

O ESTADO SOCIAL E A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA COMO ACESSO À MORADIA

RICARDO PEREIRA LIRA*

1. São vários os modelos de Estado concebidos pelos cientistas políticos e pelos juristas. Isolaremos, contudo, três tipos, quais sejam o Estado Liberal, o Estado Democrático de Direito e o Estado Social.

Cabe-nos refletir, com serenidade, se o denominado “social liberalismo”, que penetra por inteiro o Estado Liberal, proposto na “agenda para o consenso”, constitui passo eficaz para a eliminação das desigualdades sociais; se o Estado que planeja, mas não dirige, pode ser o verdadeiro agente dessa eliminação; se o Estado mínimo, a livre iniciativa e a economia de mercado reduziriam esse perverso abismo que separa a elite privilegiada da nação miserável, que separa os privilegiados da multidão de excluídos; se o Estado, infiltrado pelo interesse do capital, tem poderes efetivos para a real repressão dos setores dominantes da economia oligopolizada.

Afigura-se claro admitir que o mercado não tem a função de promover a justiça social, por isso que nele é consubstancial a otimização dos lucros.

O equívoco dessa concepção levou ao exagero de pensar-se na privatização da Previdência Social, na privatização da saúde e da educação, e até na privatização das penitenciárias e presídios!

O livre-cambismo, como nos ensinava o saudoso BARBOSA LIMA SOBRI-NHO, é um acidente de percurso de poucas décadas, verificado unicamente na Grã-Bretanha. Para nós, sobretudo em um país carregado de miséria, fome de saúde e fome de alimentos, a intervenção na economia é ínsita ao Estado.

* Professor Emérito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor Titular do Programa de Pósgraduação em Direito da Universidade Gama Filho

O Estado sempre impôs restrições à liberdade econômica, tabelando preços, fixando salários, limitando juros. Sempre protegeu a indústria de seu território contra a concorrência estrangeira, e as alfândegas são tão antigas quanto as fronteiras.

O que fazem frequentemente os Estados Unidos da América, o Japão e a China senão proteger seus fabricantes de automóveis, seus plantadores de cana e de arroz, e com isso proteger as suas sociedades nacionais (Mauro Santayana, *in* "Algumas Observações sobre a Função do Estado na História", *Gazeta Mercantil*, 31.01.1992, pag. 5).

O de que precisamos, nesse nosso Brasil, não é recuperar o Estado, por isso que um Estado democrático, igualitário, pluralista, jamais existiu.

O Estado, entre nós, sempre foi privatizado, por isso que predominantemente posto a serviço do interesse privado da classe dominante, em que as aparentes preocupações com a Justiça Social são recaídas populistas, que não chegam a constituir o cerne da questão do Estado.

Como dizia à época em que foi Ministro da Saúde o Dr. ADIB JATENE:

"O planejamento governamental não é feito pelo governo, e sim pelas empreiteiras...Só quem tem amigos ricos tem o seu pleito atendido, e país não aguenta mais essa situação" (*in* *Veja*, 8.04.1992, pag. 21)

Lamentavelmente essas palavras do então Ministro de Estado são de uma atualidade entristecedora, como comprovam os recentíssimos fatos denunciados pela mídia, em que políticos, senadores e deputados, são lobistas da empreiteira DELTA, para celebração de vultosos contratos, seja com o Governo Federal, como com governos estaduais.

Dizia o Ministro que "o governo não tem verbas para aparelhar os hospitais existentes, mas novos hospitais continuam a ser construídos devido à pressão das empreiteiras". O Estado brasileiro sempre esteve vulnerável ao assalto dos interesses particulares, que corrompem funcionários para fazer valer seus pleitos. Isso não constitui novidade, como evidencia a realidade de hoje.

Esse afastamento abissal entre o Estado e o interesse público, entre o Estado e a sociedade civil, é consequência inevitável do Estado Liberal, ou do Estado Democrático de Direito, que estão longe de erradicar a pobreza e eliminar, ou mesmo diminuir, as desigualdades sociais e regionais.

Como referiu o Professor Avelãs Nunes, em sua admirável palestra na Academia Brasileira de Letras Jurídicas, proferida no salão nobre do Instituto dos Advogados Brasileiros, em 26 de abril de 2012, as agências reguladoras nada fiscalizam, não prestam contas a ninguém, e são politicamente dependentes dos titulares do Poder.

O Estado Democrático de Direito, preconizado no texto original da Constituição Federal de 1988, foi uma tentativa frustrada de transição entre o Estado Liberal e o Estado Social.

A Constituição Federal de 1988 foi descaracterizada com as emendas constitucionais que se sucederam, todas voltadas a uma política de privatização, que se revelou totalmente indesejável.

Ainda assim, no texto original, a Constituição não tem como meta e eliminar as desigualdades sociais, mas simplesmente reduzir as desigualdades sociais (Art. 3º, inciso III, *in fine* da Constituição).

Vivemos uma democracia, onde em princípio impera a liberdade, mas não vivemos a igualdade e a fraternidade, que juntas são o esteio de um Estado Social.

A jovem jurista Ednéia de Oliveira Matos Tancredo, em sua dissertação de mestrado, aprovada pelo Programa de Pós Graduação em Direito da UERJ, recentemente publicada com o título "Princípio da Solidariedade, Estado Sociedade e Direito Fundamentais", assevera com absoluta razão:

"O princípio da solidariedade enquanto organizador da sociedade e do Estado é o que mais se ajusta à concretização das articulações e conexões entre o Estado e suas relações com o indivíduo e a sociedade civil organizada. É o único que poderá efetuar as mediações necessárias à realização da justiça. Proporciona, ainda, meios para o eficaz processo de inclusão social, com as necessárias reflexões e revisões de conceitos no atuar de juízes, advogados, promotores de justiça, legisladores, representantes do Poder Executivo, dentre outros, fundamentais para aplicação e para a interpretação do direito.

Para reger essa nova ordem é o princípio da solidariedade que conduzirá o Estado ao lado de uma sociedade civil participativa, como proponentes e organizadores de políticas públicas, a criação de infraestrutura, recursos materiais e imateriais para a exercício da cidadania em todas as suas dimensões".

Essa solidariedade a que se refere a jovem jurista, nada mais é do que igualdade e a fraternidade, que só poderão se implementar pelo Estado Social, e através de políticas públicas endereçadas à Justiça Social.

O Direito é uma dessas políticas públicas, sendo certo que o Direito não é apenas um instrumento de solução de conflitos, mas, sobretudo um vetor da transformação social da realidade.

E entre as transformações necessárias está a concretização do direito fundamental à moradia, de que é titular cada ser humano, assegurado na atual formulação do art. 6º, da Constituição de 1988, que assim dispõe:

“Art. 6º: São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

É preciso portanto assegurar a moradia àquelas populações carentes que estão assentadas nas comunidades, como atualmente se denominam as favelas,

Daí referirmo-nos, no título desta comunicação, em um seminário sobre regulação jurídica, à regularização fundiária dessas áreas de assentamento, pois essa regularização só poder efetuar-se através da regulação jurídica.

Vejamos, então, a questão da regularização fundiária..

2. Antes de cuidarmos da regularização fundiária, apontemos historicamente como se deu no Brasil, nos médios e grandes centros, a ocupação do espaço urbano: sempre de maneira injusta, iníqua e desordenada.

Durante longo tempo essa urbanização se desenvolveu em um gradiente de 3.00, sendo que mais recentemente vem diminuindo, alcançando atualmente 1.8.

As causas do adensamento urbano são a nosso ver, resumidamente, as seguintes:

(a) A forma desordenada com que se deu, entre nós, a emancipação dos escravos, sob pressão da Grã Bretanha, sem qualquer assistência aos libertos, seja social ou materialmente, ou assistência de qualquer outra natureza, como garantia de mão de obra, oferecimento de moradia, etc... A solução por eles encontrada foi a procura dos centros urbanos, onde encontrariam trabalho e moradia precários, quando não permanecer, sempre esquecidos, no meio rural em que estavam, sofrendo as agruras de um tratamento vil.

(b) Após a Guerra de Canudos, quando foram dizimados Antonio Conselheiro e seus sequazes, e após a própria Guerra do Paraguai, quando as tropas regulares voltaram às suas bases, não tinham elas onde assentar-se dignamente nas cidades.

(c) Especificamente na Cidade do Rio de Janeiro, é de ser lembrada a política do Bota-Abaixo, de Pereira Passos, que, com a colaboração de Barata Ribeiro e Oswaldo Cruz, pretendiam higienizar e embelezar a Cidade, destruindo as moradias pobres e infectadas, sem dar destino a seus habitantes, indo parte dos moradores criar a primeira favela no Morro da Providência.

(d) A industrialização, iniciada topicamente nos começos dos anos 30 do século passado, com a promulgação do primeiro Código de Águas e do pri-

meiro Código de Minas, em que as quedas d'água e jazidas minerais se tornaram propriedade distinta da do dono do solo, passando a ser propriedade da União Federal e podendo ser objeto de concessões para exploração de energia elétrica e mineração; nos albores dos anos 40, a criação da Companhia Siderúrgica Nacional, e, posteriormente, a criação da Companhia Vale do Rio Doce e da Petrobrás, todos esses fatos significativamente envolvendo industrialização, que assume características decisivas com o Plano de Metas do Presidente Juscelino Kubitschek, com predominância da instalação de indústrias automotivas. Como dizem os planejadores urbanos, a toda industrialização corresponde uma urbanização. Atraídos pela oportunidade de trabalho, migrantes passaram a vir do Nordeste, no sentido Nordeste-Sudeste, sendo que, subsequentemente essas migrações passaram a ser multilaterais. Tais migrantes, dependendo da topografia dos centros urbanos para onde se dirigiam, se assentavam ora nas periferias, como em São Paulo, ora tanto nas periferias como nos morros, na Cidade do Rio de Janeiro. Mas sempre se assentando precariamente, em dilacerantes condições de moradia e sobrevivência.

(e) Outra causa dessa densificação urbana inteiramente injusta e desordenada, que, a rigor, persiste até hoje, é a falta de uma Reforma Agrária e de uma Reforma Urbana, de que são acicates permanentes para sua realização o Movimento dos Sem Terra (MST), e o Movimento dos Sem Teto. Ao tempo do Governo Fernando Henrique, e ao tempo do Governo Lula realizaram-se assentamentos, mas ainda insuficientes para atender aos reclamos exigidos por uma absoluta e histórica distribuição injusta das terras rurais neste país, e ao tempo do Governo Lula promulgou-se o Programa Minha Casa Minha Vida, cuja execução precisa ser mais intensificada, para que passe a corporificar efetivamente um princípio de solução para o grave problema social da questão da habitação popular urbana.

Como asseveramos em vários estudos publicados em revistas técnicas, e temos insistido em palestras e conferências proferidas em instituições várias, nos países subdesenvolvidos, e em países em desenvolvimento, e mesmo emergentes, como o nosso, a ocupação do espaço urbano se faz marcada pelo deficit habitacional, pela deficiência de qualidade dos serviços de infraestrutura, pela ocupação predatória do meio ambiente em áreas inadequadas, pelos serviços de transporte deficientes, estressantes e poluentes (falta de mobilidade urbana), pela agressão frontal ao meio ambiente natural e ao meio ambiente construído, pela deslegitimação da autoridade pública fomentando

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 outros tantos atearam fogo em uma empregada doméstica pensando que fosse uma prostituta, como se realmente assim fosse estivesse justificado o comportamento, tudo isso determinando o aparecimento de um estado paralelo, penetrado pelo crime organizado, com espantoso poder de fogo, frequentemente impondo-se à comunidade e ao próprio Estado formal. Até membros do Poder Judiciário são assassinados, membros do Ministério Público postos em riscos de vida. 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 o agente público do bandido, tamanha a imbricação entre eles existente. Na Cidade do Rio de Janeiro, a Secretaria Estadual de Segurança Pública instalou a algum tempo Unidades de Polícia Pacificadora (UPPs), em algumas comunidades, com resultados animadores. Essa política, contudo, precisa ser estendida a outros complexos, e ser ampliada em suas finalidades. Não deve consistir apenas em uma retomada dos territórios aos traficantes. Deve alcançar também áreas sob controle das milícias, com o oferecimento de serviços sociais, assistenciais, judiciários e comunitários, de forma a integrar efetivamente esses assentamentos à cidade formal.

Os problemas acima apontados, decorrentes de uma falta de assistência a essas populações de baixa ou de nenhuma renda, estão presentes até mesmo em países desenvolvidos. Basta recordar a baixa qualidade de vida no Bronx, um dos cinco bairros que compõem a Grande Nova York, ou anotar a presença dos “homeless” londrinos. Há algum tempo atrás, a pretensa maior democracia do mundo – os Estados Unidos da América do Norte – deram demonstração de profunda indiferença e tibieza, com que tratam as questões urbano ambientais, quando no Governo Bush II pecaram por uma lenta e inexplicável demora no atendimento da população, sobretudo negra, de New Orleans, tragada e vitimada pelo furacão Katrina.

Todas essas questões reclamavam soluções, que demoravam a chegar pela falta de vontade política e pela carência de instrumentos jurídicos idôneos a resolvê-las.

A Constituição Federal de 1988 veio a ser um relevantíssimo instrumento surgido no horizonte dessa problemática social. E sob vários aspectos.

O Movimento de Reforma Urbana, depois de intensas manifestações, conseguiu inserir no artigo 21, inciso XX, da referida Constituição, disposição contemplando a competência da União Federal para “instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos”. Essas diretrizes custaram a ser enunciadas pelo Congresso Nacional, mas depois de longo tempo chegaram com o denominado Estatuto da Cidade, baixado com a Lei nº 10257, de 10 de julho de 2001

De outro lado, a dita Constituição, sob a epígrafe da Ordem Econômica, nos artigos 182/183, previu um Capítulo específico sobre a Política Urbana, Pela primeira vez a Cidade foi contemplada, com enfoque especial, no patamar constitucional.

Ademais, ao cuidar da política urbana, a Constituição definiu que os planos diretores municipais formatariam a função social da propriedade urbana, explicitando dessa maneira um dos pilares da função social da Cidade.

Importa destacar que os instrumentos previstos no Estatuto da Cidade são dogmaticamente importantes, mas ainda carecem de eficácia social.

E por quê?

Primeiro porque não há, a nosso ver, por parte das coletividades, e muito menos por parte das elites, a “opinio necessitatis”, ou seja a consciência firme da necessidade da função social da Cidade, no sentido de que seja ela universal, justa e equânime, para todos os que nela vivem e nela circulam.

Também, em virtude da fragilidade dos Municípios, que, em última análise, são as entidades às quais incumbe, com os respectivos planos diretores, a missão de fixar, respectivamente, a função social da propriedade urbana em cada qual deles.

Existem no país 5571 municípios, e talvez, nem os que somam a metade sejam, cada um deles, uma realidade socioeconômica, capaz de viver de suas próprias forças, e não dependentemente dos fundos estaduais e do fundo federal.

Finalmente a falta da identificação de quem seja o titular do interesse metropolitano. A quem cabe gerir as regiões metropolitanas, cujos interesses transcendem a órbita menor do interesse local.

As diretrizes nacionais, previstas nos artigos 21, inciso XX, da Constituição de 1988 para o desenvolvimento urbano municipal, estão elencadas no artigo 2º, do Estatuto da Cidade.

Vejam algumas delas:

- garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana,

ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;

- gestão democrática 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;
- cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social;
- 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;
- oferta de equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos adequados aos interesses e necessidades da população e às características locais;
- ordenação e controle do uso do solo, inclusive para evitar a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização e não utilização;
- justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização;
- regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais.

Vejamos alguns dos instrumentos previstos no Estatuto da Cidade.

O primeiro deles a ser considerado é o Plano Diretor. Vale observar que a ocupação do espaço urbano não pode fazer-se 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. Está previsto obrigatoriamente no artigo 182, da Constituição de 1988, para as cidades de mais de vinte mil habitantes, sendo que o Estatuto da Cidade amplia essa obrigatoriedade para outras categorias de cidade.

Outro instituto a ser mencionado é o Direito de Superfície. 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 o que acede permanentemente ao solo passa a ser propriedade do dono do solo, por mais valioso que seja o incremento.

Existindo em determinado ordenamento o direito de superfície, duas pessoas podem convencionar que a primeira (concessionária superficiária) possa construir no terreno de propriedade da segunda (concedente), de tal maneira que a edificação seja de propriedade daquela e o terreno permaneça no domínio desta. Os sistemas poderão estabelecer que a pactuação seja perpétua ou provisória. No caso da superfície perpétua, haverá um 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 para edificar, identificam-se duas propriedades: a propriedade da construção (propriedade superficiária), de que é titular o concessionário, e a propriedade do terreno, que continua sendo do concedente. 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 determinado terreno, pela aplicação do instituto da edificação compulsória e pela lei de uso do solo, 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 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 modalidade 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 90 anos, findo o qual o complexo hospitalar ingres-

sará 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 pelos usuários do hospital.

Vale mencionar que o Código Civil admite expressamente a superfície vegetal e que, como está concebido o artigo 21 do Estatuto da Cidade, pode conceber-se também a constituição de superfície vegetal nesse Estatuto, sobretudo tendo-se em vista que o Plano Diretor, por força do artigo 40, § 2º, do Estatuto, considera o território do município como um todo, na sendo de interditar-se a concessão de superfície em determinadas áreas para implementação de agriculturas de subsistência.

Cabe também deixar claro que as disposições supervenientes do Código Civil regulando o direito de superfície não revogaram as normas pertinentes ao direito de superfície constantes do Estatuto da Cidade. O direito de superfície, no Código Civil, está destinado a atender interesses privados, como, por exemplo, se tivesse determinada pessoa uma casa de campo na região serrana de Petrópolis, solicitasse de um vizinho contíguo a cessão do lote em superfície para construção de um parque esportivo para utilização de seus familiares. Já o direito de superfície, no Estatuto da Cidade, tem uma destinação especificamente urbanística, como por exemplo a realização de uma área de estacionamento sob um lote construído.

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 social.

É instituto deveras semelhante ao direito de superfície, e, segundo pensam alguns, seria o próprio direito de superfície. Todavia, da análise dogmática das duas figuras se pode tirar uma diferenciação fundamental. No direito de superfície ocorre a suspensão ou interrupção dos efeitos da acessão, o que significa dizer que, com o incremento da construção, nasce uma propriedade superficiária em favor do concessionário. Tal não acontece na concessão do direito real de uso. O incremento, na concessão do direito real de uso, pelo princípio da acessão, que continua presente, pertence ao concedente.

As utilidades da concessão do direito real de uso podem ser igualmente valiosas, sobretudo em uma política de regularização fundiária para titulação de áreas de assentamento de população de baixa renda (favelas, mocambos, palafitas, loteamento irregulares do ponto de vista dominial), pactuando-se que, ao final do prazo da concessão do direito real de uso, o concessionário teria uma opção de compra, com o que se ensejará a essas populações o acesso à propriedade da terra urbana, assegurando-lhes um efetivo direito de moradia.

Desenvolvam-se, agora, algumas considerações sobre a edificação compulsória e o parcelamento compulsório, contemplados nos artigos 5º, 6º, 7º e 8º do Estatuto da Cidade.

A matriz da edificação e do parcelamento compulsórios está no artigo 182, §4º, da Constituição Federal de 1988, onde se preceitua que é facultado ao Poder Público Municipal, mediante lei específica, relativamente a área incluída no Plano Diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova o seu adequado aproveitamento, sob pena de, sucessivamente:

- (a) ser obrigado a construir, no respectivo solo, ou parcelá-lo, conforme seja o caso;
- (b) em não o fazendo, sofrer a exacerbação periódica do IPTU por 5 anos, até o limite máximo de 15% do valor do imóvel;
- (c) e, finalmente, ficar sujeito à desapropriação do imóvel, com o pagamento da indenização em títulos da dívida pública, de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos em parcelas mensais, 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, em nossa opinião, 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 ilegalmente 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 infraestrutura 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 ao controle da atividade de construção, no sentido do interesse da 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 ideia 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 alcançar-se 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 a expensas 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, se admitiria a cessão do direito de construir correspondente ao solo de impossível utilização em razão da existência do tombamento.

Embora sofisticado e exigindo manipulação registraria muito apurada, o instituto do solo criado pode apresentar-se como instrumento útil, sendo forma de controle do adensamento urbano, da utilização desordenada de lo-

tes 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 confiantes, 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, págs. 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 pessoa 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, que 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 9709, de 18 de novembro de 1998, já prevê a utilização genérica do referendo popular 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 Profª 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 á 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, anteriormente, as famílias que habitavam o local, man-

daram 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. Ocorreu 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.

Não devemos encerrar essas considerações sem uma alusão, embora superficial, ao Programa Minha Casa Minha Vida, contemplado pela Lei Federal nº 11977, de 2009, com algumas alterações trazidas pela Medida Provisória nº 514, de 2010.

Volta-se, nesse Programa Federal, a algo que historicamente já foi uma realidade entre nós, que é a questão da legitimação da posse, No tocante às áreas de assentamento das populações de baixa renda, de maneira desjudiciarizada, aceita-se a legitimação da posse dessas áreas ocupadas, e, pela via de um usucapião administrativo, depois do decurso do prazo de cinco anos, chega-se à declaração de propriedade.

Em outros trabalhos, já expusemos as razões pelas quais deveríamos realizar modificações nessa Lei nº 11977, de 2009, para eliminar, primeiro a

referência à convalidação da posse legitimada em propriedade pela via do usucapião. A alusão ao usucapião só abre oportunidade para que os conservadores levantem embaraços para a efetivação da regularização fundiária por interesse social. Inexiste qualquer empecilho para que *ope legis* se convolve diretamente a posse legitimada em domínio. A segunda modificação estaria consubstanciada na redução do prazo para convalidação da posse em propriedade. Ao invés de cinco anos, o prazo que mediará entre a legitimação da posse e a declaração de domínio seria de dois anos. Com isso se abreviaria o processo de regularização. Outro ponto a ser ferido seria o da alteração do direito de superfície, tal como preceituado no Estatuto da Cidade, para o fim de tornar insuscetível de qualquer dúvida a possibilidade da **sobrelevação**, ou seja da superfície em segundo grau. O titular da propriedade superficiária poderia conceder a terceiro o direito de construir sobre a sua propriedade, e assim, sucessivamente, sempre observadas as posturas municipais, sobretudo no que toca ao limite de gabaritos. Dessa maneira, poderia regularizar-se o chamado “direito de laje”, existente em várias comunidades, como, por exemplo, no Rio de Janeiro, na Rocinha, no Vidigal e em Rio das Pedras.

Desejamos finalizar com a assertiva da nossa crença pessoal na força do Direito como instrumento de transformação social. O Direito, em si, é uma política pública. Com ele poderemos chegar ao Estado Social, destinado efetivamente a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social, como quer o preâmbulo da nossa Constituição cidadã.

Rio de Janeiro, 3 de setembro de 2012