualista, segundo a qual cada titular da propriedade de um bem tem o direito de usar, dele gozar e dispor livremente, e que, por conseguinte, é seu tudo o que legitimamente adquiriu, sem outros limites que não os da moral ou dos direitos alheios, considerados esses apenas em seu sentido negativo, isto é, no sentido de que o proprietário deve abster-se de, pelo exercício de seu direito, causar danos a outrem. Não se tinha a noção de que o proprietário tem deveres, e, portanto, obrigações positivas de comportamento com o grupo social.

É interessante observar que, ciclicamente, momentos há na história da humanidade em que, episodicamente, o proprietário sofreu limitações profundas, na dependência das imposições sociais.

A **Lex Licínia Sexta**, de 367 a.C., por exemplo, autêntica lei agrária, interditava os cidadãos romanos de terem mais de 120 hectares de terra, não permitindo nas pastagens públicas mais de 100 cabeças de gado por proprietário e obrigava que eles utilizassem mão-de-obra livre em proporção ao número de escravos que possuíssem. O objetivo desta lei romana, além de ser o da limitação do tamanho das propriedades, era sobretudo o de incrementar o uso da mão-de-obra, para enfrentar o grave problema do desemprego que, na época, existia em Roma.

A funcionalização da propriedade, assim, não constitui nenhuma novidade, voltando a despontar mais vivamente na primeiras décadas do século XX. Retomaremos esse fenômeno, já então mais voltados para a realidade de nosso país.

Dizíamos que a função social da propriedade, ressalvados momentos específicos da história antiga, é um dado da modernidade. E, contemporaneamente, ela se apresenta como função social da propriedade urbanística, e função social da propriedade agrária, até mesmo como categorias imbricadas em uma função social da Cidade. Isso porque, o Município abrange o urbano e o rural, tanto assim

que o Art. 40, § 2º, do Estatuto da Cidade estabelece que o Plano Diretor deverá englobar o território do Município como um todo, alcançando, por conseqüência, a área urbana e a área rural, onde ela exista. Já a funcionalização de outros institutos, como a função social da posse, a função social dos contratos, e, no que toca às instituições, a função social da empresa e a função social da cidade, são problemas que desafiam a contemporaneidade.

Em alguns casos, a posse hoje se protege *per se*, autonomamente, como simples exercício fático dos direitos elementares do domínio, e não como simples salvaguarda dele. A vontade nos contratos já não é soberana, havendo determinadas circunstâncias, nas relações de consumo, em que o *pacta sunt servanda* é deixado de lado e o consumidor pode dentro de um prazo de carência desconstituir plenamente o contrato, como se ele jamais tivesse existido. O empresário não está à solta, à busca de lucros cada vez maiores, tendo deveres indeclináveis com a força de trabalho, que igualmente impulsiona a empresa. A Cidade, em nosso ordenamento, está atualmente protegida em patamar constitucional, e a ela têm direito todos os que nela habitam, sejam proprietários ou não.

Estamos diante de um fenômeno relevante, que é o da funcionalização dos institutos e instituições, destacando-se, dentre eles, no momento, a função social da propriedade que nos interessa nessa oportunidade de maneira especial.

Voltemos a ela, por conseguinte.

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A Constituição Imperial de nosso país, de 1824, no seu art. 179, § 1º, garantia o direito de propriedade em toda a sua plenitude. No mesmo diapasão a primeira Constituição Republicana de 1891. A Carta de 1934, embora não utilizasse o *nomen iuris* função social da propriedade, estabelecia, em seu art. 113, nº 17, que o direito de propriedade, embora garantido, não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei viesse a determinar.

Passemos pela Constituição outorgada de 1937, para chegarmos à Constituição de 1946, onde, embora também não se utilizasse o *nomen iuris* função social da posse, se dizia que o uso da propriedade seria condicionado ao bem-estar social.

O art. 157, III, da Constituição da República do Brasil de 1967, pela primeira vez no ordenamento constitucional, se valeu das mencionadas expressões. Preceituou que a ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos princípios que enumerou, entre eles o da função social da propriedade. O mesmo fez a Emenda Constitucional outorgada de 1969, art. 160.

Com a redemocratização do país, sobreveio a Constituição de 1988, toda penetrada pelo princípio da função social da propriedade (art. 5º XXIII, art. 170, III, art. 182, § 2º, e art. 186).

É evidente que qualquer propriedade, seja qual for o seu objeto - bens de uso, consumo ou de capital - deverá atender à sua função social.

Imagine-se uma situação conflitiva em que esteja envolvido o país, havendo a necessidade de racionamento de determinados itens de consumo. É evidente que, em tal situação, bens de uso e de consumo poderão sofrer limitações de utilização, em nome da função social.

A Constituição de 1988 houve por bem explicitar os contornos da função social da propriedade imóvel urbana e da propriedade rural. Quanto à primeira, no art. 182, § 2º, determinou que a propriedade urbana cumpre a sua função social, quando atende às exigências do plano diretor, obrigatório para as cidades de mais de 20 mil habitantes. Isso não quer dizer que nas cidades onde não seja obrigatório o plano diretor a propriedade não deva obedecer à sua função social. Esse é um princípio geral, a ser geralmente atendido. Apenas as autoridades locais não poderão aplicar institutos que, para serem utilizados, deverão estar previstos no plano diretor, como, por exemplo, a edificação compulsória ou o direito de preempção.

No tocante à propriedade rural, o art. 186 da Constituição de 1988 estatui que a função social é cumprida quando atende, 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.

O Estatuto da Cidade, promulgado em 2001, e o Código Civil de 2002 estão igualmente pervasados pelo princípio da função social da propriedade que, aliás, é um instrumento indescartável na construção da cidadania múltipla, assentada no respeito à dignidade humana, na erradicação da miséria e na eliminação das desigualdades sociais.

A função social da propriedade está presente também no Código Civil de 2002. Observe-se o artigo 1228, § 1º, onde, embora não seja utilizado o *nomen iuris* função social da propriedade, ali está desenganadamente insculpida a dita funcionalização, nos seguintes termos:

*"Art. 1228.....
§1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas".*

A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE

A posse é o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade (art. 1196, do Código Civil).

Tradicionalmente ela sempre foi considerada em sua ligação com a propriedade, sendo até mesmo tida como bastião de defesa do domínio. Quando se defende a posse, direta ou indireta, interditalmente está se protegendo a propriedade.

Atualmente se configura um tratamento autônomo da posse, em que ela é utilizada como a meta final da prática de um determinado instrumento jurídico.

Isso acontece, por exemplo, com a concessão do direito real de uso, criada pelo art. 7º, do Decreto-Lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967, que estabelece:

"Art. 7º. É instituída a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares, remunerada ou gratuita, por tempo certo ou

indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, ou outra utilização de interesse social.

§ 1º A concessão de uso poderá ser contratada, por instrumento público ou particular, ou por simples termo administrativo, e será inscrita e cancelada em livro especial.

§ 2º Desde a inscrição da concessão de uso, o concessionário fruirá plenamente do terreno para os fins estabelecidos no contrato e responderá por todos os encargos civis, administrativos e tributários que venham a incidir sobre o imóvel e suas rendas.

§ 3º Resolve-se a concessão antes de seu termo, desde que o concessionário dê ao imóvel destinação diversa da estabelecida no contrato ou termo, ou descumpra cláusula resolutória do ajuste, perdendo, neste caso, as benfeitorias de qualquer natureza.

§ 4º A concessão de uso, salvo disposição contratual em contrário, transfere-se por ato inter vivos, ou por sucessão legítima ou testamentária, como os demais direitos reais sobre coisa alheia, registrando-se a transferência."

É de ver que, através desse instituto, o concessionário recebe autonomamente a posse, e tão-somente a posse, para fins de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, ou outra utilização de interesse social.

É a posse marcada pela sua função social, para a concretização daquelas finalidades qualificadas.

Outro caso significativo de proteção da função social da posse prevalecente sobre uma propriedade desfuncionalizada é o dos §§ 4º e 5º, do já citado artigo 1.228, do Código Civil.

Ali se preceitua que o proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de 5 (cinco) anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante. (§ 4º, do art. 1.228).

Neste caso, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

Trata-se de uma desapropriação decretada pelo Poder Judiciário, e que tem os seguintes pressupostos para sua aplicação:

- uma ação de reivindicação proposta pelo proprietário relativamente a determinado imóvel;

- que, nesse imóvel, um considerável número de pessoas, com posse de boa-fé e de mais de (5) cinco anos, tenha realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante;

- alegados e provados pela parte ré os pressupostos acima, o juiz, no bojo da própria reivindicatória, realizará perícia para arbitramento da justa indenização, designando data para o depósito do respectivo valor;

- não sendo depositado o valor, o juiz julgará procedente a reivindicatória, determinando a remoção das pessoas ocupantes do imóvel;

- não se trata de usucapião, pois há a previsão de indenização a ser paga ao proprietário privado do imóvel;

- os dispositivos não cuidam de beneficiar ocupantes carentes, mas ocupantes que estejam no exercício de uma posse com os requisitos indicados no texto;

- a indenização é de ser paga pelo considerável número de pessoas a que se refere a norma, e não pelo Poder Público, como pensam alguns.

A função social da propriedade e da posse pervagam também inúmeros dispositivos do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 10/07/2001), como se verá adiante.

O ESTATUTO DA CIDADE

O Estatuto da Cidade acima aludido, que integra decidida e relevantemente o Direito Urbanístico, contém importantes instrumentos urbanísticos como o plano diretor, o direito de superfície, a

concessão do direito real de uso, a edificação e o parcelamento compulsórios, o direito de preempção, a urbanização consorciada, o imposto predial progressivo, a outorga onerosa do direito de construir (solo criado), o usucapião especial urbano, a concessão de uso especial para fins de moradia (Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001), a transferência do direito de construir, o estudo do impacto de vizinhança, a gestão democrática da cidade e, finalmente, o consórcio imobiliário. Guarda, contudo, o Estatuto da Cidade uma interface com o Meio Ambiente. Depreende-se isso de várias de suas diretrizes, enunciadas no seu artigo 2º, como, por exemplo:

"I - garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações:

.....;
IV- planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do 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;

.....
VI - ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar:
.....
g) a poluição e a degradação ambiental."

Esse diploma legal está profundamente penetrado pela função social da propriedade, e vários de seus institutos guardam uma interface evidente com o meio ambiente, sendo fundamental a consideração desses pontos para a efetividade da implementação dele.

O Estatuto da Cidade é, hoje, um dos pilares fundamentais do direito urbano-ambiental.

Vejam-se alguns desses instrumentos que podem ser alvitados, quando se pense na necessidade de racionalizar os assentamentos urbanos nas cidades, com especial atenção no meio ambiente.

O primeiro deles é o Plano Diretor. Vale observar, como antessuposto de tudo o que se dirá adiante, que a ocupação do espaço urbano não se pode fazer aleatoriamente, impondo-se, como inafastável, a formulação de um plano diretor, consubstanciando um planejamento essencial à apropriação equilibrada do dito espaço, sem exclusões e segregações sociais, buscando boa qualidade de vida, editado em nível legislativo assecuratório de sua não-modificação por influência de interesses subalternos ou conjunturais.

No concernente aos instrumentos jurídicos a serem cogitados em uma política de ocupação razoável e justa do espaço urbano, podem ser enumerados os seguintes, sem pretensão de exaurir o respectivo rol: *direito de superfície, concessão do direito real de uso, edificação e parcelamento compulsórios, direito de preempção, operação interligada, urbanização consorciada, imposto progressivo sobre a propriedade urbana, o solo criado e o usucapião especial urbano.*

A forma mais direta de definir o direito de superfície será partindo do fenômeno da acessão, que deita suas raízes no direito romano.

Por força do princípio da acessão, tudo aquilo que acede permanentemente ao solo passa a ser da propriedade do dono do solo, por mais valioso que seja o incremento.

Existindo em determinado ordenamento o direito de superfície, duas pessoas podem convencionar entre si que a primeira (concessionária) possa construir sobre o terreno de propriedade da segunda (concedente), de tal forma que a edificação seja do domínio daquela e o lote permaneça no domínio desta. Os sistemas poderão estabelecer que a pactuação seja perpétua ou provisória. No caso da superfície perpétua, haverá uma interrupção dos efeitos da acessão. No caso da superfície temporária, haverá uma suspensão dos efeitos da acessão.

Com o direito de superfície - e esse é um sonho acalentado pelos arquitetos - é possível separar negocialmente o direito de construir do direito de propriedade do solo, pois quem constrói é o concessionário, e não o dono do lote (concedente). Concretizada a concessão de edificar, identificam-se duas propriedades: a propriedade

do terreno, que continua sendo do concedente; a propriedade da construção (propriedade superficiária), de que é titular o concessionário-superficiário. O instrumento é valioso, por isso que amplia o leque de possibilidades de utilização da propriedade imóvel, com as galas de um direito real. Imagine-se que o proprietário de um determinado terreno, pela aplicação do instituto da edificação compulsória e pela lei de uso do solo vigente, tenha a obrigação de construir no aludido terreno, mas não disponha de recursos ou não tenha interesse em fazê-lo. O resultado urbanístico poderá ser obtido pela concessão do direito de superfície do terreno a um terceiro, que se interesse pela construção naquele local, permanecendo com a propriedade da edificação durante o prazo assinado no contrato superficiário, findo o qual a propriedade construída ingressa no patrimônio do dono do terreno, com ou sem indenização, dependendo das cláusulas contratuais.

Sistemas há que admitem a concessão da superfície no subsolo, de que é exemplo o Código Civil italiano. O nosso Estatuto da Cidade contempla essa figura no seu artigo 21, § 1º, estipulando que o direito de superfície, abrange o direito de utilizar o solo, o *subsolo* ou o espaço aéreo relativo ao terreno, na forma estabelecida no contrato respectivo, atendida a legislação urbanística. Quando assim seja, a municipalidade, titular de uma gleba, poderá dar em superfície a uma empresa a área sobrejacente para a construção de um hospital de grande porte, a ser explorado pela concessionária, por exemplo, pelo prazo de 99 anos, findo o qual o complexo hospitalar ingressará gratuitamente no patrimônio da municipalidade. Na mesma gleba, a municipalidade poderá conceder o subsolo em superfície, para implantação de uma imensa área de estacionamento, a ser utilizada remuneradamente pelos usuários do hospital.

Vale mencionar que o Código Civil contempla expressamente a superfície vegetal e que, como está concebido o artigo 21 do Estatuto da Cidade, pode admitir-se a superfície vegetal também no Estatuto da Cidade, sobretudo tendo-se em vista que o Plano Diretor, por força do artigo 40, § 2º, do mesmo Estatuto, engloba o território do Município como um todo, não sendo de interditar-se a concessão de superfície em determinadas áreas para a implementação de agriculturas de subsistência.

Importa também salientar que as disposições supervenientes do Código Civil de 2002 não revogaram as disposições pertinentes ao direito de superfície constantes do Estatuto da Cidade.⁷

São inúmeros os proveitos que se podem extrair, urbanisticamente, do direito de superfície.

A concessão do direito real de uso, prevista no Decreto-Lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967, artigo 7º, é o contrato pelo qual se transfere, a título de direito real, a fruição temporária, por prazo certo ou indeterminado, de terreno público ou particular, remuneradamente ou não, para fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra ou outra utilização de interesse social.

É semelhante ao direito de superfície e, segundo equivocadamente pensam alguns, seria o próprio direito de superfície. Todavia, identifica-se entre os dois institutos um ponto de diferença substancial. É que no direito de superfície ocorre a suspensão ou interrupção dos efeitos da acessão, o que significa dizer que o incremento é propriedade do superficiário, sendo, portanto, hipotecável. Tal não acontece na concessão do direito real de uso. O incremento, na concessão do direito real de uso, não se convola em propriedade separada superficiária, distinta da propriedade do lote que recebe o incremento,

As utilidades deste instrumento podem igualmente ser valiosas, sobretudo em uma política de regularização fundiária, para titulação de áreas de assentamento de populações de baixa renda (favelas, mocambos, palafitas, loteamentos irregulares do ponto de vista dominial), pactuando-se, no final do prazo da concessão, uma opção de compra, com o que se ensejará a essas populações o acesso à propriedade da terra urbana.

Anotem-se, agora, algumas observações sobre a edificação e o parcelamento compulsórios, contemplados nos artigos 5º, 6º, 7º e 8º do Estatuto da Cidade.

A matriz da edificação e parcelamento compulsórios está no art. 182, § 4º, da Constituição Federal, onde se preceitua que é fa-

⁷ Lira, Ricardo Pereira, in "O Direito de Superfície e o Novo Código Civil", *Revista Forense*, v. 364, p. 263/264.

cultado 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:

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 dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

O primeiro deles é importantíssimo como arma eficaz na repressão à especulação imobiliária. Em determinadas circunstâncias, relativamente a imóveis incluídos na lei de uso do solo urbano, o não-uso deixa de ser manifestação de exercício do domínio. Assim, o proprietário pode ser notificado para edificar dentro do prazo estabelecido em lei, sob pena de exacerbação do IPTU, e finalmente de uma desapropriação-sanção, a ser paga em títulos públicos, devendo ser deduzidos do preço desta os benefícios hauridos pelo expropriado como resultado da especulação praticada.

É relevante observar que o art. 8º, do Estatuto da Cidade, fala em preço real da indenização, justificando a dedução dos benefícios hauridos ilegitimamente pelo especulador.

O segundo deles, que possibilita o parcelamento compulsório, também pode valer como arma da repressão à especulação, e como fator de induzimento à densificação urbana, onde esse fenômeno seja desejável.

Dentro dessa linha, o Estatuto da Cidade previu também a utilização compulsória, o que me parece não padecer de inconstitucionalidade, pois a extensão está claramente no âmbito da finalidade do texto constitucional.

Outro instrumento a ser considerado é o direito de preempção, que consiste no direito de preferência que o município passa a ter, relativamente a imóveis em determinadas áreas definidas na lei de uso do solo urbano, na aquisição de imóvel urbano, objeto de transação entre particulares. (arts. 25/27 do Estatuto da Cidade).

A concepção é urbanisticamente válida. O município sabe da tendência e vocação da expansão urbana em determinado sentido e, assim, passa desde logo a adquirir imóveis quando em negociação entre particulares, em condições mais vantajosas do que faria se já consumada naquela área a expansão prevista, através da expropriação.

Tenha-se presente agora a operação interligada. Constitui ela a alteração pelo Poder Público, nos limites e na forma definidos em lei, de determinados parâmetros urbanísticos, mediante contrapartida dos interessados, igualmente definida em lei.

Essa contrapartida poderá assumir a forma de (a) recursos para fundo municipal de desenvolvimento; (b) obras de infra-estrutura urbana; (c) terrenos e habitações destinados a populações de baixa renda; (d) recuperação do meio ambiente ou do patrimônio cultural.

A operação interligada, desde que criteriosamente aplicada, pode trazer benefícios urbanísticos e ambientais à comunidade.

Outro instituto a ser considerado é a urbanização consorciada (arts. 32/34 do Estatuto da Cidade).

É uma forma de empreendimento conjunto da iniciativa privada e dos poderes públicos, sob a coordenação desses últimos, visando à integração e à divisão de competência e recursos para a execução de projetos comuns.

Pode consubstanciar interessante forma de parceria entre a iniciativa privada e o Poder Público, com vistas à implementação de projetos urbanísticos.

Instrumento de considerável utilidade é o imposto progressivo sobre a propriedade urbana, que pode ser interessante forma de indução à atividade de construção, quando seja ela de interesse para a comunidade.

Ponha-se, em tela, o solo criado.

Cria-se solo quando se gera área adicional de piso artificial, não apoiada diretamente sobre o solo natural.

Cria solo quem cria piso artificial.

Urbanisticamente a idéia do solo criado pressupõe a adoção de um coeficiente único de aproveitamento do solo em determinada municipalidade (*plafond légal de densité*).

Partindo-se dessa premissa, pode se alcançar a noção *stricto sensu* de solo criado, quando se terá que solo criado é o excesso de construção, superior ao limite estabelecido pela aplicação do coeficiente único de aproveitamento.

Todo aproveitamento de terreno no subsolo, no solo e no espaço aéreo, implicando criação de solo (piso artificial além do limite), desde que consentida pelas condições peculiares do solo municipal, consubstanciará para o beneficiário obrigação de dar à comunidade uma contraprestação pelo excesso de construção, que geralmente determina uma sobrecarga sobre o equipamento urbano, implantado e operado à expensa de todos.

Essa contraprestação - onerando o beneficiário do solo criado - deverá preferencialmente ser representada pela cessão à comunidade de área correspondente ao excesso artificial gerado, para que ali se criem áreas verdes, se instalem equipamentos comunitários, se instituem praças, escolas, parques e módulos de lazer, etc...

Essa a versão urbanística do solo criado, em que o criador do solo artificial compensa a coletividade, pelo *plus* que consentidamente pratica, com a cessão de espaço correspondente em favor do grupo social.

Se, nas condições locais, for impossível a compensação em espaço comunitariamente útil, poder-se-á tolerar a versão financeira do solo criado (solução adotada no Código de Urbanismo francês), pela qual o criador do solo verteria à comunidade certa importância em dinheiro.

Essa foi a solução adotada pelo Estatuto da Cidade.

Para os titulares de imóvel tombado, com índice de ocupação do lote inferior ao coeficiente único, admitir-se-ia a cessão do direito de construir correspondente ao solo de impossível utilização em razão da existência do tombamento.

Embora sofisticado e exigindo manipulação registrária muito apurada, o instituto do solo criado pode apresentar-se como instrumento útil, sendo forma de controle do adensamento urbano, da utilização desordenada de lotes sem atenção aos equipamentos urbanos subjacentes, e, finalmente, pode constituir-se em meio razoável de volta de áreas ao Poder Público, sem a necessidade de vultosas expropriações (no caso do solo criado, em sua versão urbanística),

inclusive para o estabelecimento de áreas verdes e implantação de equipamentos comunitários).

Partindo-se da concepção do solo criado, imagina-se a instituição da possibilidade jurídica da *transferência do direito de construir*.

Dirijamos nossa atenção, ainda, para o usucapião especial urbano (art. 9º/14 do Estatuto da Cidade).

Por força desse instituto, aquele que possuir como sua área urbana até determinada extensão fixada em lei, por determinado prazo, 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.

Esse é um valioso instrumento a ser utilizado em uma política de regularização fundiária em que estejam assentadas populações de baixa renda (favelas, mocambos, palafitas, loteamentos irregulares), ao lado de outros instrumentos como, por exemplo, a concessão do direito real de uso, com cláusula de opção de compra.

O procedimento destinado a obter a declaração do domínio pela via do usucapião especial urbano, seja o individual ou coletivo, deve ser simplificado na sua forma, e aberto a soluções alternativas, adotadas ao longo mesmo do processo.

Para facilitar a consumação dos processos de usucapião seriam necessárias algumas flexibilizações a serem introduzidas na legislação federal competente, como, por exemplo, eliminar a necessidade de citação dos confinantes, eliminar a necessidade de plantas elaboradas por arquitetos ou engenheiros - que seriam substituídas por simples configurações do local elaboradas pelos próprios interessados e, se contestadas, verificadas pelo próprio julgador em inspeção pessoal, e adoção de fórmula jurídica permitindo que os locatários das moradias pudessem, no bojo do mesmo processo, adquirir também o domínio, pois de outra maneira a eles não se poderia conceder o benefício, por isso que locatário não pode usucapir. Afirma-se que, na favela da Rocinha, no Rio de Janeiro, 30% das moradias são objeto de locação. Essa fórmula já foi por nós sugerida no Anexo II, do livro de nossa autoria **Elementos de Direito Urbanístico**, ed. Renovar 1997, p. 385/9, onde concebemos um anteprojeto, instituindo o usucapião especial urbano, a legitimação da posse comunitária e dando outras providências.

Outro tópico relevante, regulado no Estatuto da Cidade, é o pertinente à Gestão Democrática da Cidade. No seu Capítulo IV, o Estatuto da Cidade cuida desse importantíssimo instrumento, que não pode ser esquecido, sob pena de com ele acontecer o que ocorreu com o Estatuto da Terra.

O Estatuto da Terra trazia disposições relevantes que, se aplicadas, poderiam ter significado um relevante passo para uma verdadeira Reforma Agrária neste país. Todavia, a falta de vontade política determinou praticamente o seu esquecimento, dando origem ao aparecimento de um dos mais importantes movimentos sociais ocorridos em nosso país, que é o Movimento dos Sem Terra (MST), como tal considerado pelo eminente e saudoso Celso Furtado.

O mesmo fenômeno pode ocorrer com o Estatuto da Cidade, se não houver a vontade política de implementá-lo e torná-lo realidade. Pela demora e pelo vagar na busca de soluções concretas para a Reforma Urbana, sobretudo no segmento da regularização fundiária das áreas de assentamento das populações carentes, acompanhada de medidas ligadas à urbanização dessas áreas, o Estatuto das Cidades corre o risco de sofrer a mesma crise de eficácia que debilitou o Estatuto da Terra.

Em centros urbanos relevantes, como, por exemplo, a Cidade de São Paulo, já ocorre a ocupação de prédios urbanos pelos sem-teto. Há poucos dias, ocorreu a ocupação de um prédio do INSS, que estava desocupado, localizado na Cinelândia, ponto central e privilegiado da Cidade do Rio de Janeiro. Por enquanto, as ocupações têm acontecido em prédios públicos, mas, se as providências efetivas não chegarem ao ponto de uma efetiva solução para a crise de moradia, as ocupações poderão passar a se dar também com relação aos prédios particulares, o que será a proximidade do caos.

Já é uma realidade, em vários pontos do país, a existência dos movimentos dos sem-teto.

Por força dessas razões é muito importante que as diretrizes do Estatuto da Cidade se tornem realidade, não só em termos de qualidade de vida para as classes abastadas, mas em termos de atendimento efetivo do direito de moradia digna e saudável para todos, como expressão mínima de cidadania, o que aliás decorre dos princípios republicanos fundamentais, consagrando a dignidade da pes-

soa humana, a erradicação da pobreza, da marginalização e da redução das desigualdades sociais, promovendo-se o bem de todos, sem preconceitos de raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Com vistas ao atingimento dessas metas ressalta, com prioridade, a gestão democrática das Cidades por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano (art. 2º, II, do Estatuto da Cidade).

Isso significa, nada mais nada menos, o cumprimento de obrigação que já pesa sobre os ombros dos organismos gestores das regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, que, em suas iniciativas, devem incluir obrigatória e significativamente a participação da população e das associações representativas dos vários segmentos da comunidade, de modo a garantir o controle direto de suas atividades e o pleno exercício da cidadania (art. 45, do Estatuto da Cidade).

A gestão democrática da cidade está contemplada no art. 43 do Estatuto da Cidade, nos seguintes termos:

"Art. 43. Para garantir a gestão democrática da cidade, deverão ser utilizados, entre outros, os seguintes instrumentos:
I - órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e municipal;
II - debates, audiências e consultas públicas;
III - conferências sobre assuntos de interesse urbano, nos níveis nacional, estadual e municipal;
IV - iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano."

O art. 43 dispunha de um inciso V que arrolava entre os instrumentos relativos à gestão democrática da cidade o "referendo popular e o plebiscito". A norma foi vetada pelo Presidente Fernando Henrique.

A razão de ser do veto foi a de que a Lei nº 9.709, de 18 de novembro de 1998, já prevê a utilização genérica do referendo po-

pular e do plebiscito, não sendo de boa técnica legislativa prever especificamente estes instrumentos na determinação da política urbana municipal.

O art. 44, do Estatuto da Cidade prevê que, no âmbito municipal, a gestão orçamentária participativa de que trata a alínea "f" do Inciso III do art. 4º desta lei incluirá a 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 sua aprovação pela Câmara Municipal.

DO DIREITO A MORADIA

Este esforço do legislador constitucional, no sentido de tornar efetiva uma política urbana, e do legislador infraconstitucional de criar as diretrizes e institutos ensejadores da função social da Cidade, tem como um dos pressupostos principais a observância do direito a moradia como um direito social, inserido no Art. 6º da Constituição Federal, pela Emenda Constitucional nº 26, de 14.02.2000. Um dos capítulos básicos da eficácia do direito a moradia, é a solução da questão da regularização fundiária, que agora se aborda.

DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA

No processo de ordenação do espaço urbano, especial atenção é de ser dirigida a uma política de regularização fundiária destinada à titulação das áreas de assentamento das favelas, mocambos, palafitas e loteamentos irregulares, intensamente articulada com uma política de urbanização e saneamento dessas áreas.

É relevantíssima, não só do ponto de vista urbanístico, como do ponto de vista do meio ambiente, a questão da regularização fundiária, que não deve limitar-se à outorga de títulos de propriedade, mas também cuida dos aspectos gerais da urbanização, sobretudo transporte e saneamento básico. É o que a eminente arquiteta Prof^ª Raquel Rolnick denomina de Regularização Fundiária Plena.

Nos últimos meses de 2005, começou a transitar pela mídia, uma estranha campanha que insistia vivamente na necessidade da adoção de uma política de remoção das favelas, o que significa regredir à época dos anos 60, em que se realizaram remoções, pelo

menos na Cidade do Rio de Janeiro, com efeitos sociais os mais desastrosos.

Basta recordar a remoção da Favela da Catacumba, que era situada nas margens da Lagoa Rodrigo de Freitas. Dúvida não pode haver quanto ao fato de que essa remoção se fez para que pudessem ser efetivadas, nos arredores, as suntuosas incorporações de vários edifícios residenciais de altíssimo luxo, a serem ocupados pela alta classe média. No local, propriamente dito, instalou-se um parque, com algumas estátuas, que seguramente recebe a visita de pouquíssimos cidadãos.

Pois bem. As autoridades da época, pelo menos com a comiseração de terem retirado, antecedentemente, as famílias que habitavam o local, mandaram atear fogo na favela. Trata-se da favela da Catacumba, que ficava à margem da Lagoa Rodrigo de Freitas. Os ocupantes foram removidos para Santa Cruz, Antares e outros locais longínquos, obrigados, se possível fosse, a valer-se de duas ou três onerosas viagens de ônibus para regressar aos seus locais de trabalho.

Qual a consequência dessa remoção? As mães de família, que eram cozinheiras, copeiras, faxineiras, babás, nos bairros de Ipanema e Copacabana foram obrigadas a deixar seus trabalhos, indo com filhas e filhos, para as aludidas distantes localidades. Os pais de família, na grande maioria trabalhadores da construção civil nos bairros próximos, não puderam acompanhar suas famílias, separando-se delas, e passando a dormir nos canteiros de obras em que serviam. Houve a separação dos casais, ficando as mulheres desprovidas do apoio material que lhes davam seus maridos ou companheiros, e com o orçamento combalido, viram a prostituição de suas filhas de 9 a 12 anos, que assim contribuía para a manutenção da mãe e irmãos. As consequências sociais e morais foram as piores possíveis.

A remoção de favelas é providência a que evidentemente só se pode recorrer em condições excepcionalíssimas, quando haja perigo de vida para os próprios moradores, sendo certo que, diante de situações consolidadas, nem os imperativos ambientais mais fortes devem prevalecer. E a remoção, sempre excepcionalíssima, deve dar-se para locais próximos ao inicialmente ocupado.

Há que sopesar os princípios, sendo de considerar que hoje o direito a moradia, nos termos do artigo 6º, da Constituição Federal, é um direito fundamental.

Nos primeiros meses de gestão do atual Governo Federal, fomos convidados pelo Exmº Senhor Ministro da Justiça, Márcio Tomás Bastos, para uma reunião em Brasília, da qual participaram também representantes do então recentemente instalado Ministério das Cidades, pelo qual falava a eminente arquiteta Raquel Rolnik, responsável pela política de Regularização Fundiária daquele recém-constituído Ministério, e também executivos do Banco Nacional de Desenvolvimento (BNDES). Ali, tivemos ocasião de entregar ao Senhor Ministro um *paper*, no qual deduzíamos, com brevidade, nossas idéias sobre a relevante questão, que agora passamos a transcrever:

"1. Afigura-se-nos importante que as autoridades competentes implementem a regularização dos assentamentos ocorridos em bens públicos (de uso comum e dominicais) , bem como ponham em prática uma política de induzimento de igual orientação relativamente aos bens particulares.

2. Impõe-se, como providência inicial, um mapeamento fundiário do país, identificando as áreas em que ocorrem os assentamentos mencionados e indicando as áreas públicas, (federais, estaduais e municipais) e as áreas particulares.

3. Quanto às áreas públicas, a solução que nos parece mais adequada seria aquela realizada através da CONCESSÃO (gratuita) DE USO ESPECIAL PARA FINS DE MORADIA, prevista nos arts. 1º e 2º, da Medida Provisória nº 2.220, de 4/09/01, sob a forma individual ou coletiva, dependendo das circunstâncias concretas da área titulada.

4. No concernente aos espaços de propriedade dos Estados e Municípios, a União realizaria entendimentos com as respectivas entidades, induzindo-as à adoção da mesma solução, desde que de interesse delas.

5. A formulação dos respectivos contratos acompanharia os requisitos e condições que estão presentes na referida medida

provisória, alcançando, inclusive, aqueles espaços em que o concessionário esteja exercendo alguma forma de mercancia.

6. Considerando que, através da dita concessão, o beneficiário recebe do poder público a posse do espaço ocupado (o que não deixa de ser uma titulação) os contratos poderiam contemplar uma cláusula final, por força da qual, depois de certo prazo, poderiam eles fazer uma opção de aquisição do domínio, através da qual o ocupante se tornaria proprietário da área ocupada.

7. Quanto aos espaços de dominialidade particular, considerando a idade dos assentamentos, a solução que se afiguraria como mais propícia seria a adoção do USUCAPIÃO DE IMÓVEL URBANO, seja sob a forma individual ou coletiva, conforme o caso, contempladas nos artigos 9º e 10º do Estatuto da Cidade.

Ocorrem, contudo, algumas dificuldades de ordem processual, que, a par do andamento demasiadamente lento das ações de usucapião na Justiça, agravam o desenvolvimento delas, tais como a exigência do Código de Processo Civil da citação dos confinantes e a necessidade de plantas formalizadas, instruindo os pedidos.

*Além disso, nas favelas e demais áreas ocupadas, inúmeras são as moradias que são objeto de locação, sendo certo que dogmaticamente não é juridicamente possível reconhecer usucapião em favor de locatário. Como o princípio seria o de que não seria possível declarar o usucapião referentemente a mais de uma moradia em favor de uma só pessoa, essa pessoa para ter declarado o usucapião em seu favor necessariamente teria de ceder a sua posse aos seus locatários, que assim teriam posse **ad usucapionem** suficiente para usucapir. Se de toda a forma não fosse possível essa solução, inclusive pela negativa de cessão da posse, o Juiz poderia solicitar aos locatários a mudança do pedido inicial da ação de usucapião para pretensão de legitimação da posse, que se convolaria em domínio se, dentro de certo prazo, não surgisse alguém com*

domínio evidente sobre o espaço em questão. Tal solução implica em alteração do Código de Processo Civil.

Às páginas 385/389, de nosso livro **Elementos de Direito Urbanístico**, Editora Renovar, 1997, apresentamos anteprojeto procurando simplificar as normas processuais relativas ao usucapião de imóvel urbano e dispendo sobre a legitimação da posse convolável em domínio.

Acrescentaríamos, agora, um dispositivo ao mencionado anteprojeto, estatuinto a gratuidade de todos os atos registrários decorrentes da aplicação das normas propostas.

A colaboração que a União Federal poderia oferecer nessa matéria relativa ao usucapião de bens particulares, como instrumento de uma política de regularização fundiária, seria a de apresentar um projeto de lei ao Congresso Nacional, no sentido das idéias acima preconizadas.

8. Urge considerar um ponto

A política de titulação dos ditos espaços urbanos deveria ser precedida por uma política de urbanização dos mesmos, em que os demais aspectos urbanísticos, como arruamento, saneamento, etc.. seriam implementados? Parece-nos que sim, por isso que dita urbanização poderia eventualmente alterar os contornos e limites das áreas de assentamento a serem tituladas.

9. Finalmente, talvez fosse conveniente pensar-se em uma emenda constitucional em que se estabelecesse um período de CARÊNCIA FISCAL, de três ou cinco anos, contados a partir do início da política de urbanização e do registro imobiliário da titulação, em que fossem dispensados dos impostos os beneficiários da política de urbanização e titulação, tais como IPTU, ICM sobre materiais de construção, imposto de transmissão imobiliária, etc...

Essas as obsevações que me ocorrem, preliminarmente, sobre a questão da titulação das áreas urbanas em que está assentada a população de baixa renda."

CONCLUSÃO

Como se vê, a existência de uma política pública, voltada para a solução da questão urbano-ambiental, sobretudo para a difícil questão da regularização fundiária, é de fundamental importância para a observância dos princípios republicanos pertinentes ao reconhecimento da cidadania de toda a comunidade, à dignidade da pessoa humana, à erradicação da pobreza, eliminação da marginalidade e das desigualdades sociais, à promoção do bem de todos, sem preconceitos de qualquer natureza e à construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Importa ter, em consideração, que a função do Direito contemporaneamente é não apenas a de servir de instrumento para a solução de conflitos interindividuais. A grande função do Direito é a da transformação social, garantindo-se a todos o mínimo necessário a uma vida digna e justa. 