

ADILSON ABREU DALLARI

SÉRGIO FERRAZ

(Coordenadores)

ESTATUTO DA CIDADE

(Comentários à Lei Federal 10.257/2001)

Adilson Abreu Dallari • Carlos Ari Sunfeld •
Cassio Scarpinella Bueno • Clóvis Beznos • Daniela Campos
Liborio Di Samo • Diógenes Gasparini • Egle Monteiro da
Silveira • Floriano de Azevedo Marques Neto • Jacintho Arruda
Câmara • Lucécia Martins Soares • Lucia Valle Figueiredo •
Marcelo Figueiredo • Márcio Cammarosano •
Maria Helena Diniz • Maria Paula Dallari Bucci •
Maria Sylvia Zanella Di Pietro • Mariana Moreira •
Paulo José Villela Lomar • Regina Helena Costa •
Sérgio Ferraz • Vera Scarpinella Bueno •
Yara Darcy Police Monteiro



sbdp – SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO
Rua Leôncio de Carvalho, 306, 7º andar – São Paulo, SP – CEP 04003-010
Fones: (0xx11) 289-8767 e 3285-0598 – Fax (0xx11) 287-6404
www.sbdp.org.br – e-mail: direitopublico@sbdp.org.br

Diretoria: Carlos Ari Sundfeld (Presidente), Marcelo Figueiredo, Benedicto Porto Neto e Cassio Scarpinella Bueno (Vice-Presidentes)

Comitê Executivo: Roberta Alexandr Sundfeld, Lucécia Martins Soares, Jacintho Arruda Câmara, Vera Scarpinella Bueno, Floriano de Azevedo Marques Neto e Pedro Paulo Porto Filho

Instrumentos da Política Urbana

ADILSON ABREU DALLARI

Art. 4º. Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos:

I – planos nacionais, regionais e estaduais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social;

II – planejamento das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões;

III – planejamento municipal, em especial:

a) plano diretor;

b) disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo;

c) zoneamento ambiental;

d) plano plurianual;

e) diretrizes orçamentárias e orçamento anual;

f) gestão orçamentária participativa;

g) planos, programas e projetos setoriais;

h) planos de desenvolvimento econômico e social;

IV – institutos tributários e financeiros:

a) imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana – IPTU;

b) contribuição de melhoria;

c) incentivos e benefícios fiscais e financeiros;

V – institutos jurídicos e políticos:

a) desapropriação;

b) servidão administrativa;

c) limitações administrativas;

- d) tombamento de imóveis ou de mobiliário urbano;
- e) instituição de unidades de conservação;
- f) instituição de zonas especiais de interesse social;
- g) concessão de direito real de uso;
- h) concessão de uso especial para fins de moradia;
- i) parcelamento, edificação ou utilização compulsórios;
- j) usucapião especial de imóvel urbano;
- l) direito de superfície;
- m) direito de preempção;
- n) outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso;
- o) transferência do direito de construir;
- p) operações urbanas consorciadas;
- q) regularização fundiária;
- r) assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades e grupos sociais menos favorecidos;
- s) referendo popular e plebiscito;

VI – Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA) e Estudo Prévio de Impacto de Vizinhança (EIV).

§ 1º. Os instrumentos mencionados neste artigo regem-se pela legislação que lhes é própria, observado o disposto nesta Lei.

§ 2º. Nos casos de programas e projetos habitacionais de interesse social, desenvolvidos por órgãos ou entidades da Administração Pública com atuação específica nessa área, a concessão de direito real de uso de imóveis públicos poderá ser contratada coletivamente.

§ 3º. Os instrumentos previstos neste artigo que demandam dispêndio de recursos por parte do Poder Público Municipal devem ser objeto de controle social, garantida a participação de comunidades, movimentos e entidades da sociedade civil.

1. Introdução

O art. 4º do Estatuto da Cidade enumera um rol de instrumentos que são colocados à disposição do Poder Público visando à organização conveniente dos espaços habitáveis e ao cumprimento das funções sociais da propriedade e da cidade.

A redação do artigo deixa claro que tal relação não é exaustiva ao dizer que eles deverão figurar “entre outros instrumentos” – o que significa um reconhecimento da validade de instrumentos existentes e utilizados antes da edição do Estatuto da Cidade e também que, mesmo agora, novos instrumentos (não previstos nessa relação) poderão vir a ser criados, inclusive por Estados e Municípios.

O mais importante, porém, é destacar a instrumentalização da atuação do Poder Público em matéria urbanística. Ou seja, a institucionalização de um conjunto de meios e instrumentos expressamente vocacionados para a intervenção urbanística, possibilitando ao Poder Público uma atuação vigorosa e concreta nesse setor.

Como se sabe, os princípios da função social da propriedade e da função social da cidade já figuravam no texto da Constituição Federal de 1988, mas, não obstante o pacífico entendimento doutrinário no sentido de que tais princípios são dotados de positividade e eficácia, na prática, especialmente perante o Poder Judiciário, predomina um fetichismo legalista segundo o qual qualquer princípio, para ser aplicado, precisa estar traduzido em normas legais, em específicas regras de comportamento.

Princípios também são “normas”, no sentido em que já determinam ou autorizam determinados comportamentos ou, pelo menos, vedam a adoção de comportamentos com eles conflitantes. No tocante à positividade e eficácia do princípio da função social da propriedade são bastante expressivas as argutas observações de Celso Antônio Bandeira de Mello, feitas anteriormente à promulgação da Constituição Federal atualmente em vigor (que é até mais incisiva quanto a isso do que o texto constitucional então vigente), primeiramente quanto aos sentidos que essa expressão comporta e, depois, destacando exatamente a imediata produção de efeitos, independentemente da edição de qualquer lei federal, conforme os seguintes exemplos:

“Perante a imposição constitucional de que a ordem econômica e social realize o princípio da ‘função social da propriedade’, cabem, em tese, as seguintes distintas intelecções sobre o significado desta ‘função social’ que lhe é exigida.

“Numa primeira acepção, considerar-se-á que a ‘função social da propriedade’ consiste em que esta deve cumprir um destino economicamente útil, produtivo, de maneira a satisfazer as necessidades sociais preenchíveis pela espécie tipológica do bem (ou pelo menos não poderá ser utilizada de modo a contraditar estes interesses), cumprindo, destarte, às completas, suas vocação natural, de molde a canalizar as potencialidades residentes no bem em proveito da coletividade (ou, pelo menos, não poderá ser utilizada de modo a adversá-las).

“Função social da propriedade é tomada como necessidade de que o uso da propriedade responda a uma plena utilização, otimizando-se ou tendendo-se a otimizar os recursos disponíveis em mãos dos proprietários ou, então, impondo-se que as propriedades em geral não possam ser usadas, gozadas e suscetíveis de disposição em contradita com estes mesmos propósitos de proveito coletivo.

“À expressão ‘função social da propriedade’ pode-se também atribuir outro conteúdo, vinculado a objetivos de justiça social; vale dizer, comprometido com o projeto de uma sociedade mais igualitária ou menos desequilibrada – como é o caso do Brasil – no qual o acesso à propriedade e o uso dela sejam orientados no sentido de proporcionar ampliação de oportunidades a todos os cidadãos independentemente da utilização produtiva que porventura já esteja tendo.

“É certo, contudo, que mesmo a perspectiva restrita sobre o alcance da expressão ‘função social da propriedade’ – vinculando-a tão-só ao destino produtivo do bem – já permitiria adotar, caso se desejasse fazê-lo de veras, uma série de providências aptas a conformá-la ao proveito coletivo. Assim, *exempli gratia*, a instituição de uma pesada e progressiva tributação sobre imóveis rurais e urbanos ociosos ou insatisfatoriamente utilizados, a proteção legal a posses produtivas sobre prédios rústicos inaproveitados por seus titulares ou sobre terrenos urbanos estocados para valorização e não edificadas, seriam providências confortadas pela noção de função social da propriedade, mesmo que disto se tenha uma visão atrelada tão-somente à sua aplicação útil.”¹

Nem se diga que, atualmente, depois de 1988, diante da previsão constitucional da edição, pela União, de normas gerais de direito urbanístico, a atuação do Poder Público Municipal no tocante à aplicação do princípio da função social da propriedade na ordenação dos espaços urbanos tenha sido condicionada à promulgação de lei ordinária federal autorizativa. A lei federal não pode reduzir ou condicionar o exercício de competências que a Constituição Federal outorgou diretamente aos Municípios, no art. 30, em seu inciso, I para “legislar sobre assuntos de interesse local”, e, muito especialmente, em seu inciso VIII, para “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano”. O Município não depende de autorização legislativa federal para exercer competência que lhe foi conferida pela Constituição Federal.

O que se quer deixar perfeitamente claro é que a competência municipal decorre da Constituição Federal, e não do Estatuto da Cidade. Este apenas delinea a configuração de alguns instrumentos de política urbana, contribuindo para uma uniformização da nomenclatura, do significado e da aplicação de cada um. O § 1º do art. 4º da Lei 10.257, de 10.7.2001, é muito expressivo ao dizer que “os instrumentos mencionados neste artigo regem-se pela legislação que lhes é própria, observado o disposto nesta Lei”.

1. “Novos aspectos da função social da propriedade no direito público”, RDP 84/43-44, São Paulo, Ed. RT, 1987.

A aplicação aos casos concretos dos instrumentos de política urbana elencados no Estatuto da Cidade vai depender do que estiver disposto na legislação local especificamente editada em cada Município e das disposições da legislação estadual ou federal naqueles assuntos de sua competência, como é o caso, por exemplo, das desapropriações.

Isto, entretanto, não afasta ou reduz a importância dos princípios constitucionais, que continuam servindo para orientar a interpretação e aplicação das normas isoladas, de maneira a assegurar a racionalidade do sistema, conforme a clara e objetiva lição de Carlos Ari Sundfeld: "Os princípios são as idéias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se. Tomando como exemplo de sistema certa guarnição militar, composta de soldados, suboficiais e oficiais, com facilidade descobrimos a idéia geral que explica seu funcionamento: 'os subordinados devem cumprir as determinações dos superiores'. Sem captar essa idéia é totalmente impossível entender o que se passa dentro da guarnição, a maneira como funciona. De nada adianta conhecer os nomes das várias categorias de militares envolvidos, a atividade diária de cada um deles, os veículos que usam, seu horário e trabalho etc., se não tivermos ciência do princípio que organiza todos esses elementos. Assim, podemos enunciar o 'princípio da hierarquia' para descrever, de modo sintético, o sistema 'guarnição militar'".²

O princípio da função social da propriedade é a idéia central que confere coerência e racionalidade ao sistema de atos normativos e administrativos que visam à organização conveniente dos espaços habitáveis.

Diante do caso concreto sempre haverá necessidade de conjugar preceitos estabelecidos por diversas leis, editadas por diferentes níveis de governo, além das normas e princípios constitucionais. Não é possível extrair o exato conteúdo de qualquer disposição normativa isolada sem examinar o contexto no qual está inserida. Toda norma, para ser aplicada, deve ser interpretada, devendo o aplicador valer-se, preferencialmente, da interpretação sistemática, que Juarez Freitas assim descreve: "Destarte, assumindo uma ótica ampliativa e mais bem equipada, a interpretação sistemática deve ser definida como uma operação que consiste em atribuir a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias, a partir da conformação teleológica, tendo em vista solucionar os casos concretos".³

2. *Fundamentos de Direito Público*, 4ª ed., 2ª tir., São Paulo, Malheiros Editores, 2001, p. 143.

3. *A Interpretação Sistemática do Direito*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1998, p. 60.

A interpretação sistemática completa-se com a teleológica, pela verificação dos objetivos e das finalidades almejadas com a criação dos instrumentos de política urbana em exame, os quais estão descritos nos arts. 1^o e 2^o do Estatuto da Cidade. Ou seja, a interpretação sistemática deve ser também teleológica, pois toda norma tem um caráter instrumental, visando, em última análise, a realizar ou atingir algo que a ordem jurídica qualifica como de interesse público.

À luz dessas considerações é que passará a ser examinado o extenso rol de instrumentos de política urbana contido no art. 4^o, agrupados em diversas categorias, identificadas pelos diversos incisos nos quais o artigo se desdobra. Neste exame a preocupação estará mais centrada no conjunto, dado que a lei, mais adiante, cuida especificamente de alguns deles, ocasião em que deverá ser feito um exame mais aprofundado de cada um.

Por último, nesta introdução, cabe mencionar que o § 2^o do art. 4^o prescreve que os instrumentos em exame, quando demandarem o dispêndio de recursos financeiros municipais, além dos controles institucionais, formais, devem também submeter-se ao controle social, garantindo-se a participação de comunidades, movimentos e entidades da sociedade civil. Essa prescrição, na verdade, já está implícita na Constituição, ao afirmar o princípio participativo, no parágrafo único do art. 1^o e, mais diretamente, no inciso XII do art. 29, ao afirmar a necessidade de cooperação das associações representativas no planejamento municipal. A previsão legal tem o sentido de evidenciar a importância disso, proscovendo interpretações eventualmente restritivas. O que não faz sentido é a restrição, contida no texto em exame, aos casos em que haja dispêndio de recursos municipais; essa restrição choca-se com a Constituição.

Em síntese, a utilização de todos esses instrumentos sempre deve estar submetida a controles institucionais, sociais e comunitários.

Em resumo, quando a lei se refere a instrumentos de política urbana ela pretende identificar meios e instrumentos, de diferentes espécies, por meio dos quais o governo municipal deve implementar suas decisões de mérito, suas opções quanto a objetivos que devam ser atingidos para assegurar a melhor qualidade de vida de sua população e as prioridades que, em seu entender, devam ser observadas.

2. Planejamento

O primeiro grupo de instrumentos de política urbana, previsto nos incisos I, II e III do art. 4^o da Lei 10.257, de 10.7.2001, pode receber a designação genérica de *planejamento*. Observando uma distinção que efetivamente consta do texto constitucional, a lei faz uma primeira especifica-

ção tomando como critério o âmbito espacial de validade. São aí mencionados, nos correspondentes incisos: “I – planos nacionais, regionais e estaduais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social; II – planejamento das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões; III – planejamento municipal”.

Este último – o planejamento municipal – comporta diversos instrumentos mais específicos, que são identificados por letras: “a) plano diretor; b) disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo; c) zoneamento ambiental; d) plano plurianual; e) diretrizes orçamentárias e orçamento anual; f) gestão orçamentária participativa; g) planos, programas e projetos setoriais; h) planos de desenvolvimento econômico e social”.

Note-se, de imediato, que essa relação também não é exaustiva, pois o inciso III, literalmente, se refere a “planejamento municipal, em especial” – ou seja, estes, constantes da relação, são especialmente mencionados, mas sem prejuízo de outros que possam vir a ser utilizados pelo Município.

Entre os instrumentos de planejamento relacionados existem algumas diferenças a destacar. Os primeiros (plano diretor, disciplina do parcelamento, uso e ocupação do solo e zoneamento ambiental) são fundamentalmente planos físicos, destinados a disciplinar os espaços urbanos. Já o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual são instrumentos basicamente econômicos, destinados a disciplinar o uso dos recursos financeiros municipais. A gestão orçamentária participativa refere-se ao processo de elaboração e execução dos orçamentos acima referidos e corresponde a princípios e preceitos constitucionais (princípio participativo, art. 1º, parágrafo único, e planejamento participativo, art. 29, XII, ambos da CF). Os planos, programas e projetos setoriais referem-se a áreas específicas de atuação, podendo ter maior ou menor amplitude (por exemplo: saneamento básico ou coleta e disposição do lixo, educação ou ensino básico, saúde ou atendimento de emergência etc.). Por último são mencionados os planos de desenvolvimento econômico e social, que vão além da simples disciplina dos recursos financeiros públicos municipais, para abranger, também, as ações de particulares e de outros níveis de governo.

Entre todos esses instrumentos de planejamento, merece especial destaque o plano diretor, em função de uma radical alteração de sua concepção, acarretada pela posição estratégica que lhe foi conferida pela Constituição Federal de 1988.

Sem entrar no detalhamento (que é feito pelos arts. 39-42 do Estatuto da Cidade), pode-se evidenciar as alterações mais substanciais. Anteriormente o plano diretor era exaltado como um instrumento técnico destinado a dar maior racionalidade, economicidade e eficiência à Administração lo-

cal, como uma verdadeira panacéia, abrangendo todos os aspectos da Administração Municipal, indo, quanto ao conteúdo, muito além da simples ordenação física do espaço urbano, mas com escassa repercussão jurídica no tocante ao direito de propriedade.

Após o advento da Constituição Federal de 1988 essa concepção do plano diretor mudou radicalmente, diminuindo em abrangência (quanto aos assuntos ou setores que devem constar de seu conteúdo) mas ganhando enorme significado jurídico, trazendo substancial alteração ao conceito de propriedade imobiliária urbana.

O plano diretor, que deve ser aprovado por lei e tem força de lei, está centrado na organização conveniente dos espaços habitáveis, é o instrumento básico da política urbana municipal, deve ser elaborado de maneira participativa e deve servir como instrumento de realização da função social da propriedade. Ao organizar os espaços habitáveis, em toda a área do Município (urbana e rural), deve ter, sim, uma preocupação social, de justiça social, de realização do mandamento constitucional (art. 3º, III) no sentido da erradicação da pobreza e da marginalidade e redução das desigualdades sociais e regionais.

Não é mais apenas um simples instrumento técnico de trabalho, mas sim, também, um instrumento jurídico de atuação do governo local. O plano diretor é o instrumento pelo qual a Administração Pública Municipal poderá determinar quando, como e onde edificar de maneira a melhor satisfazer o interesse público, por razões estéticas, funcionais, econômicas, sociais, ambientais etc.

3. *Institutos tributários e financeiros*

O art. 4º da Lei 10.257/2001, em seu inciso IV, enumera como instrumentos tributários e financeiros de política urbana os seguintes: “a) imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana – IPTU; b) contribuição de melhoria; c) incentivos e benefícios fiscais e financeiros”.

Tal relação não corresponde a uma classificação, pois não se trata da enumeração de espécies de um gênero comum. O que se tem aí é a indicação de dois tributos e um instrumento de política financeira. Obviamente, portanto, tal relação não é exaustiva, pois existem outros tributos municipais e outros instrumentos de política financeira. O que o legislador talvez tenha pretendido é dar destaque ao que foi referido – o que, de veras, tem uma certa razão de ser, pois o IPTU é o principal instrumento de arrecadação tributária do Município, a contribuição de melhoria é um tributo que precisa ser mais acionado e os incentivos e benefícios fiscais são os mais óbvios instrumentos de política tributária.

Quanto ao IPTU, a fixação de sua alíquota sempre repercutirá significativamente no montante da arrecadação tributária e sempre, também, será um instrumento de política tributária ligada ao desenvolvimento urbano, pois sempre servirá como instrumento de promoção do adequado nível de ocupação do solo e adensamento populacional.

A Constituição Federal cuida de atribuir ao IPTU uma considerável flexibilidade no tocante à fixação do valor a ser cobrado do contribuinte, exatamente para viabilizar sua utilização como instrumento de urbanismo. Em seu art. 182, § 4º, II, ela menciona o IPTU progressivo no tempo, como instrumento de promoção do adequado aproveitamento do imóvel urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado. Além dessa específica forma de progressividade, no art. 156, § 1º, I, está previsto, também, que esse imposto pode ser progressivo em razão do valor do imóvel. Esta última forma de progressividade já foi objeto de controvérsia, que acabou sendo eliminada com a promulgação da Emenda Constitucional 30, de 13.9.2000, que afirmou de maneira inequívoca a sua viabilidade. Nesse mesmo parágrafo desse mesmo artigo, mas no inciso II, está prevista expressamente a possibilidade da fixação de alíquotas diferentes, de acordo com a localização e o uso do imóvel. Tudo isso efetivamente confere ao IPTU um formidável poder de fogo como instrumento de política de realização das finalidades e objetivos do urbanismo e da justiça social, nos termos do art. 3º, III, da Constituição Federal.

A contribuição de melhoria é um tributo previsto no art. 145, III, da Constituição Federal que tem como base imponível o aumento de valor trazido ao imóvel em decorrência da realização de obra pública. Esse tributo tem perfeita adequação a uma das principais diretrizes gerais da política urbana, afirmada pelo art. 2º, IX, do Estatuto da Cidade, qual seja: a justa distribuição dos benefícios decorrentes do processo de urbanização. Até agora, como decorrência de empecilhos sempre argüidos (com maior ou menor propriedade) contra a cobrança desse tributo, ele quase nunca foi aplicado, ficando a valorização decorrente de obra pública sem um correspondente ônus compensatório. Os proprietários dos imóveis valorizados pura e simplesmente se locupletavam com os investimentos feitos pela coletividade. Agora, é de se esperar que essa flagrante injustiça seja corrigida.

Por último, a Lei 10.257/2001 destaca como instrumento tributário ou financeiro de política urbana os incentivos e benefícios fiscais e financeiros. Possivelmente isso foi lembrado como um contraponto à progressividade do IPTU. Ou seja, para lembrar que tanto o aumento como a diminuição da carga tributária podem ser instrumentos de atuação urbanística. Numa visão pragmática, isso serve para assinalar a viabilidade desse instrumento, que não configura, por si mesmo, uma indevida renúncia de receita, negligência na gestão fiscal ou favorecimento indevido. A legiti-

midade, a constitucionalidade, a legalidade, a economicidade e a moralidade da utilização desse instrumento deverão ser objeto de aferição diante das circunstâncias de cada caso concreto. Nunca é demais lembrar inspirado voto do Des. federal Newton De Lucca (proferido no TRF-3ª R. no MS 94.03.093099-3-SP, publicado no *Boletim AASP* 2.043/473) no sentido de que: “A norma geral pode ser entendida, é claro, pelo sentido abstrato das palavras por ela utilizadas. Trata-se, porém, de mero entendimento prévio. Esse entendimento não exaure o âmbito da incidência normativa, pois ele só se consoma perante os fatos concretos da vida”.

Todos os instrumentos ou institutos tributários e financeiros de política tributária, ao serem aplicados, vão exigir um exame cuidadoso das circunstâncias do caso concreto, levando-se em consideração também outros princípios e preceitos integrantes do sistema jurídico, para que se possa dizer uma palavra final sobre a perfeita correção de seu uso.

4. Institutos jurídicos e políticos

A parte mais rica, mais substancial e mais extensa do art. 4º da Lei 10.257, de 10.7.2001, é a que enumera os instrumentos jurídicos e políticos de atuação urbanística. São eles: “a) desapropriação; b) servidão administrativa; c) limitações administrativas; d) tombamento de imóveis ou de mobiliário urbano; e) instituição de unidades de conservação; f) instituição de zonas especiais de interesse social; g) concessão de direito real de uso; h) concessão de uso especial para fins de moradia; i) parcelamento, edificação ou utilização compulsórios; j) usucapião especial de imóvel urbano; l) direito de superfície; m) direito de preempção; n) outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso; o) transferência do direito de construir; p) operações urbanas consorciadas; q) regularização fundiária; r) assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades e grupos sociais menos favorecidos; s) referendo popular e plebiscito”.

Esta enumeração também é bastante heterogênea, na medida em que contempla instrumentos antigos, tradicionais, de utilização já sedimentada, ao lado de outros introduzidos no sistema jurídico pela Constituição Federal em vigor, pelo próprio Estatuto da Cidade ou, ainda, em recentes alterações de leis antigas. Alguns instrumentos são de larga amplitude quanto às possibilidades de utilização, ao passo que outros são de aplicabilidade bastante restrita. Alguns certamente serão instrumento de acirradas disputas judiciais.

Entre os instrumentos já de tradicional e larga utilização estão a desapropriação, a instituição de servidão administrativa, as limitações administrativas e o tombamento. Pode-se incluir aqui, também, a concessão do direito real de uso, mas cabe lembrar que o § 2º deste mesmo artigo da Lei

10.257/2001 acrescentou ao que já está previsto no Decreto-lei 271, de 28.2.1967, a possibilidade de que a concessão de direito real de uso de imóveis públicos seja contratada coletivamente nos casos de programas e projetos habitacionais de interesse social, desenvolvidos por órgãos ou entidades da Administração Pública com atuação específica nessa área.

Entre os instrumentos que são disciplinados pelo próprio Estatuto da Cidade (e que serão objeto de exame mais adiante) estão o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, a usucapião especial de imóvel urbano, o direito de superfície, o direito de preempção, a outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso, a transferência do direito de construir e as operações urbanas consorciadas. Destes, alguns são realmente originais, mas outros já estão previstos até mesmo no vetusto Código Civil.

A concessão de uso especial para fins de moradia deveria ser disciplinada pelo Estatuto da Cidade, nos arts. 15 a 20, mas todos eles foram vetados. No próprio texto do veto o Presidente da República já mencionou que cuidaria desse instrumento por meio de medida provisória. Na forma em que estavam redigidos os artigos mencionados o resultado era uma verdadeira usucapião de bem público, expressamente vedada pelo art. 183, § 3º, da Constituição Federal. A Medida Provisória 2.220, de 4.9.2001, mudou um pouco a redação mas, ao final, além do problema de mérito (imprescritibilidade de bem público), criou um de natureza formal: o cabimento de medida provisória para cuidar desse assunto, por motivo de relevância e urgência. Se era relevante, não deveria ter sido vetado; se era urgente, não deveria ter permanecido em tramitação por mais de nove anos. De qualquer forma, esse instrumento será objeto de exame mais adiante.

A instituição de unidades de conservação tem raiz no art. 225 da Constituição Federal, que dispõe sobre o meio ambiente, e é disciplinada pela legislação ambiental. Não há consenso no tocante à sua natureza jurídica, mas, numa primeira leitura, parece mais correto o entendimento de que se trata não de mera limitação administrativa, mas, sim, de servidão administrativa, gerando dever de indenizar os danos efetivamente acarretados.

As zonas especiais de interesse social são aquelas onde as circunstâncias de fato autorizam ou determinam um tratamento diferenciado, mais simples, menos elitista, dos índices urbanísticos, de maneira a assegurar o direito à moradia, inserido no art. 6º da Constituição Federal pela Emenda Constitucional 26, de 14.2.2000.

Não se trata de criar privilégios para os economicamente fracos, nem de lhes conferir menos garantias de salubridade e segurança, mas, sim, de aplicar o direito com razoabilidade, promovendo um temperamento entre os diversos objetivos e valores constitucionalmente consagrados.

Estas considerações também se aplicam ao instrumento jurídico ou político de atuação em matéria urbanística designado pelo Estatuto da Cidade como *regularização fundiária*. Tal designação não corresponde a qualquer específico instituto jurídico, mas, sim, identifica a prática de enfrentar situações desconformes com a legislação urbanística, registral ou civil (como, por exemplo, nos loteamentos irregulares ou clandestinos), visando a conferir segurança jurídica aos adquirentes de boa-fé.

Nessa mesma linha, a assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades e grupos sociais menos favorecidos visa a dar maior concreção à garantia prevista no art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal, que determina ao Poder Público em geral o dever de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. O que se tem no Estatuto da Cidade é uma reafirmação dessa mesma garantia, voltada mais diretamente para questões inerentes ao uso conveniente dos espaços habitáveis. Convém repetir: não se trata de privilégio, mas, sim, da correta aplicação do princípio constitucional da isonomia, pelo tratamento desigual aos desiguais.

Finalmente, em último lugar na enumeração constante de seu inciso V, o art. 4º menciona o referendo e o plebiscito, que são instrumentos de realização do princípio participativo, também afirmado pela Constituição Federal. A diferença fundamental entre um e outro é que o plebiscito identifica uma consulta popular prévia, direta, antes de se tomar qualquer outra medida no âmbito do Legislativo ou do Executivo, ao passo que o referendo identifica a coleta de opinião a respeito da aprovação ou reprovação de alguma decisão anteriormente adotada pelos órgãos governamentais. Ambos os instrumentos estão disciplinados pela Lei 9.709, de 18.11.1998.

Todos os instrumentos de política urbana acima referidos, sejam eles novos ou antigos, afetam o direito de propriedade, com maior ou menor intensidade. Mesmo os instrumentos de intervenção na propriedade privada que já são consagrados pelo uso tiveram a partir da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Cidade um certo revigoramento. Não é improvável, portanto, que sejam, todos eles, objeto de questionamentos, de arguições de inconstitucionalidade. É conveniente, portanto, reexaminar o conteúdo e o significado do direito de propriedade a partir do conceito de função social da propriedade.

A Constituição Federal, ao cuidar dos direitos individuais, afirma o direito de propriedade, consagra o direito à propriedade privada mas, ao mesmo tempo, diz que “a propriedade cumprirá sua função social”. Indubitavelmente, o direito de propriedade garantido pela Constituição não é absoluto, sem quaisquer pautas ou condicionamentos; ao contrário, deve cumprir uma função social. O problema é saber quando uma determinada propriedade cumpre ou não sua função social.

Essa exigência de que a propriedade cumpra uma função social não é nova; já constava da Carta Constitucional de 1969. Sobre essa exigência, e destacando exatamente a importância concreta dessa formulação constitucional, já tivemos a oportunidade de dizer: “De acordo com a formulação constitucional, o sistema jurídico brasileiro somente consagra, comporta e ampara o direito de propriedade enquanto e na medida em que ele estiver cumprindo uma função social. Essa concepção do direito de propriedade abre imensas possibilidades para a Administração Pública no tocante a uma atuação eficiente em matéria de disciplina do uso e ocupação do solo urbano”.⁴

Não obstante as potencialidades abertas ao legislador ordinário pelo texto constitucional, o que se observou, na prática, é que o princípio da função social da propriedade, até agora, produziu pouquíssimos frutos, talvez exatamente pela falta de um texto normativo que dissesse o que deveria ser entendido como sendo de interesse social, como correspondente ao cumprimento da função social da propriedade.

No Brasil ainda é largamente majoritária (especialmente na jurisprudência) a corrente que entende ser necessário que o legislador ordinário “discipline” o princípio constitucional para que este tenha eficácia. Conforme observação feita por um dos mais brilhantes integrantes do Tribunal de Justiça de São Paulo, o Des. José Osório de Azevedo Júnior (que efetivamente aplica diretamente os princípios constitucionais em seus ilustrados votos), para alguns juizes a invocação, pela parte, de algum princípio constitucional é tomada como indicador seguro de que ela não tem o direito que postula, pois, se tivesse, teria indicado a lei que lhe daria fundamento.

A antiga dúvida, consistente em saber quando, como, em que condições, uma propriedade imobiliária urbana cumpre sua função social foi, de certa forma, eliminada pelo art. 182, § 2º, da Constituição Federal, ao dizer, textualmente, que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”. Ou seja, quem vai dizer se a propriedade está ou não cumprindo a sua função social é o plano diretor.

O direito de propriedade hoje, no Brasil, é entendido, precipuamente, como um instrumento de afirmação de uma série de prerrogativas do proprietário. Pela aplicação concreta do princípio da função social da propriedade será possível estabelecer os deveres do detentor da riqueza, daquele a quem a ordem jurídica reconhece o direito de ter uma propriedade. Agora esse alguém recebe da mesma ordem jurídica o dever de usar sua propriedade imobiliária urbana em benefício da coletividade.

4. Adilson Abreu Dallari, *Desapropriação para Fins Urbanísticos*. Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 37.

Os institutos jurídicos e políticos acima referidos visam não apenas a vedar comportamentos dos proprietários deletérios aos interesses da coletividade, mas, sim, mais que isso, visam a obter comportamentos positivos, ações, atuações, necessárias à realização da função social da propriedade. Entretanto, a experiência indica que, na prática, será muito difícil obter tais comportamentos, sejam eles omissivos (abstenções) ou, principalmente, comissivos (obrigações de fazer), pois será preciso vencer preconceitos, especialmente no tocante à jurisprudência, que é predominantemente individualista e não contempla a dimensão social da propriedade.

O processo de urbanização no Brasil é relativamente recente (a partir dos anos 60). Mas ao longo de muitos anos (mais de um século) a jurisprudência foi sendo construída tomando como base um conceito de propriedade derivado da propriedade rural, que sempre foi quantitativamente e economicamente mais relevante. Ocorre que essa situação de fato se inverteu completamente, com a agravante de que a propriedade urbana é substancialmente diferente da propriedade rural. Tanto assim é que o cumprimento da função social por uma e por outra tem pautas diferentes no texto constitucional.

Além disso, como regra geral, mesmo nos meios jurídicos, quando se fala em direito de propriedade imediatamente é feita uma associação com o Código Civil, que não define o conceito, o conteúdo ou o significado da propriedade privada, mas, sim, apenas, cuida das relações entre particulares a respeito da propriedade, dos negócios que os particulares levam a efeito com a propriedade. Quem define o conceito de propriedade privada é a Constituição, coadjuvada pela legislação de direito público, pelo direito administrativo e, agora, pelo direito urbanístico, sempre a partir da Constituição, pois é ela que garante o direito de propriedade condicionado ao cumprimento de sua função social.

Esse deve ser o norte que deve ser tomado como referência na discussão da constitucionalidade, validade, extensão e eficácia de cada um dos instrumentos jurídicos e políticos da política urbana.

5. *Instrumentos ambientais*

O inciso VI do art. 4º refere-se a dois estudos destinados a assegurar a preservação do ambiente urbano: o Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA) e o Estudo Prévio de Impacto de Vizinhança (EIV). O primeiro já é previsto desde longa data na legislação ambiental e o segundo foi introduzido, agora, pela Lei 10.257, de 10.7.2001.

A rigor, o segundo nem seria necessário, pois o Estudo de Impacto Ambiental obviamente se refere também ao meio ambiente urbano. Talvez

a criação do segundo se deva ao costume ou ao preconceito no sentido de tomar a expressão “meio ambiente” como abrangendo apenas o ambiente natural, os recursos naturais, tais como florestas, águas, montanhas etc. Na verdade, o meio ambiente a ser preservado abrange tanto os bens naturais como os bens culturais. O que deve variar, diante do caso concreto, é a forma, a metodologia, de realização do estudo, que será sempre um Estudo de Impacto Ambiental.

Assim, o agora previsto Estudo de Impacto de Vizinhança, que é disciplinado com maior detalhamento nos arts. 36-38 do Estatuto da Cidade, é um Estudo de Impacto Ambiental especificamente voltado para o ambiente urbano. Sua exigibilidade, seu conteúdo e sua forma de execução vão depender do que vier a ser previsto na legislação municipal, a qual deverá estipular, no mínimo, a análise dos aspectos especificamente enumerados no art. 37 da lei em exame.

6. *Conclusões*

Todos os instrumentos acima examinados devem servir para a formulação e a implantação da política urbana de cada Município, ou seja, para a realização dos objetivos decorrentes das peculiaridades de cada um e conforme as prioridades que forem estabelecidas pelo governo local.

O Estatuto da Cidade, entretanto, já estabelece algumas finalidades e objetivos comuns que, em princípio, deverão orientar as políticas urbanas de todos os Municípios. São finalidades comuns que deverão orientar a interpretação e aplicação das normas específicas, o bem coletivo, a segurança e o bem-estar dos cidadãos e o equilíbrio ambiental. É objetivo a ser atingido por meio da utilização dos instrumentos acima referidos o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, conforme o extenso rol de diretrizes gerais constantes dos dezesseis incisos do art. 2º dessa mesma lei.

Não é o caso de se proceder, aqui, a uma análise de todos eles, mas é oportuno ressaltar que a Lei 10.257/2001 também contém um rol de situações a serem evitadas, de coisas que são proscritas pelo Estatuto da Cidade: a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos; b) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes; c) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infra-estrutura urbana; d) a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como pólos geradores de tráfego, sem a previsão da infra-estrutura correspondente; e) a retenção especulativa de imóvel urbano que resulte na sua subutilização ou não utilização; f) a deterioração das áreas urbanizadas; e g) a poluição e a degradação ambiental.

Esse destaque foi feito para advertir que todas essas vedações e proibições são dotadas de eficácia imediata, independentemente de qualquer norma superveniente, autorizando a atuação do Poder Público, especialmente da Administração Municipal, no sentido de vedar qualquer utilização do solo urbano que possa incidir em qualquer dessas situações, desde que o faça sem desbordar dos limites da razoabilidade.