

FORMAS NÃO TRIBUTÁRIAS DE FINANCIAMENTO DAS CIDADES

Vanêsa Buzelato Prestes¹

Sumário: Introdução. 1. Instrumentos não tributários: conceito. 2. Instrumentos dos Estatutos das Cidades. 2.1. Outorga onerosa do direito de construir e transferência do direito de construir. 2.2. Operações Urbanas Consorciadas.. 2.2.1. Contrapartidas. 2.2.2. Problemas Jurídicos Relacionados às contrapartidas. 2.3. Alteração de uso previsto no Plano Diretor. 3. Princípio do Poluidor-pagador. 4. Medidas Mitigadoras e Compensatórias no Licenciamento Ambiental. 5. Parcerias público-privadas/PPs. Conclusões

INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 tratou os Municípios como entes federativos² e atribuiu-lhes uma série de competências constitucionais, sobretudo nas denominadas políticas públicas municipais, das quais os municípios passam a ser partícipes e executores. O aumento das atribuições constitucionais foram maiores do que a redefinição constitucional das receitas próprias e dos recursos constitucionalmente destinados aos Municípios, motivo que gera a necessidade de gestão com muita criatividade e busca de alternativas.

Ao mesmo tempo em que passamos por escassez de recursos, vivemos um momento em que há uma redefinição do espaço e do lugar das cidades, além do modo de vida nestas. Questões que no passado não eram valoradas economicamente passam a ter valorização. O silêncio, o descanso, os espaços de lazer, a paisagem, a áreação, a luminosidade constituem-se exemplos de situações atualmente valorizadas economicamente. Viver em frente a um

¹ Procuradora do Município de Porto Alegre, mestre em Direito pela PUC/RS, especialista em Direito Municipal, Professora de Direito Municipal, Urbanístico e Ambiental

² Art. 1º. E art. 18 CF

parque, adquirir um imóvel próximo a espaço de lazer que propicie contato com natureza, espaço para caminhada ou próximo a um shopping valoriza e altera o valor do imóvel.

De outra parte, as cidades passam a ser um mercado consumidor importante. Os serviços precisam ser prestados localmente, pois é onde situa-se o mercado consumidor, onde tudo ocorre. Assim, redes de serviços precisam ser implantadas, a interação destes serviços com a cidade e os cidadãos ocorre, inclusive grandes empresas utilizam em seu marketing a proximidade com as pessoas e os valores da cidade.

Todos estes aspectos contribuem para gerar uma identidade da cidade.

Visto de outro modo, fazem também com que os gestores locais tenham que enfrentar de um lado a escassez de recursos, e de outro, compreender que as cidades que administram podem e devem ser um indutor de comportamentos privados, de modo a possibilitar a recuperação das mais valias decorrentes do processo de urbanização.

Neste sentido, as parcerias público-privadas, os instrumentos previstos no Estatuto da Cidade, Lei Federal N. 10.257, as medidas compensatórias decorrentes do licenciamento ambiental são importantes instrumentos que, se aplicados para além da perspectiva pontual, mas tendo em vista um olhar global para a cidade na dimensão de seu território, podem ser revertidas em prol da construção de cidades mais sustentáveis e agradáveis para se viver.

Visa o presente artigo de um lado, discorrer sobre os instrumentos jurídicos que podem ser manejados para angariar direta e indiretamente recursos para nossas cidades, com o fim de dar cumprimento às competências constitucionais e, de outro, demonstrar que os instrumentos existentes precisam ser utilizados na perspectiva da gestão e não fragmentadamente, pois, a cidade é um todo.

INSTRUMENTOS NÃO TRIBUTÁRIOS: conceito

Para tratarmos dos instrumentos não tributários vale rememorar que nossa Constituição Federal desenhou um sistema tributário constitucional rígido, no qual aos Municípios estão destinados os seguintes tributos próprios: a) Impostos (art. 156 CF); b) Taxas (145, II CF, exercício de poder de polícia e prestação de serviços públicos específicos e divisíveis); c) Contribuições de Melhoria (145, III CF); d) Contribuições previdenciárias para custeio da previdência pública (§ 1º do art. 149 da CF); e) Contribuição para custeio da iluminação pública (art. 149-A da CF)

Além dos tributos próprios, a Constituição regrou o que se denomina repartição de receitas tributárias, sendo que cabem aos Municípios as seguintes receitas, nos termos do art. 158 da Constituição Federal(CF): a) IR e proventos

incidente na fonte sobre rendimentos pagos pelos municípios, suas autarquias e fundações que instituírem e mantiverem; b) 50% ITR; c) 50% IPVA licenciados em seus Municípios; d) 25% ICMS. O art. 159 da CF, também define a forma de repartição de receita tributária relativa ao Fundo de Repartição dos Municípios, nos termos das alíneas “b” e “d”.

Para o financiamento da saúde³ e da educação⁴ a Constituição definiu percentuais do orçamento destinados a estas políticas públicas, gerando uma vinculação constitucional das receitas públicas.

As receitas acima identificadas são constitucionalmente dos Municípios, seja na modalidade de tributos próprios ou de transferências constitucionais.

As demais formas de arrecadação de receitas são as denominadas não tributárias, ou seja, não fazem parte do rol acima especificado, exigindo criatividade, compreensão do sistema jurídico, bem como a aplicação dos instrumentos jurídicos existentes para serem implementados. A seguir, sem a pretensão de esgotar, mas pretendendo abrir o debate, apresentamos alguns instrumentos não tributários e também não decorrentes das transferências obrigatórias.

INSTRUMENTOS NÃO TRIBUTÁRIOS DO ESTATUTO DAS CIDADES

As parcerias destinadas a implantar empreendimentos urbanísticos são reguladas pelo Estatuto das Cidades, Lei Federal 10.257/01. Dos instrumentos destacamos a outorga onerosa do direito de construir, a transferência do direito de construir e a operação urbana consorciada.

O regime urbanístico das cidades tem valor econômico. Permitir construir 05, 10 ou 20 andares faz muita diferença. Atribuir regime urbanístico a áreas que não o tinham, permitindo a sua utilização com potencial econômico, também faz muita diferença⁵. Os franceses compreenderam isto desde o início do século passado. Lá não há um direito originário de construir e o instrumento do

³ Art. 198 CF

⁴ Art. 212 CF

⁵ Vide o que ocorreu em Porto Alegre na área onde hoje funciona o estádio do Grêmio e que está sendo proposta a construção de habitações. Ou, na área do Inter em que será permitida a construção de hotel, com vista para o rio. Não estou dizendo que não são importantes para a cidade estas modificações. Isto é meritório, especialmente quando estamos tratando de uma sede da Copa do Mundo. Queremos a Copa aqui, mas é possível fazer de maneira diferente, revertendo mais benefícios para a cidade. Dizer que Grêmio e Inter farão tudo em suas sedes (Grêmio arena nova e Inter modificações para atender requisitos da Copa do Mundo) às suas expensas, sem recursos públicos, é não reconhecer que o regime urbanístico tem forte valor econômico. Aliás, ambas as situações mais se prestam a Operações Urbanas Consorciadas do que simples alteração de regime urbanístico, na qual o Município e a comunidade perdem o protagonismo nas profundas alterações que ocorrerão. No caso, mudando o regime urbanístico, apenas assiste-se o resultado. Na Operação Urbana são todos os atores partícipes e beneficiários deste resultado.

solo criado⁶ que separa o direito de propriedade do direito de construir e de cuja concepção origina-se a outorga onerosa e a transferência de potencial construtivo, nasce inspirado nesta concepção. Desta forma, compreendendo que a cidade é um mercado e que precisa ser regulada, o Município deve controlar o regime urbanístico, de modo a valorizá-lo. É urbanística e juridicamente equivocada, errônea, a concepção que não tem custo para cidade a adoção de regime urbanístico maior, pois este tem valor de mercado. Mudar uso sem contrapartida, permitir construção maior sem contrapartida, são exemplos da falta de compreensão do que estes instrumentos urbanísticos significam.

Muitas cidades já compreenderam esse fenômeno e trabalham com esta variável. O Prefeito Kassab em São Paulo, tem divulgado que vai fazer operações consorciadas para poder fazer melhorias urbanas e ambientais. Portanto, compreender que a cidade não é abstração, tem conteúdo e vale pelo seu todo e que os instrumentos urbanísticos podem ser auxiliares para reforçar esta idéia-força é fundamental para não permitir que simplesmente toleremos aumento de altura, alteração de regime ou de uso como se fosse direito individual, ou, utilizado de forma destacada do planejamento da cidade.

Outorga onerosa e transferência do direito de construir

A outorga onerosa do direito de construir e a transferência do direito de construir são institutos jurídico-urbanísticos que separam o direito de propriedade do direito de construir. Dito de outra forma, o proprietário do solo não será necessariamente o do subsolo ou do espaço aéreo, o acessório nem sempre segue o principal, em se tratando de utilização da coisa.

A Carta de Embu de 1976 definiu as diretrizes para utilização do solo criado no Brasi, somente incorporado a nossa legislação a partir das definições de outorga onerosa do direito de construir e transferência do direito de construir previstos no Estatuto da Cidade.

O solo criado é o resultado da criação de áreas adicionais utilizáveis, não apoiadas diretamente sobre o solo natural⁷. Segundo Hely Lopes Meirelles, “o solo criado será sempre um acréscimo ao direito de construir, além do

⁶“ O solo criado é o resultado da criação de áreas adicionais utilizáveis, não apoiadas diretamente sobre o solo natural .(Eros Grau,)”

“O solo criado será sempre um acréscimo ao direito de construir, além do coeficiente básico de aproveitamento estabelecido pela lei. Acima deste coeficiente, até o limite que as normas edilicias admitirem, o proprietário não terá o direito originário de construir, mas poderá adquiri-lo do Município. (Hely Lopes Meirelles)”

⁷ Nesse sentido, GRAU, Eros Roberto. *Direito Urbano: Regiões Metropolitanas, Solo Criado, Zoneamento e Controle Ambiental, Projeto de Lei de Desenvolvimento Urbano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983.

coeficiente básico de aproveitamento estabelecido pela lei. Acima deste coeficiente, até o limite que as normas edilícias admitirem, o proprietário não terá o direito originário de construir, mas poderá adquiri-lo do Município”⁸.

Esta aquisição do Município se dá de forma onerosa, revertendo recursos para os cofres públicos municipais, que devem ser utilizados na política urbano-ambiental. De outra quadra, toda a noção de solo criado está diretamente vinculada a função social da propriedade urbana, indicando que não há um direito natural de construir e que o exercício do direito de construir depende das regras das cidades. No caso brasileiro, depende da definição prevista pelos Planos Diretores que são os instrumentos jurídicos que definem a função social da propriedade em nosso país, a teor do que dispõe o art. 182 da Constituição Federal.

Tanto a outorga onerosa quanto a transferência do direito de construir somente tem sentido se vinculado a uma concepção urbanística.

A outorga onerosa do direito de construir implica na fixação de áreas no Plano Diretor nas quais o direito de construir poderá ser acima do coeficiente de aproveitamento⁹. O coeficiente pode ser único ou diferenciado e há necessidade de monitoramento do adensamento, decorrente da utilização deste instrumento de intervenção urbanística, a teor do que dispõe o § 3º, art.28 do Estatuto da Cidade. Nestas áreas em que pode ser construído além do coeficiente, os interessados devem adquirir este direito de construir do Município, sendo que os recursos auferidos com esta alienação tem utilização vinculada a finalidades urbanísticas e ambientais.

Já a transferência do direito de construir implica na possibilidade do proprietário exercer o direito de construir em outro local. Depende de lei municipal e está vinculado a finalidade específica. Ainda, pode ocorrer a alienação deste direito mediante escritura pública. Este instrumento é extremamente relevante e se bem utilizado pode ser implementador de políticas públicas estruturais das cidades. Em Porto Alegre, por exemplo, o pagamento das áreas para alargamento viário decorrente da implantação da 3ª Perimetral se deu essencialmente com a transferência do direito de construir.

Para ambos os instrumentos de intervenção urbanística acima elencados, alerta-se que sua utilização precisa refletir uma concepção urbano-ambiental de desenvolvimento da cidade. Utilizá-los de forma pontual e fragmentada é a antítese da sua concepção e pode, no tempo, comprometer sua aplicação, por representar o anti-planejamento. Bairros cujo Plano Diretor indica construções de baixa densidade e altura, por exemplo, não podem se socorrer destes instrumentos para aumentar estes elementos do regime urbanístico. A visão

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito de Construir. 7ª edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo. São Paulo, Malheiros Editores, 1996.

⁹ Coeficiente de aproveitamento é a relação entre a área edificável e a área do terreno, nos termos do §1º do art. 28 do Estatuto da Cidade, Lei Federal No 10.257/2001

instrumental exige que o instrumento esteja a serviço da concepção de cidade e não a cidade se adéqüe ao instrumento.

De qualquer sorte, para o fim deste estudo, importante destacar que tanto a outorga onerosa quanto a transferência do direito de construir são instrumentos de intervenção urbanística que, se bem aplicados, podem representar formas de financiamento de políticas públicas urbano-ambientais, pois os recursos auferidos com a alienação do direito de construir devem ser revertidos para finalidades urbano-ambientais, na forma do que dispõe o art. 31 e art. 35 do Estatuto da Cidade.

Operações Urbanas Consorciadas

Na doutrina brasileira a utilização da nomenclatura Operações Urbanas foi utilizada para identificar a relação entre Poder Público e iniciativa privada, na qual o segundo aporta contrapartidas em troca possibilidade de um modelo urbanístico mais flexível¹⁰. Nos relatos de Maricato e Ferreira (2002) utilização de transferência de potencial construtivo¹¹, aplicação de medidas mitigadoras e compensatórias no âmbito do licenciamento ambiental¹² e pequenas operações resultantes de acordos formais entre Poder Público e a iniciativa privada, materializados em contratos, que geram recursos diretos e indiretos, a exemplo do que ocorre no Rio de Janeiro, estão englobadas neste conceito.

Ao longo da história urbanística brasileira tivemos, também, as Operações Interligadas de São Paulo, amplamente relatadas na doutrina e que influenciaram a redação do Estatuto da Cidade, hoje em vigor. A Operação Urbana Consorciada regulada no estatuto da Cidade e que nasceu a partir das experiências existentes tem requisitos próprios, que dão o tom, estabelecem os requisitos, da relação entre o Poder Público e os particulares a ser estabelecida.

Nesta quadra, a partir do advento do Estatuto da Cidade tem-se uma formulação jurídica distinta, com princípios inerentes às Operações Urbanas Consorciadas. Exemplo disso é a destinação dos recursos nas Operações interligadas de São Paulo. Lá, os recursos podiam ser destinados para intervenções fora da área delimitada para a Operação. Aqui, por força do que dispõe o Estatuto da Cidade, não há esta possibilidade. Os recursos devem ser utilizados no âmbito e em benefício da própria Operação. Outro aspecto, é a cogência de realização de Estudo de Impacto de Vizinhança (EIV), instrumento que tem por função avaliar a relação da cidade com o empreendimento e do

¹⁰ Nesse sentido ver experiências com Operações Urbanas relatadas por MARICATO, Ermínia e FERREIRA, João Sette Whitaker. *Operação urbana Consorciada: diversificação urbanística participativa ou aprofundamento da desigualdade?* In: OSORIO, Leticia Marques (org). Estatuto da Cidade e Reforma Urbana: Novas Perspectivas para as Cidades Brasileiras. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 215

¹¹ Operação Faria Lima, citada por Maricato e Ferreira

¹² Relato instalação Shopping Center em Porto Alegre, citado por Maricato e Ferreira

empreendimento com a cidade. Do comando que exige a elaboração prévia de EIV para a Operação Urbana Consorciada, decorre que este estudo deve ser parte integrante do projeto de lei que propõe a Operação Urbana Consorciada. Esta exigência é similar às hipóteses de alienação de bens imóveis que exigem laudo com avaliação prévia do bem. Neste caso o laudo é um anexo do projeto que lei, cuja inexistência implica na ausência de exame do respectivo projeto, em face da ausência de um pré-requisito deste.

As operações urbanas consorciadas¹³ estão definidas como um conjunto de intervenções coordenadas pelo Poder Público, envolvendo diversos interessados, visando melhorias urbanas e valorização ambiental. Para realizar uma operação urbana consorciada, faz-se necessária a aprovação de lei específica, articulada com o plano diretor. São requisitos da lei: a forma de controle da operação partilhado com a sociedade civil e a realização de estudo de impacto de vizinhança, apontando os aspectos positivos e os negativos deles. Pode estar previsto na lei a transferência de potencial construtivo no âmbito da operação, bem como certificados de potencial adicional de construção, que serão alienados em leilão ou utilizados diretamente no pagamento das obras necessárias à própria Operação¹⁴. Importante destacar

¹³ Art. 32. Lei municipal específica, baseada no plano diretor, poderá delimitar área para aplicação de operações consorciadas.

§ 1º Considera-se operação urbana consorciada o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o objetivo de alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental.

§ 2º Poderão ser previstas nas operações urbanas consorciadas, entre outras medidas:

I – a modificação de índices e características de parcelamento, uso e ocupação do solo e subsolo, bem como alterações das normas edilícias, considerado o impacto ambiental delas decorrente;

II – a regularização de construções, reformas ou ampliações executadas em desacordo com a legislação vigente.

Art. 33. Da lei específica que aprovar a operação urbana consorciada constará o plano de operação urbana consorciada, contendo, no mínimo:

I – definição da área a ser atingida;

II – programa básico de ocupação da área;

III – programa de atendimento econômico e social para a população diretamente afetada pela operação;

IV – finalidades da operação;

V – estudo prévio de impacto de vizinhança;

VI – contrapartida a ser exigida dos proprietários, usuários permanentes e investidores privados em função da utilização dos benefícios previstos nos incisos I e II do § 2º do art. 32 desta Lei;

VII – forma de controle da operação, obrigatoriamente compartilhado com representação da sociedade civil.

§ 1º Os recursos obtidos pelo Poder Público municipal na forma do inciso VI deste artigo serão aplicados exclusivamente na própria operação urbana consorciada.

§ 2º A partir da aprovação da lei específica de que trata o *caput*, são nulas as licenças e autorizações a cargo do Poder Público municipal expedidas em desacordo com o plano de operação urbana consorciada.

¹⁴ Art. 34. A lei específica que aprovar a operação urbana consorciada poderá prever a emissão pelo Município de quantidade determinada de certificados de potencial adicional de construção, que serão alienados em leilão ou utilizados diretamente no pagamento das obras necessárias à própria operação.

§ 1º Os certificados de potencial adicional de construção serão livremente negociados, mas conversíveis em direito de construir unicamente na área objeto da operação.

§ 2º Apresentado pedido de licença para construir, o certificado de potencial adicional será utilizado no pagamento da área de construção que supere os padrões estabelecidos pela legislação de uso e ocupação do solo, até o limite fixado pela lei específica que aprovar a operação urbana consorciada.

que, em se tratando de lei específica, afasta leis de gerais, a exemplo das leis de uso do solo que vigoram nas cidades¹⁵.

A operação urbana consorciada do Estatuto da Cidade exige participação popular no planejamento, gestão, acompanhamento e avaliação desta, sendo expressão do princípio da democracia participativa na gestão urbano-ambiental. E, necessariamente como corolário de uma operação urbana, que exige planejamento urbanístico, ambiental, econômico e social com todos aqueles envolvidos na operação – proprietários, possuidores, moradores, comerciantes etc. da área atingida – temos a expressão do princípio da sustentabilidade urbano-ambiental. Operação urbana, realizada na forma do Estatuto da Cidade, que não observe os princípios do Estado Socioambiental, descumpra a finalidade para a qual foi criada.

Para além de um regime urbanístico mais flexível, efetivamente o seu resultado precisa demonstrar as melhorias urbanísticas e ambientais, sob pena de estarem eivadas de ilegalidade.

Contrapartidas

Contrapartida é a denominação atribuída pelo Estatuto da Cidade para estabelecer a valoração de algo antes intangível e que passa a ter valor, na medida em que terá benefício direto ou indireto com a realização da Operação Urbana Consorciada. Não é tributo nem preço público e também não se confunde com as medidas compensatórias decorrentes do licenciamento ambiental.

Em geral, as contrapartidas se perfectibilizam em obras públicas vinculadas às finalidades da Operação (vias, urbanização de praças, implantação de esgotamento sanitário, estação de tratamento de esgoto etc.), destinação de bens imóveis no âmbito da Operação Urbana para cumprir com as finalidades desta (criação de unidade de conservação), destinação de habitação de interesse social e oferta de lotes a preço compatível com a renda da demanda habitacional prioritária, ou contrapartida financeira, destinada à conta vinculada à Operação Urbana Consorciada. O importante é que ocorra uma equação econômico-financeira que demonstre a adequação e a compatibilidade entre o valor auferido com a Operação e a contrapartida ofertada.

Problemas Jurídicos Relacionados com as Contrapartidas

¹⁵ Nesse sentido, CABRAL, Lucíola. Operação Urbana Consorciada: possibilidades e limitações. In Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico. V. 19 (ago/set 2008). Porto Alegre: Magister, 2005

O histórico das Operações urbanas realizadas no Brasil dá conta de uma série de problemas jurídicos relacionados ao valor da operação, da garantia do pagamento deste valor e da destinação adequada desses recursos.

Por isso, é imprescindível que instrumentos jurídicos sejam incorporados à prática das OU, a fim de que sejam uma forma de garantia jurídica quanto à execução desta. Há relatos, por exemplo, de flexibilização de regime urbanístico, desde que fossem feitas melhorias viárias, mas que no plano dos fatos não se realizaram. Contudo, sem estabelecer o quando, o como e com qual valor esta pretensa contrapartida fica vazia, inclusive sem possibilidade de ser cobrada pelo Poder Público. Se for melhoria viária, por exemplo, a área na qual a via pública será executada já foi desapropriada? Se não foi, quem pagará pelo valor desta? Em que momento (prazo) deverá ser feita a via e quais as condições (tamanho da caixa, tipo de pavimento etc.). Essas questões são preliminares e devem compor e integrar a decisão que exige a contrapartida.

A contrapartida não pode nem ser vil, nem extorsiva. Precisa ser proporcional, razoável.

Além disso, precisa ser certa, líquida e exigível. Para tanto, tem-se usado os Termos de Compromisso, previstos no art. 585, II, do CPC¹⁶, que são uma forma de juridicamente atribuir um caráter contratual às parceiras estabelecidas pelo Poder Público com os particulares. Na forma do CPC, estes Termos são título executivo extrajudicial, o que permite a sua execução, na hipótese de descumprimento. As responsabilidades precisam estar claras e definidas nestes Termos; as obrigações e os prazos para a sua implementação são requisitos para que possam ser cobradas posteriormente.

Outra possibilidade é utilizar subsidiariamente a Lei Federal nº 11.079/04, que regra as parcerias público-privadas no Brasil, sendo que as OU são uma espécie deste gênero. Aplica-se essa lei naquilo que não for contrário ao que dispõe o Estatuto da Cidade sobre as OU.

É importante, ainda, ter presente que a valorização ambiental e melhorias sociais são elementos intrínsecos à operação, sendo que a inexistência destes gera consequências jurídicas. Ademais, flexibilizar não é desregrar, sendo que no Brasil o poder regulamentar não cria direitos. Regime urbanístico é matéria de lei e não de regulamento, por isso, delegações completas na lei são incompatíveis no sistema brasileiro.

Por último, o Plano da Operação é fundamento desta; não é mera declaração de intenções. Os princípios vigem e muitas vezes derogam regras isoladas.

¹⁶ Código de Processo Civil.

Alteração de uso previsto no Plano Diretor

O Estatuto da Cidade tem como diretrizes a justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização¹⁷ e a recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado valorização de imóveis urbanos, tendo em vista a necessidade da construção de uma cidade para todos e com fruição de todos os cidadãos. A essência destes comandos decorre do princípio da equidade. Na lição de Rosângela Cavalazzi do princípio da equidade derivam outros dois: 1) a afetação das mais-valias do custo da urbanização e 2. A justa distribuição dos benefícios e encargos/ônus decorrentes da atuação urbanística.¹⁸

Inserido neste contexto está expressamente previsto o pagamento de contrapartida em decorrência da alteração de uso¹⁹, tudo com base no Plano Diretor da cidade. Assim áreas de expansão urbana, por exemplo, para serem transformadas em urbanas devem observar esta contrapartida. Isto porque, o regime urbanístico será diferente. Em áreas urbanas há necessidade de serviços públicos com maior intensidade (drenagem, esgoto, via pública), diferente da área de expansão urbana, cuja essência é ser uma transição. O mesmo raciocínio se aplica à mudança de uso da área rural para urbana, da área comercial para industrial, da área que não tem regime urbanístico por ser funcional para área com regime urbanístico. De rural para urbana talvez seja o exemplo mais gritante. O imóvel que tinha valor em hectare passa a ser valorado e vendido em metro quadrado.

Mas, não é diferente a definição de regime urbanístico para área originalmente sem regime e afetada à finalidade específica (ex. estádio de futebol, porto, estaleiro, cemitério, etc). A indicação de um regime urbanístico agrega valor ao imóvel, porque define o que é possível construir no local.

No planejamento urbano é comum as alterações de uso e a existência de áreas sem regime urbanístico que mudam de finalidade, porque a dinâmica da cidade assim exige ou porque as oportunidades de negócio surgem. A cidade muda, cresce, se modifica, áreas antes sem valoração econômica passam a ter valoração e ser importantes para o mercado. Por estes motivos o regime urbanístico também deve mudar.

Reconhecendo que a cidade se modifica é que o legislador previu a necessidade cobrança pela alteração de uso²⁰, na medida em que a

¹⁷ Art. 2º inc. IX e inc. XI

¹⁸ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. *O Estatuto Epistemológico do Direito Urbanístico Brasileiro: possibilidades e obstáculos na tutela do Direito à Cidade*. In Direito da Cidade: novas concepções sobre as relações jurídicas no espaço social urbano. COUTINHO, Ronaldo e BONIZZATO, Luigi, orgs. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

¹⁹ Lei Federal No 10.257/01, Art. 29. “O plano diretor poderá fixar áreas nas quais poderá ser permitida alteração de uso do solo, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário”.

²⁰ Lei Federal 10.257/01. Art. 30. “Lei Municipal específica estabelecerá as condições a serem observadas para a outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso, determinando:

I – a fórmula de cálculo para a cobrança;

propriedade, por força de alteração da lei municipal, também muda seu preço, sendo mais valorizada. Neste sentido, os proprietários beneficiados por alterações de uso e valorização monetária da propriedade por força de alteração da lei municipal devem contribuir, pagar o valor previsto nas respectivas leis municipais. Este instrumento concretiza o princípio da justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização²¹

Princípio poluidor-pagador

Na experiência internacional o princípio do poluidor-pagador tem se perfectibilizado na adoção do imposto verde. Aragão²², contrariando este entendimento, sustenta que as “ecotaxas” não são os únicos instrumentos de aplicação do princípio do poluidor-pagador. Ao desenvolver seu raciocínio aponta que a origem do princípio poluidor-pagador (PPP) foi na economia. Todavia, atualmente é um princípio normativo, para além da economia. Diz a autora:

“Pensamos, com efeito, que, longe de ser ele próprio um instrumentos de política de ambiente, o PPP é um princípio normativo que fornece critérios para a escolha de instrumentos de proteção do ambiente, econômicos ou opostos, de acordo com uma certa orientação normativa assumida, comprovadamente eficaz e justa”.

A obra da citada autora, tem por objeto de reflexão a comunidade europeia. Aponta que o poluidor-pagador “paga” de diversas formas e não somente por intermédio de tributos. E este pagamento é uma obrigação, sendo que o Estado somente subsidiariamente pode fazê-lo, pois a responsabilidade é do poluidor. Diz que os pagamentos a que os poluidores podem estar sujeitos, podem se revestir de formas, dentre as quais pode ocorrer os investimentos em bens (ex. poluidor obrigado a introduzir filtros ou isolamento), pagamentos em contrapartida direta, lucros cessantes, etc.²³

Aduz que o PPP “começou por ser apenas um princípio econômico, visando alcançar a máxima eficácia na internalização dos custos, mas ascendeu posteriormente a princípio geral de direito do ambiente,

II – os casos passíveis de isenção do pagamento da outorga;

III – a contrapartida do beneficiário.”

²¹ Art. 2º, inc. IX do Estatuto da Cidade

²² ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza. O Princípio do Poluidor Pagador: pedra angular da política comunitária do ambiente. Universidade de Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 174.

²³ ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza. O Princípio do Poluidor Pagador: pedra angular da política comunitária do ambiente. Universidade de Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 171.

*podendo considerar-se actualmente um princípio de ordem pública ecológica”.*²⁴

No Brasil, por força do sistema tributário vigente, que é analítico, tipificado na Constituição e com tributos previamente definidos, há dificuldade da adoção da experiência internacional. Assim a pergunta que devemos nos fazer é se no Brasil há outras espécies de aplicação do princípio poluidor-pagador alheias a órbita tributária, na forma sustentada por Maria Alexandra de Souza Aragão. Entendemos que sim. Para refletir sobre o tema, importante ter presente que: (a) no mundo contemporâneo a noção de esgotabilidade de recursos naturais que outrora eram entendidos como infinitos atribui valor econômico a coisas que anteriormente estavam fora do mercado; (b) a noção de direitos difusos e de meio ambiente como bem de interesse de uso comum do povo (art. 225 da CF) exige uma profunda reflexão para os paradigmas que estão sendo superados e a exigência de reinterpretação dos institutos jurídicos que pré-existiam, antes da percepção destes novos paradoxos.

O valor econômico que os bens ambientais passam a ter devido ao seu esgotamento é o primeiro ponto polêmico a ser examinado. O subsolo, por exemplo, por onde passa as ruas, começa a ser utilizado para a colocação de uma série de infraestruturas (água, luz, esgoto, telecomunicações, tv à cabo) de várias empresas. Todavia, este espaço é limitado por lençol freático, rochas, entre outros aspectos físicos do que decorre o seu esgotamento e a necessidade de administrá-lo emerge de forma evidente. Aqui claramente bem público que estava fora do mercado, que não tinha valor econômico, passa a tê-lo. E, em nosso entendimento o pagamento para colocar as infra-estruturas respectivas não é um tributo, mas um preço público decorrente desta nova realidade.

Já a água potável é um bem escasso já admitido por todos e que passa a ter valor econômico e deve ser cobrada para ser utilizada. Há quem preconize que a cobrança prevista na lei nacional dos Recursos Públicos é um tributo. Todavia, temos que nesta hipótese também trata-se de preço público.

A transferência do potencial construtivo de uma área para outra na cidade e a outorga onerosa do direito de construir são outros exemplos interessantes incorporados na nossa legislação e na prática das cidades brasileiras que merecem reflexão acerca da natureza jurídica da respectiva cobrança. Temos que nestas hipóteses a natureza é contratual, pois o particular para adquirir este solo criado faz uma clara opção de aquisição. Não há compulsoriedade. É um ônus a ser assumido por quem quer usufruir de maior coeficiente construtivo do que está previsto, tendo natureza indenizatória.

Ainda, talvez o exemplo mais polêmico trazido à colação é natureza jurídica da compensação ambiental prevista no art. 36, §

²⁴ ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza. O Princípio do Poluidor Pagador: pedra angular da política comunitária do ambiente. Universidade de Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 211.

1º²⁵ da Lei 9.985/2000, que cria o Sistema Nacional das Unidades de Conservação. O Judiciário tem debatido a matéria, em face da provocação da Confederação Nacional da Indústria que ajuizou Adin e a Associação Brasileira de concessionárias de Energia Elétrica Mandado de Segurança visando afastar a referida cobrança. O argumento é que trata-se de norma de natureza tributária, porque é compulsório, devendo ser pago em moeda corrente e cujo valor deve ser previamente definido, por força do princípio da legalidade, não podendo ficar a critério do órgão ambiental a sua fixação.²⁶ Somos de opinião que a compensação prevista no SNUC não tem natureza tributária. Trata-se de indenização paga antecipadamente, que tem no princípio do poluidor-pagador o seu fundamento. Pode também ser entendido como preço público decorrente da fruição de bem público de uso comum do povo (meio ambiente), da mesma forma que os exemplos anteriores.

Temos que na dimensão atual, no tempo contemporâneo no qual os bens ambientais possuem conotação distinta do período em que se pensava que eram inesgotáveis, o conceito de preço público para sua utilização precisa ser redimensionado. Já, procurar enquadrá-los em forma de tributo, não encontra espaço em nosso sistema. Primeiro, porque os tributos são dotados de tipicidade e rigidez desde a Constituição não abrindo possibilidade para tributos novos. Segundo, porque em nosso sistema notadamente o poluidor-pagador se perfectibiliza de forma diferente de outros sistemas jurídicos com características distintas de sistema tributário e na forma de atuação na política pública ambiental. Terceiro porque a opção do legislador brasileiro, nas leis que criaram os institutos jurídicos antes mencionados, inspirados no princípio do poluidor-pagador foi exigir destes o pagamento por intermédio de outras formas que não a tributária. Socorrendo-nos novamente da lição de Maria Alexandra de Souza Aragão, temos que nesta opção legislativa está a legitimação para as respectivas formas de cobrança. No dizer da autora: *“o PPP é também um princípio relativamente indeterminado, porque a sua formulação não transmite com precisão o seu conteúdo, e daí que possam surgir dúvidas na sua concretização legislativa. Ora, sendo os poderes públicos os destinatários directos do PPP e os poluidores apenas os seus destinatários indirectos, a intervenção concretizadora do legislador deve servir para definir o âmbito subjectivo, o conteúdo, a extensão e os limites das obrigações dos poluidores.”*²⁷ Foi isto o que ocorreu no Brasil. A mediação do Poder

²⁵ Art. 36. “Nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, assim considerados pelo órgão ambiental competente, com fundamento em estudo de impacto ambiental e respectivo relatório – EIA/RIMA, o empreendedor é obrigado a apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação do grupo de Proteção Integral, de acordo com o disposto neste artigo e no regulamento desta Lei.

§ 1º. O montante de recursos a ser destinado pelo empreendedor para esta finalidade não pode ser inferior a 0,5% (meio por cento) dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento, sendo o percentual fixado pelo órgão ambiental licenciador, de acordo com o grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento.”

²⁶ Agravo de Instrumento Nº 2005.01.00.060479-0/DF, Processo de Origem 200534000186630

²⁷ ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza. O Princípio do Poluidor Pagador: pedra angular da política comunitária do ambiente. Universidade de Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 213.

Legislativo resultou nas leis que definem o percentual de compensação ambiental na Lei do Sistema Nacional das Unidades de Conservação, a cobrança prevista pela Lei Nacional do Recursos Hídricos e a transferência de potencial construtivo onerosa prevista no Estatuto da Cidade, Lei Federal 10.257/01. A nosso ver e com base no exposto no presente estudo, não há óbice a esta formulação porque o princípio do poluidor-pagador no Brasil assume outras formas que não a tributária.

Medidas Compensatórias no Licenciamento Ambiental

Após a análise dos impactos ambientais, constatada a possibilidade de execução do empreendimento, deverão ser definidas medidas mitigadoras para implementação do empreendimento. Tais medidas devem constar na Licença Ambiental. Estas medidas decorrem da análise dos impactos efetuada pelo órgão ambiental na fase anterior. São assim identificadas por Édis Milaré:²⁸

Definição de medidas mitigadoras. Busca-se aqui explicitar as medidas que visam a minimizar os impactos adversos identificados e quantificados no item anterior, as quais deverão ser apresentadas e classificadas quanto:

- à sua natureza preventiva ou corretiva, avaliando-se, inclusive, a eficiência dos equipamentos de controle de poluição em relação aos critérios de qualidade ambiental e aos padrões de disposição de efluentes líquidos, emissões atmosféricas e resíduos sólidos;
- à fase do empreendimento em que tais medidas deverão ser adotadas: planejamento, implantação, operação e desativação, e para os casos de acidentes;
- ao fator ambiental a que se destinam: físico, biológico ou sócio-econômico;
- ao prazo de permanência de suas aplicações: curto, médio ou longo;
- à responsabilidade pela implementação: empreendedor, Poder Público ou outros;
- ao seu custo.

²⁸ MILARÉ, Édis, Direito do Ambiente, Editora Revista dos Tribunais, 1ª edição, São Paulo, 2000.

Os impactos adversos que não podem ser evitados ou mitigados deverão ser compensados, de modo que a sociedade seja retribuída pela utilização do bem ambiental. São exemplos de medidas mitigadoras a implantação ou a ampliação de vias públicas se ocorrer impacto no trânsito, a construção de obras de drenagem, na hipótese de alagamentos, a execução de obras viárias ou de engenharia de tráfego, entre outras peculiares ao meio urbano. Como medidas compensatórias a plantação de espécies vegetais, a contribuição para o fundo de meio ambiente, etc.

Essencialmente as medidas compensatórias estão ligadas a noção de fruição de um espaço já consagrado e constituído e cujo esgotamento vem ocorrendo paulatinamente. Em suma, quem utiliza este espaço, que é a cidade, contribui. Evidentemente que esta contribuição deve ser proporcional e motivada ao grau de potencial risco ou de degradação da respectiva atividade ou empreendimento. A compensação não é monetariamente ou percentualmente igual para todos os empreendimentos ou atividades e depende do que está consignado na lei respectiva. Todavia, o que deve ficar claro, é que há fundamento para aplicação destas medidas desde que sejam adequadas e proporcionais.

PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

A crise do Estado nos anos 90 levou a modificação do modelo de gestão estatal concentrado, gerando diversas formas de participação social de outros setores nas tarefas públicas.

Sem entrar no mérito do que isto tem significado para o Estado brasileiro, tem-se que as parcerias público-privadas em sentido amplo representam a forma jurídica desta participação.

Sundfeld²⁹, alerta que há uma base legal múltipla destas denominadas parcerias público-privadas, sendo a lei de concessão a mais conhecida delas. No âmbito urbanístico a expressão das parcerias são os instrumentos acima examinados.

O mesmo autor cita que o que conhecemos por lei das PPPs, não é um lei geral de parcerias, mas uma lei que regula duas espécies: a concessão patrocinada e a concessão administrativa, que não estavam reguladas na lei de concessão. E define:

“Em sentido amplo, PPPs são os múltiplos vínculos negociais de trato continuado estabelecidos entre a Administração Pública

²⁹ SUNDFELD, Carlos Ari, coord. Parcerias Público-Privadas. São Paulo, Malheiros editores, 1ª edição, 2ª tiragem, 2007

e particulares para viabilizar o desenvolvimento, sob a responsabilidade destes, de atividades com algum coeficiente de interesse geral (concessões comuns, patrocinadas e administrativas; concessões e ajustes setoriais; contratos de gestão com OSs; termos de parcerias com OSCIPs; etc). Seu regime jurídico está disciplinado nas várias leis específicas.

Em sentido estrito, PPPs são os vínculos negociais que adotem a forma de concessão patrocinada e de concessão administrativa, tal qual definidas pela Lei federal 11.079/04. Apenas estes contratos sujeitam-se ao regime criado por essa Lei.”

Para o fim deste estudo, importa salientar que as PPPs são importantes instrumentos incorporados a legislação brasileira para viabilizar e contratualizar a realização de tarefas públicas, de serviços e obras públicas por particulares. As PPPs adentram no sistema jurídico com regras próprias, sem, contudo, se afastar do sistema. Representam também, um importante instrumento na perspectiva do financiamento das cidades, sem, contudo, implicar em completa desoneração do Estado na realização das tarefas públicas, mas parceria, por suas diversas formas, na consecução destas.

Conclusões

Estamos em meio a um modelo de esgotamento do sistema tributário brasileiro, na medida em que notoriamente paga-se uma enorme gama de tributos diretos e indiretos. Aumentar ou criar novos tributos representa um desgaste para o governante.

Ao mesmo tempo, o reconhecimento de que há outras formas não tributárias de financiamento das cidades é uma realidade jurídico e política que vem se afirmando paulatinamente.

Os gestores ainda não utilizam os instrumentos previstos no Estatuto da Cidades com a ostensividade que deveriam. Muitos são os fatores que contribuem. Desconhecimento e dificuldade com inovações são dois deles. Todavia, um terceiro é o apego à defesa da propriedade que culturalmente faz parte da conduta dos cidadãos, dos gestores e dos servidores públicos. Compreender que a função socioambiental da propriedade no Brasil implica um revisitar de conceitos e pré-compreensões que permeiam as aprovações urbanísticas municipais faz-se necessário. Perceber que os elementos do regime urbanístico implicam valor econômico, que a cidade tem um valor intrínseco e que o modelo de esgotamento dos recursos naturais traz inovações e exigências estruturais, faz parte deste revisitar de conceitos. Pagamento pela mudança de uso, valor econômico do regime urbanístico,

outorga onerosa do direito de construir, transferência de potencial construtivo, operações urbanas consorciadas, são instrumentos inovadores e que dependem de concreção no âmbito municipal.

Neste estudo examinamos instrumentos e institutos que podem e devem ser aplicados pelos gestores como forma de financiamento das políticas públicas nas cidades, a partir da compreensão e dos princípios do Estado Socioambiental que está densificado na legislação infranconstitucional, em especial no Estatuto da Cidade.

Todavia, muito pouco adianta este elencar de instrumentos se o gestor e os servidores que aplicam, concretizam a norma, usarem “roupa nova” para práticas velhas. A grande essência destes instrumentos é a sustentabilidade das cidades que tem como fio condutor a dignidade da pessoa humana e como meta cidades ambientalmente mais adequadas. A utilização isolada e fragmentadamente dos instrumentos é a antítese do conceito cidades sustentáveis que precisamos construir.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza. *O Princípio do Poluidor Pagador: pedra angular da política comunitária do ambiente*. Universidade de Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 213.

CABRAL, Lucíola. *Operação Urbana Consorciada: possibilidades e limitações*. In Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico. V. 19 (ago/set 2008). Porto Alegre: Magister, 2005

CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. *O Estatuto Epistemológico do Direito Urbanístico Brasileiro: possibilidades e obstáculos na tutela do Direito à Cidade*. In Direito da Cidade: novas concepções sobre as relações jurídicas no espaço social urbano. COUTINHO, Ronaldo e BONIZZATO, Luigi, orgs. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

DE CESARE, Claudia e CUNHA, Egláisa Micheline Pontes Cunha. *Financiamento das Cidades: Instrumentos Fiscais e de política Urbana – Seminários Nacionais*. Brasília: Ministério das Cidades: 2007

GRAU, Eros Roberto. *Direito Urbano: Regiões Metropolitanas, Solo Criado, Zoneamento e Controle Ambiental, Projeto de Lei de Desenvolvimento Urbano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983.

MARICATO, Ermínia e FERREIRA, João Sette Whitaker. *Operação urbana Consorciada: diversificação urbanística participativa ou aprofundamento da desigualdade?* In: OSORIO, Letícia Marques (org). *Estatuto da Cidade e Reforma Urbana: Novas Perspectivas para as Cidades Brasileiras*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 215

MILARÉ, Édis, *Direito do Ambiente*, Editora Revista dos Tribunais, 1ª edição, São Paulo, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari, coord. *Parceiras Público-Privadas*. São Paulo, Malheiros editores, 1ª edição, 2ª tiragem, 2007

PRESTES, Vanêsa Buzelato (coord). *Temas de Direito Urbano-Ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2006

_____ e VIZZOTTO, Andrea. *Direito Urbanístico*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009