

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 38 • nº 151

julho/setembro – 2001

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

Direito Urbanístico, meio ambiente e patrimônio cultural

Maria Coeli Simões Pires

Sumário

1. Gestão urbanístico-ambiental como desafio contemporâneo. 2. Direito Urbanístico – uma visão ampliada de seu objeto. 3. Direito Urbanístico e gestão do patrimônio cultural. 3.1. Da interface dos aspectos social e urbanístico. 4. Cidade e cultura – recíprocas interferências e representações – O direito da cidade e o direito à cidade. 5. Cidade e cultura: recíproca destruição – a contradição das forças de formação e deformação da cidade. 5.1. A força do Estado. 5.2. A força do mercado. 5.3. A força da sociedade. 6. A política urbano-cultural e as estratégias de gestão. 7. A função social da propriedade urbana como princípio orientador da atuação urbanística. 7.1. Direito à propriedade e direito de construir. 7.1.1. Direito de construir e direito de configuração da cidade. 7.2. Propriedade do bem cultural. 8. A emergência de edição do Estatuto da Cidade para consolidação das políticas locais. 9. Comentário sobre a versão provisória do Estatuto da Cidade. 9.1. Plano Diretor. 9.2. Instrumentos sancionatórios. 9.3. Consórcio imobiliário. 9.4. Usucapião especial de imóvel urbano. 9.5. Concessão de uso especial para fins de moradia. 9.6. Direito de superfície. 9.7. Preempção. 9.8. Outorga onerosa do direito de construir. 9.9. Transferência do direito de construir. 9.10. Outorga onerosa de alteração de uso. 9.11. Operação urbana consorciada. 9.12. Estudo de impacto de vizinhança. 10. Instrumentos urbanísticos aplicáveis para fins de preservação. 10.1. Tombamento. 10.2. Direito de superfície. 10.3. Edificação compulsória e IPTU progressivo. 10.4. Preempção urbanística. 10.5. Operação interligada. 10.6. Urbanização consorciada. 10.7. Solo criado. 10.8. Transferência do direito de construir. 10.9. Usucapião. 11. A tutela judicial da preservação do patrimônio cultural. 12. Conclusão.

Maria Coeli Simões Pires é Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Minas Gerais, doutoranda na mesma área de concentração daquela instituição e Professora Assistente da disciplina na Graduação.

1. Gestão urbanístico-ambiental como desafio contemporâneo

Um dos grandes desafios da pós-modernidade é a gestão da cidade sob a perspectiva urbanístico-ambiental.

Tal desafio, justificado pelas demandas de uma sociedade de massas, pelos impactos da tecnologia crescente e da ordem global, é tanto maior quando se têm em vista as megacidades, as capitais em processo de expansão desordenada, as regiões metropolitanas e os aglomerados urbanos, em que, resguardados apenas os espaços elitizados por muralhas de defesa e segregação, prevalece a pressão do “progresso” e de suas mazelas sobre o patrimônio natural e cultural. Qualitativamente, é o mesmo problema que se apresenta no âmbito de pequenos núcleos urbanos ameaçados por múltiplos fatores de desequilíbrio ambiental, sejam os agenciamentos espaciais transgressores, sejam as práticas sociais e econômicas impactantes das condições de sustentabilidade.

O enfrentamento desse quadro invoca a transdisciplinariedade da matéria urbanística, suscitando, no campo jurídico, a associação direta entre Direito Urbanístico e Direito Ambiental, sem prejuízo de outras relações daquele com outros ramos, como o Municipal, o Administrativo e o Social, este referenciado às políticas públicas e à cidadania. Sob o signo da unidade do Direito, as diferentes regras e princípios desses ramos devem ganhar na aplicação ao mesmo objeto, a chamada “coesão dinâmica”, no sentido da convergência finalística.

2. Direito Urbanístico – uma visão ampliada de seu objeto

O Direito Urbanístico, referido expressamente no art. 24, I, da Constituição da República Federativa do Brasil, trilhando o caminho de sua autonomização como ramo multidisciplinar do Direito e voltando-se para o seu objeto central – a cidade, tomada não apenas na perspectiva de sua ordena-

ção territorial, mas também na de sua dimensão social, na sua multifária constituição como espaço de vivência coletiva e lugar de todos e, por força de sua redenção ética, como bem de fruição por habitantes – , vem consolidando um núcleo de normas cada vez mais complexas e demandando a especialização de métodos e princípios e a releitura de institutos tradicionais. Desse modo, o ramo evolui da compreensão de imposições urbanísticas do velho direito luso-brasileiro, passando pela de noções de ordem e estética, pela regulação das relações de acesso ao espaço urbano e de apropriação deste, até chegar ao campo de cogitações de sustentabilidade social, econômica e ambiental da cidade sob inspiração democrática. Nesse mister, alcança um importante campo de incidência – o da política urbana vocacionada para a ordenação do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, informadas essas pelos interesses difusos que alimentam a cadeia de conflitos urbanos e que mais se adensam, conforme seja a pressão das necessidades impostas pelas desigualdades sociais históricas, das demandas da ordem global e dos avanços tecnológicos. O Direito Urbanístico sai, portanto, da esfera do positivismo imobilizador e enquadra-se no processo político-social.

Em face dessa latitude do objeto do Direito Urbanístico, registram-se sob seu foco, direta ou indiretamente, as múltiplas dimensões da cidade:

- *a física* – como expressão de sua ordenação territorial, envolvendo o seu traçado, os arruamentos, a ocupação, a sua configuração – retratada pelo desenho de sua relação direta com a terra e com a natureza sob o prisma da horizontalidade, e, pois, pelos registros de seus cheios e vazios, e da verticalidade, que recorta o céu;

- *a dinâmica* – como trama urbana na sua lógica de mobilidade funcional, estimulada pela cadeia de bens, serviços e rendas, isto é, essencialmente como palco de produção econômica;

• *a sociológica* – como espaço de representação da conformação ou estratificação social, de expressão das relações sociais de produção e dos correspondentes graus de cidadania;

• *a simbólica* – como dado de cultura e valor transcendente da materialidade, como base para fruição de valores diversos por meio do espírito e dos sentidos, que captam e interpretam os símbolos, e como elemento de construção da memória: a cidade como espaço de evocação “que integra culturalmente, dá identidade coletiva a seus habitantes e tem um valor de marca e de dinâmica com relação ao exterior”, na expressão de Borja e Castells (1977).

Esses planos da cidade, conquanto distintos pela natureza que os informa, são apreendidos pelo Direito Urbanístico a partir de tessitura única, de modo que a eventual percepção de um dos estratos terá os demais em posição subjacente, eis que indissociáveis como unidade. Não obstante a indissociabilidade das diversas dimensões, as regulações são específicas, o que impõe a necessidade de harmonização dessa disciplina fragmentária no campo de aplicação.

Ora, sendo objeto do Direito Urbanístico a cidade multifacetada, tem-se que a esse ramo incumbe papel superlativo: desde a interferência na configuração do espaço pela definição de índices, escalas, coeficientes, volumetrias, gabaritos, altimetrias, entre outros, passando pela aplicação de mecanismos de intervenção voltados para a conformação de usos, a distribuição de mobiliários urbanos e a garantia de infraestrutura, tudo referenciado à cidade dinâmica, e pelo enfrentamento da relação de exclusão e inclusão de cidadania, com a potencialidade de conformação da geografia social da cidade, até a regulação das formas de proteção dos elementos urbanos que sustentam a memória e projetam a cidade simbólica.

A cidade simbólica é exatamente a que inspira o esforço do Direito Urbanístico

como núcleo da regulação da preservação do patrimônio urbano de valor cultural – a cidade como expressão poética de suas formas; a supracidade edificada na memória de seus viventes; a cidade intuída ou revelada por seus marcos referenciais e pela interpretação de sua linguagem; a cidade das utopias representadas por múltiplos ícones.

Se não há aqui abertura para a evocação da cidade simbólica na concepção poética, haja vista a filosofia deste estudo, longe estarão *A poética do espaço*, de Bachelard (1978), *As cidades invisíveis*, de Calvino (1990), e outras, tantas vezes capturadas pela cadência da palavra, enquanto, muito próxima, sob as lentes da perplexidade, a visível cidade caótica da realidade brasileira, de cuja trama ainda será possível extrair-se a teia da memória coletiva.

3. *Direito Urbanístico e gestão do patrimônio cultural*

O tema invoca, assim, em primeiro plano, a relação cidade física e cidade simbólica, mas suscita o tratamento daquelas dimensões – dinâmica e sociológica. Além disso, mais especialmente, o patrimônio cultural há de ser tratado indissociadamente do natural, uma vez que são ambas expressões do patrimônio ambiental, em consonância com a tendência mais recente do direito contemporâneo, que, numa visão alargada, apreende o fenômeno ambiental em sua globalidade.

A proteção ambiental tem sido paulatinamente consolidada, desde as proclamações da Convenção da ONU, realizada em Estocolmo, em junho de 1973, passando pelo tratamento da Lei nº 6.938, de 1981, pela constitucionalização da disciplina no capítulo específico da Carta de 1988, ao que se seguiu a Convenção da ONU de 1992 – ECO 92 –, realizada no Brasil, no Rio de Janeiro, e, especialmente redirecionada pela Agenda Habitat de 1996, que definiu a orientação de integração das agendas urbana e ambiental. Mais recentemente, a Lei nº 9.605,

de 12 de fevereiro de 1998, prescreve maior rigor relativamente à tutela do meio ambiente natural e cultural, impondo variadas sanções às pessoas físicas e às jurídicas causadoras de dano a esse patrimônio. Isso para ater-se aos principais pontos de demarcação da linha evolutiva da disciplina.

A proteção ao patrimônio cultural, à sua vez, esteve sustentada no Decreto-Lei nº 25, de 1937, recebendo interferência de convenções internacionais, notadamente a de Estocolmo, e de diplomas internos e vindo também a ser constitucionalizada em capítulo específico da Carta de 1988. A despeito da autonomia de tratamento no texto constitucional, a proteção ao patrimônio cultural perseguiu o caminho da integração com a política de meio ambiente natural na legislação ordinária, consoante evidencia a Lei nº 9.605, de 1998.

Assim é que, nos dias atuais, discutir gestão das espécies patrimônio cultural, ambiência urbana, cidade simbólica e equipamentos e espaços de produção e fruição de cultura é, ao mesmo tempo, lidar com conceitos e estruturas do gênero meio ambiente, posto ser o dado cultural integrante da noção matriz daquele. Daí a densidade da idéia de sustentabilidade da cidade como espaço de dupla fruição que inspira o moderno urbanismo: cidade material e cidade simbólica, fruíveis pelos múltiplos sentidos do homem nos planos biológico, espiritual e social.

Contudo, por razões metodológicas deste estudo, o interesse volta-se para o patrimônio cultural, no âmbito da política de cultura na interface com a gestão urbanística.

Não se desenvolverá aqui, todavia, a análise de resultados de experiências pontuais ou sistemáticas de política de patrimônio no Brasil nem se estará a oferecer alternativa metodológica de formulação e implementação de políticas nessa seara – de reabilitação de centros históricos, de regulação e acompanhamento de zonas especiais de proteção, de tombamento de conjun-

tos urbanos especiais e implementação das respectivas diretrizes urbanísticas de proteção, de integração de núcleos históricos estagnados a outros de maior potencialidade revitalizadora e de sustentabilidade e outras.

Procurar-se-á alinhar considerações anteriores a essas questões, quiçá decorrentes, ou, ainda, simplesmente, discutir possibilidades, que abrem caminhos, ou anteparos, que impedem os avanços no campo urbanístico, com natural repercussão sobre a tutela do patrimônio cultural.

3.1. Da interface dos aspectos social e urbanístico

Não se pretende, com a associação cultura e urbanismo, sustentar que a política de cultura, cuja espinha dorsal é o art. 216 da Constituição da República, sede da norma de reconhecimento da pluralidade de valores referenciais da identidade, deva migrar-se da ordem social para a seara urbanística, mas buscar o necessário campo de intersecção desses domínios, tendo em vista as recíprocas interferências de cidade e cultura. A ênfase ao dado cultural como elemento de gestão urbanística dá-se, portanto, sem superação do caráter social da cultura, como objeto de interesse dos diversos agentes da sociedade, compreendida esta em sua base ampla e plural, como sua produtora e destinatária.

A Constituição da República, definindo as bases de organização das funções estatais, entre elas inclui a de promoção e defesa do patrimônio histórico, no Título VIII, “Da Ordem Social”, no Capítulo III, “Da Educação, da Cultura e do Desporto”, relacionando, na Seção II, “Da Cultura” (art. 216), os lineamentos específicos.

Tal enquadramento, seguido pelos Estados e pelos municípios, vincula as políticas de memória e patrimônio cultural ao órgão responsável pela área de cultura, prática destacada em ordenamentos locais de referência como Florianópolis, Salvador, Curitiba, Santa Catarina, São José dos Campos,

entre outros, embora se verifique, em alguns casos, o atrelamento da gestão do patrimônio edificado ao núcleo de Política Urbana, o que, de resto, mostra a necessária interface da política de proteção desse patrimônio urbano de valor social com a atuação urbanística que lhe deve emprestar a especificidade de seus instrumentos.

De outro lado, não se pode desconhecer a moderna função social do Direito Urbanístico como núcleo de proteção dos excluídos por meio de mecanismos de legalização fundiária e regularização urbanística em relação a áreas urbanas deprimidas e de promoção da participação democrática da comunidade na governança da cidade. Não obstante isso, a mera intersecção de política cultural e política urbana é suficiente, não se justificando a migração completa, ou seja, o abandono das especificidades de cada qual.

4. Cidade e cultura – recíprocas interferências e representações – o direito da cidade e o direito à cidade

Neste estreito campo, o binômio cidade e cultura ganha relevância e há de ser conotado segundo as recíprocas interferências.

A cidade, como produção do homem, materializa a cultura, expressa na forma de apropriação do espaço urbano, no traçado de suas vias, na construção de seus padrões tipológicos e estéticos, na formação de seus marcos referenciais, e configurada pelas suas variadas representações de segregação espacial, sob a pressuposta lógica de sua funcionalidade e hierarquia, e pelas formas de relação com a natureza. E mais, a cultura revela-se nitidamente na trama das tantas cidades que se erguem, harmônica ou conflituosamente, a partir de uma ou mais centralidades que projetam a unidade da urbe na sua composição plural, ou que impõem sucessivas exclusões de núcleos urbanos, desenhando a cidade marginal.

Fruto do agenciamento humano coleti-

vo, a cidade é representação dos valores e da estrutura da sociedade, com a sua força de hierarquia ou equalização, de inclusão ou marginalização. É, assim, a dimensão primária da cultura espacializada e a reprodução dos modos de vivência e de relacionamentos.

Outros relevantes desdobramentos podem ser deduzidos do mesmo binômio cidade e cultura, além do constituído pela dimensão de representação, como os decorrentes do impacto que a atividade cultural impõe àquela em termos sociais, econômicos e urbanísticos.

Não há, pois, negar as recíprocas interferências: a cultura produz a cidade pela materialização de seus valores e pelas práticas de sua produção e consumo que repercutem no espaço urbano, e é aquela mesma que permite o mais generoso contato dos habitantes com a alma da cidade em seus diversos significados. De outro lado, a cidade, além de ser, em si, dado cultural, gera e consome cultura a partir de seus espaços, suas ambiências e vias de acesso à fruição de valores culturais.

A propósito, lembra a economista Dra. Júnia Santa Rosa (Fundação João Pinheiro) que a cidade mantém uma complexa cadeia de produção de bens e serviços, de consumo desses, de relações e de interesses, da qual participa uma diversidade de agentes, sendo certo que a cultura alimenta essa cadeia, de forma mais ou menos substantiva, de acordo com o grau de importância a ela atribuído pela sociedade e pelo Estado, da articulação intersetorial, do compartilhamento entre o público e o privado e da adequação e da integração dos instrumentos de gestão.

Essa é a razão por que a cultura, quer tratada como elemento ideológico conformador da cidade física, quer sob a perspectiva da produção e da fruição que potencializam aqueles reflexos, há de ser componente indispensável e estratégico no sistema de gestão urbanística, sem que implique a opção o acolhimento da idéia da cidade empresa

projetada sob a égide das cadeias produtivas mundiais ou das que nelas se inspiram.

A cidade, fruto da construção coletiva, em perspectiva harmônica ou caótica, traduz a aplicação de um conjunto normativo, à sua vez, informado pela concepção política que o edita, pela visão paradigmática que amolda o arcabouço normativo e o comunica à dinâmica processual de constituição da cidade e à esfera contenciosa sob a responsabilidade do Juiz, que lhe deve fixar a definitiva exegese. Nesse sentido, a cidade não é só objeto do Direito, mas representação deste, seja como elaboração, seja como atualização na esfera pública ou privada, seja como interpretação.

Desse modo, ao binômio cidade e cultura, em cujos elementos, verificam-se dicotomias, soma-se o direito com sua força segregadora ou integradora, tendencialmente à primeira, diante da carência de legitimidade social. É que, nesse trinômio, conquanto, em princípio, tenha-se no direito a potencialidade da força de amálgama para a formação da unidade positiva, pode, às vezes, projetar-se o papel do direito como elemento de desagregação das forças da cidade e da cultura.

Demais disso, o Direito, como núcleo conformador, circunstanciado por tempo e espaço, põe-se, naturalmente sob a tensão da permanência e da mutação, de resto, presentes na sua dialética.

Registra-se que, conforme seja o objeto de tutela jurídica, as forças tensionais em relação ao Direito variam: se se tem em conta a tutela do patrimônio ambiental natural, as forças presentes são, de um lado, a de preservação e, do outro, a representada pelas atividades de exploração dos recursos naturais ou de produção e a do núcleo de necessidades dos excluídos. No campo de proteção ao patrimônio cultural, vislumbra-se, de um lado, a força da preservação, e, de outro, especialmente, o investidor do mercado imobiliário, conquanto se tenha também a presença das necessidades, nota-

damente retratadas pelos cortiços em centros históricos degradados.

Em ambos os casos, o segmento da tutela pretende contrapor ao exagero do proprietário a força simbólica do Direito no sentido da alteração do conteúdo de poder dominial, ou seja, da atenuação da relação de poder do proprietário. O segmento de resistência à tutela, por sua vez, pretende a valorização da propriedade como moeda de troca, ou como base de sustentação de produção de riqueza, ou simplesmente o acesso à terra pelo impulso da necessidade. Os segmentos de tutela devem, assim, ter olhar diferenciado para o problema, conforme seja o ponto tensional de seu contraste, para o emprego de mecanismos e estratégias adequadas a cada caso, sabido que o Direito deve encontrar formas de socorro às necessidades e de neutralização do egoísmo que escraviza o coletivo. O Direito há também de ser suficientemente razoável de modo a permitir que se identifiquem, mesmo em seara de conflituosidade, convergências para a garantia de superação do egoísmo e os antagonismos, explícitos ou sob máscaras de consensualidade, que ameaçam subjugar o coletivo. É da seara do Direito, especialmente tomado em sua versão democrática, instrumentalizar a provisão de necessidades e aquela neutralização, sem embargo de ser a solução objeto de outras ciências. É dizer: não é preciso afastar-se do Direito para a solução que prestigie os valores que ele mesmo sustenta e que lhe inspiram a concepção.

Assinale-se que a integração social pelos campos do Direito a partir da exploração *de potencialidade criativa, interativa e dialógica da pessoa humana no sentido de ampliar a sua inserção autônoma no contexto como meio de minimização das privações* é o tema desenvolvido com profundidade por Gustin (1999) em obra de leitura obrigatória para compreensão de metodologias inclusivas, que podem subsidiar a aplicação do Direito, com ênfase na seara das regulações urbanísticas.

5. *Cidade e cultura: recíproca destruição – a contradição das forças de formação e deformação da cidade*

À relação da recíproca constitutividade da cultura e da cidade opõe-se a da recíproca destruição.

Paradoxalmente, são os processos construtivos da cidade que, também, ameaçam e destroem a cidade cultural, as referências da memória coletiva, as representações de mundo, o patrimônio arquitetônico, estético, histórico, as ambiências e os cenários importantes da vida da comunidade, com repercussão direta ou indireta na geração e no consumo de bens e serviços culturais. De outra parte, é a própria cultura que investe contra a cidade física, impondo a substituição de espaços de sociabilidade, sepultando, pelo inconsciente coletivo, formas e escalas e formando novos mapas de geografia cultural que levam à deterioração espaços consolidados e à emergência de novas centralidades pela relação funcional cultura e espaço, ou seja, pela consagração de novos *locus* de reforço à identidade. Mostras de destruição por essa via são a degradação de centralidades pela perda de função cultural; a ocupação predatória de espaços inadequados para fruição da cultura de massa; a pressão sobre os núcleos urbanos tombados, constituída pelo artificialismo da “indústria cultural”, entre outras.

Enfatizando a lógica construção–destruição, que ora se projeta sobreposta ao binômio cidade–cultura, Edésio Fernandes, em recente palestra para Grupo de Estudo de Direito Urbanístico da Faculdade de Direito da UFMG, em Belo Horizonte, lembra fatores importantes, como os processos especulativos, que, pelos caminhos da legalidade, legitimam-se pelas previsões casuísticas; os processos que, infringindo a lei, são tolerados pela conivência ou pela inoperância das instâncias sociais e formais de controle da cidade legal; e, enfim, pelos absolutamente marginais, por se desenvolverem fora do próprio âmbito da cidade legal, sem que

sobre eles se volvam os olhos do Direito ou da Administração, para planejá-los ou contê-los por meio de mecanismos de inclusão.

Conquanto não se possa dizer de uma sintonia das diversas forças potenciais e efetivas de formação da cidade e da cultura e de contraditória destruição daqueles objetos nas diversificadas manifestações, é possível registrar, na dúplici relação, com graus diferenciados de poder, a presença de atores governamentais, econômicos e sociais que se projetam a partir de três esferas: o Estado, o mercado e a sociedade.

5.1. *A força do Estado*

Prioritariamente no âmbito do Estado, localizam-se a política, o Direito e o aparelho de gestão.

De fato, o Poder Público, especialmente pela definição de regras urbanísticas, pelo planejamento e oferta de infra-estrutura e serviços, é um figurante importante entre as forças que constroem a cidade.

Sabe-se, porém, que, em grande margem, o caos urbano revela postura tímida do Estado, que impede mudanças mais profundas e estruturais. Na contramão de avanços significativos, no plano político, a formulação normativa dos institutos enovela-se em contradições decorrentes das posições ideológicas conflitantes, incapazes de formar o consenso sobre bases coerentes. Ainda no plano do Direito, mostra-se o Estado anacrônico e impotente para a construção da cidade ideal, na medida em que se aquilata sua pouca ousadia no plano da aplicação administrativa ou contenciosa daquele e a persistência de cultura jurídica resistente à reformulação conceitual.

É verdade que o preceito, aplicado com preconceito, esclerosou-se. Só a inspiração principiológica o rejuvenesce porque o princípio é pregnante e ideológico.

Sob esse ângulo, cabe ao Juiz o desafio de operar a permanente adaptabilidade do preceito às situações concretas, sob a luz dos princípios que protegem a regra contra a decadência da emanção nela contida e da

proposta teórica que inspira o sistema normativo. Contudo, não têm as normas principiológicas conseguido transmitir a força vivificante às regras para a alteração do *status quo* da ordem social em linha sucessiva de produção de novos consensos, sem radicais rupturas. Fraqueja o Direito quando não apreende, por exemplo, a dinâmica do processo de pressão sobre o patrimônio, e, em conseqüência, fragiliza-se a proteção: em resposta à ordem jurídica impotente, criam-se práticas de contraste, as quais, sem as mais sólidas bases de neutralização, levam a um quadro de conflito solucionado pelo próprio Direito tradicional, orientado por paradigma que resiste a novas matrizes de compreensão e visão.

De qualquer modo, o Direito exerce papel fundamental na construção do espaço urbano e na preservação da cidade cultural, papel de construção do caos ou da cidade harmonizada. Daí a necessidade de que, sem se abandonar o processo histórico da lei, busque-se a perspectiva espacial de seus efeitos e que, por isso mesmo, tome-se, no mister de sua elaboração, a racionalidade territorial.

De outra parte, o equívoco e as disfunções do planejamento urbanístico, em muitos casos, ainda considerado como mera ação regulatória estatal, e a ausência de coordenação das relações intragovernamentais e intergovernamentais são fatores de ineficácia da política urbanística, em especial no tocante ao patrimônio cultural. A situação está a invocar uma aprofundada discussão, seja sob a tônica federativa, seja sob o ângulo da gerencialidade interna.

Na mesma linha, as rejeições recíprocas de Câmara Municipal e arenas de consenso social – duelo permanente entre democracia representativa e instâncias sociais diretas – são empecilhos a políticas mais progressistas.

5.2. A força do mercado

O mercado, por sua vez, é forte agente de construção da cidade, em razão principal-

mente do domínio no que diz respeito ao acesso à terra. Tendo ele a hegemonia do espaço urbano, impõe a conformação da cidade segundo as regras do capital e a categorização da cidadania cliente. De fato, o poder econômico, se não tangido a seguir rigorosas pautas, preordenadas pelo Estado e pela sociedade, esta por meio das instâncias de que participa, tende a arvorar-se titular da conformação da cidade e até da sua desfiguração ou destruição, do que decorre virtual ameaça ao patrimônio cultural pela predominância da ordem do mercado da terra e dos interesses econômicos. Acostumado com a garantia de sua prevalência, reage o mercado diante de posições que buscam o reequilíbrio de forças entre os demais atores de construção da cidade. Faz parte da reação do mercado, por exemplo, a sua malfazeja interferência no plano de produção da norma, quebrando a vocação da lei para o relacionamento com a comunidade, imprimindo-lhe papel tático e projetando sua relação intrusa com a sociedade.

5.3. A força da sociedade

A sociedade, agente ativo potencialmente mais relevante da construção do espaço urbano e sua principal destinatária, é também a instância que diretamente mais sofre os impactos da construção plural no âmbito dela própria, construção operada sob a necessária influência daquelas outras forças.

Por isso mesmo, é necessário intensificar a inclusão efetiva e conseqüente do cidadão e da comunidade no processo político de cidade, essencialmente o de edição do direito, para que a lei deixe de ser imposição e ganhe o sentido de consenso, e o de tomada de decisões, especialmente no tocante à aplicação dos recursos e ao reconhecimento de seus valores culturais. Em outras palavras, a sociedade há de sair da posição prevalecente de sujeito passivo da construção da cidade para ser agente de mudança pela contribuição individual e coletiva de seus membros.

A propósito, é preciso fazer logo a advertência de que, se a sociedade se mostra inapta como agente de construção e controle da cidade ou confusa em relação à realidade urbana que deseja, o mercado, de lógica invariável, estará cada vez mais apto a capitalizar as fragilidades da sociedade e do Estado (Legislativo, Judiciário e Executivo) e de outras esferas discursivas, como a imprensa e a academia.

6. A política urbano-cultural e as estratégias de gestão

Vistas as recíprocas interferências de cultura e cidade, impensável uma adequada política de gestão urbana que não acolha a dimensão cultural do espaço em posição estratégica e, do mesmo modo, afasta-se a política cultural divorciada da urbanística.

São os instrumentos do direito urbanístico que, especialmente, podem ser invocados numa política urbano-cultural, isto é, para proteção, valorização e gestão do patrimônio cultural no seio do espaço urbano.

Na prática, algumas administrações vêm tentando, em meio a ácidas críticas, a conjugação dos tradicionais institutos com outros mais progressistas como possibilidade de solução para a complexidade do setor, circunstanciado pela intensa conflituosidade dos interesses envolvidos, não faltando atitudes de apologização de determinados instrumentos urbanísticos em detrimento de outros.

De tudo resulta que os instrumentos mais ousados, seja pela resistência de proprietários de imóveis urbanos, seja pelo desconhecimento da filosofia dos institutos, não foram ainda amplamente assimilados na prática urbanística, de modo que possam ser avaliados sob o enfoque dos resultados sociais e dos impactos no mercado imobiliário, razão pela qual a sua adoção e sua aplicação devem ser precedidas de aprofundados estudos e discussões que permitam consenso em torno de idéias que lhes servem de pressuposto.

Contudo, é preciso deixar claro que nenhum instrumento é, em si, solução e que a maior potencialidade se tem do conjunto deles. Eles não podem ser vistos com preconceito: o mais ingênuo pode-se perverter e o mais questionável pode-se converter, conforme a ideologia que o maneje e o controle que o garanta.

Demais disso, não se há de ter pudor no desnudamento da inspiração de determinados institutos. Ao contrário, as equações que os estruturam devem ser colocadas às expensas, sob pena de incoerência e contradições e de artificialização de consensos que, por isso mesmo, não se sustentam.

Igualmente, não deve a atuação urbanística local ser temerária, projetando soluções que extrapolem o âmbito da competência municipal ou, por outra via, desconsiderando lacunas legislativas da órbita federal insuperáveis pelo poder autônomo do Município.

Não se há, no entanto, de desconhecer a consistente competência legislativa do Município em matéria urbanística, a qual se deduz da combinação dos arts. 30, I, II e VIII, e 182 da Constituição da República, ressaltando-se, especialmente, a referente aos instrumentos que se relacionem com o direito de construir e com a definição do conteúdo da função social da propriedade urbana. Essa compreensão tem garantido a alguns municípios a possibilidade de políticas urbanísticas arrojadas, com a ousadia capaz de demarcar espaço real do poder local no concerto federativo, valendo o registro de Porto Alegre como a mais enfática revelação da afirmação da luta pela municipalidade, no campo das políticas públicas participativas, tendente à construção de nova ordem político-social.

7. A função social da propriedade urbana como princípio orientador da atuação urbanística

Nesse sentido, o desenvolvimento de uma política urbano-cultural desafia, em

primeiro lugar, a revisão do modelo tradicional de propriedade, que persiste no imaginário de grande parte da sociedade brasileira, e da conformação espacial e temporalmente compreendida do correspondente direito, conquanto não se afastem outros fatores impeditivos ou facilitadores de sua viabilidade.

A Constituição de 1988, superando o paradigma da Constituição de 1934, no tocante à propriedade, além de acatar no espectro desta muito mais que o objeto material, prescreve tratamento diferenciado para as diversas espécies e opera mudança conceptual profunda, cujo ponto nuclear é a integração da função social à esfera interna da propriedade como componente qualificador dessa, mais ou menos determinante de sua configuração, conforme seja o seu objeto (SILVA, 1995).

Barreira referenda essa verdadeira conjugação das noções:

“Estão, pois, os conceitos de propriedade e de função social agora amalgamados, não se concebendo um sem o outro. A função social não age (...) como elemento restritivo ou condicionador do livre exercício dos três elementos que compõem a propriedade, quais sejam, uso, gozo e disposição (Código Civil Brasileiro, art. 524); incide, sim, sobre sua própria estrutura, qualificando-a, dando-lhe uma nova natureza intimamente vinculada ao Direito Público (...)” (1998, p. 22).

Depreende-se do novo ordenamento, pois, que nenhuma propriedade pode prevalecer na versão exclusiva de poder de seu titular senão na de poder-dever. De fato, é preciso compreender que a Constituição de 1988 altera fundamentalmente o teor da relação dominial, impondo ao proprietário a obrigação de abrir a intimidade do domínio para nela introjetar a prática da função social que a propriedade potencializa.

A propriedade não é assim valor em si nem a potencialidade do querer privado aprioristicamente legitimado. É poder vin-

culado a formas públicas de expressão do correspondente encargo funcional.

Ora, se qualquer coisa, em si, já deve ter uma função transcendente a si mesma, o que dizer da propriedade informada pela função social? Como propriedade privada pura, já tem uma função a cumprir que ultrapassa o seu conteúdo estático, como categoria explicitamente funcionalizada em favor do coletivo, mais perde o seu valor apriorístico, para projetar, de forma vinculada, sua conformação e dinâmica específicas.

Essa funcionalidade compreendida na dinâmica interna do domínio comunica, portanto, ao indivíduo a condição de provedor direto da prestação positiva de sua propriedade em favor do coletivo e à sociedade, o papel difuso de provisão, seja pela força de sua representação, seja de sua interferência nos processos comunicativos, seja ainda pela de sua atuação direta, especialmente no controle.

O Estado deixa, assim, de ser provedor exclusivo da função social da propriedade, condição que sustentava a antiga lógica de restrição ao correspondente direito e a posição hegemônica do Poder Público no campo social. Sem prejuízo de suas prestações positivas nessa seara e da atuação interventiva direta no campo dominial, maior destaque se deve dar à necessária aplicação pelo Estado de instrumentos que assegurem a inversão da socialização dos ônus da riqueza ou da privatização dos bônus dos investimentos públicos, reservando-se-lhe a tutela enfaticamente orientadora e sancionatória, objetivando o cumprimento da função social da propriedade pelo seu titular.

A propriedade urbana recebe tratamento mais arrojado na nova ordem. Nesse sentido, a política da cidade, engalanada em roupagem constitucional, traduz preocupação fundamental com a ocupação democrática do espaço urbano, o que desafia o Direito Urbanístico como inegável campo de regulação da função social da cidade a incorporar tal princípio à base de sua racionalidade.

dade, como pedra angular de toda sua construção.

Por outro lado, fazendo intersecção em capítulos específicos, como os de meio ambiente e de política cultural, a política urbana ganha perspectiva difusa, informada pela intensa conflituosidade subjacente e pela cidadania ativa.

Assim, a função social, como princípio de inclusão da cidadania, como atributo do domínio e como nota de transcendência da noção de propriedade das esferas egoísticas para os sucessivos planos metaindividuais, é também o parâmetro de relativização da conformação do direito em si. Os atributos internos do direito à propriedade – exclusividade, absolutividade e perpetuidade, conotados como prerrogativas –, conquanto mantidos em essência, ao rivalizarem espaço interno com a função social, devem ser ressemantizados a partir da nova visão paradigmática do Estado Democrático de Direito.

Tal relativização, sem desconsiderar a prefiguração da propriedade pela presença dos atributos elementares ampliados, afasta necessariamente o seu reconhecimento *a priori* em uma tal densidade uniforme e invariável, independentemente do objeto do domínio. Um grande desafio é, portanto, o de superar essa noção apriorística.

Isso se explica pelo fato de que “seu contorno, seu aspecto interno, seu conteúdo econômico, sua senhoria, a extensão de suas faculdades ou direitos elementares ficam na dependência da natureza do bem que lhe serve de objeto” (LIMA, 1998).

Ocorre que, a despeito da ruptura conceptual que pretendeu o Constituinte operar no tocante à propriedade, e da relativização imposta ao seu conteúdo, a lógica de racionalidade social, de base estrutural desigual, jurídica e urbanisticamente, pouco se alterou, mantendo-se a compreensão retrógrada da função social como elemento de defesa da propriedade histórica e não como fator de sua mudança, com naturais reações de grupos mais progressistas.

Aliás, é elementar a constatação de que é a propriedade urbana histórica que se coloca como mecanismo de proteção do *status quo* e vinga, na prática, como propriedade integral, de modo que o paradoxo continua explícito – espaço urbano limitado e propriedade privada ilimitada, com o quadro social decorrente.

Segundo Maricato, há um consenso que precisa ser desmanchado:

“...pois se trata de um ponto cego recorrente e funcional –, o futuro quase nenhum de nossas cidades continua atrelado à cláusula pétrea do pacto histórico entre as classes dominantes brasileiras, esse o consenso de todos os consensos, o caráter intocável da propriedade do solo desde a famigerada Lei de Terras de 1850” (2000, p. 9).

O certo é que, em larga medida, o direito infraconstitucional continua com seu traço segregador e promete não romper facilmente a cadeia de exclusão social.

De resto, tem prevalecido o contraste – a propriedade, singular, intocável, única, *versus* sociedade, binária, literalmente plural porque duas: a de excluídos e a de privilegiados.

No campo da preservação, o duelo é evidenciado pela presença, de um lado, das forças progressistas que pugnam pela conservação como forma de garantia da identidade e como resposta à massificação da cultura decorrente da imposição de padrões artificiais e à mercantilização da cidade e, de outro, das forças transformadoras da cidade e, paradoxalmente, de manutenção do seu *status quo* consistente na estruturação econômica centrada na propriedade privada do solo urbano protegido pelo liberalismo jurídico clássico.

Assim, a prática constitucional ainda não se garantiu, de modo que as matrizes do liberalismo econômico continuam forjando, com prevalência, os padrões de aplicação do instituto e a orientação dos desdobramentos do Direito em linha individual

lista, que esclerosa o sistema quanto mais o impede de incorporar os avanços demandados pela complexidade da era pós-moderna.

Não obstante esse nítido império do individualismo, muitas municipalidades têm investido na efetividade constitucional, especialmente no tocante à função social da propriedade, elemento orientador do Direito Urbanístico, e na invocação do paradigma democrático como informador do sistema, o que, na prática, tem levado à conflituosidade desses paradigmas – óptica do Judiciário *versus* visão de administrações municipais progressistas – que se sobrepõem relativamente a um mesmo objeto de foco.

7.1. Direito à propriedade e direito de construir

Uma questão importante diz respeito à relação direito à propriedade e direito de construir. Seria este ínsito àquele? Integraria o direito de construir o conteúdo do domínio? Grande avanço seria a definição clara de autonomia desses direitos, o que poderia sustentar a adoção de um modelo de política urbana capaz de interferir com mais radicalidade no quadro de exclusão.

A questão posta, contudo, é complexa e encontra soluções variadas nos ordenamentos jurídicos.

Em alguns sistemas, não se reconhece a edificabilidade como faculdade do proprietário, sendo o direito de construir tratado como concessão do Poder Público, que o constitui em favor daquele. Este é o tratamento adotado, por exemplo, pela reforma italiana – Lei nº 10, de 28 de janeiro de 1977 – e pelo direito português.

Outras legislações tratam a edificabilidade como faculdade inerente à propriedade, vingando, como essência mesma desta, casos em que cabe ao legislador prescrever as condições para o exercício daquela faculdade, o que se insere no regime do licenciamento consistente na atuação declaratória do Poder Público relativamente ao atendimento daquelas prescrições para a valia

do direito preexistente, concepção que, de resto, concilia-se com antiga prática urbanística interna.

Por fim, há ordenamentos nos quais, a despeito da configuração inequívoca de uma propriedade privada robusta, acolhe-se maior espaço de abrangência de um ônus dominial, justificando solução intermediária nesse particular.

A leitura dos dispositivos constitucionais remete para o plano infraconstitucional o efetivo delineamento do conteúdo interno da propriedade urbana, ao condicioná-la ao cumprimento da função social nos termos explicitados no Plano Diretor.

Há nisso indubitado propósito de se amoldar a propriedade a um modelo de dupla face de domínio, a do bem considerado em sua funcionalidade social que, em última análise, a publiciza; e a do bem patrimonial, que se há de conciliar, mesmo no campo de sua intimidade, com aquela, e que, por tal razão, sem se afastar da esfera do titular, migra também para o campo do direito público, sujeitando-se às regras desse.

No Brasil, a partir de 1988, vislumbra-se, como já dito, no tangente ao espaço urbano, o gizamento de uma propriedade *sui generis*.

Desse modo, parece revelar-se mais consentâneo com o modelo de propriedade atual o tratamento normativo do direito de construir segundo uma concepção intermediária, que o tome como inerência ao de propriedade num patamar geral, único, que poderia corresponder, por exemplo, ao plano do terreno, figurando o excesso desse coeficiente como direito do Poder Público, a ser objeto de concessão.

7.1.1. Direito de construir e direito de configuração da cidade

De qualquer que seja o ângulo de análise, seja partindo da imanência do direito de construir, seja do caráter autônomo deste, seja da perspectiva conciliadora de uma faculdade a ser reconhecida em relação ao patamar comum, com a titularidade do Po-

der Público considerada no tocante ao restante potencial, tem-se que a compreensão não pode interferir na da titularidade do direito de configuração da cidade. A eventual titularidade privada do direito de construir não privatiza o direito de configuração da cidade nem de fruição desta como espaço coletivo.

Cabe à coletividade e ao Poder Público projetar a configuração da cidade por meio das leis oriundas de processos democráticos de produção de consenso, do planejamento e da gestão da política urbana, garantida a integração intra-institucional e interinstitucional e o compartilhamento com as múltiplas instâncias sociais e econômicas.

Essa mesma titularidade deve sustentar a esfera do controle, seja pelo governo, seja pelas instâncias democráticas, na busca da efetivação da função social da cidade.

7.2. Propriedade do bem cultural

No campo da preservação, um desafio importante é o que diz respeito à definição da propriedade do bem cultural. Sustenta Giannini (Apud ÁVILA, 1994, p. 666-) a dupla conotação da coisa de valor cultural: como entidade imaterial, é bem público, e como bem patrimonial, liga-se ao seu proprietário. Adverte que esses bens, inconfundíveis pela natureza, que assim convivem, devem ser apreendidos, contudo, em profunda conexão, tendo em vista a unicidade de seu suporte material. O titular do bem patrimonial não é sujeito ativo de poder em relação ao bem cultural correspondente, bem de fruição pública. É sujeito passivo de dever, de obrigação, de encargos que, em última análise, limitam o conteúdo do seu poder ativo incidente sobre a patrimonialidade. Essa a grande construção elaborada pelo doutrinador italiano.

Explica o autor que ao particular interessa a integridade patrimonial; ao Poder Público, a integridade física que sustenta o testemunho, a figuração, o valor e garante a fruição deste.

Desenvolvendo essa concepção, pode-se afirmar que o bem material que suporta um bem cultural de interesse social não se coloca como objeto de uma propriedade aprioristicamente concebida como um conteúdo potencial à mercê do querer privado, mas de uma propriedade limitada à sua patrimonialidade realizada. Só poderá ser objeto de uma propriedade potencial se esta for compatível com a funcionalidade cultural.

Dessa compreensão decorrem conseqüências diferentes da aplicação de institutos urbanísticos de proteção. Vale dizer, por exemplo: se o regime de tombamento for incompatível com a garantia patrimonial do bem já efetiva no momento de sua incidência, cabe ao Poder Público promover a desapropriação competente, o que se admite como exceção. A desapropriação, importando na ampliação da propriedade pública, deve ser assumida como encargo de todos, mediante indenização sustentada pelo princípio da solidariedade social. Se a situação for de restrição a direito com afetação significativa do equilíbrio dominial, a eventual compensação ao proprietário por perda efetiva parcial decorrente de gravame direto do conteúdo patrimonial, conquanto hoje enquadrável no sistema de indenização geral, haverá de ser pensada como ônus do conjunto das propriedades, e não dos contribuintes em geral, afastando-se a antiga e falsa noção de que a todos eles cabe assumir os encargos. Ora, nem todos são proprietários. Por outro lado, não se estará, como visto, em face de situação de ampliação da propriedade pública, a justificar a chamada geral, mas de redefinição da densidade do conteúdo dominial específico, que deverá ser equalizada no campo dos proprietários. Nesse sentido, viável seria a previsão de uma espécie tributária que incluísse em sua sistemática a lógica desse financiamento como encargo do conjunto delas, o que poderia ser viabilizado mediante o direcionamento para um fundo de equalização da propriedade privada para fins de cumprimento da função social, em cujo bojo se en-

quadra a cultural. Isso, para efeito de compensações parciais, consoante já explicitado.

Por outro lado, se o regime de tombamento for incompatível com a situação futura do bem, estar-se-á tão-somente diante de um encargo potencializado pela própria propriedade e que haverá de ser suportado por seu titular.

Outros defendem simplesmente a propriedade privada do bem cultural imaterial quando o bem patrimonial que lhe dá suporte se encontra na esfera privada.

Não se coaduna com a idéia de função social a escravização do bem imaterial à esfera privada. Dada a inseparabilidade, a que já se aludiu, o titular do bem patrimonial há de ser considerado como um curador daquele, sujeitando-se, enfaticamente, a regime público consubstanciador da proteção.

8. A emergência de edição do Estatuto da Cidade para consolidação das políticas locais

Não raras vezes, as ambigüidades escusamente reconhecidas no tocante à matriz constitucional de definição de competências – diga-se: apesar do traço nítido de maior generosidade do Constituinte com os municípios – têm socorrido interesses conservadores que tentam erguer muralhas de proteção da propriedade para mantê-la confinada na seara do Direito Civil. Em outras situações, esquemas de neutralização do poder local, por meio da postergação da eficácia constitucional engendrada pelos artifícios da inoperância do legislador federal, têm detido os propósitos de alteração do *status quo*.

Não se vislumbrando a transferência do espaço urbano para a esfera do Poder Público como alternativa para a superação da ordem de exclusão, há de se desafiar não só a lei como a sensibilidade intelectual, social e política para a necessidade de novas soluções, como: dissociação dos direitos de troca dos de uso, do direito de propriedade do de construir; do direito de propriedade do de superfície e, por que não dizer, criação

de novos instrumentos urbanísticos tributários que pressuponham equações compensatórias capazes de levar em conta, por exemplo, base territorial e densidade urbana, como forma de efetivação do direito de todos à cidade, e outras ao alcance do arrojo dos tributaristas.

Em face dessa realidade, é urgente a edição do Estatuto da Cidade (arts. 24, I, 21, XX, e 182, § 4º da Constituição da República) para a definição dos pontos, que, guardando relação direta com o direito de propriedade, têm-se constituído em nós górdios do sistema, especialmente pelas interpretações mais conservadoras: transferência do direito de construir, natureza pública do bem cultural, autonomia e concessão do direito de superfície e outros que se colocam na base de alguns institutos urbanísticos, incluídos os sancionatórios, enfim, as normas gerais de “desenvolvimento interurbano” e o “delineamento para o desenvolvimento intra-urbano”, no dizer de Silva (1981, p. 58).

Uma adequada base normativa, contudo, haverá de ser conjugada com outras condições de sustentabilidade de uma política urbana inclusiva: a intensificação dos processos discursivos, a sinergia dos movimentos sociais, o investimento em pesquisas para suporte de alternativas de intervenção no quadro de realidade, inversão de prioridades no campo dos investimentos públicos e integração dos diversos atores envolvidos na dinâmica urbana por meio de canais legítimos e equalização das forças em contraste, como forma de garantir a formação de consensos em plano de equilíbrio.

9. Comentário sobre a versão provisória do Estatuto da Cidade

O projeto de lei que visa à regulamentação dos arts. 182 e 183 da Constituição da República e estabelece as diretrizes da Política Urbana – as por ele intituladas de normas de ordem pública e de interesse social do uso da propriedade urbana – encontra-se em fase

final de tramitação no Congresso Nacional, na versão da Emenda Substitutiva, de 28 de novembro de 2000, ao Substitutivo da Comissão de Desenvolvimento Urbano e Interior.

A proposição estrutura-se em cinco capítulos, a saber: I – Diretrizes Gerais; II – Dos Instrumentos da Política Urbana; III – Do Plano Diretor; IV – Da Gestão Democrática da Cidade; V – Disposições Gerais.

Do ponto de vista do seu conteúdo, apresenta-se como um conjunto de normas disciplinadoras de instrumentos urbanísticos, só assumindo a linha relativamente discursiva e ideologizada no capítulo das “Diretrizes Gerais”, não obstante se defina como Estatuto da Cidade.

O Capítulo I, fiel ao objeto central da Política Urbana definida na Constituição – ordenação do pleno desenvolvimento das funções da cidade e da propriedade urbana –, reprisa-o, ao fixar as múltiplas diretrizes que orientarão aquela política. Tais diretrizes são: garantia do direito a cidades sustentáveis; gestão democrática; cooperação entre Estado, mercado e sociedade civil; planejamento do desenvolvimento, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município; oferta de equipamentos urbanos e comunitários e de serviços públicos; ordenação e controle do solo; integração e complementariedade entre atividades urbanas e rurais; adoção de padrões de produção e consumo e de expansão urbana compatíveis com a sustentabilidade global do Município; distribuição de benefícios e ônus da urbanização; adequação de instrumentos de política e de gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano; recuperação de investimentos urbanos; proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído; audiência do poder público e da população interessada quanto à implantação de empreendimentos ou atividades potencialmente negativos; regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda; simplificação da legislação urbanística e isonomia de condições para agentes públi-

cos e privados em empreendimentos e atividades de urbanização.

Ao dispor sobre “gestão democrática da cidade”, o projeto revela-se bastante tímido, limitando-se a mencionar os instrumentos mais comuns, encontrando em experiências exitosas de administrações municipais, como orçamento participativo e assemelhados, sem grandes inovações.

No rol dos instrumentos gerais e específicos de Política Urbana que restringem ou limitam o exercício do direito de propriedade urbana, o projeto relaciona os planos nacionais, regionais, estaduais, metropolitanos, microrregionais e municipais, entre estes valendo enfatizar o Plano Diretor e o orçamento participativo; os institutos tributários e financeiros; o estudo prévio de impacto ambiental e o estudo prévio de impacto de vizinhança, além de outros institutos jurídicos e políticos, que, com maior ou menor interesse para este estudo, são aqui invocados: desapropriação; servidão administrativa; limitações administrativas; tombamento; unidades de conservação; zonas especiais de interesse social; concessão de direito real de uso; usucapião especial de imóvel urbano; direito de superfície; direito de preempção; outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso; transferência do direito de construir; operações urbanas consorciadas; regularização fundiária; assistência técnico-jurídica gratuita; referendo popular e plebiscito.

Uma breve leitura das disposições sugere ter o legislador federal assimilado importantes proposições dos movimentos sociais, não sendo possível, no entanto, vislumbrar-se a partir delas solução de maior radicalidade para o caos urbano.

De outra parte, o projeto parece invocar papel mais ativo das municipalidades, seja pela generalidade dos comandos, seja pela ênfase à importância da instância, sobre cuja competência não parece avançar.

9.1. Plano Diretor

Prestigiando o planejamento urbanístico, o legislador ordinário enfatiza a impor-

tância do plano diretor e estende a obrigatoriedade de sua elaboração para as cidades integrantes de regiões metropolitanas e de aglomerações urbanas, ou inseridas em áreas de especial interesse turístico ou de influência de empreendimentos ou atividades de impacto ambiental mais abrangente, além de explicitar a necessidade de sua elaboração como pressuposto da aplicação dos instrumentos previstos no § 4º do art. 182 da Constituição da República.

Por outro lado, a proposição sugere maior dinâmica na aplicação do instrumento, estabelecendo a obrigatoriedade de sua revisão a cada 10 anos e de adoção de mecanismos de compartilhamento da população na sua elaboração e na fiscalização da implementação das diretrizes nele previstas.

9.2. Instrumentos sancionatórios

O projeto trata de modo especial, pela necessidade da disciplina em nível federal, dos instrumentos definidos no art. 182, § 4º, da Constituição da República, que se disponibilizam no âmbito da política urbana como sanções pelo não-uso do solo urbano, não mais uma legítima manifestação de domínio, mas conduta passível de repressão. São as sanções: *parcelamento, edificação ou utilização compulsórios*, determinando-se os critérios de aferição de subutilização, a obrigação de notificação ao proprietário para o cumprimento da obrigação, além dos prazos mínimos a que este se sujeitará; *IPTU progressivo* no tempo como medida sucessiva, definindo-se alíquota máxima e prazo de aplicação da medida sob pena de desapropriação; *a desapropriação com pagamentos em títulos*, prevendo-se critério de apuração da indenização, obrigação de aproveitamento do imóvel pelo Poder Público em prazo determinado.

9.3. Consórcio imobiliário

O substitutivo apresenta, ainda, como mecanismo de viabilização de aproveitamento de imóvel atingido pela obrigação a que se refere o art. 182, § 4º, da Constituição

da República, o *consórcio imobiliário* consistente na transferência do imóvel ao Poder Público para futura compensação ao proprietário por meio de unidades imobiliárias urbanizadas ou edificadas, em valor correspondente ao do imóvel antes da edificação das obras. A disciplina guarda a inspiração da requisição urbanística, não tratada na proposição, conquanto se preveja aplicação mais restrita do consórcio imobiliário. A requisição urbanística pode incidir sobre várias propriedades e viabiliza-se por ajuste entre o Poder Público e os proprietários visando à implementação, por aquele, de projeto urbanístico, que será ressarcido mediante incorporação de parte dos terrenos ao seu patrimônio, para revenda.

9.4. Usucapião especial de imóvel urbano

A proposição cuida ainda destacadamente da *usucapião especial de imóvel urbano* de até 250 m², de propriedade particular, prevendo-se a possibilidade de áreas urbanas com mais de 250 m² serem usucapidas coletivamente, hipótese em que o Juiz, na sentença, atribuirá igual fração ideal de terreno a cada possuidor, salvo acordo escrito entre os condôminos. O condomínio assim constituído é indivisível, não sendo passível de extinção, ressalvada hipótese prevista.

Dá-se à ação o rito sumário e faz-se ampliação da legitimidade ativa: possuidor, isoladamente ou em litisconsórcio originário ou superveniente; possuidores em estado de composesse, e associação de moradores, quando autorizada pelos representados para atuar como substituto processual.

A proposição trata da alteração da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, sobre registros públicos, para dispensar a regularidade do parcelamento do solo ou da edificação como condição para o registro da sentença declaratória da usucapião.

9.5. Concessão de uso especial para fins de moradia

Trata-se de polêmico instituto envolvendo imóvel público cujo uso poderá ser con-

ferido ao possuidor individualmente considerado ou a uma coletividade, mediante título administrativo ou sentença judicial, caso ocorra omissão ou recusa por parte da Administração Pública.

Prevê-se que, em caso de ocupação de área de risco, o Poder Público garantirá uso especial em outro local. Ao instituto comunicam-se a filosofia da usucapião e algumas de suas regras, assentando-se os dois na segurança da posse e na idéia da função social desta, conquanto não se confundam. A usucapião é forma de aquisição do domínio de bens privados, e a concessão de uso especial, de outorga de uso de bem público, não obstante se tenha sustentado a concessão de direito real de uso não apenas para facilitar o uso do solo público, mas também de terrenos particulares como se fora um instituto análogo ao direito de superfície, conforme lembra Weigand (Apud FERNANDES, 2000, p. 304).

O título ou a sentença são documentos suficientes para as anotações no Cartório de Registro de Imóveis, que independem da regularidade do parcelamento do solo ou da edificação.

Relativamente aos contratos de concessão de direito real de uso no âmbito de programas e projetos habitacionais de interesse social desenvolvidos pela Administração Pública, comunica-lhes a proposição o caráter de escritura pública e de título de garantia de contratos de financiamentos habitacionais, de aceitação obrigatória.

Por fim, prescreve-se a extinção da concessão como sanção em caso de desvio de destinação do bem e de remembramento dos imóveis pelos concessionários, devendo ser a medida objeto de averbação no Cartório de Registro, conforme proposta de alteração da Lei de Registros.

9.6. Direito de superfície

O projeto prevê a inclusão no ordenamento jurídico pátrio do *direito de superfície* como fruto do desmembramento do direito de construir do de propriedade do terreno,

mantendo-o, contudo, na esfera do proprietário, que poderá concedê-lo, gratuita ou onerosamente, ao superficiário por via contratual e mediante escritura pública, reservando-se a este direito sobre a construção durante o prazo ajustado. Sustentam alguns que seu arremedo foi tratado no Decreto-Lei nº 271, de 28 de fevereiro de 67, com a concessão de direito real de uso, que é o

“contrato pelo qual se transfere, a título real, a fruição temporária, por prazo certo ou indeterminado, de terreno público ou particular, remuneradamente ou não, para fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, ou outra utilização de interesse social” (LIMA, 1998).

O professor da UERJ, contudo, critica a confusão entre os institutos, apontando elemento básico de distinção:

“É que no direito de superfície ocorre a suspensão ou interrupção dos efeitos da acessão (tudo aquilo que acede permanentemente ao solo passa a ser da propriedade do dono do solo, por mais valioso que seja o incremento, o que significa dizer que o incremento é propriedade do superficiário, sendo, portanto, hipotecável. Tal não acontece na concessão do direito real de uso”.

Ocorre, porém, que o tratamento dado pelo direito positivo aos institutos acaba por comunicar-lhe quase identidade, especialmente em face da ampliação das garantias da concessão de direito real de uso.

De acordo com o projeto, a concessão do direito de superfície transfere ao superficiário o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno de conformidade com a legislação urbanística, sendo vinculante a destinação convencionada.

A concessão do direito de superfície é passível de transmissão *intervivos* ou *causa mortis*, submetendo-se à condição resolutiva do desvio de finalidade.

Segundo o regime previsto no projeto, o superficiário responde pelos encargos e tri-

butos incidentes sobre a propriedade superficiária e pela eventual parcela devida pela ocupação efetiva do terreno, salvo convenção em contrário.

Extinta a concessão ordinariamente ou extraordinariamente, o proprietário do terreno recuperará seu pleno domínio bem como das acessões e benfeitorias, que, até então, colocavam-se na esfera de propriedade do superficiário, exceto se se convenção outra solução.

Em caso de alienação do terreno ou do direito de superfície, assegura-se preferência ao superficiário ou ao concedente, respectivamente.

Retomando-se as considerações acerca da concessão de direito real de uso e as pertinentes ao direito de superfície, observa-se distinção entre os institutos: o primeiro tem aplicação mais restrita e institui a garantia de fruição, enquanto o direito de superfície, assentado sobre a idéia básica da separação negocial do direito de construir do direito de propriedade do solo, está vocacionado à ampla dinamização daquele mediante a garantia da titularidade do objeto de seu exercício.

9.7. Preempção

Cuida-se do direito de *preempção ou preferência*, instituto que tem incidência sobre o atributo da livre disposição do bem. O instrumento jurídico, usual na França, assegura ao Poder Público preferência para aquisição de imóveis urbanos incluídos em áreas definidas na Lei de Uso que, postos em transação como objeto de alienação onerosa entre particulares, poderão ser comprados pelo preço arbitrado judicialmente.

Trata a proposição de vinculá-lo, concomitantemente, à exigência de delimitação de áreas de sua incidência no Plano Diretor, com o que se enfatiza o seu atrelamento ao planejamento urbanístico, e ao cumprimento de uma das seguintes finalidades: regularização fundiária ou constituição de reserva de terrenos, ordenamento e direcionamento da expansão urbana de modo a

permitir ao Poder Público maior facilidade de intervenção no espaço da cidade, desenvolvimento de programas e projetos habitacionais de interesse social, proteção do meio ambiente natural e cultural, implantação de equipamentos urbanos e comunitários e espaços de lazer, e outras metas públicas ou sociais definidas no Plano Diretor.

O projeto cuida do procedimento, que envolve ações do proprietário e do Poder Público, desde a notificação a cargo daquele, acompanhada da proposta de compra, passando pelo edital do Poder Público contendo o aviso da notificação, até a operação decorrente do exercício da preferência ou, em caso de liberação do proprietário para a alienação a terceiros nas condições da proposta e de efetiva venda, até a apresentação do instrumento público correspondente.

9.8. Outorga onerosa do direito de construir

O projeto, respeitando a competência municipal para a fixação de coeficiente de aproveitamento básico único ou diferenciado dentro da zona urbana, prescreve que este seja definido no Plano Diretor, o qual poderá prever áreas nas quais o direito de construir poderá ser exercido acima do coeficiente básico, até o limite previsto. Dissociando do direito de propriedade o direito de construir além do coeficiente básico, reconhece a titularidade do excedente ao Poder Público, que poderá outorgá-lo onerosamente ao beneficiário, de acordo com lei municipal disciplinadora, vinculando-se os recursos auferidos às mesmas finalidades que sustentam o direito de preempção. Desse modo, mantém-se sob regime de licenciamento o direito de construir no limite do coeficiente básico, a pressupor a imanência deste ao de propriedade, transferindo-se para o regime de concessão o direito de construir em patamar excedente.

9.9. Transferência do direito de construir

Cuida o projeto de matéria correlata, qual seja, a de *transferência do direito de construir*. Em princípio alçada à competência da

União, a disciplina é delegada à lei municipal, que cuidará não só de autorizar o proprietário de imóvel urbano, privado ou público, a exercer em outro local o direito de construir inviabilizado, como também a aliená-lo, mediante escritura pública. A transferência é, assim, uma operação entre o titular do direito e o adquirente, previamente autorizada pelo Poder Público municipal mediante lei.

9.10. Outorga onerosa de alteração de uso

Segundo o Projeto, o Plano Diretor pode fixar ainda áreas passíveis de alteração de uso a ser concedida mediante contrapartida do beneficiário, sendo a outorga tratada em lei municipal específica que, como se viu, disciplinará também a relativa ao direito de construir.

9.11. Operação urbana consorciada

Em outra vertente, cuida-se da *operação urbana consorciada*, instrumento de gestão emparceirada, aplicável em áreas pré-determinadas pela legislação municipal, à sua vez, baseada no Plano Diretor.

Na proposição, define-se operação urbana consorciada como o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, objetivando alcançar, em área determinada, transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e valorização ambiental.

O que se coloca como motivação ao segmento privado relativamente ao instrumento é a filosofia de flexibilização dos requisitos gerais da legislação urbanística e a possibilidade de regularização de situações desconformes com o direito.

A operação deve ser aprovada em lei específica, a qual conterà o seu plano, que incluirá, entre outras previsões, as relativas à contrapartida e à forma de controle da operação, necessariamente compartilhado com a sociedade civil.

Prevê-se a possibilidade de emissão pelo

Município, nos termos da lei específica da operação urbana, de certificados de potencial adicional de construção, que serão alienados em leilão ou utilizados no pagamento das obras necessárias à operação. Serão, contudo, conversíveis em direito de construir exclusivamente na área da operação, para superação de padrões estabelecidos pela legislação de uso e ocupação do solo, até o limite flexibilizado pela lei da operação.

9.12. Estudo de impacto de vizinhança

Por fim, cogita o projeto do *estudo de impacto de vizinhança*, medida altamente positiva de controle *a priori* de empreendimentos e atividades potencialmente impactantes da vizinhança, os quais serão especificados em lei municipal.

O EIV, que não substitui o *estudo prévio de impacto ambiental* quando exigido, deve abranger a análise de questões como geração de tráfego, demanda por transporte público, reflexos na paisagem urbana, relação com o patrimônio natural e cultural, entre outros, e assegurar, em sua elaboração, a audiência da comunidade afetada.

10. Instrumentos urbanísticos aplicáveis para fins de preservação

10.1. Tombamento

Entre os instrumentos urbanísticos que podem ser cogitados no contexto de uma política urbana voltada para a preservação do patrimônio cultural, destaca-se naturalmente o tombamento. Este, porém, deve estar associado a outros mecanismos, como as zonas de proteção, preempção, transferência de direito de construir, desapropriação, inventário e outras formas de acautelamento e gestão urbanística do patrimônio.

Sabe-se que o arrojo das construções jurídico-urbanísticas não conseguiu superar o instituto do tombamento como alternativa mais eficaz para a proteção do patrimônio cultural, podendo-se atribuir, não só no plano interno, mas, também, no internacional,

à engenhosidade do instrumento a preservação da herança das gerações passadas. É o tombamento, consagrado sob diversos rótulos, que se coloca como o último anteparo a deter a força destruidora do “progresso”. Contudo, se não se pode desprezar a potencialidade e mesmo a efetividade do tombamento, é verdade também que ele há de ser defendido contra o esclerosamento natural dos institutos que não se aprimoram em face da realidade, mais dinâmica e mais complexificada. Por isso, ele deve ser revisto e inserido no conjunto de instrumentos urbanísticos, para ganhar a sinergia desses e romper com a perspectiva mais estática. Essa mesma sinergia entre os instrumentos há de ser também considerada como indicativa da necessidade de relação dialógica dos bens sob proteção com os de seu entorno e da área mais abrangente de sua influência, segundo diretrizes apropriadas.

Entre nós, o instituto, permanecendo inalterado em sua trajetória de cerca de 63 anos, é, ainda, aplicado tendo em vista matrizes paradigmáticas já ultrapassadas, embora tenha sido a sua formulação, ao seu tempo, marco de avanço no tocante ao poder do Estado no campo dominial privado.

Não obstante as profundas transformações conceituais acerca da propriedade, o impacto da economia e cultura globalizadas, com ameaça da identidade e imposição de modelo de desenvolvimento predatório, e o paradigma democrático a impor novas relações de poder e gestão, o tombamento não foi submetido a um grande debate e continua tratado e resistido pela lógica do liberalismo econômico. Assim é que se impõe uma ampla discussão, que se volte menos para os aspectos de sua construção, de seus efeitos, de suas espécies, de seu objeto, mais para as questões que envolvem sua interface com a propriedade.

Este, porém, não é o espaço para a apologia do tombamento nem tampouco para a polemização de teses que se colocam na centralidade dos estudos dedicados ao tema. É propósito, tão-só, buscar aqui a sinalização

desses pontos e a convergência dos diversos institutos como mecanismos de gestão urbanística.

Veja-se, à vôo de pássaro, a possibilidade de tal convergência, isto é, a aplicabilidade de alguns deles ao objetivo comum da preservação do patrimônio cultural no seio da política urbanística, sem prejuízo dos tradicionalmente adotados e conhecidos.

10.2. Direito de superfície

O instrumento pode ter cabida no campo da preservação, especialmente para a composição de ambiências, para garantir a ocupação adequada de lotes vagos em conjuntos urbanos especiais cujos proprietários não disponham de recurso para edificar e para reconstruir imóveis demolidos.

10.3. Edificação compulsória e IPTU progressivo

Enquanto o parcelamento compulsório se presta mais ao propósito de induzir a densificação urbana, o IPTU progressivo e a edificação compulsória, instrumentos urbanísticos de caráter sancionatório, poderão ter aplicação em relação a conjuntos urbanos de interesse cultural, como alternativa para recomposição de ambiência.

10.4. Preempção urbanística

O Decreto-Lei nº 25/37 já prevê a aplicação de instrumento semelhante a bens tombados, assegurando ao Poder Público a preferência para aquisição de imóveis assim reconhecidos que se disponibilizam no mercado. Pode ser conjugado esse direito de preferência para fins de preservação previsto no Decreto-Lei nº 25/37 com a preempção urbanística, esta especificamente voltada para a finalidade de constituição de reserva de terrenos públicos, de modo a garantir, em última análise, maior poder de interferência do Poder Público no espaço urbano. Vale dizer, preempção em relação ao bem tombado e, por força da legislação urbanística, em relação a terrenos de entorno.

10.5. A operação interligada

Podendo ser tomada como variação das *Operações urbanas*, a operação interligada constitui a possibilidade de alteração de determinados parâmetros urbanísticos definidos em lei nos limites e na forma por ela também previstos, mediante contrapartida dos interessados. O instituto é compatível com a valorização do patrimônio cultural, cabendo à lei instituí-la especificamente para esse fim, estabelecendo as condições de sua implementação.

Segundo Lima (1988), a contrapartida nas operações interligadas pode assumir a forma de: a) recursos para fundo municipal de desenvolvimento; b) obras de infra-estrutura urbana; c) terrenos e habitações destinados a populações de baixa renda; d) recuperação do meio ambiente ou de patrimônio cultural.

Entre nós, as rotuladas negociações urbanas, conquanto não estejam suficientemente disciplinadas no plano legal, são um arremedo de operação interligada, sendo idêntico o arranjo subjacente a esses institutos.

Trata-se de mecanismo de flexibilização de regras urbanísticas mediante compensação para a coletividade, na forma de contratualização.

O grande desafio é a adequada regulação do instituto, que tem ao centro a questão do próprio direito de construir.

10.6. Urbanização consorciada

Trata-se de instrumento apoiado na lógica de parceria entre a iniciativa privada e o Poder Público, para, sob a coordenação deste, viabilizar a implementação de projetos urbanísticos, podendo ser adotada para fins urbanístico-culturais, especialmente para viabilizar projetos mais complexos de revitalização, por exemplo.

10.7. Solo criado

Define-se objetivamente como tal “a área adicional de piso artificial, não apropriada

diretamente sobre o solo natural” (LIMA, 1998).

Do ponto de vista prático, constitui-se em mecanismo de controle do adensamento urbano, a par de propiciar a ampliação das áreas públicas por essa forma de incorporação e de deter a pressão para assunção social dos ônus dos investimentos privados.

Pressupondo a adoção de coeficiente único de aproveitamento do solo – que garante tratamento isonômico aos proprietários –, equivale ao excesso de construção, superior ao limite estabelecido pela aplicação daquele coeficiente e dentro do teto legal, pelo qual cabe ao beneficiário compensar a comunidade mediante contraprestação pelo impacto gerado pelos novos pisos sobre a estrutura urbana. Solo criado é, portanto, a superação do coeficiente único dentro do limite legal. O direito de construir relativo a essa diferença pode ser adquirido do Poder Público pelo proprietário ou de outro particular. A contraprestação na versão urbanística do solo criado deverá ser, preferencialmente, a cessão de terreno comunitariamente útil correspondente ao excesso, sendo, na versão financeira, representada por um valor pago à municipalidade. Pode, em sua versão urbanística, relativamente a conjuntos tombados, voltar-se para a compensação mediante investimento na estrutura cultural.

Sustentam, com razão, estudiosos do Direito Urbanístico que a definição do coeficiente único, como limitação urbanística, pode ser feita por meio de lei municipal. Contudo, há os que entendem que tal definição caberia à União.

A discussão ficará resolvida com o Estatuto da Cidade, que expressamente deixa aos municípios a fixação de coeficiente básico, único ou diferenciado.

10.8. Transferência do direito de construir

O instituto guarda relação com a concepção acerca do próprio direito de construir. Se inerente este ao direito de propriedade, o potencial construtivo aferido em face

do máximo demarcado pela lei é direito do proprietário, comportando teoricamente a aplicação do instituto, se autônomo ao direito de propriedade, só a concessão do Poder Público poderá constituir o direito de construir, o que afasta o instituto da esfera do proprietário, pelo menos em caráter originário.

Esse direito, se considerado originariamente integrado à esfera do proprietário do imóvel, seria um consectário da imanência deste ao de propriedade, tendo por objeto o solo potencial de impossível utilização em razão de alguma imposição urbanística especial como o tombamento, ou, de acordo com o modelo legal, o potencial voluntariamente não utilizado, para outro imóvel em condições de recebê-lo.

Considerada, no entanto, a dupla face da propriedade, pública e privada, esta informada pelos atributos elementares cuja densidade à lei cabe definir, deve-se ter como fator de equalização da função social do solo urbano a definição de um coeficiente único, no limite do qual o direito de construir integra o de propriedade e a partir do qual todo acréscimo correrá à conta da face pública da propriedade. Falar de transferência de direito de construir na ausência de coeficiente único é admitir um superdireito de propriedade.

10.9. Usucapião

Como instrumento da política urbanística temos a usucapião especial urbana, que assegura ao possuidor de terreno urbano de extensão enquadrada no limite legal, por determinado prazo, ininterruptamente e sem oposição, para sua moradia ou de sua família, o direito de adquirir-lhe o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel.

O processo judicial para obtenção de declaração de domínio, tal como hoje disciplinado, revela-se pouco eficaz como forma de regularização fundiária, pela complexibilidade que apresenta, demandando atenção do legislador no sentido de simplificar e

agilizar as soluções e adequá-lo ao plano de exercício de legitimação coletiva.

Conquanto o instituto não aproveite os fins da preservação, pode-se no plano da ideação e, portanto, meramente propositivo, dele cogitar-se para aquele desiderato.

Sabe-se que o Estado, apesar de não poder ser sujeito passivo em ações de usucapião, tendo em vista a imprescritibilidade de seus bens, pode incorporar bens ao seu patrimônio por meio da prescrição aquisitiva.

Sob esse aspecto, vale aqui acenar para a possibilidade de alteração das normas fundamentais, com o objetivo de dar à usucapião um novo fôlego para aquisição, por exemplo, de imóveis tombados abandonados que deveriam colocar-se, de fato, e de direito, sob a imediata gestão pública. Tal medida poderia conter a saga do abandono deliberado de bens culturais.

11. A tutela judicial da preservação do patrimônio cultural

Por fim, invoca-se a Lei nº 7.347, de 1985, que disciplina a Ação Civil Pública, forte mecanismo judicial de tutela dos bens culturais e de outros direitos difusos, alertando para o fato de que o Poder Público, legitimado para propô-la, tem em mãos, juntamente com o Ministério Público, um instrumento bastante eficaz que é o termo de ajustamento de conduta com força executiva extrajudicial.

Há de se ressaltar, também, a tutela penal ao lado da civil e da administrativa. Com função sancionatória em matéria de lesão ao patrimônio cultural, comparece o Direito Penal como última *ratio*, com seu papel represivo, intimidativo, para afastar lesões ou ameaças intoleráveis e socialmente reprováveis.

A Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, constitui um avanço no tratamento da matéria, apesar de não ter previsto instrumentos de tutela dos bens imateriais incluídos no rol constitucional dos valores protegidos.

Assim, cuidou dos crimes contra o orde-

namento urbano, o patrimônio cultural e o ambiental e, admitindo a modalidade culposa de dano, parece indicar o eixo da tutela penal para o patrimônio cultural.

Contudo, a lei deve ser aperfeiçoada para dar suporte a intervenções rápidas, precisas e severas para garantia da preservação e da censurabilidade das condutas.

O projeto do Estatuto da Cidade, por sua vez, reforça o controle sobre os agentes públicos, especialmente tendo em vista os aspectos de gestão da cidade. Assim, trata com rigor a responsabilidade desses agentes, em especial, a do Prefeito Municipal, a quem prescreve sanções por desvios em matéria urbanística, resultantes de ações ou omissões, enumerando diversas situações de caracterização de improbidade administrativa.

No mesmo diapasão, a proposição amplia o objeto de tutela por via da Ação Civil Pública, especialmente para admitir a defesa da ordem urbanística, categorizada esta como interesse difuso, cuja ameaça ou lesão pode justificar a invocação da proteção judicial cautelar ou corretiva por parte de um amplo espectro de legitimados.

12. Conclusão

De todo o exposto, é relevante assinalar, à guisa de conclusão, que o Direito Urbanístico, no movimento de expansão de seu foco, há de alcançar, em perspectiva transdisciplinar, as múltiplas dimensões da cidade, transcendendo a cidade física, para cumprir também lato papel social na busca da garantia plena de sustentabilidade do espaço urbano sob o aspecto dinâmico, sociológico e simbólico.

Que a cidade, mais que objeto do direito, é a própria representação deste, cabendo, pois, despertar a ordem jurídica para o papel de transformação do *status quo* – de exclusão e precariedade –, o que passa necessariamente pela revisão de conceitos e práticas e pela incorporação do componente democrático aos processos de formulação, aplicação e controle das normas.

Nesse sentido, mais que o destrinçamento dos instrumentos urbanísticos ou das metodologias de gestão de patrimônio cultural, é urgente a superação de questões anteriores e enfaticamente persistentes: o conceito e o conteúdo da propriedade privada urbana, a função social da propriedade, o *locus* de sua ordenação, a escassez do solo urbano e a pressão para o acesso, o papel do direito, a nova ordem de sustentabilidade, entre outras.

Que a potencialidade dos instrumentos só se realizará na prática quando se romper com a matriz liberal público *versus* privado e se conceber o Direito Urbanístico como o ramo ordenador do direito à cidade na óptica social, isto é, quando se romper com a lógica de neutralidade do Direito diante do quadro de exclusão social e segregação espacial das cidades.

Finalmente, registrando passagem – carinhosamente selecionada por um grupo de alunos – que vem a calhar no momento presente de revisão de conceitos e práticas, traz-se aqui um alerta a todos que testemunham as mazelas da sociedade binária e a cada um que, mesmo solitário, faz combate à dualidade urbana de privilégios e exclusão.

Simão Brayer, estudioso na área de administração, conta a história:

“Quando houve um grande incêndio na floresta, todos os animais começaram a fugir.

Só um pardal enchia seu bico no riacho e voava de volta, despejando a água nas labaredas.

Um elefante, que corria, perguntou:

— Ô pardal, tá maluco? Você acha que vai apagar o incêndio?

— Não, respondeu o bichinho. Tô só fazendo a minha parte.”

No fechamento dessas reflexões, vem em socorro uma metáfora bem familiar ao mundo rural – o tição aceso encoberto de cinzas, que atravessa a noite para acender o fogão de lenha no dia seguinte – e com ela o alerta: a exclusão é o braseiro ardente que o sistema pretende encobrir de cinzas. As cinzas

fazem a latência das chamas que, nas mazelas e molambos da injustiça social, podem encontrar o elemento de combustão para devorar em convulsão o próprio sistema.

E haverá um alento: muitos terão sido pardais na empreitada do combate a esse pior desastre ecológico há 500 anos potencializado.

Bibliografia

ARANTES, Otília; VAINER, Carlos; MARICATO, Ermínia. *A cidade do pensamento único*. Petrópolis: Vozes, 2000.

ÁVILA, Juan Manuel Alegre. *Evolución y régimen jurídico del patrimonio histórico*. Madrid: Ministério da Cultura, 1994.

BACHELARD, Gaston. *A poética do espaço*. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

BARREIRA, Maurício Balesdent. *Direito urbanístico e o município*. In: FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito urbanístico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

CALVINO, Ítalo. *As cidades invisíveis*. São Paulo: Cia das Letras, 1990.

CASTELLS, Manuel; BORJA, Jordi. *Local y global*. Madrid: Taurus, 1997.

FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito urbanístico e política urbana no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

GUSTIN, Miracy B. S. *Das necessidades humanas aos direitos: ensaios da sociologia e filosofia do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo: RT, 1995.