

INSTRUMENTOS JURÍDICOS DO URBANISMO

Sérgio Ferraz (*)

O temário em torno do qual hoje nos reunimos comporta um número infindável de abordagens. E suscita, ademais, uma série sem conta de escolhas e eleições, tal é a riqueza de seu enunciado. De pronto, ademais, depreende-se de sua leitura que nele se contém todo um território imenso, em extensão e relevância, do Direito Público.

Tendo em vista exatamente todas essas características, decidimos imprimir às considerações que seguem uma diretriz diversa da habitualmente adotada. Como o temário proposto englobe institutos seguramente bem conhecidos, em suas linhas mestras, nossa exposição, na tentativa de fugir à rotina, renunciará a qualquer propósito didático. Assim, nossa preocupação não será a de fixar os conceitos jurídicos genéricos dos institutos a serem focalizados, mas sim o seu exame como instrumentos de Direito Urbanístico.

Teremos que assentar, como primeiro tópico, pelo menos para que tenhamos uma linguagem comum, em torno da qual possamos dialogar, um entendimento do que seja o Estado, até porque, na formulação do tema, aparece, de imediato, o problema do domínio eminente do Estado, e as formas de intervenção na propriedade privada.

Não nos vamos alongar e nem nos deter demoradamente sobre o que seja o Estado, sobre os fundamentos filosóficos, políticos e jurídicos do Estado. Adotaremos definição conhecidíssima de todos nós e que vai nortear inclusive instrumentalmente esta palestra. Voltando aos sempre atuais JÈZE e DUGUIT, conceituaremos o Estado como prestador de serviços. É essa a concepção que vai nortear toda esta exposição. O Estado tendo não só como finalidade, mas também justificativa de sua existência, a prestação de serviços.

(*) Procurador do Estado da Guanabara.

No contexto de instrumentos para a prestação de serviços aparecem, então, vários da maior relevância e que permitem, por seu turno, uma tipificação ou uma subtipificação realmente interminável. Nesse contexto de instrumentos de prestação de serviços vai-se inserir, necessariamente, a intervenção na propriedade privada, intervenção essa que receberá os balisamentos que serão — ainda que sumariamente — anunciados aqui, e que se concretiza apenas por motivação de natureza política, mas que é sobretudo informada de um potente conteúdo teleológico, que é a prestação de serviços. Essa intervenção só se justifica, realmente, na medida em que habilita o Estado a realizar as finalidades para as quais existe, para as quais foi criado, para as quais pode ser justificado conceptualmente.

Sabem vocês — sabemos todos nós — que o Estado, necessariamente, para a realização de seus fins, está dotado de uma série de potestades. Essas potestades podem ser, de maneira mais ampla, enunciadas sob o conceito de soberania. A soberania projeta-se em dois planos. No plano externo (que não nos interessa no momento abordar) e no plano interno. Hoje vai nos interessar abordar a soberania projetada no plano interno, porque exatamente como manifestação e tradução de uma das formas de execução concreta dessa potestade de soberania interna aparece a figura do domínio eminente.

O que é o domínio eminente? Trata-se de assunto amplamente estudado na doutrina. Apenas, para abreviar, podemos assentar uma definição, a partir da qual podemos todos chegar ao desdobramento da palestra. Entenderemos então o domínio eminente como o poder amplo de disposição do Estado, sobre tudo aquilo que existe no seu território, para a realização de seus fins. O poder eminente será exatamente uma das frações, uma das parcelas pelas quais se manifesta a soberania interna estatal. Esse poder de disposição sobre todas as coisas é um poder político, não é um poder jurídico. Ele se balisará pela Constituição, pelas leis. Aparecerão, então, várias manifestações particulares efetivas e concretas desse domínio eminente, desse poder político. Mas elas só existirão na medida em que realmente balisadas pela lei e pela Constituição. O Estado, por isso que pode avaliar, politicamente, os instrumentos, as ocasiões, as formas e os limites da sua intervenção na propriedade privada, informada por todos aqueles conceitos políticos que regem a sua vida, só poderá, entretanto, efetivá-los dentro dos parâmetros que forem juridicamente consagrados e consignados para o exercício efetivo desse domínio eminente. Ele só poderá intervir na propriedade privada, informado sim, fundamentado sim no seu domínio eminente. Mas a partir

RCGERS, Porto Alegre, 3(7): 61-76, 1973

apenas e eficazmente do momento em que esse domínio de natureza política se tem transformado numa solução de ordem jurídica, balisado pelas leis e balisado pela Constituição, balisado, enfim, por tudo aquilo que rege não apenas a atividade privada mas também a atividade pública e estatal. Tudo aquilo que, tradicional e classicamente, se fundamentou no domínio eminente constitui fruto de equívocos. Os tratadistas mais antigos vão buscar no domínio eminente a justificação da desapropriação, e ainda no domínio eminente todos os institutos de intervenção na propriedade privada: a requisição, a ocupação, as limitações de natureza administrativa, as servidões administrativas. Enfim, todos esses dados que concretizam a intervenção estatal na propriedade privada, classicamente são justificados à luz do conceito do domínio eminente. Isso constitui capítulo histórico, de sabor ultrapassado para quem quer que seriamente se dedique a um exame jurídico dos instrumentos de intervenção estatal na propriedade privada. Nenhum desses instrumentos será válido, por mais radical que seja, se não tiver realmente, aprioristicamente pré-traçada a sua efetiva fórmula de realização, se não tiver já pré-regrados, no mundo jurídico, os seus meios efetivos de concretização. Não se atenham apenas à desapropriação, que até, à primeira vista, para quem não afeito aos problemas jurídicos, parece, de plano, realmente pautar-se por um enquadramento estritamente jurídico: uma declaração de utilidade pública, um processo de natureza jurisdicional, uma sentença e uma série de providências daí decorrentes. Pensem numa ocasião de guerra ou numa situação de emergência e imaginem uma requisição militar ou requisição civil. Ela se concretiza, não como manifestação do domínio eminente, mas sim como manifestação de uma possibilidade jurídica, consignada na Constituição, como uma concreção desse domínio que era de natureza política, para uma particularização de natureza jurídica. É o Estado-de-direito vigorando em toda a sua plenitude, é o Estado-de-direito vigorando até mesmo nos momentos mais radicais. Dentro de uma normalidade mínima, a atuação estatal há de pautar-se, necessariamente, por parâmetros jurídicos. E por mais radical que seja, há de ter, necessariamente, um assento de ordem jurídica.

Todas as formas de intervenção do Estado na propriedade privada constituem manifestações não do seu domínio eminente, mas manifestações do seu poder jurídico, de uma possibilidade jurídica que foi montada através de instrumentos de criação da norma jurídica. E só assim podem e devem ser compreendidas e só assim serão realmente legítimas, só assim poderão levar a conseqüências jurídicas.

RCGERS, Porto Alegre, 3(7): 61-76, 1973

A intervenção na propriedade privada é um dos instrumentos, enfim, de atuação do Estado como prestador de serviços. Evidentemente, o Estado pode executar os serviços, para que foi criado, diretamente. Pode executar através dos seus órgãos centrais, dos descentralizados, de órgãos integrantes da chamada administração indireta. Pode caminhar, numa segunda etapa, para uma realização de natureza negocial, através de atos de permissão, concessão, contratação. Pode abandonar todo esse panorama e, segundo parâmetros jurídicos, intervir na propriedade privada, desde que o interesse público justifique essa modalidade de intervenção. Tem o Estado, portanto, um amplo leque de opções para a realização dos serviços aos quais se dedica e está, necessariamente, obrigado.

A nossa Constituição consigna, no art. 153, § 22, a regra que é o assento jurídico básico de todas as formas de intervenção na propriedade. Todos nós conhecemos suficientemente essa regra. Mas continua ser útil sempre e sempre repeti-la textualmente. "É assegurado o direito de propriedade, salvo caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no art. 161, facultando-se ao desapropriado aceitar o pagamento em títulos da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior". Nesse artigo estão assentadas, algumas expressamente outras implicitamente, todas as modalidades possíveis de intervenção do Estado na propriedade privada. Nesse artigo está assentado o remédio máximo, que é a desapropriação, que é o despojamento do domínio privado compulsório, por força de indenização. E por isso que está previsto inclusive o máximo, também o mínimo está implicitamente previsto; como uma servidão, que é a imposição de determinado ônus a uma propriedade privada, em razão do interesse público; como a ocupação, que é a utilização provisória de determinado bem privado imprescindível para a realização de uma obra, de um serviço público ou para a concretização de determinada medida de interesse público; ou como a requisição, quer seja civil, quer seja militar, que se justificarão em situações emergenciais, aliás no próprio final do § 22 do art. 153, expressamente referidas.

A desapropriação está, conceptualmente, e também jurisprudencialmente, com o seu contorno praticamente delimitado. Não se tem mais grande dúvida quando há que se definir o que seja a desapropriação. As antigas discussões, hoje meramente de sabor clássico, se havia, no caso, uma compra-e-venda, se se tra-

RCGERS, Porto Alegre, 3(7): 61-76, 1973

tava de uma aquisição originária, aquisição derivada, enfim toda uma série de dados hoje não apresenta maior relevância, exatamente em razão da evolução dos estudos jurídicos sobre o tema. Podem ser, de pronto, pois, abandonadas por nós. Podemos partir de um conceito que hoje é pacificamente aceito, no qual a desapropriação surge como um instrumento de despojamento de propriedade privada, transferência compulsória e coativa da propriedade privada para o patrimônio público, apenas e unicamente se há um interesse público que a enfoque; interesse público que se apresenta tripartido, na clássica fórmula da necessidade pública, da utilidade pública e do interesse social e que aqui, por mera facilidade de dados, resolvemos resumir sob a expressão global de interesse público.

Caracterizadas quaisquer das fórmulas de interesse público constantes da referida tripartição, algumas das quais casuisticamente anunciadas, e outra na qual o interesse social está legalmente definido, caracterizadas quaisquer dessas justificativas e só se caracterizadas quaisquer dessas justificativas, pode-se operar a transferência da propriedade privada para a propriedade pública, através do competente processo. Impõe-se, agora, focalizá-la à luz do direito urbanístico. É preciso agora que tenhamos em mente que ela constitui realmente um instrumento de realização do direito urbanístico. Como surge a desapropriação como um meio para o qual o urbanismo recorrerá, na realização de suas finalidades, para o qual o cultor do direito urbanístico recorrerá quando tiver que resolver determinado problema de direito urbanístico que lhe seja proposto?

A desapropriação, sob o ponto-de-vista clássico, não oferece, para o urbanista, ou para o cultor do direito urbanístico, maiores peculiaridades. Ela aparecerá quando, caracterizada a sua necessidade, caracterizada a sua oportunidade, tornar-se imprescindível em face de um interesse público, informado por uma conotação urbanística. A qualquer momento a municipalidade, o Estado ou a União, qualquer ente do direito público, em face de determinado interesse urbanístico, necessita de um certo bem que está inserido na propriedade privada, no domínio privado; recorrerá, se necessário for, em último grau, em última etapa, à desapropriação. Até aí estamos em face realmente de um caso rotineiro, de uma hipótese simplesmente corriqueira de intervenção que poderá, esporadicamente, ser ou não informada por um interesse de natureza urbanística. Mas a própria lei de desapropriação

RCGERS, Porto Alegre, 3(7): 61-76, 1973

apresenta, em várias de suas passagens, instrumentos que são da maior valia em face exatamente das finalidades do direito urbanístico.

Vamos dar um destaque especial a um deles, muito pouco usado inclusive na prática, entre nós. Facilmente, vários dos senhores já concluíram que vou tratar da chamada desapropriação por zona ou desapropriação extensiva, prevista no art. 4.º do Decreto-lei 3.365. Esse instrumento de excepcional valia mostra a atualidade dessa Lei: o Decreto-lei 3.365, já passado tanto tempo, quase 30 anos de sua edição, continua a ser, em vários de seus pontos, um documento ainda impecável. Realmente ele sofreu, no curso do tempo, necessariamente, vários embates. Na verdade necessitou de várias atualizações, modificações e adaptações, no curso do tempo. Mas, em certos tópicos, esse diploma ainda se reveste de uma qualidade até de pioneirismo.

Quando se pensa em termos, então, de desapropriação por zona, é que se pode realmente examinar como o nosso legislador, haurindo, é claro, a experiência do direito comparado, foi realmente um pioneiro e lançou um remédio revolucionário até sob o ponto-de-vista urbanístico. E como esse remédio tem sido utilizado até aqui pelas municipalidades, pelos Estados e pela União!

Que é a desapropriação por zona? O art. 4.º textualmente diz que a desapropriação poderá abranger a área contígua, necessária ao desenvolvimento da obra a que se destina, e as zonas que se valorizarem extraordinariamente, em consequência da realização do serviço. Aparece, portanto, no art. 4.º, a possibilidade deferida ao administrador de, em face da realização necessária de um plano urbanístico, não atingir, com a sua iniciativa, tão apenas aquela determinada porção ou fração física, sobre a qual irá ser realizado realmente o programa urbanístico, ou a obra que se reveste de interesse urbanístico. Que prevê esta lei? Um notável instrumento, praticamente de financiamento da obra pública. E vejam como isso é atual: uma das maiores preocupações dos juristas e economistas de nossos dias, que é a busca de instrumento de financiamento da atividade pública, já estava no nosso quase vetusto Decreto-lei n.º 3.365. Vejam como o legislador previu que a atividade pública traria, necessariamente, valorização de terrenos contíguos; que a atividade pública, que já contivesse em si uma previsão de expansão, poderia legitimar uma declaração de utilidade pública e um procedimento expropriatório a atingir inclusive essas parcelas de periferia ou parcelas contíguas àquelas que serviram de suporte físico efetivo à realização da obra, à realização do empreendimento urbanístico. Assim, teve realmente o legislador extraordinária visão, ao prever não apenas o desembolso inicial que todo processo expropriatório traz,

RCGERS, Porto Alegre, 3(7): 61-76, 1973

mas inclusive os reflexos, para a economia urbana, que acarretaria a realização daquele empreendimento, possibilitando, inclusive ao poder expropriante, apossar-se pelos meios legais, de todos esses bens e revendê-los posteriormente, como um instrumento de financiamento da obra pública. Como isso tem sido pouco utilizado!

Fica, aí, um primeiro desafio a todos nós: difundir, em cada uma das frações do poder público em que integrados, a validade da idéia da desapropriação urbana. No nosso Rio de Janeiro, a abertura da Avenida Presidente Vargas, aquele corte que foi um veio novo de progresso, de fluência de tráfego, de criação de novas perspectivas econômicas, a derrubada daquelas ruas pequenas, de casas apertadas, de pequenos sobrados, tudo isso só foi possível através do instrumento da desapropriação por zona. Isto, que foi feito com uma visão realmente pioneira e notável, ficou estiolado no tempo. Quando o nosso Estado se utilizou novamente da desapropriação por zona, como instrumento efetivo de realização de financiamentos da obra pública? A resposta é nunca mais. Não por falta de assessoria. Não por falta de sugestão ou de idéias, mas por uma timidez injustificável. Através da desapropriação por zona, o que se está fazendo realmente é reparar, adequadamente, o patrimônio público, de uma obra que não reverteu tão exclusivamente em benefício do Estado, como realizador de serviços, mas de uma obra que tem interesse urbanístico. Quando o Estado caminha para uma desapropriação por zona, o pressuposto essencial dessa desapropriação por zona é uma valorização de uma zona, uma passada de gigante, em termos de concretização efetiva de finalidades urbanísticas. Quando o Estado abriu essa Avenida Presidente Vargas, abriu também, à medida em que ia rasgando aquelas ruas, todo um novo polo de atividades econômicas de interesse da mais alta conotação urbanística. É preciso que todos nós tenhamos em mente isso: a desapropriação por zona constitui um precioso instrumento não-inflacionário e não-tributário de realização de fins urbanísticos. Constitui, talvez, o mais avançado, o mais conotado possível de todos os casos e de todas as hipóteses de efetivação do poder de desapropriar, que existe. A desapropriação por zona é, mais do que qualquer outra, aquela que mais de perto se encontra informada, na sua própria natureza, de uma marcante preocupação urbanística.

Caminheamos, entretanto, adiante. E antes de lançar um segundo desafio, façamos a introdução de um outro tema: conservação ambiental. Até aqui, no Brasil, o problema da conservação ambiental tem tido um tratamento que se cinge a duas abordagens: ou se faz uma abordagem tecnológica do problema (e aí aparece a medicina, a engenharia, a arquitetura etc.), ou se faz

RCGERS, Porto Alegre, 3(7): 61-76, 1973

uma abordagem jurídica de natureza penal: é quando surge todo um mecanismo sancionatório, de repressão ou de punição aqueles que, de qualquer maneira, se apresentam como agentes de ofensa à conservação ambiental.

Vamos agora, então, partir para o segundo desdobramento, feita essa abordagem. Todos já ouvimos falar, com maior ou menor amplitude, na expressão *direito ecológico*. Fala-se hoje em dia com grande facilidade, realmente, de um direito ecológico. Algumas Faculdades cogitam, inclusive, da integração, como disciplina facultativa, do direito ecológico nos currículos. Que seria esse direito ecológico? Esse direito ecológico necessariamente não se apresenta como uma disciplina autônoma, pelo menos até aqui. Por enquanto, os expositores do tema ainda não conseguiram formular princípios próprios, institutos peculiares, enfim instrumentos que sejam realmente do domínio dessa nova disciplina, a fim de justificar uma autonomia possível desse novo ramo do direito. Então, temos de abordar uma definição, atentos a essa peculiaridade.

Trata-se talvez de uma especialização. Trata-se talvez de uma preocupação, especialmente conotada do direito. Mas ainda não é um ramo autônomo dessa grande árvore jurídica. De toda maneira há que se entender, o direito ecológico, dentro desse parâmetro em que ele é hoje abordado, como sendo um conjunto de regras e princípios que visam a disciplinar o comportamento social, com vistas à conservação ambiental. É o direito que irá capitular as regras que irão reger os comportamentos individuais e sociais, que terão por finalidade a manutenção, a preservação da sanidade ambiental.

Quem escreve sobre o assunto entre nós, em geral, costuma apresentar o direito ecológico como uma subdivisão do direito urbanístico. Aparece, então, dentro do complexo de disciplina ou do complexo de setores, que integrariam o direito urbanístico, o direito ecológico.

Vamos, então, ainda como pressuposto do segundo desafio, lançar, desde já, uma posição de inconformismo. Não aceitamos essa colocação: continente, conteúdo; direito urbanístico, direito ecológico. Achemo-la justificada talvez, em face do direito brasileiro e da realidade brasileira, que é aquela em que a tecnologia está concentrada na cidade, nos agrupamentos urbanos. A tecnologia ainda não chegou ao campo. Então, aí ainda não há momento, nem madureza necessária para se falar em conservação ambiental. O ambiente se conserva, espontaneamente ainda, no campo. É verdade que há queimadas e uma série outra de fenômenos que realmente necessitarão, no seu devido momento, de

RCGERS, Porto Alegre, 3(7): 61-76, 1973

um trato mais sistemático do que aquele que hoje recebe. Mas o fato é que a tecnologia, entre nós, ainda não chegou ao campo. E, porque ainda não chegou ao campo, o direito ecológico aparece, para quem trata do assunto, como um determinado ramo do direito urbanístico. Entendemos o problema de maneira inteiramente diversa. Até, para nós, o direito urbanístico é uma subdivisão do direito ecológico. Até, para nós, o que existe é um direito ecológico subdividido em: direito ecológico urbano e direito ecológico rural. E cremos que essa realidade vai-se tornar, cada dia, mais patente, à medida em que o campo receber a tecnologia, à medida em que as cidades se expandirem, à medida em que, o que hoje são as grandes cidades, as grandes regiões metropolitanas dêem afinal causa ao fenômeno da conurbação. Imaginem amanhã, daqui há 10, 20 ou 30 anos, o grande Rio e o grande São Paulo, por uma tendência absolutamente inarredável de expansão, se encontrando. Está formada aí uma monstruosa megalópole.

Nesse momento, evidentemente, o direito ecológico terá que manifestar as suas preocupações sobre vários aspectos, pois terá de contribuir para assegurar a vida sã da cidade, bem como as áreas verdes em torno daquelas cidades. Terá de preocupar-se com a vida rural, dentro daquela conurbação. Então, o direito ecológico irá presidir todos os fenômenos que vão manifestar-se dentro daquele grande, novo e gigantesco complexo de interesses e de direitos que está começando a surgir.

Essa apresentação suscita e sugere uma nova definição, já de curso bem acolhido na doutrina européia: o direito urbanístico é o conjunto de regras e princípios, destinados a disciplinar a vida dos grupos humanos, sejam eles concentrados ou esparsos. O direito urbanístico não é o direito da cidade, e sim dos agrupamentos humanos. Com isto já se dá vestimentas jurídicas ao fenômeno da conurbação. Mais adiante, o campo vai também se apresentar com uma concentração de habitantes ponderável. Posteriormente, o campo e a cidade se encontrarão. Aquela velha máxima medieval de que se respira, na cidade, o ar da liberdade, terá que ser, necessariamente, reformulada, porque não haverá mais cidade e campo estanques. Haverá civilização ou mato. E não vai haver possibilidade de um outro enfoque. Haverá civilização ou haverá deserto, mas o homem, necessariamente, estará com a sua vida colocada dentro de grandes agrupamentos, dentro de grandes concentrações e há que se pensar, necessariamente, em termos de direito, já com uma certa previsão quanto à possibilidade de não tornar as nossas vestes jurídicas absolutamente vencidas por esse fenômeno que é gradativo. Aliás, ele não vai acontecer de repente, pois está ocorrendo em nossos dias. Ele

RCGERS, Porto Alegre, 3(7): 61-76, 1973

acontece a cada dia, mas, como acontece muito perto de nós e como não há ainda um senso de temporalidade, estamos com um certo véu lançado diante dos nossos olhos. E quando véu se levantar? É preciso que a nossa roupagem jurídica já seja maleável, esteja preparada para todos esses fenômenos que em mais alguns poucos decênios, talvez em menos decênios do que pensamos, estarão caracterizados. Impõe-se que já tenhamos os instrumentos jurídicos necessários para enfrentar esse tipo de fenômenos. Aí, todos nós, cultores do direito urbanístico, todos nós funcionários de municipalidades, procuradores de autarquias, procuradores de Estados, arquitetos do poder público, engenheiros do poder público, sanitaristas, vamos ter que pensar nessa nova colocação, nesse novo desafio. Por que pensar só então? Por que não lançarmos bases desde já para que possamos enfrentar esse fenômeno, quando ele se apresentar?

Imaginemos o seguinte: hoje estamos aqui, tranqüilamente colocados numa sala confortavelmente refrigerada. Para os nossos padrões de ciência, tal como hoje se entende, estamos dentro de um ambiente razoavelmente são. A ciência, daqui há vinte anos, progride, e chega à conclusão de que o gás que se usa no ar refrigerado é altamente tóxico. Chega à conclusão de que seus efeitos são sentidos 40 ou 50 anos depois. Ou suponhamos que o nosso aparelho de televisão, a nossa antena de televisão, que capta determinados tipos de ondas, se apresenta, daqui há algum tempo, realmente como um instrumento gravemente poluidor, e ofensivo à nossa sanidade ambiental. E, como tal, admitamos que vários outros exemplos são possíveis: os nossos ares estão entrecruzados de ondas de rádio e de televisão, uma série de radiações de vários tipos, algumas já conhecidas, outras desconhecidas, algumas naturais, outras provocadas pelos homens. Tudo isso obedece, hoje, a um certo regramento, que, dentro de anos, se pode revelar absolutamente absurdo. Todo esse panorama de radiações poderá parecer, ao cientista de mais trinta anos, como tendo sido um suicídio que esta geração estaria praticando. Teremos de criar instrumentos para prever isso.

Hoje estamos todos informados, sob o ponto-de-vista econômico, de uma preocupação imensa pelo fenômeno da industrialização, que é inclusive a pedra de toque canalizadora dos chamados incentivos fiscais. Tudo se faz em busca da realização, cada vez mais maciça, da industrialização. Por enquanto, busca-se realmente colocar essas indústrias nos lugares onde elas são, sob o ponto-de-vista do desenvolvimento econômico, mais necessárias. E já se cerca a construção dessas novas indústrias de uma série de cuidados, que a tecnologia recomendou para a conservação

RCGERS, Porto Alegre, 3(7): 61-76, 1973

mais ou menos razoável da sanidade ambiental. Então, suponhamos que hoje se autoriza a construção de um grande empreendimento industrial, no Rio de Janeiro: uma fábrica, um estabelecimento industrial da mais alta importância para a economia do Estado, absolutamente sob o nosso padrão de ciência, sob o padrão de ciência de nossos dias, insuscetível de ofender a sanidade ambiental, ou, se suscetível de fazê-lo, com uma possibilidade de aplicação de mecanismos vários de correção, de prevenção, filtros etc. Passados 30 anos, descobre-se que ela é um agente poluente da maior gravidade. Que faremos, que instrumentos jurídicos já teremos de começar a consagrar para enfrentar o problema? Vamos caminhar para uma desapropriação rotineira, da Lei 3.365, pagando onerosissimamente o desfazimento da propriedade privada para, em razão do interesse público, legitimar a transposição do domínio da propriedade privada para o Estado? Como iremos regrar a intervenção do Estado, em face dessas preocupações de natureza ambiental, a fim de que os nossos instrumentos jurídicos não se revelem ultrapassados, quando as novas preocupações necessariamente nos alcançarem?

Em primeiro lugar, achamos que será imprescindível redimensionar o conceito de serviço público. Este é mais um desafio para todos nós. O conceito de serviço público terá de ser revisto, sob pena de, decorrido pouco tempo, estarmos com toda uma estrutura legal absolutamente injusta e frustrativa. Teremos necessariamente de entender, como serviço público, não só aquelas atividades que o Estado exerce, em face do interesse público, por si, suas agências, mediante contrato, por concessão, enfim sob qualquer das formas negociais ou não, pelas quais essa atividade pode ser exercida. Em suma, não só aquelas atividades exercidas pelo Estado, ou com subdelegação do Estado, mas também toda e qualquer atividade, inclusive de natureza, propriedade e fundamentos particulares, desde que se revista de interesse público. A fábrica de um determinado empresário, que neste momento parece só a ele interessar, realmente terá de ser entendida como não lhe dizendo privatamente respeito. Qualquer empreendimento, que se revele útil ao interesse público, terá de ser abrangido pelo novo conceito de serviço público. Ainda que se trate de uma atividade criada pelo interesse privado, exercida por uma pessoa de direito privado, objeto de propriedade de uma pessoa de direito privado, não obstante deverá constituir serviço público, se o seu fim último for realmente informado de um notável contingente de interesse público. Cremos, pois, que o primeiro problema essencial será alargar os conceitos de serviço público, a ponto de ele abarcar não apenas aquelas atividades que o Estado

RCGERS, Porto Alegre, 3(7): 61-76, 1973

exerce direta ou indiretamente, mas também todas aquelas atividades particulares, desde a origem exercidas por particular, desde que sejam de interesse público.

Colocado o problema nesses termos, aparecerá necessariamente o segundo passo ousado — e esse passo ousado todo ele vai, por fim, resumir-se em formas que são do domínio dos cultores do direito urbanístico — que será o de se estabelecer que toda atividade de interesse público só deva necessariamente ser exercida, mantida ou constituída sob cláusulas de precariedade, sob a fórmula da permissão. Ninguém estará assentado numa fábrica, uma indústria, sob a égide da acessão física, definitiva, dentro desses parâmetros que estamos colocando agora ou lançando à meditação. E por quê? Porque aquele determinado empreendimento, que hoje em dia se revela absolutamente útil e são, pode, mais adiante, continuar a ser útil e não ser são. E é imprescindível que se dê ao Poder Público armas para intervir validamente e até um pouco mais radicalmente, em certos momentos em que a preservação ambiental o justifique.

Deveremos, portanto, redefinir os institutos da permissão e da licença.

Sobretudo, tenhamos em mente que a licença traz em si requisitos de inarreciabilidade, que não são compatíveis com o interesse público. Em vários terrenos do interesse público, a licença representará um obstáculo, que os próximos tempos terão necessariamente de afastar. Daí o convite ora lançado.

Lancemos um terceiro problema à meditação de todos. A nossa Constituição, ainda uma vez no seu art. 161, comanda a seguinte regra: "A União poderá promover a desapropriação da propriedade territorial rural mediante pagamento de justa indenização, fixada segundo os critérios que a lei estabelecer, em títulos especiais da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária, resgatável no prazo de vinte anos, em parcelas anuais sucessivas, assegurada a sua aceitação a qualquer tempo, como meio de pagamento de até 50% do Imposto Territorial Rural e como pagamento do preço de terras prontas".

Que fez nosso constituinte, neste artigo? Nosso constituinte tinha realmente em vista uma situação de sanidade: o problema da sanidade da distribuição da propriedade rural, fenômeno amplamente difundido, entre nós, do latifúndio improdutivo. Para coibir a realidade do latifúndio improdutivo, entendeu o nosso constituinte que os remédios existentes não eram suficientes. A desapropriação, tal como é prevista no Decreto-lei 3.365, e nas leis a ele posteriores, não resolvia a questão da má distribuição da propriedade rural. Havia, realmente, sob o ponto de vista da racionalização da distribuição da propriedade, o que importa

RCGERS, Porto Alegre, 3(7): 61-76, 1973

em dizer, racionalização da produção, do consumo, dos meios de subsistência de todos nós (e, portanto, uma sanidade dos instrumentos de produção, repousados sobre a propriedade rural), uma total insuficiência dos remédios jurídicos. Por que? Porque os latifúndios são tantos ou são tão extensos que, se a União os fosse desapropriar pelos meios rotineiros, desapropriaria uma fração insignificante para a realização de um grande programa ou não desapropriaria coisa alguma, como até então vinha ocorrendo. Daí a origem desse mecanismo. Não há desembolso de imediato. Esse desembolso de imediato poderia consultar o interesse do proprietário, mas não atendia ao interesse público. Aparece então a fórmula da satisfação da indenização mediante pagamento em títulos, cuja correção monetária é prevista no tempo. Os resgates também são previstos no tempo, assim como seus efeitos liberatórios ou débitos tributários ou de aquisição de bens públicos.

O que agora vamos propor é um passo a mais: pensem, trabalhem e influam, na medida do possível para cada um, a fim de, a partir desse artigo, resolvermos um problema da depreciação ambiental das cidades, problema basilar de direito urbanístico. Se os Estados ou municipalidades, em face de determinados empreendimentos econômicos de grandes proporções, verificarem que eles são absolutamente danosos para a sanidade ambiental, não obstante, se tiverem de adotar para remédio a expropriação rotineira, poderão não ter condições econômicas para atuar.

Lancemos, então, outro desafio e convite: aditemos alguma coisa a esse art. 161, a fim de se possibilitar também a desapropriação por títulos, segundo essas mesmas condições (resgatável num período certo de tempo, sujeito à correção monetária), sempre que a sanidade ambiental assim o exigir. Sempre que a nossa saúde, sempre que nossa vida estiver em jogo, a sanidade ambiental é problema de vida de cada um de nós, de subsistência de cada um de nós. E não reservemos a possibilidade à União, até porque os problemas de direito urbanístico são muito mais pertinentes ao município e ao Estado do que à própria União. Então, qualquer pessoa de direito público, para tanto legitimada, poderá, em face de exigências de conservação ambiental, promover a desapropriação da propriedade — não só rural — mediante títulos da dívida pública, resgatáveis em certo tempo, sujeitos às cláusulas de correção monetária, tal como consignado no art. 161. Está aí em mãos um novo instrumento para a realização do direito urbanístico, que lançamos à meditação e à consideração de todos. Por que a desapropriação de glebas, por que o latifúndio deve preocupar o homem mais que a sanidade ambiental? Não há uma evidente inversão de perspectivas nessa colocação? A nossa sobrevivência não é muito mais importante do que a fór-

RCGERS, Porto Alegre, 3(7): 61-76, 1973

mula de divisão do latifúndio improdutivo? A nossa sobrevivência, a conservação do nosso meio-ambiente não nos toca muito mais de perto — tanto no campo como na cidade — do que a redistribuição da propriedade rural? Então, por que não dar também remédios mais radicais para a realização da defesa que está inserida exatamente no complexo do direito urbano? Não basta redimensionar o que seja serviço público. Não basta aumentar o número das limitações administrativas. Não basta também redimensionar os institutos da autorização, da permissão, da licença. É preciso também que, quando a ameaça seja concretizada “a posteriori”, tenhamos instrumentos válidos. Não devemos ter apenas a arma da permissão, que aprioristicamente dará realmente, depois de redefinida, um maior instrumental para o poder público. Necessitamos, igualmente, de remédio a ser usado “a posteriori”, que é exatamente essa desapropriação, nos termos desses parâmetros que agora sugerimos.

Mais duas cogitações desejamos propor dentro do temário que nos reúne; instrumentos jurídicos do urbanismo. A primeira diz respeito às regiões metropolitanas. Por primeira vez na história de nosso direito, o dado sócio-urbanístico das regiões metropolitanas foi traduzido em letra de lei. Conscientizou-se o legislador de que, acima das fronteiras políticas, há a realidade natural ou social. Pouco importa, para a racionalização da instrumentação do estado do bem-estar social, que uma comunidade esteja espalhada por mais de uma entidade federada. Se comuns são suas motivações, problemas e horizontes, uma deve ser a diretriz da atuação administrativa pertinente. A institucionalização das regiões metropolitanas responde, em tese, a essa questão, pois visa a criar uma unidade social. As regiões metropolitanas constituem, portanto, um dos mais notáveis desafios, para a normatividade de sua problemática, aos cultores do direito. Entre nós, conquanto alguns passos tenham sido dados, em direito positivo, o desafio permanece de pé. Isso porque, talvez por timidez, talvez por inexperiência, a entidade centralizadora dos problemas das regiões metropolitanas não se conferiram todas as potestades, imprescindíveis à solução dos problemas urbanísticos que cada região enfrenta. Permanecem tais entidades com um papel mais consultivo ou opinativo, que efetivamente executivo. Assim, devem elas, ainda, entre nós, submissão às administrações públicas estaduais porque espalhadas as regiões. Impor-se-ia, parece-nos, para mais adequada resposta aos desafios urbanísticos, que a instituição das regiões metropolitanas visa a atender, conferir-lhe poderes de efetiva gestão e atuação, em relação a todos os problemas comuns que lhe competissem resolver. Para tanto, sem dúvida, haverá que se redefinir, constitucio-

RCGERS, Porto Alegre, 3(7): 61-76, 1973

nalmente, nosso sistema federativo. Mas essa é, de fato, uma exigência cada vez mais sensível, do interesse público. E tanto assim é que, sem reboços, nenhum constitucionalista ousaria hesitar em responder afirmativamente, se indagado quanto à existência, em nosso atual arcabouço federativo, de sensíveis afastamentos em relação aos moldes clássicos, invocáveis na espécie.

A segunda cogitação envolve, também, uma crítica. Por que não se usa, mais amiudadamente, o precioso instrumento da contribuição de melhoria? Não se diga, como mais por superstição que por convicção tem sido feito, que complexa é a tarefa de legislar objetivamente sobre o tema. Já o desmentimos, por duas vezes, elaborando projetos para as municipalidades de São Paulo e de Belo Horizonte. O pseudotormentoso problema da delimitação das esferas de beneficiamento ao particular, pela realização da obra pública, mais não é que fantasma sem consistência. No particular, como em qualquer outro tema em que seja necessário estabelecer limites ou graus, há sempre uma faixa cinzenta, em que a demarcação há de ser discricionariamente exercida. Isso em nada invalida a iniciativa, desde que se assegure aos eventuais interessados a possibilidade de, fundamentadamente, contrastar a iniciativa oficial. O que não se pode, entretanto, admitir é que tão valioso instrumento jurídico, não inflacionário, de captação de recursos para fins urbanísticos, além de mola propulsora da conscientização social dos indivíduos integrados numa comunidade (afora ser o único tributo que efetivamente concretiza o princípio da justiça distributiva fiscal), e tão exitosamente utilizado em centros urbanos mais desenvolvidos, continue a dormir nas prateleiras dos tecnocratas tímidos em excesso.

Claro está que estamos lançando desafios ainda não propostos. Esse é, entretanto, um dos papéis mais excelsos, mais importantes de qualquer jurista. O jurista para o que já existe é importante. Um jurista para disciplinar, para modificar, para aperfeiçoar os instrumentos jurídicos existentes, é da maior valia e importância. Sem ele estaríamos cedendo facilmente lugar ao aparecimento do arbítrio, das situações de fato, dos provimentos anti-jurídicos. Mas é necessário também que tenhamos imaginação e visões prospectivas. Temos de pensar também no que está por vir e temos inclusive que impor logo, à nossa ordenação positiva, alguma coisa que seja adequada àquilo que se pode prever e que está por acontecer. É muito comum, em nossos dias, quando se fala em viagens espaciais, encontrarmos até congressos internacionais jurídicos preocupados com o problema. Encontramos entre nós juristas de renome muito preocupados em traçar os limites do que seja o direito interespacial. Talvez tudo isso até mereça atenção, mas temos problemas aqui na nossa Terra que

RCGERS, Porto Alegre, 3(7): 61-76, 1973

merecem mais cuidado. Não vai nisso qualquer visão retrógrada ou reacionária: em nosso planeta, o fenômeno da nossa sobrevivência ainda não foi solvido. Estamos ainda absolutamente tímidos, quanto à consagração de instrumentos jurídicos. Estamos pensando em termos de propriedade privada, não tão sacrossanta talvez quanto há alguns séculos, mas ainda muito limitadora da possibilidade de intervenção estatal. Reservando-se ainda, em nosso ordenamento positivo, à pré-indenização em dinheiro, ressalvada aquela expressa e excepcional regra do art. 161, continuamos a fazer constituições e leis, com o interesse particular e egoísta, em assuntos de grande relevância. preponderando sobre os interesses públicos.

Esse desafio é nosso, meu e de todos vocês. É um desafio de quem quer que cultive o direito público, o direito administrativo, nas suas várias especialidades — direito urbanístico, direito ecológico, etc.

Preservação ambiental é, talvez, o assunto que mais mereça ser o alvo de nossa atenção. Está lançado, então, para todos nós, nessa constelação de idéias que preferimos suscitar (ao invés de discorrer doutrinariamente sobre o tema), um relevante desafio.

Preferimos, num Seminário de Direito Urbanístico, lançar a cultores de direito urbanístico, ou a interessados em direito urbanístico, indagações. Indagações a que não temos nem obrigação, nem possibilidade de responder sozinhos. Vamos todos trabalhar nessas e em várias outras cogitações, que o direito urbanístico necessariamente suscita. Ao fazermos isso, estaremos justificando todos esses nossos encontros. Estaremos até justificando a permanência do direito como valor fundamental da nossa sociedade, ontem, hoje e para sempre.

(*) Notas taquigráficas revistas de Conferência proferida no Seminário de Direito Urbanístico, promovido em 1973, pelo Instituto dos Advogados do Brasil e pelo Clube de Engenharia, posteriormente apresentada como Tese ao V Congresso Nacional de Procuradores de Estado, realizado em Caxias do Sul — RS., nos dias 14, 15, 16, 17 e 18 de outubro de 1973.