

Direito Urbanístico constitucional: princípios e diretrizes para a realização do direito à cidade

Wagner de Oliveira Rodrigues¹, wagneruk@faminas.edu.br

1. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Campos, RJ; professor na Faculdade de Minas (FAMINAS), Muriaé, MG; advogado.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo delinear o marco teórico constitucional que se definiu, a partir de 1988, no trato da questão urbana e de suas principais orientações para o atendimento do direito à cidade, enquanto resultado da luta das entidades sociais pela reforma urbana e pelo desenvolvimento sustentável do meio ambiente construído e antrópico.

Palavras-chave: Direito Urbanístico, Constituição Federal, cidades.

RESUMEN: Derecho Urbano constitucional: principios y directrices para la realización del derecho a la ciudad. El presente artículo tiene por objetivo trazar el marco teórico constitucional que fue definido a partir de 1988, en el tratamiento de la cuestión urbana y de sus principales orientaciones para el atendimento del derecho a la ciudad, como resultado de la lucha de las entidades sociales por la reforma urbana y por el desenvolvimiento sustentable del medio ambiente construido y antrópico.

Palabras llaves: Derecho Urbanístico, Constitución Federal, ciudades.

ABSTRACT: Constitutional City Planning Right: principles and guidelines for the accomplishment of the right to the city. The present article has the

objective to delineate the theoretical constitutional mark which was defined, starting from 1988, in the treatment of the urban subject and of its main orientations for the attendance of the right to the city, as a result of the fight of the social entities for the urban reform and for the sustainable development of the built and anthropic environment.

Key words: City Planning Right, Federal Constitution, cities.

Introdução

A dimensão jurídico-social que os municípios alcançaram, com a queda do regime ditatorial e a redemocratização do país, a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, possibilitou o questionamento das políticas públicas sobre os instrumentos urbanísticos que pairavam na regulação do espaço urbano e das interações nele produzidas, uma vez que os planos ora direcionados a estas municipalidades concebiam uma projeção de cidade do futuro, não considerando assim as características preexistentes, mas tão somente relevando promessas legisladas de investimentos em aparelhos urbanos e controle (privado) sobre o solo urbano, resultando, desde então, em uma concepção tecnocrática da legislação urbanística, favorecendo a especulação imobiliária, o crescimento horizontal das cidades e o afastamento do serviço público à população de baixa renda.

A pretensão de lançar as tendências do urbanismo na legislação planificadora do país ocorreu a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e, anos após, pela lei federal nº 10.257/2001, através do chamado Estatuto da Cidade, impondo aí os valores do Estado Democrático de Direito e os princípios da ordem econômica como os vetores da política urbana, previstas suas competências, regulamentações e políticas na CRFB/1988, a serem incididas por todos os entes federativos do país; vetores tais que merecem uma observação, inicial, no surgimento e importância do Direito Urbanístico para a ciência social aplicada e, conseguinte, para o meio ambiente construído e antrópico, objeto de proteção deste mesmo ramo do Direito.

I – Origens do Direito Urbanístico

Por conta do próprio limite que se impõe ao tema, o surgimento do Direito Urbanístico nos outros países se deu de forma mais rápida que no Brasil em função da própria localidade por onde surgem e se confrontam as tendências

urbanísticas a respeito de planejamento urbano, só anos após, sendo transportada para o país a idéia de planificação e urbanificação. Fazendo uma breve passagem pelo surgimento do urbanismo no Direito comparado, aponta Gaston Bardet que:

Foi a Suécia quem declarou, primeiramente, em sua lei de 1874, que toda cidade deveria ter seu plano de extensão. Nos Países Baixos, a lei sobre os projetos de planejamento é de 1901. A lei prussiana sobre a colonização, de 10 de agosto de 1904, criou os perímetros de aglomeração. O Town Planning Act data de 1909 (2001, p. 25).

Neste sentido, Hely Lopes Meirelles expõe que, no Brasil, o urbanismo se expressa no Direito como expressão do desejo coletivo na organização dos espaços habitáveis, atua em todos os sentidos e em todos os ambientes, através de normas de duas ordens: normas técnicas de planejamento e construção, recomendadas pelas ciências e artes que lhe são tributárias; e normas jurídicas de conduta social, exigidas e impostas pelo ordenamento legal vigente. As primeiras disciplinam a utilização do solo, o traçado urbano, as áreas livres e os espaços verdes, as edificações, o sistema viário, os serviços públicos e o que mais se relacione com a ordenação espacial e a organização comunitária; as últimas visam a assegurar coercitivamente a observância das regras técnicas. Segundo Meirelles “aquelas são normas-fins; estas, normas-meios. Ambas imprescindíveis para o atingimento dos objetivos urbanísticos” (1998, p. 371).

Desta forma, a íntima relação do Direito com o urbanismo se apresenta não por conta de uma necessidade simples de ordenar pelo jurídico o técnico, mas sim por conta das relações humanas derivadas da aplicação da técnica urbanística no cenário em que os atores sociais praticam seus atos da vida civil, condicionando o exercício da propriedade particular às funções sociais a que pertence e como uma forma de estender mesmo os direitos sobre esta cidade, numa demonstração de justiça social a “todos e a tudo o que possa propiciar o maior bem para o maior número” (MEIRELLES, 1998, p. 37).

No entanto, tal conclusão prévia não pode ser anunciada como uma prática comum. O próprio desafio assumido no estudo do urbanismo e do Direito Urbanístico no país demonstrou uma clara distorção entre os dados técnicos levantados (quando levantados) e a produção normativo-legal oriunda do Poder Público como consequência de uma distância significativa entre o real e o legal. Tal se afirma em função do próprio crescimento urbano, a partir da chamada Revolução de 1930 e o processo de produção do capital engendrada no país. Daí a ponderação de Edésio Fernandes, quando afirma que a combinação entre a industrialização e a urbanização tem “provocado uma enorme concentração econômica, a qual tem determinado – e dependido em – um processo de exclusão política e segregação sócio-espacial da maior parte da população” (MEIRELLES, 1998, p. 3).

Os estudos acadêmicos e técnicos sobre os impactos da urbanização no país se deram a partir dos anos de 1930 até 1970 quando, evoluídas as questões relativas à propriedade rural e urbana, passou-se a estudar as relações provocadas entre a realidade urbana e a lei, traduzidas nas questões de direitos reais, administrativos e municipais.

O Direito Urbanístico ainda estava sob gênese, vivendo uma fase de infância e traçando, ainda aqui, os seus princípios fundamentais. Só a partir dos anos de 1970 é que o Direito Urbanístico, agora calcado nas técnicas e artes do urbanismo, quando leis nacionais instituirão mecanismos urbanísticos, serão publicados os primeiros tratados sobre o novo ramo do Direito, os entes públicos se lançarão em uma crescente ação urbanística, editando planos e normas e intervindo na organização das cidades, como afirma Fernandes:

Por outro lado, o estudo do processo de urbanização também tem sido negligenciado pelos juristas, os quais, com as poucas exceções que serão mencionadas adiante, têm se negado a compreender que, depois de seis décadas de crescimento urbano intensivo, a ordem jurídica existente não mais expressa a ordem urbano-social real, enquanto a ordem jurídico-institucional prevalente não reflete a ordem urbano-espacial existente (1988, p. 6).

Desta forma, a cegueira proposital com que se tem feito face ao pluralismo jurídico sobre as relações urbanas e a legislação oficial inoperante têm feito com que haja a criação de uma divisão espacial-legal que coaduna dois ambientes lado a lado: a cidade *legal* e a cidade *ilegal*, cujas características são mais que marcantes sobre o nível de acesso à cidade do que o direito à mesma. Daí atestar que todas estas tendências, técnicas e práticas surgidas no campo do urbanismo o colocam como pressuposto fundamental para a realização da concessão, limitação e condicionamento dos direitos sociais sobre a cidade, traduzindo o Direito Urbanístico como o ordenamento mais condizente segundo a ordem jurídica vigente (FERNANDES, 1998, p. 6; MARICATO, 1996, p. 58).

Face ao fenômeno de omissão fática aos direitos sobre a cidade, só no século XXI é que, no país, a criação de leis neste sentido pôde realizar este desígnio, principalmente no advento da lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, o chamado Estatuto da Cidade, em todas as esferas federativas do país, tanto na edição de planos nacionais e estaduais de urbanismo quanto à implantação dos planos diretores municipais, e suas leis urbanísticas regulamentadoras (1996, p. 58).

II – Princípios constitucionais do Direito Urbanístico

As normas de Direito Urbanístico seguem toda uma base teleológica, que justifica a incisão de seu regramento no fato social demandado. Inicialmen-

te, com base na doutrina alienígena, apresenta Antonio Carceller Fernández cinco princípios *informadores* do Direito Urbanístico:

a) princípio da função pública do urbanismo, já que fornece ao Direito que lhe corresponde sua característica de instrumento normativo pelo qual o Poder Público interage e impõe, através de suas normas e de seu poder de polícia, no meio social e no domínio privado, sem prejuízo do princípio da legalidade, as orientações jurídicas a respeito;

b) princípio da conformação da propriedade urbana face às normas jus-urbanísticas, consequência do princípio anterior;

c) princípio da coesão dinâmica das normas jus-urbanísticas, cuja eficácia assenta basicamente em conjuntos normativos (procedimentos), antes em normas isoladas;

d) princípio da afetação das mais-valias ao custo da urbanificação, de onde os proprietários dos terrenos beneficiados pela ação de melhoria do Poder Público devem satisfazer as mesmas vantagens auferidas, dentro dos limites destas mesmas vantagens a cada um, como compensação pela melhoria das condições de edificabilidade que dela derivam para os seus lotes;

e) princípio da justa distribuição dos benefícios e ônus derivados da atuação urbanística. Cabe ressaltar aqui que o mesmo, consequência do item “d”, está disposto no Estatuto da Cidade (lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001), como diretriz geral, no seu art. 2º, inciso IX (FERNÁNDEZ, 2000).

Todos estes princípios atendem a parte da demanda hermeneuta que o legislador deve conceber na hora de planejar o espaço urbano. De certa forma, traduzem-se em conceitos principiológicos que o Direito Urbanístico necessita para edição de suas leis e planos. Nelson Saule Júnior, em obra própria, aborda os princípios em duas frentes constitucionais: a) dos valores do Estado Democrático de Direito e b) da ordem econômica nacional, descritos a seguir (SAULE JÚNIOR, 1997, p. 46).

2.1 – Dos valores do Estado Democrático de Direito

O preâmbulo constitucional, referente à CRFB/88, apresenta a síntese de valores e princípios que se tornaram normas diretoras do desenvolvimento da sociedade, após anos de repressão do Executivo Federal sobre as demais esferas de poder e entes federativos.

Institui no país um regime de Estado Democrático de Direito e assegura “os valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida com a ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”, sob a precípua função de constituir um Estado livre e consciente de seus preceitos e ações, além da participação da sociedade civil nos processos de participação de seu próprio destino (Op. Cit., p. 43).

Com isto, e baseado num regime democrático que consubstancie uma representatividade e uma participação de todos os setores da sociedade, a possibilidade de um desenvolvimento integral, com liberdade de participação crítica no sistema político aliado às condições de igualdade econômica, política e social – cujas condições terão que ser aplicadas pelo próprio Estado, como medidas de equalização das divergências e distorções urbanísticas provocadas ao longo de anos de urbanização brasileira – são fatores fundamentais para a realização dos primados constitucionais dos arts. 1º e 3º da Carta Maior de 1988. Deste modo, derivados dos princípios fundamentais da República, elencam-se sete princípios, dentre eles:

a) Princípio da constitucionalidade: especificado por José Afonso da Silva, trata-se de uma expressão da legitimidade do estado democrático de direito em uma Constituição rígida, “emanada da vontade popular, que, dotada de supremacia, vincule todos os poderes e os atos deles provenientes, com as garantias de atuação livre de regras da jurisdição constitucional” (SILVA, 2004, p. 122), fazendo com que todos os atos legislativos emitidos pelos entes da federação possam não ferir o preceito constitucional, seja através de norma infundada ou via omissão do Poder Público para tanto.

Em relação à norma urbanística, se tal não estiver consoante ao preceito constitucional, pende a mesma para sua inconstitucionalidade. Caso exemplar está por conta da produção do plano diretor fora dos parâmetros básicos de construção e edição da norma, como a ausência de participação popular, cuja participação é obrigatória, sob pena de inconstitucionalidade da norma municipal, pautado na obrigação da participação popular na consolidação do plano diretor (BRASIL, 2001, p. 48).

b) Princípio da soberania popular: norte constitucional que vai derivar no princípio da participação popular, e tendo fulcro constitucional no art. 29, inciso XII, o direito à participação numa sociedade democrática se transforma em requisito constitucional essencial para a realização da elaboração das normas urbanísticas.

No âmbito municipal, a aplicação deste princípio se estabelece, em especial, na instituição do plano diretor e a fiscalização de sua implementação tanto do âmbito do executivo municipal como da câmara de vereadores. Assim, este planejamento participativo deve ser compreendido como um processo resultante de práticas de cidadania voltadas para eliminar as desigualdades sociais e os obstáculos para a efetivação do direito à cidade. Como afirma Saule Júnior:

Como formas de exercitar a democracia participativa estão previstos como instrumentos de participação popular, o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular, e os sistemas de gestão democrática de políticas públicas, que visam garantir uma participação política vinculante dos cidadãos nos processos de decisão sobre assuntos de interesse local ou nacional. O referendo popular e o plebiscito são

mecanismos que permitem através da consulta popular a participação dos cidadãos de forma direta para proferir decisões relacionadas com a política institucional que afetam os interesses da sociedade (BRASIL, 2001, p. 48).

Tal concretude à participação popular se faz através de mecanismos que devem estar previstos em todas as fases do plano diretor, desde o direito de iniciativa popular de apresentação de propostas e emendas ao plano, de audiências públicas como requisito obrigatório até consultas públicas por meio de referendo ou plebiscito mediante a solicitação da própria comunidade (BRASIL, 2001, p. 51).

Ainda neste presente, os direitos à publicidade e à informação são imperativos ao contexto da participação popular, uma vez que os mais diversos tipos de controle e participação perpassam pelo acesso à população, através de todos os meios de comunicação disponíveis, aos atos referentes ao processo de formulação e aplicação do plano diretor, em verdadeiro exercício de soberania popular e de afirmação da democracia direta num novo contexto de produção normativa do planejamento urbano a vigor no país (ROLNIK, 2002, p. 52).

c) Princípio da justiça social: a concretude das políticas públicas só irá causar o impacto desejado se a isonomia provocada entre as partes deste processo de planejamento urbano se ocorrer a aplicação destes princípios de forma universal (BRASIL, 2001, p. 54).

Desta forma, a justiça social se fará presente, uma vez que o trato das questões urbanas for feito com base na cidade real e não na legal, puramente falando. Envolve-se aqui a cidade real como a concepção própria deduz: uma cidade com os traços de morfologia social originalmente apresentada, em contrapartida da cidade legal, de onde apenas é reconhecida a cidade na medida em que o trato legislativo a tipifica para aplicação de sua proteção e aplicação de suas políticas públicas. Feita a isonomia na planificação presente, far-se-á justiça social, promovendo assim a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Cidade em todos os seus aspectos (MARICATO, 1996, p. 54).

No mesmo ritmo, a observância ao exercício eficaz da cidadania e da dignidade da pessoa humana somente deixará de ser uma abstração quando o Estado e a sociedade, através de um conjunto de ações direcionadas a promover a justiça social, se voltarem a atender às demandas urbanas com base nos objetivos fundamentais de um estado democrático de direito (SAULE JÚNIOR, 1997, p. 53-54).

d) Princípio da igualdade: disposto na Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 5º, *caput*, aliado aos outros dispositivos constitucionais (arts. 3º, III, IV; 5º, I; 7º, XXX e XXXI; 170, 193, 196 e 205), tem como norte a busca da consciência sã de oportunidades e desigualdade nata que surge entre as pessoas humanas e que, através da norma, se põe em sua desigualdade numa condição de promoção proporcional às suas necessidades,

equalizando então as demandas preexistentes. A partir disto, se faz existir um conceito real de igualdade jurídica segundo, pelo qual, todos são iguais perante a lei na medida de suas desigualdades. Por isto, trata Carmem Lúcia Antunes Rocha, o seguinte:

O que se quer é a igualdade jurídica, que embase a realização de todas as desigualdades humanas e as faça suprimimento ético de valores poéticos que o homem possa desenvolver. As desigualdades naturais são saudáveis, como são doentes aquelas sociais e econômicas, que não deixam alternativas de caminhos singulares a cada ser humano único (ROCHA apud SILVA, 2000, p. 212).

A partir daí formularam-se os conceitos de isonomia: formal e material. No primeiro, compreende-se o tratamento da lei de forma igual a todos, sem levar em conta distinções de grupos, o que na realidade pede-se um confronto desta isonomia com outras normas constitucionais, para cumprir as exigências da justiça social, objetivo tanto da ordem social quanto econômica. Já no segundo, a questão de estabelecer relações de igualdade material, regras que “proíbem distinções fundadas em certos valores, ao vedarem diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão”, dentre outros (SILVA, 2000, p. 211).

Assim, atenderá ao princípio da igualdade, por exemplo, na promoção de políticas públicas proporcionais às demandas locais, como meio de propiciar o direito à moradia e à cidade através de políticas de zoneamento por interesse social, estipulando medidas próprias para o equacionamento dos problemas urbanísticos presentes (ALFONSIN apud FERNANDES et al, 2003, p. 167).

e) Princípio da separação dos poderes: também chamado de princípio da divisão dos poderes, previsto no art. 2º da CRFB/1988, determina que são poderes da União, independentes e harmônicos em si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Com isto, e através dos respectivos órgãos, há uma distinção de funções em suas tarefas governamentais, em que há órgãos especializados no cumprimento de cada obrigação a eles designada. Se tais fossem exercidas por um órgão apenas, haveria concentração de poderes (SILVA, 2000, p. 108).

No entanto, para além da distinção, há uma divisão de poderes, fundamentado em uma especialização funcional, por decorrência da natureza da atividade que cada poder realiza e uma independência orgânica, em que cada órgão é efetivamente independente dos outros, ou seja, não prestam subordinação entre si. É por isto que o elo de participação entre os poderes se dá de forma harmônica, quando há distribuição de funções próprias e delegação de ações de interesse comum em atividades que envolvam várias esferas funcionais (SILVA, 2000, p. 109).

f) Princípio da legalidade: princípio fundamental do estado democrático de direito, impõe-se ao estado de direito a obediência a esta premissa, e é a partir dela que se realiza a igualdade e a justiça, dentro da equalização necessária em cada demanda pela lei surgida. Com relação a isto é que se estabelece o art. 5º, II, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por onde, segundo José Afonso da Silva:

O texto não há de ser compreendido isoladamente, mas dentro do sistema constitucional vigente, mormente em função das regras de competência entre os órgãos do poder, de onde decorre que o princípio da legalidade ali consubstanciado se funda na previsão de competência geral do Poder Legislativo para legislar sobre matérias genericamente indicadas, de sorte que a idéia matriz está em que só o Poder Legislativo pode criar regras que contenham, originariamente, novidade modificativa da ordem jurídico-formal, o que faz coincidir a competência da fonte legislativa com o conteúdo inovador de suas estatuições, com a consequência de distingui-la da competência regulamentar (2000, p. 420).

Com relação à citação acima, no Direito Urbanístico o dever de legalidade está presente sob uma visão teleológica, em que a forma da produção da lei, voltada para resultados efetivos e sociais, é que vincula o legislador a adentrar no critério de legalidade da norma: se não houver o envolvimento da participação popular no processo de concepção legal, todo o resto terá sua legalidade prejudicada. Assim, a participação da sociedade torna-se exigência crucial para que haja a legalidade do planejamento local na produção de seu Direito, pois se o poder emanado do povo não for legítimo através de mecanismos diretos como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular, sem prejuízo das plenárias e conferências públicas, nas vezes em que for obrigatória tal intervenção, o princípio da legalidade não atingirá a sua essência e, conseguinte, não realizará, no texto e na ação desta lei, os objetivos e fundamentos da República gravados na Carta Magna (SILVA, 2000, p. 424).

g) Princípio da segurança jurídica: é o alicerce inafastável do Direito, em que consiste em sua própria eficácia, devendo ser visualizado como fator que traz a paz e a estabilidade normativa, além da pacificação social pela proposição prévia de suas normas e a sua eficaz aplicação, pela adequada interpretação que significa mesmo a garantia dada pelo estado democrático de direito. Dentre estas propostas, vários direitos fundamentais estabelecidos na Carta Magna propiciam a realização desta segurança jurídica (uma vez que está circunscrito tal no art. 5º, incisos XXXVI a LXXIII, da CRFB/1988), sendo os principais o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (BRASIL, 2001, p. 43).

Para além, passando às garantias constitucionais penais e de Direito Internacional público e privado, o *habeas data*, o mandado de injunção e a ação popular são instrumentos que podem ser úteis no conhecimento, regulamentação e ajuizamento de medidas judiciais são pertinentes às garantias das normas urbanísticas, em geral (SAULE JÚNIOR, 1997, p. 47).

Não obstante uma possível omissão do Poder Público no trato das questões sociais, já que a ordem urbanística fora concebida dentro de padrões de urbanização que estão para além do interesse público, a regulação da segurança jurídica também é própria da ação privada entre os sujeitos, baseado em lei, está vinculado à segurança jurídica, uma vez que possa derivar em “um conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida” (SILVA, 2000, p. 431).

2.2 – Dos princípios da ordem econômica

Nelson Saule Júnior ressalta que a política urbana está subordinada à somatória de princípios e objetivos espalhados na Constituição. Nesta ordem, os princípios da ordem econômica estão previstos no artigo 170 da Carta Magna de 1988, tendo os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, concomitantes aos fundamentos de ordem econômica, com o precípua objetivo de promover a dignidade da pessoa e, ao mesmo tempo, constituírem-se entre si uma finalidade e fundamento do Estado brasileiro (1997, p. 54).

Deve assumir tal diretriz constitucional a valorização do ser humano e a livre iniciativa, tomada do ponto de vista social e irredutível frente à pretensão econômico-empresarial, ou seja, pela expressão do dinamismo dos bens de produção. Também não é apenas a ordem econômica mera afirmação do capitalismo, mas uma liberdade assistida pelo trabalho junto ao capital (SAULE JÚNIOR, 1997, p. 54).

No caso das cidades e do Direito Urbanístico, a situação é muito mais sensível. Na produção dos bens de consumo e na atividade da economia na cidade, os impactos de uma ordem econômica injusta na sociedade podem ser de tal forma maligna que possam produzir segregação sócio-espacial e marginalidade urbana. Desta forma é que se tem comportado, em diversos matizes e dimensões, a terra urbana como valor agregado do capital urbano, fazendo com que hoje a favelização e a economia informal reproduzissem a retórica de sobrevivência que é evidente (MARICATO, 1996, p. 65).

Como reprodução imediata disto, a violência urbana também acompanha o ritmo, como reflexo de uma ordem econômica que não respeita a dignidade da pessoa humana, os valores do trabalho e da livre iniciativa, objetivos fundamentais para o progresso sadio e estável de qualquer civilização atual. O mercado imobiliário, neste sentido, representa o grande signo que estabelece a divisão dualista de cidade: se por um lado temos

a proliferação de formas de ilegalidade nas cidades, especialmente no contexto cada vez mais significativo da economia informal (...), do outro, o papel da legislação nesse processo de produção da ilegalidade urbana e da segregação espacial merece destaque, especialmente no que toca à visão individualista e excludente que ainda vigora no país (FERNANDES, 2002, p. 173-177).

Por conta destes fatores, e de outros que seguem a estes – reprodução de uma ordem econômica predatória que há pouco guarda novo enfoque com a Constituição da República Federativa de 1988 – aliados a um controle do mercado de terras urbanas que a legislação recente pretende incidir, apresentam-se os princípios relacionados:

a) Do princípio da função social da propriedade: o problema do fundamento racional da propriedade pode basicamente ser dividido entre os que defendem a relação contratual sob o rigor do Estado (Rousseau, Hobbes) e os que defendem o caráter natural da propriedade, pelo trabalho na terra exercido (Locke), longe das arras do Estado (BOBBIO, 1997, p. 38 e 103).

Num Estado social que conceda realmente a cada um segundo a sua necessidade e capacidade, sem detrimento do grupo social, a terra como propriedade teria o caráter exclusivamente social. A riqueza patrimonial tem origem social e deveria ter destino social. A propriedade, tendo tido origem social, há de seguir o mesmo caminho: ter um destino coletivo e fraterno, impedindo que uma única pessoa seja detentora das riquezas comuns face à população que necessita do mesmo bem para o exercício de sua cidadania (BALDEZ, 2002, p. 111).

Contudo, para a realização do Direito liberal de propriedade, o seu conceito não é nem filosófico, nem é jurídico, mas político-social. No plano jurídico, o patrimônio é resguardado pelo Direito Criminal, trazendo sinais evidentes de sua origem bárbara, a defesa de uma necessidade intransigente. No plano filosófico, como já dito, chegando ao estado de perfeita ignorância. Portanto, seu conceito é político e seu fundamento social (CYSNEIROS, 1985, p. 85).

Já no plano normativo o aspecto da função social da propriedade passa por um trato axiológico fatal, principalmente no cotejo dos diplomas legais que tutelam o direito de propriedade. Inicialmente, pelo Código Civil de 1916, não se definia o direito de propriedade e limitava-se a assegurar ao proprietário os poderes reais (gozo, uso e fruição) sobre este bem, em seu art. 524. Para este diploma, tais poderes são a demonstração de uma expressão do núcleo interno ou econômico do domínio e do núcleo externo jurídico – as ações cíveis de tutela de domínio – que “compõem o aspecto estrutural do direito de propriedade, sem nenhuma referência ao aspecto funcional do instituto” (TEPEDINO, 2004, p. 305).

Para a evolução do instituto, a Constituição Federal de 1946 revela, pela primeira vez, a função social da propriedade, dentro da prática intervencionista que caracterizou o Estado, em políticas assistencialistas e de socialização do Direito Civil, dando continuidade ao mesmo, mas sob contornos próprios, na Constituição Federal de 1967.

Mas o que caracteriza a função social da propriedade prevista na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 das anteriores é o caráter de direito fundamental assumido com o instituto ora em estudo em seu art. 5º, XXII e XXIII e, no que tange à ordem econômica, no art. 170, II e III. Na questão das cidades, o art. 182 e seguintes da Carta Magna de 1988 trata do assunto, dando uma dimensão específica à funcionalidade da propriedade urbana.

Antes mesmo da edição do novo Código Civil, de 2002, a CRFB/1988 já inovara no assunto, para funcionalizar a propriedade aos valores sociais e existenciais, já que a função social, por si só, não é completa sem o conteúdo específico que dá a característica a uma determinada propriedade. Isto se deve ao fato das propriedades de diversos matizes – urbano e rural, coletivo e individual – terem recebido tratamentos diversos – ou estatutos diferentes – para cada uma existente. Neste ínterim, a função social da propriedade urbana somente estará sendo atendida quando as exigências fundamentais de ordenação da cidade, expressas no plano diretor, forem atendidas. Segundo Tepedino:

A regra corrobora os princípios gerais da tutela da pessoa, do trabalho e da dignidade humana, demonstrando preocupação do legislador constituinte com os dramáticos conflitos sociais. A reserva legal, a teor do art. 182, vem informada pelos mesmos princípios solidaristas e humanistas que permeiam o capítulo inteiro dedicado à ordem econômica e social (2004, p. 310).

Um ano após a vigência do Estatuto da Cidade – lei federal nº 10.257/2001 –, que cuidaria de regular o conteúdo da função social da propriedade urbana, surge o art. 1228 do Código Civil, que dispõe sobre as faculdades do proprietário, em seu *caput*, e condiciona o seu bem imóvel às suas finalidades econômicas e sociais, de modo que “sejam preservados, de conformidade com a lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas” (§1º), do qual a propriedade urbana está devidamente conformada no texto do referido código à lei específica que a legitima. Desta forma, a contemplação hermenêutica sobre o direito sobre a propriedade urbana está mais que ligada a um complexo de conceitos que não só adjetivam a função social da propriedade, mas que lhe confere vida própria dentro de cada contexto em que o referido bem é inserto. Assim, “(...) a determinação do conteúdo da propriedade,

ao contrário, dependerá de centros de interesses extraproprietários, os quais vão ser regulados no âmbito da relação jurídica da propriedade” (2004, p. 317).

A função social introduziu, na esfera interna do direito de propriedade, um interesse que pode não coincidir com o do proprietário e que, em todo caso é estranho ao mesmo. Com essa concepção é que o intérprete tem que analisar e compreender as normas constitucionais, que fundamentam o regime jurídico da propriedade: sua garantia enquanto atende sua função social. Por isso é que se conclui que o direito de propriedade não pode mais ser tido como um direito individual. A inserção do princípio da função social, sem impedir a existência da instituição, modifica sua natureza, pois a propriedade não se concebe senão como função social (art. 5º, XXIII, § 2º c/c art. 6º, Emenda Constitucional nº 26 c/c art. 1º, III, art. 3º, III/ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 c/c art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro) (SAULE JUNIOR, 1997, p. 57).

Tendo em vista a negação de direitos proporcionada ao longo dos tempos, e da propriedade privada concentrada nas mãos de poucos, nas cidades o tema urge com alcance particular, através da chamada função social da propriedade urbana, verdadeiro desdobramento da função social da propriedade em geral, uma vez que determina que todos exerçam sua cidadania na medida em que possam ter acesso à propriedade privada, garantindo assim a fruição dos bens e serviços privados e públicos que a urbe oferece a todos (SAULE JUNIOR, 1997, 54).

Para que o planejamento alcance esta condição a todos, os mecanismos de uso e ocupação do solo urbano devem estar previstos para sua efetividade, dentre eles a democratização do uso, ocupação e posse do solo urbano, a promoção de justa distribuição dos ônus e encargos decorrentes das obras e serviços da infra-estrutura urbana, os recursos para tanto e a recuperação pró-coletividade da valorização imobiliária decorrente da ação do Poder Público e, sobretudo, o adequado aproveitamento dos vazios urbanos ou terrenos subutilizados ou ociosos, através de sanções respectivas, de modo a coibir a especulação sobre a terra urbana, que a transforma em reserva de valor (BRASIL, 2001, p. 47).

A isto têm surgido, dentro da função social da propriedade urbana, as chamadas funções sociais da cidade. Tal diretriz constitui um desdobramento constitucional advindo do art. 182 da Carta Magna, é um vetor que visa ao equilíbrio entre as formas de desenvolvimento econômico e o desenvolvimento social e humano na cidade. Desta forma, como princípio balizador da política urbana, pode propiciar tal entendimento no redirecionamento dos recursos e da riqueza de forma mais justa, combatendo as desigualdades econômico-sociais produzidas no contexto atual. Assim, a função em debate será cumprida quando realizar os objetivos e princípios da República, principalmente nos seus arts. 1º, III e no seu art. 3º, em sua totalidade, promovendo o acesso aos aparelhos urbanísticos, ao solo urbano, ao trabalho digno e a todos os direitos sociais que pertencem ao ser humano (BRASIL, 2001, p. 61).

b) o princípio do desenvolvimento sustentável: o sentido do presente é de que todas as ações, metas e medidas estabelecidas no plano diretor devem ter, no mínimo, um equilíbrio entre as formas de desenvolvimento econômico e o desenvolvimento social e humano da cidade, colocando o elemento humano no centro das preocupações, uma vez que elas têm o direito a uma vida saudável e produtiva, somente possível através da eliminação da pobreza e a redução das desigualdades sociais que seguem esta escala (BRASIL, 2001, p. 45).

Desta forma, o desenvolvimento urbano, cuja compreensão deve estar ligada ao conceito de sustentabilidade, conforme dispõe o princípio 1º da Declaração do Rio (Agenda 21), não se deve conter apenas com a preservação de um bioma natural, mas também com a harmonia entre o meio ambiente construído, natural e antrópico, promovendo o progresso social, econômico e humano de toda a sociedade. Sobre o contexto pelo qual a sustentabilidade se insere nos tratados internacionais, Rogério Gesta Leal aponta:

Nesta mesma direção, o tratado sobre cidades, vilas e povoados sustentáveis, elaborado durante a ECO-92, aponta com clareza os princípios que devem nortear a política urbana, consistindo em três fundamentos básicos: a) direito à cidadania, ou seja, a participação dos habitantes das cidades na condução de seus destinos; b) gestão democrática da cidade, esta compreendida como submissão do planejamento do espaço urbano ao controle e participação da sociedade civil e c) a função social da cidade e da propriedade (2003, p. 164).

Portanto, o combate às injustiças sociais, a promoção da saúde, da educação, da cultura, do progresso científico, juntos, fazem parte de todo um sistema direcionado à sustentabilidade da cidade, daí extraído o seu sentido. A partir do conceito, o desenvolvimento na cidade somente poderá ser considerado sustentável se estiver voltado para eliminar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais (SAULE JUNIOR, 2001, p. 65).

A par do exposto, constituem-se verdadeiros direitos difusos do direito à cidade, em face do *apartheid* social existente na sociedade, somente viável através de uma nova ética urbana, que novas relações são constituídas para o atendimento do exercício da cidadania plena na cidade.

Considerações finais

A realização dos princípios e diretrizes de Direito Urbanístico no ordenamento nacional, estadual e local não é apenas uma ordem legal imposta pela lei federal nº 10.257/2001, pelo Executivo Federal – através do Ministério das Cidades – ou mesmo por outros agentes políticos e sociais, mas sim uma

necessidade de um contemplar-se mais honesto e conciso com a própria identidade que a cidade assumiu, enquanto locus das relações interpessoais da pessoa humana que nela vive.

Assim é que o Poder Público, delegado do povo para representá-lo legislativamente e pelo Executivo, não deve se esquivar da sua verdadeira vocação para o qual foram designados, bem como o Poder Judiciário, na dinâmica da promoção da justiça social, não pode se esquivar de tratar das questões urbanas quando provocado, já que o engessamento da propriedade urbana como propriedade imóvel cingido do individualismo positivista jurídico, a marginalidade legal imposta pela ordem urbanística – inicialmente através dos planos urbanísticos sem lei, até a chegada de planos urbanos legislativos desconexos com a realidade urbana – e a desvalia dos processos de participação popular, a cidade real – contrária à cidade legal – não se permitia a gerir, de forma coletiva, a própria cidade, presa a vários estigmas político-sociais.

Por conta deste alerta, a produção da cidade deve estar consoante na busca de um progresso espacial e econômico, que evite estabelecer quadros segregacionistas no espaço e na hierarquia social dos cidadãos, proporcionando então justiça e paz urbana em prol de todos.

Referências bibliográficas

ALFONSIN, Betania. Da invisibilidade à regularização fundiária: a trajetória legal da moradia de baixa renda em Porto Alegre. In: FERNANDES, Edésio et al. **A lei e a ilegalidade na produção do espaço urbano**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BALDEZ, Miguel Lanzellotti. **A questão agrária**: a cerca jurídica da terra como negação da justiça. 2002. Rio de Janeiro: Criminologia, 1997.

BARDET, Gaston. **O urbanismo**. 2. ed. Campinas: Papyrus, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. Brasília: Ed. UNB, 1997.

BRASIL. **Estatuto da cidade**: lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, que estabelece diretrizes gerais da política urbana. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2001.

CYSNEIROS, Vicente Cavalcanti. **O estrangeiro e a propriedade rural**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1985.

FERNANDES, Edésio. **Direito do urbanismo**: entre a “cidade legal” e a “cidade ilegal”. In: FERNANDES, Edésio. (Org.) **Direito urbanístico**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

FERNANDES, Edésio. **Legalização de favelas em Belo Horizonte**: um novo capítulo na história? In: FERNANDES, Edésio et al (Org). **A Lei e a ilegalidade na constituição do espaço urbano**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FERNÁNDEZ, Antonio Carceller apud SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2000.

LEAL, Rogério Gesta. **Direito urbanístico**: condições e possibilidades da constituição do espaço urbano. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MARICATO, Ermínia. **Metrópole na periferia do capitalismo**. São Paulo: Hucitec, 1996.

MEIRELLES, Hely. **Direito municipal brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

ROLNIK, Raquel. Plano diretor estatuto da cidade: instrumentos para as cidades que sonham crescer com justiça e beleza. In: **Revista de Direito Imobiliário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 52, jan/jun 2002.

SAULE JÚNIOR, Nelson. **Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro**. Ordenamento constitucional da política urbana. Aplicação e eficácia do plano diretor. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: **Temas de Direito Civil**. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.