

1

A questão urbana brasileira e a Constituição Federal

1.1

Conflitos urbanos nas cidades brasileiras contemporâneas

O desenvolvimento urbano brasileiro é marcado pela construção de um quadro de desigualdade e informalidade, onde fatores como a concentração de renda e de terras e o êxodo rural contribuíram, em grande parte, para a situação atual das cidades quanto à organização e distribuição espacial de locais para moradia.

A informalidade permeia não apenas o campo da moradia, e o âmbito trabalhista é um dos principais setores nos quais pode ser identificado esse quadro. As cidades não se desenvolveram com capacidade de absorver a população trabalhadora. A pobreza nas cidades brasileiras tem marcos na história do país, como pode ser visto em episódios como a libertação dos escravos, o êxodo rural e o fracasso dos ciclos de economia agroexportadora. Esses processos ocasionaram o deslocamento de pessoas do campo para os centros urbanos, gerando a concentração da pobreza nas cidades.

As cidades brasileiras vivenciaram uma série de eventos, denominados por Ermínia Maricato como a “tragédia urbana brasileira”, marcada por ocorrências como “enchentes, desmoronamentos, poluição dos recursos hídricos, poluição do ar, impermeabilização da superfície do solo, desmatamento, congestionamento habitacional, reincidência de epidemias, violência, etc.”²

Todos estes problemas se mostraram interligados, contribuindo para o contexto no qual se acentuou uma exclusão social massiva dentro do processo da construção de metrópoles e de outras grandes cidades do país. A aglomeração urbana originada pela crise no campo gerou outras crises dentro das cidades, onde hoje é possível identificar a presença dos problemas acima citados, que se tornaram, inclusive, distintas áreas de pesquisa e atuação.

² MARICATTO, 2001, p. 22

Não obstante, as cidades menores e mais recentes seguiram a mesma lógica de exclusão, podendo ser observadas como exemplos compactos, “maquetes”, em comparação às grandes cidades, como se fossem um prospecto no qual já se visualiza o que pode vir a ocorrer, quais questões e conflitos tendem a se intensificar.

Esse processo foi acentuado a partir do século XX, na fase acelerada de industrialização e urbanização, mas já vinha tomando lugar nas grandes cidades brasileiras desde a crise da economia agroexportadora do século XIX³.

No âmbito interno das cidades - das metrópoles que foram se formando, principalmente, na região Sudeste - vigorou o sistema de exclusão social da população de baixa renda, para o favorecimento historicamente praticado das classes com maior poder econômico, que detinham, de forma centralizada e exclusiva - conforme capacidade financeira - a propriedade das terras.

Assim, da mesma maneira como as propriedades foram concentradas, elementos infraestruturais como saneamento, rede elétrica, instituições de ensino e emergência hospitalar, aparecem de forma massiva em locais onde a urbanização foi constituída com imobiliário de propriedades de classes mais nobres.

Deficientes em títulos de propriedades e necessitados de uma solução imediata para a falta de um local para moradia, as pessoas buscam um desfecho mais rápido, ocupando, assim, áreas não preparadas estruturalmente para este fim e cujo uso e ocupação são proibidos por se tratar de imóvel cujo titular é o poder público ou de propriedade privada.

O mais marcante e recente exemplo que evidencia a desigualdade urbana é o crescimento do déficit habitacional e da população que habita favelas. As pessoas menos favorecidas vivem em condições desproporcionais no grau de atendimento aos direitos essenciais do homem e do cidadão, que ficam prejudicadas no direito às necessidades básicas de sobrevivência, no mínimo existencial determinado quanto à alimentação, educação e, dentre outros, no acesso à moradia.⁴

³ Se buscarmos mais longe, nos séculos anteriores, também podemos encontrar o início da formação e do crescimento das cidades brasileiras, conforme escreveu Ermínia Maricato, “o Brasil já apresentava cidades de grande porte desde o período colonial, mas é somente a partir do século XIX e das primeiras décadas do século XX que o processo de urbanização da sociedade começa realmente a se consolidar” (MARICATO, 2002, p. 16)

⁴ Em seu texto intitulado Legalidade e exclusão urbanística nas grandes cidades brasileiras: um estudo de caso, Salvador-BA, Angela Gordilho Souza inicia o primeiro parágrafo destacando esse

Qualquer que seja a referência para delimitação do mínimo existencial digno, é perceptível que as populações de favelas ficam longe desse patamar, e elas representam uma porção significativamente grande nas capitais brasileiras.

A favela (assentamento precário), assim como os loteamentos clandestinos e cortiços, é a alternativa encontrada pela população excluída do mercado imobiliário legal. Esta população é levada a ocupar as áreas desprezadas pelo mercado e/ou onde a construção é vedada - tais como áreas próximas a rios e córregos e áreas de grande importância ambiental, como florestas e mangues.

Quando as pessoas constroem em áreas proibidas, ficam sujeitos à carência de infraestrutura urbana, não sendo incluídos no processo de urbanização. Além disso, a carência de atuação por parte do poder público no sentido de criar meios para que esses espaços tenham condições habitáveis e de salubridade acarreta resultados nocivos ao meio ambiente e à população que vive nesses locais.

A falta de condições de saneamento não só atrapalha a convivência digna, como também gera doenças e epidemias, problemas constantes na história das cidades brasileiras.

Nesse contexto, o poder público desenvolve medidas de cunho higienista, que objetivam organizar a situação ocupacional a partir de programas que incluem desde condições infraestruturais como o saneamento básico, até a construção de moradias populares para que constituam sua casa própria.

Mas a realidade não se traduziu exatamente conforme se esperava. Uma série de reformas urbanas ocorreu nas cidades brasileiras, no intuito de transformar a paisagem para embelezar o espaço urbano - com privilégio aos centros urbanos - envolvendo obras de saneamento, devido às epidemias que ali se disseminaram.

Os destinatários dessas medidas de higiene eram as classes mais altas, detentores do capital responsável pela aquisição dos produtos do novo mercado imobiliário que se pretendeu implantar. Assim, “a população excluída desse processo era expulsa para os morros e franjas da cidade”⁵, onde foram sendo construídas as habitações populares, objeto da segregação territorial que ocorreu nesse contexto.

fator, ao dizer que: “Na atualidade das grandes cidades brasileiras, é visível o processo de favelização, com a exclusão das grandes áreas de habitação de padrões urbanísticos de habitabilidade aceitáveis.” (SOUZA, 2003, p. 409)

⁵ MARICATO, 2002, p. 17

Nas palavras de Angela Gordilho Souza,

Combate-se, dessa forma, a “desordem” aparente. Predominava a idéia de que a pobreza seria eliminada com o desenvolvimento, quando os trabalhadores, habitando em casas próprias e bairros adequados, tal como já ocorria nos países industrializados, seriam assimilados pela sociedade capitalista que emergia, desenvolvida e moderna. De fato, nesse momento, manifesta-se a apropriação privatizada da moradia, com uma crescente oferta de loteamentos populares, solução que logo será seguida pela produção estatal, por meio de grandes conjuntos habitacionais, entretanto com resultados distintos daqueles idealizados.⁶

Mediante crescimento horizontal das cidades⁷, o processo de construção dos conjuntos habitacionais, que acarretava deslocamento das populações pobres para áreas periféricas da cidade, gerou um contexto de segregação espacial que se expandiu sem acompanhamento de políticas públicas que fornecessem a devida infraestrutura para crescimento, desenvolvimento e inclusão desses locais na cidade, a fim de deixá-los próximos às regiões centrais.

O crescimento dos locais para onde foram levadas essas ocupações se deu “à revelia”⁸ do Poder Público, dificultando até hoje que se obtenha plena eficácia das normas e princípios urbanísticos, mormente os constitucionais.

Conforme escreveu Ermínia Maricato, ao invés de concentrarem os programas habitacionais de construção de moradias populares nos vazios urbanos, os governos municipais e estaduais acabaram por “jogar a população em áreas completamente inadequadas ao desenvolvimento urbano racional”⁹.

Vale transcrever aqui uma caracterização que a mesma autora deu à Periferia Urbana, definindo-a como um

espaço da residência da classe trabalhadora ou das camadas populares, espaço que se estende por vastas áreas ocupadas por pequenas casas em pequenos lotes, longe dos centros de comércio ou negócios, sem equipamento ou infra-estrutura urbanos, onde o comércio e os serviços particulares também são insignificantes enquanto forma de uso do solo. Essa ocupação é urbana, mas pode-se dizer também que é desurbanizada à luz de certas formulações técnicas urbanísticas de planejamento ou mesmo à luz de certas formulações antropológicas, ou ainda à luz da história das cidades.¹⁰

⁶ SOUZA, op. cit., p. 411

⁷ Complementa-se o que escreveu Ermínia Maricato, que “as periferias das metrópoles cresceram mais do que os núcleos centrais, o que implica um aumento relativo das regiões pobres.” Ela associa o aumento da pobreza ao tamanho da área ocupada pelas pessoas de baixa renda que foram deslocadas dos centros urbanos e o seguinte crescimento das áreas para onde elas foram deslocadas.

⁸ SOUZA, op. cit., p. 412

⁹ MARICATO, 2002, p. 21

¹⁰ MARICATO, 1979, p. 82-83

Assim, no contexto das formas de exclusão e segregação que se operaram nas cidades brasileiras, cresce o movimento de luta pela reforma urbana, marcado pela movimentação de vários agentes, tais como movimentos sociais, organizações não-governamentais, entidades profissionais, sindicatos e demais sujeitos, que visavam à transformação do quadro de exclusão no sentido de revertê-lo, travando uma luta social que gerou significativas influências para o ordenamento jurídico que trata atualmente da questão urbana, conquistando uma emenda popular que fez constar as demandas dessa luta social no processo de elaboração da constituição brasileira de 1988.¹¹

O Banco Nacional de Habitação, uma instituição inicialmente criada com o intuito de enfrentar o problema habitacional brasileiro, não atingiu os resultados esperados. Não houve a democratização do acesso a terra, calcada na função social da propriedade, conforme pretendido, mas houve sim uma prioridade de acesso aos financiamentos para as classes médias e altas.¹²

Por desconformidade no recolhimento dos valores necessários aos projetos de empreendimento imobiliário e problemas com gestão de recursos, entre outros, a instituição teve sua extinção em 1986, deixando um saldo de resultados de baixa qualidade. Diante do desfecho que tomou a história do BNH, conforme Bethania Alfonsin,

A política habitacional da época, na prática, acabou se resumindo à *produção de moradias* para a população tanto de classe média, em um desvio do objetivo original do Banco, quanto de baixa renda; neste último caso, construíam-se habitações de qualidade questionável, localizadas na periferia das cidades e fazendo pesar nas costas dos moradores/trabalhadores os problemas (...) ¹³

Cresce, então, a quantidade de habitações precárias, situação que se agravou com o tempo, na medida em que não se realiza a adequação condizente às condições minimamente necessárias, tais como a de salubridade.

Essas mesmas habitações possuem em seu interior equipamentos eletrônicos de uso doméstico oriundos de tecnologia moderna, como televisão, geladeira, liquidificador, diante da facilitação do acesso a esses bens pela

¹¹ SAULE JÚNIOR, 2006, p. 6.

¹² MARICATO, 2002, p. 21.

¹³ ALFONSIN, 1997, p. 21.

população de menor renda, o que ocasiona uma contradição entre as condições do imóvel e seu conteúdo interno.¹⁴

Não se trata de criticar o aspecto da acessibilidade à tecnologia avançada, que aprimora e facilita a vida dessas pessoas; é uma grande evolução o fato de poderem possuir tais bens. Mas a evolução não se deu da mesma forma na questão da habitação, sequer por considerar que essa população se tornaria um grande mercado consumidor da própria sistemática capitalista.

É fundamental que se estabeleça uma política urbana e fundiária seguindo o princípio da função social da propriedade e proteção do direito à moradia, ampliando o acesso da população de menor renda ao mercado imobiliário legal, como forma de refrear a pressão de ocupação sobre áreas sensíveis.

Esse objetivo se torna palpável com a ampliação da oferta de moradias, relacionada, por sua vez, com a ampliação do acesso à terra urbana servida por infraestrutura e serviços.

Por outro lado, torna-se necessário, por parte do poder público, um movimento no sentido de integrar as ocupações irregulares ao conjunto urbano das cidades, fazendo com que chegue, adequadamente, a estes locais, as condições infraestruturais, realizando procedimentos para a regularização da situação desses moradores. Para isto, é necessário investimento, de forma prevista no orçamento público, como uma das prioridades às quais se atribui destino de recursos. “Implica rever paradigmas urbanísticos excludentes”¹⁵.

A política habitacional deve prever a atuação no sentido de promover a regularização fundiária, como forma de converter ou minimizar o quadro de exclusão e segregação construído historicamente, na busca de proporcionar o devido exercício de cidadania e dos elementos que a compõem pelas populações compreendidas em situação irregular e/ou precária.

Quando se fala em regularização fundiária, não se trata apenas do tratamento jurídico de oficialização do título sobre um bem, mas também de tudo que gira em torno da promoção do direito à moradia adequada - àquelas condições

¹⁴ Os preços de eletrodomésticos e de eletrônicos como computadores, máquina de lavar roupas, celulares, e até equipamentos para ginástica, com o pagamento podendo ser dividido em inúmeras prestações, ampliou o acesso da população de baixa renda a bens de consumo antes restritos à classe de maior poder econômico.

¹⁵ ALFONSIN, 1997, p. 22.

acima mencionadas anteriormente -, para garantir a fruição de uma vida minimamente digna.¹⁶

Ao pesquisar como se efetuou a regularização fundiária em algumas cidades brasileiras, Bethânia Alfonsin norteou o estudo a partir de um conceito de regularização fundiária em sentido amplo, compreendendo elementos além do processo meramente jurídico, qual seja:

Regularização fundiária é o processo de intervenção pública, sob os aspectos jurídico, físico e social, que objetiva legalizar a permanência de populações moradoras de áreas urbanas ocupadas em desconformidade com a lei para fins de habitação, implicando acessoriamente melhorias no ambiente urbano do assentamento, no resgate da cidadania e da qualidade de vida da população beneficiária.¹⁷

O Direito, mais do que um sistema de normas para estabelecer tutelas, garantias e sanções deve ser entendido como “um instrumento de conformação social”¹⁸. Assim, as normas, princípios e diretrizes que compõem o ordenamento jurídico constituem uma estrutura de organização da sociedade em todas as suas esferas.

Hoje tem-se, no Direito Constitucional brasileiro, a norma do artigo 170, que traz os princípios basilares para a ordem econômica do país, dentre os quais destacamos: valorização do trabalho humano; a livre iniciativa; função social da propriedade; livre concorrência; defesa do consumidor; defesa do meio ambiente; redução das desigualdades regionais e sociais. Trata-se da função social atribuída ao direito, a todo o sistema de normas que estabelece a estrutura do Estado brasileiro.

O substantivo função vem do latim, e significa cumprir algo ou desempenhar-se um dever ou uma tarefa. Juridicamente, podemos entender a função como um conjunto de incumbências, direito e deveres que define a atividade a que estão atrelados e impõe um poder-dever a quem a exerce.

¹⁶ Assim orienta o próprio Ministério das Cidades, considerando que a regularização fundiária não é um “processo que se restringe à titulação, deve estar em sintonia com os projetos de melhoria urbana, de urbanização ou sociais previstos (ou já elaborados), com a capacidade de equipe e de intervenção do município e, principalmente, com os princípios e diretrizes da política habitacional, das políticas sociais e do Plano Diretor. A política de regularização fundiária deve ser capaz de superar os processos que colaboram para a irregularidade.” (MINISTÉRIO DAS CIDADES, *Plano diretor participativo: guia para a elaboração pelos municípios e cidadãos*. 2004).

¹⁷ ALFONSIN, 1997. p. 24

¹⁸ CANOTILHO, 2000, p. 338.

Entretanto, não se deve entender esse poder-dever no sentido estritamente negativo, como o mero respeito a limites estabelecidos em lei para o exercício da atividade, e sim na acepção positiva, de algo que deve ser realizado.

Por função social da cidade e da propriedade, entende-se

como prevalência do interesse comum sobre o individual de propriedade. É o uso socialmente justo do espaço urbano para que os cidadãos se apropriem do território, democratizando seus espaços de poder, de produção e de cultura dentro de parâmetros de justiça social e da criação de condições ambientalmente sustentáveis.¹⁹

A primeira vez que a função social da propriedade veio fazer parte do direito positivo foi na Constituição alemã de 1919, cuja idéia permaneceu na Constituição alemã de 1949 que reforma o texto e estabelece no art. 14, alínea 2 que “A propriedade obriga. Seu uso deve, ao mesmo tempo, servir o interesse da coletividade.”²⁰

Passando a integrar o rol de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988, a função social da propriedade obteve um tratamento especial no capítulo sobre a política urbana como finalidade primordial a ser perseguida, condicionando todo o planejamento urbano das cidades brasileiras (art. 5º XXIII e art. 182 da CF).

De acordo com Paulo Márcio Cruz,

Possivelmente seja a regulação do Direito de Propriedade um dos expoentes mais claros da evolução do constitucionalismo. Inicialmente, sob a influência das teses liberais mais ortodoxas, a propriedade aparecia como um direito 'inviolável e sagrado', concepção que servia de base e fundamento para a ordem social.²¹

Com a evolução do direito, uma significativa mudança em relação aos primórdios do constitucionalismo teria acontecido, conforme ensina o mesmo jurista,

¹⁹ Conceito tomado como princípio fundamental para a atuação do Fórum Nacional de Reforma Urbana. SAULE JÚNIOR, 2006, p. 22.

²⁰ “Artigo 14º (1) O direito de propriedade e o direito sucessório estão garantidos. 2 Conteúdo e limites estão regulados pela lei (ou por direitos específicos). (2) 1 Propriedade obriga/cria responsabilidade. 2 O Seu uso deve também servir o bem da sociedade. (3) A expropriação é somente admissível quando serve o bem da sociedade. 2 Somente deve ocorrer em conformidade com a lei ou por causa de uma lei (promulgada) que regulamenta a forma e a medida da indenização. 3 A indenização deve ser determinada/ imposta em conformidade de uma ponderação justa dos interesses da sociedade e das pessoas envolvidas. 4 A via ordinária/á justiça pode ser recorridas em caso de um litígio por causa da quantia determinada de dinheiro.” [Disponível em http://www.uni-leipzig.de/~leite/wiki/Direitos_B%C3%A1sicos_da_Constitui%C3%A7%C3%A3o_Alem%C3%A3_-_Art%C2%BA_1_a_19#Artigo_14.C2.BA]

²¹ CRUZ, 2001, p. 204

As necessidades sociais deram lugar a uma regulação da propriedade que se caracterizava pela relativização deste direito e sua subordinação à sua função social, a qual competiria servir como grande estímulo ao progresso material, mas sobretudo à valorização crescente do ser humano, num quadro em que o Homem exercita a sua criatividade para crescer como indivíduo e com a Sociedade.²²

Fica claro então que a propriedade, seu uso, destinação e proteção, devem estar banhadas no espírito da função social para que configure o exercício de um direito justo e em conformidade com a convivência humana digna em sociedade.

Após a Constituição Federal, a articulação que ocorreu entre diversas entidades e organizações, no âmbito do Fórum Nacional de Reforma Urbana, na perspectiva de construir uma política urbana democrática baseada na participação popular, gerou a consolidação de importantes institutos e documentos normativos, entre eles o Fundo de Habitação de Interesse Social, o Conselho nacional das Cidades, e o próprio Estatuto da Cidade.²³

Nas palavras de Luis C. Queiroz Ribeiro,

O Movimento Nacional pela Reforma Urbana se constituiu a partir da crítica ao fracassado modelo tecnocrático e autoritário de planejamento e consolidou o vasto conjunto de idéias e propostas que vêm sendo debatidas na sociedade brasileira desde início dos anos 60. O **objetivo central é a instituição de um novo padrão de política urbana, fundado nas seguintes orientações: a instituição da gestão democrática da cidade, com a finalidade de ampliar o espaço de cidadania e aumentar a eficácia/eficiência da política urbana**; reformas nas relações intergovernamentais e nas relações governo-cidadania, a primeira com a municipalização da política urbana e a segunda pela adoção de mecanismos (...) (grifo nosso)²⁴

A proposta para a reforma urbana brasileira, inicialmente oriunda do âmbito da arquitetura, formulada no Congresso que reuniu esses profissionais no ano de 1963, teve seu ânimo freado devido à ditadura militar que se instaurou com o golpe de 1964 e durou até o ano de 1984, dificultando a existência de um ambiente propício à luta social.

Na última década do regime militar, uma progressiva abertura ao exercício da luta pela reforma urbana e demais causas reivindicadas por movimentos sociais brasileiros passou a ocorrer. Um exemplo desse retorno das lutas sociais foi a proposta de um projeto de Lei de Desenvolvimento Urbano (PL nº 775, de 1983) que, apesar de não ter sido aprovado, demonstrou a urgência em se realizar um “marco regulatório para o desenvolvimento urbano no Brasil”.

²² Idem.

²³ Idem.

²⁴ RIBEIRO, 1993, p. 10.

No ressurgimento dos debates e reivindicações para a reforma urbana brasileira, buscava-se a “politização da questão urbana”²⁵ como forma de ampliar o espaço de atuação e intervenção concreta de uma maior gama de atores sociais, no contexto de democratização pelo qual passava a sociedade brasileira.

A essa altura, o panorama urbano brasileiro já era outro. Marcadas por um êxodo rural altíssimo entre 1940 e 1991, quando a população urbana passou de 31,2% a 75% do total da população nacional, as cidades brasileiras cresceram desprovidas de infra-estrutura mínima. As conseqüências não foram poucas, sobretudo a segregação espacial de bairros que, abandonados ao descaso, à margem de qualquer condição de dignidade, foram gerados sob a convivência do poder público.²⁶

Durante esse tempo, a luta pela reforma urbana culminou na criação, em 1985, do Movimento Nacional Pela Reforma Urbana, de maneira a deslocar o olhar de luta exclusivamente pela moradia, em âmbito local, para incorporar a imagem da cidade como um todo, com toda a infraestrutura que complementa o espaço residencial, na perspectiva de uma cidade de todos, incluindo serviços públicos como educação e transporte.

Esse movimento foi importante para assegurar um cenário de participação popular no processo constituinte de 1988, em defesa da pluralidade e da heterogeneidade, estabelecendo um espaço aberto às diferentes demandas provenientes de uma série de grupos e organizações sociais para legitimar o conteúdo da constituição que estava sendo elaborada, com objetivo de transformar o quadro de exclusão social das cidades brasileiras.

Uma das principais críticas que o movimento faz ao contexto de desigualdade social é construída com a consideração acerca da “dualidade vivida em uma mesma cidade: a cidade dos ricos e a cidade dos pobres; a cidade legal e a cidade ilegal”²⁷.

Essa ilegalidade refere-se à forma recorrida pela população de baixa renda, na falta de acesso à moradia regulamentada e digna, para suprir tal deficiência, conforme exposto nas páginas anteriores deste capítulo. Nesse sentido, estabeleceu-se como plataforma política principal a reivindicação de que o acesso à cidade deve ser um direito de todos. “Configura-se uma politização que vai além da

²⁵ SAULE JÚNIOR, 2006, p. 13.

²⁶ Idem.

²⁷ SAULE JÚNIOR, 2006, p. 15.

questão urbana porque se estende para o âmbito da justiça social e da igualdade.”

28

Consolida-se a principal bandeira do movimento pela reforma urbana do exercício da execução da reforma urbana brasileira: o direito a cidade, caracterizado pela participação popular na gestão das cidades, pelo cumprimento da função social das cidades, pautado na dignidade da pessoa humana e na justiça social, instrumentalizado pela sujeição da propriedade à função social mediante sanções ao descumprimento dessas diretrizes.

Um grande marco no sentido da participação popular foi o estabelecimento, no regimento interno da Constituinte, da possibilidade de um espaço às iniciativas para emendas populares ainda no âmbito do projeto da Constituição Federal de 1988.

Dessa forma, esse espaço conferiu uma oportunidade massivamente aproveitada de participação popular, quando foram encaminhadas mais de doze milhões de assinaturas²⁹ para as emendas que foram propostas ao projeto em discussão na Constituinte, operando-se uma verdadeira eficácia social do mecanismo disponibilizado pelo regimento interno.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, sucederam-se importantes marcos, dentre eles a Emenda Constitucional nº 26, de Fevereiro de 2000, que incluiu o direito à moradia no rol dos direitos sociais elencados no artigo 6º da Constituição Federal, ampliando a conquista pela reforma urbana, conferindo maior grau de potencial eficácia social a esse direito.

Outros dois importantes referenciais que devem ser destacados na linha do tempo da reforma urbana brasileira são o Estatuto da Cidade, Lei Federal nº 10.257 de Julho de 2001, sobre o qual falaremos no próximo item; e a Medida Provisória nº 2220, de Setembro de 2001, que dispõe sobre o instrumento jurídico da concessão de uso especial para fins de moradia, instrumento fundamental para concretizar com eficácia social o direito à moradia no Brasil.

²⁸ Idem.

²⁹ Idem, p. 16.

1.2

Direito Urbanístico e marcos normativos na perspectiva de função social da cidade

A Constituição de 1988 inovou em trazer um capítulo destinado a tratar da política urbana, regulada nos artigos 182 e 183, bem como em atribuir autonomia administrativa aos municípios como entes federativos dotados de competências específicas, em especial as que dizem respeito às questões urbanas locais³⁰, pela necessária proximidade entre o governante e o governado, como forma de garantir a máxima eficácia na aplicação da lei urbanística.

No artigo 182, § 2º, a Constituição Federal determina que a propriedade cumprirá sua função social (conforme determinado no inciso XXIII do artigo 5º desta lei) ao atender as exigências para ordenação da cidade expressas no plano diretor, o que demonstra a fundamental importância deste instrumento.

A Constituição determinou também a exigência de uma lei que fixasse as diretrizes gerais dessa política. Assim, veio o Estatuto da Cidade cumprir com essa condição constitucional, dando ênfase aos instrumentos de política urbana como forma de complementar a garantia da aplicabilidade dos preceitos de ordem maior. A maioria dos instrumentos já obtinha lugar no ordenamento jurídico, mas foram reunidos e ganharam uma nova face, um novo sentido, vinculado ao princípio da função social da propriedade.

Os princípios consagrados em textos positivos a partir da era moderna contêm forte conteúdo valorativo imprescindível aos ditames de bem estar que foram se afluando nesse contexto. Pretendem, na maioria das vezes, a partir de um pequeno enunciado, tutelar todo um complexo e interligado conjunto de direitos que, em simples dispositivos específicos, se tornam vulneráveis ao descumprimento, violação, sobreposição - ou outro termo que se adegue ao caso).

O direito, entendido no aspecto de sistema jurídico, para Hart, é então mais que um aglomerado de regras, mas sim uma estrutura que comporta o manuseio das regras e de outros elementos. Uma estrutura dividida em categorias complexas

³⁰ O artigo 30 da Constituição Federal, em seu inciso primeiro, estabelece a competência municipal para legislar sobre assuntos de interesse local e, no inciso oitavo, a competência para promover a ordenação territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.

com regulações referidas a pessoas e a atos, coisas e circunstâncias de modo sistematizado.

É característica dessa estrutura a imprevisão sobre fatos e contextos que, não regulados, pois não ocorridos (ou ainda não levados ao ambiente jurisdicional), podem demandar atenção e intervenção por parte do direito, de seus operadores.

Apesar dos vastos exemplos quanto ao enquadramento de casos em dispositivos já codificados - sejam exemplos já existentes à época da criação de tais normas, sejam os que surgem ao longo de sua vigência a partir das produções jurisprudenciais - sempre podem surgir casos concretos nos quais não se vislumbra facilmente esse encaixe.

Hart descreve isso com uma passagem que aqui merece destaque:

Situações de facto particulares não esperam por nós já separadas umas das outras, e com etiquetas apostas como casos de aplicação da regra geral, cuja aplicação está em causa; nem a regra em si mesma pode avançar e reclamar os seus próprios casos de aplicação.(2007,p.139)

O mundo em que vivemos não possui aspectos limitados, bem como os modos de combinar a relação entre eles não são passíveis de exaurimento, assim, não se vislumbra uma antecipação em qualquer que seja a área (por mais cientificidade em que se esteja mergulhado), com criação de um sistema jurídico que assegure que nunca sejam necessárias escolhas sobre novos contextos.

Agir com esse intuito seria atingir numa “medida de certeza ou previsibilidade à custa de considerar, de forma cega e preconceituada, o que deve fazer-se numa série de casos futuros, sobre cuja composição nos encontramos em estado de ignorância.”³¹

Essa imprevisão se traduz não apenas numa insuficiência, mas numa “capacidade largamente difundida de reconhecer actos, coisas e circunstâncias particulares como casos das classificações gerais que o direito faz.”³²

A textura aberta é mais que um problema, mais que apenas um obstáculo que atribua ao tratamento genérico um cunho negativo. Traduz-se numa possibilidade de efetivação de condutas, de atualização de ordenamentos, uma ampla abertura à redefinição de sentidos e conteúdo do material jurídico.

³¹ HART, 2007. p. 142

³² HART, 2007. p. 137

No campo do Direito Urbanístico, encontramos presença massiva dessa característica de imprevisibilidade em razão da natural insuficiência do direito em ser completo, e também em virtude de ser uma área relativamente recente de estudo e tutela jurídica. Como exposto no item anterior, os principais movimentos e fatos históricos que culminaram na ordem jurídica urbana atual datam de menos de um século. Nas palavras de Rosângela Lunardelli Cavallazzi,

“A área de conhecimento do Direito Urbanístico constitui, na linguagem da internet, “página em construção”, tão recente o seu reconhecimento nos campos do Urbanismo e do Direito no Brasil.”³³

Por outro lado, apesar do peso de ser uma área de conhecimento recente, reafirma-se para esta seara a força das premissas que definem a caracterização de uma tutela jurídica como aberta, no intuito de estabelecer positivamente a possibilidade de constante transformação e adaptação das regras às situações emergentes faticamente.

Costuma-se afirmar que a cidade que adormece não é a mesma que desperta, na tentativa de justificar a rapidez da transformação do espaço urbano. A incidência direta e imediata sobre a realidade urbana exige que as normas urbanísticas estejam investidas de eficácia suficiente para acompanhar essa alteração rápida da realidade dos fatos e da cidade. Caso contrário restaria comprometido o ordenamento jurídico urbanístico. Nesse sentido, observa-se que muitas das normas urbanísticas são elaboradas na forma de conceituação aberta, o que já denota uma característica distinta, justamente para possibilitar essa evolução e acompanhamento dessa dinâmica de transformação do espaço urbano.³⁴

Os conflitos, ou seja, as questões que possuem vinculação com o Direito Urbanístico, devem ser tratadas segundo suas características quanto à imprevisibilidade, pluralidade e mutabilidade, para que estes processos sejam realizados de forma compatível com as “demandas da sociedade contemporânea.”

35

No caso deste campo - e outros como o Direito do Consumidor, Direito Ambiental, a proteção à criança e ao adolescente, possuindo todos a mesma marca de serem áreas recentes no direito positivo, apesar de serem encontrados tratamentos sobre alguns de seus aspectos em outros “locais” do ordenamento jurídico -, existe uma carga a mais que resultou na necessidade de serem criadas

³³ CAVALLAZZI, 2007, p. 53

³⁴ VIZZOTO e PRESTES, 2009, p. 15.

³⁵ CAVALLAZZI, 2007, p. 55

legislações especialmente a elas dedicadas, carga esta encontrada na vulnerabilidade dos sujeitos e objetos que são objeto de tutela desses direitos.

Assim, destacada por sua centralidade e hierarquia a Constituição Federal, o ordenamento é atualmente composto por alguns sistemas e microssistemas organizados de acordo com as diferentes áreas de conhecimento, num processo chamado de descodificação e conseqüente fragmentação da norma. Conforme destaca Carlos Roberto Siqueira Castro, “abriu-se o receituário dos direitos sublimados na Constituição, que se multiplicam na razão direta dos conflitos insurgentes no meio social e das exigências insaciáveis de positivação jurídica, na esteira do humanismo ultrapluralista, solidarista”³⁶, que levou à constitucionalização de categorias do direito privado.

Esse processo possui dois incentivos para sua existência: o fenômeno da globalização³⁷, como fator que evidencia e acentua as variações e constantes transformações que sofre a realidade, as relações, os significados; e a insuficiência dos sistemas em dar conta da tutela desses direitos que se elevam à categoria de microssistemas.

Assim, no caso do Direito Urbanístico, o sistema do qual ele obteve sua “autonomia” é o Direito Civil, historicamente dedicado ao tratamento de temas de direito privado, mas que absorveu tutelas de cunho social mediante correspondência a temas adjacentes, a exemplo do direito de propriedade. A complexidade das situações relativas à questão urbana clamou por uma legislação especial para esse assunto, principalmente no contexto da posição central e predominante que tomou a função social na Constituição de 1988³⁸.

Os efeitos dessa situação “impõem-se nas diversas esferas sociais e, no plano jurídico, enquanto instância reguladora da sociedade”³⁹ demanda a

³⁶ CASTRO, 2003, p. 16.

³⁷ Acerca da globalização, é interessante destacar uma passagem de Ermínia Maricato, quando fala sobre Globalização e poder: “Assim como o taylorismo e o fordismo moldaram um novo homem e uma nova sociedade, a globalização também está produzindo um novo homem e uma nova sociedade por meio de transformações nos Estados, nos mercados, nos processos de trabalho, na estética, nos produtos, nos hábitos, nos valores, na cultura, na subjetividade individual e social, na ocupação do território, na produção do ambiente construído e na relação com a natureza.” (MARICATO, 2007, p. 52)

³⁸ Segundo Bethânia Alfonsin, a “frustração com os resultados medíocres dos programas de regularização fundiária ao longo da década de 90 deveu-se principalmente ao fato de que todas as tentativas de implementar instrumentos de novo tipo tinham de se dar no escopo jurídico do paradigma jurídico-liberal do Código Civil, absolutamente inadequado para os objetivos da nova Carta.”(ALFONSIN, 2003, p. 93)

³⁹ LEAL, 2003, p. 150.

planificação urbanística para estruturar a forma como o ordenamento do espaço urbano poderá transformar a realidade de injustiça social acumulada.

Composto por muitos importantes elementos, o direito à cidade pode ser desmembrado em diferentes áreas de tutela que possuem previsão e normativa própria, mas que se conjugam num sistema de atributos necessários à composição das premissas essenciais de uma vida digna. Assim, merece destaque o conceito construído pela profa. Rosângela Lunardelli Cavallazzi:

“Consideramos o direito à cidade, expressão do direito à dignidade da pessoa humana, o núcleo de um sistema composto por um feixe de direitos que inclui o direito à moradia – implícita a regularização fundiária –, à educação, ao trabalho, à saúde, aos serviços públicos – implícito o saneamento –, ao lazer, à segurança, ao transporte público, à preservação do patrimônio cultural, histórico e paisagístico, ao meio ambiente natural e construído equilibrado – implícita a garantia do direito a cidades sustentáveis como direito humano na categoria dos interesses difusos.”⁴⁰

A Carta Mundial pelo Direito à Cidade formulada por entidades participantes do I Fórum Social Mundial em 2001 traz a mesma concepção do direito à cidade como um conjunto amplo de direitos que estruturam a possibilidade de uma convivência digna em sociedade:

O Direito à Cidade é interligado e interdependente a todos os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, concebidos integralmente. Inclui, portanto, os direitos à terra, aos meios de subsistência, ao trabalho, à saúde, à educação, à cultura, à moradia, à proteção social, à segurança, ao meio ambiente sadio, ao saneamento, ao transporte público, ao lazer e à informação. Inclui também (...) a garantia da preservação da herança histórica e cultural.⁴¹

No ano de 2003, foi criado o Ministério das Cidades, caracterizando um avanço no sentido de fortalecer a concepção de que a questão urbana, tratada na forma das políticas urbanas, deve ocupar o espaço de uma das prioridades no âmbito dos diferentes vetores aos quais se direciona a administração pública federal.

Foi criado, também em 2003, na ocasião da Conferência das Cidades, o Conselho Nacional das Cidades (ConCidades), como instância destinada à participação dos diversos segmentos sociais, que possui âmbito de atuação nas

⁴⁰ CAVALLAZZI, 2007, p. 56. E quanto à cidade sustentável, na página 59, a autora complementa dizendo que “significa a concreção da justiça distributiva, o equilíbrio das relações, de todos os atores sociais. Implica desenvolvimento económico compatível com a preservação ambiental e a qualidade de vida dos habitantes; em uma palavra, equidade.”

⁴¹ Disponível em [<http://www.forumreformaurbana.org.br/index.php/documentos-do-fnru/41-cartas-e-manifestos/133-carta-mundial-pelo-direito-a-cidade.html>]

principais atividades do Ministério das Cidades. A instituição do ConCidades representa, conforme expresso no site do Ministério das Cidades, “a materialização de um importante instrumento de gestão democrática da Política Nacional de Desenvolvimento Urbano – PNDU, em processo de construção.”⁴²

A importância da criação desses dois institutos foi ressaltada no texto organizado por Nelson Saule Júnior, que desenvolve as etapas da luta pela reforma urbana no Brasil, destacando-se o seguinte trecho:

A criação do Ministério das Cidades, e conseqüentemente do Conselho das Cidades, possibilitou o início de uma política urbana em que, pela primeira vez na longa trajetória pela reforma urbana no Brasil, os diversos atores, legítimos representantes da sociedade civil, passaram a integrar um espaço institucional com o objetivo de elaborar e executar políticas urbanas.⁴³

Dentre as resoluções emitidas pelo ConCidades, duas tomam grande importância para a tutela do direito à cidade, pautada na gestão participativa. Uma delas é a Resolução nº 25 de 18 de março de 2005, que emitiu orientações e recomendações para a elaboração dos planos diretores⁴⁴.

No que tange à participação popular, essa resolução regulamentou o procedimento participativo para a discussão, elaboração e fiscalização dos planos diretores, estabelecendo “requisitos e condições para a realização de audiências públicas, debates e conferências, (...) e para a efetividade da participação determinando que a sua publicidade deverá garantir a ampla comunicação pública, em linguagem acessível”⁴⁵, de modo a garantir a larga participação, através do conhecimento acerca do conteúdo do debate, premissa fundamental ao exercício da soberania popular.

⁴² Acrescenta-se a definição e composição do ConCidades, conforme disponível no site do Ministério das Cidades: Ele é um órgão colegiado de natureza deliberativa e consultiva, integrante da estrutura do Ministério das Cidades e tem por finalidade estudar e propor diretrizes para a formulação e implementação da PNDU, bem como acompanhar a sua execução. Atualmente, o ConCidades é constituído por 86 titulares – 49 representantes de segmentos da sociedade civil e 37 dos poderes públicos federal, estadual e municipal – além de 86 suplentes, com mandato de dois anos. A composição do ConCidades inclui, ainda, 09 observadores representantes dos governos estaduais, que possuem Conselho das Cidades, em sua respectiva unidade da Federação. [Disponível em <http://www.cidades.gov.br/conselho-das-cidades>]

⁴³ SAULE JÚNIOR, 2006, p. 25.

⁴⁴ Disponível em [<http://www.cidades.gov.br/conselho-das-cidades/resolucoes-concidades/resolucoes-no-01-a-34/ResolucaoN25De18DeMarcoDe2005.pdf/view>]

⁴⁵ GUIMARÃES, 2010, p. 18

Destaca-se, ainda, a Resolução nº 34, de 01 de julho de 2005, que emite orientações e recomendações quanto ao conteúdo mínimo do Plano Diretor, tendo por base o Estatuto das Cidades.⁴⁶

Neste documento, encontra-se o aprofundamento do artigo 42, inciso III, do Estatuto da Cidade, que obriga o plano diretor a estabelecer um sistema de acompanhamento e controle. Na resolução nº 34 do ConCidades, em seu artigo 6º, é definida a forma como deverá ser implementado esse sistema, devendo o mesmo estar organizado de forma a: I- **prever instâncias de planejamento e gestão democrática para implementar e rever** o Plano Diretor; II - apoiar e estimular o processo de Gestão Democrática e Participativa, garantindo uma gestão integrada, envolvendo poder executivo, legislativo, judiciário e a sociedade civil; III - garantir acesso amplo às informações territoriais a todos os cidadãos; IV – monitorar a aplicação dos instrumentos do Plano Diretor e do Estatuto da Cidade, especialmente daqueles previstos pelo art. 182, § 4º, da Constituição Federal;

Nota-se que esse sistema deve estar contido no próprio plano diretor, considerado como conteúdo mínimo, no próprio Estatuto das Cidades. Portanto, o plano que for aprovado já deve conter a estrutura de como serão realizados seu acompanhamento e controle, o que pode ser considerado, como um dos aspectos positivos presentes no texto do projeto de Lei Complementar para o novo plano diretor do município de Paraty, a ser analisado no capítulo III.

Segue, na resolução nº 34 do ConCidades, o artigo 7º, que complementa a estrutura necessária a estar contida no plano diretor, para esse sistema de acompanhamento e controle “social”, obrigando também o plano a definir que instrumentos de gestão democrática serão utilizados, elencando os possíveis instrumentos a serem incluídos: I - o conselho da cidade ou similar, com representação do governo, sociedade civil e das diversas regiões do município, conforme estabelecido na resolução 13 do Conselho das Cidades; II - conferências municipais; III - audiências públicas, das diversas regiões do município, conforme parâmetros estabelecidos na Resolução nº 25 do Conselho das Cidades ; IV- consultas públicas; V - iniciativa popular; VI - plebiscito; VII -referendo.

⁴⁶ Disponível em [<http://www.cidades.gov.br/conselho-das-cidades/resolucoes-concidades/resolucoes-no-01-a-34/ResolucaoN34De01DeJulhoDe2005.pdf/view>]

Nota-se que o termo “social” não consta no artigo 42, inciso III do Estatuto da Cidade, tendo sido acrescentado na Resolução nº 34 como mais um complemento para clarificar este importante sistema que deve estar elaborado obrigatoriamente no Plano Diretor.

Nota-se ainda, que esse rol inclui o referendo e o plebiscito, que foram retirados do artigo 43 do Estatuto da Cidade através de veto, cujas razões transcrevemos no capítulo seguinte. Assim, essa resolução toma suma importância, na medida em que faz retornar dois importantes instrumentos de garantia da gestão democrática da cidade, ainda que vinculados expressamente ao âmbito do plano diretor. Podemos considerar, portanto, essas duas resoluções como importantes marcos para a luta pela reforma urbana em defesa do direito à cidade.

O Estatuto da Cidade vem estruturado por instrumentos destinados à garantia do cumprimento da função social da propriedade, trazendo, por exemplo, sanções ao descumprimento de determinações para o adequado uso do solo e os tipos de solo a serem usados, o IPTU progressivo e a desapropriação para fins de reforma urbana; critérios para a elaboração e execução do Plano Diretor Municipal; instrumentos voltados à regularização fundiária das áreas urbanas ocupadas por população de baixa renda; instrumentos para a concretização da gestão democrática da cidade, dentre os quais as audiências públicas, os conselhos e conferências das cidades.⁴⁷

Esses instrumentos vêm apresentados no rol do artigo 4º do Estatuto, possuindo a maioria deles as especificidades demonstradas nos artigos subsequentes. Os que não recebem tratamento específico nesta Lei se tornaram objeto de outra normativa, a exemplo da *concessão de uso especial para fins de moradia*, cuja parte foi vetada e posteriormente positivada por meio de medida provisória.

Pode-se perceber que fora frisada a relevância e supremacia do preceito de atendimento à função social da cidade e da propriedade, assim como em outros temas ao longo do texto constitucional, com menção expressa, servindo como objetivo basilar dos instrumentos da política urbana, bem como vêm expressas as sanções, com aplicação sucessiva, ao seu desatendimento.

⁴⁷ SAULE JÚNIOR, 2006, p. 24.

Assim, o Estatuto da Cidade vem regulamentar o disposto na Constituição como ela própria determina, de acordo com as linhas gerais traçadas nos artigos do capítulo sobre a Política Urbana, com destaque ao que fora disciplinado pelo artigo 182 parágrafo 4º referente aos instrumentos que serão utilizados para gerir a política urbana.

No texto de Vanêscia Buzelato Prestes e Andrea Teichmann Vizzoto, encontramos uma passagem que descreve bem a característica do Estatuto de representar um sistema de diretrizes e instrumentos a elas vinculados que merece transcrição:

Há uma vinculação sistêmica dos instrumentos e de sua utilização, bem como sanções por descumprimento das regras ali contidas que demandam condutas responsáveis, planejadas, gerenciadas e geridas para que se alcance de modo efetivo as diretrizes gerais do artigo 2º do Estatuto da Cidade e os comandos constitucionais contidos no capítulo da política urbana.⁴⁸

No conteúdo do Estatuto da Cidade, no sentido do cumprimento da função social da propriedade, destaca-se, além da gestão democrática - sobre a qual falaremos no próximo capítulo - os instrumentos da política urbana expressos no artigo 4º, onde destacamos o do inciso III, referente ao planejamento municipal, em especial o plano diretor, e os institutos jurídicos e políticos, em especial os das alíneas: h) concessão de uso especial para fins de moradia, i) parcelamento, edificação ou utilização compulsórios e q) regularização fundiária.

Dentre esses instrumentos estatutários um deles toma histórica importância pela relação direta que guarda com a questão de distribuição territorial, ou seja, com a regularização fundiária. Se trata do instituto que está previsto no artigo 4º, inciso V, alínea i, que determina o *parcelamento, edificação ou utilização compulsórios*.

Vem como forma de forçar os proprietários a adequarem suas propriedades às condições de atendimento à função social da propriedade, pela iminência da necessidade de promover habitação às camadas sociais desfavorecidas pelo contexto de desigualdade.

A divisão territorial, tal como se deu, e o resultado dos posteriores redimensionamentos contratuais de propriedades que ocorreram ao longo dos

⁴⁸ VIZZOTO e PRESTES, 2009, p. 138

cinco últimos séculos são caracterizadas pela concentração de grande quantidade e extensão de terras por dono.

O sistema de latifúndios foi sustentado por motivos como a produção monocultora que gerou diversos ciclos produtivos que centralizavam uma época inteira (décadas) em um só produto. Esses sistemas estavam interligados à estrutura exportadora, ou seja, dependiam da estabilidade econômica dos países que consumiam os produtos brasileiros. Com as sucessivas crises internacionais, a produção brasileira era diretamente afetada e, em seguida, centralizada em um novo produto.

Hoje, apesar de haver diversas fontes de produção para exportação e consumo interno, ainda vigora o sistema latifundiário, marcado por essa produção monocultora, pela pecuária e pela improdutividade. A conservação de terras sem utilização, apenas no aguardo de uma valorização ou empreendimento rentável, é atualmente problema de foco especial na seara do direito à cidade.

Segundo Ermínia Maricatto,

Noutros países como o Brasil, a industrialização tardia conviveu o tempo todo com a manutenção do latifúndio improdutivo. A retenção das terras improdutivas é uma das características do patrimonialismo e um dos maiores problemas do campo e das cidades latino-americanas, pois dificulta a ocupação sustentável e justa do território.⁴⁹

Pela leitura do art. 182 par. 4º da CF, depreende-se que a determinação de parcelamento, edificação ou utilização compulsórios será feita caso o proprietário não promova o adequado aproveitamento do solo - de acordo com a lei que defina a qual corresponde. Porém, conforme ressalta Fernando Almeida, não configura uma sanção em si, mas sim uma obrigação que nasce através de imposição administrativa. “Seriam então aparentemente duas obrigações, mas, em verdade, resumem-se a uma mesma: *promover o adequado aproveitamento do solo urbano*, aproveitamento este que implica *parcelá-lo, edificá-lo ou utilizá-lo.*”⁵⁰

Ellade Imparato considera que podem ser levantados dois problemas que dificultam a realização da plena função social da propriedade atribuída pela Constituição de 1988, sendo estes a falta de correspondência entre o registro do título de propriedade e a representação gráfica no espaço urbano que o imóvel possui; e a ausência de obrigação legal de manutenção e atualização de mapas

⁴⁹ MARICATTO 2007, p. 61

⁵⁰ ALMEIDA, 2004, p. 65

cadastrais dos cartórios de registros de imóveis, o que, por sua vez, traz problemas à resolução de conflitos no judiciário e à administração pública no exercício do poder de polícia.⁵¹

A origem deste impasse se encontra na forma como historicamente o ordenamento jurídico brasileiro foi conferindo regulamentação à propriedade e estabelecendo terras devolutas de acordo como constassem residualmente às declarações e documentos apresentados por proprietários para comprovar e legitimar seus imóveis. “As descrições das terras declaradas não se baseavam em qualquer tipo de levantamento topográfico (...) as descrições baseavam-se em marcos instáveis, como acidentes geográficos e nome de vizinhos.”⁵²

Assim, com pouca evolução nos elementos componentes da definição das propriedades brasileiras, o Código Civil de 1916 trazia inovações sobre especificidades de registros que não modificavam a estrutura originária anterior, nem sequer introduziam a necessidade de vinculação dos bens a mapas cartográficos. Desta forma foram sendo acrescentadas normas basicamente procedimentais que não sanavam esta lacuna, apesar da vasta normativa que se seguiu sobre o parcelamento do solo - constante no Estatuto da Cidade - mas mantendo a estrutura antiga das normas registrarias.

O que isto pode significar para viabilizar a execução este instrumento de modo que ele cumpra a função social nesse sentido, vai depender da maior ou menor conformidade entre a realidade cartográfica e os dados dos registros oficiais, ou seja, de um trabalho técnico que sane as desconformidades existentes nos registros até hoje oficiais.

Por outro lado, apesar dessas dificuldades, o instituto jurídico do parcelamento, edificação ou utilização compulsórios configura um importante artifício para a política urbana, no que tange à tutela do direito à moradia, bem como para “evitar a retenção especulativa de glebas e lotes e na implementação de uma política de eliminação de terrenos abusivamente vagos.”⁵³

O Estatuto da Cidade traz também hipóteses de sanção para o caso de não cumprimento da obrigação de parcelar, edificar ou utilizar o imóvel. Assim, torna-

⁵¹ IMPARATO, 2003, p. 382.

⁵² Idem.

⁵³ LIRA, 1997, p. 191.

se possível que a imposição deste instituto venha a ser atendida pela ameaça que a sanção representa, podendo gerar, inclusive, a perda do imóvel, como veremos.

Não obedecendo à determinação para promover o adequado aproveitamento do solo, o Município procederá à aplicação do IPTU progressivo no tempo, a título de sanção. Caso o proprietário cumpra a obrigação de parcelar, edificar ou utilizar a propriedade, o que pode ser feito a qualquer momento, o Município deverá suspender a cobrança do imposto na forma progressiva, cobrando, a partir do exercício seguinte, a alíquota correspondente aos imóveis semelhantes, uma vez que cessa a existência do fato que lhe trouxe origem.⁵⁴

Após a cobrança de cinco anos de IPTU progressivo, caso o proprietário não cumpra com a determinação de promover o adequado aproveitamento do solo, poderá o município prosseguir com a desapropriação. Cuida-se de desapropriação com caráter sancionatório⁵⁵. Há diferenças entre as modalidades de desapropriação previstas em lei, havendo o tipo ordinário, com fundamento no art. 5º, XXIV da CF, em que se evidencia a supremacia do interesse público sobre o particular, realizada mediante indenização prévia, justa e em dinheiro, tendo como pressupostos a utilidade pública, a necessidade pública e o interesse social.

A desapropriação que se trata aqui é condicionada ao não cumprimento da função social. Nesta há indenização, mas não será prévia nem em dinheiro, mas sim mediante títulos da dívida pública, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Merece atenção o parágrafo 4º e seguintes desse artigo, que retomam a importância dada ao parcelamento, edificação ou utilização como formas necessárias ao adequado aproveitamento da propriedade, no intuito de fazê-la cumprir com a função social:

§ 4º O Município procederá ao adequado aproveitamento do imóvel no prazo máximo de cinco anos, contado a partir da sua incorporação ao patrimônio público.

⁵⁴ Cumpre salientar que a cobrança progressiva do referido imposto só poderá ser feita até o prazo de 5 anos, conforme consta do caput do art. 5º, bem como não poderá ter alíquota superior ao dobro de ano anterior ou a 15%. Passados os 5 anos, cessa o aumento da alíquota, permanecendo-se a cobrança do IPTU com base na alíquota máxima (art. 7º, parágrafo 2º), indefinidamente, até que o proprietário cumpra a obrigação.

⁵⁵ Art. 8º Decorridos cinco anos de cobrança do IPTU progressivo sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização, o Município poderá proceder à desapropriação do imóvel, com pagamento em títulos da dívida pública.

§ 5º O aproveitamento do imóvel poderá ser efetivado diretamente pelo Poder Público ou por meio de alienação ou concessão a terceiros, observando-se, nesses casos, o devido procedimento licitatório.

§ 6º Ficam mantidas para o adquirente de imóvel nos termos do § 5º as mesmas obrigações de parcelamento, edificação ou utilização previstas no art. 5º desta Lei.

Conforme art. 52, inciso II, o prefeito que não atender a essa exigência, ou seja, iniciar a prática dos atos de aproveitamento no prazo de 5 anos, incorre em improbidade administrativa.

Pôde-se perceber que o instrumento jurídico estatutário do parcelamento, edificação ou utilização compulsórios possui o claro objetivo de buscar o atendimento da função social da propriedade, trazendo imposições de caráter de obrigação, de fazer, como estímulo anterior à efetiva sanção, viabilizando ao proprietário atuar conforme os preceitos constitucionais de justiça social.

Outro instituto que toma importância é a concessão de uso especial para fins de moradia, que teve sua regulamentação trazida posteriormente ao Estatuto da Cidade, através da Medida Provisória nº 2220, de 4 de setembro de 2001.

O instituto da regularização fundiária, conforme explanado no item anterior deste capítulo destina-se ao ordenamento das ocupações informais, na perspectiva de reversão do quadro de exclusão e segregação social para oferecer a titularização imobiliária das terras ocupadas informalmente, bem como aprimorar a infraestrutura desses locais, para tutelar os demais direitos que se complementam ao direito à moradia, no sentido da tutela do direito à cidade.

Por fim, o Plano Diretor é o instrumento capaz de sistematizar toda a política urbana municipal, estabelecendo os institutos jurídicos a serem privilegiados em determinadas áreas, trazendo o sistema de acompanhamento e controle social determinado pelo Estatuto da Cidade e complementado pela Resolução nº 34 do ConCidades e oferecendo uma estrutura interdisciplinar para relacionar as várias questões que podem se expressar numa mesma cidade - moradia, saúde, meio ambiente, turismo, educação, cultura, transporte, dentre outras.

Assume, portanto, relevância o conteúdo do plano diretor, que deixa de ser uma lei de uso e ocupação do solo: é tratado como instrumento básico que orienta o cumprimento da função social da cidade e da propriedade urbana, lembrando que, nos termos do art. 5º, também da Constituição, a garantia do direito de

propriedade está diretamente vinculada ao cumprimento da sua função social.⁵⁶

Por mais que alguns instrumentos do Estatuto da Cidade possam ser considerados como autoaplicáveis, a organização sistemática oferecida pelo Plano Diretor, a aproximação que ele realiza com a realidade do município, com as necessidades da população, possibilita uma maior eficácia à lei federal.

Segundo José Afonso da Silva, “um plano, para ter sentido, há de ser resultado do processo de planejamento.”⁵⁷ Assim, destaca-se a importância de toda uma gama de episódios que concorrem para o produto final, ou seja, a elaboração de um projeto de Lei Complementar para o plano diretor municipal, a ser enviado para aprovação na câmara municipal.

O mesmo autor, em sua obra sobre o Direito Urbanístico brasileiro, inicia o item no qual enumera os princípios que considera básicos do planejamento local que seja adequado à realidade com o seguinte: “I- *O processo de planejamento é mais importante que o plano.*”

José Afonso da Silva traça ainda etapas relativas à evolução da concepção de plano diretor, descrevendo-o como o documento que traz as regras para o desenvolvimento urbano municipal, operando em nível local.

De início, o principal propósito do planejamento urbanístico era promover ações necessárias à estética urbana, adquirindo posteriormente as funções de distribuição de edificações segundo premissas econômicas e arquitetônicas, e ganhando aos poucos caráter mais voltado à motivação social, o que culminou na institucionalização do plano como objeto de desempenho das funções sociais da cidade.

Conforme destaca Rogério Gesta leal,

Dentro desse contexto, o Plano Diretor constitui um elemento fundamental para se pensar e realizar a idéia de função social da cidade, e mesmo da propriedade, uma vez que é atribuída a ele a implementação das políticas públicas determinantes dos rumos a serem tomados por cada cidade, de acordo com seus interesses e necessidades específicas – e não somente com os projetos corporativos e individuais que se cristalizam nos espaços tradicionais de poder instituídos no âmbito espacial das cidades.⁵⁸

Dessa forma, o processo do planejamento adquiriu o caráter de instituição jurídica, pois não apenas o plano está vinculado a diretrizes e princípios como, por

⁵⁶ GUIMARÃES, 2010, p. 12.

⁵⁷ SILVA, 2010, p. 135.

⁵⁸ LEAL, 2003, p. 168.

exemplo, a função social da cidade, mas também sua elaboração deve observar o princípio da gestão democrática da cidade, devendo ser exercida a participação popular em todas as etapas referentes ao plano diretor.

“Considera-se *processo de planejamento* a definição de objetivos determinados em função da realidade local e da manifestação da população, a preparação dos meios para atingi-los, o controle de sua aplicação e a avaliação dos resultados obtidos.”⁵⁹

“Mais que isso, o processo demanda uma mudança cultural. Para construir a possibilidade real de participação de quem está historicamente excluído dos processos decisórios é necessária uma ação estruturada de mobilização social. É preciso alterar as ferramentas do diálogo e trabalhar com outras linguagens: a arte, a música, a religião, o corporal, as histórias vividas.”⁶⁰

Acrescenta-se à importância do processo, a necessidade de que ele se materialize normativamente em um plano, não sendo, apenas o processo, suficiente para que tenha legitimidade para operar as transformações que forem determinadas para a realidade. Assim, entende José Afonso da Silva que o processo ganha sentido com a elaboração do plano, afirmando que “Enquanto não traduzido em planos aprovados por lei (entre nós), o processo de planejamento não passa de propostas técnicas e, às vezes, simplesmente administrativas, mas não tem ainda dimensão jurídica.”⁶¹

“(...) o *plano urbanístico* não constitui simples conjunto de relatórios, mapas e plantas técnicas, configurando um acontecer unicamente técnico. Compenetrando-se da realidade a ser transformada e das operações de transformação que consubstanciam o processo de planejamento, sob pena de ser mera abstração sem sentido, o plano urbanístico adquire, ele próprio, por contaminação necessariamente dialética, as características de um *procedimento jurídico dinâmico*, ao mesmo tempo *normativo e ativo*, no sentido de que os anteprojetos elaborados por técnicos e especialistas adquirem a categoria de *diretrizes* para a política do solo e sua edificação, ao mesmo tempo em que, em seus desdobramentos, se manifesta como conjunto de atos e fundamentos para a produção de atos de atuação urbanística concreta.” (itálico do autor)⁶²

É importante estudar as bases que fortaleceram o desenvolvimento do direito à cidade, a luta social para a consolidação de instrumentos que contribuem para a minimização dos conflitos urbanos. Nesse sentido, a participação popular para a efetivação da gestão democrática da cidade é fundamental, como veremos no capítulo seguinte.

⁵⁹ SILVA, 2010, p. 133.

⁶⁰ MINISTÉRIO DAS CIDADES, 2004, p. 44.

⁶¹ SILVA, 2010, p. 92.

⁶² SILVA, 2010, p. 93.