

NELSON SAULE JÚNIOR

NOVAS PERSPECTIVAS DO DIREITO
URBANÍSTICO BRASILEIRO.
ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL
DA POLÍTICA URBANA.
APLICAÇÃO E EFICÁCIA DO PLANO DIRETOR

Sergio Antonio Fabris Editor

**NOVAS PERSPECTIVAS DO DIREITO
URBANÍSTICO BRASILEIRO.
ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL
DA POLÍTICA URBANA.
APLICAÇÃO E EFICÁCIA DO PLANO DIRETOR**

105

Instituto de Registro Imobiliário do Brasil

NELSON SAULE JÚNIOR
Professor da Universidade Católica de São Paulo

**NOVAS PERSPECTIVAS DO DIREITO
URBANÍSTICO BRASILEIRO.
ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL
DA POLÍTICA URBANA.
APLICAÇÃO E EFICÁCIA DO PLANO DIRETOR**

Sergio Antonio Fabris Editor
Porto Alegre, 1997

©Nelson Saule Júnior

Editoração Eletrônica
Formato Artes Gráficas Ltda.

Reservados todos os direitos de publicação, total ou parcial, à
SERGIO ANTONIO FABRIS EDITOR
Rua Miguel Couto, 745
CEP 90850-050
Caixa Postal 4001
CEP 90631-970
Fone (051) 233-2681
Porto Alegre – RS

SUMÁRIO

PREFÁCIO	9
APRESENTAÇÃO	15
INTRODUÇÃO	19
I – CONSTITUINTE E POLÍTICA URBANA	
1. A Política urbana na constituinte	25
2. A origem do plano diretor	34
3. A nova configuração constitucional do plano diretor	39
4. Conclusões	42
II – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO URBANÍSTICO	
1. Os valores do Estado democrático de Direito	43
2. Soberania popular e cidadania	47
3. Princípios da ordem econômica e função social da propriedade... ..	54
4. Funções sociais da cidade	60
5. Desenvolvimento sustentável – princípio internacional da política urbana	62
6. Os princípios constitucionais como normas dirigentes do plano diretor	70
7. Conclusões	73
III – COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS	
1. Descentralização política no estado brasileiro	77
2. Natureza do direito urbanístico	82
3. O direito urbanístico nas constituições brasileiras	87
4. Direito Urbanístico na Constituição de 1988	92
5. Conclusões	100

**IV – POLÍTICA URBANA,
RESPONSABILIDADES E OBRIGAÇÕES**

1. A responsabilidade preponderante do município	103
2. Obrigatoriedade do plano diretor e efeitos	109
3. Conclusões	134

**V – REGULAMENTAÇÃO DO ARTIGO 182,
PARÁGRAFO 4º LEI FEDERAL
DE DESENVOLVIMENTO URBANO**

1. Regulamentação do artigo 182, parágrafo 4º	139
2. Os instrumentos do artigo 182, parágrafo 4º	156
3. Lei Federal de Desenvolvimento Urbano	171
4. Conclusões	198

**VI – ESTADO E POLÍTICA URBANA
– PLANO DIRETOR**

1. As competências do Estado	209
2. Integração da política urbana e plano diretor	210
3. Constituição Estadual e plano diretor	212
4. A recepção das emendas populares de reforma urbana nas cons- tituições estaduais	216
5. Conclusões	219

**VII – MUNICÍPIO E POLÍTICA URBANA LEI
ORGÂNICA E PLANO DIRETOR**

1. O município na Constituição de 1988	221
2. Lei Orgânica e plano diretor	229
3. Participação popular: requisito constitucional do plano diretor	244
4. Gestão democrática e planejamento municipal	259
5. Conclusões	277

VIII – INSTRUMENTOS DO PLANO DIRETOR

1. Direito de contruir e o solo criado.....	284
2. Fundo de urbanização	299
3. Transferência do direito de construir	301
4. Zonas especiais	306

5. Empreendimento e relatório de impacto	314
6. Operação urbana, consórcio imobiliário e operação de interesse social.....	317
7. Aplicação do artigo 182, parágrafo 4º da C. F.	320
8. Conclusões	322
BIBLIOGRAFIA	326

PREFÁCIO

Em 1974, Santiago Sentís Melendo apresentou aos leitores de língua espanhola, a obra *Proceso, ideologias, sociedad*, de Mauro Cappelletti, destacando o fato de o autor ter buscado trazer a público um estudo “comprometido”, distante de qualquer pretensa neutralidade.

Nelson Saule Júnior parece filiado a uma tal postura metodológica.

O seu estudo testemunha esse fato, desde a atenção que dedica à história das lutas empreendidas pelos diversos movimentos populares dedicados à reforma urbana, sintetizadas em emenda oferecida à Assembléia Nacional Constituinte, até as vicissitudes pelas quais passou todo o processo de elaboração da Carta vigente. A visão dos princípios constitucionais do direito urbanístico e o confronto dessas questões sempre delicadas relativas à repartição das competências, a indicação dos mais adequados instrumentos jurídicos de intervenção pública, sobre o solo urbano, previstos em lei, ganharam chave de leitura de clara inspiração ético-política e uma profunda sensibilidade social.

A participação popular no planejamento público das cidades, de maneira a garantir um diálogo produtivo, compreensível para todos, foi enfatizada, tanto pela lembrança de mediações mais conhecidas como o plebiscito e o referendo, quanto pela valorização de canais “autônomos”, menos formais, e já abertos por diversas Leis Orgânicas Municipais.

O projeto de Estatuto da cidade, ainda penando tramitação no Congresso Nacional, enredado pelas próprias contradições dos *lobbys* que o pressionam, reflete a extensão das perplexidades que assolam as

saídas legais para o problema urbano. O autor denuncia o que, mesmo assim, pode continuar sofrendo de anomia depois da sua promulgação.

O plano diretor e a função social da propriedade, especialmente, já foram examinados à luz de recentes experiências legais concretas, veiculadas em leis municipais de diversas capitais do país, que não ficaram esperando – e não precisavam, refere o autor, com razão, esperar – a tão aguardada “lei federal”, referida pelo mesmo art. 182, para entrarem em vigor.

Como é sabido, do Poder Público se tem cobrado, em matéria de distribuição social do espaço, seja urbano ou rural, um poder que ele está muito longe de possuir, guardadas as atuais regras de livre mercado concernentes à terra. A tal dificuldade soma-se uma grande ineficácia imposta à função social da propriedade, inclusive por grande parte da jurisprudência que, entre as provas de abusos flagrantes no exercício daquele direito, e as “violações” de que ele se queixa, por força da necessidade alheia, prefere verberar a “falta de regulamentação” do referido princípio e a incúria do Estado.

Sob tal desculpa, com o “não tomar conhecimento” de demandas populares relacionadas com os conflitos atualmente gerados por nossa iníqua distribuição do espaço, muitas sentenças e acórdãos, embora com brilhantes e raras exceções, “solucionam” o processo, mas acentuam o problema..., reforçando, contra o Poder Judiciário, mais do que uma imagem de conservadorismo, a impressão de que “ver-se livre” e “despachar” lhe poupa toda a maçada de ver, conferir, respeitar o contraditório, “ouvir” (!) todo o clamor que não cabe dentro do processo.

Fica reduzida a letra morta, assim, entre outras, a disposição do inciso XXIII do art. 5º da C.F., como se a sua aplicação nunca pudesse ser cogitada, sem dependência da edição do plano diretor, em cada cidade, por força do art. 182, § 2º. Restem os espaços urbanos que são usados anti-socialmente e os conflitos por eles gerados sem solução, enquanto não existir o “devido processo legal”, mesmo que isso equivalha a engessar o “devido processo social”...

Essa verdadeira “renúncia à interpretação”, segundo diagnóstico de Boaventura de Souza Santos, passa longe do estudo ora sujeito ao

questionamento crítico dos seus leitores. A política urbana, como disciplinada pela Constituição Federal, no capítulo II do seu Título VII, mereceu hermenêutica bem mais abrangente do que a simples e quase sempre árida comparação lógica de textos.

Nenhuma crítica aparece precipitada, antes de rigorosa e muito minuciosa análise que, a par de novos enfoques para temas antigos, como o da usucapião, enfrentou os inéditos efeitos que podem ser deduzidos da aplicação do art. 182 da C.F., particularmente do seu parágrafo 4º.

Os instrumentos de intervenção pública, já disponíveis no ordenamento jurídico vigente, foram pesquisados sob preocupação visivelmente operacional, testemunhada, de modo particular, a partir do exame dos Planos Diretores de várias capitais, sem receio das implicações interdisciplinares próprias desse tipo de norma.

Todo o contexto normativo que, por outro lado, a recente Conferência das Nações Unidas Habitat II acrescentou à problemática urbana, e cujas conclusões também são objeto de atenção do autor, na introdução do seu trabalho, demonstra a dimensão internacional alcançada pelo tema, e a sua extraordinária atualidade.

O direito humano de morar, ali, mais não obteve do que o “reconhecimento” de que “deve ser alcançado progressivamente”, numa clara concessão do texto final às exigências dos países liderados pelos Estados Unidos.

Isso não impede o autor de reclamar do Governo brasileiro as providências capazes de honrar as obrigações derivadas da mesma Conferência, especialmente a de, em interlocução com a sociedade civil, implementar uma agenda Habitat para todo o país.

Como se observa, os advogados, juízes, promotores, as Procuradorias dos Municípios, os presidentes de associações de moradores, os professores e os alunos das Faculdades de Direito, as Igrejas, os clubes de serviço, as ONGs que se preocupam com os problemas urbanos, hão de encontrar neste livro, seguramente, resposta para aquelas dúvidas que mais afligem os intérpretes da lei e da realidade cambiante de nossas cidades.

Se o espaço urbano, assim, como outros espaços geográficos, pode ser conceituado a partir da conjugação de um sistema de objetos e de um sistema de ações, segundo o ensinamento do professor Milton Santos, a obra de Nelson S. Júnior, sem dispensar o rigor técnico, próprio da investigação ligada ao primeiro e suas normas, fez-se acompanhar, com muito cuidado, da identificação dos rostos e das necessidades humanas que estão por trás do segundo.

O seu compromisso, portanto, não se enquadra no sentido pejorativo que, não raro, acompanha essa palavra. É daqueles que guarda fidelidade ao parágrafo único do primeiro artigo da nossa Constituição, preservando o seu sentido a partir do respeito à sua radical referência democrática. É a população carente das cidades, portanto, são os pobres, a grande maioria da população brasileira, que merecem mais atenção do autor.

Sendo um dos juristas que, ainda hoje, consegue compatibilizar uma intensa atividade docente, com uma advocacia política militante, de que dá exemplo o seu trabalho de assessoria a tantas ONGs., ligadas ao problema urbano e aos direitos humanos, é de se esperar que a crítica reclamada por Nelson Saule Júnior, ao seu trabalho, “dialatize” outras contribuições suas ao direito urbanístico e, especialmente, ao direito de morar.

O registro de uma tal esperança, além de testemunhar a honra que sinto ao prefaciar esta obra jurídica, vem acompanhado dos agradecimentos públicos que manifesto ao seu autor agora, pelo socorro oportuno e valioso das suas lições a mim prestadas, na defesa jurídica de milhares de famílias sem teto e sem terra que, para vergonha nossa, na véspera do terceiro milênio, de tão desrespeitadas em seus direitos fundamentais, ainda não conseguiram, sequer, garantir o pão e a casa, como meios indispensáveis à vida.

Em tempos como os nossos, nos quais a euforia da modernidade globalizada parece se encaminhar para fazer dos objetos os verdadeiros sujeitos, conforme a sombria previsão de Sartre, essas famílias ficam devendo ao autor, tanto a vigorosa contestação desse rumo, hábil disfarce de uma cruel e multitudinária exclusão, quanto a sua dedicada e

competente parceria na opção por outro, no qual a legalidade não esteja tão freqüentemente submetida à ilegitimidade, a justiça tão impedida pelo rito erigido a fetiche, a liberdade tão oprimida por poderes alheios, de origem quase sempre escondida, a igualdade tão sujeita à mera formalidade, e a vida tão escrava da propriedade.

Jacques Távora Alfonsin

APRESENTAÇÃO

Adilson Abreu Dallari*

No Brasil de hoje, no limiar do século XXI, emerge como um dos ramos mais importantes do universo jurídico o Direito Urbanístico, tendo em vista a necessidade de superar os efeitos danosos de várias décadas de omissão. O Brasil nunca teve uma política de desenvolvimento urbano. Até a promulgação da Constituição Federal de 1988, não havia uma distribuição constitucional de competências em matéria urbanística.

Não obstante a existência de muitos estudos técnicos alertando para o perigo do colapso das grandes cidades, para o desperdício de preciosos recursos públicos e para a perda da qualidade de vida decorrente de uma urbanização selvagem, fora de qualquer controle, é certo que nunca houve uma preocupação clara e firme no sentido de dotar a Administração Pública dos instrumentos legais necessários e suficientes para conter, controlar e dirigir esse processo.

No decorrer dos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte finalmente houve ensejo para pessoas seriamente preocupadas com isso pudessem fazer-se ouvir, pressionar e influir para que o novo texto constitucional passasse a fornecer os fundamentos de uma atuação concreta, ordenada e coerente da Administração Pública em matéria de desenvolvimento urbano.

Entre esses muitos abnegados estava o Prof. Nelson Saule Júnior, que desde os tempos de estudante sempre militou junto aos movimen-

* O Professor Adilson Abreu Dallari é Titular e Livre Docente em Direito Administrativo e Professor do Programa do Pós Graduação de Direito da PUC-SP na área de direito urbanístico.

tos de defesa do direito à habitação, especialmente de natureza social, e que, posteriormente, como profissional do direito, continuou se dedicando aos problemas de regularização fundiária, de habitação popular, e desenvolvimento urbano em geral, tendo participado de diversos grupos de trabalho sobre essa matéria e coordenado tantos outros.

Estas observações são feitas para mostrar, em primeiro lugar, que o autor é inquestionavelmente dotado dos mais amplos conhecimentos sobre o tema abordado. Pouca gente estudou mais esse assunto ou trabalhou mais, concretamente, efetivamente, com isso. Dificilmente haverá alguém mais atualizado.

Além disso, o trabalho produzido, em si mesmo, é de enorme valia, tanto pela amplitude quanto pela profundidade dos aspectos abordados.

Por exemplo, expõe o autor, com o conhecimento direto de quem esteve lá, as peripécias venturas e desventuras, da criação da disciplina constitucional do desenvolvimento urbano, mostrando como se chegou, agora, a uma afirmação mais eficaz do princípio da função social da propriedade, com a consagração do plano diretor e dos outros instrumentos de atuação urbanística previstos no art. 182 e 183 da Constituição Federal.

Da sistemática constitucional são extraídos e analisados diversos princípios de direito urbanístico e de políticas urbanas, capazes de dar suporte ao desenvolvimento sustentável nos assentamentos humanos, colocando o ser humano como centro das preocupações, como titular do direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza.

Ponto estratégico deste estudo é o que se refere à distribuição constitucional de competências em matéria de direito urbanístico e desenvolvimento urbano. Não só são estudadas as competências de cada esfera governamental, isoladamente, mas, mais que isso, são apontados os meios e modos de um atuação integrada entre todas elas.

Como em matéria de Direito Público toda competência impõe o dever de utilizá-la no sentido da satisfação do interesse público, o autor cuidou de expor as responsabilidades do Poder Público por ações ou omissões no âmbito da promoção do desenvolvimento urbano.

Finalmente, depois de discorrer sobre os diversos meios de atuação urbanística, previstos no projeto de lei federal que estabelece o chamado

Estatuto da Cidade, o autor aborda o plano diretor no que diz respeito aos seus requisitos constitucionais e instrumentos, onde enfrenta o terrível problema do solo criado, não somente procedendo a um estudo jurídico do assunto, mas discorrendo também sobre as experiências práticas já levadas a efeito no Brasil.

Enfim, a obra não é e nem pretendeu ser um tratado de Direito Urbanístico, mas, sem dúvida, é um estudo bastante completo e perfeitamente sistematizado dos principais temas dessa área do conhecimento jurídico, sendo dotado de enorme utilidade prática.

INTRODUÇÃO

A dimensão dos problemas urbanos torna insustentável a continuação do processo de urbanização das cidades, sem a existência de políticas públicas voltadas para combater o aumento da degradação ambiental e da pobreza e garantir os direitos das pessoas que vivem nas cidades. As tendências do crescimento demográfico, demonstram que no ano 2.000, cerca de 80% da população estará vivendo nas cidades brasileiras, correspondendo aproximadamente a 120 milhões de habitantes.

A problemática urbana se torna cada vez mais universalizante e global, se consideramos que, nas últimas três décadas, a população mundial vem se urbanizando a uma taxa média de 2.9%, sendo que nos países em desenvolvimento ela atinge 4.0% contra a taxa de 1.4% dos países industrializados. No ano de 1991 o percentual da população urbana nos países industrializados era de 73%. Nos países em desenvolvimentos esta cifra atinge 37%, devendo alcançar 45% no final do século, contra um percentual de 60% de média mundial (dados do Comitê Brasileiro do HABITAT II). O futuro das cidades tem a tendência de ser um tema cada vez mais emergente na comunidade internacional, considerando a segunda Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos – HABITAT II – realizada na cidade de Istambul, Turquia, (3 a 14 de junho de 1996). A primeira Conferência foi realizada em Vancouver, Canadá, em 1976.

A cidade de Istambul (junho de 1996) foi o cenário para milhares de pessoas de todo o mundo discutirem o destino das cidades e assentamentos humanos. A Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos – Habitat II, teve como temas globais a “Adequada Habitação para Todos e o Desenvolvimento de Assentamentos Humanos em um Mundo em Urbanização”. A Conferência teve como

principal objetivo adotar uma Agenda, denominada Agenda Habitat, que estabelece um conjunto de princípios, metas, compromissos e um plano global de ação, visando orientar, nas duas primeiras décadas do próximo século, os esforços nacionais e internacionais no campo da melhoria dos assentamentos humanos.

No contexto da globalização, onde os Estados Nacionais vem se enfraquecendo e não tem mais condições de intervir de forma isolada para enfrentar a problemática urbana, em Istambul foi apontado como caminho o fortalecimento do poder local e a adoção de parcerias com todas as partes que atuam nos assentamento humanos.

O reconhecimento do poder local como um sujeito de direito internacional, ao lado dos Estados Nacionais e dos cidadãos, possibilita a construção de uma nova ordem internacional capaz de enfrentar os problemas urbanos, como a pobreza, a exclusão social e a degradação ambiental. Este é justamente um dos desafios a partir do resultado do Habitat II: estabelecer relações horizontais com as cidades para a definição de programas e projetos de cooperação, de modo a implementar a Agenda Habitat.

O princípio da cooperação descentralizada é adotado para permitir o estabelecimento de novas formas de cooperação e parcerias entre agências de cooperação bilateral e multilateral com as autoridades locais. Este princípio implica no reconhecimento da capacidade das autoridades locais de participarem dos processos de definição das políticas globais para os assentamentos humanos. Os Governos Nacionais e os organismos bilaterais e multilaterais de assistência devem apoiar e estimular a cooperação descentralizada entre as autoridades locais, bem como fortalecer as redes e associações das autoridades locais.

O princípio da parceria está associado ao princípio da participação popular, que tem entre seus objetivos segundo a Agenda, institucionalizar o processo participatório da gestão e o do desenvolvimento sustentável nos assentamentos humanos, baseado no contínuo dialogo entre todos os setores envolvidos no desenvolvimento urbano (setor público e privado, comunidades), estimular o estabelecimento de organizações de comunidades de base, da sociedade civil, e outras formas de entidades não governamentais que possam contribuir com a redução da pobreza e melhorar as condições de vida nos assentamentos humanos.

Entre as ações estabelecidas para assegurar a participação popular estão previstas a de remover barreiras legais para a participação na vida pública de grupos socialmente marginalizados, estabelecer mecanismos de participação, habilitando indivíduos, famílias, comunidades, populações indígenas, e sociedade civil na identificação das necessidades e prioridades locais e na formulação de políticas, planos e projetos.

Um resultado fundamental da Agenda Habitat ao tratar da adequada habitação para todos, é o reconhecimento do direito à moradia como um direito humano, de modo que os Estados estão obrigados a realizar progressivamente esse direito mediante planos e programas habitacionais, bem como de estabelecer sistemas eficazes de proteção do direito à moradia. Este foi na verdade um dos temas mais polêmicos durante o processo da Conferência, em função da posição contrária a este reconhecimento por parte de alguns países, liderados pelos Estados Unidos.

Pela Agenda Habitat é reconhecida a obrigação dos Governos de capacitar as pessoas para obter habitação e proteger e melhorar as moradias e vizinhanças. Os Governos sem exceção tem a responsabilidade no setor de habitação, como por exemplo através da criação de ministérios de moradia ou agências, através da alocação de fundos para o setor de moradia e por suas políticas, programas e projetos.

Entre as ações para proteger e assegurar a plena e progressiva realização do direito à moradia, foi estabelecida a proteção para todas as pessoas dos despejos forçados que violem os direitos humanos, bem como de prover segurança jurídica de posse e igual acesso a terra.

Após Istambul cabe a nós no Brasil, iniciar o processo de formulação e implantação de uma política urbana para transformar a realidade social das cidades, incorporando as metas e os compromissos assumidos pelo Estado Brasileiro em Istambul, nos termos da Agenda Habitat. De imediato o Governo brasileiro precisa desencadear este processo com todos os setores da sociedade, constituindo espaços públicos de interlocução e de tomada de decisão para a implementação de uma Agenda Habitat brasileira, destinada a proteger e efetivar os direitos das pessoas que vivem nas cidades.

A melhoria das condições de vida nas cidades também pressupõe a aplicação das medidas da Agenda 21, sobre assentamentos humanos firmadas durante a Conferência sobre o Meio Ambiente e Desen-

volvimento realizada no Rio de Janeiro em 1992, que originou a Declaração do Rio, incorporando definitivamente o princípio do desenvolvimento sustentável como princípio universal para a promoção do desenvolvimento.

O futuro das cidades depende cada vez mais de uma integração e cooperação entre as Organizações Internacionais e os Estados Nacionais, o Poder Local e os diversos setores da sociedade. Nesse sentido os resultados da Conferência de Istambul apontam para a possibilidade de ser estabelecida uma Convenção Internacional específica sobre os direitos das pessoas que vivem nas cidades, de modo a especificar os mecanismos de proteção e implementação desses direitos no sistema internacional de proteção internacional de direitos humanos, que tem como fonte básica a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).

No caso do Brasil, pensar no futuro das cidades, com promoção do desenvolvimento urbano com base no princípio internacional do desenvolvimento sustentável, é pensar em cidades sustentáveis, justas e democráticas. O Estado brasileiro, para reverter o quadro de degradação e das desigualdades sociais, deve adotar uma política urbana que tenha como finalidade assegurar o Direito à Cidade mediante a realização da reforma urbana.

O Direito à Cidade compreende os direitos inerentes às pessoas que vivem nas cidades de ter condições dignas de vida, de exercer plenamente a cidadania, de ampliar os direitos fundamentais (individuais, econômicos, sociais, políticos e ambientais), de participar da gestão da cidade, de viver num meio ambiente ecologicamente equilibrado e sustentável.

A partir da Assembléia Nacional Constituinte, no Estado brasileiro foram abertas as oportunidades para o estabelecimento de um sistema de normas regradoras do direito na cidade. Considerando a tendência do aumento da população urbana em escala mundial, onde no Brasil essa população é estimada em aproximadamente 80% (oitenta por cento), o início do Século XXI aponta para a necessidade de ser consolidado um ramo do direito específico, que discipline a ordem jurídica das cidades fundado em princípios e valores universais e internacionais.

Na comunidade internacional o primeiro passo que deve ser dado para a consolidação de um ramo do direito disciplinador da ordem jurídica das cidades, é a elaboração de uma Convenção Internacional de

Proteção do Direito à Cidade, considerando a realização da Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos – Habitat II na cidade de Istambul em junho de 1996.

A experiência brasileira de construir o ramo do direito à cidade oriunda do processo de democratização do Estado brasileiro iniciado na Assembléia Nacional Constituinte, pode perfeitamente servir como exemplo das dificuldades que precisam ser ultrapassadas para as normas regradoras desse direito serem plenamente aplicadas.

A interpretação das normas constitucionais relacionadas com o ordenamento jurídico das cidades, com as conclusões sobre o resultado da Constituinte, a função dos princípios constitucionais, o papel da União, Estados e Municípios decorrentes do pacto federativo seja no campo normativo e de executor de políticas públicas, a normação do direito urbanístico oriunda das normas da Constituição Federal, Constituições Estaduais, Leis Orgânicas, planos diretores, destinam-se a fundamentar que o direito à cidade se transformou num direito fundamental disciplinado pelo direito urbanístico.

O Direito à Cidade compreende os direitos inerentes as pessoas que vivem nas cidades de ter condições dignas de vida, de exercer plenamente a cidadania, de ampliar os direitos fundamentais (individuais, econômicos, sociais, políticos e ambientais), de participar da gestão da cidade, de viver num meio ambiente ecologicamente equilibrado e sustentável.

As normas constitucionais referentes a política urbana como normas balizadoras do direito à cidade disciplinado pelo direito urbanístico, somente terão condições de legitimidade e eficácia se propiciarem a efetivação do direito à cidade. A efetivação desse direito compreende a integração dos segmentos sociais excluídos e marginalizados de nossa sociedade ao desenvolvimento econômico de modo que possam obter e usufruir os benefícios, e a riqueza gerada por esse processo.

Para se chegar a essa afirmativa foi necessário analisar o significado dos preceitos estabelecidos no artigo 182, quanto ao papel da União e do Município, as responsabilidades e obrigações da União e do Município para a promoção da política urbana, o papel do planejamento urbano, dos planos urbanísticos (plano diretor e plano urbanístico local), a regulamentação dos instrumentos destinados a garantir que a propriedade urbana atenda sua função social.

E, por fim, foi fundamental a análise das legislações dos planos diretores instituídos com base no novo ordenamento jurídico, que contém regras e instrumentos que asseguram a gestão democrática e o Direito à Cidade. Para esse fim foram objeto de estudo os planos diretores dos Municípios do Rio de Janeiro, João Pessoa, Recife e Natal.

Esses são os componentes que servirão para justificar a principal idéia desse estudo, da Constituição ter possibilitado a construção de um novo ordenamento jurídico, para o direito urbanístico brasileiro, mediante a adoção de novas legislações e instrumentos urbanísticos, voltado a implementação de uma política urbana, destinada a proteger e tornar efetivos os direitos das pessoas nas cidades. O ordenamento jurídico da cidade será justo e eficaz, se conter uma normatividade geradora de oportunidades e possibilidades para a materialização dos direitos humanos, e da criação de novos direitos.

I – CONSTITUINTE E POLÍTICA URBANA

1. A POLÍTICA URBANA NA CONSTITUINTE

1.1. O DIREITO À CIDADE NA EMENDA POPULAR DA REFORMA URBANA

A noção do direito à cidade adquiriu forma com as proposições que foram resultado da formulação de uma Emenda Popular de Reforma Urbana por um conjunto de entidades e associações de classe, organizações não governamentais-ONGs, associações civis, movimentos e grupos sociais que atuam com a questão urbana que compreenderam a importância de participar do processo institucional da Assembleia Nacional Constituinte. A emenda popular subscrita por 131.000 eleitores foi apresentada pela Articulação Nacional do Solo Urbano – ANSUR, Movimento de Defesa do Favelado – MDF, Federação Nacional dos Arquitetos – FNA, Federação Nacional dos Engenheiros – FNE, Coordenação Nacional dos Mutuários e Instituto dos Arquitetos do Brasil – IAB. A emenda popular da Reforma Urbana teve um papel importante no processo constituinte, pois vários dos seus temas foram utilizados como referência para a elaboração do Capítulo da Política Urbana da Constituição de 1988.

A emenda popular de reforma urbana apresentou um conjunto de princípios, regras e instrumentos destinados não só ao reconhecimento a e a institucionalização de direitos as pessoas que vivem na cidade, mas também a capacitar o Poder Público para a promoção de políticas públicas para concretizar esses direitos.

As proposições foram divididas em temas, dos direitos urbanos, da propriedade imobiliária urbana, da política habitacional, do transporte e serviços públicos, da gestão democrática da cidade.

A instituição dos direitos urbanos visava assegurar a todo cidadão o direito a condições de vida urbana digna e justiça social, incumbindo o Estado de assegurar o acesso a moradia, educação, saúde, e a infraestrutura e os equipamentos urbanos, bem como a gestão democrática da cidade.

Com relação a propriedade urbana, visando o estabelecimento de uma nova compreensão sobre o seu regime jurídico, os direitos urbanos deveriam condicionar o exercício do direito de propriedade ao interesse social no uso dos imóveis urbanos. Além do princípio da função social como condição do reconhecimento do direito de propriedade, o exercício desse direito também ficaria subordinado ao princípio do estado de necessidade. Esse princípio seria adotado como balizador das ações e mediações do Poder Público nos vários conflitos sociais, referentes a ocupação e utilização de áreas urbanas (públicas ou privadas) por grupos sociais e comunidades carentes emergentes nas cidades, para efeito de aplicar uma solução justa para estes casos.

O direito de construir passaria a ter um nova configuração como regime jurídico, diante de sua distinção do direito de propriedade urbana. Na verdade o principal objetivo foi de modificar o regime da propriedade urbana com base na proposta do direito da propriedade territorial urbana não pressupor o direito de construir, condicionando o exercício deste direito a política urbana da cidade, mediante autorização do Poder Público municipal.

Como forma de assegurar o cumprimento da função social da propriedade foi previsto o instrumento de desapropriação com critérios diferenciados para efeito da indenização. A forma estabelecida de evitar as desigualdades e danos aos proprietários de imóveis utilizados para fins sociais, foi de assegurar na desapropriação da casa própria a integral e prévia indenização em dinheiro, vinculando o pagamento dessa indenização para a emissão provisória na posse do bem.

Quanto ao proprietário do solo urbano ocioso ou sub utilizado, ficaria sujeito a desapropriação de interesse social para fins de Reforma Urbana mediante o pagamento de indenização, em títulos da dívida pública resgatável em 20 anos. A indenização neste caso seria fixada até o montante cadastral do imóvel para fins tributários, procedendo o desconto da valorização decorrente de investimentos públicos. O interesse social foi definido como a necessidade do imóvel para programas

de moradia popular para a instalação de infra-estrutura, de equipamentos sociais e transportes coletivos.

A terceira situação seria referente às áreas ocupadas por comunidades consolidadas, no qual a desapropriação para fins de regularização fundiária deveria considerar para efeito de indenização, o valor histórico de aquisição do imóvel e a sentença teria o valor de título para fins de registro imobiliário.

Ao Poder Público Municipal caberia aplicar como instrumentos para garantir o cumprimento da função social da propriedade dos imóveis ociosos ou sub utilizados, além da desapropriação por interesse social, à tributação progressiva em relação ao tempo e à extensão ou o parcelamento ou edificação compulsórios.

A emenda popular também estabelecia como instrumentos que poderiam ser aplicados pelo Poder Público, para assegurar a prevalência dos direitos urbanos e condicionar a propriedade urbana a sua função social:

- imposto progressivo sobre imóveis;
- imposto sobre a valorização imobiliária;
- direito de preferência na aquisição de imóveis urbanos;
- desapropriação por interesse social ou utilidade pública;
- discriminação de terras públicas;
- tombamento de imóveis;
- regime especial de proteção urbanística e preservação ambiental;
- concessão de direito real de uso.

Quanto a valorização imobiliária foi estabelecido como preceito, que a valorização proveniente de investimento do Poder Público ou de terceiros, poderia ser apropriada por via tributária ou outros meios como por exemplo o solo criado.

O usucapião urbano para se tornar um instrumento eficaz de garantia da função social da propriedade, visava assegurar a todo cidadão que não sendo proprietário urbano detivesse a posse não contestada por três anos, de terras públicas ou privadas com metragem de até o limite de 300 m² utilizando a para sua moradia de sua família, a aquisição do domínio independente de justo título e boa fé.

O usucapião urbano nos terrenos ocupados por dois ou mais possuidores poderiam ser reconhecidos coletivamente, conferindo legitimidade para as entidades comunitárias promover a ação que teria o procedimento sumaríssimo.

Sobre a Política Habitacional foi previsto a obrigação do Poder Público formular políticas habitacionais para assegurar o direito à moradia, dentre as quais a regularização fundiária e urbanização de área ocupada em regime de posse ou em condições de sub habitação, acesso a programas públicos de habitação de aluguel ou a financiamento público para aquisição ou constituição de habitação própria, assessoria técnica à construção da casa própria. Ao Poder Público caberia garantir a destinação de recursos orçamentários a fundo perdido para a implantação de habitação de interesse social. Sobre os financiamentos a casa própria a prestação mensal não poderia comprometer mais de 20% dos rendimentos familiares.

Apesar da crise habitacional no país seja quanto as condições de moradia da maioria da população, do déficit de unidades habitacionais estimadas em quase dez milhões e a desestruturação do Sistema Financeiro da Habitação a partir da extinção do BNH e a total falta de controle sobre a arrecadação e aplicação dos recursos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, a Constituinte não tratou devidamente desta matéria.

Na Constituição apenas se limitou as competências entre os membros da Federação, cabendo a União instituir as diretrizes e promover em conjunto com os Estados e Municípios, construção de moradia e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico no âmbito da competência comum prevista no artigo 23, inciso IX.

As proposições sobre o transporte e serviços públicos tinha por finalidade atribuir ao Poder Público o monopólio sobre a prestação dos serviços públicos, e não permitir o uso de recursos públicos para subsidiar serviços públicos operados pela iniciativa privada. Para cobrir a diferença entre o custo do transporte e o valor da tarifa paga pelo usuário, foi apresentada a proposta de criação de um fundo de transportes e para efeito do reajuste de tarifas de serviços públicos a necessidade de autorização legislativa.

Da mesma maneira que a habitação, a questão dos transportes, na Constituição ficou restrita principalmente a repartição de competência entre a União, Estados e Municípios. A União compete de acordo com o artigo 21 inciso XX, institui as diretrizes sobre transportes urbanos e legislar privativamente sobre transporte (artigo 22 inciso XI).

Aos Estados e Municípios compete suplementar a legislação federal no que couber, sendo que o Município é responsável em organizar e prestar direto ou sob regime de concessão ou permissão os serviços públicos de interesse local incluindo o de transporte coletivo, que tem caráter essencial (art. 3º, V).

Apesar das proposições não terem sido contempladas a prestação de serviços de acordo com o artigo 175 da C.F., é incumbência do Poder Público na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão sempre através de licitação. A menção ao Poder Público de forma genérica abrange tanto a União, como os Estados e Municípios que deverão regulamentar esta matéria mediante lei conforme dispõe o parágrafo único do art. 175.¹

O último tópico da emenda popular de Reforma Urbana foi referente a gestão democrática da cidade, com a preocupação de instituir instrumentos de participação popular para a questão urbana visando assegurar a participação da comunidade na elaboração e implantação de plano de uso e ocupação do solo e transporte, e na gestão dos serviços públicos. A participação popular seria assegurada através de audiências públicas, constituição de Conselhos, plebiscito referendo popular, a iniciativa popular e o veto popular.

A iniciativa popular foi prevista para leis de âmbito municipal mediante subscrição de 0,5% do eleitorado, quanto ao veto popular, este instrumento teria o objetivo de suspender a execução de lei através de 5% do eleitorado municipal, devendo ser submetida automaticamente a referendo popular.

Com o objetivo de dar eficácia às normas constitucionais, foi defendida a tese do mandado de injunção e da ação de inconstitucionalidade por omissão, para ser utilizada na falta da lei, referente a questão urbana. Ao Ministério Público ou qualquer interessado seria conferido o poder de requerer ao Judiciário, com o intuito de ser de-

¹ Art. 175 parágrafo único. A lei dispõe sobre:

- I - o regime das empresas concessionárias e permissionais de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;
- II - os direitos dos usuários;
- III - política tarifária;
- IV - a obrigação de manter serviço adequado.

terminada a aplicação direta da norma ou se fosse o caso, a sua regulamentação pelo Poder Legislativo. A decisão favorável do Judiciário nestes casos teria força de coisa julgada a partir de sua publicação.

A tese da participação popular como meio de consolidar o Estado Democrático de Direito está prevista na Constituição que incorporou vários dos instrumentos defendidos na emenda popular de Reforma Urbana, que serviu na verdade para reforçar esse pensamento presente em muitas das emendas populares como a que tratou especialmente desse assunto, subscrito por 336.047 eleitores, apresentada pela Comissão Brasileira Justiça e Paz, Associação Brasileira de Imprensa – ABI e Associação Brasileira de Apoio à Participação Popular na Constituinte (ABAP).²

As idéias defendidas estão presentes na Constituição como o exercício da democracia direta, o preceito da soberania popular que poderá ser exercido mediante plebiscito, referendo e a iniciativa popular, a gestão democrática na área da saúde e educação, a cooperação das associações representativas no planejamento municipal etc.

Em síntese o Direito à Cidade compreendido no conjunto das propostas defendidas através da emenda popular de reforma urbana visava:

- assegurar e ampliar os direitos fundamentais das pessoas que vivem na cidade;
- estabelecer o regime da propriedade urbana e do direito de construir, condicionando o exercício do direito de propriedade a função social com fundamento na garantia dos direitos urbanos, ficando ainda subordinado ao princípio do estado social de necessidade;
- efetivar o direito à cidade mediante a adoção de instrumentos eficazes de política urbana como a desapropriação para fins de Reforma Urbana, visando assegurar que a propriedade urbana atenda a sua função social;
- assegurar que a cidade atenda a suas funções sociais como a de promover a justa distribuição dos bens e serviços urbanos e de preservar o meio ambiente;

² Comissão de Sistematização Emendas Populares - Volume 1, 1987 (pág.13).

- conferir ao Município a competência e o dever de aplicar de acordo com a realidade local, os instrumentos de política urbana, devendo para cada situação concreta utilizar o instrumento mais adequado;
- estabelecer os instrumentos de participação popular visando assegurar a Gestão Democrática da Cidade como forma de exercitar à cidadania.

1.2. O PROCESSO CONSTITUINTE DO CAPÍTULO DA POLÍTICA URBANA

No processo constituinte esteve presente na formulação do capítulo da política urbana duas propostas políticas bem definidas sobre o direito e as funções da cidade, a do direito à cidade expresso nas proposições da emenda popular da reforma urbana e o das forças conservadoras representadas pelas emendas formuladas pelo bloco parlamentar do Centrão.

O Direito à Cidade demarca a idéia da construção de uma ética urbana fundamentada na justiça social e cidadania, ao afirmar a prevalência dos direitos urbanos e precisar os preceitos, instrumentos e procedimentos para viabilizar as transformações necessárias para a cidade exercer sua função social. As idéias preconizadas pelo Centrão sobre a questão urbana eram nitidamente de evitar a instituição de normas constitucionais auto-aplicáveis de modo a capacitar o Poder Público para implementar uma política urbana geradora de responsabilidades e obrigações para os agentes privados pela utilização e apropriação do espaço urbano.

Com base numa visão restrita da cidade como um bem econômico, a ação dos representantes desse agentes privados na Constituinte foi de impedir o estabelecimento de normas destinadas a regular as atividades urbanísticas que pudessem afetar os interesses dos detentores do capital imobiliário. Um tema que sofreu muita resistência foi sobre a definição dos instrumentos aplicáveis para garantir que a propriedade urbana atenda sua função social, que teria como fundamental consequência conferir novas competência ao Poder Público para o estabelecimento de obrigações e sanções aos agentes privados (empreendedores, incorpora-

dores imobiliários), e proprietários de imóveis urbanos, voltados para garantir o cumprimento dos princípios da função social da propriedade e da cidade.

Como consequência desse embate ideológico e político foram desenhados dois caminhos para serem percorridos – o primeiro de ser definido naquele espaço político os princípios, os objetivos, as políticas públicas e os instrumentos para tornar efetivo o direito à cidade, – o segundo de atribuir para outro espaço político o momento dessas definições, delimitando no entanto o campo de atuação do futuro cenário.

Aparentemente poderia se afirmar que havia consenso de garantir o direito de propriedade urbana com o cumprimento da função social, cabendo ao Poder Público estabelecer os critérios para verificar quando a propriedade urbana estaria atendendo a este princípio constitucional e exigir a sua observância mediante a aplicação de instrumentos e sanções prescritos no texto constitucional.

Por outro lado não havia consenso sobre a forma de estabelecer os critérios para o cumprimento de função social e sobre os instrumentos que poderiam ser aplicados, principalmente a desapropriação de interesse social para fins de Reforma Urbana.

1.2.1. O PROJETO DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO

Inicialmente o Anteprojeto de Constituição da Comissão de Sistematização, continha duas normas sobre a política urbana, uma referente ao uso urbano e a outra conferindo competência ao Poder Público estabelecer a cobrança do imposto progressivo no tempo, e sem caráter expropriatório, a incidir sobre áreas urbanas não edificadas e não utilizadas, de forma a assegurar o cumprimento da função social da propriedade.

Com a apresentação nessa fase das emendas populares e dos parlamentares, foi introduzido no texto da Constituição o capítulo da política urbana.

De acordo com o Projeto de Constituição da Comissão de Sistematização, o direito de propriedade, que tem função social, é reconhecido e assegurado, salvo nos casos de desapropriação do Poder Público

(art.200). Para a propriedade urbana cumprir sua função social, deve atender as exigências fundamentais de ordenação da cidade, expressa em plano urbanístico aprovado por lei municipal. O plano urbanístico seria obrigatório para os Municípios com mais de vinte mil habitantes (art. 200, parágrafo 1º).

Por esse dispositivo é introduzida a faculdade do Poder Público Municipal, mediante lei específica para área territorial incluída no plano urbanístico, exigir nos termos da lei, do proprietário do solo urbano não edificado, não utilizado que promova seu adequado aproveitamento sob pena, sucessivamente de parcelamento ou edificação compulsórios, imposto progressivo no tempo, e desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública, com prazo de resgate de dez anos. O Projeto incorpora o instituto do usucapão urbano.

A partir do Projeto de Constituição, se verifica nitidamente que a Constituinte fez a opção pelo segundo caminho, de atribuir para outro espaço político a regulamentação necessária sobre a política urbana e portanto sobre a função social da propriedade urbana.

O Município no processo Constituinte, entra em cena como responsável por este espaço político, no sentido de dispor sobre as normas jurídicas sobre a propriedade urbana e sua função social, os critérios para a observância da função social da propriedade urbana seriam estabelecidos através das exigências fundamentais de ordenação da cidade. Essas exigências estariam expressas em plano urbanístico aprovado por lei municipal.

1.2.2. A INTRODUÇÃO DO PLANO DIRETOR NO PROJETO DE CONSTITUIÇÃO

A inclusão do plano diretor na versão final do Projeto de Constituição da Comissão de Sistematização, é decorrente das emendas apresentadas pelo bloco parlamentar do Centrão, que exclui o plano urbanístico e introduz o plano diretor, conceituado como o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

É atribuído ao Município através do plano diretor estabelecer quando a propriedade urbana cumpre a função social através das exigências fundamentais de ordenação da cidade. Com a leitura des-

As normas constitucionais o Município entre os entes federados torna-se o principal responsável pela implementação da política urbana, cuja eficácia será apurada pela forma e procedimentos estabelecidos a nível municipal voltados a tornar efetivo o direito à cidade.

As normas constitucionais que disciplinam os preceitos, os instrumentos e os procedimentos para a promoção da política urbana, conferem também responsabilidades para a União que de acordo com o artigo 182 parágrafo 4º, deve instituir a lei federal de desenvolvimento urbano como requisito para o Município aplicar os instrumentos de política urbana como o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo e a desapropriação para fins de reforma urbana (sendo esses temas objeto de análise mais adiante), o que resulta na conclusão inicial que as normas constitucionais sobre a política urbana necessitam de regulamentação por parte da União e do Município.

A Constituinte com o objetivo de dar continuidade ao processo institucional sobre a questão urbana, atribuiu em especial ao Município a responsabilidade de conferir eficácia as normas constitucionais sobre a política urbana, definindo de forma estratégica o plano diretor como o principal instrumento dessa política voltada a regular as atividades inerentes as funções e atividades da cidade.

Como última reflexão desse histórico da Constituinte é importante compreender porque foi adotado o termo plano diretor e não plano urbanístico ou lei de desenvolvimento urbano municipal, a partir da origem do plano diretor como instrumentos de planejamento urbano.

2. A ORIGEM DO PLANO DIRETOR

A partir da década de 70, a institucionalização do planejamento se disseminou nas administrações municipais através das Leis Orgânicas dos Municípios neste período elaborada pelos Estados. As Leis Orgânicas dos Municípios do Estado de São Paulo, Santa Catarina, Rio Grande do Norte, Pará, Mato Grosso, Alagoas, Ceará, adotaram o plano diretor de desenvolvimento integrado como instrumento de pla-

nejamento e nas demais Leis Orgânicas apesar de não mencionar de forma expressa o plano diretor, os Municípios dos Estados de Minas Gerais, Rio de Janeiro, Paraná, Goiás, Bahia, Pernambuco, Sergipe, Rondônia eram obrigados a elaborar planos de desenvolvimento³.

A Lei Orgânica dos Municípios de São Paulo (Decreto-lei Complementar N° 9/69), estabelecia que o Município deveria iniciar o processo de planejamento com a elaboração do plano diretor de Desenvolvimento Integrado adequando-o aos recursos financeiros do Município e às suas exigências administrativas e integrar os seus aspectos físicos, econômicos, sociais e administrativos, visando a integração do processo de desenvolvimento nos níveis de Governo Federal, Estadual e Municipal.

No Município de São Paulo, o plano diretor de Desenvolvimento Integrado adotado pela lei municipal 7.688/71, de acordo com o seu artigo 1° tinha como finalidade ordenar e disciplinar o desenvolvimento físico, econômico, social e administrativo, de forma a propiciar o bem estar da comunidade, e pelo artigo 2°, o objetivo de criar e manter ambiente urbano favorável ao exercício, por toda a população, das funções de habitar, de circular, de trabalhar e de cultivar o corpo e o espírito. Na verdade essas regras jurídicas nunca tiveram eficácia pela inexistência de um planejamento com a participação da população, e de políticas públicas para tornar concreto o direito à moradia. Durante esse período ao contrário do estabelecido no texto legal do planejamento propiciar o bem estar de seus habitantes através do PDDI, a cidade passou a enfrentar o problema do crescimento de favelas, cortiços e loteamentos clandestinos.

O plano diretor de Desenvolvimento Integrado foi uma exigência imposta pelos Estados aos Municípios para a obtenção de auxílio financeiro e transferência de recursos.⁴ A União por sua vez através do SER-

³ Leis Orgânicas dos Municípios Vol. 1, 2 e 3, Senado Federal - Subsecretaria de Edições Técnicas, 1987.

⁴ O Artigo 1° das Disposições Transitórias da Lei Orgânica dos Municípios do Estado de São Paulo sobre a obrigatoriedade do PDDI para obtenção de recursos estabeleceu que: nenhum auxílio financeiro ou empréstimo será concedido pelo Estado aos Municípios que até 21 de dezembro de 1971, não tiver seus programas de ação baseados em um plano diretor de Desenvolvimento Integrado, ainda que simples, mas orientado para um gradativo aperfeiçoamento, comprovando que o Município iniciou um processo permanente. "Este dispositivo sofreu alterações através da Lei Complementar N° 54 de 17/12/71 que suprimiu o prazo fixado e atribuiu ao Estado fixar por Decreto o prazo para entrega do PDDI.

FHAU – Serviço Federal de Habitação e Urbanismo estabeleceu um sistema de financiamento às Prefeituras que desejassem elaborar planos integrados de desenvolvimento⁵.

Lembrando que neste período o país governado pelo regime militar tinha entre suas principais características a centralização do poder no âmbito da União. Os Municípios apesar da Constituição Federal de 1967, garantir a autonomia municipal tinha a sua capacidade política e administrativa extremamente limitada pois a competência para elaborar a Lei Orgânica dos Municípios, que significava dispor sobre organização municipal, era dos Estados.⁶

A limitação a autonomia política do Município também era constatada por sua capacidade financeira, pois os tributos ficavam concentrados na União e nos Estados, sendo de sua competência instituir os impostos sobre a propriedade predial e territorial urbana e serviços de qualquer natureza. Apesar da arrecadação do imposto sobre propriedade territorial rural pertencente ao Município, esta fonte de receita era insignificante pela razão da União não ter interesse em promover a sua arrecadação e não ter estruturado um sistema eficiente, tornando-se um dos tributos até hoje mais sonogados no país.

Essa situação deixou o Município dependente dos recursos da União e dos Estados para poder exercer suas funções e promover os serviços locais.

O projeto político de governo militar de integração nacional, através do crescimento e modernização de rede urbana para completar a ocupação e unificação do país, sob uma organização territorial urbano

⁵ O Decreto Nº 59.917 de 30 de dezembro de 1956 que regulamentou o SERFHAU, também criou o FIPLAN - Fundo de Financiamento de Planos de Desenvolvimento Local Integrado. De acordo com este Decreto, o Fundo constituirá uma conta gráfica nos livros e papéis do Banco Nacional de Habitação (BNH) sendo os seus recursos aplicados, exclusivamente, no financiamento a Entidades Regionais, Estaduais, Intermunicipais e Municipais, para a elaboração de seus planos de desenvolvimento local integrado. O FIPLAN, inicialmente administrado pelo SERFHAU, teve seu acervo transferido ao BNH, mais especificamente à Carteira de Desenvolvimento Urbano (CDU), tendo sido transformado em um dos seus programas em 1974. Roteiro para Elaboração do plano diretor de Desenvolvimento Integrado - CEPAM - Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal - 1978.

⁶ A Constituição do Estado de São Paulo em seu art. 20 Parágrafo único, 1 considerava como lei complementar a Lei Orgânica dos Municípios, como exceção poderíamos citar o Estado do Rio Grande do Sul onde os Municípios tinham a sua própria Lei Orgânica.

industrial. Como meio de mobilizar esse modelo são realizados grandes projetos para ocupação do território como a transamazônica, a criação de pólos petroquímicos e siderúrgicos, construção de hidrelétricas como Itaipu, portos e pontes como a Rio-Niterói. No processo desencadeado são gerados novos centros urbanos para abrigar a população dos fluxos migratórios que ocorreram para a realização desses projetos.

Para a consecução deste projeto político se justificou a centralização política e financeira, onde os Municípios para sobreviverem tinham poucas alternativas diante da concentração dos recursos na esfera federal. O Município para promover o desenvolvimento local ficou praticamente dependente da obtenção de recursos dos organismos federais. O plano diretor de desenvolvimento integrado como instrumento básico para a promoção do desenvolvimento local, diante das limitações financeiras do Município, se configurou mais como um mecanismo de captação de recursos da União e do Estado, do que de fato num mecanismo de promoção do desenvolvimento local.

Na opinião de José Afonso da Silva ao abordar as inovações municipais na Constituição de 1988, no regime constitucional anterior devido as Leis Orgânicas municipais imporem ao Município a obrigação de adotar o plano diretor de desenvolvimento integrado, e um conjunto de leis federais e estaduais terem condicionado a obtenção de verbas ou a celebração de convênios à existência de tal plano, gerou planos, elaborados tecnocraticamente, sem correlação com a realidade existente.⁷

O plano diretor de Desenvolvimento Integrado quanto a sua conceituação era caracterizado como plano, porque estabelecia objetivos a serem alcançado, fixava prazos em que eles poderiam ser atingidos, determinava as atividades a executar nesse prazo e quem deveria executar essas atividades; Diretor por conter as diretrizes fixadas para o desenvolvimento municipal para orientar a iniciativa privada e a ação da própria Prefeitura, Desenvolvimento por ser o seu objetivo fundamental o desenvolvimento social e econômico do Município bem como sua adequada organização territorial; Integrado pois deveria se integrar no desenvolvimento da região em que se situasse o Município e nos planos

⁷ José Afonso da Silva - Inovações Municipais na Constituição de 1988 - Revista dos Tribunais-669, julho de 1991, pág. 12.

regionais existentes, como também constituir um conjunto integrado de diretrizes e programas de ação, nos vários setores da atividade municipal econômico, social territorial, administrativo e financeiro.

O plano diretor de Desenvolvimento Integrado tinha como objetivos gerais, promover o desenvolvimento econômico e o desenvolvimento social do Município e melhorar o atendimento e a eficiência dos serviços prestados pela Prefeitura e dentre seus objetivos específicos iniciar ou consolidar um processo permanente de planejamento municipal assegurando a coerência entre os planos gerais de longo prazo, os programas setoriais de médio prazo, o Orçamento Plurianual de Investimento e o Orçamento Programa.⁸

Pelas características e objetivos mencionados o plano diretor poderia ter sido um instrumento eficaz de planejamento visando traduzir os objetivos e necessidades reais da população local levando em conta todas as condições políticas, econômicas, culturais e sociais.

As normas jurídicas não colocavam restrições e nenhuma proibição para os Municípios no sentido de considerar a realidade local e os conflitos e as diferenças dos seus agentes na elaboração e gestão do plano.

Um elemento condicionante para o plano diretor não incorporar mecanismos eficazes para atender os interesses da população urbana foi a forma como foi aplicado e utilizado pelos técnicos-planejadores e os Governos Locais, que reproduziram atos e procedimentos destinados a centralização da elaboração, tomada de decisões e implementação do planejamento municipal. A reprodução sistemática do planejamento centralizado e distoante da realidade urbana, foi consolidando a concepção do plano diretor como um produto acabado, uma peça tecnocrática elaborada de forma preciosista, rígida e formal.

Os debates que ocorreram no Seminário “plano diretor Municipal” organizado pela Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo em agosto de 1989 e no “II Fórum Nacional de Reforma Urbana”, realizado nessa mesma faculdade em outubro de 1989, sobre o papel do plano diretor antes da Constituição de 1988, se encontram bem sistematizados no estudo de Newton Callegari sobre o Município e

⁸ Lei Orgânica do Município de São Paulo - Decreto Lei Complementar No. 9169, V Art. 3º., VIII, Art. 19, Parágrafo 3, 1, Art. 57, Art. 54, Art. 82.

o plano diretor que enumerou como razões para a ineficácia dos Planos Diretores de Desenvolvimento Integrado:⁹

- 1) a então excessiva concentração de poder da União, desmotivando a ação municipal inclusive, em relação aos recursos, colocando-se o município sempre na posição dependente, atendido ou não, em função de injunções políticas;
- 2) planos elaborados por empresas externas, distantes da realidade local, pecando pelo excesso de tecnicismo, sem nenhuma preocupação com a dimensão política de que os planos devem ter, empregando de forma generalizada modelos esterotipados, com base em uma metodologia simétrica, resultando uma equalização de tratamento em termos pesquisa e concepção dos planos, não considerando a individualidade de cada Município – diferentes escalas demográficas, posição relativa na região, disponibilidade local de recursos humanos, materiais e financeiros necessários a implementação;
- 3) Planos elaborados tão somente para permitir o acesso a financiamentos, sem nenhuma intervenção de implementação;
- 4) planos elaborados sem a mínima participação da comunidade, não refletindo, por conseqüente, os seus anseios;
- 5) planos elaborados sem o concurso do pessoal dos quadros permanentes da administração local, que não tiveram a menor motivação para iniciar, a partir deles o processo de planejamento.

3. A NOVA CONFIGURAÇÃO CONSTITUCIONAL DO PLANO DIRETOR

A concepção do plano diretor como meio de realizar a transformação estrutural da cidade através de um modelo de ordenamento nacional do território, tratando os conflitos e contradições urbanas como desvios do modelo associado a sua ineficácia durante estas duas últimas décadas, deve ser profundamente questionado considerando os objetivos precon-

⁹ Newton Callegari - O Município e o plano diretor. Fundação Prefeito Faria Lima - CEPAM - pág. 21, maio 1990.

zados da política urbana a ser implementado pelo Poder Público municipal de garantir o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e o bem estar de seus habitantes.

Os setores conservadores concordaram com a previsão do plano diretor no texto constitucional como instrumento básico da política urbana com a perspectiva deste continuar na prática sendo concebido como um instrumento voltado a reforçar o planejamento formal e abstrato que não reconhece a cidade real, que não tem o objetivo de modificar a lógica da apropriação privada dos investimentos públicos, ou então pelo fato de induzir um planejamento que tenha como premissa a cidade modelo-ideal, sem considerar a realidade local. Dentro dessa perspectiva também são elementos importantes para que o plano diretor não tenha eficácia, a falta de previsão de instrumentos jurídicos que permitam a distribuição da renda acumulada pelos agentes do mercado imobiliário ou a inexistência de mecanismos de controle sobre as atividades urbanísticas como a realização de obras públicas desnecessárias que visam beneficiar as grandes empreiteiras e não a população. No caso do plano diretor ser concebido dessa maneira as aspirações populares expressas na Constituinte teriam caído numa armadilha.

Pensando de forma adversa, devido aos objetivos constitucionais do plano diretor, poderão ser criadas novas esferas públicas junto ao Poder Municipal (Executivo e Legislativo) compostas pelos agentes públicos, privados e sociais para a definição das regras jurídicas referentes ao exercício e proteção dos direitos inerentes à vida na cidade, como a instituição de mecanismos jurídicos para a promoção de uma reforma urbana. O plano diretor pode se transformar num instrumento eficaz para a realização da política urbana se assegurar o direito de acesso à cidade para a maioria da população urbana marginalizada e carente.

O reconhecimento do direito à cidade seria uma forma dos agentes sociais que produzem a riqueza da cidade, se apropriarem das leis que regulam as funções e atividades urbanas, bem como das noções do planejamento, e passarem a utilizar as regras básicas do jogo de apropriação do território urbano, na defesa de seus interesses; como também possibilitar a associação da esfera técnica de planejamento com a esfera política da gestão ou reverter a hegemonia do uso da terra como reserva de valor; de definir de forma precisa os critérios para se cumprir

a função social da propriedade e incluir os instrumentos de gestão participativa.

As normas constitucionais referentes a política urbana conferem ao plano diretor uma nova configuração, que não se confunde e nem apresenta semelhança com os antigos planos municipais denominados planos diretores de desenvolvimento integrado.

O plano diretor como instrumento básico dessa política no âmbito municipal compreende em razão de sua finalidade um conjunto de normas voltadas a disciplinar as atividades urbanísticas, bem como de estabelecer os procedimentos e instrumentos para o Poder Público municipal, assegurar que as funções sociais da cidade e da propriedade urbana sejam exercidas em consonância com o direito à cidade.

A previsão do plano diretor através de norma constitucional acarreta uma profunda distinção com o plano diretor de desenvolvimento integrado, no qual o plano deixa de ser uma peça basicamente técnica e se transforma numa instituição jurídica, uma vez que o planejamento é uma previsão constitucional onde a obrigação de elaborar o plano diretor se converte numa missão constitucional aos Municípios com mais de vinte mil habitantes.

Como instituição jurídica é de extrema relevância verificar quais devem ser as regras, os instrumentos, os procedimentos, o sistema de gestão que precisam ser formalizados pelo sistema de normas jurídicas, para o plano diretor ter eficácia jurídica uma vez que a sua institucionalização é realizada através de lei municipal.

Para verificar se o conjunto de normas do plano diretor atende os preceitos constitucionais para a promoção da política urbana, a regra básica que precisa ser observada é do plano diretor ser instituído de acordo com o sistema das normas constitucionais. Através da análise desse sistema de normas que pode ser extraída a afirmação do plano diretor como norma constitucional ter efetividade se for instituído e aplicado como instrumento de política urbana voltado a tornar concreto o direito à cidade. Para se chegar a essa afirmação é necessário interpretar as normas constitucionais de forma integrada, sendo insuficiente apenas compreender o significado das normas previstas no artigo 182 e 183, devido a Constituição compreender um sistema de normas, ou seja, uma conexão de princípios imanentes (expressos ou implícitos, revelados ou não em norma constitucional), constitutivos da ordem

constitucional brasileira, que tratam dos princípios, das competência, dos objetivos e demais preceitos norteadores da política urbana.

4. CONCLUSÕES

Sobre a nova configuração do plano diretor como instrumento de política urbana nos termos do texto constitucional podemos concluir que:

- 1) O plano diretor ao ser instituído por norma constitucional configura natureza distinta dos antigos planos diretores de desenvolvimento integrado, em razão de:
 - a) ser o instrumento básico da política urbana municipal pelo qual se efetiva o planejamento urbanístico local,
 - b) ser requisito obrigatório para o Município promover ações e medidas para a propriedade urbana atender sua função social;
 - c) ter como requisito para a sua instituição e implementação a participação popular, que se tornou preceito obrigatório dos processos e instrumentos de planejamento;
- 2) O plano diretor, em decorrência da sua natureza de ser o instrumento básico da política urbana municipal, tem como pressupostos para a sua eficácia jurídica o planejamento democrático e participativo com base no princípio da participação popular, como meio de garantir a apropriação e o reconhecimento institucional da realidade social e cultural local para a constituição das regras, procedimentos e instrumentos destinados a tornar efetivo o direito à cidade;
- 3) O fundamento do plano diretor como parte integrante do processo de formulação e implementação da política urbana ser destinado a criar mecanismos e instrumentos jurídicos que permitam ações e atividades no Município para tornar concreto o direito à cidade, de modo a ter eficácia jurídica, deve ser extraído do conjunto de normas do sistema constitucional.

II – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO URBANÍSTICO

1. OS VALORES DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Os princípios constitucionais na lição de Gomes Canotilho, traduzem as opções políticas conformadoras da Constituição, sendo a base das normas jurídicas quando se transformam em normas-princípios e se constituem nos preceitos básicos da organização constitucional¹⁰. Os princípios constitucionais ao explicitar as valorações políticas da Constituinte, são normas que contêm as decisões políticas fundamentais acolhidas no documento constitucional.

O preâmbulo consiste na síntese dos valores e dos princípios que se tornam normas diretoras do desenvolvimento da sociedade e do Estado, enumerando as principais opções político-constitucionais.

A Constituição Brasileira pelo seu preâmbulo, institui o Estado brasileiro como um Estado Democrático, destinado a assegurar os valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

São considerados como valores supremos os direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça.

Os valores de uma sociedade fraterna, pluralista e justa que devem ser observados num Estado Democrático, são, na verdade, os valores da democracia. Os valores liberdade, e igualdade reconhecem o direito do

¹⁰ José J.G. Canotilho, 1989, op.cit. pág 121.

indivíduo como sujeito político de participação na construção política, social econômica e cultural de sociedade. Exercer a participação política é respeitar a liberdade e a igualdade, é exigir a não ocorrência de discriminação em qualquer nível (religiosa, sexual, racial, política etc.), e reconhecer que as pessoas são diferentes.

O desenvolvimento é legitimado desde que esteja voltado para promover o desenvolvimento sustentável que significa atender as necessidades das gerações presentes e futuras, proteger o meio ambiente sadio, promover o bem estar visando a harmonia social combatendo as desigualdades sociais. A justiça como valor democrático visa garantir a realização dos direitos fundamentais do homem, tem como desafio permanente expressar o sentimento da sociedade contra as práticas arbitrárias, discriminatórias, que ocasionam a marginalização, a miséria, e o desrespeito à dignidade da pessoa humana. A garantia da convivência entre uma sociedade pluralista e solidária será decorrente do equilíbrio manifestado na aplicação da justiça como valor fundante de um regime democrático.

Em consonância com os seus valores, a Constituição proclama a existência do Estado Democrático de Direito que tem como fundamento a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. O Estado Democrático de Direito mais do que uma simples junção dos preceitos do Estado de Direito e do Estado Democrático, significa a evolução do pensamento do liberalismo que deu origem às chamadas teorias restritivas de democracia reduzidas a sistema político de representação e formas de domínio.

O individualismo ou o chamado neutralismo do Estado liberal diante das injustiças que provocou, gerou a consciência da necessidade de justiça social e a partir do final do século XIX, quando o sufrágio universal consolida o sistema de democracia representativa, desenvolve a idéia de democracia social inspirada na teoria rousсенiana e no jacobismo. A democracia social tem o compromisso dos pressupostos existenciais do cidadão, baseada numa concepção identitária (governantes e governados) através da afirmação dos denominados direitos sociais e da realização de justiça social.

Concomitante a institucionalidade do Estado Social de Direito nos países ocidentais, onde suas constituições abordam de forma expressa os

direitos econômicos e sociais, a teoria democrática pluralistas e a teoria democrática participativa, se colocam como alternativa a visão do sistema representativo do Estado de Direito.

A teoria de democracia participativa como teoria crítica da teoria democrático pluralista, combate a sua ideologia de justificar grupos no poder. Esta teoria tem como premissa o interesse básico dos indivíduos na autodeterminação política e na abolição do domínio dos homens sobre os homens e conceber a idéia de democracia como poder do povo, juntando todos os seus componentes individualista, coletivista, ideal radical democrático, autodeterminação individual e domínio do povo e defende a formação de vontade política de baixo para cima num processo de estrutura com a participação de todos os cidadãos de forma contrária de teoria pluralista a participação política visualiza como fator de distribuição e mudança do poder nos vários domínios sociais. Segundo Habermas a democracia é um fruir autônomo que deve realizar a autodeterminação dos indivíduos em todos os domínios sociais, a participação política é idêntica a autodeterminação.

O Estado Democrático de Direito acolhe os postulados da democracia representativa e participativa, onde predomina como pressuposto da democracia a existência de um processo dinâmico com a existência de uma sociedade aberta e ativa que no decorrer desse processo, vai oferecendo aos cidadãos, possibilidade de desenvolvimento integral, liberdade de participação crítica no sistema político, condições de igualdade econômica, política e social.

O Estado brasileiro instituído como Estado Democrático de Direito deve observar o princípio da constitucionalidade, pois as fontes de fundamento desse Estado estão na Constituição emanada da vontade popular da Assembléia Nacional Constituinte e portanto dotada de supremacia. O princípio da soberania popular enunciado no artigo 1º resulta em ações direcionadas para constituir uma democracia representativa e participativa, pluralista e voltada para a garantia da vigência e eficácia dos direitos fundamentais que compreende os individuais, coletivos e difusos.

Com base na Constituição, o Estado brasileiro como Estado Democrático de Direito deve observar, além dos princípios da constitucionalidade e da soberania popular, os seguintes princípios:

- a) Princípio da justiça social;

- b) Princípio da igualdade;
- c) Princípio da separação dos poderes;
- d) Princípio da legalidade;
- e) Princípio da segurança jurídica.

Esses princípios constitucionais devem ser respeitados pelas entidades federadas no desenvolvimento de suas atividades destinadas a atender as tarefas constitucionais de sua responsabilidade como a implementação de políticas públicas para a efetivação dos direitos fundamentais.

Os princípios constitucionais que devem nortear a política urbana e as normas de direito urbanístico são os princípios do Estado Democrático de Direito acima mencionados, bem como os princípios da ordem econômica em especial da função social da propriedade.

A política urbana e as normas de direito urbanístico, devem ter como finalidade atender os fundamentos e os princípios constitucionais, visando tornar efetivo o direito à cidade. A efetivação desse direito significa tornar pleno o exercício da cidadania e garantir a dignidade da pessoa humana, que são fundamentos de um Estado Democrático de Direito nos termos do artigo 1º da Constituição. Para o direito à cidade se concretizar a política urbana e as normas de direito urbanístico devem ter como premissa viabilizar um dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro estabelecido no artigo 3º, inciso III da Constituição, de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais.

Ao Município de acordo com o artigo 182 da Constituição, foi atribuída a competência para executar a política urbana através do Poder Público municipal, tendo como principal instrumento o plano diretor.

O plano diretor como instrumento de política urbana deve ser instituído por lei municipal, portanto deve conter normas que não contrariem o princípio da legalidade e da constitucionalidade.

A finalidade do plano diretor de assegurar o direito à cidade pressupõe a plena observância do princípio da soberania popular como fonte de sua legitimidade e eficácia jurídica, que significa a sua instituição e aplicação com participação popular.

2. SOBERANIA POPULAR E CIDADANIA

A democracia no Estado republicano é entendida como o regime da soberania popular, funda-se no exercício da liberdade, na afirmação da igualdade e no respeito à res pública, no qual aquilo que for comum a todos é insuscetível de apropriação privada. Montesquieu afirmava, em O Espírito das Leis que “a mola propulsora desse regime é aquela virtude – ao mesmo tempo “coisa simples” e preciosíssima – que se manifesta no “sentimento político” como encarnação do princípio da igualdade. Numa república, a virtude política por excelência é o amor do bem público; numa democracia, é o amor da igualdade”.

A Constituição consagra como princípio do Estado brasileiro a soberania popular, pelo qual assegura a participação direta ou indireta do povo no poder, que será exercida por meio de representantes, eleitos ou diretamente, eliminando a possibilidade de compreensões conflitantes e contraditórias entre a noção de Estado de Direito e democracia. O princípio de soberania popular deve ser conjugado com o princípio da prevalência da Constituição que impede a modificação de valores e princípios que se caracterizam como seus próprios fundamentos.

Os princípios fundamentais enunciados repercutem na adesão a teoria da democracia participativa fundada na soberania popular onde o poder democrático é exercido através de uma combinação entre a democracia indireta, chamada democracia representativa, e a democracia direta. Na democracia representativa, o povo outorga as funções políticas para os seus representantes que elege periodicamente para participar dos vários níveis de decisão política (Executivo, Legislativo, Federal, Estadual e Municipal), onde a política, ao referendar o sistema eleitoral partidário, fortalece a igualdade formal. A democracia direta também chamada de democracia real, é aquela que o povo exerce diretamente o poder nos processos de decisão, o que implica a criação de igualdade e liberdade em todos os domínios. As experiências de democracia direta conhecidas são das cidades-Estados na Grécia antiga nos séculos IV e V a.C., nos cantões da Suíça – os Landsgemeinde no século XIII e os *town meetings* na região da Nova Inglaterra no século XVIII.

A democracia participativa não se confunde com esses exemplos diante do total diferença com o contexto histórico contemporâneo. A

democracia participativa na verdade contém elementos que caracterizam estes dois regimes de democracia, compreendendo a democratização como um processo global de sociedade. Esse processo global significa democratizar a democracia através da intensificação da participação dos homens no processo de decisão, pressupõe a participação popular como possibilidade de criação, transformação e controle sobre o poder ou os poderes.

A Constituição ao dispor sobre os direitos políticos, estabelece a forma e os instrumentos de práticas democráticas da soberania popular mediante o sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, plebiscito, referendo e pela iniciativa popular. Na verdade a Constituição possibilitou a participação política em níveis diferentes de utilização das garantias constitucionais, promovidos na defesa dos direitos individuais e coletivos, como direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidades ou abuso de poder, de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral, a ação popular, o mandado de segurança, o mandado de injunção e a ação civil pública podem ser consideradas como forma de participação não vinculantes.

No campo das políticas públicas que devem ser implementadas pelas entidades federadas para efetivar os direitos fundamentais, a participação popular torna-se condicionante da validade e eficácia das ações e atos praticados pelo Poder Público.

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.

O plebiscito vem do latim (*plebis + scitum*) e originariamente designava, na Roma antiga, a decisão soberana da plebe expressa em votos. O plebiscito é uma consulta de caráter geral tem por finalidade, decidir previamente sobre determinada questão, tendo uma associação a idéia de soberania territorial e ao princípio do direito dos povos à

autodeterminação, como por exemplo sobre tratados bilaterais ou multilaterais, sobre atuação e adesão a organismos internacionais. Na história brasileira foram realizados dois plebiscitos nacionais versando o primeiro no ano de 1963 sobre a permanência do sistema parlamentarista, instaurado em setembro de 1961 com a renúncia do presidente Jânio Quadros, que decidiu pela volta ao sistema presidencialista, e o segundo, realizado no dia 21 de abril de 1993 sobre a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que decidiu pela manutenção da república e do sistema presidencialista. O plebiscito de acordo com a Constituição é um dos requisitos para a criação ou desmembramento de Estados ou Municípios (Art 18, Parágrafos 3 e 4).

O referendo tem sua origem da prática de consultas à população nos cantões suíços para que se tornassem válidas as votações nas assembleias cantonais. O referendo tem o objetivo de ratificar ou regular matérias que já foram inicialmente decididos pelo Poder Público como a aprovação ou rejeição de projetos de lei. O referendo pode ser convocado sempre após a edição de atos normativos seja para confirmar ou rejeitar normas legais ou constitucionais em vigor, nesse sentido a revisão da Constituição prevista no artigo 3º das disposições transitórias da Constituição deveria ser submetida a referendo com base no princípio da soberania popular.

A Constituição ao disciplinar o plebiscito e o referendo estabelece como competência exclusiva do Congresso Nacional autorizar referendo e convocar plebiscito (artigo 49, inciso XV). Na esfera municipal como será demonstrado no capítulo adiante que versa sobre o Município e plano diretor esses instrumentos foram regulamentados através das Leis Orgânicas.

A iniciativa popular é o meio pelo qual o povo pode apresentar diretamente ao Legislativo, projetos de lei subscritos por um número mínimo de cidadãos. Este instrumento como também o plebiscito e o referendo, podem ser aplicados na esfera federal, estadual e municipal.

No âmbito federal a iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por no mínimo um por cento do eleitorado nacional, distribuído por pelo menos cinco Estados, com não menos de três décimos de eleitores para cada um deles. No caso municipal, para a apresentação de iniciativa

popular de projetos de lei de interesse específico do Município, da cidade ou de bairros, é necessário a manifestação de pelo menos cinco por cento do eleitorado.

A Constituição, com base no princípio da soberania popular, visando assegurar a participação popular, estabeleceu sistemas de gestão democrática em vários níveis, tais como:

- A cooperação das associações representativas no planejamento municipal, como preceito a ser observado pelos Municípios (artigo 29, XII);
- Educação – Gestão democrática do ensino público (Art. 206, VI).
- Seguridade Social – organização com caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com a participação da comunidade, em especial de trabalhadores, empresários e aposentados (Art 114, VI);
- A participação dos trabalhadores e empregados nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários, sejam objeto de discussão e deliberação (artigo 10);
- Saúde – ações e serviços de Saúde que integram uma rede regionalizada e hierarquizada constituem um sistema único que deve ser organizado com participação da comunidade (artigo 198);
- Assistência Social – ações governamentais na área de assistência social, tendo como uma das diretrizes a participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis (artigo 204);
- Cultura – Poder Público promover a proteção do patrimônio cultural brasileiro com a colaboração da comunidade (artigo 216 parágrafo 1º);
- Meio Ambiente – dever do Poder Público e da coletividade de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (artigo 225);
- Criança e Adolescente – O Estado promover programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente com a participação de entidades não-governamentais. Dever da família,

da sociedade e do Estado de assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à Saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (artigo 227).

A previsão desses sistemas de gestão democrática tem a finalidade de conferir novos direitos aos cidadãos, de participar na formulação de legislações através da iniciativa popular e audiências públicas, de fiscalizar as atividades dos Governos, de promover a proteção ao meio ambiente, de participar da formulação e execução das políticas públicas através de canais institucionais como os Conselhos da Saúde, da Criança e do Adolescente.

Esses níveis de participação na verdade são novos paradigmas para o exercício do poder pelas entidades federadas no desempenho de suas funções e deveres constitucionais. Quando se pensa no Estado Democrático de Direito, numa civilização moderna, sempre se pressupõe a organização e a participação da sociedade na definição das ações e comportamentos dos agentes do Estado visando a solução de crises, conflitos e problemas políticos, sociais e econômicos.

Os alicerces do Estado Democrático de Direito iria tomando corpo na medida em que houvesse contraposição à crise decorrente de concentração econômica e da burocratização dos órgãos estatais. A crescente mobilização e organização popular ao romper estruturas e formas falidas, seria o anúncio de um momento de democratização permanente com o intuito de transformar radicalmente a sociedade.

Os novos paradigmas para a construção de uma sociedade livre, justa e democrática, vem sendo alinhavado diante de várias ações e movimentos desenvolvidos por setores da sociedade brasileira, como o movimento pela ética na política que foi fundamental no processo do *impeachment* do Presidente Collor e o movimento na ação da cidadania contra a miséria e pela vida popularmente conhecida como a Campanha do Betinho contra a Fome.

Com a observância dos valores e princípios constitucionais foi aberto um permanente processo no ordenamento político e jurídico

brasileiro de criação de normas e legislações destinadas a concretização do exercício da cidadania, da garantia dos direitos fundamentais, da realização de justiça social. Neste processo se vislumbra a ocorrência de varias experiências de gestões democráticas que estimulam o modelo de co-gestão (Estado e sociedade) e o fortalecimento das formas da organização independente e autônoma da sociedade.

Com a ampliação do conceito de democracia, o texto constitucional reconhece a necessidade e a importância de participação popular nas decisões sobre o rumo de nosso país, considerando a cidadania e a dignidade da pessoa humana, fundamentos dirigentes para o surgimento e evolução de um Estado Democrático.

Como normas dirigentes na sua plenitude, são condicionantes portanto perante as demais normas relacionadas com a política urbana, incluindo nessa ordem o plano diretor transmite a obrigatoriedade para o Município de estabelecer uma prática democrática a partir da elaboração até a execução deste instrumento nas cidades, visando criar novos espaços políticos com a participação de todos os segmentos da população.

A noção de cidadania deve ser fixada com base na abrangência dos direitos de cada segmento social, não podendo ser estática, pois cada momento histórico terá um significado. Na sociedade escravocrata que perdurou do Brasil Colônia ao Império, a noção de cidadania se associava com a necessidade do indivíduo se libertar da escravidão, de conquistar a liberdade, essa noção pelas condições de época, traduzia o grau de alcance da cidadania em sua plenitude. Considerando como elemento do conceito de cidadania, a emancipação e a autodeterminação do indivíduo, a concepção defendida na sociedade escravocrata é extremamente limitada para ser aplicada na sociedade contemporânea e em razão do desenvolvimento das forças produtivas e dos agentes sociais presentes.

As ações e reivindicações dos grupos sociais marginalizados que vivem nas cidades (moradores de favelas, de cortiços, meninos de rua) envolvem a busca de uma identidade construída na noção do direito à cidade que compreende o direito de exercer plenamente a cidadania. O conceito de cidadania no mundo contemporâneo não pode mais ficar vinculado a titularidade dos direitos políticos exercidos numa democracia representativa.

A cidadania deve ser compreendida quanto a sua dimensão política na efetiva participação e intervenção dos sujeitos na definição das ações e políticas que interfiram em suas vidas, na garantia do exercício dos direitos fundamentais (individuais, sociais, culturais, meio ambiente ecologicamente equilibrado), como condição de respeito a dignidade da pessoa humana.

As formas de expressão, as ações concretas da população organizada e desorganizada, suas formas de associação, experiências e vivências cotidianas, o modo de viver e sobreviver nas cidades, reforça a idéia da cultura como elemento constitutivo de todas as práticas sociais, inclusive das práticas políticas e econômicas, bem como de ser requisito para o exercício de cidadania em sua plenitude.

A cidadania e a dignidade da pessoa humana como normas dirigentes para a política urbana, devem ser compreendidas quanto a sua efetivação em conjunto com os objetivos fundamentais do Estado Brasileiro. A Constituição afirma como objetivos fundamentais constituem uma sociedade livre, justa e soberana, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O princípio da justiça social deve mostrar a concretização dos objetivos fundamentais, pois apesar de serem normas programáticas, lhes são conferidas valor de Constituição.

A política urbana além de seus objetivos específicos de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem estar de seus habitantes, deve ser voltada para tornar concreto os objetivos fundamentais de construir uma sociedade livre, justa e solidária, de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais. Ao mencionar os objetivos fundamentais de República Brasileira, a responsabilidade de atribuir a máxima efetividade, as normas constitucionais é tanto do Estado como da sociedade. A Constituição impõe a necessidade de romper com princípios e objetivos formais que não transformam a realidade social, o respeito ao direito de igualdade. A observância do direito à cidadania e da dignidade da pessoa humana, somente deixará de ser visto no plano formal, quando houver um conjunto de ações promovidas pelo Estado e sociedade,

voltada para realizar de fato os objetivos fundamentais de um Estado Democrático de Direito.

3. PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA E FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A política urbana está subordinada à somatória de princípios e objetivos espalhados na Constituição. Nesse sentido é importante destacar os princípios da ordem econômica prevista no artigo 170. Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa mencionada no artigo 1º – IV, são concomitantemente os fundamentos de ordem econômica, a dignidade da pessoa humana é ao mesmo tempo uma finalidade e fundamento do Estado Brasileiro onde a sua proteção é obrigação do Poder Público, e o exercício de atividade econômica não voltado para este fim, estaria violando ducalmente este princípio constitucional. A propósito do valor social do trabalho, do valor social da livre iniciativa como observa Eros Grau – *A ordem econômica (mundo do ser), deve estar fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa – a Constituição consagra aí, note-se valorização do trabalho humano e livre iniciativa simplesmente, a livre iniciativa é tomada no quanto expressa de socialmente valioso; por isso não pode ser reduzida meramente, à feição que assume como liberdade econômica empresarial (isto é, de empresa, expressão do dinamismo dos bens de produção); pela mesma razão não pode nela, livre iniciativa nacionalizar tão somente, uma afirmação do capitalismo, assim, livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pelo capital, mas também pelo trabalho.*¹¹

A justiça social na sua imagem nítida de assegurar a dignidade da pessoa humana, deve promover o equilíbrio, a harmonia e a sintonia entre os valores do bem estar e desenvolvimento.

O direito de propriedade é garantido desde que atenda a sua função social, de acordo com o artigo 5º incisos XXII e XXIII. A propriedade privada como um dos princípios gerais da ordem econômica, para atender a sua função social deve estar vinculada as finalidades de ordem econômica de

¹¹ Eros Roberto Grau - A Ordem Econômica na Constituição de 1988, pág.. 231 - Ed. Revista dos Tribunais - 1990.

assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social. A função social da propriedade em consonância com os demais princípios constitucionais, é o mandamento principal do regime da propriedade urbana que deve ser disciplinado pelo direito público.

A função social como princípio constitucional, tem a natureza de ser princípio básico que incide no conteúdo do direito, fazendo parte de sua estrutura. A proteção ao exercício individual da propriedade combinada com o seu caráter absoluto, foi adotado como valor fundamental pelo sistema político originário do processo da revolução francesa visando assegurar os direitos emergentes da classe burguesa. Esse pensamento foi sendo superado em razão dos conflitos presentes nas sociedades contemporâneas, com a aplicação da teoria do abuso de direito, limitações administrativas, chegando à concepção da função social integrar o conteúdo da propriedade.¹²

No Brasil o regime das sesmarias serviu para a constituição dos latifúndios em consonância com a dinâmica do capitalismo mercantilista da época, não era a propriedade da terra que tinha valor como mercadoria mas sim a propriedade sobre o escravo. Na análise de José de Souza Martins¹³ *o escravo, como trabalhador, não entrava no processo de trabalho como vendedor mas sendo a mercadoria mesma, também não entrava, ele próprio como capital, pois capital não era, entrava como equivalente do capital, como renda capitalizada. A capitalização de renda não se dava sobre a terra mas no trabalhador.*

O regime de escravidão durante o período colonial e o período do Império, resultou no impedimento do trabalhador-escravo (negros,

¹² Carlos Ari Sundfeld faz uma importante distinção entre limitação e função ao expor: "Sempre se aceitou normalmente a imposição de obrigação de fazer ao proprietário, como condição para o exercício do direito de propriedade. São exemplos: a obrigação de construir muro, de limpar o terreno, aprovar planta, de instalar extintor de incêndio. Do que nunca se cogitou, porque incompatível com a propriedade individualista, foi da imposição da obrigação de utilizar o imóvel, isto é obrigação de exercer o direito em benefício de um interesse social. E é justamente tal tipo de obrigação que se deve impor com fundamento na função social.

Percebe-se que o fazer, nas duas hipóteses, tem um caráter distinto no primeiro caso, o das limitações, trata-se de condição para o exercício de direito. No segundo (função social), trata-se do dever de exercitar o mesmo direito.

Vários autores: Carlos Ari Sundfeld - Função Social da Propriedade, Temas de Direito Urbanístico, Edit. Rev. dos Tribunais, 1987, pág. 11.

¹³ José de Souza Martins - O Cativo da Terra, Ciências Humanas, pág. 15/1979.

índios) de ter acesso a propriedade, que se tornou um privilégio da classe dominante. O uso freqüente das ocupações, principalmente no período em que foi extinto o regime das sesmarias, entre 1822 e 1850, quando foi editada a lei de terras (Lei nº 601 de 10 de setembro de 1850), permite o processo de consolidação dos latifúndios que passam a ter proteção do Estado face a ordem legal estabelecida.

As ocupações ou posse da terra que foram verdadeiras grilagens foi o sistema utilizado pelas classes dominantes de apropriação da propriedade, que passaram a ser legalmente reconhecidas com a edição da Lei de Terras de 1850, instituída no mesmo ano em que foi abolido o tráfico negreiro.

Miguel Baldez¹⁴ para demonstrar a perfeita articulação entre o processo de extinção do cativo do homem e o processo subsequente de impedimento do trabalhador livre ter acesso a terra, indispensável para a manter a hegemonia de classe do sistema de produção, lembra o registro de Manoel Maurício de Albuquerque em sua Pequena História de Formação Social Brasileira, referente a uma declaração do Conselho de Estado em 1842:

“Como a profusão de datas de terras, têm, mais que outras causas, contribuindo para a dificuldade que hoje se sente de obter trabalhadores livres, é seu parecer que d’ora em diante sejam as terras vendidas sem exceção alguma. Aumentando-se, assim o valor das terras e dificultando-se conseqüentemente a sua aquisição, é de se esperar que o imigrado pobre alugue o seu trabalho efetivamente por algum tempo, antes de obter meios de se fazer proprietário”.

Miguel Baldez em continuidade ao seu pensamento entende que a Lei de Terras veio compor no plano jurídico, a nova relação imposta pelo modo de produção para impedir, num momento historicamente importante de ascensão capitalista, o acesso do trabalhador sem recursos a terra, pois submeteu a aquisição das terras devolutas à compra-e-venda, o que economicamente significava destinar a terra a quem tivesse dinheiro para comprá-la.

O modo de apropriação da propriedade implantado em nosso país, não sofreu profundas modificações o acesso a propriedade urbana, em

¹⁴ Miguel Lanzellotti Baldez - Solo Urbano Apoio Jurídico Popular/FASE, pág. 4/1986 - Manoel Maurício de Albuquerque, Pequena História da Formação Social Brasileira, Graal, pág. 286/1981.

vista das regras do mercado imobiliário continua sendo permitido apenas os setores da sociedade que possuem renda. A existência de favelas, assentamentos urbanos carentes decorrentes do processo informal de ocupações coletivas (que se diferencia da grilagem pelo qual se constituíram os grandes latifúndios brasileiros), cortiços, conjuntos habitacionais abandonados, ocupados, loteamentos periféricos sem equipamentos e infra-estrutura urbana, a degradação ambiental com a poluição dos rios, lagos, represas e das mares, a destruição das áreas verdes, a deterioração da qualidade de vida na cidade exige um novo paradigma para o regime de propriedade.

A permanente constatação de conflitos urbanos como as ocupações coletivas, favelas em viadutos, abusos de direito praticados nos cortiços violando os direitos do encortiçados, a venda ilegal de lotes na periferia das cidades, a apropriação de espaços públicos por agentes privados, a falta de fiscalização sobre a ocupação e edificação do solo urbano, deve ser fixado um balizador na mediação do Poder Público visando a solução desses conflitos pelos danos e prejuízos que causam a comunidade. Este balizador deve ser o estado social de necessidade.

A função social da propriedade como comando norteador do regime da propriedade urbana, deve romper com o imaginário de que todos tem seus direitos protegidos e respeitados, diante do exército de não proprietários brasileiros que ainda precisam conquistar os seus direitos de cidadania, de modo que todos os cidadãos sejam de fato iguais perante a lei. O estado social de necessidade é o princípio balizador para a soluções de conflitos e interesses coletivos referente a propriedade.

De acordo com José Afonso da Silva¹⁵ *com as normas dos artigos 182 e 183, a Constituição fundamenta a doutrina segundo a qual a propriedade urbana é formada e condicionada pelo direito urbanístico a fim de cumprir sua função social específica: realizar as chamadas funções urbanísticas, de propiciar habitação (moradia), condições adequadas de trabalho, recreação e de circulação humana.*

O Usucapião Urbano, que visa assegurar o direito de moradia principalmente dos grupos sociais emergentes na luta pelos direito

¹⁵ José Afonso da Silva - Curso de Direito Constitucional Positivo - Ed. Revista dos Tribunais, 6ª edição, 1990, pág. 686.

inerentes a vida na cidade, como instrumento de regularização fundiária, visa conferir como sanção ao proprietário que não atender a função social pelo abandono do imóvel a perda da propriedade. Por outro lado diante do grande número de comunidades terem a posse coletiva para fins de moradia da terra urbana, se reconhece simultaneamente a existência do cumprimento da função social e o direito de moradia, como primeiro passo para a conquista do direito à cidade.

O respeito a função social e o exercício do direito de propriedade, somente terá garantia constitucional se for condizente com os demais princípios e objetivos fundamentais do Estado Brasileiro. Essa vinculação passa pela sintonia da função social da propriedade com o exercício da cidadania, com a realização de justiça social e com o objetivo da construção de uma sociedade justa e solidária.

Para o cumprimento da função social é relevante a possibilidade concreta de intervenção do Poder Público, perante o proprietário que destinou a sua propriedade a um uso nocivo, através da aplicação das sanções constitucionais prescritas no Parágrafo 4º do artigo 182, demonstrando que houve de fato uma ruptura com o velho conceito da propriedade privada. Esse dispositivo constitucional poderá ser aplicado pelo Poder Público Municipal, ao proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado que não promova seu adequado aproveitamento com base nas exigências estabelecidas no plano diretor. Poderá ser aplicado de forma sucessiva o parcelamento ou edificação compulsórios, o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbano progressivo no tempo e a desapropriação com pagamentos mediante título da dívida pública, com prazo de resgate de até dez anos.

Outro elemento condicionante da ruptura do modelo tradicional da propriedade privada é o condicionamento da propriedade urbana a política urbana, que será executada pelo Poder Público Municipal, tendo por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem estar de seus habitantes. O exercício do direito de propriedade para ser garantido também está subordinado ao direito ao meio ambiente ao qual foi dado um tratamento especial na Constituição de 1988, através do artigo 225.

Como meio de concretizar a vinculação da propriedade urbana as diretrizes e objetivos da política urbana, o plano diretor como ins-

trumento básico dessa política no Município, deverá no estabelecimento das exigências fundamentais de ordenação da cidade, definir quando a propriedade urbana cumpre sua função social.

O fato do rompimento com o modelo da propriedade, não significa que o direito individual não continue garantido pelo texto constitucional. Como bem observa Eros Grau¹⁶ *“fundamentos distintos justificam propriedade dotada de função individual e propriedade dotada de função social. Encontra justificção, a primeira na garantia, que se reclama, de que possa o indivíduo prover a sua subsistência e de sua família, daí porque concorre para essa justificção a sua origem, acatada quando a ordem jurídica assegura o direito de herança. Já a propriedade dotada de função social, é justificada pelos seus fins, seus serviços, sua função”*.

A proteção constitucional ao direito de propriedade, esta presente de forma expressa na garantia da justa e prévia indenização em dinheiro, nos casos de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social.

A compreensão global das várias normas constitucionais que regulam a propriedade urbana, qualifica a idéia de não ser mais admissível que diante da faculdade e liberdade do exercício do direito de propriedade, em razão do poder de polícia seja invocada apenas o dever do Poder Público, impor limites e condicionantes a propriedade para adequá-la aos objetivos públicos.

Como princípio norteador do regime da propriedade urbana a função social, permite através do plano diretor, que o Poder Público Municipal possa exigir o cumprimento do dever do proprietário o seu direito em benefício da coletividade, que implica numa destinação concreta do seu imóvel para atender um interesse social.¹⁷

¹⁶ Eros R. Grau - 1990, op. cit. pág. 247.

¹⁷ Eros Grau na busca de explicitar a idéia de função social como função social ativa, enfatiza o fato de que o princípio da função social da propriedade impõem ao proprietário - ou a que detém o poder de controle, na empresa - o dever de exercê-la em benefício outrem. Isso significa que a função social da propriedade atua como fonte da imposição de comportamentos positivos - prestação de fazer, portanto e não, meramente, de não fazer - ao detentor do poder que deferi da propriedade. Vinculação inteiramente distinta, pois daquela que lhe é imposta mercê de concreção do poder de política (1990 op. cit. pág. 250).

Em razão da existência de múltiplas propriedades agrícola, industrial, literárias, artística, científica, bens de consumo, etc, houve diante da dimensão política dos conflitos urbanos emergentes um tratamento especial na Constituição, quanto a propriedade urbana que terá suas regras de calibragem as normas instituídas de acordo com o estágio político e social de cada Município, no processo de formulação e implantação do plano diretor.

A postura de conferir eficácia imediata ao princípio da função social, resulta em defender que através do plano diretor, sejam estabelecidos os critérios que possibilitem exigir do proprietário de imóvel urbano um comportamento positivo, objetivando a adoção de atividades que visem direcionar a propriedade, como base de um sistema político que elimine as injustiças e desigualdades. Para a função social da propriedade atingir essa finalidade deve ser assegurado:

- acesso à moradia a todos;
- justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização;
- regularização fundiária e urbanização das áreas ocupadas por população de baixa renda;
- recuperar para a coletividade a valorização imobiliária decorrente da ação do Poder Público;
- proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído.

4. FUNÇÕES SOCIAIS DA CIDADE

De acordo com o *caput* do artigo 182, a política de desenvolvimento urbano tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem estar de seus habitantes. O pleno desenvolvimento dessas funções deve ser compreendido como o pleno exercício do direito à cidade, a partir da observância das diretrizes norteadoras do desenvolvimento urbano acima mencionadas, como a de combater as causas da pobreza, promover medidas de proteção ao meio ambiente, tornar efetivo os direitos humanos.

As funções sociais da cidade, na verdade, são interesses difusos, pois não há como identificar os sujeitos afetados pelas atividades e funções nas cidades, os proprietários, moradores, trabalhadores, comerciantes, migrantes, têm como contingência habitar e usar um mesmo espaço territorial, a relação que se estabelece entre os sujeitos é a cidade, que é um bem de vida difuso.

A função social da cidade deve atender os interesses da população de ter um meio ambiente sadio e condições dignas de vida, portanto, não há como dividir essas funções entre pessoas e grupos pré-estabelecidos, sendo o seu objeto indivisível.

Outra característica, que identifica como interesses difusos as funções sociais da cidade, é a intensa litigiosidade, a presença de complexos conflitos urbanos, como o caso dos mananciais da cidade de São Paulo, onde estão presente os interesses das comunidades que estão na posse de áreas de preservação para fins de moradia, e o interesse do restante da população de preservar o manancial como sistema de fornecimento de água, da proposta do Governo Municipal de São Paulo de implantar dois incineradores de resíduos em bairros residenciais nas regiões sul e leste da cidade de São Paulo, considerando que os moradores dessas regiões são contra essa medida, pois irá afetar a saúde de um grande contingente da população da cidade.

As funções sociais da cidade estarão sendo desenvolvidas de forma plena quando houver redução das desigualdades sociais, promoção da justiça social e melhoria da qualidade de vida urbana. Esse preceito constitucional serve como referência para impedir medidas e ações dos agentes públicos e privados que gerem situações de segregação e exclusão da população pobre. Enquanto essa população não tiver acesso à moradia, transporte público, saneamento, cultura, lazer, segurança, educação, saúde não haverá como postular a defesa de que a cidade esteja atendendo à sua função social.

A incorporação da função social das cidades como preceito que deve balizar a política de desenvolvimento urbano, à luz do desenvolvimento sustentável, aponta para a possibilidade de sairmos do marco apenas da crítica e denúncia do quadro de desigualdade social, e passarmos para a construção de uma nova ética urbana, onde os valores ambientais e culturais se sobreponham no estabelecimento de novas

cláusulas dos contratos sociais originários de novos paradigmas da gestão pública, mediante práticas de cidadania que reconheçam e incorporem os setores da sociedade excluídos de seus direitos e necessidades básicas.

5. DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL – PRINCÍPIO INTERNACIONAL DA POLÍTICA URBANA

A Constituição confere um tratamento específico para a política urbana, através dos artigos 182 e 183, pelos quais estabelece as competências, as diretrizes, os objetivos e os instrumentos dessa política. O artigo 182 dispõe inicialmente sobre a atribuição do Município executar a política urbana e dos seus objetivos de assegurar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade.

Através de seus parágrafos, define o plano diretor como o instrumento básico da política urbana, responsável pela regulamentação dos critérios para a propriedade urbana atender sua função social, dispõe sobre a desapropriação de imóveis urbanos e estabelece os procedimentos e instrumentos para o Poder Público municipal assegurar o cumprimento da função social da propriedade: lei federal de desenvolvimento urbano, lei municipal (plano urbanístico específico), parcelamento ou edificação compulsórios, imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo, desapropriação para fins de reforma urbana.

O artigo 183 trata do instituto do usucapião urbano, destinado a assegurar o direito à moradia das comunidades carentes situadas em assentamentos urbanos de propriedade particular, e da concessão de uso para os casos de assentamentos urbanos em áreas públicas.

O *caput* do artigo 182 dispõe da seguinte forma sobre as atribuições e objetivos da política urbana:

“ART. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento

das funções sociais da cidade e garantir o bem estar de seus habitantes”.

O primeiro aspecto a ser ressaltado é sobre o que deve ser compreendido por desenvolvimento urbano, para a instituição da política urbana a ser executada pelo Município, considerando o objetivo de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem estar de seus habitantes. A compreensão do desenvolvimento urbano deve ser extraída do significado do princípio do desenvolvimento sustentável e do direito ao desenvolvimento, previsto no sistema de proteção internacional de direitos humanos e do meio ambiente, considerando os princípios das relações internacionais que regem o Estado brasileiro, da prevalência dos direitos humanos e da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (art. 4º, inc. II e IX da C.F.).

A Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (1986), em seu artigo 1, reconhece o direito ao desenvolvimento como um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades possam ser plenamente realizados. De acordo com o artigo 2º, a pessoa humana é considerado como o sujeito central do desenvolvimento e deveria ser participante ativo e beneficiário do direito ao desenvolvimento. Quanto aos Estados é atribuído o dever de formular políticas nacionais, adequadas com o desenvolvimento, que visem o constante aprimoramento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos, com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição equitativa dos benefícios daí resultantes.¹⁸

O artigo 8 dessa Declaração, atribui aos Estados o dever a nível nacional de tomar as medidas necessárias para a realização do direito ao desenvolvimento, e de assegurar a igualdade de oportunidade para todos em seu acesso aos recursos básicos, educação, serviços de saúde, alimentação, habitação, emprego e distribuição equitativa de renda. Medidas efetivas devem ser tomadas para assegurar que as mulheres

¹⁸ A Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento foi adotada pela resolução 41/128 da Assembléia das Nações Unidas.

tenham um papel ativo no processo de desenvolvimento. Reformas econômicas e sociais apropriadas devem ser efetuadas com vistas à erradicação de todas as injustiças sociais. A defesa da democracia participativa e da cidadania ativa está prevista no inciso 2 do artigo 8, no qual os Estados tem como dever encorajar a participação popular em todas as esferas, como um fator importante ao desenvolvimento e na plena realização dos direitos humanos.

O direito ao desenvolvimento está totalmente vinculado à proteção aos direitos humanos e ao meio ambiente. A relação íntima entre desenvolvimento e meio ambiente e desenvolvimento e direitos humanos é encontrada no direito à vida e à saúde, em sua ampla dimensão, que requerem medidas negativas e positivas por parte dos Estados. Com base nesses direitos, é necessário o fortalecimento dos direitos básicos à vida tais como alimentação, saúde, água.¹⁹

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, de 1966 (o Brasil é signatário desse pacto pelo Decreto 592 de 06/07/92), embora não mencione de forma expressa o direito ao desenvolvimento, contém preceitos atinentes ao desenvolvimento. De acordo com o artigo 11,

“é reconhecido pelos Estados Partes do presente Pacto o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado, para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida; obrigando-se a tomar medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo para esse fim a importância essencial da cooperação internacional”.

Nesse mesmo artigo se reconhece o direito fundamental de toda pessoa estar protegida contra a fome, que tem sido alarmante em nosso

¹⁹ Essa Declaração é originária da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento realizada no Rio de Janeiro, de 3 a 21 de junho de 1992, que elaborou a Agenda 21 como plano de ação para ser promovido pela Comunidade Internacional e Estados. O princípio do desenvolvimento sustentável está previsto como o princípio terceiro, pelo qual o direito ao desenvolvimento deve ser exercido de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de gerações presentes e futuras.

país, com aproximadamente 32 milhões de pessoas vivendo essa situação, como também nos países do continente africano. Para esse direito ser respeitado são estabelecidas, como medidas necessárias pelos Estados:

- a) melhorar os métodos de produção, conservação e distribuição de gêneros alimentícios pela plena utilização dos conhecimentos técnicos e científicos;
- b) difusão de princípios de educação nutricional;
- c) aperfeiçoamento ou reforma de regimes agrários, de maneira que se assegurem a exploração e a utilização mais eficazes dos recursos naturais;
- d) assegurar uma repartição eqüitativa dos recursos alimentícios mundiais em relação às necessidades.

O direito de toda pessoa à saúde, à educação, de participar da vida cultural, de desfrutar do progresso científico, reconhecidos pelo referido Pacto, também são elementos atinentes para a promoção do desenvolvimento. O respeito a esses direitos significa que o Estado Brasileiro, para alcançar o desenvolvimento, deve adotar políticas e medidas para garantir assistência médica e serviços médicos, assegurar a educação tornando-a acessível gratuitamente a todos.

Com a evolução do sistema de proteção ambiental internacional, o direito ao desenvolvimento e o direito a um meio ambiente sadio têm como vínculo o desenvolvimento sustentável, que se configura como o princípio destinado a reconhecer o direito das futuras gerações a um meio ambiente sadio. O princípio do desenvolvimento sustentável fundamenta o atendimento das necessidades e aspirações do presente, sem comprometer a habilidade das gerações futuras atenderem suas próprias necessidades. O direito ao desenvolvimento e meio ambiente precisam ser enfocados conjuntamente, de modo a constituir obrigações para a Comunidade Internacional e os Estados.

O Estado Brasileiro deve observar o princípio internacional contemporâneo do desenvolvimento sustentável no estabelecimento das diretrizes e na promoção da política de desenvolvimento urbano, até em razão de ser signatário da Convenção sobre a Biodiversidade e da Declaração do Rio Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992 –

Agenda 21, bem como a Declaração e o Programa de Ação de Viena (1993)²⁰

A Agenda 21 através do princípio 1 declara que todos tem direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza. De acordo com o princípio 4, para alcançar o desenvolvimento sustentável a proteção ambiental deve constituir parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada isoladamente deste. De acordo com o princípio 5, todos os Estados e todos os indivíduos, como requisito indispensável para o desenvolvimento sustentável, devem cooperar na tarefa essencial de erradicar a pobreza, de forma a reduzir as disparidades nos padrões de vida e melhor atender as necessidades da maioria da população do mundo.

A Declaração e o Programa de Ação de Viena, estabelecido na Conferência das Nações Unidas sobre Direitos Humanos (Viena, 1993), em seu parágrafo 10, reafirma o direito ao desenvolvimento, como um direito universal e inalienável e parte integrante dos direitos humanos fundamentais, onde a pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento. O progresso necessário à realização do direito ao desenvolvimento exige políticas eficazes de desenvolvimento em nível

²⁰ O Tratado Sobre Cidades, Vilas e Povoados Sustentáveis" elaborado na Conferência da Sociedade Civil Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento-ECO-92, aponta os seguintes princípios fundamentais que devem nortear a política para concretizar os direitos inerentes as pessoas que vivem na cidade:

DIREITO À CIDADANIA - entendido como a participação dos habitantes das cidades e povoados na condução de seus destinos. Inclui o direito à terra, aos meios de subsistência, à moradia, ao saneamento, à saúde, à educação, ao transporte público, à alimentação, ao trabalho, ao lazer, à informação. Inclui também o direito à liberdade de organização; o respeito às minorias e à pluralidade étnica, sexual e cultural; o respeito aos imigrantes e o reconhecimento de sua plena cidadania; a preservação da herança histórica e cultural e ao usufruto de um espaço culturalmente rico e diversificado, sem distinções de gênero, nação, raça, linguagem e crenças.

GESTÃO DEMOCRÁTICA DA CIDADE - entendida como a forma de planejar, produzir, operar e governar as cidades e povoados submetida ao controle e participação da sociedade civil destacando-se como prioritário o fortalecimento e autonomia dos poderes públicos locais e a participação popular.

FUNÇÃO SOCIAL DA CIDADE E DA PROPRIEDADE - entendida como a prevalência do interesse comum sobre o direito individual de propriedade, como 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.

nacional, bem como relações econômicas equitativas e um ambiente econômico favorável em nível internacional. De acordo com o parágrafo 11 desta Declaração, o direito ao desenvolvimento deve ser realizado de modo a satisfazer equitativamente as necessidades ambientais e de desenvolvimento de futuras e presentes gerações.

A Agenda Habitat (1996) adotada na segunda Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos – Habitat II, ao dispor do desenvolvimento sustentável nos assentamentos humanos, enfatiza o cumprimento do capítulo 7 da Agenda 21, mediante parcerias entre os setores público, privado e comunidades, visando a melhoria social, econômica e a qualidade ambiental dos assentamentos humanos e a vida de todas as pessoas, em particular das pessoas vivendo na pobreza nas áreas urbanas e rurais(parágrafo 77.).

Portanto, um dos componentes do desenvolvimento urbano é o princípio do desenvolvimento sustentável, pelo qual as pessoas humanas são o centro das preocupações e têm o direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza, conforme dispõe o princípio 1 da Declaração do Rio. Esse componente, como requisito obrigatório, significa a vinculação do desenvolvimento urbano, referido no caput do artigo 182, com o direito ao meio ambiente estabelecido no artigo 225 da Constituição. O desenvolvimento urbano, como política pública, deve ter como condicionante o direito ao meio ambiente sadio, ecologicamente equilibrado, como garantia das presentes e futuras gerações.

A formação de *apartheid* social nas cidades brasileiras, devido ao crescimento da segregação social e o aumento da violência urbana, oferece a transparência necessária para a definição dos objetivos e diretrizes do desenvolvimento urbano como política pública que deve ser adotada pelo Estado brasileiro. O resgate dos objetivos fundamentais é essencial nesse momento para identificarmos o significado do desenvolvimento urbano.

O que deve nortear a identidade dessa política é o direito a uma vida digna nas cidades, o direito de viver com qualidade de vida se sobressaindo sobre o mero direito de sobrevivência. O desenvolvimento na cidade somente poderá ser considerado sustentável se estiver voltado para eliminar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais. Pensar na melhora do meio ambiente, significa o pleno atendimento do objetivo

de enfrentar as causas da pobreza, que afeta a maioria da população que vive nas cidades.

Para Cançado Trindade *o direito ao desenvolvimento pressupõe o direito de livre escolha (direito de participação) do sistema econômico-social; situações como o crescimento do desemprego, da pobreza e da fome, a falta de acesso a serviços básicos de saúde e educação, são incompatíveis com o direito ao desenvolvimento, e muitos dos direitos econômicos, sociais e culturais consagrados aos instrumentos internacionais de proteção. Pode-se mesmo argumentar que tais situações, em casos extremos, e na ausência de programas concretos de assistência e medidas compensatórias, constituem uma violação maciça e flagrante dos direitos humanos, dentre os quais o direito ao desenvolvimento.*²¹

A necessidade de adotar políticas públicas que priorizem os segmentos pobres da população, como modo de implementar os direitos humanos, é retratado por Cançado Trindade ao descrever o Comentário Geral nº 4 (1991) do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, sobre o direito a uma moradia adequada sob o artigo 11 (Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais).

*Advertiu o Comitê que cabia dar prioridade aos grupos sociais vivendo em condições desfavoráveis, uma vez que as obrigações sob o Pacto continuavam a se aplicar, ainda com mais pertinência, em tempos de recessão econômica: um declínio geral nas condições de vida e moradia, atribuível diretamente a decisões políticas e legislativas dos Estados Partes, e na ausência de medidas compensatórias e acompanhá-las, seria inconsistente com as obrigações sob o Pacto.*²²

A política de desenvolvimento urbano, que não tiver como prioridade atender as necessidades essenciais da população pobre das cidades, estará em pleno conflito com as normas constitucionais norteadoras da política urbana, com o sistema internacional de proteção

²¹ Para Cançado Trindade, todos os aspectos do direito ao desenvolvimento (consignado na Declaração de 1986 das Nações Unidas) são indivisíveis e interdependentes, abrangendo os direitos econômicos, sociais e culturais, assim como os civis e políticos. As condições de vida incluem necessidades básicas tais como: alimentação, saúde, moradia, educação e meio ambiente sadio, assim como liberdade e segurança pessoais. V. Antonio Augusto Cançado Trindade, *Direitos Humanos e Meio Ambiente Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional*, Sérgio Fabris Editor, 1993, pág.179.

²² Antonio Augusto Cançado, Trindade - 1993, o.p. cit., pág. 180/181.

dos direitos humanos, em especial com o princípio internacional do desenvolvimento sustentável.

O desenvolvimento urbano apresenta como elemento condicionante a pessoa humana, por ser o sujeito central do desenvolvimento, de modo a romper com a concepção dos seres humanos serem simples fatores de produção. A implementação do direito ao desenvolvimento significa implantar o direito à cidadania mediante a participação pública no sistema econômico-social, possibilitar o acesso às informações sobre as atividades que afetem o meio ambiente das cidades (produção e atividades perigosas – materiais radioativos, energia nuclear, biogênica), ter o direito de participar dos processos de tomada de decisões.

De forma mais sintética, a política de desenvolvimento urbano deve ser destinada para promover o desenvolvimento sustentável, de modo a atender as necessidades essenciais das gerações presentes e futuras. O atendimento dessas necessidades significa compreender o desenvolvimento urbano como uma política pública que torne efetivo os direitos humanos, de modo a garantir à pessoa humana uma qualidade de vida digna. Para promover esse desenvolvimento são necessárias medidas e políticas formuladas e implementadas com a participação popular, voltadas para a proteção do meio ambiente sadio, da eliminação da pobreza, da redução das desigualdades sociais, da adoção de novos padrões de produção e consumo sustentáveis.

A comparação dos princípios constitucionais e os objetivos fundamentais do Estado Brasileiro e os preceitos previstos nos tratados acima mencionados do sistema de proteção internacional de direitos humanos comprova a existência de uma nítida sintonia e harmonia entre esses postulados. A garantia dos direitos fundamentais que incorpora o direito à cidade, no qual todo cidadão tem direito a condições de vida urbana digna e justiça social, o condicionamento do exercício do direito de propriedade ao interesse social a promoção da justa distribuição dos bens e serviços urbanos, assegurar a gestão democrática da cidade, encontram-se em plena sintonia com os princípios da soberania popular, da igualdade e da justiça social, bem como com a cidadania e a dignidade da pessoa humana fundamentos do Estado Democrático de Direito e com os objetivos fundamentais de construir uma sociedade livre, justa e soberana e de promover a erradicação da pobreza e da marginalização e da redução das desigualdades sociais.

As diretrizes gerais para a promoção da política urbana, preconizadas no artigo 182, deve compreender que o desenvolvimento urbano tem que estar associado a um processo de desenvolvimento que integre a política agrária, a política ambiental e a política econômica e social nacional. A política de desenvolvimento urbano a ser executada nas cidades deve, por fim, conter as seguintes diretrizes:

- a) assegurar o respeito e tornar efetivo os direitos humanos;
- b) promover medidas para proteger o meio ambiente natural e construído, de modo a garantir a função social ambiental da propriedade na cidade;
- c) incentivar atividades econômicas que resultem na melhoria da qualidade de vida, mediante um sistema produtivo gerador de trabalho e de distribuição justa da renda e riqueza;
- d) combater as causas da pobreza, priorizando os investimentos e recursos para as políticas sociais (saúde, educação, habitação);
- e) Democratizar o Estado, de modo a assegurar o direito à informação e à participação popular no processo de tomada de decisões.

6. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO NORMAS DIRIGENTES DO PLANO DIRETOR

Considerando que os princípios da constitucionalidade, da soberania popular, da justiça social, da igualdade, da legalidade, da função social da propriedade, da garantia dos direitos fundamentais são as normas constitucionais dirigentes para o Município promover a política urbana, o plano diretor para ter validade e eficácia deve congrega em suas normas o respeito a esses princípios. O desafio nesse caso é definir que normas devem conter o plano diretor para atender esses mandamentos constitucionais.

A Constituição aponta com base nesses mandamentos, os requisitos necessários para o plano diretor ter legitimidade e eficácia jurídica como instrumento de política urbana. O princípio da soberania popular fundamenta a participação popular como requisito constitucional do plano diretor, primeiro como elemento condicionante a existência de

mecanismos democráticos no processo de sua elaboração no âmbito do Poder Público Municipal (Executivo e Legislativo), como a sua aprovação num órgão colegiado do Executivo Municipal, como por exemplo um conselho municipal de política urbana que tenha na sua composição representantes da sociedade civil, estabelecimento de prazos para os cidadãos e suas entidades representativas apresentarem propostas, obrigatoriedade de audiências públicas no Legislativo Municipal. Esses procedimentos e mecanismos devem ser estabelecidos através de lei municipal, devido a competência para instituir o plano diretor ser municipal, o que resultou como será analisado mais adiante na definição desses mecanismos através das Leis Orgânicas dos Municípios.

A participação popular como requisito constitucional do plano diretor tem como condicionante para aferir sua constitucionalidade a previsão de normas que estabeleçam os critérios, procedimentos e o sistema de gestão democrática da política urbana que propicie novos contratos e pactos jurídicos entre o Poder Público, os agentes detentores do poder econômico e a sociedade civil para tornar efetivo o direito à cidade. A legislação municipal que instituir o plano diretor deve conter as normas que especifiquem as regras do sistema de gestão democrática pelo qual o Poder Público deverá executar a política urbana com a participação da coletividade.

No caso da lei municipal que instituir o plano diretor demonstrar a ausência das normas que estabeleçam os procedimentos e mecanismos de participação popular para a execução do próprio plano de modo a implementar a política urbana, essa lei deve ser considerada inconstitucional por desrespeitar o princípio da soberania popular. Essa afirmativa na verdade é válida com relação as demais missões constitucionais, no qual as entidades federadas para cumprir com os seus deveres de implementar as políticas públicas para tornar efetivo os direitos fundamentais, devem estabelecer um conjunto de normas através de suas legislações que definam os instrumentos de participação popular e os sistemas de gestão democrática.

Do relacionamento entre o Poder Público Municipal e a população, através de suas organizações e entidades, serão extraídas as normas jurídicas voltadas para atender os mandamentos constitucionais. Atender a esses mandamentos é reconhecer a existência de várias cidades dentro de um mesmo espaço territorial de múltiplos interesses, de várias

ideologias sobre a função da cidade, de concentração de riqueza, do aumento do empobrecimento e das desigualdades sociais, de espaços institucionais não democráticos. Promover a política urbana, não reconhecendo esses fatores e a realidade social, passa a caracterizar descumprimento à Constituição que ao enumerar seus objetivos fundamentais incorporou as contradições e as dicotomias de nossa época. A intenção de construir uma sociedade livre, justa e solidária, é justamente pelo fato de nossa sociedade atual não ser nem livre, nem justa e solidária, o mesmo podemos concluir quanto à finalidade de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais que se justifica pela falta de justiça social, pelo crescimento da pobreza e da marginalização e pela violabilidade cotidiana ao direito à liberdade e à igualdade, gerando o aumento das desigualdades sociais.

Os princípios do regime democrático são normas dirigentes para o processo de formulação e implementação do plano diretor, que estarão sendo respeitados se o plano diretor conter normas jurídicas direcionadas a propiciar meios e modos para superar inevitáveis conflitos sociais e econômicos através do livre jogo do interesse e das idéias, estabelecendo os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade na conjugação dos interesses com o fim de fixar as bases do processo de realização constitucional dos objetivos fundamentais que condicionam a política urbana.

A Constituição, através dos princípios e objetivos fundamentais, estabelece com parâmetros ético-jurídicos, para os entendimentos e negociações que deverão ser promovidos na cidade, a democracia participativa, fundada no princípio de soberania popular, o Estado Democrático de Direito destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade a igualdade e a justiça que tem como fundamento a cidadania e a dignidade da pessoa humana e como objetivo, construir para uma sociedade livre, justa e solidária, eliminando a marginalização e reduzindo as desigualdades sociais.

Como bem observa Miguel Reale, *“as Constituições Contemporâneas trazem o marco da sociabilidade, pois primeiro discriminam os direitos e garantias individuais, sendo colocada a problemática social antes de se cuidar da Estrutura do Estado, cujas atribuições e poderes são fixados em função e em razão da sociedade civil. A democracia, os direitos humanos, a justiça que foram se constituindo em valores no processo histórico da*

*humanidade, são revitalizadas pelas exigências da comunidade, o Estado passa a ser estimulado não mais em si e por si mesmo, mas em função e em razão dos indivíduos e de seus grupos naturais. A tônica da sociabilidade, se caracteriza como fulcro da estrutura constitucional de tal modo que o Estado, seus poderes e seus serviços adquirem cada vez mais um sentido de instrumentabilidade em função da comunidade.*²³

O plano diretor como norma constitucional impositiva, é atribuição do Estado na pessoa do Município, definido como instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. Como norma constitucional o plano diretor deverá estabelecer os critérios para a propriedade urbana atender a sua função social, e por ser o instrumento básico da política urbana municipal, cumpre o papel principal para dar concretude aos objetivos fundamentais e específicos de promover o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem estar de seus habitantes. Por ser uma norma constitucional impositiva, impõe um dever concreto e permanente, materialmente determinado para o Município por ser o principal instrumento na execução da política urbana e ter a atribuição para disciplinar o exercício do direito a propriedade urbana. A falta na lei do plano diretor de normas que estabeleçam os critérios para a propriedade urbana atender a sua função social acarreta a inconstitucionalidade da lei com base no artigo 182, parágrafos 1º e 2º da Constituição.

O plano diretor com base nos princípios constitucionais dirigentes da política urbana ao disciplinar as atividades urbanísticas deve conter normas reguladoras do desenvolvimento das atividades econômicas sobre a apropriação e utilização do território urbano, que definam os limites e comportamentos para as ações dos agentes públicos, privados e sociais que desenvolvem suas atividades na cidade.

7. CONCLUSÕES

- 1) a garantia do direito à cidade disciplinado pelo direito urbanístico como direito fundamental tem como normas constitu-

²³ Miguel Reale - Estrutura da Constituição de 1988 - Revista Direito Administrativo, Vol. 175 - 1989, pág. 7.

cionais dirigentes a cidadania e a dignidade da pessoa humana como fundamentos do Estado Democrático de Direito. Para atender os princípios da justiça social e da igualdade, a política urbana tem como objetivo fundamental com base no artigo 3º, inciso III da Constituição erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

- 2) os princípios fundamentais da soberania popular (democracia direta – participação popular), da igualdade, do desenvolvimento sustentável, das funções sociais da cidade, da função social da propriedade, são comandos voltados a proteger e tornar concreto o exercício do direito à cidade disciplinado pelo direito urbanístico, e garantir o meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado;
- 3) Soberania Popular/Participação Popular: a soberania popular, como princípio constitucional norteador do exercício da democracia direta, como um dos princípios conformadores da política urbana torna a participação popular requisito constitucional de legitimidade do plano diretor, com base nos artigos 1º, parágrafo único; 14; e 29, inciso XII). A observância ao princípio constitucional da soberania popular transforma em exigência constitucional que o plano diretor contenha normas que estabeleçam os mecanismos de participação popular e o sistema de gestão democrática com a finalidade de assegurar o direito de participação dos cidadãos na formulação e implementação da política urbana.
- 4) Desenvolvimento sustentável e meio ambiente:
 - a) O Pacto Internacional Econômico de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966), Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (1986), Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992), Agenda 21(1992), Agenda Habitat(1996), fundamentam o princípio internacional contemporâneo do desenvolvimento sustentável como o princípio norteador do desenvolvimento urbano. O respeito ao princípio do desenvolvimento sustentável pressupõe o vínculo do desenvolvimento urbano com os direitos humanos (direito a condições dignas de vida) e o direito ao meio

ambiente sadio e ecologicamente equilibrado como meio de atender as necessidades das presentes e futuras gerações.

- b) o desenvolvimento urbano como política pública deve ser destinada a promover o desenvolvimento sustentável, através de medidas e políticas formuladas e implementadas com a participação popular voltadas para a proteção do meio ambiente sadio, da eliminação da pobreza, da redução das desigualdades sociais, da adoção de novos padrões de produção e consumo sustentáveis, de gerar renda e trabalho, de viabilizar padrões dignos de vida.
- 5) Função social da propriedade:
- a) o princípio da função social da propriedade é o princípio norteador do direito urbanístico, e o mandamento principal do regime da propriedade urbana, integrando o conteúdo desse regime. A propriedade urbana tem garantia constitucional quando atender sua função social, e observar os demais princípios e objetivos fundamentais da Constituição inerentes a política urbana. Essa vinculação passa pela sintonia da função social da propriedade com o exercício da cidadania, com a proteção a dignidade da pessoa humana, e com o direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado;
 - b) o direito de propriedade tem garantia constitucional quando a propriedade urbana for disciplinada pelo direito urbanístico de forma a atender sua função social, com base na política urbana estabelecida na lei federal de desenvolvimento urbano, na Lei Orgânica do Município e em especial no plano diretor e no plano urbanístico local.
 - c) o regime da propriedade urbana foi modificado em razão do seu condicionamento ao direito urbanístico, e a política urbana do Município, em especial através do plano diretor, tendo por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, garantir a função social da propriedade e o bem estar de seus habitantes;
 - d) o Município com base no plano diretor e no plano urbanístico local tem competência para exigir do proprietário de imóvel urbano uma obrigação de fazer (parcelar, edificar,

- utilizar) de modo a conferir um destinação social concreta a propriedade urbana,
- e) a função da propriedade urbana é social quando o seu uso for destinado: a beneficiar a coletividade; em intensidade compatível com a capacidade de atendimento da infra-estrutura e dos equipamentos e serviços urbanos; ao aproveitamento e utilização compatíveis com a preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído; a beneficiar o acesso à moradia; a promover a justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização; para fins de regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas pelas comunidades necessitadas; para recuperar para a coletividade a valorização imobiliária decorrente da ação do Poder Público.
- 6) Funções sociais da cidade: As funções sociais da cidade se configuram como interesses difusos, sendo que essas funções serão desenvolvidas de forma plena quando houver a redução das desigualdades sociais, erradicação da pobreza promoção da justiça social e melhoria da qualidade de vida urbana, de modo que todos tenham o direito à cidade mediante o acesso a moradia, transporte público, saneamento, cultura, lazer, segurança, educação, saúde.

III – COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS

1. DESCENTRALIZAÇÃO POLÍTICA NO ESTADO BRASILEIRO

Uma grande dificuldade que na verdade se transforma num desafio para manter o equilíbrio entre as entidades políticas do Estado federal, é a descentralização do poder através da distribuição de competências. Na história da Federação brasileira o exercício do poder foi se alternando conforme a natureza do regime político vigente. Nos períodos de regime de exceção predominou a concentração de poder no governo central com a centralização de competências na esfera da União. Por sua vez nos períodos de regimes democráticos o pacto federativo conferiu maior autonomia política aos Estados e Municípios.

Esse fator também se verifica no processo de democratização iniciado na década de 80, com a descentralização política do Estado Brasileiro fundamentada pela repartição de competências e obrigações entre as entidades federativas.

Uma característica fundamental da Federação brasileira é a definição do deveres e obrigações da União, Estados e Municípios, para assegurar os direitos e garantias fundamentais das pessoas através da implementação de políticas públicas que atendam os objetivos fundamentais de promover a justiça social, erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais, assegurar a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

A divisão de responsabilidades e obrigações entre as entidades federativas foi estabelecida com base nas competências constitucionais exclusivas, privativas, comuns, concorrente, reservada ou residual e suplementar atribuídas à União, Estados e Municípios. O

princípio que norteia a repartição de competências é o da predominância do interesse, no qual a União cabe as matérias e questões de predominante interesse nacional e internacional, aos Estados as matérias e assuntos de interesse regional, e aos Municípios compete os assuntos de interesse local.

As competências constitucionais apresentam as seguintes características:

1. Privativa

Quando uma matéria é estabelecida como própria de uma entidade, podendo haver delegação para outra entidade e ser exercida a competência suplementar referente a essa matéria. Com relação as matéria de competência legislativa privativa da União, por lei complementar os Estados poderão ser autorizados a legislar sobre essas matérias.

2. Comum

Confere as entidades federativas a função de promover políticas públicas e ações sobre uma matéria no mesmo nível de igualdade, sem que o exercício dessa competência por parte de uma dessas entidades venha a excluir a competência de outra, podendo ser exercida cumulativamente. No âmbito das competências comuns, de acordo com a Constituição brasileira poderão ser estabelecidas normas de cooperação entre a União, os Estados e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem estar em âmbito nacional;

3. Concorrente

Possibilita a mais de uma entidade federativa legislar sobre a mesma matéria. A Constituição sobre essa competência estabelece que:

- a) no âmbito das matéria de competência legislativa concorrente entre a União e os Estados, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais, sendo que essa competência não exclui a competência suplementar dos Estados;
- b) no caso de inexistência de lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena para atender a suas peculiaridades;
- c) no caso de superveniência de lei federal sobre normas gerais será suspensa a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

O campo de interpretação sobre a abrangência e o conteúdo das normas gerais das matérias consideradas como de competência concorrente é muito amplo, pois dependendo da matéria a União deve editar normas específicas como por exemplo sobre a proteção ao consumidor no qual a União através do código nacional de defesa do consumidor, disciplina as relações de consumo, as ações jurídicas, os procedimentos, os crimes contra o consumidor. A Constituição deveria apenas ter estabelecido, que a competência legislativa concorrente da União não exclui a competência suplementar dos Estados, eliminando a limitação legislativa da União de somente editar normas gerais.

4. Reservada e Residual

A reservada é a competência que compreende toda matéria não expressamente incluída para uma entidade. A residual é a que sobra a uma entidade após a enumeração da competência de outra, consiste no eventual resíduo que reste de determinadas matérias após a enumeração da competência de todas as entidades.

Na Federação brasileira essas competências foram reservadas aos Estados, cabendo dispor sobre as matérias que não lhes sejam proibidas pela Constituição, ou consideradas como privativas da União e dos Municípios. Com relação ao sistema tributário foi destinada a União a competência residual para instituir impostos não previstos constitucionalmente para os Estados e Municípios.

5. Suplementar

Confere o poder de legislar formulando normas que desdobrem o conteúdo de princípios ou normas gerais estabelecidas sobre uma matéria, ou que venham a suprir a ausência ou omissão destas.

O Município quanto a sua capacidade normativa tem competência para suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, nas matérias de assunto local ou que foram estabelecidas como de sua responsabilidade. Nesse caso o Município pode legislar suplementarmente sobre matérias previstas no âmbito das competências comum e concorrente como meio ambiente, educação, cultura, saúde e direito urbanístico.

O Município com base nessa competência suplementar pode exercer o poder de legislar na inexistência de lei federal que deve-

rá dispor sobre as normas gerais referentes a matéria, ou de lei estadual, cabendo no entanto respeitar essas legislações quando existentes. No caso da lei municipal conter normas em desacordo com o disposto na lei federal, essas normas municipais tem a sua eficácia suspensa.

O número expressivo de missões consideradas de competência comum entre a União, Estados e Municípios, exige a adoção de mecanismos para as ações e políticas na esfera nacional, regional e local, sejam desenvolvidas de forma coordenada e integrada. O princípio da cooperação surge como o preceito norteador dos sistemas e mecanismos que promovam a integração entre os componentes da Federação para a execução de suas tarefas.

As regras e os mecanismos desse sistemas devem ser definidos por lei, observando e respeitando as normas constitucionais que além de ter gerado a obrigação para a implementação de políticas públicas, também definiu os objetivos, as diretrizes e os mecanismos dessas políticas, como por exemplo na área da seguridade social. A seguridade social compreende um conjunto de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Esse sistema é financiado por toda a sociedade de forma direta e indireta, mediante recursos do orçamento da União, Estados e Municípios e de contribuições sociais.

Na esfera regional os Estados podem instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de Municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum. O principal problema dessas unidades regionais para o desempenho de suas funções é de ter apenas capacidade administrativa, não tendo capacidade política, normativa e financeira própria.

Na cooperação entre a União, Estados e Municípios podem ser adotados como mecanismos os convênio e consórcios. Os convênios estabelecem um conjunto integrado de ações e medidas e define a responsabilidade de cada um dos entes federados na execução de políticas, programas e planos. O consórcio é uma forma associativa que pode ser constituído mediante a congregação de vários Municípios, para exercer atividades ou serviços de interesse comum, devendo ser aprovado por lei

dos Municípios que dele participem. A constituição de entidade intermunicipal ou inter-regional tendo a natureza de autarquias, é também um mecanismo de cooperação que pode ser utilizado para o desempenho de políticas consideradas como de competência comum.

A repartição de competências e a distribuição de responsabilidades demonstra a complexidade para identificar o nível de abrangência do campo de atuação de cada um dos componentes da Federação na esfera das suas competências, seja na esfera política ou administrativa como por exemplo nas áreas dos direitos humanos e meio ambiente.

A tendência globalizante da economia e das relações políticas entre os países de primeiro e terceiro mundo (Mercado Comum Europeu, Mercosul) gerou novos paradigmas para as relações internacionais, em especial a intervenção e a participação de redes constituídas por organizações não governamentais e movimentos sociais nas esferas de organismos internacionais como por exemplo, a Organizações das Nações Unidas e o Banco Mundial, de modo a exercer pressões perante os Governos para a adoção e implementação de tratados e convenções internacionais visando a proteção dos direitos humanos e do meio ambiente.

No Estado brasileiro compete à União manter relações com Estados Estrangeiros e participar de organizações internacionais, sendo um dos princípios fundamentais nas suas relações internacionais a prevalência dos direitos humanos.

Em razão dessa atribuição compete a União responder perante a comunidade internacional (Governos, organismos internacionais, organizações não governamentais), sobre atos e crimes contra os direitos humanos e o meio ambiente como a morte de índios (chacina dos Yanomani), extermínio de presos comuns (chacina do Carandiru na cidade de São Paulo) de extermínio de crianças (caso da Candelária na cidade do Rio de Janeiro), morte de lideranças sindicais e ambientalistas (caso Chico Mendes), queimada e desmatamento da floresta amazônica, com relação a investigação e apuração dos fatos, de modo a impedir a continuidade da violação aos direitos humanos e ao meio ambiente e aplicar as punições cabíveis aos responsáveis.

Apesar da União ter essa responsabilidade, compete aos Estados exercer as funções de segurança pública através das polícias militares e

civis uma vez que essas instituições estão subordinadas aos Governadores dos Estados, bem como a função de julgar essas infrações e crimes através do Judiciário estadual. Por sua vez a União também tem competência para promover a segurança pública através da polícia federal como a de apurar infrações cuja prática tenham repercussão internacional, porém os órgãos que exercem a função de polícia judiciária e a função jurisdicional são estaduais.

A União para exercer essa função de forma adequada visando a proteção dos direitos humanos e do meio ambiente, deveria ter a competência para apurar e julgar os casos de repercussão internacional, especialmente para as infrações e crimes serem apurados e julgados pelo Ministério Público e Justiça federal.

Com relação ao meio ambiente, a Constituição atribuiu ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. A proteção ao meio ambiente é definida como uma competência comum entre a União, Estados e Municípios, o que exige a instituição de um sistema nacional sobre o meio ambiente que defina as funções, as responsabilidades e os instrumentos legais e jurídicos que cada uma das entidades federativas poderá aplicar como de exigir relatórios de impacto ambiental, autorizar instalação de atividade industrial em áreas de proteção ambiental, realizar plebiscito sobre obra ou atividade de significativo impacto ambiental.

2. NATUREZA DO DIREITO URBANÍSTICO

A expansão e o crescimento dos aglomerados urbanos, metrópoles e regiões metropolitanas decorrentes da urbanização configurando o fenômeno da concentração urbana, gera a necessidade do direito urbanístico merecer uma maior atenção dos estudiosos da ciência do direito. A Constituição de 1988 contribuiu em muito para superar as dificuldades existentes de construção de grupos de normas e institutos próprios do direito urbanístico.

As normas de direito urbanístico não podem ser compreendidas apenas como normas administrativas especiais referentes ao poder de polícia, impondo a disciplina físico-social dos espaços habitáveis. A

configuração dos princípios e institutos próprios que estão presentes no texto constitucional, como verdadeiros vetores da política urbana apontam para a necessidade de ser constituído um conjunto de princípios e normas próprias do direito urbanístico.

O fato do direito urbanístico ter por objeto a interpretação e sistematização das normas e princípios reguladores da atividade urbanística exige a elaboração de institutos e figuras jurídicas próprias. O estabelecimento de um sistema de normas próprias de maneira alguma significa que o direito urbanístico seja independente e não integre a ordem jurídica balizadora das ações e intervenções do Estado para exercer a função pública de promover a política urbana.

As normas constitucionais dirigentes da política urbana são as normas ordenadoras do direito urbanístico que propiciam a formação de um conjunto de normas e institutos jurídicos destinados especialmente para tornar efetivo o direito à cidade. Como exigência constitucional a lei federal de desenvolvimento urbano e o plano diretor devem integrar esse sistema jurídico da atividade urbanística decorrente do urbanismo.

O urbanismo tem por objetivo a organização do espaço urbano visando o bem estar coletivo através de uma legislação, de um planejamento e de execução de obras públicas que permitam o desempenho harmônico e progressivo das funções urbanas elementares: habitação, trabalho, recreação do corpo e do espírito, circulação no espaço urbano.

Para Hely Lopes Meirelles, *urbanismo é o conjunto de medidas estatais destinadas a organizar os espaços habitáveis de modo a propiciar melhores condições de vida ao homem na comunidade, entendido como espaços habitáveis, todas as áreas em que o homem exerce coletivamente qualquer das quatro funções sociais: habitação, trabalho, circulação e recreação*²⁴ As medidas estatais consistem na atividade urbanística que o Poder Público promove com o objetivo de ordenar os espaços habitáveis.

²⁴ Essa concepção de urbanismo se formou no Congresso Internacional de Arquitetura Moderna (C.I.A.M.) realizado na Capital de Grécia em 1933, consolidado na Carta de Atenas, que materializa os princípios do urbanismo moderno. - José Afonso da Silva - Direito Urbanístico Brasileiro, 1981, pag. 14.

O Poder Público intervém definindo as regras sobre o urbanismo como também atua na ordenação do espaço urbano, ao desempenhar essa função, configurará a atividade urbanística como função pública, ao disciplinar as regras sobre o exercício do direito de propriedade privada na vida econômica e social das cidades. As atividades urbanísticas nascem revestidas de *imperium*, inerente a toda ordem estatal, tornando-se obrigatórias não só para os particulares, como para a própria Administração. A atuação do Poder Público ao impor limitações ao interesse privado em favor da coletividade, ocasionará conflitos que passam a ser regulados por normas estatais que se caracterizam como normas urbanísticas quando forem destinadas para a sua atuação urbanística.

As normas de direito urbanístico voltadas para assegurar os interesses da comunidade, disciplinam o uso, a ocupação e o parcelamento do solo urbano, regula o sistema viário, dispõe sobre o planejamento urbano, impõe limitações e comportamentos para o exercício do direito de propriedade e de construir, e institui os instrumentos de intervenção urbana.

O direito urbanístico na lição de Hely Lopes Meirelles, *é o ramo do direito público destinado ao estudo e formulação dos princípios e normas que devem reger os espaços habitáveis no seu conjunto cidade campo. Direito urbanístico visa precipuamente à ordenação das cidades, mas os seus preceitos incidem também sobre as áreas rurais, no vasto campo da ecologia e da proteção ambiental, intimamente relacionadas com as condições de vida humana em todos os núcleos populacionais da cidade ou do campo.*²⁵

Diogo de Figueiredo Moreira Neto conceitua o Direito Urbanístico como *o conjunto de técnicas, regras e instrumentos jurídicos, sistematizados e informados por princípios apropriados que tenha por fim a disciplina do comportamento humano relacionado aos espaços habitáveis, na sua opinião o direito urbanístico é um capítulo especial do direito ecológico.*²⁶

²⁵ Hely Lopes Meirelles - Direito Municipal Brasileiro, Ed.Malheiros, 6ª edição, 1993, pág.388.

²⁶ Diogo de Figueiredo Moreira Neto - Introdução ao Direito Ecológico e ao Dir. Urbanístico, Editora Forense, 2ª edição, 1977, pág. 56.

José Afonso da Silva define o direito urbanístico em dois aspectos, o direito urbanístico objetivo e como ciência. O primeiro consiste no conjunto de normas que tem por objetivo organizar os espaços habitáveis, de modo a propiciar melhores condições de vida ao homem na comunidade. O direito urbanístico como ciência, é o ramo do direito público que tem por objetivo expor, interpretar, e sistematizar as normas e princípios disciplinadores de espaços habitáveis.²⁷ O seu posicionamento quanto a natureza do direito urbanístico parte da premissa que esse ramo jurídico não apresenta autonomia científica por não conter normas específicas desenvolvidas que regulem condutas ou relações conexas ou vinculadas a um objeto específico, conferindo homogeneidade ao sistema normativo de que se trata.

Considerando o estágio em que se encontravam antes da Constituição de 1988, as normas disciplinadoras do direito urbanístico, essa premissa é válida vai que nos leva a concordar com a conclusão de ser esse direito uma disciplina de síntese, ou ramo multidisciplinar do Direito, que aos poucos vai configurando suas próprias instituições. Por sua vez os mandamentos constitucionais da política urbana que fundamentam a atuação do Estado para garantir o direito à cidade, apontam para a necessidade do direito urbanístico se firmar a partir das legislações e instrumentos próprios num ramo próprio do direito público tendo como característica o seu caráter multidisciplinar.

Por sua natureza, as normas urbanísticas compreendem uma visão prospectiva pois estão voltadas ao futuro apontando projeções, metas e etapas para o Estado intervir na complexidade e na dinâmica da vida na cidade a partir da constatação da realidade, tendo por finalidade a sua transformação. Para Miguel Reale *corresponde à nova compreensão da sociedade e da história a crescente preocupação, também no plano das ciências humanas, pela interpretação e configuração dos fatos sociais em termos de modelos, isto é, de maneira não retrospectiva, mas prospectiva.*²⁸

²⁷ José Afonso da Silva - Direito Urbanístico Brasileiro, Ed. Revista dos Tribunais - 1981, pág. 34.

²⁸ Miguel Reale - Direito e Planificação, RDP -24 abril/junho 1973, pág.96.

O política urbana para ser eficaz deve ser efetuada considerando os fatos e a realidade social e principalmente ser moldada para modificar e transformar a realidade, cabendo ao direito urbanístico sistematizar e formatar as normas que regulamentam as relações entre o Poder Público e os cidadãos e estabelecem os mecanismos e instrumentos dessa política a ser aplicada nas cidades.

Países como a França, Itália, e Espanha apresentam sistemas de normas urbanísticas consolidados por conterem legislações próprias disciplinando as atividades urbanísticas. Na França a *Loi d'orientation foncière* de 67-1353 de 30.12.1967, alterada pela lei de 7 de janeiro de 1983, ordena a política do urbanismo e da política do solo. A Itália através da Lei 1150 de 18.8.42 modificada pela lei nº 10 de 28.01.77, contém normas urbanísticas referentes ao ordenamento estatal dos serviços urbanos, a disciplina urbanística – modos de atuação, planos territoriais de Coordenação, planos reguladores comuns, regulamentação da atividade construtiva edilícia, e desapropriação.

Na Espanha a lei de 12 de maio de 1956 instituiu a legislação urbanística básica *la Ley sobre el Regimen del Suelo y Ordenacion Urbana* modificada pelas Leis 19 de 2.5.75, de 25 de junho, de 1990, e real decreto legislativo 1/1992 de 26 de junho que dispõe sobre os aspectos da atividade urbanística, finalidades e atribuições da ação urbanística, regime jurídico da propriedade do solo, planejamento urbanístico do território, desapropriação, intervenção administrativa na edificação e uso do solo e disciplina urbanística, instrumentos de intervenção no mercado do solo e regime jurídico da atividade urbanística.

No sistema jurídico brasileiro com base nos princípios constitucionais norteadores da política urbana, nas responsabilidades atribuídas as entidades federadas, e nas normas constitucionais específicas da política urbana, foram estabelecidas as condições do direito urbanístico caracterizado como um ramo multi-disciplinar do Direito se tornar um ramo próprio do direito público por ter finalidade e objetivos próprios, como de disciplinar as normas da política urbana em especial do regime jurídico da propriedade urbana com base no princípio da função social da propriedade e nas funções sociais da cidade, exigindo a formação de

um conjunto de normas a nível federal, estadual e municipal que configure uma disciplina própria.

A Constituição possibilitou a formação do conjunto de normas urbanísticas a nível federal através da lei de desenvolvimento urbano que visa instituir as normas gerais de direito urbanístico, a nível estadual diante das normas presentes nas Constituições dos Estados e nos Municípios através do plano diretor e das Leis Orgânicas dos Municípios, que em decorrência do processo de reordenação constitucional instituíram normas próprias sobre a política urbana.

Na verdade a constitucionalização de normas referentes ao direito urbanístico foi uma necessidade que se impôs diante dos problemas urbanos que não podem mais ser compreendidos como uma questão local, de uma região mais desenvolvida, mas sim como uma questão nacional pelos efeitos que ocasiona nos aspectos econômicos e sociais para a maioria da população brasileira que vive nas cidades, tornando-se relevante para o enfrentamento dessa situação, a concretização do valor federativo da cooperação entre a União, os Estados e Municípios. A dimensão do fenômeno urbano em ritmo crescente nas últimas décadas passa a ser traduzido a nível jurídico pelas normas constitucionais responsáveis pela definição dos campos de atuação do Poder Público e da sociedade. As obrigações impostas aos entes da Federação, ao Executivo e Legislativo na condução do processo de regulamentação das normas indutoras da política urbana se verifica com a repartição das competências constitucionais. Uma breve narrativa histórica da evolução constitucional brasileira sobre esta matéria, torna procedente a constatação que houve um tratamento especial e inovador na nossa Constituição.

3. O DIREITO URBANÍSTICO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

A Constituição Imperial de 25 de Março de 1824 ao prever a Administração Econômica das Províncias, estabeleceu que nas cidades e vilas, as Câmaras exerceriam governo econômico e municipal cujas funções, formação de suas posturas policiais e aplicação de suas rendas

seriam decretadas por uma lei regulamentar.²⁹ O direito de propriedade está previsto como uma das garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, no artigo 17, item 22:

“é garantido os direito de propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem público, legalmente verificado, exigir o uso e emprego da propriedade do cidadão seria ele previamente indenizado do valor dela. A lei marcará os casos com que terá lugar esta única exceção e dará as regras para se determinar a indenização”.

A primeira Constituição Republicana de 24 de Janeiro de 1891, entre as atribuições privativas do Congresso Nacional prescritas no artigo 34, estabeleceu a competência para a União legislar sobre temas e normas de propriedade.

O direito de legislar sobre viação férrea e navegação interior, era competência concorrente entre União e Estados sendo que este direito seria regulado por lei federal. Quanto aos Estados, ao se organizarem mediante Constituições próprias, deveriam respeitar os princípios constitucionais da União e a autonomia dos Municípios. O direito de propriedade no artigo 72, relativo a Declaração de Direito, era assegurado em toda uma plenitude, sobre os casos de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. As minas eram consideradas pertencentes aos proprietários do solo, condicionado às limitações estabelecidas por lei para sua exploração.

A partir da Constituição de 1934, são alinhavados no âmbito da União determinadas competências que implicitamente se relacionam com o desenvolvimento urbano, como de estabelecer o plano nacional

²⁹ A lei de 1º de Outubro de 1828 que criou em cada cidade e vilas do Império, Câmaras Municipais por seu artigo 66, compreendeu como posturas policiais: tudo que fosse referente à polícia e a economia das povoações entre as quais:

1 - alinhamento, limpeza, iluminação e desempachamento de ruas, vias e praças e reparos de muralhas feitas para segurança dos edifícios e prisões públicas, calçadas, pontes, fontes arquedutos, chafarizes, poços, tanques, e quaisquer outras construções em benefício comum dos habitantes, ou por decoro e ornamento da povoação;

2 - sobre os depósitos de imundícies e quanto possa alterar e corromper a salubridade da atmosfera;

3 - sobre edifícios ruinosos, escavações e precipícios nas vizinhanças das povoações.

de viação férrea e de estrada de rodagem e regulamentar o tráfego rodoviário interestadual, legislar sobre desapropriação, água, energia hidrelétrica, caça e pesca, florestas. Aos Estados, foi conferido o direito de legislar suplementarmente sobre mineração, água, energia hidrelétrica, floresta, caça e pesca. Como competência concorrente entre a União e os Estados, se definiu como obrigação, cuidar da saúde e assistência pública, proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico, podendo impedir a vazão de obras de arte e promover a fiscalização e aplicação das leis sociais.

Em relação ao direito de propriedade, é introduzido de forma implícita o princípio da função social de acordo com o prescrito no artigo 113, item 17, capítulo dos direitos e das garantias individuais, no qual: é garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar, assegurando a indenização prévia e justa nos casos de desapropriação por necessidades de utilidade pública.

A Constituição de 1937, que vigorou até o final do Estado Novo, estabeleceu matérias passíveis de serem legisladas suplementarmente, as riquezas do subsolo, água, energia hidrelétrica, regime de eletricidade, obras de higiene populares. O direito de propriedade teria o seu conteúdo e os seus limites definidos nas leis que regulassem o seu exercício.

A Constituição de 1946, que representa a restauração do regime democrático e a extinção do regime de exceção do Estado Novo, mantém de forma implícita a atribuição da União dispor sobre normas gerais, sobre a política urbana com base em suas competências privativas de legislar sobre desapropriação, tráfego interestadual, águas, energia elétrica, estabelecer o plano nacional de viação.

Quanto ao direito de propriedade, foi incluído como critério para ser promovida a desapropriação, o interesse social, além da necessidade ou utilidade pública. A função social da propriedade como princípio da ordem econômica e social, se materializa com a prescrição do artigo 147, que condiciona o uso da propriedade ao bem-estar social e permite que mediante lei, se estabeleçam os requisitos necessários para ser promovida a justa distribuição da propriedade com igual oportunidade para todos.

Com a Constituição Federal de 1967, as competências da União, Estado e Municípios para legislar sobre direito urbanístico se definem com a combinação de vários dispositivos constitucionais, uma vez que esta matéria não se encontra de maneira expressa.

A competência da União de planejar e promover o desenvolvimento nacional, estabelecer o plano nacional de viação, organizar a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente a seca e as inundações, estabelecer e executar planos nacionais de saúde e planos regionais de desenvolvimento, manifesta a presença de normas constitucionais relacionadas com atividades urbanísticas.

O campo de atuação da União também se verifica na competência de legislar sobre desapropriação, normas gerais de defesa e proteção à saúde, águas, telecomunicações, e energia (elétrica, térmica, nuclear ou qualquer outra), tráfego e trânsito nas vias terrestres.

A somatória dessas competências, conferiu à União a atribuição de legislar sobre normas gerais de urbanismo para todo o território nacional com a finalidade de nortear a execução da política urbana especialmente nos Municípios. Essas normas gerais deveriam ser consolidadas numa lei de desenvolvimento urbano, com o objetivo de estabelecer as diretrizes nacionais para assegurar a melhoria da qualidade de vida urbana, a integração dos sistemas urbanos nacional, regional, e local, o condicionamento do uso do solo e do direito de construir a função social da propriedade e a preservação e recuperação do meio ambiente.

A previsão no artigo 160, inciso III, do princípio da função social da propriedade como um dos princípios conformadores da ordem econômica e social que tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, atribui responsabilidade simultânea para União, Estado e Municípios de zelarem o respeito a este princípio constitucional.

Aos Estados, devido a sua competência residual e ao Município, por ter competência constitucional, foi conferida a atribuição de legislar sobre matéria urbanística. Aos Municípios com base no peculiar interesse local, compete estabelecer as limitações urbanísticas para condicionar a utilização da propriedade à sua função, que por sua natureza de ordem pública destinam-se a regular o uso do solo, as construções e o desenvolvimento urbano, objetivando o melhoramento das condições de vida coletiva das cidades.

De forma implícita o texto constitucional de 1967, conferiu condições jurídicas para a instituição de um sistema de normas urbanísticas onde à União caberia editar a lei de desenvolvimento urbano e estabelecer planos nacionais, os Estados poderiam regulamentar as questões de âmbito regional como as matérias relacionadas as regiões metropolitanas (habitação, preservação ambiental, água, transportes), e os Municípios de estabelecer as normas urbanísticas como de uso, ocupação, e controle do solo urbano, edificações, paisagem urbana e instituir os planos urbanísticos locais, especialmente o plano diretor de desenvolvimento integrado.

Se por um lado esta Constituição conferia condições jurídicas para se consolidar um política urbana através de uma legislação específica como uma lei nacional de desenvolvimento urbano ou um Código de Urbanismo como pensou Hely Lopes Meirelles, por outro, o regime ditatorial instaurado impediu as condições políticas e sociais para o crescimento de uma consciência urbana voltada para a defesa de uma cidade que tivesse como valor supremo a justiça social.

A violação aos direitos humanos, a centralização política exacerbada na esfera do Poder Executivo, e quase extinção da autonomia municipal e portanto da vontade local, e repressão à participação política da sociedade, são fatores incontestáveis que contribuíram para o crescimento da segregação, marginalidade e desigualdades sociais. Este projeto político implantado passa justamente a ser questionado pelos segmentos sociais urbanos, de forma expressiva nos movimentos comunitários e populares, que passaram a reivindicar pelo direito de melhores condições de vida nas cidades a partir do final da década de 70, e início da 80.

A busca pelo direito à cidade realizada pela população dos bairros carentes de infra-estrutura e serviços urbanos notoriamente com as Administrações Municipais para obtenção do fornecimento de água, esgoto, luz, escola, creche, posto de saúde, hospital, iluminação pública, canalização de córrego, etc, se somam com o processo geral de democratização do país canalizando esse desejo cívico na campanha das diretas-já em 1984, que viabilizou as condições para a reorganização político jurídica do país para a instituição de um Estado Democrático através da Assembléia Nacional Constituinte realizada em

1987/88. Para a Constituição de 1988 ser interpretada e aplicada é imprescindível que a esse processo histórico recentemente vivenciado sempre seja reportado na investigação do significado de seus princípios e preceitos.

4. DIREITO URBANÍSTICO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

As normas constitucionais relacionadas com o temário urbano são encontradas em vários títulos e capítulos do texto constitucional em especial dos princípios fundamentais, dos direitos e garantias fundamentais, da organização do Estado, capítulos da União, dos Estados Federados, dos Municípios, capítulo do sistema tributário nacional, da Ordem Econômica e Financeira, capítulos dos princípios gerais da atividade econômica, da política urbana, da Ordem Social, capítulo do meio ambiente.

Quanto aos princípios constitucionais conforme já foi analisado são os fundamentos da política urbana e das normas de direito urbanístico. Como mandamentos constitucionais, também já analisados, são os objetivos fundamentais de construir uma sociedade livre, justa e solidária, e de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

O princípio da função social da propriedade como garantia do direito da propriedade urbana ter uma destinação social, se integra com os direitos fundamentais norteadores da política urbana e do direito urbanístico, como o direito à liberdade de associação, o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidades ou abuso de poder, o direito de não ser privado de liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, a garantia do contraditório e ampla defesa nos processos judiciais e administrativos são direitos que visam proteger e promover a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Essas garantias conferem aos cidadãos proteção constitucional contra atos praticados pelo Poder Público ou agentes privados que ocasionem restrições e lesões aos seus direitos como o direito à cidade. Para essa finalidade podem ser utilizadas as garantias constitucionais do mandado

de segurança individual e coletivo, o mandado de injunção, a ação popular, o habeas data, o habeas corpus e a ação civil pública.

A garantia constitucional da lei não excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, e a obrigação do Estado prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, são preceitos que devem ser observados para a promoção da política urbana pelas entidades federadas, de modo a assegurar à população necessitada o direito de acesso à justiça, como meio de atender os princípios da justiça social e da universalidade da justiça.

O princípio federativo é o vetor principal para a investigação do pacto federativo estabelecido entre as entidades federadas no campo das competências constitucionais, por ser sempre um desafio manter o equilíbrio entre as entidades políticas do Estado federal com a descentralização do poder através da distribuição de competências.

Através das competências constitucionais são definidos os deveres e as obrigações da União, Estados e Municípios para a promoção da política urbana e para a instituição de normas urbanísticas. A compreensão global dessas competências constitucionais, permite como consequência, definir o campo de atuação das entidades federadas para a instituição das normas do plano diretor. A comprovação sobre a necessidade do direito urbanístico se constituir como disciplina própria com base no texto constitucional, se inicia com as competências atribuídas para a União.

A União tem a competência exclusiva de acordo com o artigo 21, inciso IX, de elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social. Para exercer essa função será necessário o estabelecimento de uma política nacional de desenvolvimento integrada com os Estados e Municípios. A leitura do artigo 21 da Constituição demonstra a adoção do planejamento como peça-chave para a execução das políticas públicas tendo como um importante instrumental a instituição de diretrizes relacionado com a questão urbana.

A União no âmbito da sua competência administrativa deve instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos (artigo 21, XX). Essas dire-

trizes são necessárias para a definição da política urbana que será desenvolvida, de forma integrada e ordenada por parte dos órgãos federais (Ministérios e Estatais) responsáveis por este setor. A União em razão dessa competência deve ter como diretriz essencial na área de habitação, a definição de critérios objetivos para a aplicação e destinação dos recursos do sistema financeiro da habitação (Sistema de Poupança, Fundo de Garantia-FGTS e recursos orçamentários). Outra diretriz importante é o estabelecimento de critérios para a utilização desses recursos pelos Municípios, Estados, agentes privados e agentes sociais, em programas e projetos de habitação de interesse social.

A União tem a competência privativa para legislar sobre direito civil, desapropriação, água, energia, trânsito e transporte (art 22, II, IV, XI), e concorrente com os Estados para legislar sobre direito urbanístico, florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição. A União também deve legislar concorrentemente com o Estado sobre proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico, responsabilidade por danos ao meio ambiente, ao consumidor, proteção e defesa da saúde e assistência jurídica (art 24, I, VI, VII, VIII, IX, XII, XIII).

A previsão do direito urbanístico no âmbito da competência concorrente significa que suas normas devem ser disciplinadas pela União e os Estados, e a competência do Município para elaborar e implementar o plano diretor, significa que a função das entidades federadas de instituir normas urbanísticas para a promoção da política urbana tornou-se uma exigência constitucional, e na medida que forem sendo constituídas integrarão um sistema próprio de normas com a finalidade de garantir o direito à cidade mediante a realização das tarefas e missões constitucionais.

De acordo com o parágrafo 1º do artigo 24, no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. O Estado de acordo com o parágrafo 3º deste artigo, poderá exercer a competência legislativa plena para atender a suas peculiaridades com a inexistência de lei federal sobre normas gerais.

A União, com base neste dispositivo, deve editar uma lei com a finalidade de estabelecer as normas gerais de direito urbanístico que com-

preendem diretrizes e objetivos da política urbana, a regulamentação dos artigos 182 e 183 da Constituição, os instrumentos urbanísticos e o sistema da gestão da política urbana nacional. Segundo Geraldo Ataliba, normas gerais são leis nacionais, assim entendidas, as que ditam princípios gerais e abstratos próprios da lei nacional, sem invasão das esferas específicas e privativas das leis federais, estaduais e municipais³⁰

Segundo Hely Lopes Meirelles, *“legislar é editar regras gerais de conduta; não é intervir executivamente nas entidades federadas, impondo padrões estandardizados nos mais mínimos detalhes. O que se reconhece à União é a possibilidade de estabelecer normas gerais de Urbanismo, vale dizer, imposições de caráter genérico e de aplicação indiscriminada em todo o território nacional”*³¹ José Afonso da Silva, entende que *“são normas de leis ordinárias ou complementares, produzidas pelo legislador federal nas hipóteses previstas na Constituição que estabelecem princípios e diretrizes da ação legislativa da União, dos Estados e dos Municípios.”*³²

A lei federal que deve estabelecer as normas gerais de direito urbanístico é a lei federal de desenvolvimento urbano – LDU. Essa lei deve conter as diretrizes nacionais para o desenvolvimento urbano, podendo também ser objeto dessa lei as diretrizes nacionais para a política habitacional, de saneamento básico e transportes urbanos com base no artigo 21, XX e artigo 24, I, sendo que estas normas não podem interferir na esfera das competências dos Estados e Municípios.

A competência constitucional de instituir a lei de desenvolvimento urbano é sem dúvida, a principal missão das União referente à política urbana, diante da necessidade dessa lei para conferir capacidade para o Município ter instrumentos eficazes para garantir que a propriedade urbana atenda a sua função social e o direito à cidade seja concretizado como será visto mais adiante.

Os Estados com base na competência concorrente na ausência de lei federal podem editar uma lei estadual de política urbana dispondo sobre normas gerais de direito urbanístico, visando a aplicação dessas normas por seus Municípios na execução da política urbana municipal.

³⁰ Geraldo Ataliba - Normas Gerais de Direito Financeiro e Tributário e Autonomia dos Estados e Municípios. RDP 10/55.

³¹ Hely Lopes, Meirelles, 1993, op. cit. pág. 388.

³² José Afonso da Silva, 1981, op. cit. pág.79.

Os Estados através dessa lei podem instituir como normas gerais os critérios de aplicação e a regulamentação dos instrumentos urbanísticos previstos no artigo 182, parágrafo 4º. Essas normas gerais terão sua eficácia suspensa se ficarem em desacordo com as normas gerais estabelecidas pela União através da lei federal de desenvolvimento urbano, com base no artigo 24, parágrafo 4º da Constituição.

As competências comuns previstas no artigo 23 da Constituição, emitem tarefas e deveres para a União, Estados e Municípios, cujo grau de responsabilidade deve ser compreendido em razão das demais competências constitucionais das entidades federadas.

Entre as matérias relacionadas com a questão urbanas, são de competência comum de acordo com o artigo 23:

- cuidar da saúde e assistência pública;
- proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;
- proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;
- preservar as florestas, a fauna e a flora;
- fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar;
- promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;
- combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavoráveis.

A Constituição estabelece no mesmo âmbito de igualdade, responsabilidades constitucionais às entidades federativas que segundo Gomes Canotilho, implica como correlato da liberdade de atuação na obrigatoriedade da observância de certos deveres jurídico constitucionais e da prossecução de certas tarefas; a responsabilidade de articular-se com a existência de sanções jurídicas (penais, disciplinares, civis) ou político jurídicas (censura, destituição, exoneração), no caso do não cumprimento ou cumprimento julgado defeituoso dos deveres ou das tarefas de que estão incumbidos os órgãos e agentes constitucionais.³³

³³ José J. Gomes Canotilho, 1989, op. cit. pág. 521.

A proteção ao meio ambiente, a promoção de programas de construção de moradias, a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico, o combate às causas da pobreza e os fatores de marginalização, a promoção da integração social dos desfavorecidos, tornam-se missões constitucionais a serem realizadas mediante a cooperação entre a União, os Estados e os Municípios visando o equilíbrio do desenvolvimento e do bem estar em âmbito nacional. O desrespeito e o descumprimento dessas missões constitucionais, propicia a atuação dos cidadãos e grupos sociais que se sentirem atingidos em seus direitos pela ação ou omissão do Poder Público, com a aplicação dos remédios constitucionais como o mandado de segurança, a ação popular, o mandado de injunção, a ação civil pública e a ação de inconstitucionalidade por omissão.

Os Estados federados além da competência concorrente de legislar sobre direito urbanístico e da competência residual tem atribuição constitucional de instituir, mediante lei complementar, regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e micro-regiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução das funções públicas de interesse comum.

A integração dos Municípios situados numa área metropolitana para exercer funções de interesse comum para se tornar eficaz depende do sistema de gestão política que compatibilize os interesses diferenciados na execução das políticas públicas por parte do Estado e dos Municípios. A instituição de consórcios entre os Municípios tem sido uma medida eficaz para a solução de problemas metropolitanos como o abastecimento de água, despoluição de rios e represas, tratamento de resíduos.

Apesar de não haver uma previsão expressa para o Município legislar sobre direito urbanístico, a competência do Município sobre a política urbana é preponderante em relação a competência da União e dos Estados.

Essa preponderância decorre da leitura das competências estabelecidas no artigo 30 e nas normas do capítulo da política urbana (artigo 182) que definem o Município como o espaço político institucional, para a realização constitucional das normas dirigentes da política urbana em especial através do plano diretor.

A perspectiva do Poder Público dispor de normas e instrumentos eficazes para a realização da política urbana será aferida com base no

resultado do processo de elaboração das Leis Orgânicas municipais e dos planos diretores.

O Município de acordo com o artigo 30, incisos I e II, tem competência para legislar sobre assuntos de interesse local e suplementar a legislação federal e a estadual no que couber. Outro fundamento que justifica a preponderância do Município para promover a política urbana é a sua competência constitucional nos termos do artigo 30, inciso VIII, de promover o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.

Se com uma leitura científica a questão urbanística é um aspecto peculiar das cidades diante de suas atividades urbanas, se na dimensão política o poder local dispõe de autonomia para formular e executar as políticas públicas necessárias para assegurar o direito à cidade, na recepção da mensagem jurídica constitucional, as normas constitucionais que tratam especialmente do tema, no capítulo da política urbana demonstram relevância da função do Município.

A leitura do artigo 182 como norma constitucional específica da política urbana demonstra dimensão e a preponderância da competência do Município dentro da federação brasileira. De acordo com o artigo 182, a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem estar de seus habitantes.

Associado aos objetivos específicos desta norma constitucional, o plano diretor é considerado como instrumento básico de política de desenvolvimento e de expansão urbana, tornando-se um instrumento obrigatório para a cidade com mais de vinte mil habitantes. O Município através do plano diretor como instrumento básico da política urbana, tem a competência constitucional para determinar os critérios e os instrumentos para a propriedade urbana atender sua função social, bem como de aplicar as sanções ao proprietário do solo urbano que não atender as exigências fundamentais de ordenação da cidade.

O usucapião urbano previsto no artigo 183, que reconhece o direito à moradia de quem possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, é um insti-

tuto jurídico voltado para promover a regularização fundiária das áreas urbanas onde estão localizadas a população de baixa renda como as favelas. As condições de precariedade e insegurança no aspecto físico e jurídico da população necessitada que vive nas cidades, acarreta a responsabilidade do Município no âmbito de sua competência promover programas públicos de urbanização e regularização fundiária para a finalidade do usucapião urbano ser atingida de garantir o direito à moradia para as comunidades e grupos sociais carentes que vivem na cidade.

Portanto, alcançar o cumprimento dos princípios e a realização dos objetivos da política urbana é uma atribuição do Município, onde a União e os Estados, tem como referência para demarcar os respectivos campos de atuação e de tarefas na área urbana a competência municipal constitucional.

A preponderância do Município não significa diminuir, e muito menos isentar de responsabilidade a União e os Estados não só pela competência concorrente para legislar sobre direito urbanístico como também pelas tarefas e obrigações estabelecidas como competência comum.

A defesa do Município ter a competência constitucional preponderante sobre a política urbana, não significa deixar de reconhecer a responsabilidade da União e dos Estados no desempenho de missões constitucionais com o intuito de intervir nos problemas urbanos que foram definidos com base no princípio federativo.

Com base nas normas constitucionais dirigentes da política urbana e as atribuições constitucionais das entidades federativas, de forma sistematizada o sistema de normas de direito urbanístico está estruturado da seguinte maneira:

- 1) Na esfera da União:
 - a) lei federal de desenvolvimento urbano que tem por finalidade, estabelecer as normas gerais sobre direito urbanístico;
 - b) Diretrizes sobre o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;
- 2) Na esfera do Estado;
 - a) Constituição Estadual – normas estaduais sobre a política urbana estadual, englobando as que dispõe sobre a organização regional;
 - b) lei estadual de política urbana;
 - c) leis estaduais sobre áreas metropolitanas;

3) Na esfera do Município:

- a) Lei Orgânica do Município – normas municipais sobre a política urbana municipal;
- b) plano diretor;
- c) lei de uso do solo urbano nos Municípios com menos de vinte mil habitantes;
- d) legislações urbanísticas.

Com a existência desse conjunto de normas é necessário ponderar sobre o enquadramento institucional do plano diretor, isto é, levantar questões sobre a sua aplicação e eficácia. Uma dessas questões é do papel da União, a finalidade e a relação da lei de desenvolvimento urbano com o Município, no sentido de estabelecer normas que deverão ser observadas na instituição do plano diretor, enfim quais os limites que o Município pode ter para promover a política urbana diante das competências constitucionais da União, valendo esses mesmos questionamentos em relação a área de competência entre os Estados e Municípios. Para responder a estas questões, surge a necessidade de analisar qual deve ser a função da União e dos Estados e Municípios à luz das competências constitucionais sobre a política urbana. Essa análise começa pela União no sentido de verificar quais devem ser as matérias objetos da lei de desenvolvimento urbano no intuito de estabelecer as normas gerais de direito urbanístico que tem a finalidade de capacitar as entidades federadas em especial o Município para promover a política urbana.

5. CONCLUSÕES

Considerando as competências constitucionais estabelecidas para a União, Estados e Municípios para legislar sobre direito urbanístico e para promover a política urbana, e do fato de ser a primeira vez que uma Constituição brasileira estabelece um capítulo específico sobre esta matéria podemos concluir:

- 1) A Federação brasileira tem como característica fundamental a definição das funções e dos deveres das entidades federadas direcionadas para assegurar os direitos e garantias fundamentais

- das pessoas através da implementação de políticas públicas que atendam os objetivos fundamentais de promover a justiça social, erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais, tornar plena a cidadania e a dignidade da pessoa humana;
- 2) Os princípios constitucionais norteadores da política urbana, as responsabilidades atribuídas as entidades federadas, e as normas constitucionais específicas da política urbana, apontam para a necessidade do direito urbanístico se tornar um ramo próprio do direito público por ter finalidade e objetivos próprios, de disciplinar as diretrizes, objetivos os instrumentos e os sistemas de gestão da política urbana, o regime jurídico da propriedade urbana com base no princípio da função social da propriedade e nas funções sociais da cidade, exigindo a formação de um conjunto de normas a nível federal, estadual e municipal que configure uma disciplina própria;
 - 3) A Constituição tornou como exigência a formação do sistema de normas de direito urbanístico, que deve ser composto pelas normas constitucionais referentes a política urbana, lei federal de desenvolvimento urbano, o conjunto de normas sobre a política urbana estabelecidas nas Constituições dos Estados, lei estadual de política urbana e a legislação estadual urbanística, e o conjunto de normas municipais referentes a política urbana estabelecidas nas Leis Orgânicas dos Municípios, no plano diretor e na legislação municipal urbanística.
 - 4) A União tem como atribuição estabelecer as normas gerais de direito urbanístico através da lei federal de desenvolvimento urbano. Essa lei deve conter as diretrizes de desenvolvimento urbano, podendo também estabelecer as diretrizes para a habitação, saneamento básico e transportes urbanos. Essa lei também deve conter os objetivos da política urbana nacional, a regulamentação dos artigos 182 e 183 da Constituição de modo a disciplinar o regime da propriedade urbana, os instrumentos urbanísticos e o sistema da gestão da política urbana nacional.
 - 5) Os Estados com base na competência concorrente podem editar uma lei estadual de política urbana na ausência de lei federal. O Estado pode editar normas gerais de direito urbanístico, na ausência da lei federal visando capacitar os Municípios para a

execução da política urbana municipal. Essas normas gerais terão sua eficácia suspensa se ficarem em desacordo com as normas gerais estabelecidas pela União através da lei federal de desenvolvimento urbano, com base no artigo 24, parágrafo 4º da Constituição;

- 6) O Município com base nas suas competências constitucionais de legislar sobre assuntos de interesse local e de complementar a legislação federal e a estadual no que couber, e promover o planejamento e controle do uso do parcelamento e da ocupação do solo urbano tem competência para legislar sobre direito urbanístico;
- 7) O Município com base no artigo 182 e no princípio da preponderância do interesse, como ente da Federação é o principal responsável em assegurar a realização constitucional das normas dirigentes da política urbana, em especial através do plano diretor.

IV – POLÍTICA URBANA RESPONSABILIDADES E OBRIGAÇÕES

1. A RESPONSABILIDADE PREPONDERANTE DO MUNICÍPIO

1.1. A AUTONOMIA DO MUNICÍPIO

A atribuição para o Poder Público municipal executar a política de desenvolvimento urbano, como foi visto anteriormente na análise das competências constitucionais das entidades federativas sobre a política urbana, fundamenta a competência preponderante do Município para a execução dessa política, considerando as competências previstas no artigo 30, incisos I, II e VIII, legislar sobre assuntos de interesse local e suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; e promover o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.

O caput do artigo 182, estabelece que a política urbana deve ser executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei. Como já foi visto também, a União tem competência privativa para instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos (artigo 21, inc. XX), bem como, no âmbito da competência legislativa concorrente com os Estados, legislar sobre normas gerais de direito urbanístico (artigo 24, inc.I).

A questão que deve ser desenvolvida é se o Município precisa ficar dependendo da União para promover a política urbana, se esta não instituir as diretrizes gerais através de uma lei federal, isto é, o Município não pode instituir essas diretrizes em razão da omissão da União?

Celso Bastos, quando analisou o significado da competência supletiva dos Estados-membros relativamente à legislação federal, em vista da Constituição de 1967, onde o constituinte elegeu a União para preferencialmente baixar leis em tais matérias, deixando aos Estados-membros tão somente a competência para suplementá-las, afirmou textualmente: *isto não quer dizer que estes devam, todavia, esperar o surgimento da lei federal, para só então legislarem no seu vácuo. Poderão, sem dúvida, legislar, mesmo na ausência da norma federal. Mas, surgida esta, automaticamente revogada estará a legislação estadual naquilo em que a ela contrariar.*

Segundo José Afonso da Silva a competência suplementar é correlativa da competência concorrente e significa o poder de formular normas que desdobrem o conteúdo de princípios, ou normas gerais, ou que supram a ausência ou omissão destas.³⁴

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto as diretrizes gerais exigidas para balizar a política de desenvolvimento urbano e, assim condicionar o plano diretor, podem ser tanto federais (art. 21, XX), como as estaduais (art. 24, I), como, ainda, as próprias diretrizes urbanísticas da lei orgânica municipal (art.29)³⁵

A competência preponderante do Município, face aos artigos 29, 30 e 182, deve ser compreendida em função das demais competências estabelecidas na própria Constituição para os Estados e União. No âmbito da competência privativa, deve estabelecer as diretrizes gerais da política de desenvolvimento urbano, mencionadas no artigo 182, podendo essas diretrizes serem estabelecidas com base na competência concorrente, através das normas gerais de direito urbanístico. No caso da União deixar de exercer essa competência, cabe aos Estados estabelecer as diretrizes gerais dessa política, que deverão ser observadas pelos Municípios.

Sem dúvida, é necessário que sejam estabelecidas diretrizes gerais pela União para a promoção de uma política nacional de desenvolvimento urbano, executada de forma integrada pelas entidades fede-

³⁴ José Afonso da Silva - Curso de Direito Constitucional Positivo - Ed. Revista dos Tribunais - 1990, pág. 415.

³⁵ Diogo de Figueiredo Moreira Neto - Direito Urbanístico e Limitações Urbanísticas - Rev. Inf. Legislativa, A 27 n° 107, jul/set. 1990, pág. 110.

rativas. Por exemplo, o combate às causas da pobreza e da fome nas cidades somente serão eficazes se for adotada uma política de segurança alimentar, que englobe recursos e ações integradas da União, Estados e Municípios. Essas diretrizes podem ser estabelecidas através dos planos nacionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social, e por uma lei federal de desenvolvimento urbano.

O Município, por sua vez, pode instituir diretrizes gerais da política urbana, por ser, pela Constituição, o espaço político institucional para a implementação das normas constitucionais dirigentes dessa política, tendo como principal instrumento o plano diretor. Nesse caso, na superveniência da lei federal, se houver conflito com o disposto na lei municipal, prevalecem as regras e os critérios da lei editada pela União.

O grau de responsabilidade para o cumprimento dos princípios e a realização dos objetivos da política urbana, é sem dúvida, maior para o Município, onde a União e os Estados têm como referência, para demarcar os seus respectivos campos de atuação e de tarefas sobre as questões urbanas, a competência constitucional municipal.

A preponderância do Município não significa diminuir, e muito menos isentar de responsabilidade a União e os Estados não só pela competência concorrente para legislar sobre direito urbanístico como também pelas tarefas e obrigações estabelecidas como competência comum. Apesar da União ter a responsabilidade de instituir as diretrizes gerais da política de desenvolvimento urbano mediante lei, o Município pode instituir essas diretrizes de forma supletiva por lei municipal com base nas competências que lhe foram atribuídas pela Constituição, caso a União se omitir de sua responsabilidade.

O que não é possível admitir é a inexistência da política urbana nos Municípios face a omissão da União. Aceitar duas omissões, a da União e a do Município, ao mesmo tempo em que configura uma interpretação de bloqueio, impede a geração das condições necessárias para atender os preceitos constitucionais de implementação do direito à cidade e afeta diretamente a possibilidade dos setores marginalizados serem beneficiados, na perspectiva de satisfazer os direitos inerentes às necessidades básicas da pessoa humana.

A criação de etapas institucionais desnecessárias serve apenas para dificultar a implementação de direitos e presentear os setores conser-

vadores, de modo a beneficiar uma elite que concentra a riqueza do país em suas mãos, que detém o conhecimento das regras políticas e jurídicas de planejamento da cidade e ocupação do espaço urbano, e as utiliza para a consolidação e crescimento de seus privilégios.

O Município, em razão de sua autonomia e da competência constitucional sobre as questões urbanas, não só pode como tem a obrigação de estabelecer as diretrizes gerais, a legislação urbanística e o instrumentos da política urbana, nos termos do artigo 182, pois a omissão da União de forma alguma implica para o Poder Público municipal isenção de responsabilidade.

O Município tem autonomia para cumprir com suas obrigações constitucionais, não podendo ficar isento da sua responsabilidade de legislar sobre direito urbanístico e promover a política urbana, na ocorrência de omissão por parte da União de instituir as diretrizes gerais da política urbana.

1.2. O PAPEL DA LEI ORGÂNICA

Procurando conferir o máximo grau de eficácia ao artigo 182, por ser norma constitucional dirigente da política urbana, é necessário verificar o significado da sua mensagem, quando diz que a política de desenvolvimento urbano será executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei.

Conforme afirmado, o fato da lei federal não ter sido instituída não impede que as normas gerais da política urbana sejam instituídas por lei estadual, com base na competência concorrente dos Estados para legislar sobre direito urbanístico (artigo 24, I), como também pelo Município, através de lei municipal.

A mensagem do artigo 182 é para o Município, com base nas diretrizes gerais estabelecidas mediante lei, de acordo com a sua realidade específica, atender os objetivos da política urbana municipal, de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

Essas diretrizes gerais se transformam em normas dirigentes para a formulação e implementação do plano diretor, pois vão pautar o comportamento do Poder Público municipal.

A interpretação desta lei ser municipal, na inexistência de lei federal, se justifica pelo próprio tratamento diferenciado existente nesse capítulo da Constituição, pois ao se referir à lei federal, este foi feito de forma expressa, conforme demonstra o Parágrafo 4º do artigo 182:

“É facultado ao Poder Público Municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, *exigir nos termos da lei federal*, do proprietário do solo urbano”

A questão emergente é sobre que lei Municipal seria esta se, ao mesmo tempo, a Constituição estabelece como instrumento básico da política urbana municipal o plano diretor. A verificação da existência de distinções entre a lei que fixa as diretrizes gerais, o plano diretor e a lei federal que deve estabelecer os critérios para aplicação das obrigações e sanções previstas no artigo 182, parágrafo 4º, nos leva a concluir que esta lei municipal, de forma implícita, só pode ser a Lei Orgânica do Município. Esta lei se caracteriza como uma verdadeira Constituição do Município, devido aos critérios de rigidez para a sua aprovação, pela necessidade de dois terços dos membros da Câmara Municipal, e de não haver a possibilidade de interferência do Executivo Municipal através do instrumento do veto, como também por ser matéria de sua alçada dispor sobre a organização política, jurídica, administrativa e econômica do Município, que compreende a definição das diretrizes para a formulação e execução das políticas públicas de sua responsabilidade, na qual se inclui a política urbana.

Leda Pereira Mota, ao analisar esta questão no curso Direito e Reforma Urbana (promovido pela COGEAE PUC/SP) entende que: *a Constituição no capítulo do artigo 182, não falou de lei federal, e quis, sem dúvida nenhuma, referir-se à lei Municipal, que no caso parece ser a Lei Orgânica dos Municípios. É inadequada a interpretação que entende esta lei, prevista no capítulo do artigo 182, como uma lei federal, se partirmos do sistema federativo, onde temos a autonomia dos três entes que compõem a federação brasileira, será inigualável admitirmos que um Poder Público municipal pudesse ser pautado por uma lei embutida em outro Poder Público que é o federal.*³⁶

³⁶ Leda Pereira Mota - A Constituição Brasileira de 1988 e a Reforma Urbana - aula proferida no Curso de Direito e Reforma Urbana em 23/09/91, promovida pela Coordenadoria Geral de Especialização Aperfeiçoamento e Extensão - (COGEAE PUC/SP).

Sobre esse aspecto entendemos que nos termos do caput do artigo 182, cabe a União estabelecer mediante a lei federal de desenvolvimento urbano, as normas gerais que devem nortear a ação do Município para promover a política urbana local. O fato de ser necessária uma lei federal para o estabelecimento das diretrizes gerais, não significa que o Município não possa mediante lei dispor sobre as diretrizes gerais sobre desenvolvimento urbano, política urbana com base na peculiaridades e realidade local.

A Constituição, ao determinar que o preceito constitucional da cooperação das associações representativas no planejamento urbano (art. 29, XII) deva ser objeto de regulamentação na Lei Orgânica do Município, reforça a posição das diretrizes gerais da política urbana local serem estabelecidas pela Lei Orgânica, uma vez que o princípio da participação popular é um requisito obrigatório para a implementação dessa política.

Essa interpretação se fortalece diante dos resultados concretos do processo das Constituintes Municipais, especialmente nas Capitais dos Estados, como será visto adiante, que instituíram em suas Leis Orgânicas capítulos próprios sobre a política urbana, fixando as diretrizes gerais que devem ser observadas na formulação do plano diretor.

A legitimidade das Constituintes Municipais não pode ser contestada, e muito menos eliminada, pois definiu, de acordo com as forças políticas e sociais presentes, a organização do Poder Público municipal (Executivo e Legislativo), os direitos inerentes às pessoas que vivem nas cidades, as regras de relacionamento entre os agentes públicos e privados e os meios e instrumentos de participação popular, visando instituir novas formas de gestão para a formulação e execução das políticas públicas.

As Leis Orgânicas dos Municípios são o espelho do acúmulo e da compreensão política sobre o papel do poder local na Federação, visando o fortalecimento da democracia. Portanto, não é possível negar a autonomia municipal para executar a política urbana, com fundamento no discurso jurídico formal, sem nenhuma consistência constitucional. O demonstrador de um exemplo típico de uma interpretação de bloqueio do texto constitucional, é encontrado na afirmação de que as Constituintes Municipais não teriam competência para estabelecer as

diretrizes gerais sobre a política urbana por ser matéria de âmbito da União.

A validade de um processo político que permite o pleno exercício da prática democrática na cidade deve ter a valoração equivalente a sua importância, como um momento de afirmação dos valores supremos de uma sociedade que tem o objetivo de viver num Estado Democrático.

A participação política dos indivíduos, dos grupos organizados e não organizados da comunidade local, no processo da Constituinte Municipal, tornou irreversível a condição de validade política e jurídica das normas dirigentes municipais expressas nas Leis Orgânicas.

Essas normas, em consonância com os princípios constitucionais norteadores da política urbana, transformaram as diretrizes gerais em verdadeiros comandos normativos, para o Município elaborar e implementar o plano diretor, cuja obrigatoriedade passa a ser exigível após a instituição da Lei Orgânica.

2. OBRIGATORIEDADE DO PLANO DIRETOR E EFEITOS

2.1. A AUTONOMIA DO MUNICÍPIO INSTITUIR O PLANO DIRETOR

Para a devida aplicação das normas constitucionais do capítulo da política urbana, torna-se necessário responder às questões sobre a obrigatoriedade do plano diretor e seus efeitos. O artigo 182, através dos parágrafos 1º e 2º, dispõe da seguinte forma sobre o plano diretor:

“Parágrafo 1º: O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

Parágrafo 2º: A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende as exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”.

O parágrafo 4º do artigo 182 faculta ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos

termos de lei federal, que o proprietário do solo urbano não edificado, sub-utilizado ou não utilizado, promova seu adequado aproveitamento para aplicação das obrigações e sanções previstas em seus incisos: parcelamento ou edificação compulsórios; imposto sobre a propriedade urbana progressivo no tempo; desapropriação para fins de reforma urbana.

Compete à União, mediante lei federal, dispor sobre os procedimentos para o Município poder exigir as obrigações e sanções prescritas nos incisos do parágrafo 4º do artigo 182. A regulamentação dos instrumentos e procedimentos possíveis de serem aplicados pelo Município, voltados a garantir que a propriedade urbana atenda a sua função social é, portanto, matéria da lei federal de desenvolvimento urbano.

O texto constitucional demonstra com nitidez a responsabilidade constitucional do Município, de exigir o cumprimento da função social da propriedade a partir do plano diretor. A possibilidade de existir mais de uma visão no campo da hermenêutica, sobre a obrigatoriedade do Município instituir o plano diretor, se inicia com o tema da edição da lei federal. De forma mais sucinta, se a obrigatoriedade do Município elaborar o plano diretor é anterior ou posterior a edição da lei federal mencionada no artigo 182, parágrafo 4º.

Por ser o principal ente federativo no executar das missões sobre a política urbana, o Município não só pode como deve elaborar o plano diretor, independente da existência da lei federal que institui as diretrizes gerais de desenvolvimento urbano, para não incorrer em inconstitucionalidade por omissão, no sentido de conferir a maior eficácia possível a esse preceito constitucional.

A responsabilidade para atingir os objetivos de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem estar de seus habitantes, por ser atribuída ao Município, caracteriza que essa matéria não integra as matérias de competência privativa da União. A promoção do adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano e a competência para legislar sobre assuntos de interesse local, por ser municipal, permite declarar que a União, ao interferir na autonomia municipal, estará violando a Constituição.

Para Eros Grau, o *“Município deve executar sua política de desenvolvimento urbano, independente da edição da lei federal, pelo fato da*

*omissão do Congresso Nacional, na edição de tal lei, não dispensar o Município do dever que lhe é assinalado pelo texto constitucional, inclusive e especialmente quando a propriedade urbana cumpre a sua função social. A sujeição da eficácia da norma inscrita no artigo 182 do texto constitucional à edição daquela lei federal, expressa uma estratégia de não vigência do preceito constitucional considerado, que importaria em interação da hierarquia máxima normativas da Constituição. E aí, em última instância, a transferência de função constituinte ao Poder Legislativo – o que é inconcebível – eis que a omissão do legislativo retiraria de vigência até a ação legislativa (no caso a edição de diretrizes gerais), o preceito constitucional”.*³⁷

A defesa da autonomia do Município para instituir o plano diretor sem a dependência da União, se justifica também pela definição na Constituinte da cidade ser o espaço político privilegiado para a realização da política urbana, mediante um jogo institucional aberto que permita definir as condições e os instrumentos de implementação do direito à cidade, mediante a realização da reforma urbana, como meio de conferir o grau máximo de eficácia às normas constitucionais dirigentes desta matéria.

A vontade da Constituinte, expressa na Constituição, foi conferir legitimidade ao processo institucional na cidade, através do instrumento do plano diretor, de modo que os vários projetos políticos sobre a função da cidade e sua relação com o homem e a natureza possam ser conhecidos e compreendidos, permitindo o confronto das idéias do direito à cidade com as da cidade-mercadoria, da função social da propriedade com o direito individual de propriedade absoluto.

³⁷ Eros Roberto Grau - Parecer elaborado para a Secretaria Municipal de Planejamento de São Paulo "Questões sobre o plano diretor" - 13/12/90.

Em decorrência do Projeto de Lei do plano diretor do Município de São Paulo em discussão na Câmara Municipal enviado pelo Executivo no ano de 1991 para a Câmara Municipal (Esse projeto de lei foi retirado pelo Prefeito Paulo Maluf em 1993), a OAB/SP constituiu uma Comissão Especial sobre o plano diretor de São Paulo. Ao analisar se o município pode implantar o plano diretor, antecipando-se à promulgação da lei federal destinada a fixar as diretrizes gerais de que fala o artigo 182 capítulo , se verificou não haver consenso entre os membros da Comissão no qual Nelson Kojranski e Marcelo Terra defenderam a necessidade da lei federal para o Município elaborar o plano diretor enquanto que Walter Ceneviva, Marco Aurélio Greco e Nelson Tabacow Felmanos entenderam que pelo contrário a competência do Município de implantar o plano diretor independente da lei federal defendendo a auto-aplicação do art. 182 e autonomia municipal sobre as diretrizes gerais de desenvolvimento urbano.

A formulação das políticas públicas, com a participação dos vários agentes que atuam e vivem nas cidades sobre os assuntos de interesse local, que na verdade extrapolam diante da complexidade para nível de âmbito regional estadual ou nacional, como na preservação do meio ambiente, questão habitacional, serviços e instalações de energia elétrica, recursos hídricos, segurança pública, visa atender o princípio da soberania popular por propiciar o exercício da democracia e cidadania.

A promoção da defesa da capacidade do poder local, visando assegurar que as forças sociais tenham o direito de expressar suas opiniões na execução da política urbana, atende a finalidade de fortalecer a organização política que tem uma interlocução direta com a população, que é o Município e a própria organização da sociedade civil.

Essas razões nos levam a concluir que a omissão da União, ao não editar a Lei Federal de Desenvolvimento Urbano, não deve interferir na obrigação do Município de atender a mensagem constitucional de executar a política urbana na cidade, com o intuito de transformar as condutas e as relações nascedouras dos conflitos urbanos para dar concretude aos valores e princípios do Estado Democrático de Direito. Essas transformações somente ocorrerão com o respeito à autonomia política do Município, assegurado no artigo 18 da Constituição, e pelo reconhecimento da capacidade do poder local. Reconhecer essa capacidade é considerar como senso comum a autodeterminação dos povos que vivem nas cidades de participar das instâncias de decisões que formulam e determinam os meios de execução das políticas públicas, através de instrumentos de gestão como o plano diretor.

2.2. A OBRIGATORIEDADE A PARTIR DA LEI ORGÂNICA

Verificado que o Município não depende da União para instituir o plano diretor, o segundo aspecto que necessita ser abordado sobre a obrigatoriedade do plano diretor diz respeito ao aspecto temporal, isto é, a partir de que momento o Município é obrigado a instituir o plano diretor, considerando que a Constituição não estabeleceu de forma expressa o prazo para esse fim e as conseqüências pela não instituição do plano.

O Município tem a obrigação constitucional, de definir através do plano diretor as exigências fundamentais de ordenação da cidade, quando a propriedade urbana cumpre sua função social. A existência do plano diretor é condição básica para o Município dispor sobre as limitações urbanísticas à propriedade urbana, determinar as obrigações de fazer ou não fazer ao proprietário de imóvel urbano, estabelecer os comportamentos positivos visando o cumprimento da função social da propriedade.

O critério adotado no texto constitucional, de forma expressa, sobre a obrigatoriedade do plano diretor, é referente ao número de habitantes das cidades, pelo qual o plano é obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes nos termos do parágrafo 1º do artigo 182. A Constituição não estabeleceu a partir de quando os Municípios com mais de vinte mil habitantes devem instituir o plano diretor, porém determina que este instrumento deve ser aprovado pela Câmara Municipal, se materializando por lei municipal.

O plano diretor, como instrumento básico da política municipal, deve conter os requisitos e procedimentos para a sua instituição e aplicação definidos pelo Município. A Constituição, ao resgatar a autonomia política do Município conferiu à Lei Orgânica o papel de dispor sobre a organização política, jurídica e administrativa deste ente federado, bem como de regulamentar as matérias de âmbito local no qual se inclui a política urbana.

A Constituição definiu em suas disposições transitórias o período para a realização das Constituintes Estaduais e Municipais, que resultou na instituição das Constituições dos Estados e Leis Orgânicas dos Municípios em vigência. O primeiro critério para verificar se o Município está respeitando as normas constitucionais da política urbana, diz respeito a se essa matéria, em decorrência do processo da Constituinte Municipal, foi regulamentada pela Lei Orgânica.

O Município, através da Lei Orgânica, deve dispor sobre o plano diretor, definindo as responsabilidades do Poder Executivo e Legislativo, em especial sobre o processo legislativo: prazo para sua elaboração e aprovação, procedimento nas comissões permanentes, quórum para deliberação, mecanismos de participação popular (audiência pública, iniciativa popular). A Lei Orgânica deve traçar as diretrizes gerais do plano diretor como normas condicionantes para a sua instituição e execução. O princípio da participação popular reforça essa posição, pois

é através da Lei Orgânica que serão estabelecidos os mecanismos e instâncias democráticas que deverão ser utilizados para a instituição e execução do plano diretor, uma vez que o respeito a esse princípio constitucional é requisito obrigatório para o plano ser legítimo e válido.

As Leis Orgânicas das Capitais analisadas, contêm normas específicas sobre o plano diretor. A Lei Orgânica do Município de São Paulo, por exemplo, ao dispor do plano diretor em seu artigo 150, estabelece a necessidade do plano abranger a totalidade do território do Município, definindo as diretrizes para o uso do solo e para os sistemas de circulação, condicionados às potencialidades do meio físico e ao interesse social, cultural e ambiental, como também à necessidade de assegurar a participação dos munícipes e suas entidades representativas na elaboração, controle e revisão do plano diretor e dos programas de realização da política urbana.

Também como exemplo, a Lei Orgânica do Município de Belém, pelo artigo 21 estabelece as diretrizes essenciais do plano diretor, tais como designar as unidades de conservação ambiental, definir os critérios para autorização de parcelamento, desmembramento ou remembramento do solo urbano, democratização das oportunidades de acesso à propriedade urbana e à moradia.

O Município, para atender os preceitos constitucionais da política urbana, deve obrigatoriamente, através da Lei Orgânica, dispor sobre os procedimentos, os mecanismos de participação popular e os prazos para elaboração e aprovação do plano diretor. No caso da inexistência dessa regulamentação, através da Lei Orgânica, fica configurada a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser tanto do Poder Legislativo, como do Poder Executivo.

A outra hipótese de ocorrência da inconstitucionalidade por omissão se materializa quando o Município não cumpre com os critérios e prazos de aprovação e implementação do plano diretor estabelecidos na Lei Orgânica.

Para apurar a responsabilidade do Município devem ser observados os seguintes preceitos:

- a) Os Municípios com mais de vinte mil habitantes têm a obrigação de instituir o plano diretor;
- b) A lei que estabelece o processo e o prazo para a instituição do plano diretor é a Lei Orgânica do Município;

- c) A obrigatoriedade constitucional do Município instituir o plano diretor entra em vigor a partir da vigência da Lei Orgânica;
- d) A inconstitucionalidade por omissão se configura pelo fato do Município não instituir o plano diretor nos prazos e critérios fixados na Lei Orgânica;
- e) A inconstitucionalidade por omissão também se configura quando a Lei Orgânica não fixar os critérios e os prazos para a instituição do plano diretor.

2.3. AS SANÇÕES AO MUNICÍPIO PELA INEXISTÊNCIA DO PLANO DIRETOR

Inicialmente devemos apurar quais as conseqüências jurídicas no caso do Município não atender a obrigatoriedade de instituir o plano diretor, nas hipóteses acima mencionadas da não fixação de prazo pela Lei Orgânica, ou do não cumprimento do prazo fixado nesta lei.

Um dos posicionamentos é, na falta deste instrumento, qualquer norma sobre direito urbanístico que implicar numa restrição do direito individual da propriedade não ter aplicabilidade, pois passa a ser inconstitucional.

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto “a sanção impositiva ao Município que viesse a produzir legislação sem um plano diretor, ou contra seus dispositivos, é a nulidade, por inconstitucionalidade, de todas as normas assim baixadas, pois não representariam a concretização das exigências que devem ser expressas naquele instrumento fundamental da política urbana, concluindo que, sem plano diretor onde seja obrigatório, não há política urbana constitucionalmente válida (artigo 182) e, sem ela, nenhuma lei urbanística municipal será legítima por lhe faltar, por sua vez, a fonte de validade. A obrigatoriedade do plano diretor para as cidades de mais de vinte mil habitantes tem sua sanção na nulidade e inconstitucionalidade de todas as normas urbanísticas municipais que vierem a ser baixadas sem ter nele sua fundamentação, seja por falta do plano diretor, seja por sua violação (Art.182, 2º)”³⁸.

³⁸ Diogo de Figueiredo Moreira Neto - Direito Urbanístico e Limitações Administrativas Urbanísticas - Revista Informação Legislativa, nº 107, pág.108, julho/setembro, 1990.

Segundo Leda Pereira Mota, *mesmo que a Lei Orgânica não estabeleça o prazo para elaboração do plano diretor, estaria caracterizada uma inconstitucionalidade por omissão, só que, agora, uma omissão da própria Lei Orgânica, gerando a partir de sua edição que todas posturas municipais se tornam inconstitucionais ao restringir o direito individual da propriedade.*³⁹

Essa posição do qual discordamos se baseia na interpretação do artigo 182, parágrafo 2º, pelo qual se estabelece que a função social da propriedade somente é cumprida por aquele proprietário que conferir ao seu imóvel uma função social, de acordo com os critérios definidos no plano diretor. Em outras palavras, o respeito ao princípio de função social da propriedade decorre da observância dos critérios e exigências prescritos no plano diretor. Nesse sentido, se não houver o plano diretor, a propriedade estará, conseqüentemente, de acordo com a utilização que dela se espera e, o Município, se não tiver estabelecido as exigências para a propriedade urbana atender sua função social no plano diretor, não poderá fazer qualquer restrição à utilização da propriedade pelo particular.

Toshio Mukai entende que se ocorrerem essas omissões *estando a vigir plenamente o art.182 e seus parágrafos 1º e 2º, em especial este último (o que ocorrerá tão logo promulgada a LOM) e, por obra daquela, este dispositivo constitucional não tiver concreção do nível municipal, todas as leis urbanísticas do Município passarão a ser inócuas, por não terem assento nas exigências do plano diretor, segundo ordena a Constituição.*⁴⁰

A nossa discordância sobre essa posição, se baseia na necessidade da interpretação não se restringir unicamente ao disposto do artigo 182, parágrafo 2º⁴¹, é preciso analisar a Constituição à luz do conjunto das normas constitucionais. As obrigações estabelecidas às entidades federativas de promover políticas públicas têm como metas a concretização dos direitos fundamentais, da promoção da justiça social, da

³⁹ Leda Pereira Mota - Curso de Direito e Reforma Urbana promovido pelo COGEEA PUC/SP,1991.V. Leda Pereira Mota Celso Spitzcosky - Direito Constitucional, Editora Terra, 1994, pág.248/249.

⁴⁰ Toshio Mukai - plano diretor nas Constituições Federais e Estaduais e nas Leis Orgânicas Municipais - Revista de Direito Público, nº 14, 1988, pág. 155.

⁴¹ De acordo com essa norma a investigação referente a propriedade urbana atender sua função social, será feita com base nas exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

redução das desigualdades sociais. O controle da constitucionalidade deve ser exercido para essas metas serem atingidas, tendo esse controle como parâmetros o respeito aos princípios constitucionais.

As limitações urbanísticas ao direito individual de uso da propriedade urbana como a lei de uso e ocupação do solo (lei de zoneamento urbano), devem continuar a ter validade mesmo sem a existência do plano diretor, se estiverem em consonância com os preceitos constitucionais da política urbana: ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir condições dignas de vida aos seus habitantes. A dinâmica, as funções e atividades inerentes à vida nas cidades exige a permanência das normas estabelecedoras dos limites ao exercício do direito da propriedade urbana, destinadas a assegurar os princípios da legalidade e da igualdade, com base no interesse público e social.

A declaração de nulidade por inconstitucionalidade, como sanção ao Município, de todas as normas urbanísticas que impliquem em restrição ao direito da propriedade urbana, será uma decisão em total descompasso com a realidade urbana e os preceitos constitucionais inerentes à política urbana.

Os agentes privados responsáveis pela especulação imobiliária e apropriação indevida dos espaços urbanos serão extremamente beneficiados, pois deixarão de ter restrições para parcelar, ocupar e edificar, aumentando o desrespeito aos princípios da função social da propriedade e das funções sociais da cidade. O Município, nesse caso, enquanto não instituir o plano diretor, não poderá impor restrições ao licenciamento de empreendimentos e obras de grande porte, de estabelecer limites ao direito de construir nos imóveis urbanos.

De acordo com o parágrafo 2º do artigo 182, a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende as exigências fundamentais de ordenação expressas no plano diretor. Pois bem, a vontade constitucional desse preceito é atribuir ao Município a competência para definir os critérios para a propriedade urbana ter uma destinação concreta voltada a beneficiar a coletividade. O plano diretor, por sua vez, é o instrumento básico para definir esses critérios mas não é o único, pois os preceitos da política urbana também devem ser respeitados pelos Municípios com menos de vinte mil habitantes, isto é esses Municípios têm a obrigação de garantir que a propriedade urbana atenda a sua função social.

A compreensão retratada de que a sanção ao Município, pela inexistência do plano diretor, será de conferir ampla liberdade para o uso da propriedade urbana, cuja compreensão não concordamos, irá na verdade acarretar uma dupla sanção a sociedade, pois a declaração da inconstitucionalidade da legislação urbanística estará eliminando qualquer espécie de restrição ao direito individual de propriedade, cujo direito passaria a prevalecer sobre o interesse público e social.

A dupla sanção se caracteriza primeiro pela inexistência da política urbana voltada para implementar o direito à cidade, diante da omissão e irresponsabilidade do Poder Público e, a segunda, pela ausência da legislação urbanística que estabeleça os critérios e limites ao direito individual da propriedade com base no interesse social da coletividade.

Nosso entendimento é de que a sanção, na ocorrência da inconstitucionalidade por omissão, não pode acarretar a declaração de inconstitucionalidade da legislação urbanística municipal, em razão do princípio da segurança jurídica, do princípio da supremacia do interesse público e por desrespeitar os preceitos constitucionais inerentes à matéria, uma vez que estaria aumentando os privilégios dos sujeitos responsáveis pela propriedade urbana não ter uma função social.

Além do mais, pelo princípio da supremacia do interesse público, não existe prerrogativa para o Poder Público deixar de exercer suas funções e responsabilidades. Os princípios da legalidade e da igualdade devem ser as normas mandatárias para a reformulação ou criação da legislação urbanística, ou a manutenção da existente, que foi recepcionada por não estar em desacordo com os preceitos constitucionais da política urbana.

É claro que a sanção cabível ao Município estará afetando os interesses coletivos dos diversos segmentos da sociedade. Porém, é preciso identificar, com base no princípio da razoabilidade, a medida que estará em maior consonância com os preceitos constitucionais norteadores da política urbana.

O princípio da razoabilidade contribui para a solução de casos do outro extremo, isto é, na hipótese da sanção limitar, de forma radical, o direito individual de propriedade. Por exemplo, se a Lei Orgânica estabelece um prazo para aprovação do plano diretor e para efeito de licenciamento de obras e edificações, determina que estão suspensas as licenças urbanísticas até a aprovação do plano.

Nesse caso, com a inexistência do plano diretor, a sanção pela inconstitucionalidade por omissão será o não licenciamento, por exemplo, para realização de empreendimentos comerciais e edificações para fins residenciais. Esse impedimento poderia afetar a economia da cidade, causando prejuízos para a coletividade. Por outro lado, com a adoção do princípio da razoabilidade, poderia estabelecer essa limitação para projetos de grande impacto ambiental e urbano, pois esses projetos terão que estar de acordo com o plano diretor (que tem como requisito constitucional a participação popular), resguardando o interesse público e social.

A Lei Orgânica do Município de São Paulo, por exemplo, estabelece pelo artigo 156, que a realização de obras, a instalação de atividades e a prestação de serviços por órgão públicos municipais, estaduais ou federais e entidades particulares não poderão contrariar as diretrizes do plano diretor e dependerão de prévia aprovação do Município, atendidos seus interesses e conveniências.

A resposta que identifica a consequência jurídica do Município com mais de vinte mil habitantes, não cumprir com a obrigação de instituir o plano diretor, está no próprio artigo 182. Essa norma constitucional tem como objetivo especial capacitar o Município para adotar uma política urbana com instrumentos eficazes, que concretize a função social da propriedade urbana.

Esses instrumentos são o próprio plano diretor, a lei específica municipal que tem a característica de um plano urbanístico, como veremos mais adiante, o parcelamento ou edificação compulsórios, o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo, e a desapropriação para fins de reforma urbana.

Como o plano diretor é requisito constitucional para aplicação desses instrumentos, a consequência jurídica pela sua inexistência, configurando a inconstitucionalidade por omissão, é o impedimento do Município poder aplicar esses instrumentos para garantir que a propriedade urbana atenda a sua função social. Pela omissão do Município prevalece a regra geral do planejamento previsto no artigo 174, de ser apenas indicativo para o setor privado, isto é, a norma constitucional específica para o planejamento urbano de condicionar à propriedade urbana a uma política pública, nos termos do artigo 182, de exigir uma ação, um comportamento positivo do proprietário para o

seu imóvel urbano ter uma destinação social, não poderá ser aplicada sem a existência do principal instrumento de política e planejamento urbano que é o plano diretor.

A inconstitucionalidade por omissão resulta, como sanção ao Município que não cumpriu com a obrigação de instituir o plano diretor, na impossibilidade de exercer a faculdade estabelecida nos termos do artigo 182, parágrafo 4º, de exigir um comportamento do proprietário de imóvel urbano para a sua propriedade ter uma função social. O Município, na aplicação dessa sanção, sofre uma enorme limitação na sua capacidade de aplicar instrumentos jurídicos e urbanísticos destinados a assegurar que a propriedade urbana cumpra sua função social.

2.4. CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DO PLANO DIRETOR

A obrigatoriedade constitucional do Município instituir o plano diretor exige uma breve análise sobre o controle da constitucionalidade de lei municipal. O nosso sistema de controle compreende uma combinação do controle concentrado e difuso, podendo ser exercido pela via de ação direta ou pela via de exceção. O sistema de controle, previsto no texto constitucional, não admite, pela via de ação direta, o controle da constitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Federal, seja pela modalidade de ação interventiva (intervenção federal), ou de ação genérica, destinada a obter a decretação de inconstitucionalidade em tese.

De acordo com o artigo 102, I, "a", o Supremo Tribunal Federal tem competência para julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. O Supremo Tribunal Federal, com base nessa norma, não tem competência para exercer o controle da constitucionalidade pela via de ação direta das leis e atos normativos municipais, em face da Constituição Federal. Essa conclusão também é válida para o Judiciário Estadual, com base no disposto no artigo 125, parágrafo 2º da C.F.

Por essa norma (que versa sobre a organização da justiça estadual), os Estados têm competência para instituir representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais e municipais em face da Constituição Estadual. O tema dos Estados terem competência para exercer o controle direto das leis municipais, em face da Constituição Federal, foi objeto de discussão no processo das Constituintes Estaduais.

Nos Estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul os Constituintes entenderam que o Estado tem competência para exercer esse controle. A Constituição do Rio Grande do Sul, por exemplo, em seu artigo 95, XII, “d”, estabelece como competência do Tribunal de Justiça julgar ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal perante a Constituição Federal. No mesmo sentido, dispõe o artigo 106, I, “h” da Constituição do Estado de Minas Gerais, e o artigo 74, inciso II, da Constituição do Estado de São Paulo.

O debate sobre esse tema, na verdade, é anterior ao regime constitucional em vigência. No campo jurisprudencial, o STF tem se posicionado nos julgamentos de diversos recursos extraordinários de São Paulo e do Rio Grande do Sul, pela impossibilidade de ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal frente à Constituição Federal.

O STF reiterou esse posicionamento ao apreciar as normas das Constituições de São Paulo e Minas Gerais, que atribuíram essa competência ao Tribunal de Justiça. Na ação direta de inconstitucionalidade do inciso XI, do artigo 74, da Constituição do Estado de São Paulo, promovida pelo Procurador Geral da República, o STF concedeu liminar para suspender a eficácia da expressão “Federal” da referida norma estadual. A justificativa dessa posição está no voto proferido pelo Ministro Carlos Velloso: *Se não há recurso da decisão do Tribunal de Justiça que, no controle concentrado, examina a constitucionalidade da lei municipal em face da Constituição Federal, poderíamos ter situações anômalas: se diversos Estados da Federação consagrassem esse tipo de controle concentrado, cada Estado teria, sob certos aspectos, uma Constituição Federal diferente, porque o Supremo Tribunal Federal não exerceria o controle das decisões dos Tribunais estaduais, dadas as características do controle concentrado. Estou em que o Supremo Tribunal poderia construir, no sentido de admitir até um recurso extraordinário necessário, e essa construção seria*

*feita pelo Supremo Tribunal Federal, dada a sua condição de Corte Constitucional.*⁴²

A conclusão de não ser possível o controle direto da constitucionalidade da lei municipal em face da Constituição Federal, pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Tribunal de Justiça dos Estados, de maneira alguma significa que a Constituição tenha deixado de definir um sistema para a promoção desse controle.

O texto constitucional admite, pelo critério difuso, o controle pela via da exceção, com base em casos concretos, pelo critério concentrado a ação de natureza interventiva, e a ação direta de inconstitucionalidade em face da Constituição do Estado.

Uma das formas de controle pela via de exceção é o julgamento de recurso extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal das causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal (art. 102, III, "c").

Essa forma de controle pode ser aplicada na hipótese da Lei Orgânica do Município ou do plano diretor conter normas que contrariem a Constituição Federal e tenham sido contestadas em razão de uma situação concreta. Podemos citar, como exemplo, o caso já mencionado da Lei Orgânica suspender o licenciamento para empreendimentos comerciais e residenciais até que o plano diretor seja instituído, possibilitando que os particulares que se sentirem lesados acionem judicialmente o Poder Público, com o argumento dessa norma municipal ferir a Constituição.

O controle de forma difusa pela via de exceção pelo Supremo Tribunal Federal, através do julgamento de recurso extraordinário, pode ocorrer com relação à constitucionalidade do plano diretor. Vamos su-

⁴² Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI nº 347-SP - Relator Ministro Moreira Alves, por unanimidade o Tribunal deferiu a medida cautelar e suspendeu, até o julgamento final da ação, a vigência da expressão "federal", constante do inciso XI, do art. 74, da Constituição do Estado de S. Paulo. Brasília, 15 de agosto de 1990. R.T.J. nº 135, pág. 12 a 15. Nesse mesmo sentido a ação direta de inconstitucionalidade ADIn (medida liminar) n. 508-1 - MG - Rel.: Min. Octávio Gallotti, o S.T.F. por votação unânime deferiu a medida cautelar para suspender na alínea H do art. 106 da Constituição do Estado de Minas Gerais, as expressões "e da Constituição da República" e, no parágrafo 1º do art. 118 as expressões "em face da Constituição da República". Plenário, 14.06.91 JSTF LEX - 154, pág. 97/98.

por que um Município tenha instituído o plano diretor sem observar o requisito constitucional da participação popular e, através do plano, tenham sido delimitados os imóveis urbanos que vão ser objeto de planos urbanísticos específicos e, portanto, serão objeto de desapropriação.

Os proprietários desses imóveis poderão promover uma ação contra o Poder Público, para impedir a realização do plano urbanístico e, por consequência da desapropriação, argüir a inconstitucionalidade do plano diretor pela falta de observância do princípio da participação popular que é requisito obrigatório para a sua validade.

Outra forma de controle é o julgamento do recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça das causas decididas em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, quando a decisão recorrida julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da lei federal (art. 104, III, "b").

Esse controle servirá principalmente para solucionar conflitos de interpretação sobre a aplicação do plano diretor, em face da lei federal de desenvolvimento urbano. Por essa forma de controle será possível assegurar que as normas gerais de direito urbanístico sejam respeitadas pelo Município. Pensando na regulamentação do imposto predial e territorial progressivo no tempo, se o plano diretor estabelecer critérios e prazos diferenciados da lei federal, o proprietário de imóvel urbano sujeito a este imposto poderá requerer judicialmente a aplicação das regras estabelecidas na lei federal, com o fundamento dessa norma do plano diretor não respeitar a normas gerais do direito urbanístico sobre o IPTU progressivo no tempo.

O controle da constitucionalidade de leis municipais pode ser promovido pelo meio interventivo. De acordo com o artigo 35, inciso IV, permite a intervenção do Estado em seus Municípios, caso o Tribunal de Justiça dê provimento à representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou decisão judicial. Compete ao Tribunal julgar essas ações e, no caso de decisão favorável à intervenção, cabe à Assembléia Legislativa do Estado apreciar o decreto dessa intervenção (art. 36, parágrafo 1º).

O professor da Universidade de Brasília, Roberto Rosas, em seu breve estudo sobre o controle da constitucionalidade da lei municipal, entende que *a natureza interventiva pode acarretar o exame da constitu-*

*cionalidade da lei municipal, porque o Tribunal de Justiça, ao julgar o pedido de intervenção no município para provimento de execução de lei, pode encontrar obstáculo na existência dessa lei municipal oposta à execução da lei. Então, a Corte estadual, necessariamente, enfrentará o exame da constitucionalidade”.*⁴³

Essa medida, para o Município cumprir com a obrigação de ter um plano diretor, seria extremamente difícil de ser aplicada, pois o decreto de intervenção deve especificar a amplitude, o prazo e as condições da execução. Devido aos componentes para a elaboração do plano diretor, especialmente de assegurar o direito de participação da comunidade e sua aprovação pela Câmara Municipal, a intervenção pode gerar maiores dificuldades para instituir o plano. O fato do interventor substituir o Prefeito de forma alguma soluciona o problema existente, pois o processo de elaboração do plano é, principalmente, de responsabilidade do Legislativo municipal por ter essa competência constitucional. Essa medida poderá gerar um conflito maior entre o interventor, o Legislativo e a comunidade local, impedindo a existência do plano. Enfim, a medida interventiva não é uma forma adequada e eficaz para o Município cumprir com a obrigação de ter um plano diretor.

O texto constitucional, de forma inovadora, comporta a forma de controle pela via de ação direta de leis ou atos normativos municipais em face da Constituição Estadual. As Constituições dos Estados pesquisadas conferem ao Tribunal de Justiça a competência para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais e municipais contestados em face da Constituição Estadual.⁴⁴

O artigo 125, parágrafo 2º, possibilita o controle da constitucionalidade do plano diretor pela via de ação direta em face da Constituição Estadual. No processo das Constituintes Estaduais, os

⁴³ Roberto Rosas - Lei Municipal Controle de Constitucionalidade - Rev. Trim. de Direito Público 1, pág. 310.

⁴⁴ De acordo com o artigo 125, parágrafo 2º, Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição de agir a um único órgão. As Constituições dos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, Goiás, Bahia, Pernambuco e Pará, que foram objeto de análise, no estabelecimento das competências do Tribunal de Justiça, definiram esse órgão como competente para julgar a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal, contestados em face da Constituição Estadual.

Estados, com base na competência concorrente para legislar sobre direito urbanístico (art. 24, I), criaram através de suas Constituições normas específicas sobre a política urbana. Esse grupo de normas compreende normas diretamente relacionadas com o plano diretor, que devem ser observadas pelos Municípios. Isto é, a política urbana, para ser promovida nos Estados, tem como pressuposto a existência dos planos diretores nos Municípios com mais de vinte mil habitantes.

A Constituição do Estado do Rio de Janeiro estabelece, como norma geral para os Municípios, submeter o direito de construir aos princípios das funções sociais da cidade e da função social da propriedade, através das Leis Orgânicas e planos diretores (art 226, parágrafo 3º). Com relação ao plano diretor, estabelece como norma geral que esse instrumento é parte integrante de um processo contínuo de planejamento, a ser conduzido pelos municípios, abrangendo a totalidade dos respectivos territórios.

A Constituição carioca estabelece, ainda, como normas gerais, a garantia da participação popular através de entidades representativas, nas fases de elaboração e implementação do plano diretor (art 228, parágrafo 4º), bem como o condicionamento da desafetação de bens de uso comum do povo à prévia aprovação das populações circunvizinhas ou diretamente interessadas (art. 228, parágrafo 6º, II).

Pelas Constituições Estaduais analisadas, a participação popular é estabelecida como condição obrigatória do plano diretor. A Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, por exemplo, estabelece que os Municípios assegurarão a participação das entidades comunitárias, legalmente constituídas, na definição do plano diretor e das diretrizes gerais de ocupação do território, bem como na elaboração e implementação dos planos, programas e projetos que lhe sejam concernentes (art. 177, parágrafo 5º).

O retrato dessa norma nos permite identificar o plano diretor como um componente obrigatório para a promoção da política urbana nos Estados. Os Municípios que desrespeitarem as normas estaduais gerais sobre o plano diretor, estão sujeitos ao controle da constitucionalidade em face da Constituição dos Estados. Isto significa que essas normas são balizadoras para o controle da constitucionalidade das leis e atos normativos municipais, pela via de ação direta, de forma mais clara sobre a constitucionalidade do plano diretor.

Como componente obrigatório da política urbana nos Estados, a obrigatoriedade do plano diretor para o Município se torna também uma exigência em face da Constituição Estadual. Essa exigência possibilita o controle da constitucionalidade pela via de ação direta do plano diretor considerando as seguintes situações:

- a) plano diretor instituído contendo normas inconstitucionais por contrariar a Constituição Estadual;
- b) inexistência do plano diretor configurando a inconstitucionalidade por omissão.

Podemos concluir que o Município que deixar de instituir o plano diretor estará desrespeitando a Constituição Estadual, configurando neste caso a inconstitucionalidade por omissão. O controle da constitucionalidade sobre o Município que praticar essa omissão deve ser feito através da via de ação direta, junto ao Tribunal de Justiça. Esse mesmo raciocínio é válido para os casos em que o Município instituir o plano diretor em desacordo com as normas constitucionais estaduais, em especial as da política urbana, tendo como pressuposto que essas normas estejam em plena consonância com a Constituição Federal.

De forma resumida, podemos concluir que o controle da constitucionalidade do plano diretor, com base no sistema constitucional de controle da constitucionalidade de lei ou ato normativo municipal, pode ser realizado pelo sistema difuso pela via de defesa, em face da Constituição Federal, e pelo sistema concentrado, pela via de ação direta em face da Constituição dos Estados. O sistema concentrado compreende a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, contra o Município, perante o Tribunal de Justiça.

2.5. A RESPONSABILIDADE DO PODER PÚBLICO NA INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Sobre a inconstitucionalidade por omissão, resultante do Município não ter o plano diretor, vimos que a sanção cabível é a limitação da sua capacidade para promover a política urbana, não podendo exercer a faculdade que lhe foi atribuída nos termos do artigo 182 parágrafo 4º da Constituição Federal. Com relação ao controle da cons-

tucionalidade do plano diretor, a conclusão que se chegou é no sentido de admitir esse controle pela ação direta de inconstitucionalidade em face da Constituição Estadual. O último tema que precisa ser tratado, referente à obrigatoriedade constitucional do plano diretor, é o da responsabilidade do Poder Público na ocorrência da inconstitucionalidade por omissão, considerando que essa omissão pode ocorrer por responsabilidade do Poder Executivo ou do Poder Legislativo Municipal.

O nosso sistema de controle da constitucionalidade admite a ocorrência da inconstitucionalidade por omissão, tanto por inércia legislativa como administrativa. De acordo com o parágrafo 2º, do artigo 103, da Constituição, declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Conforme ressalta Anna Candida da Cunha Ferraz, *a Carta de 1988 criou o controle da "omissão" ou da "inércia" constitucional. Tal controle tem por objeto "a omissão dos poderes e órgãos administrativos, que deixam de criar normas de praticar atos requeridos pela própria Constituição, para sua efetiva aplicação.*⁴⁵

Segundo Roque Carraza, ao tratar da inconstitucionalidade por omissão *a Carta Magna não restringiu as omissões constitucionais às omissões legislativas, mas as estendeu às omissões de "órgão administrativo". Andou bem, porquanto a inexecução da Constituição, muitas vezes, decorre não propriamente da falta de leis, mas da inexecução das leis existentes. Em síntese, a inconstitucionalidade por omissão pode consistir numa ilegalidade por omissão (que leva a uma inconstitucionalidade por omissão). Convém termos presente que a omissão do Executivo pode caracterizar-se não só pela não edição de normas, como também pela não tomada de medidas de efeitos concretos, aptas a dar efetividade a normas constitucionais.*⁴⁶

Com relação ao plano diretor, o fato do Executivo não encaminhar esse instrumento para a Câmara Municipal no prazo fixado pela Lei Orgânica, caracteriza a inconstitucionalidade por omissão. No caso da

⁴⁵ Anna Candida da Cunha Ferraz - "Apontamentos sobre o Controle da Constitucionalidade", in Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, pág. 34/35.

⁴⁶ Roque Antonio Carraza - Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão e Mandado de Injunção - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política - 3, pág.122/123

Lei Orgânica não fixar o prazo para a elaboração do plano diretor, o Executivo não fica isento de sua responsabilidade, por ser de sua iniciativa a elaboração do projeto de lei do plano diretor.

Como exemplos, a Lei Orgânica de Recife, através do artigo 2º das disposições transitórias, estabeleceu o prazo de quatorze meses, a contar da data da sua promulgação, para o Poder Executivo encaminhar o plano diretor para a Câmara Municipal. A Lei Orgânica de Florianópolis estabeleceu o prazo de doze meses (art.3º disp. trans.) e a Lei Orgânica de Cuiabá fixou o prazo de um ano (art.9º das disp. trans.). No caso da Lei Orgânica de São Paulo, o prazo estipulado foi de dez meses para o Executivo submeter ao Legislativo um novo plano diretor (art. 5º Disp. Trans.).

O Executivo também pode praticar uma inconstitucionalidade por omissão quando deixar de aplicar as normas estabelecidas no plano diretor. Vamos supor que o plano diretor estabeleça o prazo de doze meses para o Executivo apresentar na Câmara Municipal planos urbanísticos para determinadas áreas da cidade (leis específicas nos termos do artigo 182, parágrafo 4º da Constituição Federal), ou para apresentar os planos diretores de bairros. O Executivo, ao não cumprir com esses prazos, passa a desrespeitar o plano e, portanto, fica sujeito à ação de inconstitucionalidade por omissão.

Outra hipótese, o plano diretor cria canais institucionais de participação popular como Conselhos de Bairros responsáveis pela execução do plano de forma regional. O Executivo não organiza os Conselhos e executa o plano diretor sem assegurar a participação da comunidade, mediante os mecanismos constituídos tais como as audiências públicas e a iniciativa popular de planos de interesse específico de bairros. Neste caso, devido ao desrespeito ao plano, o Executivo fica sujeito à declaração de inconstitucionalidade por omissão.

A Constituição, ao dispor da ação de inconstitucionalidade por omissão pelo artigo 103, parágrafo 2º, menciona que declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao poder competente para a adoção de providências necessárias e, se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

O Executivo, na hipótese de não encaminhar o plano diretor para a Câmara Municipal no prazo fixado pela Lei Orgânica, com a declaração da inconstitucionalidade por omissão, terá o prazo de trinta dias para tomar as providências cabíveis para cumprir com a decisão, quer dizer, terá o prazo de trinta dias para enviar o plano diretor para a Câmara Municipal. Se o Executivo persistir não apresentar o plano diretor, fica configurada a responsabilidade do Prefeito por descumprimento de decisão judicial. No caso da Lei Orgânica não ter fixado o prazo para o Executivo encaminhar o plano diretor para a Câmara Municipal, fica configurada a inconstitucionalidade dessa Lei por omissão e a decisão judicial que declarar essa inconstitucionalidade, para tornar eficaz as normas constitucionais da política urbana, deve, nos termos do artigo 103, parágrafo 2º, dar ciência ao Executivo para tomar as medidas cabíveis, isto é, no prazo de trinta dias enviar o plano diretor para a Câmara Municipal.

Na verdade, a responsabilidade do Prefeito pode surgir tanto pela falta de cumprimento das leis e das decisões judiciais. O desrespeito ao prazo estabelecido na Lei Orgânica para ser elaborado o plano diretor, tipifica uma infração político-administrativa ou crime de responsabilidade, conforme o disposto na própria Lei Orgânica. No Município de São Paulo, por exemplo, se o Prefeito não atender o prazo dos dez meses fixados na Lei Orgânica para encaminhar o plano diretor para a Câmara Municipal, fica sujeito a perder o mandato por cassação. De acordo com o artigo 72, II, o Prefeito será processado e julgado pela Câmara Municipal nas infrações político-administrativas e o artigo 73, inciso IV, "P", define entre essas infrações o descumprimento das leis e das decisões judiciais.

A Lei Orgânica do Rio de Janeiro, por sua vez, tipifica como crime de responsabilidade o ato do Prefeito que descumprir as leis e decisões judiciais (art.112, VII). A acusação contra o Prefeito precisa ser admitida por dois terços da Câmara Municipal, para poder ser submetida a julgamento pelo Tribunal de Justiça (art. 113).

Em síntese, na ocorrência da inconstitucionalidade por omissão por parte do Executivo, pela não apresentação do plano diretor no prazo fixado pela Lei Orgânica, pelo descumprimento do próprio plano diretor ou, ainda, pela falta de cumprimento da decisão judicial que

declarou essa inconstitucionalidade, o Prefeito estará sujeito à perda do mandato devido a configuração de infração político-administrativa ou crime de responsabilidade (nos termos em que dispor a Lei Orgânica).

A inconstitucionalidade também pode ocorrer por omissão legislativa, nos casos em que o Legislativo deixar de legislar sobre matéria a que estava obrigado por exigência constitucional.

Para Gomes Canotilho, *o conceito de omissão não é um conceito naturalístico, reconduzível a um simples "não fazer", a um simples conceito de negação. Omissão, em sentido jurídico constitucional, significa não fazer aquilo a que, de forma concreta, se estava constitucionalmente obrigado. A omissão legislativa, para ganhar significado autônomo e relevante, deve conexionar-se com uma exigência constitucional de ação, não bastando o simples dever geral de legislar para dar fundamento a uma omissão inconstitucional. As omissões legislativas inconstitucionais derivam do não cumprimento de imposições constitucionais legisferantes em sentido estrito, ou seja, do não cumprimento de normas que, de forma permanente e concreta, vinculam o legislador à adoção de medidas legislativas concretizadoras da Constituição*⁴⁷

No caso do artigo 182, parágrafo 1º, a ordem de legislar, na compreensão de Canotilho, está presente pela obrigatoriedade do Município (com mais de vinte mil habitantes) pela Câmara Municipal editar o plano diretor. Essa imposição, a partir da edição do plano, concretiza a norma constitucional do Município se capacitar para promover a política urbana.

Gilmar Ferreira Mendes, ao abordar o tema da omissão legislativa entende que *a omissão constitucional pressupõe o dever constitucional de legislar, que tanto pode ser derivado de ordens concretas contidas na Lei Fundamental quanto de princípios desenvolvidos mediante interpretação. Semelhanças com a chamada omissão total são identificadas naqueles casos em que existe uma atividade legislativa que, no entanto, não atende às exigências*

⁴⁷ Para Canotilho existe também "omissão legislativa inconstitucional quando o legislador não cumpre as ordens de legislar constitucionalmente consagradas em certos preceitos constitucionais. As ordens de legislar, diferentemente das imposições constitucionais (que são determinações permanentes e concretas), traduzem-se, em geral, em imposições únicas (isto é: imposições concretas mas não permanentes) de emanação de uma ou várias leis necessárias à criação de uma nova instituição ou à adaptação de velhas leis a uma nova ordem constitucional. V. José Joaquim Gomes Canotilho - Direito Constitucional, 4ª. edição, pág. 829/830.

*constitucionais ou que as satisfaz de maneira incompleta ou imperfeita. Esses casos dizem respeito, v.g. às hipóteses em que o legislador não editou as regras que, no contexto de um determinado complexo normativo, deveriam ter sido promulgadas.*⁴⁸

O plano diretor, por ser uma exigência constitucional para o Município promover a política urbana, gera uma ordem constitucional para o Legislativo municipal instituir esse instrumento. Pelo disposto no artigo 182, parágrafo 1º, a Câmara Municipal, nas cidades com mais de vinte mil habitantes, tem a obrigação de aprovar o plano diretor. Isto significa que a omissão legislativa decorre do descumprimento por parte do Legislativo dessa imposição constitucional.

O Município, a partir do momento que tiver o seu plano diretor sendo aplicado, para garantir o exercício das funções sociais da cidade e a função social da propriedade urbana, passa a dar concretude as normas constitucionais da política urbana.

A concretização da Constituição referente à política urbana pressupõe a existência do seu instrumento básico, que é o plano diretor. A Câmara Municipal, ao não executar sua tarefa constitucional de aprovar o plano diretor, está sujeita a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. O controle da constitucionalidade é exercido com base no dever constitucional do Legislativo municipal legislar sobre o plano diretor, a partir do processo de elaboração da Lei Orgânica.

A inconstitucionalidade por omissão pode ocorrer especialmente de duas formas. A primeira, o Legislativo municipal não estabelece na Lei Orgânica um prazo ao Executivo para a elaboração do projeto de lei do plano diretor, bem como para a sua aprovação e, como conseqüência, deixa de instituir o plano diretor. A segunda, a Lei Orgânica fixa o prazo e os critérios para a sua aprovação, o Executivo envia o projeto de lei no prazo fixado e a Câmara Municipal não institui o plano diretor.

A inconstitucionalidade por omissão pode também surgir em decorrência da Câmara Municipal legislar as matérias obrigatórias do

⁴⁸ Gilmar Ferreira Mendes - A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania. Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia de Nulidade no Direito Brasileiro - Revista Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 191, jan/mar. 1993, pág. 54/55.

plano diretor de forma parcial, impedindo a satisfação das normas constitucionais da política urbana, tornando o plano sem eficácia plena.

Uma das hipóteses é quando o plano diretor não contiver as exigências fundamentais de ordenação da cidade, originando a falta de critérios para o Poder Público tomar medidas para a propriedade urbana atender a sua função social (art. 182 parágrafo 2º). A outra hipótese é quando o plano diretor não definir as áreas urbanas passíveis de aplicação do parcelamento ou edificação compulsórios, imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo, e a desapropriação nos termos do parágrafo 4º do artigo 182. A falta de definição dessas áreas no plano diretor impede o exercício da faculdade conferida ao Poder Público municipal de aplicar esses instrumentos para a propriedade urbana ter uma destinação social.

A Constituição confere um tratamento diferente, no caso de existência da omissão legislativa, com o intuito de reforçar o princípio da harmonia e separação dos poderes. De acordo com o artigo 103, parágrafo 2º, no caso de ser declarada a inconstitucionalidade por omissão legislativa será dada ciência ao Poder Legislativo para a adoção das providências necessárias.

A decisão que reconhece a inconstitucionalidade por omissão legislativa não tem o efeito meramente declaratório, pois emite uma mensagem mandamental, no sentido de exigir que o Poder Legislativo tome providências para suprir a omissão. Porém, devido à falta de imposição de um prazo para o Legislativo cumprir a decisão, e o seu descumprimento não implicar em crime de responsabilidade, essa medida pode produzir uma eficácia maior no campo político do que no jurídico.

Roque Carraza ao analisar a omissão legislativa inconstitucional tem como entendimento, quando a omissão for do Legislativo, que *a ação direta de inconstitucionalidade por omissão não possui nenhum efeito jurídico direto. De qualquer modo, torna patente a omissão constitucional e, ainda que a exortação judicial não afaste a inércia legislativa, facilita à parte lesada a obtenção de indenização (responsabilidade do Estado por omissão legislativa).*⁴⁹

⁴⁹ V. Roque Antonio Carraza - Ação Direta De Inconstitucionalidade Por Omissão e Mandado de Injunção.

A declaração de inconstitucionalidade por omissão pode surtir efeitos jurídicos indiretos conforme entende Roque Carraza, em ações praticadas pelo Poder Público que venham a causar uma lesão ao direito individual ou coletivo. Com relação a omissão legislativa pela falta do plano diretor, essa lesão pode ocorrer, por exemplo, quando o Poder Público promove desapropriações para a realização de uma obra de grande impacto ambiental, sem a existência de plano urbanístico compatível com o instrumento básico de planejamento urbano da cidade, que é justamente o plano diretor.

Quanto aos efeitos jurídicos diretos da declaração de inconstitucionalidade por omissão, a eficácia produzida é extremamente limitada para a instituição do plano diretor. Vamos supor que a Câmara Municipal de São Paulo tenha contra si uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão por não ter instituído o plano diretor e, o Tribunal de Justiça declare a inconstitucionalidade por omissão. O fato dessa decisão não ser respeitada, isto é a Câmara Municipal não instituir o plano diretor, não vai configurar crime de responsabilidade aos vereadores, pois o Judiciário não tem como obrigá-los a legislar com base no princípio da harmonia e separação dos poderes.

A sanção é meramente política, pois a omissão dos vereadores declarada oficialmente pelo Poder Judiciário, pode reforçar na opinião pública a imagem negativa dos parlamentares como políticos, gerando o aumento da desconfiança e descrença popular sobre o Poder Legislativo. Essa decisão também pode propiciar ações e movimentos da sociedade civil, para o Município ter um plano diretor, visando a promoção da política urbana, destinada a tornar efetivo o direito à cidade.

Além do Judiciário não ter competência para obrigar os vereadores a legislar, também não tem atribuição constitucional para legislar visando suprir a omissão legislativa com base na declaração da inconstitucionalidade. Sem contar que, na prática, seria impossível o Judiciário ter condições de editar planos diretores, diante da sua natureza política e administrativa.

De modo que o efeito dessa decisão é basicamente declaratória, tendo pouca eficácia, por não implicar numa sanção como a perda do mandato dos vereadores, uma vez que a Constituição não adotou instrumentos de maior eficácia de controle popular das funções e atividades dos parlamentares como o veto popular. A sanção aplicável aos vereadores

dores será de natureza política, nos aspectos da moral e da ética, pois os mandatos populares são destinados a representar os interesses da sociedade.

A inexistência de sanção, com a declaração da omissão do Legislativo municipal, reforça o nosso pensamento de que a eficácia e a legitimidade das normas constitucionais da política urbana dependem, principalmente, da participação e organização da sociedade. A redefinição das formas de exercer o poder local, modificar a relação entre o Estado e a sociedade, pressupõe novos mecanismos institucionais que ampliem o exercício da cidadania ativa. O objetivo a ser perseguido é organizar instâncias de decisão democráticas, de modo que os assuntos de interesse da coletividade sejam decididos com a participação pública dos diversos segmentos da sociedade, principalmente dos grupos sociais que sempre foram excluídos de qualquer nível de decisão. O estabelecimento dessas novas instâncias compreende, principalmente, democratizar os organismos do Estado, tendo como pressuposto democratizar o Poder Legislativo e o Poder Executivo.

Em síntese, a declaração de inconstitucionalidade por omissão legislativa tem o efeito jurídico basicamente declaratório, não tendo a natureza mandamental de obrigar o Legislativo municipal a editar o plano diretor. A declaração do Judiciário da omissão legislativa pode produzir efeitos jurídicos indiretos, pois possibilita às pessoas que se sentirem lesadas por essa omissão pleitearem uma indenização do Poder Público. A declaração de inconstitucionalidade pela Câmara Municipal não aprovar o plano diretor não implica para os vereadores crime de responsabilidade, sendo inaplicável como sanção a perda do mandato legislativo.

3. CONCLUSÕES

Para atender os preceitos do artigo 182 face à sua preponderância no campo da política urbana:

- a) O Município, por ter competência constitucional preponderante para promover a política urbana, com base nos artigos 30 e 182 da Constituição, tem competência para estabelecer as diretrizes gerais dessa política através de lei municipal, no caso da União não instituir essas diretrizes mediante lei.

- b) A omissão da União, por não estabelecer as diretrizes gerais da política urbana, não resulta para o Município isenção de responsabilidade. O Município tem autonomia para cumprir com sua obrigação constitucional de executar a política urbana nos termos do artigo 182.
- c) O Município tem competência para instituir as diretrizes gerais da política urbana mediante lei municipal, no caso da inexistência de lei federal, com base na sua competência para legislar sobre assuntos de interesse local e de suplementar a legislação federal e estadual no que couber (art.30, inc. I e II).

Quanto à Lei Orgânica ter a atribuição de editar as normas gerais da política urbana:

- a) A Lei Orgânica que se caracteriza como uma Constituição do Município, por ter atribuição constitucional de dispor sobre a organização política, jurídica e administrativa municipal (art. 29) e regulamentar as matérias que são de sua competência, como é o caso da política urbana (art. 29, XII e art. 30, VIII), é a lei municipal que deve instituir as diretrizes gerais dessa política.
- b) A posição da Lei Orgânica ter competência para instituir as diretrizes gerais se consolidou com o processo das Constituintes Municipais, uma vez que as Leis Orgânicas contêm capítulos específicos com normas próprias sobre a política urbana, pelas quais foram fixadas as diretrizes gerais para a execução dessa política, compreendendo as diretrizes para a formulação do plano diretor.

Com relação a obrigatoriedade do plano diretor:

- a) A obrigação do Município instituir o plano diretor não é decorrente da edição da lei federal mencionado no artigo 182, parágrafo 4º, mas sim de sua atribuição constitucional de executar a política urbana para garantir o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da função social da propriedade. O Município que não editar o plano diretor, em razão da inexistência de lei federal, estará praticando uma inconstitucionalidade por omissão;
- b) Como principal ente federativo responsável pela promoção da política urbana, tendo a missão constitucional de exigir o cumprimento da função social da propriedade, com base no plano diretor, o

Município, da mesma forma que tem autonomia e a obrigação de legislar sobre as diretrizes gerais, quando estas deixarem de ser instituídas por lei federal pela União, tem também autonomia e a responsabilidade de editar o plano diretor, sem depender da edição da lei federal mencionada no artigo 182 parágrafo 4º;

- c) A obrigatoriedade do plano diretor é aplicável para os Municípios com mais de vinte mil habitantes nos termos do artigo 182, parágrafo 1º;
- d) A Lei Orgânica, por ter atribuição constitucional para estabelecer normas gerais sobre a política urbana municipal, tem como matéria obrigatória a regulamentação do processo de formulação e implementação do plano diretor;
- e) A obrigatoriedade do Município editar o plano diretor entra em vigor a partir da vigência da Lei Orgânica, devendo obedecer os critérios e os prazos fixados para a elaboração do plano;
- f) O Município que não editar o plano diretor no prazo fixado na Lei Orgânica está praticando uma inconstitucionalidade por omissão, por desrespeitar a obrigação constitucional que lhe foi atribuída nos termos do artigo 182, parágrafo 1º;
- g) O Município que não fixar os critérios e os prazos para a aprovação do plano diretor na Lei Orgânica, estará desrespeitando o preceito da obrigatoriedade do plano diretor, configurando a prática da inconstitucionalidade por omissão;

Com relação a sanção aplicável ao Município que não cumprir com a obrigação de editar o plano diretor:

- a) A legislação urbanística municipal, que estabelece limites ao direito da propriedade urbana que atendam o princípio constitucional da função social da propriedade por terem sido recepcionadas pela Constituição de 1988, não podem ser declaradas nulas pela inconstitucionalidade do Município não ter instituído o plano diretor;
- b) A declaração de nulidade por inconstitucionalidade, como sanção decorrente da omissão do Município editar o plano diretor, de todas as normas urbanísticas que impliquem em restrição ao direito da propriedade urbana, não atende os princípios constitucionais norteadores da política urbana, tais como o princípio

da legalidade, da igualdade, da justiça social, das funções sociais da cidade e da função social da propriedade.

- c) O princípio da razoabilidade deve ser o princípio balizador para o estabelecimento da sanção ao Município que não editar o plano diretor, de modo que a sanção seja destinada a atender o interesse público e social;
- d) O Município que não cumpre com a obrigação de editar o plano diretor, devido à inconstitucionalidade por omissão, tem como sanção o impedimento de exercer a faculdade que lhe foi atribuída nos termos do artigo 182, parágrafo 4º. A sanção resultante é de limitar a capacidade constitucional do Município promover a política urbana, devido à impossibilidade de aplicar os instrumentos previstos nessa norma para exigir do proprietário de imóvel urbano um comportamento destinado a propriedade urbana ter uma função social.

Sobre o controle da constitucionalidade do plano diretor:

- a) O sistema de controle previsto no texto constitucional não admite, pela via de ação direta, o controle da constitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Federal, portanto do plano diretor, seja pela modalidade de ação interventiva (intervenção federal) ou de ação genérica destinada a obter a decretação de inconstitucionalidade em tese;
- b) O controle da constitucionalidade do plano diretor pode ser exercido pelo sistema difuso pela via de exceção em face da Constituição Federal, pelo julgamento de recurso extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal (art. 102, III, "c"), ou pelo recurso especial através do Superior Tribunal de Justiça (art. 105, III, "b");
- c) O controle do plano diretor pela via de ação direta pode ser exercido em face da Constituição Estadual, com base no artigo 125, parágrafo 2º, devido às normas estaduais estabelecidas nesta Constituição sobre a política urbana serem comandos normativos para a instituição do plano diretor pelo Município. O controle pela via de ação direta, compreendendo a ação de inconstitucionalidade por omissão, é de responsabilidade do Tribunal de Justiça;
- d) O Município que não cumprir com a obrigação de editar o plano diretor está sujeito ao controle da constitucionalidade em

face da Constituição Estadual, pois pratica uma inconstitucionalidade por omissão por estar desrespeitando as normas constitucionais estaduais, em especial as da política urbana. A inconstitucionalidade também ocorre nos casos em que o plano diretor for instituído em desacordo com essas normas, desde que estas estejam em plena consonância com a Constituição Federal.

Sobre os efeitos produzidos pela declaração de inconstitucionalidade por omissão do Poder Público:

- a) A inconstitucionalidade por omissão administrativa se configura quando o Executivo não envia o plano diretor para a Câmara Municipal nos termos da Lei Orgânica;
- b) A inconstitucionalidade por omissão, por parte do Executivo, pela não apresentação do plano diretor no prazo fixado pela Lei Orgânica, pelo descumprimento do próprio plano diretor ou, ainda, pela falta de cumprimento da decisão judicial que declarou essa inconstitucionalidade, o Prefeito está sujeito a perda do mandato devido à configuração de infração político-administrativa ou crime de responsabilidade (nos termos em que dispuser a Lei Orgânica);
- c) A declaração de inconstitucionalidade por omissão legislativa tem o efeito jurídico basicamente declaratório, não tendo a natureza mandamental de obrigar o Legislativo Municipal a editar o plano diretor;
- d) A declaração do Judiciário da omissão legislativa pode produzir efeitos jurídicos indiretos, pois possibilita às pessoas que se sentem lesadas por essa omissão pleitear uma indenização do poder público;
- e) A declaração de inconstitucionalidade, por a Câmara Municipal não aprovar o plano diretor, não implica para os vereadores crime de responsabilidade, sendo inaplicável como sanção a perda do mandato legislativo.
- f) A sanção cabível aos vereadores é meramente de natureza política, que poderá surtir efeitos posteriores como a não reeleição para a próxima legislatura, diante da omissão e desrespeito no exercício do poder que lhes foi atribuído para representar os interesses da sociedade.

V – REGULAMENTAÇÃO DO ARTIGO 182 PARÁGRAFO 4º LEI FEDERAL DE DESENVOLVIMENTO URBANO

1. REGULAMENTAÇÃO DO ARTIGO 182 PARÁGRAFO 4º

1.1. ORDEM ECONÔMICA, PLANEJAMENTO, PLANOS URBANÍSTICOS

1.1.1. O PLANO COMO INSTRUMENTO DO PLANEJAMENTO

A política urbana é um dos componentes da Ordem Econômica e Financeira do Estado Brasileiro, responsável pela promoção do desenvolvimento da cidade. De acordo como o artigo 170 da Constituição, a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social.

São considerados como princípios da ordem econômica: a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego, o tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

Esses princípios precisam ser observados para a consecução do desenvolvimento, de modo a conferir a todos padrão digno de vida, em respeito aos universais direitos humanos. A política urbana, como um conjunto de técnicas, leis e instrumentos, deve propiciar o desenvolvimento sustentável na cidade, mediante a garantia do meio ambiente

sadio e ecologicamente equilibrado, a redução das desigualdades sociais e a erradicação da pobreza.

Para o Estado Brasileiro atingir esse modelo de desenvolvimento, existe a necessidade da promoção de políticas públicas para transformar a realidade social brasileira. Nesse aspecto o planejamento é relevante, pois possibilita um conjunto de ações e atividades governamentais respaldadas no princípio da legalidade, destinadas à realização das transformações pertinentes à consecução do desenvolvimento preconizado no texto constitucional.

O planejamento tem como instrumento o plano que materializa a técnica de planificação, cuja característica é a sua visão prospectiva. O relacionamento entre o direito e o planejamento resulta na formação de normas jurídicas voltadas ao futuro, com o intuito de alcançar objetivos pré-determinados, como no caso da política urbana, onde o Poder Público municipal tem como objetivos assegurar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e o bem estar de seus habitantes.

O planejamento se configura como processo obrigatório para o Estado, através do cumprimento pelas entidades federativas das funções que lhes foram atribuídas pela Constituição, tendo como principal instrumento os planos. A valoração jurídica do plano é fruto de sua instituição mediante lei, permitindo o estabelecimento de obrigações aos agentes da administração e direitos e obrigações aos particulares para o devido cumprimento de seus objetivos.

O plano, para atingir suas metas, tem como condicionante ser resultado de um processo que envolveu os diversos sujeitos relacionados com a matéria do plano, pelo qual se formaliza uma convenção, contendo direitos e obrigações para as partes envolvidas no processo do planejamento.

O plano, como instrumento do planejamento, pelo texto constitucional, pode ser aplicado pelas entidades federativas para o desenvolvimento de suas missões constitucionais. A União tem a competência privativa para elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social (art. 21, IX), planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações (art. 21, XVIII).

Com relação ao planejamento setorial, o plano é considerado instrumento da política agrícola (art. 187), da seguridade social (art. 194), da previdência social (art. 201), da saúde (art. 196 ao art. 200), da educação (art. 214), da política urbana (art. 182).

Para as ações governamentais são peças fundamentais, de acordo com o artigo 165 da Constituição: o plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e a lei do orçamento anual. A Constituição determina que os planos e programas nacionais, regionais e setoriais sejam elaborados em consonância com o plano plurianual e apreciados pelo Congresso Nacional. Esse preceito, para ser respeitado, implica na existência de unidade entre os organismos governamentais para as ações programadas serem realizadas de forma integrada. Por esse preceito se configura a responsabilidade do Poder Legislativo no processo do planejamento.

Com base na repartição de competências entre as entidades federativas na Constituição, o planejamento urbano conta com os seguintes planos:

- a) União: planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico social, planos setoriais (ex: habitação, saneamento básico, transporte);
- b) Estados: planos metropolitanos, planos setoriais;
- c) Municípios: plano diretor, planos urbanísticos específicos (ex: plano diretor de bairro, Operação Urbana, planos de urbanização) e planos setoriais.

1.1.2. PLANEJAMENTO E PARTICIPAÇÃO POPULAR

Os instrumentos de planejamento têm como elemento obrigatório a participação popular em todas as suas fases, o que pressupõe a adoção de mecanismos de controle popular para as ações do Executivo e Legislativo. Os mecanismos de participação popular são destinados a tornar transparente o processo de planejamento, com o intuito de romper com o modelo tradicional, que tem possibilitado diversas práticas lesivas de corrupção, troca de favorecimentos e práticas fisiológicas no campo institucional, como o recente caso ocorrido na Comissão de Orçamento do Congresso Nacional.

O processo de democratização, que continua em desenvolvimento, a partir da Assembléia Nacional Constituinte tem propiciado a atuação de diversos grupos de cidadãos, entidades e organizações da sociedade civil, para a constituição de mecanismos de participação popular destinados a tornar democrático o Estado Brasileiro. Como será visto mais adiante, esses setores da sociedade civil, por terem participado do processo das Constituintes Municipais, conseguiram introduzir nas Leis Orgânicas vários procedimentos destinados a constituir o planejamento com mecanismos democráticos e participativos.

Cabe ressaltar que o planejamento participativo, a partir da Constituição, não é uma mera vontade dos governantes, mas sim um requisito obrigatório para todas as fases do processo das peças orçamentárias e dos planos.

O processo de planejamento permite uma nova prática na função de governar a cidade, de modo que as prioridades na aplicação dos recursos públicos sejam destinados a reduzir o chamado débito social, resultante da manifestação da vontade da comunidade.

O planejamento deve ser compreendido como um processo resultante de práticas de cidadania voltadas para eliminar as desigualdades sociais e os obstáculos para efetivação do direito à cidade. O estabelecimento das prioridades não pode ser fruto apenas da vontade dos agentes públicos, deve considerar a vontade e os interesses dos administrados.

A consulta popular tem como pressuposto o respeito ao direito à informação, como meio de permitir ao cidadão condições para tomar decisões sobre as políticas e medidas que devem ser tomadas para garantir o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade. A participação do cidadão no planejamento da cidade pressupõe a apropriação do conhecimento sobre as informações inerentes à vida na cidade (atividades, serviços, planos, recursos, sistema de gestão, formas de uso e ocupação do espaço urbano).

O direito de acesso à informação sobre os problemas existentes na cidade, as carências sociais e as atividades econômicas geradoras da riqueza são essenciais para as pessoas terem condições de intervir nas instâncias competentes para a tomada de decisões de interesse da coletividade. As normas do plano diretor, por exemplo, constituídas como resultado de uma prática democrática, adquirem maior eficácia ao serem

aplicadas devido às convenções estabelecidas entre os diversos setores da sociedade para a solução de conflitos e litígios de interesse coletivo.

A participação popular propicia uma nova relação entre o Estado e a sociedade, onde a cidadania ativa se transforma no elemento condicionante para o estabelecimento das leis, políticas e instrumentos inerentes às funções de governo e administração. A sociedade, com as práticas de cidadania ativa, forma novas posturas e comportamento perante o Estado, assumindo a co-responsabilidade na gestão da coisa pública, na promoção das políticas públicas destinadas a garantir os direitos da coletividade.

1.1.3. OBRIGATORIEDADE DOS PLANOS

Um aspecto importante do planejamento é o tema da obrigatoriedade dos planos, em razão do seu valor jurídico, da força vinculante de que são dotados. A doutrina tem classificado os planos quanto à sua obrigatoriedade como imperativos, incitativos ou indicativos.

Almiro do Couto e Silva sistematiza essas espécies de planos da seguinte forma:⁵⁰

- a) *planos indicativos – consistem em dados, projeções e prognósticos sobre algum campo ou diversos campos de atividade colocados pelo Estado à disposição dos interessados, para que estes possam melhor orientar-se. É claro que têm os indivíduos e as empresas plena liberdade de escolha e de decisão, não havendo, por parte do Estado, qualquer traço de cogência nem, igualmente, o oferecimento de qualquer vantagem concreta, com o intuito de influenciar as decisões ou de incentivar ou estimular os particulares a uma determinada atitude ou comportamento;*
- b) *planos incitativos – por eles busca o Estado obter dos particulares uma forma de atuar e de proceder que afine com os objetivos estabelecidos no plano. Para tanto utiliza-se o Poder Público de estímulos e incentivos, como subvenções, vantagens fiscais, créditos, fixação de preços mínimos, compromisso de aquisição de safra, melhoramentos de infra-*

⁵⁰ Almiro do Couto e Silva - Problemas Jurídicos do Planejamento, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 170, out/dez. 1987, pág.3.

estrutura mediante construção de estradas, fornecimento de energia elétrica, etc., ou, inversamente, desestimulando certas situações ou iniciativas pela imposição, por exemplo, de encargos fiscais mais pesados;

- c) *planos imperativos – Se nos dois tipos anteriores, têm os particulares liberdade de escolher a orientação que mais lhe parecer conveniente, apesar dos benefícios que lhes foram oferecidos ou do ônus que eventualmente possam incidir (o que é característico, já o vimos, dos planos incitativos), nos planos imperativos a nota saliente é a cogência. Os particulares ficam submetidos às regras do plano e obrigados a uma determinada conduta, sob pena de conseqüências até mesmo de caráter criminal ou de multas e outras sanções administrativas”.*

Quanto ao plano indicativo, apesar de não gerar aos particulares a obrigatoriedade do cumprimento do plano, isto não significa que suas normas não produzam efeitos jurídicos para as atividades particulares. Em primeiro lugar, o Estado tem a função de regular e fiscalizar as atividades econômicas onde o plano, como instrumento do planejamento, contém as normas balizadoras para a intervenção do Estado.

Quando as atividades previstas no plano dependerem de autorização ou licença, a administração poderá levar em conta os objetivos e critérios estabelecidos para se proceder a outorga ou licença ao particular. O plano, apesar de indicativo, contém normas que não poderão ser contrariadas. O setor privado não poderá atuar ou adotar medidas contra os objetivos do plano.

Sobre as normas do plano indicativo terem juridicidade perante a administração e aos particulares são oportunas as lições de Augustin Gordillo:

- 1) *A nuestro modo de ver, la juridicidad de tales normas es clara, puesto que en primer lugar y por lo que respecta a la administración, su carácter aunque relativamente discrecional es de todos modos obligatorio; de otra manera, habria que negar carácter jurídico a toda ley que otorgara facultades más o menos amplias, a la administración, lo que parece carecer de sentido. 2) En segundo lugar y por lo que respecta a los particulares, el enunciado indicativo del plano tiene el alcance de ser fundamento legal de la acción que dichos individuos van a emprender y de los beneficios que van a recibir, por lo que dará lugar a relaciones jurídicas de derechos y obligaciones, además de estar*

en relación instrumental respecto a las previsiones u objetivos del plan, y en relación de coordinación con las demás medidas de otra naturaleza que éste establezca. 3) En tercer lugar tiene el alcance a nuestro juicio, de comprometer la responsabilidad de la administración si no cumple con sus responsabilidades frente a los particulares que voluntariamente han decidido acogerse al plan. En otras palabras, si un particular ajusta libremente su conducta al plan, impulsado por los medios de persuasión que el mismo contiene, y luego esos medios no son concretados, es evidente que el individuo puede, con fundamento legal en las previsiones y afirmaciones del plan, reclamar el cumplimiento de tales postulados o en su defecto exigir la reparación del perjuicio que se le ha ocasionado. Claro está, para ello será necesario que del plan surja claramente quiénes están contemplados en la norma, cuáles son los beneficios a acordarse y cómo se acordarán, pues en ausencia de tal precisión no existiría una conducta concretamente reglada que el individuo pueda exigir como derecho subjetivo.⁵¹

Com relação aos planos incitativos, para a obtenção dos estímulos e benefícios é necessário que ocorra a adesão voluntária do particular no sentido de implementar determinada atividade ou conduta prevista no plano. As relações jurídicas estabelecidas entre os particulares e a Administração para a consecução do plano, não depende de uma adesão formal, sendo suficiente que a manifestação da vontade do particular esteja de acordo com os requisitos e procedimentos estipulados no plano.

No caso do indivíduo aderir ao plano e a administração deixar de conferir os benefícios destinados aos particulares pelo cumprimento das medidas previstas no plano, a Administração estará desrespeitando o princípio da boa fé, devido a quebra de confiança que passa a vigorar. Esse desrespeito gera o dever do Estado indenizar os danos que foram ocasionados aos particulares.

Outra questão que precisa ser observada no processo do planejamento, na instituição e execução dos planos é o respeito ao princípio da igualdade em consonância com o princípio da legalidade. O comportamento dos agentes públicos, seja qual for a característica do plano

⁵¹ Augustin A. Gordillo - Introducción a Derecho de Planificación, Cap. IV, "Aspectos Jurídicos del Plan", Buenos Aires, 1973.

(indicativo ou imperativo), está condicionado a um tratamento igual para todos os indivíduos. No planejamento urbanístico esse tratamento se concretiza, por exemplo, com a adoção no plano diretor de um coeficiente de aproveitamento para construir igual para todos os imóveis urbanos na cidade, conferindo um tratamento isonômico para o exercício do direito de construir.

As normas jurídicas do plano e as ações da Administração Pública não são passíveis de respaldo constitucional, quando forem responsáveis por tratamentos discriminatórios lesivos ao interesse público e social. A previsão de normas destinadas a beneficiar determinados interesses privados como de um grupo econômico em detrimento dos interesses coletivos e difusos, contraria nitidamente o texto constitucional.

O plano imperativo se caracteriza por suas normas e diretrizes serem impositivas para a coletividade, apresentando um conjunto de normas de conduta que os particulares ficam obrigados a respeitar. Os planos urbanísticos têm essa característica, pois estabelecem normas sobre o uso e ocupação do território da cidade, regulam os instrumentos de atuação do Poder Público e as atividades urbanísticas, que devem ser respeitadas pela coletividade.

1.1.4. A IMPERATIVIDADE DO PLANO DIRETOR NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Os efeitos jurídicos decorrentes do processo de planejamento dependem da espécie de plano adotado pelo Estado para alcançar seus objetivos e metas. A Constituição, ao dispor sobre o planejamento em seu artigo 174, considera que o Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. As diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará ao planos nacionais e regionais de desenvolvimento, serão estabelecidas por lei.

Alinhavar o papel do planejamento urbanístico através do plano diretor, apenas por esse dispositivo constitucional, leva erroneamente à compreensão dos planos urbanísticos serem meramente indicativos para o setor privado.

O desenvolvimento do planejamento urbanístico, pelo Poder Público municipal, não pode se restringir a planos meramente indicativos para o setor privado, pois a normação urbanística preconizada no texto constitucional, tem como essência propiciar faculdades e direitos e gerar obrigações aos indivíduos para o cumprimento dos objetivos da política urbana, como o de garantir que a propriedade urbana atenda sua função social.

José Afonso da Silva ao tratar dos planos urbanísticos, entende que *não se configura, com nitidez, aquela distinção do plano em imperativo e indicativo. O que, em regra, se verifica é que os planos urbanísticos podem ser gerais ou especiais (particularizados ou pormenorizados), e aqueles são menos vinculantes em relação aos particulares, porque são de caráter mais normativos e dependentes de instrumentos ulteriores de concreção, enquanto os outros vinculam mais concretamente as atividades dos particulares, mesmo nos regimes de economia de mercado. É que aqui não se trata de intervenção no domínio econômico propriamente dito, mas no domínio mais restrito ao direito de propriedade, a respeito da qual a ordem constitucional permite a interferência imperativa do Poder Público por meio da atuação da atividade urbanística.*

*Em vez de planos imperativos e planos indicativos, fala-se preferentemente, no campo urbanístico, em planos gerais ou planos preparadores, e em planos vinculantes, planos especiais, planos particularizados, planos de urbanização ou planos de edificação. Todos são, porém, imperativos nos limites de sua normatividade e todos são vinculantes em certo sentido, à vista de seus destinos mais imediatos.*⁵²

As normas constitucionais específicas sobre a política urbana, por serem vinculantes para o processo do planejamento urbano, configuram a capacidade do Poder Público constituir planos urbanísticos com normas determinantes para o setor privado e não meramente indicativas.

As normas dos planos urbanísticos integram o conjunto das normas de direito urbanístico, devendo serem constituídas com base nos preceitos constitucionais dirigentes da política urbana. Pois bem, para serem alcançados os objetivos da política urbana de garantir o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, do cumprimento da função social da propriedade, e garantir condições dignas de vida urbana

⁵² José Afonso da Silva, 1981, op. cit., pág. 116.

nos termos do artigo 182 da Constituição, o Município, na consecução dessa política, tem como principal instrumento o plano diretor.

Pelo texto constitucional, o plano diretor é considerado como instrumento básico da política de desenvolvimento urbano, portanto é o instrumento básico do planejamento urbano. Como um dos objetivos da política urbana é garantir que a propriedade urbana atenda sua função social, o plano diretor, como instrumento básico dessa política, tem atribuição constitucional para disciplinar essa matéria. Isto é, cabem às normas do plano diretor estabelecer os limites, as faculdades, as obrigações e as atividades que devem ser cumpridas pelos particulares referentes ao direito de propriedade urbana.

O plano diretor, como plano urbanístico, deve obrigatoriamente conter as normas disciplinadoras dos critérios e exigências fundamentais para a propriedade atender sua função social, sendo essas normas constitucionalmente vinculantes para o setor privado.

Os critérios e as exigências estabelecidas para o exercício do direito de propriedade devem ser obedecidos pelos particulares, sob pena de ficarem sujeitos às obrigações e sanções aplicáveis pelo Poder Público, por descumprimento ao plano diretor.

O plano diretor, apesar de ter a característica de um plano geral, em razão do disposto no artigo 182, parágrafos 2º e 4º da Constituição, se transformou no instrumento obrigatório para o Poder Público intervir, visando executar a política urbana, como meio de garantir que a propriedade urbana tenha uma função social.

O plano diretor é requisito obrigatório para o Poder Público municipal aplicar de forma sucessiva o parcelamento ou edificação compulsórios, imposto sobre a propriedade predial e territorial progressivo no tempo e a desapropriação para fins de reforma urbana, ao proprietário de imóvel urbano nos termos do parágrafo 4º do artigo 182.

O plano diretor tem a atribuição de definir as áreas urbanas consideradas subutilizadas ou não utilizadas, sujeitas à aplicação dos referidos instrumentos para que as propriedades urbanas situadas nessas áreas tenham uma função social.

A imperatividade das normas do plano diretor aos particulares e agentes privados tem o seu limite devidamente demarcado nesse dispositivo constitucional. O plano diretor tem a tarefa de definir os critérios gerais de uso e ocupação do solo e delimitar as áreas onde deverão ser

fixados critérios específicos de uso e ocupação do solo através de lei municipal específica.

A tarefa de fixar a forma concreta de uso e ocupação que deve ser observado pelo proprietário, para ser promovido o adequado aproveitamento da propriedade urbana, não é do plano diretor mas sim de uma lei específica municipal, nos termos do parágrafo 4º do artigo 182 da Constituição.

Ao plano diretor é incumbido a tarefa de estabelecer como normas imperativas aos particulares e agentes privados as metas e diretrizes da política urbana, os critérios para verificar se a propriedade atende sua função social, as normas limitadoras do exercício desse direito, os instrumentos de atuação do Poder Público, tais como a regulamentação do direito de construir (solo criado, transferência do direito de construir), os regimes especiais de uso e ocupação do solo urbano (zonas especiais de interesse social, de preservação e interesse ambiental), a regulamentação dos empreendimentos de impacto, os mecanismos de cooperação entre o setor público e privado (operação urbana, consórcio imobiliário).

As normas do plano diretor definidoras das áreas urbanas sujeitas à intervenção do Poder Público, para garantir o cumprimento da função social da propriedade, nos termos do parágrafo 4º do artigo 182, são normas imperativas pois, não havendo essa definição, o Poder Público municipal não poderá exigir do proprietário de imóvel urbano que promova seu adequado aproveitamento, sob pena de ficar sujeito aos instrumentos destinados ao cumprimento dessa exigência.

Para o Poder Público estabelecer as obrigações e definir o comportamento adequado que os particulares devem observar, para a propriedade urbana ter uma destinação social em benefício da coletividade, não é suficiente a adoção do plano diretor. Será preciso regulamentar as atividades e tarefas de forma mais concreta aos particulares mediante uma lei municipal específica.

1.1.5. DA ABRANGÊNCIA DO PLANO DIRETOR

1.1.5.1. Da abrangência territorial

De acordo com o artigo 182, parágrafo 1º, o plano diretor é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. Por esse dispositivo, visto de forma isolada, não fica claro qual deve ser a abrangência territorial do plano diretor, uma vez que fica a impressão

deste instrumento se restringir somente à região urbana, deixando de lado a região rural.

Como a hermenêutica jurídica deve buscar a compreensão da norma dentro do sistema jurídico, no caso deve ser identificada qual a finalidade do plano diretor, com base nos diversos dispositivos constitucionais relacionados com a política urbana. A Constituição, ao prescrever que a política de desenvolvimento urbano tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem estar de seus habitantes, não diferencia os habitantes situados na zona rural dos que estão situados na zona urbana. A realidade das cidades demonstra, cada vez mais, uma estreita ligação entre as atividades promovidas na zona rural com as atividades urbanas.

Grande parte da população que vive na zona rural tem seu emprego e trabalho na região urbana, sem contar a utilização da infraestrutura e serviços urbanos como o transporte coletivo, escolas, postos de saúde, hospitais, comércio e lazer. A política de desenvolvimento urbano, fundamentada no princípio do desenvolvimento sustentável, como já visto, significa um modelo de desenvolvimento baseado na garantia do meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações. O desenvolvimento nestes termos da cidade depende do desenvolvimento da região rural.

O plano diretor, como instrumento básico da política de desenvolvimento, contém como matérias não somente normas sobre uso e ocupação do solo urbano, mas também outros aspectos sociais, administrativos e econômicos. O sistema de planejamento municipal, que é matéria do plano diretor, por exemplo, deverá ser constituído por órgãos administrativos regionalizados que compreendam também a região rural.

Existe um nítida diferença entre o plano diretor e o zoneamento urbano, uma vez que este se limita a impor restrições quanto ao uso e ocupação do solo e divide espacialmente o território da cidade. O plano diretor na lição de Hely Lopes Meirelles é o *complexo de normas legais e diretrizes técnicas para o desenvolvimento global e constante do Município, sob os aspectos físico, social e econômico-administrativo, desejado pela comunidade local. Deve ser a expressão das aspirações dos municípios quanto ao progresso do território municipal no seu conjunto cidade-campo*⁵³.

⁵³ Hely Lopes Meirelles - Direito Municipal Brasileiro, Malheiros Editores, 6ª Edição, pág. 393.

Lesley Gasparini Leite expressa a seguinte opinião: *não se pode assegurar que o plano diretor só deve considerar a zona urbana, a cidade, já que o desenvolvimento desta depende daquela, ou seja, da zona rural. Assim, o Município pode e deve considerar todo o seu território para promover o seu ordenamento e o seu desenvolvimento urbano. Não é possível considerar somente a zona urbana para a elaboração de um plano diretor. Deve-se considerar todo o território, sem invadir a competência da União para regular o uso da zona rural. Assim, o fato de se considerar todo o território do Município para elaborar um plano diretor não afronta a Constituição Federal.*⁵⁴

Não há dúvida que a competência sobre a política agrícola e agrária é da União (pelo artigo 22, I, da C.F. é competência privativa da União legislar sobre direito agrário) mas é necessário haver uma nítida integração entre a questão urbana e a questão agrária. A dimensão do crescimento urbano demonstra a necessidade de modificar as relações sociais e econômicas para a promoção do desenvolvimento econômico em consonância com os ditames da justiça social. Essa modificação passa pela realização da reforma urbana, articulada com reforma agrária, em vista da relação estreita entre a questão rural, urbana e ambiental.

A interpretação isolada do Artigo 30, inciso VIII, da Constituição, que estabelece a competência do Município promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano, leva inicialmente ao entendimento que a competência municipal se restringe ao solo urbano.

Em contrapartida, as missões constitucionais estabelecidas como campo da atuação comum da União, Estados e Municípios, que são normas constitucionais dirigentes para a execução da política urbana municipal, pressupõem uma intervenção por parte do Município abrangendo toda a sua população e, portanto, todo seu território.

Não fosse essa a leitura das normas constitucionais, como seria possível o Município poder proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; preservar as florestas, a fauna e a flora; fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar; cuidar da saúde e assistência pública; manter programa de educação pré-escolar e de ensino fundamental; combater as causas da

⁵⁴ Lesley Gasparini Leite - plano diretor: Obrigatório por Força da Lei Orgânica, Caderno de Direito Municipal, Revista de Direito Público 97, jan/mar'91, pág. 273.

pobreza e os fatores de marginalização sem considerar a totalidade do seu território e de sua população, sem contar que as atividades agrícolas e agrárias continuam sendo a principal atividade econômica dos Municípios situados no interior dos Estados, sendo muitos dos produtos oriundos da agro-indústria fonte de exportação.

Segundo Paulo Lomar, *diante das atribuições constitucionais, não se circunscreverem apenas à área urbana do Município, podem exigir adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso e da ocupação do solo rural, com exceção do parcelamento por incidir em competência expressamente atribuída a União. Portanto, juridicamente, a Constituição Federal autoriza o Município a exercer suas competências constitucionais em todo o seu território.*⁵⁵

Não é possível separar o urbano e o rural, visando garantir o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, pois o sistema social e econômico local necessita dos equipamentos, da infra-estrutura e dos serviços urbanos para desenvolver suas atividades agrícolas e agrárias na zona rural da cidade.

Desse modo, para o Município promover a política de desenvolvimento urbano, deve conter um plano diretor com normas voltadas a abranger a totalidade do seu território, compreendendo a área urbana e rural. Padece de vício constitucional o plano diretor que se restringir apenas à zona urbana e de expansão urbana.

1.1.5.2. Da abrangência populacional

O plano diretor, com base no artigo 182, parágrafo 1º é obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, sendo que já foram analisadas as consequências deste instrumento não ser instituído diante dessa obrigatoriedade. A nossa abordagem diz respeito ao tratamento dado aos Municípios com menos de vinte mil habitantes, sobre os instrumentos que pode dispor para promover a política urbana.

Primeiro aspecto é sobre o disposto no caput do artigo 182, da política de desenvolvimento urbano executada pelo Poder Público municipal ter por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das

⁵⁵ Paulo José Villela Lomar - As Leis Orgânicas Municipais e a Nova Ordem Constitucional: Principais Questões e Perspectivas. Seminário Leis Orgânicas Municipais FAU/USP, - 11 e 12 de janeiro de 1990, pág.. 31.

funções sociais da cidade e garantir o bem estar de seus habitantes. Essa norma deve ser observada por todos os Municípios, uma vez que não há limites para a promoção dessa política em razão do critério populacional.

Segundo aspecto, o plano diretor é o instrumento básico da política de desenvolvimento urbano mas não é o único, cabendo ao Municípios com menos de vinte mil habitantes a responsabilidade de adotar outros instrumentos ou o próprio plano diretor para atender o princípio constitucional da função social da propriedade. Esses Municípios não têm a faculdade de adotarem um plano diretor, mas têm a obrigação de garantir que a propriedade urbana atenda a sua função social.

Os Municípios com menos de vinte mil habitantes têm a competência para dispor sobre a função social da propriedade urbana nos termos do artigo 30, inciso VIII, pelo qual lhes é atribuída a competência para promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.

Com base nessa competência, os Municípios com menos de vinte mil habitantes podem adotar um plano diretor, sendo necessário para o plano diretor ser obrigatório essa previsão na Lei Orgânica do Município. A partir da obrigatoriedade do plano diretor estabelecida na Lei Orgânica, são passíveis de serem produzidos os mesmos efeitos já expostos quanto ao cumprimento da obrigação do Município instituir o plano diretor.

No caso da Lei Orgânica não estabelecer essa obrigatoriedade, permanece para o Município a faculdade de instituir o plano diretor mediante lei municipal, com o intuito de garantir o cumprimento da função social da propriedade urbana. A principal diferença nesse caso é de não ser possível responsabilizar o Poder Público municipal pela inexistência do plano diretor.

Por ser uma faculdade a adoção do plano diretor, esses Municípios, para disciplinar o uso da propriedade urbana, podem instituir uma lei de uso do solo urbano que defina as diretrizes gerais e os instrumentos da política urbana que garantam o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade.

O princípio da isonomia tem que ser observado, pois não pode haver respaldo constitucional quanto a um tratamento diferenciado pa-

ra os proprietários de imóveis urbanos desses Municípios, no sentido de estarem liberados de destinarem suas propriedades a uma função social.

O último aspecto é referente à possibilidade dos Municípios com menos de vinte mil habitantes poderem aplicar os instrumentos previstos no parágrafo 4º do artigo 182, ao proprietário do solo urbano não edificado, sub-utilizado ou não utilizado, para que promova seu adequado aproveitamento. Estes instrumentos são o parcelamento ou edificação compulsórios; imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; e a desapropriação com pagamento em títulos da dívida pública.

De acordo com esses dispositivos, é conferida a faculdade ao Poder Público Municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, nos termos da lei federal, aplicar os instrumentos para a propriedade urbana atender sua função social. A condição para o exercício dessa faculdade é o Município ter um plano diretor. Portanto, se o Município com menos de vinte mil habitantes instituir este instrumento, poderá exercer a faculdade estabelecida nessa norma constitucional.

É preciso ressaltar que a única distinção feita entre os Municípios diz respeito ao critério populacional para o estabelecimento da obrigatoriedade do plano diretor. O Município com menos de vinte mil habitantes, ao transformar a faculdade de ter um plano diretor em obrigação através da Lei Orgânica, e que mediante o cumprimento dessa obrigação instituindo o plano, atendeu os requisitos constitucionais para exercer a faculdade prevista no parágrafo 4º do artigo 182.

1.1.6. O PAPEL DA LEI MUNICIPAL ESPECÍFICA ENQUANTO PLANO URBANÍSTICO

As normas urbanísticas definidoras das exigências para a propriedade urbana ser adequadamente aproveitada devem ser instituídas por uma lei municipal específica (artigo 182, parágrafo 4º), que não se confunde com o plano diretor, que contém as linhas mestras e os instrumentos para o estabelecimento dessas exigências. Essa lei municipal específica, na verdade, é um plano urbanístico pertencente à categoria dos chamados planos especiais, planos particularizados.

Por ser um plano urbanístico especial, suas normas são vinculantes para a administração e os particulares. Em razão do plano diretor dispor

sobre as regras de uso e ocupação do território da cidade, o plano urbanístico pode ter a configuração de um plano diretor de bairro, dispondo sobre as regulamentações locais de uma região administrativa necessárias para o plano diretor ser executado.

Portanto, a lei municipal específica é, na verdade, um plano urbanístico de âmbito local, destinado a conter normas concretas de atuação urbanística para uma região da cidade. Essa compreensão se fundamenta no próprio dispositivo constitucional que menciona a necessidade de lei específica para área incluída no plano diretor, portanto delimita a abrangência dessa lei, do plano urbanístico para um espaço físico-territorial definido no plano diretor.

O plano diretor de João Pessoa, por exemplo, define como áreas passíveis de aplicação dos instrumentos previstos no parágrafo 4º do art. 182 os lotes ou glebas não edificadas, subutilizadas e não utilizadas localizadas nas zonas adensáveis⁵⁶ e nas zonas especiais de interesse social (art. 48).

O Município de João Pessoa poderá constituir um plano urbanístico local para cada região da cidade, compreendendo as áreas urbanas situadas na zona adensável e nas zonas especiais de interesse social da referida região. Por ser um plano urbanístico local, deve definir as critérios de uso e ocupação do solo urbano e as exigências para o adequado aproveitamento das propriedades urbanas reconhecidas como não edificadas, subutilizadas e não utilizadas, bem como definir os instrumentos de intervenção urbanística e fixar os prazos e procedimentos para conferir uma destinação social à propriedade.

Por exemplo, vamos supor que uma área urbana situada na região do centro da cidade de São Paulo foi considerada pelo plano diretor subutilizada, sendo delimitada como zona especial de interesse social, visando destiná-la primordialmente para fins de habitação de interesse social. O plano urbanístico local (lei municipal específica) poderá delimitar quais são as áreas dentro da zona especial destinadas para os projetos de habitação de interesse social, fixar incentivos para esses projetos, definir usos de interesse social para imóveis de grande porte subutilizados (armazéns e galpões) como centros comunitários e culturais, constituir os mecanismos para viabilizar o plano de urbanização, como a

⁵⁶ Zonas adensáveis são aquelas onde as condições do meio físico e a disponibilidade da infra-estrutura instalada permitem a intensificação do uso e ocupação do solo.

operação urbana ou o consórcio imobiliário, definir as atividades permitidas na região delimitada, fixar o prazo para os proprietários adequarem suas propriedades à destinação, forma de ocupação e demais exigências previstas no plano.

O plano urbanístico local também pode adotar medidas concretas contra os usos indevidos da propriedade, geradoras por exemplo de poluição ambiental e deterioração do meio ambiente, em áreas de preservação que contêm vários usos e atividades irregulares desde loteamentos residenciais clandestinos e produção industrial poluente.

Com base nas medidas e exigências estabelecidas no plano urbanístico local, será possível verificar se a propriedade urbana atende concretamente ou não a sua função social. Para tanto, é necessário que o plano estabeleça um prazo para o cumprimento dessas exigências. Essas medidas e exigências são vinculantes para os particulares, portanto obrigatórias para os proprietários de imóveis urbanos. O descumprimento das exigências previstas no plano urbanístico local, é o requisito necessário para o Poder Público municipal poder aplicar os instrumentos previstos no parágrafo 4º do artigo 182.

2. OS INSTRUMENTOS DO ARTIGO 182 PARÁGRAFO 4º

2.1. OS LIMITES DO PODER PÚBLICO

De acordo como o artigo 182, parágrafo 4º, o Poder Público municipal poderá aplicar os seguintes instrumentos, como meio de exigir do proprietário de imóvel urbano que promova o seu adequado aproveitamento com base no plano diretor e no plano urbanístico local:

- parcelamento ou edificação compulsórios;
- imposto sobre a propriedade predial e territorial progressivo no tempo;
- desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública, de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Para a aplicação desses instrumentos pelo Poder Público municipal é necessário o preenchimento dos seguintes requisitos:

- a) a propriedade urbana que não atende a função social, seja integrante de área definida no plano diretor como sujeita à aplicação dos instrumentos;
- b) instituição do plano urbanístico local (lei municipal específica), dispondo sobre as exigências concretas para a propriedade urbana atender sua função social, bem como sobre o procedimento e o prazo para o cumprimento das exigências;
- c) lei federal (lei federal de desenvolvimento urbano) dispondo sobre a regulamentação dos referidos instrumentos.

As condições efetivas para o Município exigir do proprietário do solo urbano não edificado ou não utilizado, as obrigações e sanções fixadas no artigo 182, parágrafo 4º da Constituição Federal, depende de regulamentação sobre a forma de aplicar o parcelamento ou edificação compulsória, o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo, e a desapropriação para fins de reforma urbana.

Essa norma constitucional restringe a aplicação dos referidos instrumentos para três situações na qual a propriedade urbana não atende sua função social, que são a de não estar edificada, de estar subutilizada, de não estar sendo utilizada. Essas situações têm como característica a ausência de uma destinação concreta para a propriedade ser aproveitada de forma adequada, considerando os limites para o exercício desse direito previstos na legislação urbanística. As demais situações que implicam em desrespeito ao princípio da função social da propriedade, como o uso indevido ou nocivo da propriedade urbana, deverão ser atacadas por outros instrumentos, tais como multas, suspensão de licença urbanística, interdição ou demolição.

O Poder Público municipal, nos casos da propriedade urbana estar sendo destinada e utilizada em desacordo com as funções sociais da cidade, causando danos ao meio ambiente natural ou construído, deve aplicar os instrumentos contidos nas legislações urbanísticas específicas abrangedoras dessas situações, tais como a lei de uso e ocupação do solo urbano, de parcelamento e solo urbano, código de edificações, de proteção ambiental, de preservação do patrimônio histórico e cultural.

Isto significa que os instrumentos adotados pelo texto constitucional têm por característica obrigar o proprietário a um comportamento positivo de promover uma destinação concreta para a sua propriedade. São mecanismos destinados a impedir e inibir o processo da especulação imobiliária nas cidades, de conferir aos imóveis urbanos ociosos uma destinação voltada a beneficiar a coletividade. Isto é, o proprietário de imóvel urbano para garantir o seu direito de propriedade já deveria ter conferido a este uma função social. Na falta dessa destinação, o Poder Público municipal está constitucionalmente capacitado para tornar social a função da propriedade urbana.

O comportamento que pode ser exigido do proprietário com base nas situações e instrumentos previstos no parágrafo 4º do artigo 182 é de este edificar, de construir em sua propriedade, de utilizar a propriedade no potencial mínimo de aproveitamento estabelecido no plano urbanístico local. O plano diretor, nesse caso, deve delimitar como áreas sujeitas à aplicação desses instrumentos as áreas urbanas onde as condições do meio físico e a disponibilidade da infra-estrutura instalada tenham capacidade de intensificar o uso e ocupação do solo urbano e de ampliar as atividades econômicas.

Pela obrigatoriedade constitucional do Poder Público municipal só poder aplicar os instrumentos que visam garantir o cumprimento da função social da propriedade de forma sucessiva, se torna preponderante o estabelecimento dos critérios gerais de sua aplicação na lei de desenvolvimento urbano. Como será visto mais adiante, na sistematização da política urbana nas Leis Orgânicas das Capitais e nos Planos Diretores do Rio de Janeiro, Recife, Natal e João Pessoa várias dessas legislações regulamentaram os procedimentos municipais para os instrumentos serem aplicados pelo Poder Público municipal.

A Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro, por exemplo, para o parcelamento ou edificação compulsórios fixa o prazo máximo de um ano, a contar da data de notificação pela Prefeitura ao proprietário do imóvel, devendo a notificação ser averbada no registro de imóveis, e considera o imposto progressivo no tempo exigível até a aquisição do imóvel pela desapropriação, cuja ação deverá ser proposta no prazo de dois anos contados do lançamento do imposto (art. 431).

2.2 . PARCELAMENTO OU EDIFICAÇÃO COMPULSÓRIOS

O plano diretor tem a tarefa de definir os critérios gerais de uso e ocupação do solo urbano. Com base nesses critérios gerais, o plano urbanístico local deve conter os critérios específicos de uso e ocupação do solo para a área abrangida pelo plano. Através desses critérios específicos é estabelecida, no plano urbanístico local, a obrigação de parcelar ou edificar pelo proprietário de imóvel urbano considerado não edificado, subutilizado ou não utilizado como base nos critérios de uso e ocupação do solo definidos no plano diretor.

Através do parcelamento ou edificação compulsória o Poder Público municipal condiciona o proprietário para assegurar o uso social da propriedade a um comportamento positivo, de utilizar, de construir, de parcelar, de eliminar a subutilização. Apesar dessa norma conter a subutilização ou não utilização como situações pela qual a propriedade urbana não atende sua função social, a compulsoriedade é admitida para efeito de parcelamento ou edificação, e não para fins de utilização da propriedade urbana.

Existe, portanto, mais uma restrição ao Poder Público municipal, que não pode aplicar a utilização compulsória como forma de garantir uma destinação social para a propriedade urbana. Por outro lado, é evidente que no estabelecimento da obrigatoriedade ao proprietário de imóvel urbano de parcelar ou edificar foi considerada a utilização da propriedade, para esta obter um adequado aproveitamento.

Porém, existem situações nas quais, para a propriedade urbana atender a sua função social, será suficiente que o Poder Público exija do proprietário a utilização da propriedade no potencial mínimo de uso fixado no plano, sem que haja a necessidade de ser feito algum tipo de parcelamento ou edificação. Vamos supor a existência na área do plano urbanístico local de prédios, armazéns, galpões abandonados. Neste caso seria suficiente o plano estabelecer os usos de interesse urbanístico admitidos para esses imóveis, como os equipamentos sociais, de modo a exigir de seus proprietários a utilização prevista no plano.

A aplicação da utilização compulsória, pelo fato de não ter sido mencionada no texto constitucional, fica condicionada à sua previsão na lei federal de desenvolvimento urbano, de modo que o Poder Público

municipal possa aplicar esse instrumento para os imóveis considerados subutilizados ou não utilizados.

Para o Poder Público poder aplicar o parcelamento ou edificação compulsórios é necessário que o plano urbanístico local tenha especificado que formas de uso, de ocupação e que atividades a área objeto do plano deve conter para atender os objetivos da política urbana, do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, de garantir condições dignas para seus habitantes e do cumprimento da função social da propriedade.

Vamos supor que o plano urbanístico local contenha uma área urbana não utilizada, definindo esta como zona especial de interesse social destinada a habitação de interesse social. O plano urbanístico pode estabelecer as seguintes obrigações aos proprietários de imóveis urbanos desta área:

- a) no caso da propriedade ser uma gleba urbana, de promover o parcelamento para fins de constituir um loteamento urbano,
- b) no caso do imóvel já parcelado de promover a edificação para fins de habitação de interesse social;
- c) no caso do imóvel já parcelado e edificado, promover sua utilização para fins de habitação de interesse social.

O plano urbanístico local, ao especificar as obrigações de parcelar ou edificar, deve fixar as condições e os prazos para sua execução. Esse prazo deve ser compatível com o porte e impacto do empreendimento, pois é necessário distinguir os prazos para obras de grande porte que possam causar relevante impacto ambiental.

O plano urbanístico local deve fixar os prazos para o cumprimento da obrigação, estabelecendo o prazo para apresentação do projeto, do início da execução do projeto e da conclusão das obras. Esses prazos devem ser contados a partir da data da notificação feita pelo Poder Público ao proprietário, devendo a notificação ser averbada no Registro de Imóveis.

A averbação no Registro de Imóveis é um procedimento necessário, pois no caso da alienação do imóvel, posterior à notificação, é transferido ao adquirente ou promissário comprador as obrigações previstas no plano urbanístico local, não se interrompendo o prazo fixado para o parcelamento, a edificação ou a utilização. Essa medida visa impedir que através da alienação do imóvel seja iniciada novamente a contagem dos prazos para o cumprimento da obrigação.

Os critérios e procedimentos gerais do parcelamento ou edificação compulsórios devem ser estabelecidos por lei federal, em respeito ao disposto no parágrafo 4º do artigo 182. Como será analisado em seguida, existem vários projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional visando instituir a lei de desenvolvimento urbano. O projeto de lei denominado Estatuto da Cidade (PL.5.788/90), por exemplo, estabelece que o prazo para parcelamento, edificação ou utilização não poderá ser superior a dois anos a partir da notificação, salvo para obras de grande porte, sendo de um ano, em todos os casos, o prazo para início das obras.

No caso do não cumprimento da obrigação de parcelar, edificar ou utilizar, no prazo fixado no plano urbanístico local, o Poder Público poderá aplicar o imposto predial e territorial urbano progressivo no tempo.

2.3. IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE PREDIAL E TERRITORIAL PROGRESSIVO NO TEMPO

Existem duas correntes de opinião sobre a progressividade do IPTU. A primeira, que este imposto somente poderá ser progressivo quando os requisitos do artigo 182, parágrafo 4º forem cumpridos pelo Município. Essa interpretação tem como fundamento que a mensagem constitucional do artigo 156, parágrafo 1º, permite a progressividade do IPTU apenas para assegurar a função social da propriedade nos termos do artigo 182, parágrafo 4º.

Neste caso, a Constituição teria restringido a possibilidade de ser aplicada a progressividade apenas como uma sanção ao proprietário de imóvel urbano, desde que sua propriedade estivesse localizada na área delimitada no plano diretor, desde que fosse instituída lei municipal, com o intuito de especificar a destinação social para o imóvel, e a existência da lei federal de desenvolvimento urbano definindo o significado da função social da propriedade.

Sem o preenchimento desses requisitos, qualquer forma de progressividade do IPTU aplicado pelo Município passa a ser considerado inconstitucional.

Para Aires F. Barreto *o pressuposto que autoriza o emprego da progressão das alíquotas é, apenas e tão só, o uso da propriedade imobiliária em descompasso*

com sua função social, segundo as normas da lei que estatui o plano diretor da cidade. Disso resulta que a propriedade urbana que cumpre sua função social – nos termos do parágrafo 2º do artigo 182 da C.F. – jamais poderá ser alvo de imposto progressivo, senão com afronta ao disposto no parágrafo 1º do artigo 156, in fine.⁵⁷

Ayres F. Barreto conclui que à luz da nova Constituição, somente pode haver progressividade do IPTU com a exacerbação da alíquota no tempo; e para fazê-lo é de mister estar-se diante de propriedades urbanas:⁵⁸

- a) não edificadas;
- b) que não cumpram sua função social;
- c) que estejam situadas em áreas definidas pelo plano diretor;
- d) cujo proprietário, apesar de compulsoriamente instado a parcelar ou edificar, não o faça no prazo assinalado por lei;

Esse é o entendimento em Acórdão do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, proferido sobre lei concernente ao Imposto Predial e Territorial Urbano do Município de Praia Grande (Lei Municipal nº 665/89):

“Pela atual Carta Magna, o IPTU somente pode ser progressivo quando tenha caráter sancionatório, o que exige prévia existência de lei federal (Parágrafo 4º do artigo 182 da Constituição Federal) e elaboração de plano diretor, mediante lei municipal. Tudo aqui existente, como o reconhece a própria apelante, que todavia sustenta não ser progressivo, mas apenas lançado com base em alíquotas diferenciadas ou seletivas. No que nenhuma razão lhe assiste: a Lei Municipal nº 665, de 1989 estabelece efetiva progressividade do IPTU em função da localização do terreno.”⁵⁹

A segunda corrente de opinião, à qual nos filiamos, entende que é possível adotar a progressividade do IPTU prevista no artigo 156, pará-

⁵⁷ Ayres F. Barreto - A Progressividade do IPTU na Constituição de 1988, Repertório IOB de Jurisprudência - 1ª quinzena de novembro de 1990 nº21/90, pág. 356.

⁵⁸ Ayres F. Barreto, 1ª quinzena de nov de 1990, op. cit., pág. 355.

⁵⁹ Acórdão do 1º TACSP sobre apelação nº 472.224-7, relator vencedor Antonio de Pádua Ferraz Nogueira, 23 de março de 1993, Jurisprudência do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, LEX - 141, set/out de 1993, pág.172.V. Acórdão da 2ª. Câmara Civil do 1º TACSP, Apelação 497.468-5, juiz relator Rodrigues de Carvalho, 25/11/92, LEX -139 JTACSP, maio/junho 1989, pág. 141. Acórdão 3a. Câmara Civil do 1º TACSP, Apelação n. 498.911-5, juiz relator Aloisio Toledo, 29/09/92, LEX - 138 JTACSP março/abril 1989, pág. 239.

grafo 1º, de forma desvinculada dos termos estabelecidos no artigo 182, parágrafo 4º (IPTU progressivo no tempo) sem estar ferindo a Constituição. Isto é, a Constituição estabeleceu formas distintas de progressividade do IPTU de natureza fiscal e extrafiscal.

Para a perfeita aplicação desse imposto é necessário fazer um distinção entre fiscalidade e extrafiscalidade, tendo em vista o previsto no artigo 156 da Constituição que trata dos impostos municipais. De acordo com o Parágrafo 1º deste artigo, o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana poderá ser progressivo, nos termos de lei municipal, de forma a assegurar o cumprimento da função social de propriedade. Por sua vez, o parágrafo 1º do artigo 145 dispõe que, sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte.

A possibilidade do IPTU ser progressivo nos termos da lei municipal, de forma a assegurar o cumprimento da função social da propriedade, nos termos do artigo 156, parágrafo 1º, significa que o Município pode instituir a progressividade visando gravar a riqueza do contribuinte com base nos demais preceitos do sistema tributário constitucional.

O enfoque da fiscalidade é o enfoque da receita. Portanto, tem a finalidade, através da arrecadação, de constituir receita para o Estado promover suas atividades e funções em benefício da coletividade. O enfoque extra-fiscal não tem a natureza arrecadatória de tributos. A utilização da extrafiscalidade visa permitir a regulação de condutas, fazendo com que, no interesse da coletividade, esta ou aquela atividade, este ou aquele comportamento seja estimulado ou desestimulado.

O imposto predial e territorial tem como fato gerador a propriedade, isto é quem for proprietário de imóvel urbano está obrigado a pagar este imposto municipal. Portanto, a progressividade prevista no artigo 156, parágrafo 1º é requisito para a aplicação desse imposto em decorrência de sua natureza fiscal.

Segundo José Afonso da Silva é o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (artigo 156, I) que representa o gravame fiscal da propriedade imóvel, com ou sem edificação, localizada na zona urbana ou com destinação urbana. Poderá ser progressivo, nos termos da Lei Municipal, de forma a assegurar o cumprimento da função social da propriedade. A progressividade prevista no artigo 156, é genérica e pode ser estabelecida com base em critérios diferentes do estabelecido no artigo 182, parágrafo 4º que é vinculado

*a situações específicas ali indicadas, em que a aplicação da progressividade constitui sanção pelo não atendimento de regular e específica exigência do Poder Público Municipal*⁶⁰

Por ser um dos princípios da ordem econômica do ponto de vista da política urbana, a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende as exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. Por outro lado, a função social não está condicionada apenas às normas de direito urbanístico, mas sim aos valores e princípios constitucionais, dentre os quais o princípio da igualdade e da justiça social.

Não é possível separar do conteúdo da propriedade o seu elemento constitutivo de riqueza. Conforme afirmação de Hugo de Brito Machado *como riqueza, a propriedade cumpre sua função social na medida em que contribui para o custeio das despesas públicas. Assim, a progressividade aludida no parágrafo 1º do artigo 156 tem por finalidade fazer com que a propriedade, vale dizer, a riqueza, cumprir sua função social, isto é, contribuir para o custeio dos gastos públicos de forma mais equânime.*⁶¹

Para Alcides Jorge Costa o argumento da progressividade do IPTU ser somente admissível na ocorrência dos pressupostos do artigo 182, parágrafo 4º, não é procedente: *Em primeiro lugar, o parágrafo 4º do art. 182 refere-se apenas ao “solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado”. Não há menção alguma a imóveis urbanos construídos. Desta maneira, se cabível o argumento exposto no item 2.4., deveria concluir-se que a função social dos imóveis urbanos construídos é irrelevante para a Constituição. Em segundo lugar, deve perguntar-se se a única função social de um imóvel é a que se afere através do cumprimento ou não cumprimento do plano diretor.*

*Esta pergunta merece algumas considerações e certamente uma resposta negativa. Há, sem dúvida, uma função social assinalada por um plano diretor, como há outras funções que independem de qualquer plano dessa natureza. Uma dessas funções localiza-se no campo tributário. Um imóvel é signo de riqueza e, portanto, matéria tributável. Se é matéria tributável, pode a propriedade, no caso ter outra função social que não a ligada ao urbanismo ou ao reordenamento de áreas urbanas.*⁶²

⁶⁰ José Afonso da Silva - 1990, op. cit., pág. 606.

⁶¹ Hugo de Brito Machado - Progressividade do IPTU, Repertório IOB de Jurisprudência, 2ª quinzena de agosto de 1990 - nº 1690, pág. 260.

⁶² Alcides Jorge Costa, IPTU - Progressividade, RDP-93, jan/março 1990, ano 23, pág.240.

O imposto predial e territorial urbano progressivo no tempo, como sanção ao proprietário que não destinou sua propriedade a uma função social, tem natureza extrafiscal. Seu objetivo é motivar a utilização devida da propriedade urbana, de modo a garantir, nos termos do plano diretor, e do plano urbanístico local o cumprimento da função social da propriedade. A finalidade do Poder Público municipal na utilização do IPTU progressivo no tempo, não é a arrecadação fiscal, mas sim a de induzir o proprietário do imóvel urbano a cumprir com a obrigação estabelecida no plano urbanístico local, de parcelar ou edificar, de utilizar a propriedade urbana de forma a atender sua função social.

Sobre a distinção entre as formas de progressividade do IPTU, é importante a lição do Prof. Geraldo Ataliba: *fica claramente visto que, progressividade no tempo é impedida sem obediência ao artigo 182. Mas a circunstância de o próprio artigo 182 propor que pode ser estimulada, induzida – se não mesmo forçada – a edificação e a adequada utilização de imóveis urbanos, mediante a utilização de um IPTU “progressivo no tempo”, já mostra que as demais razões da progressividade (razões que não digam respeito à disciplina urbana), bem como outros critérios (que não seja o tempo), são perfeitamente tolerados. Em outra palavras: veda-se essa progressividade extrafiscal (de fins urbanísticos, sem observância, pelo Município, dos pressupostos do art. 182. Não se proíbe a progressividade fiscal.*⁶³

A progressividade do imposto predial territorial urbano pode ser fiscal e extrafiscal. A progressividade fiscal se fundamenta nos artigos 145, parágrafo 1º; artigo 150, inc. II e no artigo 156, parágrafo 1º, de modo a promover a distribuição justa da riqueza inerente à propriedade, como instrumento de realização da justiça social, sua aplicação é independente da ocorrência dos pressupostos estabelecidos no art. 182, parágrafo 4º.

A progressividade extrafiscal de natureza urbanística é destinada à promoção da política urbana, de modo a garantir que a propriedade urbana cumpra sua função social, nos termos estabelecidos no plano diretor e no plano urbanístico local. Essa progressividade, que tem o caráter de sanção, somente pode ser aplicada pelo Poder Público

⁶³ Geraldo Ataliba, IPTU - Progressividade, Cadernos de Direito Municipal RDP nº 92, jan/março 1990, ano 23, pág. 236.

municipal se forem atendidos os requisitos previstos no artigo 182, parágrafo 4º.

Para o Poder Público municipal poder aplicar o imposto predial e territorial urbano progressivo no tempo é necessário que o proprietário de imóvel urbano não cumpra o prazo da obrigação de parcelar ou edificar nos termos do plano urbanístico local. Os critérios gerais para a aplicação desse imposto devem ser definidos pela lei federal de desenvolvimento urbano, referente ao período mínimo de incidência progressiva, considerando a proibição constitucional de utilizar tributo com efeito de confisco. Com relação aos critérios e procedimentos para a aplicação da progressividade (formas de alíquotas, período de incidência das alíquotas) estes podem ser estabelecido no plano diretor ou no plano urbanístico local (lei municipal específica).

O projeto de lei de desenvolvimento urbano "Estatuto da Cidade"(PL nº5788/90), ao dispor do imposto predial territorial urbano no tempo, estabelece o prazo máximo de cinco anos de cobrança ao proprietário que não tenha cumprido com as obrigações do plano urbanístico local. Decorridos os cinco anos de cobrança do imposto, sem o proprietário ter cumprido com suas obrigações, o Poder Público poderá promover a desapropriação nos termos do inciso III do parágrafo 4º do artigo 182 (art.22 e 23).

Através deste procedimento, no caso do proprietário de imóvel urbano não atender as exigências do Poder Público para a sua propriedade ter uma destinação social, somente após sete anos contados da notificação para o parcelamento ou edificação (considerando o prazo de dois anos para conclusão da obra), poderá ser promovida a desapropriação-sanção para tornar concreta a destinação da propriedade prevista no plano urbanístico local.

Com base no princípio da razoabilidade, o critério mais adequado a ser adotado na lei federal de desenvolvimento urbano é o de fixar um prazo mínimo de incidência do imposto, além da fixação do prazo máximo. Esse prazo deveria ser de dois anos, que somado aos dois anos para a conclusão do parcelamento ou edificação confere um período razoável para o proprietário cumprir com sua obrigação, mesmo sendo um empreendimento de grande porte, sem a necessidade do Poder Público intervir com a desapropriação.

2.4. DESAPROPRIAÇÃO

A desapropriação prevista no inciso III do parágrafo 4º do artigo 182 é um dos casos de exceção ao artigo 5º, inciso XXIV da Constituição, pelo qual a desapropriação será efetuada mediante justa e prévia indenização em dinheiro. O Poder Público municipal poderá efetuar essa desapropriação no caso do proprietário deixar de cumprir com a obrigação de conferir uma destinação social à sua propriedade urbana, nos termos e prazos estabelecidos no plano urbanístico local, após o término do prazo mínimo da aplicação do imposto predial e territorial urbano progressivo no tempo.

Pela forma como está prevista no texto constitucional, essa desapropriação é um instrumento urbanístico que possibilita o Poder Público aplicar uma sanção ao proprietário de imóvel urbano, por não respeitar o princípio da função social da propriedade, nos termos do plano diretor e do plano urbanístico local.

A desapropriação se configura como sanção pelo critério definido para fins do pagamento da indenização, que será mediante títulos da dívida pública, de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais. Por ser um instrumento destinado a garantir o cumprimento da função social da propriedade, podemos caracterizar que essa desapropriação é destinada a promover a reforma urbana, isto é, promover transformações na cidade e, portanto, merece um tratamento especial.

Apesar do instituto da desapropriação ter uma legislação própria, a desapropriação para fins urbanísticos, na qual se inclui a desapropriação para fins de reforma urbana, por ser um instrumento de política urbana merece um tratamento especial na lei federal de desenvolvimento urbano. Essa regulamentação deve, em especial, dispor sobre o valor da indenização, os procedimentos para declaração de interesse social e sobre a forma de promoção da desapropriação.

A primeira questão que deve ser tratada na lei de desenvolvimento urbano é o valor a ser pago como indenização aos imóveis urbanos. O artigo 182, parágrafo 3º da Constituição determina que as desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro. É necessário estabelecer parâmetros para definir o que

significa este valor, diante das situações distintas dos imóveis urbanos, que se caracteriza pela função social da propriedade urbana.

Deve haver, em função da destinação do imóvel, critérios diferenciados para a aferição do valor da indenização. Pensar na mesma regra para o proprietário de um imóvel urbano que utiliza sua propriedade para moradia própria e para o proprietário de solo urbano ocioso ou subutilizado é provocar o desrespeito ao princípio da igualdade, pois os proprietários que respeitam a função social estariam recebendo o mesmo tratamento destinado aos proprietários que utilizam suas propriedades para fins de especulação imobiliária.

Cabe lembrar a distinção feita para estes casos na emenda popular da Reforma Urbana apresentada na Constituinte sobre a forma de pagamento do valor da indenização. No caso de desapropriação de casa própria, seria procedida mediante plena, integral e prévia em dinheiro, com a necessidade do depósito desse valor para a imissão provisória na posse.

Com essa preocupação, visando evitar injustiças, os juízes das Varas da Fazenda Pública de São Paulo, através de uma Comissão de Estudos, concluíram pela exigência de depósito do valor de mercado do bem antes da imissão na posse.⁶⁴ Essa conclusão, segundo os juízes: *tem como proposta sanar de forma definitiva a perda patrimonial do expropriado, como também de acelerar o processo expropriativo que, atualmente tem, na fase mais longa e complexa, justamente após o trânsito em julgado da sentença que fixou o preço, com grande sacrifício do expropriado.*

A defesa da necessidade de serem estabelecidos critérios diferenciados para apurar o valor se fundamenta na própria Constituição, que institui a desapropriação para fins de reforma urbana como uma das sanções a serem aplicadas nos termos do parágrafo 4º do artigo 182, pelo Poder Público municipal ao proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que não promover o seu adequado aproveitamento com base no plano diretor e no plano urbanístico local.

⁶⁴ Vários autores: Juízes de Direito das Varas da Fazenda Pública de São Paulo - Exigências do Depósito do Valor de Mercado do Bem Auto de Imissão na Posse na Desapropriação RT 669, julho/1991, pág. 243.

Na ocorrência dessa situação, o pagamento da indenização não será nem justa, nem prévia, nem em dinheiro, mas sim mediante títulos de dívida pública com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas. Se a Constituição já promove a diferenciação sobre a forma do pagamento da indenização aos proprietários dos imóveis urbanos que estiverem contrariando o princípio da função social da propriedade, a lei de desenvolvimento urbano, até pela necessidade de regulamentar esta matéria constitucional, pode perfeitamente definir critérios sobre o valor.⁶⁵

O critério que atende esse objetivo é o de não considerar, na apuração do valor da indenização, a valorização imobiliária decorrente de investimentos públicos, como também o valor referente ao potencial de construção decorrente da legislação urbanística. A introdução deste critério evita que o Município continue destinando uma significativa parcela dos seus recursos para o pagamento de indenizações de imóveis urbanos, com base no valor de mercado, sem que estes tenham de fato um uso social que atenda os interesses da comunidade.

Esses recursos passam a ser aplicados na prestação dos serviços para a coletividade, ao invés de beneficiar individualmente aqueles que se apropriaram da riqueza da cidade com a utilização do espaço urbano para fins de especulação imobiliária. Na desapropriação para fins de reforma urbana, a natureza de ser uma desapropriação sanção justifica que o valor da indenização seja inferior ao valor de mercado, como meio de respeitar o princípio da igualdade, promover a justa distribuição de benefícios e ônus da atividade urbanística e recuperar para a coletividade a valorização que se originou pela ação do Poder Público.

É preciso também não confundir o significado da expressão valor real da indenização prescrito, no inciso III do parágrafo 4º do artigo 182, com o valor justo. A compreensão do valor real está vinculado ao reconhecimento constitucional da existência de inflação em nosso país, assegurando, nesse sentido, ao expropriado, a atualização da moeda

⁶⁵ Carlos Ari Sundfeld em seu estudo sobre a Desapropriação para fins de Reforma Urbana entende que: *A indenização não precisa ser prévia nem justa, porque a Constituição não o exige no caso, em oposição ao que ocorre nas demais desapropriações urbanas (artigo 182, Parágrafo 3º) e na desapropriação para Reforma Agrária (artigo 184), deste ante o pagamento condizer a entrega dos títulos da Dívida Pública poder nos termos do que vier a prever a lei ser feito após a aquisição da propriedade pelo Município e corresponder a valor inferior ao justo, isto é, inferior ao valor do mercado". V. Desapropriação - Ed. Revista dos Tribunais - 1990.*

entre a data do pagamento e a do resgate dos títulos. Essa distinção é observada no artigo 184, pois ao dispor sobre a desapropriação para fins de reforma agrária, assegura a prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos.

Com relação ao procedimento para a declaração de uma área de utilidade pública ou interesse social para fins de desapropriação, é necessário pensar em novos critérios, visando vincular a utilização da desapropriação ao planejamento urbano aos planos e operações urbanísticas necessários para a execução da política urbana.

As áreas sujeitas a obras públicas e empreendimentos urbanísticos devem ser definidas através de planos urbanísticos que visam não somente a realização da obra mas uma intervenção mais abrangente, de modo a melhorar a qualidade de vida na cidade. Nesse sentido, cabe ao plano diretor, diante de sua atribuição constitucional, delimitar as áreas urbanas sujeitas à desapropriação para fins de reforma urbana, nos termos do artigo 182 parágrafo 4º, visando garantir que a propriedade urbana atenda a sua função social.

Esse procedimento pressupõe que o plano urbanístico seja decorrente de um processo de planejamento urbanístico democrático, no qual a responsabilidade pública pelo planejamento da cidade é de toda a coletividade e não apenas do Executivo e Legislativo.

Quanto à promoção da desapropriação, por ser de responsabilidade do Poder Público, a lei de desenvolvimento urbano poderá estabelecer aos agentes privados e sociais, para fins de desenvolver uma operação de renovação ou reurbanização urbana, a possibilidade de promover a desapropriação em nome da administração e indenizar os expropriados.

O instrumento da reurbanização consorciada, prevista no projeto de lei de desenvolvimento urbano de autoria do ex. Deputado Raul Ferraz PL nº 2.191/89, tem esta finalidade, na qual o Município, com base no plano diretor, poderá declarar de interesse social, para fins de desapropriação, imóvel urbano improdutivo ou subutilizado.

O imóvel desapropriado mediante prévia licitação poderá ser objeto de venda, incorporação, concessão real de uso, locação ou outorga do direito de superfície, para que esse imóvel tenha a destinação social prevista no plano diretor.

No edital de licitação o Poder Público poderá exigir que o vencedor da licitação promova a desapropriação em nome da administração. Como contra-partida, o licitante vencedor terá como ressarcimento receber parte dos imóveis vinculados ao empreendimento. Este instrumento poderia ser utilizado nas áreas centrais da cidade de São Paulo com grande concentração de cortiços, na qual os moradores e proprietários destes imóveis poderiam associar-se com os agentes privados.

Esses agentes privados financiariam o projeto de renovação urbana, construindo habitações de interesse social, e teriam como contra-partida o direito de obter coeficiente de aproveitamento gratuito para a construção de espaços comerciais e de serviços. Esta associação entre moradores, proprietários e agentes privados pode ser feita através de consórcios imobiliários ou cooperativas.

Por fim, o instrumento da transferência do direito de construir, como forma de pagamento da indenização ser introduzida na lei de desenvolvimento urbano. Por esse mecanismo o Poder Público ficaria autorizado a transferir potencial de construção (coeficiente de aproveitamento - solo criado), como forma de indenização, mediante acordo com o proprietário nas desapropriações para fins urbanísticos.

3. LEI FEDERAL DE DESENVOLVIMENTO URBANO

3.1. PROJETOS DE LEI DE DESENVOLVIMENTO URBANO

A União, como foi visto, tem competência para editar as normas gerais sobre direito urbanístico que têm por objetivo fixar os objetivos e diretrizes do desenvolvimento urbano. Na verdade, esta lei atende a finalidade de assentar as bases do direito urbanístico nacional, estabelecendo determinados preceitos válidos para todo o território nacional, que devem ser respeitados pelos órgãos e agentes públicos e privados.

Como foi mencionado, existem vários projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional visando regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição Federal. Dentre esses projetos, tiveram destaque nas discussões realizadas através de debates, seminários e audiências públicas promovidas nas comissões permanentes da Câmara dos Deputados,

o Projeto de Lei nº 2191/89 de autoria do Deputado Raul Ferraz, o Projeto de Lei nº 5.788/90 de autoria do Senador Pompeu de Souza denominado Estatuto da Cidade.

O Projeto de Lei nº 2191/89, do Deputado Raul Ferraz, dispõe sobre as diretrizes de desenvolvimento urbano das atividades de urbanização estabelecendo regras para a elaboração do plano diretor, os instrumentos do desenvolvimento urbano como o direito de preempção, a requisição urbanística, a transferência do direito de construir, a regulamentação do usucapião urbano constitucional, o valor da desapropriação, o Conselho Nacional do Desenvolvimento Urbano e os crimes em matéria urbanística.

Apesar da concordância sobre as matérias objeto deste Projeto Lei, o Fórum Nacional de Reforma Urbana formulou um substitutivo visando aprimorar o conteúdo do projeto, principalmente no sentido de eliminar os dispositivos que caracterizam a invasão de competência na esfera do Município, como também para tornar eficaz a aplicação dos instrumentos urbanísticos pelo Poder Público, em especial o usucapião urbano. Este substitutivo resultou na apresentação do Projeto de Lei nº 4004 de 1989 apresentado pela Deputada Lurdinha Savignon – ES.

Concomitante a tramitação desses projetos na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei – Estatuto da Cidade foi apresentado no Senado Federal e, pelo fato de ter sido aprovado nessa casa, se tornou o projeto referencial para a discussão da política urbana no Congresso Nacional (com a aprovação no Senado os demais PL estão apensados a este projeto).

3.2. AS PROPOSTAS DO ESTATUTO DA CIDADE

O Estatuto da Cidade contém as seguintes matérias:

- a) Princípios e Objetivos da política urbana;
- b) Função Social de Propriedade;
- c) Diretrizes gerais de política urbana;
- d) Instrumento de política de desenvolvimento urbano;
- e) plano diretor;
- f) Regiões metropolitanas e Aglomerações Urbanas;
- g) Conselho Nacional de Política Urbana e Agência Social de habitação;

3.2.1. PRINCÍPIOS E OBJETIVOS

A primeira curiosidade que desperta o estudo deste projeto de lei é ter uma previsão expressa em seu artigo 1º, parágrafo único, da lei ter um nome que é justamente a denominação Estatuto da Cidade. Ao tratar dos princípios e objetivos onde são estabelecidos os conceitos de política urbana, da garantia do direito à cidade, do urbanismo e do direito urbanístico.

A política urbana é compreendida como o conjunto de princípios e ações que tenham como objetivo assegurar a todos o direito à cidade e a interação desta com o ambiente rural. A garantia do direito a cidade é entendida como o conjunto de medidas que promovam a melhoria da qualidade de vida, mediante a adequada ordenação do espaço urbano e a função dos bens, serviços e equipamentos urbanísticos por todos os habitantes da cidade. O direito urbanístico é entendido como o conjunto de preceitos que disciplinam ou limitam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem estar dos cidadãos.

Considerando o processo dinâmico da apropriação e utilização do espaço urbano, seria mais adequado que estas definições e conceitos não fossem parte da lei de desenvolvimento urbano – LDU pois, diante do ritmo das mutações urbanas, cada vez mais globais e universais em razão dos novos modos de produção (na área de informática, multimídia, energia, genética), estes conceitos poderão estar totalmente envelhecidos para tratar a questão urbana no século XXI.

São considerados como objetivos da política urbana o direito dos agentes coletivos à cidade, a distribuição social dos serviços públicos e dos equipamentos urbanos e comunitários, o processo de produção do espaço urbano, a ordenação da ocupação, do uso e da expansão do território urbano e a função social da cidade. Com relação ao primeiro item, embora haja concordância em assegurar os direitos dos sujeitos coletivos à cidade, é necessário ser objeto da política urbana garantir os direitos individuais das pessoas que vivem na cidade.

3.2.2. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Uma das principais matérias contida no Estatuto da Cidade é o disciplinamento da propriedade urbana, com a definição dos critérios

que permitem identificar quando a função de propriedade é social, tais como:

- democratização das oportunidades de acesso a propriedade urbana e a moradia;
- justa distribuição dos benefícios e ônus do processo de urbanização;
- ajustamento da valorização da propriedade urbana às exigências sociais;
- correção das distorções de valorização do solo urbano;
- regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda;
- adequação do direito de construir as normas urbanísticas, aos interesses sociais e aos padrões mínimos de construção estabelecidos na LDU.

As regras de comportamento que devem ser observadas pelo proprietário de imóvel urbano, no sentido deste atender a função social, se completam com a previsão das situações que configuram abuso de direito, portanto violação do princípio da função social da propriedade, como a retenção especulativa do solo urbano não construído ou qualquer outra forma de deixá-lo subutilizado ou não utilizado; a recusa de oferecer à locação, sob qualquer pretexto, imóveis residenciais não necessários à habitação do proprietário ou seus dependentes ou a promoção de manobras especulativas, diretamente ou por intermédio de terceiros, que visem a extorsão de preços de venda ou locação.

3.2.3. DIRETRIZES GERAIS

Com relação às diretrizes, o Estatuto da Cidade prescreve que a política urbana deverá ser orientada mediante:

- gestão democrática e incentivo à participação popular na formulação e execução do plano, programas e projetos de desenvolvimento urbano;
- participação dos agentes econômicos públicos e privados na urbanização, em atendimento ao interesse social;
- ordenação e controle do uso do solo de modo a evitar a ociosidade do solo urbano edificável, a deterioração das áreas urbanizadas, a especulação imobiliária e a ocorrência de desastres naturais;

- recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização dos imóveis urbanos;
- proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído;
- proteção, preservação e recuperação do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico;
- cumprimento da função social da propriedade mobiliária, prevalecente sobre o exercício do direito de propriedade individual ou coletivo.

No estabelecimento das diretrizes gerais são estabelecidas regras específicas para o Município, uma vez que estas diretrizes devem ser observadas pela União e os Estados Federados. A política urbana municipal é considerada como um sistema integrado de políticas setoriais que disciplinam a ordenação do território, o controle do uso do solo, a participação comunitária e a contribuição social e o desfavelamento.

Entre essas diretrizes se destaca, pelo alcance social, apesar de sua denominação, a política de desfavelamento, que tem como objetivo a erradicação das condições sub-humanas de habitação, o combate aos processos expulsivos provocados pela especulação imobiliária, a reserva de área para assentamento de população de baixa renda.

Essa diretriz atende o objetivo de reduzir as desigualdades sociais e reconhecer os direitos das pessoas que vivem na cidade clandestina, como meio de combater o caráter segregativo e a existência do apartheid social em nossas cidades.

3.2.4. INSTRUMENTOS DA POLÍTICA DE DESENVOLVIMENTO URBANO

Os instrumentos para a promoção da política urbana estão discriminados, com base na sua natureza, em fiscais, financeiros ou econômicos, jurídicos, administrativos e políticos.

São considerados instrumentos de natureza fiscal, o imposto predial e territorial urbano progressivo e regressivo, e as taxas e tarifas diferenciadas. Entre os instrumentos jurídicos, são merecedores de um breve comentário o direito de preempção, o direito de superfície e, de uma análise especial, o usucapião urbano e a concessão de direito real de uso.

3.2.4.1 Direito de preempção

O Direito de preempção visa conferir ao Poder Público municipal preferência para adquirir terreno urbano objeto de alienação onerosa entre particulares. De acordo com o Estatuto da Cidade, este direito seria exercido pelo Poder Público em áreas delimitadas no plano diretor num prazo não superior a dez anos.

O direito de preempção seria exercido sempre que o Poder Público necessitar de áreas para a execução de programas habitacionais, criação de espaços públicos de lazer, implantação de equipamentos urbanos e comunitários, criação de áreas de preservação ambiental ou paisagística e constituição de reserva fundiária.

Esse instituto tem sido aplicado em outras situações, como na locação dos imóveis urbanos, onde o locatário tem preferência para adquirir o imóvel locado no caso de venda, conforme prediz o artigo 27 da nova lei do Inquilinato (Lei nº 8245/18/10/91), ou no tombamento, pelo qual o Poder Público tem este direito para aquisição do prédio tombado (art. 22 do Decreto Lei 25/37).

O objetivo dessa limitação à livre disponibilidade do imóvel urbano pelo proprietário se fundamenta na função social da propriedade e na atribuição do Poder Público Municipal de condicionar o exercício deste direito individual à política urbana.

Segundo Robert Savy, este instituto, no que se refere ao desenvolvimento urbano, tem as seguintes finalidades:

- a) *informar as autoridades públicas das alienações voluntárias que se processam no interior do perímetro estabelecido;*
- b) *aquisição do terreno pelo Poder Público, se houver interesse de sua parte;*
- c) *controlar o preço dos terrenos, através do arbitramento judicial, se o preço dos terrenos solicitado estiver muito elevado.*⁶⁶

Este instituto tem como finalidade constituir um sistema de informações públicas sobre as alienações voluntárias que se processam no interior do perímetro estabelecido, constituir um banco de áreas públicas e controlar os preços dos terrenos através do arbitramento judicial, no caso do preço dos terrenos estarem elevados.

⁶⁶ Robert Savy - Droit L'Urbanisme, Thémis - Paris, nº 186, 1981), pág. 286.

No caso da existência de discordância do preço entre o proprietário e o Poder Público, poderá ser requerido o arbitramento judicial. No arbitramento do preço a valorização decorrente de investimentos públicos será descontada.

Para utilização adequada deste instrumento é necessária a adoção de critérios de controle público sobre a compra de imóveis pelo Poder Público, em especial sobre o preço. Poderia ser estabelecida a exigência da publicação da relação de imóveis e do preço oferecido pelos proprietários ao Poder Público para que qualquer cidadão possa, num prazo de trinta dias por exemplo, denunciar irregularidades no processo de alienação.

3.2.4.2 Direito de superfície

O direito de superfície, de acordo com Clóvis Bevilacqua (Código Civil Comentado – Vol. III, pag. 21 – 1917) consiste no direito de construir ou de plantar em solo alheio, tendo sido uma das figuras do direito real em nosso sistema jurídico até 1964, quando a Lei nº 1237 de 24 de setembro daquele ano deixou de enumerá-lo entre os direitos reais sobre coisas alheias. Pelo projeto Estatuto da Cidade, o proprietário urbano, através do direito de superfície, pode conceder a outro o direito de construir em seu terreno por tempo determinado ou indeterminado.

A concessão do direito de superfície poderá ser gratuita ou onerosa, cabendo ao superficiário responder pelos encargos e tributos que incidirem sobre o imóvel. O direito de preferência é assegurado ao superficiário no caso de alienação do imóvel e, com a extinção da superfície, o proprietário passa a ter o domínio pleno sobre o imóvel.

O direito de superfície possibilita o aproveitamento dos imóveis urbanos evitando a sua ociosidade ou subutilização com base num planejamento urbanístico. Este instituto favorece a construção de equipamentos, edifícios e conjuntos habitacionais sobre terrenos urbanos vazios que estejam sem nenhuma destinação social, no qual os proprietários não possuam os recursos financeiros necessários para promover essa destinação.

O direito de superfície, ao permitir o direito de construir em solo alheio, configura a alienação de propriedade da construção e não do

solo. Aquilo que for construído pelo superficiário torna-se sua propriedade, configurando a separação do direito de construir do direito de propriedade. A concessão do direito de superfície gera um determinado objeto. A partir do momento que a superfície se destaca do solo, o concessionário adquire a propriedade da superfície, o direito de edificar e o que foi edificado se tornará de sua propriedade.

3.2.5. PLANEJAMENTO, PLANO DIRETOR E GESTÃO

Pelo Estatuto da Cidade a política urbana municipal é considerada como um sistema integrado de políticas setoriais que disciplinam a ordenação do território, o controle do uso do solo, a participação comunitária e a contribuição social. O projeto também têm a intenção de definir as diretrizes, as matérias e o processo de elaboração do plano diretor.

A interferência na competência municipal é nítida em vários destas regras, como a que estabelece o conteúdo do código de obras e edificações. Essas normas apresentam critérios muito específicos e que podem restringir a autonomia do Município na elaboração do plano diretor.

O Estatuto da Cidade, ao regulamentar o plano diretor, define o quórum de dois terços para sua aprovação na Câmara Municipal e fixa o prazo de dois anos para os Municípios aprovarem o respectivo plano diretor. Essas normas são inconstitucionais devido às matérias referentes ao processo legislativo do plano diretor serem de competência privativa do Município.

O Estatuto da Cidade também apresenta normas inconstitucionais, ao regulamentar as regiões metropolitanas, cuja competência é do Estado (art. 25, parágrafo 3º da Constituição Federal), ao definir a forma de gestão e as funções públicas de interesse comum.

Quanto ao organismo responsável em coordenar o desenvolvimento da política urbana a nível nacional, o Estatuto da Cidade constituiu o Conselho Nacional de Política Urbana, que tem por objetivo propor as diretrizes e gerir o sistema nacional de cidades. Este Conselho tem como atribuições:

- manter estudos permanentes sobre o processo de urbanização, inclusive migrações internas;

- acompanhar e avaliar a execução dos programas setoriais da agência social de habitação, dos programas de saneamento, transporte urbano e meio ambiente;
- coordenar as ações dos poderes Federal, Estaduais e Municipais de âmbito supra-regional ou local.

Na composição do Conselho, a participação popular é assegurada por meio de delegados eleitos pelas associações nacionais de representação de moradores e de entidades profissionais e de trabalhadores vinculados à área. O Conselho seria composto na proporção de um terço de representantes do empresariado urbano e um terço de representantes do Poder Público.

3.3. CRÍTICAS AO ESTATUTO DA CIDADE

Em síntese, o Estatuto da Cidade, visando dispor sobre as normas gerais de direito urbanístico estabelece:

- as definições sobre política urbana e direito urbanístico;
- as regras sobre o cumprimento da função social da propriedade urbana;
- as situações que configuram violação à função social da propriedade;
- as diretrizes gerais da política urbana;
- sistema integrado de políticas setoriais no âmbito municipal;
- os instrumentos fiscais, financeiros, jurídicos e administrativos da política urbana;
- as diretrizes e as matérias do plano diretor, bem como os critérios sobre o processo de elaboração;
- critério sobre a organização e as funções das regiões metropolitanas;
- Conselho Nacional de Política Urbana.

O Estatuto da cidade tem o mérito de precisar os preceitos sobre a propriedade urbana, permitindo a verificação sobre o cumprimento da função social, valendo como normas determinantes aos Municípios na formulação do plano diretor. Outra medida importante para garantir o

respeito ao princípio constitucional da função social é a discriminação das situações em que configure a sua violação.

Quanto aos instrumentos da política urbana, é onde o Estatuto da cidade demonstra um excessiva carência, pois regulamentou apenas o direito de preempção e o direito de superfície, não dispendo sobre os demais instrumentos previstos nos Projetos de Lei dos Deputados Raul Ferraz e Lourdinha Savignon, da requisição urbanística, da reurbanização consorciada, solo criado, transferência do direito de construir.

O usucapião urbano não foi regulamentado da maneira devida para a sua aplicação, como por exemplo a falta de previsão do procedimento processual a ser adotado para a promoção da ação judicial, a falta de previsão do usucapião coletivo, de permitir a restrição das áreas sujeitas ao usucapião urbano pelo plano diretor.

O direito de construir também não é devidamente regulamentado pela forma como foram previstos o solo criado e a transferência do direito de construir. O Estatuto da Cidade não confere um tratamento adequado ao solo criado, apesar de dispor de uma importante regra pelo qual o índice de aproveitamento máximo para construção será de uma vez a área do terreno enquanto não for aprovado o plano diretor, não está prevista a competência do Poder Público municipal para alienar o direito de criar solo aos particulares com base nos critérios estabelecidos no plano diretor, visando implementar os objetivos da política urbana.

A transferência do direito de construir não está previsto no Estatuto da Cidade, sendo necessário a sua inclusão como um dos instrumentos urbanísticos da lei de desenvolvimento urbano.

A regulamentação do artigo 182, parágrafo 4º, também merece crítica, pois os critérios definidos dificultam aos Municípios a aplicação dos instrumentos destinados a garantir o cumprimento da função social da propriedade.

Essa dificuldade se encontra no estabelecimento do prazo para o parcelamento em edificações compulsórias, que não podem ser superior a dois anos a partir da notificação, salvo para obras de grande porte, sendo de um ano em todos os casos o prazo para início das obras. Esta regra não deixa clara se o prazo de dois anos é para a apresentação e aprovação do projeto urbanístico pelo Poder Público, se é para o início das obras ou na conclusão. Tendo em vista que se trata de uma

obrigação, o prazo máximo deve ser entendido para fins da conclusão da obra.

O Estatuto da Cidade fixa o prazo máximo de cinco anos para o Município aplicar o imposto territorial urbano, cujo termo inicial seria a data da notificação para o parcelamento ou edificação compulsórios. Esse prazo, a nosso ver, é muito extenso diante da necessidade deste imóveis atenderem o interesse da coletividade mediante uma destinação social. Ao invés de permitir ao Poder Público uma intervenção mais enérgica e eficaz, estaria beneficiando os proprietários desse imóveis ociosos ou subutilizados.

Como última crítica ao Estatuto da Cidade a ser analisado, diz respeito à regulamentação do plano diretor e das regiões metropolitanas na lei de desenvolvimento urbano. Essa crítica se fundamenta na autonomia das entidades federativas, na qual as matérias do plano diretor são de competências municipais e as relacionadas com as regiões metropolitanas são de competência estadual. A intenção de definir as etapas do processo de elaboração do plano diretor, bem como o seu conteúdo, fere frontalmente as normas constitucionais que determinam ao Município a competência para dispor sobre esta matéria de acordo com as peculiaridades locais.

3.4. MATÉRIAS DA LEI DE DESENVOLVIMENTO URBANO

A lei de desenvolvimento urbano deve estar voltada para a regulamentação das matérias que expressamente ou implicitamente dependam da iniciativa da União. As normas gerais de direito urbanístico se destinam à fixação das diretrizes e dos instrumentos que deverão ser observados e aplicados na atuação dos Estados e Municípios para a promoção da política urbana.

Considerando as competências constitucionais previstas para União, Estado e Municípios, consideramos que a lei de desenvolvimento urbano deve conter as seguintes matérias:

- a) Princípios da Política Urbana;
- b) Diretrizes gerais da Política Urbana;
- c) Regular o artigo 182 parágrafo 4º da Constituição Federal, com relação aos procedimentos e critérios para aplicação do

parcelamento ou edificação compulsórios, IPTU progressivo no tempo e desapropriação para fins de reforma urbana.

- d) Instituir e regulamentar o direito de preempção; direito de superfície; usucapião urbano; concessão de uso de acordo com o artigo 183, par. 1º da C.F.; solo criado; transferência do direito de construir; desapropriação para fins urbanísticos; reurbanização consorciada; operação urbana;
- e) Estabelecer normas gerais sobre o plano diretor;
- f) Estabelecer o sistema de gestão da política urbana através do Conselho Nacional de Política Urbana;
- g) Tipificar os crimes em matéria urbanística.

A Constituição confere à União competência para instituir as diretrizes gerais sobre desenvolvimento urbano, habitação, saneamento básico e transportes urbanos, o que pressupõe a sua responsabilidade em promover a articulação dessas políticas, compatibilizando as estratégias, prioridades e instrumentos de intervenção.

A criação de um Conselho Nacional de Política Urbana atende a necessidade da existência de um órgão que estabelece as diretrizes relativo à política habitacional, de saneamento básico, de transporte urbano e outras vinculadas ao desenvolvimento urbano.

Quanto ao plano diretor, o usucapião urbano e a concessão de uso são merecedores de um breve comentário por serem considerados pela Constituição como instrumentos da política urbana.

3.4.1. USUCAPIÃO URBANO

3.4.1.1. Finalidade e requisitos constitucionais

O usucapião urbano, na verdade, cumpre simultaneamente duas finalidades diante da realidade de milhões de famílias brasileiras pobres, por estado de necessidade social, estarem vivendo em favelas, cortiços, conjuntos habitacionais invadidos e loteamentos irregulares na chamada cidade clandestina.

A primeira, como um instrumento de regularização fundiária assegurar o direito à moradia desses segmentos sociais. A concretização dos direitos urbanos dessa população, visa reverter o quadro de desi-

gualdade social existente pois, devido a mercantilização e monopolização da propriedade urbana e o crescimento da pobreza, houve um processo de exclusão da maioria da população do mercado formal de habitação, gerando como alternativa de sobrevivência a ocupação de terras vazias e de imóveis abandonados ou a submissão as regras de exploração moral, física e econômica nos cortiços.

A segunda finalidade é garantir o cumprimento da função social da propriedade, de modo a tornar auto aplicável este princípio que deve ser considerado como um poder a ser exercido coletivamente contra os abusos de direito, o uso nocivo da propriedade ou do não uso, especialmente por aqueles que não são proprietários e sofrem diretamente as consequências da monopolização da propriedade e da especulação imobiliária.

Apesar da proposição da emenda popular não ter sido aprovada na íntegra o usucapião urbano, previsto no artigo 183 da Constituição, foi sem dúvida uma das principais conquistas dos movimentos sociais na Constituinte.

O usucapião urbano é uma forma originária de aquisição da propriedade domínio. De acordo com o artigo 183, este direito é assegurado para aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, que não seja proprietário de outro imóvel urbano e rural.

Na leitura dessa norma constitucional se verifica como requisitos para obtenção da aquisição da propriedade em domínio:

- a) a posse de área urbana com metragem máxima de duzentos e cinquenta metros quadrados;
- b) a posse da área urbana ser no mínimo de 5 (cinco) anos;
- c) a posse ser ininterrupta e sem oposição, com ânimo de dono;
- d) a posse da área urbana ser utilizada para sua moradia ou de sua família;
- e) não ser proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

As demais regras a serem observadas com base no artigo 183 se referem ao título de domínio, que será conferido ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil, ao direito do usucapião urbano ser reconhecido aos mesmos possuidores mais de uma

vez, e do impedimento dos imóveis públicos serem adquiridos por usucapião.

Diante das várias situações de fato que configuram a posse coletiva de terras urbanas, como as favelas, a principal questão é verificar a possibilidade das comunidades que tenham a posse comum dessas terras poderem requerer coletivamente o usucapião urbano.

3.4.1.2. Auto-aplicabilidade do Usucapião Urbano

Primeiro, é importante esclarecer que o artigo 183, como norma constitucional, tem aplicação imediata, se configurando de acordo com a classificação de José Afonso da Silva quanto ao grau de eficácia, como norma de eficácia plena, pois a aquisição do domínio decorre do atendimento aos requisitos constitucionais mencionados, a ação de usucapião urbano tem por finalidade provocar a declaração desse direito pelo Poder Judiciário, no sentido de conferir uma segurança jurídica a posse destinada para fins de moradia, mediante a aquisição de domínio titulação formal ao domínio adquirido pela posse moradia. Cabe esclarecer que os proprietários do imóveis urbanos que se encontram nessa situação contém vários institutos jurídicos de proteção aos seus direitos como os interditos possessórios. No caso do usucapião extraordinário por exemplo, o prazo da prescrição aquisitiva é de vinte anos.

A proposição da emenda popular visava garantir para todo cidadão que, não sendo proprietário urbano, detivesse a posse não contestada por três anos, de terras públicas ou privadas até o limite de 300 m², utilizando-a para sua moradia e de sua família, a aquisição do domínio independente de justo título e boa fé. Com relação aos terrenos contínuos ocupados por dois ou mais possuidores poderem ser usucapidos coletivamente, através de entidade comunitária, sendo obedecido o procedimento sumaríssimo.

Com relação à eficácia do usucapião urbano, para efeito de sua aplicação imediata, já foi matéria dos Tribunais a contagem do prazo da prescrição aquisitiva, considerando ou não os anos anteriores a vigência da Constituição Federal.

Apesar dessa questão estar na prática superada, pelo fato de já ter percorrido o período de cinco anos contados da promulgação da Cons-

tuição em 5 de outubro de 1993, é importante ressaltar a existência em nossos tribunais de duas posições bem nítidas. A primeira se limita em restringir a eficácia do usucapião urbano, por defender que uma norma instituidora de direito novo não pode retroagir para prejudicar o titular de domínio. A prescrição começa a correr somente após a vigência da Constituição, pois o princípio constitucional garantidor do direito à propriedade privada não pode ser surpreendido com alterações de ordem jurídica que anulem sua eficácia, em respeito ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido.

O argumento básico dessa linha de pensamento é a afirmação da prescrição aquisitiva contrapor-se à extinção do direito do proprietário que, confiante na vigência de um prazo bem mais longo, poderá ser surpreendido de repente com um pedido de cinco anos, restando talvez sem nenhuma defesa em certos casos. Diante da falta de compreensão histórica do significado da função social da propriedade no Brasil urbano, onde aproximadamente 80% da população vive nas cidades, os defensores dessa posição negam a sua função de juiz-cidadão ao deixar de assegurar o direito de moradia dos grupos sociais emergentes nas cidades, ocasionando, por consequência o crescimento dos conflitos urbanos.

A segunda posição existente nos tribunais demonstra um comportamento condizente com o papel do Judiciário como aplicador do direito e mediador dos conflitos sociais, ao realizar uma interpretação de legitimação de aspirações sociais no sentido de conferir a eficácia plena ao usucapião urbano como instrumento de Reforma Urbana.

Essa posição é retratada no acórdão pertencente à 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo (A., p. 106. 162. /14/2/89) em que foi relator o Des. César Peluzo:⁶⁷ *Sempre se reconheceu, com efeito que*

⁶⁷ Artur Marques da Silva Filho em seu estudo sobre o usucapião urbano, ao analisar essa decisão, manifesta sua concordância quanto à defesa da auto-aplicabilidade do artigo 183 por entender que: "não há por que cogitar-se em direito adquirido do proprietário ou qualquer outra fórmula jurídica que impeça o exercício desse direito constitucional. Não há justificativa constitucional para aquele que descuroou-se por mais de cinco anos de sua propriedade, ao invés de mantê-la produtiva, descumprindo a sua função social. O Usucapião na Atual Constituição - Revista dos Tribunais - 657, pág. 68 - julho 1990.

libertas ao princípio da irretroatividade, as normas constitucionais apanham, como leis de natureza política, de interesse geral, toda situação pendente, sem que os cidadãos possam opor-lhes, salvo restrição do mesmo escalão normativo, alegação do direito adquirido. E que o fundamento da prescrição no plano político social é de ordem pública e visa a estabilização das situações jurídicas de modo que, quando o legislador encurta prazo de posse de usucapio nem intervém para catalizar o processo de sedimentação dos direitos de propriedade, e suas regras devem, em consequência, se não dispõem em contrário, ser tidas de aplicação imediata e indiscriminada.

Para os objetivos da política urbana serem atingidos, não é possível admitir que o exercício do direito de propriedade não sofra mutações, para ser compatível com o atual período histórico de crescimento dos aglomerados urbanos, e da necessidade de construir como pensamento hegemônico, o valor de uso social da cidade e da propriedade, em oposição ao valor de uso mercantil, predatório e selvagem dos territórios urbanos.

A defesa da auto aplicabilidade do usucapião urbano implica em considerar que o direito adquirido não pode existir quando for contrário a ordem jurídica constitucional. Essa defesa implica também em impedir a ocorrência de inversão de valores, na qual se garanta privilégios e benefícios para os proprietários que não deram sua destinação social aos seus imóveis.

O reconhecimento da eficácia plena do artigo 183 visa a concretização dos direitos das comunidades carentes, que através da posse coletiva para fins de moradia dos espaços urbanos da cidade clandestina estão promovendo o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade.

A valoração dessa norma é de conferir a prevalência da legitimidade informal de uma posse individual ou coletiva, para fins de moradia que cumpre sua função social sobre a legalidade formal do título de propriedade.

O objetivo a ser alcançado é permitir que uma situação de fato se transforme em situação de direito, mediante a declaração do direito à moradia, gerando o domínio para aqueles que concretizaram uma destinação social a propriedade urbana, mediante a utilização e posse para fins de moradia de um imóvel que se encontrava em situação de abandono, configurando nenhum tipo de benefício para a coletividade.

3.4.1.3. A viabilidade do usucapião urbano coletivo

A incorporação das áreas ocupadas por populações de baixa renda na cidade legal foi a razão da previsão constitucional do usucapião urbano como instrumento de regularização fundiária.

O tipo de posse existente nessas áreas urbanas, como a favela, onde a comunidade tem a posse comum ou coletiva, configura a compossesse prevista no artigo 448 do Código Civil, no qual cada possuidor tem a posse sobre partes ideais da coisa, exercendo-a de modo que não se exclua igual direito por parte de cada um dos compossuidores. Os efeitos jurídicos da posse que é mantida por uma pessoa tem a mesma validade para a posse que é mantida de forma coletiva. O principal é caracterizar a compossesse existente nesses espaços físicos onde a comunidade através de regras de uso do solo informais convencionam as áreas destinadas para cada morador e a as áreas comuns a todos como, a igreja, escola, centro comunitário, creche, sede da Associação dos Moradores, as vielas, locais para lavagem de roupa, depósitos de lixo, etc.

Dalmo Dallari, em seu estudo sobre o usucapião urbano,⁶⁸ admite que havendo a compossesse, com os requisitos exigidos para a configuração da posse e suas decorrências, que se peça o usucapião coletivo. Analisando a finalidade do artigo 183, entende que *a expressão “aquele que possui” não implica “possuir sozinho” Quem possui em comum, o compossuidor, pode ser referido como “aquele que possui”, assim como o condomínio estará incluído nos dispositivos legais que fizerem referência àquele que for proprietário. No caso do artigo 183 da Constituição pode-se afirmar, com absoluta segurança, que o constituinte sabia que a posse urbana para moradia é sempre coletiva, sendo extremamente rara as exceções. Estas, por sua raridade e por sua pequena expressão social, não justificariam uma disposição constitucional inovadora. Assim, portanto, sem qualquer sombra de dúvida, o artigo 183 da Constituição Brasileira permite que se use o caminho tradicional do usucapião para, tendo por base a posse comum, se obter o usucapião coletivo.*

A caracterização da posse coletiva e o preenchimento dos demais requisitos constitucionais, visando conferir o grau máximo de eficácia a

⁶⁸ Dalmo de Abreu Dallari - Usucapião Coletivo, Rev. Inf. Legislativa a. 29 n° 115 jul/set. 1992, pág. 379/380.

essa norma constitucional, são os elementos suficientes para a admissão do usucapião urbano coletivo.

Sobre o caminho a ser perseguido para concretizar esse direito coletivo com base no artigo 5º, XXI da Constituição Federal, que confere legitimidade para as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, representar seus filiados judicial e extrajudicialmente, é possível fundamentar que as associações comunitárias representativas dos moradores das áreas ocupadas de forma coletiva para fins de moradia tenha legitimidade para promover a ação de usucapião urbano coletivo. Na verdade, a associação comunitária atua, com base nas atribuições estatutárias, como representante dos moradores da comunidade para a obtenção do direito de moradia através do usucapião.

Jacques Távora Alfonsin em seu trabalho "Usucapião - Moradia de Base Constitucional"⁶⁹ ao verificar se a entidade associativa atua na posição de representante ou substituto dos possuidores entende: "*posição mais adequada as finalidades do artigo 183 da Constituição Federal a legitimação da pessoa jurídica como representante, particularmente se considerando que no polo ativo da relação processual o seu interesse principal será obter sentença que possibilite registro, em nome de cada possuidor, seu associado da parte real, respectiva, dentro da posse múltipla.*"

O principal problema levantado quanto ao usucapião coletivo diz respeito a um dos requisitos constitucionais da metragem quadrada da área urbana possuída se igual a 250 m² que significa que cada compossuidor tem o direito no máximo sobre essa metragem. Nesse sentido, o aspecto físico-urbanístico será relevante para elucidar as dúvidas quanto à posse de cada possuidor de uma área possuída coletivamente.

A adoção de um memorial descritivo semelhante ao exigido para o parcelamento do solo na abertura de loteamentos, onde através de um planta ou croquis seja desenhada a situação de fato com a medição real dos espaços ocupados individualmente e das áreas comuns, é condição básica para possibilitar ao juiz a convicção necessária para declarar a

⁶⁹ Jacques Távora Alfonsin - Usucapião - Moradia de Base Constitucional - Aconteceu na justiça - Instituto Apoio Jurídico Popular - FASE, pág. 9 - julho 1991.

aquisição do domínio para cada um dos possuidores diante de uma posse coletiva.⁷⁰

A previsão no parágrafo 1º do artigo 183, do título de domínio e a concessão de uso serem conferidas ao homem ou a mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil, tem como princípio norteador o da igualdade entre o homem e a mulher. Pela mensagem do parágrafo 1º do artigo 183, deve ser considerada a situação de fato do estado das pessoas e não a situação legal para a conferência do título de domínio, pois o que importa é o cumprimento dos requisitos constitucionais do usucapião urbano para a aquisição desse título.

3.4.1.4. Usucapião Urbano e Lei de Desenvolvimento Urbano

Os aspectos jurídicos do usucapião urbano, por serem inovadores e complexos e devido à sua natureza, ser um instrumento de política urbana, deve ser matéria obrigatória da lei federal de desenvolvimento urbano. A regulamentação desse instituto é fundamental até para evitar interpretações de bloqueio de Poder Judiciário, restringindo o seu alcance e finalidade de promover a integração social dos setores marginais. Na sua regulamentação devem ser estabelecidas as seguintes regras:

- A equiparação ao usucapiente para efeito de reconhecimento de usucapião especial de imóvel urbano ou adquirente de terreno de loteamento irregular;
- O juiz na ação de usucapião urbano cumprir com a legislação urbanística pertinente à habitações de interesse social, atendendo aos princípios de justiça social e equidade e a função social da propriedade;
- O juiz atribuir, na sentença, igual fração ideal de terreno a cada possessor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os condô-

⁷⁰ Nesse sentido é importante a lição de Jacques Távora Alfonsin sobre a forma de operacionalizar o usucapião urbano coletivo: *“No caso de a iniciativa partir dos possuidores, autores a inicial acompanhada de croquis capaz de revelar ao juiz e ao réu tanto a todo unitário, como a partes reais individualizadas, da posse múltipla, terá de sublinhar a possibilidade jurídica do pedido, consubstanciada no tempo dessa posse 5 (cinco) anos, na sua finalidade convergente à moradia, tanto do ponto de vista individual como do ponto de vista coletivo, e no enquadramento autônomo de cada parte real, dentro do limite de 250.00 m² do espaço físico possuído”*, Jacques Távora Alfonsin; 1991, op. cit., pág. 12.

minos, homologado pelo Município, estabelecendo frações ideais diferenciadas;

- Permitir a soma dos períodos anteriores de posse para fins de contagem do prazo de cinco anos, desde que a posse do seu antecessor sejam contínuas, sem oposição e destinadas para moradia
- O Município, em comum acordo com os condôminos, promover e executar a urbanização ou reurbanização do terreno objeto de usucapião especial coletivo urbano;
- Adoção do procedimento sumaríssimo para ação de usucapião urbano;
- Conferir legitimidade à associação de comunidade para promover ação de usucapião especial coletivo de imóvel urbano.

Com a adoção do procedimento sumaríssimo devem ser reconhecidos como partes legítimas⁷¹:

- a) o possuidor, individualmente, ou em litisconsórcio;
- b) possuidores em estado de composesse;
- c) Associação de Moradores da Comunidade;
- d) O Ministério Público.

Devido a aquisição da propriedade pelo usucapião ser um modo originário da aquisição decorrente da posse sem contestação pelo prazo de 5 (cinco) anos, é necessária a previsão do usucapião urbano poder ser invocado como matéria de defesa, valendo a sentença que o reconhecer como título para registro no Cartório de Imóveis.

O último aspecto a ser ressaltado é sobre a possibilidade dos possuidores obterem judicialmente a legitimação de posse ao invés da aquisição do domínio. Para alcançar esse objetivo os projetos de lei Raul Ferraz e Lourdinha Savignon, contém a ação de legitimação de composesse comunitária. Através desta ação os possuidores obterão o reconhecimento judicial da legitimidade de sua posse sobre o imóvel, valendo a sentença como título de composesse comunitária, que ficará sob

⁷¹ A definição do procedimento sumaríssimo para o usucapião urbano foi defendida na Assembléia Nacional Constituinte como também nas Constituintes Estaduais através das emendas populares de Reforma Urbana. A defesa desse procedimento nas Constituintes Estaduais foi promovida com base na competência concorrente do Estado legislar sobre procedimentos em matéria processual. Apesar dessa competência constitucional o procedimento sumaríssimo não foi aprovado nas Constituições Estaduais.

a administração da Associação de Moradores do Município, devendo esta sentença ser registrada no Cartório de Registro de Imóveis.

3.4.1.5. O Papel do Município

Para a promoção do usucapião urbano pelas comunidades de baixa renda deve ser compreendida, na execução da política urbana pelo Poder Público, principalmente o municipal, como missão, a prestação do serviço de assistência jurídica gratuita para os grupos sociais marginalizados terem acesso à justiça e ao serviço de assistência técnica para efeito de demonstrar e comprovar os requisitos constitucionais no aspecto físico e urbanístico, através dos instrumentais necessários que serão exigidos pelo Poder Judiciário.

A prestação do serviço de assistência jurídica, através da Defensoria Pública pelo Estado, ou por órgãos equivalentes no Município, como também pelas organizações não governamentais de assessoria jurídica reconhecidas pela comunidade, é condição essencial para atingir os objetivos do artigo 183 da Constituição Federal.

O Poder Público tem como tarefa promover e executar a urbanização ou reurbanização de terreno objeto do usucapião urbano coletivo. A participação de Poder Público Municipal se justifica com base na competência comum de promover a melhoria das condições habitacionais de saneamento básico e de combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização promovendo a integração social dos setores desfavorecidos.

Outra proposta importante é do Município, em comum acordo com os condôminos, promover e executar a urbanização ou reurbanização de terreno objeto do usucapião urbano coletivo. A participação de Poder Público municipal se justifica com base na competência comum de promover a melhoria das condições habitacionais de saneamento básico e de combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização promovendo a integração social dos setores desfavorecidos.

Essa competência constitucional justifica estabelecer, como objetivo da política urbana, a promoção da urbanização e regularização fundiária das áreas ocupadas pela população de baixa renda. Para alcançar esse objetivo o Poder Público municipal deve exercer as seguintes missões:

- a) prestar o serviço de assistência jurídica para a população e comunidade de baixa renda visando assegurar o acesso à Justiça;

- b) prestar o serviço de assistência técnica, para verificar a situação de fato quanto as áreas de posse individual e as de posse comum (levantamento topográfico, elaboração de planta, memorial descritivo, etc).
- c) desenvolver trabalho social com a comunidade, visando a urbanização e a regularização fundiária;
- d) assegurar a participação da comunidade na formulação e execução do plano de urbanização;
- e) promover a urbanização de modo a incorporar esses espaços urbanos à cidade legal, como meio de viabilizar os direitos urbanos aos setores sociais marginalizados.

Com relação à melhoria das condições habitacionais, de modo a conferir um padrão digno de vida às comunidades carentes, uma medida que deve ser adotada é a prevista no Projeto do Deputado Raul Ferraz, da possibilidade dos condomínios se associarem em cooperativa popular urbanizadas para o fim de promoverem por si próprio (sistema de auto-gestão-mutirão) ou por terceiros, a construção, a reforma, ou ampliação de suas moradias, bem como a realização de benfeitorias e instalação de equipamentos urbanos e comunitários. Para consecução destes fins a cooperativa popular constituído pelos condomínios do terreno usucapiado poderá contrair empréstimo, sob garantia hipotecária destinada à aquisição de ferramentas e materiais de construção e, quando for o caso, à contratação de terceiros para prestação de serviços relacionados com as finalidades da sociedade.

3.4.1.6. A Função do Plano Diretor

O plano diretor, diante da natureza e finalidade do usucapião urbano como instrumento de regularização fundiária, que deve ser aplicado para o cumprimento da função social da propriedade urbana, pode definir as áreas onde estão situadas a população de baixa renda passíveis de serem usucapidas coletivamente (favelas, cortiços, loteamentos irregulares) como áreas especiais de interesse social, que deverão ser urbanizadas pelo Poder Público municipal.

A fixação pelo plano diretor dessas áreas para fins de moradia, através de um zoneamento especial de interesse social, visa assegurar a manutenção das comunidades nesses espaços urbanos que, pelo processo de urbanização e regularização fundiária, passa a incorporar a cidade legal.

As zonas especiais de interesse social ZEIS podem também ser instituídas por leis específicas, estabelecendo um programa de ação mediante planos urbanísticos específicos para fins de urbanização e regularização fundiária dos espaços urbanos onde vivem as comunidades carentes. Nesse sentido, vários Municípios, como será visto mais adiante através do plano diretor ou de legislação específica, já adotaram a ZEIS como instrumento de regularização fundiária (Porto Alegre, Recife, Natal, João Pessoa, Jaboatão, Diadema, Santo André, Goiânia, Santos).

3.4.2. CONCESSÃO DE USO CONSTITUCIONAL

Na Assembléia Nacional Constituinte, como já vimos através da emenda popular de reforma urbana, foi defendida a proposta do usucapião urbano para as áreas públicas que não foi aprovada. De acordo com o Parágrafo 3º do artigo 183, os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

No mesmo dispositivo constitucional que regulamenta o usucapião urbano, no qual proíbe a sua aplicação para imóveis públicos, o seu parágrafo 1º dispõe que o título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou a mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. Tendo em vista que através do usucapião urbano se adquire de forma originária o domínio de terras privadas, qual seria o motivo da previsão da concessão de uso no artigo 183 da Constituição Federal?

Recordando que o usucapião urbano tem por finalidade, como instrumento de regularização fundiária, assegurar o direito à moradia de quem está na posse de uma área urbana destinando-a para essa finalidade, a concessão de uso, por ser parte integrante dessa norma constitucional dirigente da política urbana, deve ter a mesma finalidade.

Isto é, tendo em vista que o usucapião urbano serve para garantir uma destinação social para os imóveis urbanos privados, visando atender a função social da propriedade, a concessão de uso deve ser utilizada para atingir esse objetivo com relação aos imóveis públicos urbanos. Quando se fala em função social da propriedade urbana esse princípio é norteador como condição de garantia tanto para o exercício da propriedade urbana privada como pública.

Sendo mais objetivo, a concessão de uso é garantida para aquele que possuir como sua área pública urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

A concessão de uso deixa de ser uma faculdade do Poder Público para efeito de promover a regularização fundiária das áreas ocupadas pela população de baixa renda. A garantia do direito das comunidades que possuem coletivamente uma área que vem sendo utilizada para fins de moradia se efetivou com a vigência da Constituição. Essa norma constitucional, de forma idêntica ao usucapião urbano, caracteriza a concessão de uso como direito subjetivo, que deve ser declarado mediante provocação dos interessados pelo Poder Judiciário.

Miguel Baldez, no seu trabalho sobre Usucapião Urbano Especial, ao analisar a previsão da concessão de uso no parágrafo 1º do artigo 183, admite o usucapião urbano para a categoria dos bens públicos dominicais pelas seguintes razões:

- a) *Quanto ao conceito da concessão de uso; tratando-se de direito à propriedade, direito, deve ser compreendida como concessão de direito real de uso;*
- b) *Em determinadas situações, a sentença de usucapião, ao invés de reconhecer o domínio pleno do imóvel deve limitar-se a reconhecer o direito (concessão) real de uso;*
- c) *Com a proibição do usucapião sobre imóveis públicos, a Constituição Federal deixou aos intérpretes a tarefa de distinguir, entre as espécies de imóveis públicos, aqueles suscetíveis de aquisição por usucapião;*
- d) *Considera como espécie de imóvel público suscetível de usucapião (excluindo os bens de uso comum e os afetados aos serviços públicos) o bem dominial, que é aquele que o Poder Público possui como se fosse particular;*
- e) *Preenchidos os requisitos para a aquisição do usucapião, a sentença limitar-se-á a conceder sobre o imóvel usucapido o direito (concessão) real de uso.⁷²*

⁷² Miguel Lanzellotti Baldez - Conselhos Populares e Usucapião Especial Urbano Centro de Defesa de Direitos Humanos/Petrópolis - pág. 25, 1991.

A nosso ver, não é possível aceitar essa tese do usucapião para categoria de bens públicos não somente pela proibição expressa no texto constitucional, como em razão das próprias características da categoria dos bens dominicais que não estão afetados diretamente a uma finalidade pública são considerados bens patrimoniais disponíveis como objeto de direito pessoal ou real. Esses bens podem ser utilizados pela Administração, podendo esta promover a alienação mediante autorização legal. Essas características justificam a defesa da concessão de uso ser reivindicada pelos particulares como direito subjetivo perante o Poder Público desde que atendam os requisitos constitucionais do artigo 183 da Constituição.

A concessão de direito real de uso é regulamentada pelo artigo 7º do Decreto-Lei Federal nº 271 de 28/12/67, que pode ser instituído para terrenos públicos ou particulares, remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra ou outra utilização de interesse social.

Se antes da Constituinte já existia um sentimento favorável de vários setores envolvidos com a questão urbana na defesa da concessão de direito real de uso, como instrumento de adequar a propriedade a sua função social, de evitar a ociosidade do solo urbano edificável, e de inviabilizar a especulação imobiliária dos terrenos públicos, e de promover e favorecer atividades produtivas nestes espaços urbanos de interesse social, a previsão da concessão de uso, como direito subjetivo, passa a ser mais um elemento para considerar como comando político-jurídico da nova ordem constitucional a necessidade da realização da reforma urbana.

A Lei Orgânica de Porto Alegre, à luz do texto constitucional, por exemplo, pelo artigo 1º das disposições transitórias, garante aos ocupantes de área de propriedade do Município, de suas autarquias, de empresas públicas e sociedades de economia mista, não urbanizada ou edificada que estabeleceram moradia até 31 de janeiro de 1989 e que não sejam proprietários de outro imóvel, a concessão de direito real de uso conforme regulamentação em lei complementar.

Na Constituição do Estado da Bahia, com base na competência concorrente de legislar sobre direito urbanístico e procedimentos em matéria processual, foi estabelecida a garantia do uso coletivo da

propriedade urbana ocupada pelo prazo mínimo de cinco anos, por população de baixa renda, desde que requerida em juízo por entidades representativas da comunidade local, legalmente reconhecida, à qual caberá a concessão de uso.

A concessão de uso, nos termos previstos no artigo 183, parágrafo. 1º da Constituição, é matéria da lei de desenvolvimento urbano por ter a mesma finalidade do usucapião urbano, no sentido de ser um instrumento de regularização fundiária nas áreas públicas ocupadas pelas comunidades de baixa renda.

Os imóveis públicos pertencentes à categoria dos bens públicos dominicais são suscetíveis da concessão de uso nos termos do artigo 183 parágrafo 1º, uma vez que este direito é garantido para aquele que preencher os mesmos requisitos referentes ao usucapião urbano. Este direito deve ser reconhecido às pessoas e comunidades de baixa renda localizadas nas áreas públicas dominicais que preencham os seguintes requisitos:

- a) Posse de área urbana com metragem máxima de duzentos e cinquenta metros quadrados;
- b) A posse da área urbana ser no mínimo de 5(cinco) anos;
- c) A posse ser ininterrupta e sem oposição, com ânimo de dono;
- d) A posse da área urbana ser utilizada para sua moradia ou de sua família;
- e) Não ser proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

A lei de desenvolvimento urbano, para assegurar o alcance social dessa norma constitucional, deverá conter o seguintes preceitos:

- a) obrigatoriedade do Poder Público municipal outorgar a concessão de uso para aqueles que estiverem na posse de área pública da classe dos bens dominicais, e atendam os requisitos constitucionais do artigo 183;
- b) estabelecer o prazo máximo de duração da outorga da concessão de uso via administrativa ou judicial;⁷³

⁷³ No Projeto de Lei da Deputada Lourdinha Savignon, a regulamentação do Parágrafo 1º do artigo 183 da Constituição Federal está previsto da seguinte maneira: As ações de usucapião de terras públicas dominicais, a sentença que reconhecer o domínio do autor ou autores instituirá como título a concessão do direito real de uso por prazo não inferior a cinquenta anos.

- c) aplicar à concessão de direito real de uso, no que não for contrário à sua natureza, as disposições relativas ao usucapião urbano (ação coletiva, rito sumaríssimo, legitimidade das partes, efeitos da sentença);
- d) atribuir ao plano diretor a competência para definir as áreas públicas sujeitas à regularização fundiária através da concessão de uso, através da criação das zonas especiais de interesse social.

Na promoção da regularização fundiárias das áreas públicas, mediante a outorga da concessão de uso, é essencial a lei de desenvolvimento urbano dispor sobre a obrigatoriedade da prestação da assistência jurídica gratuita pelo Poder Público.

3.4.3. PLANO DIRETOR

A lei de desenvolvimento urbano deve, no tratamento sobre o plano diretor, estabelecer normas gerais que não imponham limitações à competência municipal.

Considerando as atividades das entidades federativas na cidade, cabe, como norma geral, determinar que as intervenções de órgãos federais, estaduais ou municipais, como a realização de obras, instalação de atividades e prestação de serviços, não poderão contrariar as diretrizes definidas pelo plano diretor, dependendo de prévia aprovação do Município, com o intuito de tornar obrigatória a compatibilização das ações dos entes federativos na cidade.

Para atender o princípio de soberania popular e o preceito constitucional de cooperação das entidades representativas no planejamento municipal, estabelecer como norma geral a garantia da participação popular através de entidades representativas da comunidade, nas fases de elaboração e implementação do plano diretor. Essa regra visa assegurar a democratização do processo do planejamento urbano.

No que se refere à competência do Município, promover o adequado controle e ordenamento do território municipal, estabelecendo o plano diretor como diretriz e dando a este instrumento abrangência também na zona rural.

O plano diretor, como um instrumento que atua em conjunto com os demais instrumentos de planejamento, no sentido de realizar a

democratização da gestão municipal e de garantir o amplo acesso aos bens e serviços urbanos para toda a coletividade, necessita de uma regra geral que consolide esta integração.

A lei de desenvolvimento urbano, no caso, deve compreender o plano diretor como parte integrante de um processo contínuo de planejamento, que inclui o plano plurianual, diretrizes orçamentárias e o orçamento anual. Estes instrumentos devem constituir um sistema a ser definido na Lei Orgânica do Município, tendo como diretrizes as funções sociais da cidade e da propriedade.

Diante da necessidade dos Municípios com população inferior a vinte mil habitantes terem uma política urbana, deveria lhes ser conferido, como instrumento, uma lei municipal sobre diretrizes gerais de uso e ocupação do território para atender às funções sociais da cidade e da propriedade.

Com relação ao exercício do direito de construir, deve ser estabelecida, como norma geral para a instituição do solo criado, o coeficiente de aproveitamento máximo para construção igual a uma vez a área do terreno enquanto não for aprovado o plano diretor.

4. CONCLUSÕES

4.1. ORDEM ECONÔMICA – PLANEJAMENTO – PLANOS URBANÍSTICOS

Em síntese, no que diz respeito ao tratamento conferido pela Constituição ao planejamento urbano e aos planos urbanísticos, podemos concluir:

- 1) O Estado, para atender suas missões constitucionais, deve promover o planejamento, através de um processo permanente e contínuo, descentralizado e participativo, tendo como principal instrumento o plano, cuja imperatividade será decorrente do papel a este atribuído pela Constituição;
- 2) O planejamento urbano recebeu um tratamento especial da Constituição, pelo qual as normas urbanísticas destinadas a atender o objetivo da política urbana de garantir o cumprimento da função social da propriedade são vinculantes para o

setor privado e não meramente indicativas como dispõe o artigo 174 da Constituição;

- 3) O plano diretor, como instrumento básico da política de desenvolvimento urbano, devido à sua atribuição constitucional de definir os critérios para a propriedade urbana atender a sua função social, e definir as áreas urbanas que não estão atendendo a esse princípio nos termos do parágrafo 4º do art. 182, contém normas vinculantes aos particulares e agentes privados, voltadas ao regramento do exercício do direito de propriedade urbana (limitações, direitos, obrigações, faculdades).
- 4) O plano diretor estabelece as linhas mestras para o Poder Público municipal exercer a missão de garantir o cumprimento da função social da propriedade, cabendo ao plano urbanístico local (lei municipal específica) a tarefa constitucional de concretizar as exigências e obrigações para a propriedade urbana atender sua função social.
- 5) O Poder Público municipal está capacitado para exigir do proprietário de imóvel urbano o adequado aproveitamento de sua propriedade, com base no plano urbanístico local, cujas normas, face à sua tarefa constitucional, são vinculantes para os particulares e agentes privados.
- 6) Com relação a abrangência do plano diretor:
 - a) O Município, para promover a política de desenvolvimento urbano, fundamentada no princípio do desenvolvimento sustentável e nas competências constitucionais (art. 23 e 30 da C.F.), deve exercer sua competência constitucional em todo o seu território;
 - b) O plano diretor, como instrumento básico da política de desenvolvimento urbano, deve promover um desenvolvimento integrado cidade-campo, sendo necessário, para esse fim, abranger a totalidade do território do Município, ou seja, deve compreender as áreas urbana e rural.
 - c) O Município com menos de vinte mil habitantes tem a atribuição constitucional de promover a política de desenvolvimento urbano com o objetivo de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem estar de seus habitantes;

- d) O Município com menos de vinte mil habitantes tem a faculdade de instituir o plano diretor através da Lei Orgânica do Município, e tem a obrigação de garantir que a propriedade urbana atenda sua função social, com base no princípio da isonomia e no artigo 30, inciso VIII da C.F.;
- e) O Município com menos de vinte mil habitantes, que instituir o plano diretor, está capacitado para exercer a faculdade estabelecida no parágrafo 4º do artigo 182, destinada a garantir que a propriedade urbana atenda sua função social.

4.2. OS INSTRUMENTOS DO ARTIGO 182 PARÁGRAFO 4º

Considerando a necessidade dos instrumentos de política urbana previstos no artigo 182, parágrafo 4º da C.F. serem aplicados no Município para garantir o cumprimento da função social da propriedade, e tendo em vista os requisitos constitucionais para a aplicação desses instrumentos, chegamos às seguintes conclusões:

- 1) Para o Poder Público municipal poder aplicar os instrumentos previstos nos incisos do parágrafo 4º do art. 182, é preciso que o plano diretor defina as áreas sujeitas à sua aplicação, que haja um plano urbanístico local (lei municipal específica), estabelecendo as exigências para a propriedade urbana, localizada na área do plano, atender sua função social e a existência da lei federal de desenvolvimento urbano;
- 2) À lei federal de desenvolvimento urbano compete estabelecer os critérios e procedimentos gerais, enquanto que ao plano diretor e ao plano urbanístico local (lei municipal específica) cabe definir os critérios específicos (prazo para o cumprimento da obrigação) para a aplicação dos instrumentos destinados a garantir o cumprimento da função social da propriedade;
- 3) A Constituição restringiu a aplicação dos instrumentos às situações que configuram a ausência de uma destinação concreta para a propriedade urbana ser aproveitada de forma adequada (não edificada, subutilizada, não utilizada).

- 4) Com relação ao parcelamento ou edificação compulsórios:
- a) O plano urbanístico local(lei municipal específica) tem a incumbência de estabelecer ao proprietário de imóvel urbano a obrigação de parcelar, edificar ou utilizar, com base no plano diretor, fixando os prazos para a exigência do parcelamento ou edificação compulsórios;
 - b) Pelo parcelamento ou edificação compulsórios o Poder Público municipal pode exigir do proprietário de imóvel urbano que não cumpre sua função social a obrigação de parcelar, de edificar, de ter uma utilização, nos termos do plano urbanístico, sob pena de lhe ser aplicado o imposto predial territorial urbano progressivo no tempo;
 - c) Face ao texto constitucional não mencionar o instrumento da utilização compulsória, este deve ser instituído pela lei federal de desenvolvimento urbano, para fins do Poder Público municipal ter um instrumento adequado para os casos da propriedade urbana ser considerada subutilizada;
 - d) A lei federal de desenvolvimento urbano, ao regulamentar o parcelamento ou edificação compulsórios, deve estabelecer como procedimentos:
 - d.1) contagem do prazo do cumprimento da obrigação a partir da data de notificação do Poder Público ao proprietário;
 - d.2) obrigatoriedade da notificação ser averbada no Registro de Imóveis;
 - d.3) continuidade da contagem do prazo de cumprimento do parcelamento ou edificação compulsórios, no caso de alienação do imóvel posterior à data da notificação;
- 5) Com relação ao imposto predial territorial progressivo no tempo:
- a) A Constituição, como forma de assegurar o cumprimento da função social da propriedade, permite a progressividade do imposto predial territorial urbano de natureza fiscal e extrafiscal;
 - b) A progressividade fiscal, com base nos artigo 145, parágrafo 1º; artigo 150, inciso II, e no artigo 156, parágrafo 1º aten-

- de o objetivo de promover a justiça social mediante a distribuição justa da riqueza inerente à propriedade;
- c) O Poder Público municipal pode aplicar as diversas formas de progressividade, sem a necessidade de atender os requisitos estabelecidos no parágrafo 4º do artigo 182, com exceção da progressividade no tempo;
 - d) A progressividade do imposto predial e territorial urbano no tempo, nos termos do inciso II do parágrafo 4º do artigo 182, de natureza extrafiscal, configura uma sanção ao proprietário de imóvel urbano que não cumpre com a função social;
 - e) O imposto predial territorial progressivo no tempo é um imposto extrafiscal de natureza urbanística. Esse imposto, como instrumento da política urbana, somente pode ser aplicado se forem atendidos os pressupostos do parágrafo 4º do artigo 182, de modo a induzir o proprietário de imóvel urbano a cumprir com as exigências estabelecidas no plano diretor e no plano urbanístico local;
 - f) A lei federal de desenvolvimento urbano, ao dispor desse instrumento, deve estabelecer os critérios gerais para a sua utilização, como o prazo mínimo e máximo de incidência da progressividade no tempo, para possibilitar ao Poder Público municipal a aplicação da desapropriação para fins de reforma urbana;
 - g) Os critérios e procedimentos para a aplicação da progressividade no tempo, tais como as espécies de alíquotas e o período de incidência, podem ser definidos pelo plano diretor ou pelo plano urbanístico local (lei municipal específica).
6. Por fim, sobre a desapropriação:
- a) A desapropriação prevista no parágrafo 4º do artigo 182 é um instrumento urbanístico, que se configura como uma sanção ao proprietário que desrespeita o princípio da função social da propriedade, devido à indenização não ser justa, não ser prévia e não ser em dinheiro;
 - b) A desapropriação sanção é destinada a possibilitar a intervenção direta do Poder Público, de modo a tornar concreta a destinação social da propriedade urbana, com base no plano diretor e no plano urbanístico local;

- c) Como instrumento de política urbana, a desapropriação para fins de reforma urbana justifica o seu disciplinamento pela lei federal de desenvolvimento urbano, contendo os seguintes critérios:
 - c.1) não considerar, na apuração do valor da indenização, a valorização imobiliária decorrente de investimentos da ação do Poder Público, assim como também o valor referente ao potencial de construção decorrente da legislação urbanística;
 - c.2) o valor da indenização ser inferior ao valor de mercado como meio de respeitar o princípio da igualdade, a justa distribuição de benefícios e ônus da atividade urbanística e a recuperação para a coletividade dos investimentos da ação do Poder Público;
 - c.3) adotar como forma de pagamento da indenização a transferência do direito de construir, desde que o proprietário manifeste sua concordância.
- d) A desapropriação para fins urbanísticos pelo Poder Público, deve ser condicionada à existência de um plano urbanístico, decorrente do plano diretor, nos termos do artigo 182 da Constituição. Cabe à lei federal de desenvolvimento urbano estabelecer esse condicionamento, bem como constituir mecanismos que permitam aos particulares e agentes privados a promoção da desapropriação para viabilizar as intervenções na cidade previstas no plano urbanístico, como por exemplo a reurbanização consorciada.

4.3. LEI FEDERAL DE DESENVOLVIMENTO URBANO

A primeira conclusão, como alerta à comunidade acadêmica e jurídica, é da urgente necessidade da União, como entidade federativa competente para estabelecer as normas gerais de direito urbanístico, regulamentar o capítulo da política urbana mediante a instituição da lei federal de desenvolvimento urbano de modo a capacitar o Poder Público para o pleno desenvolvimento dessa política.

A segunda conclusão é sobre o projeto de lei de desenvolvimento urbano denominado Estatuto da Cidade. Face às críticas expostas é necessário que este projeto seja modificado para fins de:

- a) serem eliminadas as inconstitucionalidades que apresenta ao regulamentar o plano diretor e as regiões metropolitanas;
- b) regulamentar de forma adequada os instrumentos do parágrafo 4º do artigo 182;
- c) regulamentar de forma adequada os instrumentos do uso urbano, concessão de uso constitucional, solo criado, transferência do direito de construir, reurbanização consorciada, operação urbana e desapropriação para fins urbanísticos;

A lei de desenvolvimento urbano, para atender os objetivos da política urbana, deve dispor sobre os princípios, diretrizes e instrumentos da seguinte maneira:

- 1) Princípios da Política Urbana: definir que a função da propriedade urbana será considerada social quando o seu uso for destinado:
 - a) em intensidade compatível com a capacidade de atendimento da infra-estrutura e dos equipamentos e serviços urbanos;
 - b) ao aproveitamento e utilização compatíveis com a preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído;
 - c) a beneficiar o acesso à moradia;
 - d) a promover a justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização;
 - e) regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas pelas comunidades necessitadas;
 - f) recuperar para a coletividade a valorização imobiliária decorrente da ação do Poder Público.
- 2) Diretrizes da Política Urbana:
 - a) gestão democrática e participação popular na formulação e execução dos planos, programas e projeto de política urbana;
 - b) cooperação da iniciativa privada na promoção da política urbana;
 - c) proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído;

- d) assegurar a justa distribuição dos ônus e encargos decorrentes das obras e serviços da infra-estrutura urbana;
 - e) recuperar para a coletividade a valorização imobiliária decorrentes dos investimentos do Poder Público;
 - f) proteção, preservação e recuperação do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico;
 - g) ordenação e controle do uso do solo, de modo a evitar a ociosidade, a subutilização ou não utilização do solo urbano e a deterioração das áreas urbanizadas;
 - h) promover a regularização fundiária e a urbanização das áreas habitadas pelas comunidades necessitadas;
 - i) condicionar o direito de construir à função social da propriedade;
 - j) assegurar o cumprimento da função social da propriedade;
- 3) Regularizar os Instrumentos do Parágrafo 4º do Artigo 182; regularizar o parcelamento ou edificação compulsórios, o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo e a desapropriação para fins de reforma urbana nos termos do item 4.2;
- 4) Solo Criado: ao disciplinar o solo criado deve considerar que o direito de propriedade não pressupõe o direito de construir além do coeficiente único (que pode ser igual a um) que deverá ser disciplinado pelo Poder Público municipal; estabelecer que o solo criado pode ser instituído por lei municipal; considerar que o solo criado corresponde à outorga onerosa pelo Poder Público municipal do direito de construir, acima do coeficiente da propriedade territorial urbana estabelecido por lei municipal.
- 5) Transferência do Direito de Construir:
- a) atribuir ao plano diretor a competência para definir as áreas urbanas, os critérios e as condições em que será possível a transferência do direito de construir, com o intuito de preservar o patrimônio histórico e cultural e de proteção ambiental do Município;
 - b) permitir a transferência do direito de construir pelo Poder Público, como forma de indenização, mediante acordo com

o proprietário, nas desapropriações destinadas a obras viárias, equipamentos públicos, regularização fundiária e programas de habitação de interesse social.

6) Usucapião Urbano:

- a) equiparar ao usucapiente, para efeito de reconhecimento de usucapião especial de imóvel urbano, o adquirente de terreno de loteamento irregular;
- b) admitir que os terrenos contínuos com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, nos quais existam assentamentos com edificações precárias (favelas, vilas, cortiços e similares) destinados à moradia e ocupados por dois ou mais possuidores, são suscetíveis de serem usucapidos coletivamente;
- c) estabelecer que na sentença do usucapião urbano cabe ao juiz atribuir igual fração ideal de terreno a cada posseiro, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os condôminos, homologado pelo Município, estabelecendo frações ideais diferenciadas;
- d) permitir a soma dos períodos anteriores de posse para fins de contagem do prazo de cinco anos, desde que a posse do seu antecessor sejam contínuas, sem oposição e destinadas para moradia;
- e) adotar o procedimento sumaríssimo para ação de usucapião urbano;
- f) conferir legitimidade às associações comunitárias, para promover ação de usucapião especial coletivo de imóvel urbano;
- g) estabelecer a obrigatoriedade do Município promover a urbanização e regularização fundiária das áreas urbanas passíveis de usucapião urbano, ocupadas pela comunidade necessitada, que implica em garantir o serviço de assistência jurídica e técnica gratuita para a promoção de ação de usucapião urbano por estes grupos sociais;
- h) atribuir ao plano diretor a função de definir as áreas urbanas passíveis de serem usucapidas coletivamente, como áreas especiais de interesse social, visando a urbanização e a regularização fundiária.

- 7) **Concessão de Uso Constitucional:** a lei de desenvolvimento urbano, ao regulamentar a concessão de uso prevista no parágrafo 1º do artigo 183 da Constituição, por ter a finalidade de garantir a função social da propriedade de áreas públicas deve:
- a) reconhecer a concessão de uso como instrumento de regularização fundiária das áreas públicas ocupadas pelas comunidades carentes;
 - b) estabelecer que os imóveis públicos pertencentes à categoria dos bens públicos dominicais são suscetíveis a aplicação da concessão de uso constitucional nos termos do artigo 183 da C.F.;
 - c) considerar a concessão de uso como direito subjetivo para aqueles que estiverem na posse de área pública urbana, desde que preenchido os requisitos do artigo 183 da C.F.;
 - d) estabelecer a obrigatoriedade do Município promover a urbanização e regularização fundiária das áreas públicas urbanas sujeitas a aplicação da concessão de uso constitucional;
 - e) atribuir ao plano diretor a função de definir as áreas urbanas suscetíveis da concessão de uso constitucional, como áreas especiais de interesse social visando a urbanização e a regularização fundiária.
- 8) **plano diretor:** a lei de desenvolvimento urbano deve estabelecer como normas gerais sobre o plano diretor:
- a) a obrigatoriedade dos órgãos federais, estaduais ou municipais no desenvolvimento adequarem suas atividades, tais como realização de obras e prestação de serviços às diretrizes definidas no plano diretor;
 - b) A garantia de participação popular através das entidades representativas em todas as fases do plano diretor;
 - c) O plano diretor abranger a totalidade do território do Município, abrangendo a zona rural;
 - d) O Município, com menos de vinte mil habitantes, definir mediante lei as diretrizes gerais sobre a política urbana, visando garantir o cumprimento da função social da propriedade;
 - e) O plano diretor ser compreendido como parte integrante de um processo contínuo de planejamento, que inclui o

plano plurianual, diretrizes orçamentárias e o orçamento anual.

- 9) Conselho Nacional de Política Urbana: esse órgão deve ser instituído, visando o estabelecimento das diretrizes relativo à política habitacional, de saneamento básico, de transporte urbano e outras vinculadas ao desenvolvimento urbano. Esse Conselho tem o papel de definir os critérios para se promover a integração das ações da União, Estados e Municípios na execução da política habitacional, fiscalizar a aplicação dos recursos orçamentários federais no âmbito da política urbana, estabelecer critérios para distribuição dos recursos entre as unidades da Federação.

VI – ESTADO E POLÍTICA URBANA – PLANO DIRETOR

1. AS COMPETÊNCIAS DO ESTADO

Com base na competência concorrente para legislar sobre direito urbanístico, os Estados, em razão do processo constituinte de elaboração das Constituições Estaduais, introduziram normas específicas para a questão urbana envolvendo aspectos de âmbito regional, que cruzam diretamente com o campo de atuação dos Municípios.

Esse cruzamento de atuação em matérias urbanísticas entre o Estado e Município se inicia com as obrigações previstas no artigo 23 da Constituição Federal, que considera como competência comum:

- proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;
- proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;
- preservar as florestas, a fauna e a flora;
- promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;
- combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos.

Como forma de integrar as políticas setoriais com o interesse regional para cumprir com essas missões constitucionais, foi atribuído ao Estado a competência para instituir regiões metropolitanas, aglo-

merações urbanas e microrregiões com a finalidade de integrar a organização, o planejamento e a execução das funções públicas de interesse comum.

A cooperação do Estado com os Municípios para a solução de problemas comuns, pressupõe a existência de uma integração das políticas setoriais (habitação, transporte e saneamento ambiental), formuladas regionalmente, visando melhorar a qualidade de vida nas cidades na sua globalidade. Para o sucesso dessa cooperação, é necessário delimitar os limites da competência estadual, mediante uma combinação do interesse regional com o interesse preponderantemente local. Sendo a promoção e execução da política urbana na cidade de interesse preponderantemente local, e o principal instrumento dessa política o plano diretor, a realização do planejamento regional tem como condição básica o reconhecimento das prioridades de intervenção local, visando a resolução dos problemas urbanos que transcendam diante da complexidade o interesse específico da população da cidade.

A questão ambiental, diante dos vários elementos presentes na cidade, como o saneamento básico, a coleta e destinação do lixo, o abastecimento e o tratamento de água, em vista da dimensão do crescimento urbano, exige a existência de uma articulação entre o Estado e Municípios na formulação e execução das políticas públicas.

Nas áreas metropolitanas, onde vive aproximadamente 60% da população brasileira, a solução dos problemas urbanos referentes a preservação do meio ambiente, uso e ocupação do solo, sistema viário, transportes e habitação, passa por uma definição de políticas que priorizam planos, programas, recursos e investimentos de forma conjunta, visando compatibilizar o interesse regional com o local.

Alguns Estados, através de suas Constituições, regulamentaram, em vista da organização regional, os meios de proceder a articulação com os Municípios.

2. INTEGRAÇÃO DA POLÍTICA URBANA E PLANO DIRETOR

A Constituição do Estado da Bahia, no capítulo de política urbana, afirma que as ações de órgãos estaduais deverão estar de acordo

com as diretrizes definidas pelos respectivos planos diretores. A Constituição de Minas Gerais atribui competência ao Estado de participar do processo de execução das diretrizes dos planos diretores, onde as suas atividades e serviços deverão ser articulados com os dos Municípios, visando harmonizar e racionalizar a execução das diretrizes do respectivo plano diretor. A Constituição de Goiás define que a política de desenvolvimento urbano cabe ao Município, e de forma suplementar ao Estado, podendo este participar da execução de diretrizes que visem ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais para garantir o bem estar de seus habitantes. Por sua vez, a Constituição do Rio Grande do Sul, determina que os planos diretores deverão contemplar os aspectos de interesse local, respeitar a vocação ecológica e serem compatibilizados com as diretrizes do planejamento do desenvolvimento regional. A Constituição Paulista, ao tratar da organização regional, estabelece como condição para a promoção do planejamento regional, visando a execução das funções públicas de interesse comum, a compatibilização por parte dos Municípios de seus planos, programas e investimentos com as diretrizes e objetivos estabelecidos nos planos e programas estaduais, regionais e setoriais de desenvolvimento econômico social e de ordenação territorial, valendo a mesma regra para o Estado, que deve compatibilizar seus planos e programas com o plano diretor dos Municípios e as prioridades da população local.

A compatibilização entre políticas de nível setorial e regional, regional e local, setorial e local, deve ser promovida com o intuito de permitir, com base nas normas urbanísticas estaduais e municipais, ações conjuntas das entidades federativas no enfrentamento dos problemas urbanos, como por exemplo na promoção de projetos de habitação de interesse social para a população de baixa renda; na fiscalização e controle das áreas verdes e das declaradas de preservação ambiental; nos planos de ações preventivos na área da saúde, segurança urbana, enchentes, contenção de encostas e morros considerados como áreas de risco; coleta; tratamento e destinação do lixo; na proteção de patrimônio de valor histórico e cultural; no abastecimento de água potável e no tratamento do esgoto.

3. CONSTITUIÇÃO ESTADUAL E PLANO DIRETOR

Em razão das normas constitucionais, o Estado, apesar de não ter competência para disciplinar o plano diretor quanto ao seu conteúdo, processo de elaboração e implementação, tem competência para legislar sobre direito urbanístico, que fundamenta a existência de diretrizes e objetivos da política urbana nas Constituições Estaduais. As normas gerais ou específicas estaduais de direito urbanístico, em consonância com a Constituição Federal, devem ser observadas pelo Município, por ser requisito essencial para apurar a validade da legislação urbanística municipal e por consequência do plano diretor. Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto *“a falta de observância das normas gerais estaduais de direito urbanístico, se não existir lei federal, e das normas específicas de direito urbanístico pelo Município, acarreta a inconstitucionalidade de sua legislação urbanística.”*⁷⁴

Esse raciocínio implica em reconhecer como normas dirigentes para o Município, as normas das Constituições Estaduais referentes aos princípios, diretrizes, objetivos e instrumentos da política urbana, que deverão ser observadas para a instituição do plano diretor. De qualquer forma, o critério de aferição da constitucionalidade das normas estaduais a serem aplicadas pelo Município será o respeito a autonomia municipal, em razão da matéria ser predominantemente de interesse local.

A leitura geral das Constituições Estaduais sobre a questão urbana nos leva a afirmar que não houve limitações e restrições ao Município para exercer sua atribuição de instituir o plano diretor. As normas estaduais instituídas visam, na verdade, reafirmar e consolidar os princípios e os preceitos da Constituição Federal, que fundamentam a realização da reforma urbana no país.

O princípio de garantir a concretização dos direitos urbanos se encontra presente, por exemplo, nas Constituições do Rio de Janeiro, Mato Grosso, Ceará, Pará e Rio Grande do Sul, por condicionarem a execução da política urbana a estes direitos e por considerarem a efetivação do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, se

⁷⁴ Diogo de Figueiredo Moreira Neto - Direito Urbanístico e Limitações Administrativas Urbanísticas - Revista Informação Legislativa - A.27, pág. 107 - 1990.

houver o direito de todo o cidadão ter acesso a moradia, transporte público, saneamento básico, segurança, saúde, educação, cultura, lazer, energia elétrica, água potável, coleta de lixo, preservação do patrimônio ambiental e cultural.

Sobre a função social da propriedade, o exercício do direito de propriedade, condicionado às funções da cidade e o bem estar de seus habitantes, e a posição do direito urbanístico disciplinar o regime da propriedade urbana estão presentes nas Constituições do Rio de Janeiro, Pernambuco, Ceará e Rio Grande do Sul⁷⁵. A Constituição, gaúcha quando diferente das demais Constituições em seu capítulo da política urbana, expressamente reconhece o interesse local como preponderante na execução dessa política, ao prescrever que os Municípios definirão o planejamento e a ordenação de usos, atividades e funções de interesse local, visando promover a definição e a realização da função social da propriedade urbana.

O respeito ao princípio da soberania popular, que fundamenta a gestão democrática da cidade, aparece com a diretriz prevista nas Constituições de Santa Catarina, Rio de Janeiro, Pernambuco, Mato Grosso, Ceará, Pará, Minas Gerais, Rio Grande do Sul e São Paulo de assegurar a participação das entidades comunitárias, da sociedade civil e de grupos sociais na elaboração de planos, programas e projetos, no qual se inclui o plano diretor para o encaminhamento de soluções para os problemas urbanos.

Em relação ao meio ambiente, as normas estaduais que expressam ser diretrizes da política urbana, a sua proteção e preservação, fortalecem a idéia de impedir a continuidade do processo especulativo que norteia toda a produção do ambiente urbano, e de condicionar o uso do solo às potencialidades do meio físico e ao interesse social.

Considerando o objetivo fundamental de combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social

⁷⁵ A Constituição do Estado de Pernambuco, promove a distinção entre o direito de propriedade e o direito de construir ao estabelecer em seu artigo 148, que o direito de propriedade sobre o solo urbano não acarreta, obrigatoriamente, o direito de construir, cujo exercício deverá ser autorizado pelo Poder Executivo, segundo os critérios estabelecidos em lei municipal.

dos setores desfavorecidos, que fundamenta a inversão de prioridade para conferir condições dignas de vida para a maioria da população, a urbanização e regularização fundiária e titulação das áreas faveladas e de baixa renda e dos loteamentos clandestinos e irregulares, se encontra como diretriz nas Constituições de Santa Catarina, Rio de Janeiro, Pernambuco, Bahia, Mato Grosso, Ceará, Pará, Minas Gerais, Paraná, Rio Grande do Sul.

Essa diretriz evidencia o reconhecimento das desigualdades da apropriação e uso da terra urbana, que gerou a existência de duas cidades, a cidade real e a cidade oficial. A primeira, devido à marginalidade e clandestinidade convive com normas não estatais de regulação do uso e ocupação dos espaços urbanos, ocupados pela população de baixa renda, favelas, assentamentos, loteamentos clandestinos e cortiços e, por não ser parte integrante da ordem jurídica da cidade oficial sobre todas as espécies de segregação e discriminação, especialmente quanto ao acesso aos serviços públicos, equipamentos e infra-estrutura urbana.

O plano diretor, para garantir o cumprimento dessa norma tem um papel fundamental, pois poderia definir os instrumentos urbanísticos que serão aplicados para a promoção da urbanização e regularização fundiária abrangendo os aspectos econômicos e jurídicos, como também a forma de gestão entre a população envolvida, o Poder Público e os agentes privados. Esta diretriz deve estar associada às normas estaduais que, visando garantir o cumprimento da função social da propriedade, estabeleceram a destinação prioritária de terras públicas não utilizadas ou subutilizadas, e as discriminadas para assentamentos urbanos da população de baixa renda, e instalação de equipamentos coletivos.

O plano diretor, nesse caso, poderá definir os critérios para a destinação ou até mesmo o uso⁷⁶ das terras públicas que não estão cumprindo com a função social, pois as exigências fundamentais de ordenação da cidade valem tanto para os imóveis privados como públicos.

⁷⁶ A Constituição do Paraná dispõe que o plano diretor estabelecerá os critérios de parcelamento, uso ocupação do solo e zoneamento bem como delimitará as áreas destinadas a moradias populares e proteção ambiental.

Este preceito foi adotado nas Constituições do Rio de Janeiro, Mato Grosso, Pará, Bahia e Ceará, sendo que a estas duas últimas também possibilita o uso para áreas de reserva ecológica e de proteção ambiental.

Quanto aos instrumentos de política urbana, não houve uma regulamentação dos institutos por parte das Constituições Estaduais, no qual apenas as Constituições do Rio de Janeiro, Mato Grosso, Pará, fazem menção sobre os de natureza tributária, financeira e jurídica. Como instrumentos tributários e financeiros poderão ser utilizados o imposto predial e territorial progressivo e diferenciado por zonas e outro critérios de ocupação e uso do solo, taxas e tarefas diferenciadas por zonas, segundo os serviços públicos oferecidos e a contribuição de melhoria.

Entre os institutos jurídicos estão mencionadas a discriminação de terra pública, desapropriação, parcelamento ou edificação compulsória, servidão e limitação administrativa, tombamento de imóveis, declaração de áreas de preservação ou proteção ambiental e concessão real de uso.

A questão surgida em decorrência do artigo 182, parágrafo 1º da Constituição Federal foi abordada nas Constituições Estaduais. Tendo em vista que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende as exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, e este ser obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, de que maneira, seria averiguado nos Municípios com menos de vinte mil habitantes, o cumprimento da função social da propriedade?

Nestas cidades, pela inexistência da obrigatoriedade do plano diretor, haveria ou não condições de exigir que a propriedade urbana tenha uma função social? Uma resposta negativa implicaria em reconhecer a falta de possibilidade de impor limites ao exercício individual do direito de propriedade, em vista de que a inexistência do plano diretor, quando for obrigatório, estaria gerando a falta de legitimidade da legislação urbanística municipal, por não existir uma política urbana constitucionalmente válida.

Com o intuito de dar uma solução a essa questão, uma vez que as Constituições Estaduais com base na competência estadual de legislar sobre direito urbanístico, estabeleceram para os Municípios com menos de vinte mil habitantes o dever de elaborar diretrizes gerais de ocupação do território, através de lei que garantam as funções sociais da cidade e da propriedade, uma vez que não poderia por ser inconstitucional, obrigar estes Municípios a terem seu plano diretor.

A relevância dessa norma estadual geral de direito urbanístico se justifica pelo mérito de assegurar o respeito ao princípio da igualdade, onde os proprietários de imóveis urbanos, independentemente do número de habitantes do núcleo urbano, deverão conferir uma destinação social para a sua propriedade, para atender os requisitos estabelecidos no plano diretor, ou na lei de diretrizes de ocupação do território, caso das cidades com menos de vinte mil habitantes.

A principal mensagem dessa norma é a de conferir o máximo de eficácia ao princípio da função social da propriedade, evitando injustiças e impunidade pela falta de aplicação das sanções cabíveis para aqueles que mantêm o uso nocivo da propriedade como forma de manutenção de privilégios, nas atividades de especulação imobiliária.

4. A RECEPÇÃO DAS EMENDAS POPULARES DE REFORMA URBANA NAS CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS

A previsão de normas estaduais que visam assegurar a participação popular, os direitos urbanos, a função social da propriedade e o meio ambiente, na verdade, foi fruto da intervenção dos grupos e movimentos sociais ligados à questão urbana no processo das constituintes estaduais. Apesar da participação da sociedade não ter acontecido com a mesma intensidade, configurada na Assembléia Nacional Constituinte, houve em vários Estados a defesa de várias propostas dos diferentes agentes na sociedade através das emendas populares.⁷⁷ Sobre a política

⁷⁷ De acordo com periódico do Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas - IBASE (nº 40 - julho/agosto 1989), emendas populares apresentadas nos Estados do Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraná, Pernambuco, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Santa Catarina e São Paulo chegaram ao número de 143. Com relação aos assuntos as emendas populares defenderam propostas sobre Cidadania, Soberania e Participação Popular; Valorização e Moralização do Serviço Público; Direitos Humanos; Direito da Mulher; Direito dos Portadores de Deficiência Física; Defesa do Consumidor; Assistência Jurídica e Defensoria Pública; Região Metropolitana; Transportes; Segurança Pública; Poder Judiciário; Política Urbana e Habitacional; Política Agrícola, Florestal, Fundiária e Reforma Agrária; Saúde, Meio Ambiente, Educação, Ciências e Tecnologia, Comunicação Social, Família, Criança, Adolescente e Idoso.

urbana, foram apresentadas emendas populares visando a defesa da reforma urbana nos Estados do Espírito Santo, Goiás, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Pernambuco, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro e São Paulo.

Tendo por base as Emendas Populares de Reforma Urbana apresentadas em São Paulo, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul⁷⁸ as principais idéias defendidas foram:

- condicionar a execução da política urbana às funções sociais da cidade, compreendidas como direito de acesso de todo cidadão aos direitos urbanos, e ao estado social de necessidade;
- considerar que o exercício do direito de propriedade atenderá a sua função, quando condicionado às funções sociais da cidade;

⁷⁸ A participação das organizações e movimentos populares, entidades de assessoria, instituições, sindicatos ligados a questão urbana no processo das constituintes estaduais, foi fundamental na formulação dos capítulos das Constituições dos Estados referente a política urbana. No Estado do Rio Grande do Sul, a emenda popular de Reforma Urbana contou com o apoio do Sindicato dos Arquitetos no Estado do Rio Grande do Sul - SAERGS, Cidade - Centro de Assessoria e Estudos Urbanos, FASE - Federação de Órgãos de Assistência Social e Educacional, CECA - Centro Ecumênico de Capacitação e Assessoria, CAMP - Centro de Assessoria Multiprofissional, UAMPA - União das Associações de Moradores de Porto Alegre, FRACAB - Federação Riograndense das Associações Comunitárias e de Amigos de Bairro, ANSUR - Articulação Nacional do Solo Urbano. No Estado do Rio de Janeiro as entidades que apoiaram a proposta de emenda popular, foram: FAMERJ - Federação das Associações de Moradores do Estado do Rio de Janeiro, FAFERJ - Federação das Associações de Favelas do Rio de Janeiro, IAB, SARV, SENGE, AGB, FASE, ANSUR, CEDAC, IAJUP - Instituto de Apoio Jurídico Popular, Pastoral de Favelas, CDDBHR, IPPUR/UFRJ, COPPE/UFRJ, Associação de Moradores de Santa Rita (Campo Grande), Associação de Moradores de São Vitor (Campo Grande), ANBAR (Arqueologia), Associação de Moradores do Centro de Campo Grande, ABM (São João do Meriti) e Coordenação zonal de Jacarepaguá.

No Estado de São Paulo a emenda popular foi apoiada pela ANSUR - Articulação Nacional do Solo Urbano; SASP - Sindicato dos Arquitetos de São Paulo; Comissão de Justiça e Paz; AGB - Associação dos Geógrafos Brasileiros; ADM - Associação em Defesa da Moradia; CEATS - Centro de Estudos e Atividades Sociais; Sindicato de Assistentes Sociais, FASE, ANLUT - Associação Nacional de Luta pelos transportes urbanos; AMUT - Associação Metropolitana de Entidades de Usuários de Transportes Coletivos; Sindicato do Metroviários; MDF - Movimento de Defesa dos Favelados; Centro Gaspar Garcia de Direitos Humanos; Coordenação dos Movimentos e Associações de Moradia; Ajuda Mútua e Auto gestão; MUF - Movimento Unificado de Favela; ANAMPOS; APES - Associação Riopretense de Educação e Saúde e Movimento por Moradia Filhos da Terra.

- assegurar a participação popular na formulação e execução das políticas públicas, de modo a garantir a gestão democrática;
- promover a distinção do direito de propriedade territorial urbana do direito de construir, que será exercido mediante autorização do Poder Público, de acordo com os critérios estabelecidos na legislação municipal (Lei Orgânica – plano diretor);
- definição dos instrumentos urbanísticos que poderão ser utilizados para assegurar as funções sociais da cidade e da propriedade, como o imposto predial e territorial urbano progressivo, o parcelamento ou edificação compulsória e a discriminação de terras públicas;
- estabelecer como dever do Estado e Municípios na execução da política urbana, a urbanização e regularização fundiária e a titulação das áreas ocupadas pela população de baixa renda (favelas, loteamentos clandestinos e irregulares) e a preservação, a proteção e a recuperação do meio ambiente natural e cultural;
- destinar prioritariamente as terras públicas não utilizadas, subutilizadas e as discriminadas, para assentamento de população de baixa renda e à instalação de equipamentos coletivos;
- adotar o procedimento sumaríssimo para as ações de usucapião urbano;
- garantir a prestação dos serviços públicos à comunidade de baixa renda, independente do reconhecimento de seus logradouros e da regularização urbanística ou registradora das áreas e de suas edificações;
- garantir o cumprimento das funções sociais da cidade e da propriedade, nos Municípios com população inferior a vinte mil habitantes, mediante fixação de diretrizes gerais de ocupação do território, através da lei;
- considerar que o plano diretor como principal instrumento de política urbana do Município, deve abranger a totalidade do território municipal.

Através da comparação dos preceitos da política urbana existentes nas Constituições Estaduais analisadas, com as idéias da reforma urbana defendidas através das emendas populares no processo das constituintes estaduais, podemos concluir que, de maneira diversificada, essas proposições foram incorporadas nos textos constitucionais dos Estados.

Essa normatização das principais idéias da reforma urbana é decorrente da participação dos agentes sociais cada vez mais presentes na sociedade, que lutam pela democratização e acesso à cidade como um novo paradigma de pensar a política pública, e pela concretização de novos direitos e formas de gestão coletiva.

5. CONCLUSÕES

Considerando a competência concorrente do Estado para legislar sobre direito urbanístico, através do processo dos constituintes estaduais, os Estados introduziram normas específicas sobre a política urbana em suas Constituições. Quanto os efeitos dessas normas com relação ao plano diretor as conclusões são as seguintes:

- 1) A cooperação do Estado com os Municípios para a solução de problemas comuns, pressupõe a existência de uma integração das políticas públicas regional com a local;
- 2) O planejamento regional deve compatibilizar a política de nível setorial e regional, regional e local, setorial e local, considerando o plano diretor dos Municípios e as providências da população local, com o intuito de promover, com base nas normas urbanísticas estaduais e municipais, ações conjuntas das entidades federativas no enfrentamento dos problemas urbanos;
- 3) As normas gerais ou específicas estaduais de direito urbanístico, em consonância com a Constituição Federal, devem ser observados por seus respectivos Municípios, por ser requisito essencial para apurar a validade do plano diretor;
- 4) As normas das Constituições Estaduais referentes aos princípios, diretrizes, objetivos e instrumentos da política urbana são normas dirigentes para o Município instituir o plano diretor, desde que respeitem a autonomia municipal;
- 5) As Constituições dos Estados, em respeito a autonomia municipal, não estabeleceram regras limitadoras e restritivas ao Município, para efeito de exercer sua atribuição de instituir o plano diretor;
- 6) As normas previstas nas várias Constituições dos Estados, que estabelecem para os Municípios com menos de vinte mil ha-

bitantes o dever de elaborar diretrizes gerais de ocupação do território, através de leis que garantam as funções sociais da cidade e da propriedade, têm relevância constitucional por conferir o máximo de eficácia ao princípio da função social da propriedade;

- 7) A incorporação nas Constituições dos Estados das normas contidas nas emendas populares sobre a reforma urbana são as fontes de legitimidade para considerar que as normas da política urbana, em especial do plano diretor, terão eficácia se forem aplicadas para a realização do direito à cidade.

VII – MUNICÍPIO E POLÍTICA URBANA LEI ORGÂNICA E PLANO DIRETOR

1. O MUNICÍPIO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A posição do Município na Federação, modificou-se profundamente com o novo texto constitucional no aspecto político e financeiro. A sua inclusão na norma constitucional (artigo 18) que dispõe sobre a organização político-administrativa da República Brasileira, elimina qualquer dúvida, quanto a afirmativa do Município ser reconhecido como ente da Federação.

Não é apenas a menção do Município ser autônomo que justifica essa afirmativa, o que realmente pode servir como prova é o conjunto de normas constitucionais que regulam o Município.

Na Constituição anterior a autonomia municipal não foi respeitada em vários aspectos, diante da centralização política e concentração dos recursos financeiros no âmbito da União, da competência sobre a organização municipal pertencer ao Estado, dos Prefeitos das capitais serem nomeados, dos limites e restrições para a participação política do povo.

Adilson Dallari, analisando a autonomia municipal na Constituição anterior, afirma, com razão, que o Município tinha uma autonomia político-administrativa nominal: *O Município recebia um número enorme de atribuições, de competência. Mas, sabemos que a toda competência corresponde o dever de exercício dessa competência. O exercício de uma competência exige recursos e esses recursos é que inexistiam. Resultado, as autoridades municipais, o Município, se via compelido a ter que exercer uma série de tarefas, ficando, ao mesmo tempo, comprimido pela impossibilidade material de fazê-la. A consequência disso era a necessidade de pedir socorro a*

*autoridades estaduais e, muito especialmente às federais, pois o dinheiro estava concentrado mais na União.*⁷⁹

O Município, pela Constituição de 1988, como ente da Federação, tem autonomia política por ter capacidade própria de auto-organização, de auto-governo, de auto-legislação e de auto-administração. A capacidade política de auto-organização se verifica com a leitura do artigo 29 da Constituição, pelo qual o Município reger-se-á por Lei Orgânica, que deve ser aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal. Na verdade, a Lei Orgânica deve ser considerada como uma Constituição do Município por não depender de sanção do Executivo, por ser promulgada pela Câmara Municipal e por definir a organização política na cidade, seja a nível do Poder Público municipal, compreendendo o Legislativo e o Executivo, como também sobre as formas de participação popular visando o exercício da democracia representativa e direta.

O direito do Município ter Constituição própria, denominada de Lei Orgânica, é o principal indicador da existência de uma autonomia política, referendado com o processo das Constituintes Municipais nos milhares de Municípios, com base no poder constituinte derivado, oriundo do poder originário da Assembléia Nacional Constituinte. A autonomia do poder local deixou de ser uma bandeira política dos setores democráticos que combateram o regime militar, para se tornar, com o processo de elaboração das Leis Orgânicas nas cidades, uma experiência viva de uma prática democrática.

Considerando os preceitos do artigo 29, a Lei Orgânica deve dispor sobre:

- a) competência do Poder Executivo (Prefeito) e do Poder Legislativo (Câmara Municipal);
- b) responsabilidades do Prefeito e dos Vereadores (perda do mandato);
- c) inviolabilidade dos Vereadores por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município;

⁷⁹ Adilson Abreu Dallari - Autonomia Município na Constituição Federal de 1988 - Caderno de Direito Municipal, RDP - 97, pag. 238 - 1990.

- d) fixar número de Vereadores proporcional a população do Município;
- e) proibições e incompatibilidades, no exercício da vereança similares, no que couber, ao disposto na Constituição Federal, para os membros do Congresso Nacional, e na Constituição do respectivo Estado, para os membros da Assembléia Legislativa;
- f) julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça;
- g) organização das funções legislativa e fiscalizadora da Câmara Municipal;
- h) cooperação das associações representativas no planejamento municipal;
- i) iniciativa popular de projetos de lei de interesse específico do Município, da cidade ou de bairros, através de manifestação de, pelo menos, cinco por cento do eleitorado.

A capacidade de autogoverno se verifica com a existência do Poder Executivo e Poder Legislativo Municipal, onde o Prefeito, o Vice-Prefeito e os Vereadores são eleitos mediante pleito direto para exercerem mandato de quatro anos. As regras sobre a eletividade dos representantes do Executivo e Legislativo estão previstas no próprio artigo 29 da Constituição, que devem ser observadas nas Leis Orgânicas dos Municípios por serem normas constitucionais determinantes.

A capacidade de autolegislação, caracterizando a autonomia normativa, se fundamenta na competência do Município legislar sobre assuntos de interesse local, e de suplementar a legislação federal e estadual no que couber.

Para o exercício dessa capacidade normativa se deve partir da premissa da inexistência de hierarquia entre a União, Estado e Município, não podendo haver lei federal ou estadual que venha a restringir as competências municipais, diante do sistema federativo instituído. O fundamento da validade dessas normas municipais é a norma constitucional e não a lei federal ou estadual, por ser esta a definidora das competências legislativas da União, dos Estados e Municípios.

Quanto à competência para legislar sobre assuntos de interesse local, para evitar conflitos de competência deve ser adotado o critério da

preponderância do Município sobre os interesses locais, o que não impede do mesmo assunto ser de interesse regional ou nacional⁸⁰. Por exemplo, por ser competência comum cuidar da saúde e assistência pública, os planos de ação de combate às epidemias (cólera, AIDS, meningite), que se espalham nas cidades, devem ser promovidos de forma integrada pelos entes da Federação, pois apesar da doença afetar num primeiro momento a população local, a falta de prevenção gera a expansão da epidemia, ocasionando graves conseqüências para a saúde da população a nível regional e nacional. Associado ao critério da predominância do interesse local, deve ser adotado, como forma de gestão desses assuntos, a negociação política, iniciativa do Município, com o Estado e/ou União e os seus respectivos Poderes.

A iniciativa partir do Município para a negociação política decorre da predominância do interesse coletivo local, que não torna o assunto excludente do interesse estadual ou nacional. O Município deve, com a participação da população local, promover a mediação entre os interesses conflitantes envolvidos, através da negociação política, visando articular com os demais entes da Federação a compatibilização de recursos materiais, humanos e financeiros para a solução do problema.

Considerando as competências comuns instituídas no artigo 23, aos Municípios compete legislar supletivamente sobre:

- a) proteção do patrimônio histórico cultural, artístico e paisagístico;
- b) meio ambiente;
- c) reponsabilidade por danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico local;
- d) educação, cultura, ensino e saúde;
- e) direito urbanístico.

⁸⁰ Adilson Dallari ao analisar essa competência municipal entende que: "Assuntos de interesse local continuaram sendo os assuntos de primordial interesse municipal, de principal interesse local, aqueles assuntos de maior repercussão de esfera do Município e com relação aos quais o Município esta mais habituado ou mais apropriado para deles cuidar". *Autonomia Municipal na Constituição de 1988 - Caderno de Direito Municipal - RDP - 97, pag 236.*

De acordo com o artigo 30 da Constituição, são competências privativas do Município:

- a) instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei;
- b) criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual;
- c) organizar e prestar, diretamente ou sobre o regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;
- d) manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental;
- e) prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;
- f) promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;
- g) promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

A capacidade de auto-administração diz respeito à competência do Município, dispor da sua organização administrativa para desenvolver suas missões constitucionais, como a prestação dos serviços locais, bem como a sua autonomia financeira, referente à organização de suas finanças, através das leis orçamentárias e a instituição de seus tributos.

A organização administrativa diz respeito tanto ao Executivo – Administração Municipal, como ao Legislativo – Câmara Municipal, que perante as novas atribuições constitucionais do Município, terão que adaptar ou até mesmo reformar suas atuais estruturas, para garantir o pleno desenvolvimento da gestão democrática na cidade.

Tendo em vista a existência da autonomia política, com o novo ordenamento jurídico do país, o grande desafio que surge para o Município é conseguir estruturar e manter os seus órgãos administrativos (recursos humanos, materiais, financeiros) para desenvolver com plenas condições as atividades que lhe foram atribuídas constitucionalmente.

Entre essas atividades, com base nas competências constitucionais do Município, podemos destacar:

- a) a saúde da população;
- b) cuidar da assistência pública;
- c) proteger o patrimônio histórico, cultural artístico, turístico e paisagístico;
- d) proporcionar o acesso à educação mantendo programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental;
- e) proteger e recuperar o meio ambiente;
- f) fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar;
- g) fiscalizar, incentivar e planejar a atividade econômica;
- h) promover a proteção dos direitos da criança e do adolescente;
- i) assegurar os direitos das pessoas idosas;
- j) organizar e prestar o serviço público de interesse local (limpeza pública, conservação de vias e logradouros públicos, transporte coletivo, trânsito, etc.);
- k) proporcionar os meios de acesso à cultura;
- l) promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;
- m) promover, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.

A realização dessas atividades tem como condicionante a competência financeira do Município de organizar suas finanças com base nas leis orçamentárias (plano plurial, diretrizes orçamentárias, orçamentos anuais) e de instituir tributos. De acordo com o artigo 145, o Município poderá instituir impostos, taxas e contribuição de melhoria, sendo que pelo artigo 156, lhe compete instituir impostos sobre: propriedade predial e territorial urbana – IPTU, transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso de bens imóveis – ITBI, serviços de qualquer natureza – ISS.

Além da receita desses impostos municipais conforme dispõe o artigo 158, pertencem aos Municípios:

- a) o produto da arrecadação dos impostos da União sobre renda e proveitos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre

- rendimentos pagos, a qualquer título, por eles nas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem;
- b) cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto da União sobre a propriedade territorial rural, relativamente aos imóveis nele situados;
 - c) cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre a propriedade de veículos automotores licenciados em seus territoriais;
 - d) vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

Ainda como receita, a União, de acordo com o artigo 159, destinará o produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados, vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios.

É inegável que houve modificações fundamentais na divisão da receita pública pelo texto constitucional, propiciando aos Municípios um receita considerável para cumprir com suas obrigações. Por outro lado, o reconhecimento do Município ter autonomia financeira real não significa que esses recursos sejam suficientes para atender as necessidades da comunidade.

Como nas últimas décadas a destinação dos recursos públicos não foi voltada para prestações efetivas, visando satisfazer as necessidades básicas da população, criando a eterna falta de recursos de equipamentos e infra-estrutura urbana, os problemas sociais se expandiram de forma acelerada. A reversão dessa situação é condição imperativa na formulação e implantação das políticas públicas, que têm como objetivo a integral inversão de providas para combater o crescimento da pobreza urbana.

A constatação do aumento da degradação ambiental e pobreza urbana torna inadmissível que a prática de aplicação dos recursos públicos para atender interesses econômicos e políticos de uma classe privilegiada possa ser sedimentada com base no discurso da modernidade inspirado pelo projeto neo-liberal.

Em contraposição a esse modelo, o planejamento da cidade deve ser democratizado, com base no direito da comunidade de participar através das associações representativas no planejamento municipal (artigo 29, X). A peça orçamentária se torna um instrumento chave no planejamento com participação popular, pois rompe com modos tecnocráticos e elitistas extremamente prejudiciais aos interesses da maioria. A utilização dos instrumentos de participação popular, como as audiências públicas, visando proporcionar o acesso às informações sobre os recursos disponíveis e os problemas setoriais (saúde, educação, transporte) e regionais cruzando com os seus interesses imediatos (vias asfaltadas, canalização de córrego, linhas de ônibus), estabelece as condições básicas para a população, através de suas organizações e entidades representativas, poder interferir na definição da destinação de recursos.

A participação popular é requisito constitucional no planejamento da cidade, de modo a legitimar as políticas públicas formuladas pelo Poder Público em conjunto com a comunidade, no qual os recursos públicos municipais, apesar de insuficientes, passam a ser aplicados integralmente em benefício dos interesses da população.

Em síntese, o Município é ente político integrante da Federação, com autonomia política assegurada nos termos dos artigos 18, 29 e 30 da C.F., tendo como capacidades próprias, de acordo com a sistematização do Prof. José Afonso da Silva:

- a) auto-organização, mediante a elaboração da Lei Orgânica própria;
- b) capacidade de autogoverno, pela eletividade do prefeito e dos Vereadores às respectivas Câmaras Municipais;
- c) capacidade normativa própria, ou capacidade de autolegislação, mediante a competência de elaboração de leis municipais sobre áreas que são reservadas à sua competência exclusiva e suplementar;
- d) capacidade de auto-administração (administração própria) para manter e prestar os serviços de interesse social).⁸¹

⁸¹ José Afonso da Silva - Inovações Municipais na Constituição de 1988, Revista dos Tribunais n° 670, agosto de 1991, pág.11.

Com essa visão geral da posição do Município na Federação brasileira, onde a Lei Orgânica se notabiliza como a própria Constituição da Cidade, vale retomar a afirmativa realizada na identificação do sistema de normas de direito urbanístico de que as normas municipais dirigentes sobre a política urbana deverão ser instituídas nas Leis Orgânicas Municipais. Essa afirmação é coerente com a posição de considerar que a elaboração do plano diretor torna-se obrigatória para o Município, a partir de promulgação de Lei Orgânica Municipal, em razão desta matéria ser de interesse predominantemente local.

2. LEI ORGÂNICA E PLANO DIRETOR

O processo das Constituintes Municipais foi, sem dúvida, o momento privilegiado para o exercício da autonomia do poder local. Com a definição das regras de convivência entre os agentes públicos, privados e sociais para a mediação dos conflitos de interesses coletivos, através das Constituições das Cidades, foram definidas as regras do jogo institucional para a instituição dos planos diretores. Estas regras se traduzem nas normas municipais dirigentes da política urbana que condicionam a legitimidade do plano diretor à observância de seus preceitos.

Partindo do patamar das normas municipais dirigentes sobre a política urbana, estabelecidas na Lei Orgânica, serem determinantes para a instituição do plano diretor, é relevante analisar a eficácia jurídica deste instrumento com base nas normas sobre a política urbana previstas nas Leis Orgânicas.

O desenvolvimento desses tópicos será promovido mediante a sistematização das normas da Lei Orgânica de São Paulo, e de forma subsidiária com base no tratamento conferido à política urbana nas Leis Orgânicas de Porto Alegre, Florianópolis, Curitiba, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Vitória, Goiânia, Salvador, Recife, Fortaleza e Belém. Quanto às normas do plano diretor, a sistematização será feita com base nos planos diretores das cidades do Rio de Janeiro, Recife, João Pessoa e Natal, aprovados pelas respectivas Câmaras Municipais, contendo

instrumentos para viabilizar a aplicação das normas constitucionais da política urbana.⁸²

2.1. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO PLANO DIRETOR

2.1.1. PRINCÍPIOS DA POLÍTICA URBANA

Os princípios fundamentais, norteadores do plano diretor, se traduzem nos princípios constitucionais da política urbana e dos tratados internacionais, dos quais o Estado brasileiro é signatário, voltados a proteger e tornar concreto o exercício do direito à cidade e do meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado. O plano diretor, para ser um instrumento eficaz destinado a tornar efetivo esses direitos, tem como pressuposto que suas normas estão em plena consonância com a cidadania e a dignidade da pessoa humana, fundamentos do Estado Democrático de Direito, bem como aos princípios da soberania popular (democracia direta, participação popular), da igualdade, do desenvolvimento sustentável, das funções sociais da cidade, da função social da propriedade.

Os valores fundamentais para a instituição do Estado Democrático de Direito, visando a construção de uma sociedade justa, plural e solidária, aparecem reafirmados no preâmbulo da Lei Orgânica de São Paulo, que tem por objetivo organizar o exercício do poder e fortalecer as instituições democráticas e os direitos das pessoas humanas. A reafirmação dos valores fundamentais também está presente nas Leis Orgânicas de Porto Alegre, Rio de Janeiro, Recife, Belo Horizonte e Vitória, apontando para a idéia da construção da cidadania ser o parâmetro de legitimação para as normas municipais dirigentes da política urbana.

⁸² Cabe registrar que o projeto de lei do plano diretor de São Paulo apresentado na Câmara Municipal no Governo Municipal da Prefeita Luiza Erundina no ano de 1991 e posteriormente retirado pelo Prefeito Paulo Maluf no ano de 1993, serviu de modelo para a formulação dos planos diretores de vários municípios brasileiros, dos quais se incluem os planos das cidades de Recife, João Pessoa e Natal, objetos desse estudo.

Para atingir o objetivo de fortalecer as instituições democráticas e os direitos da pessoa, na LOM de São Paulo são considerados como princípios e diretrizes: a prática democrática, a soberania e a participação popular, a transparência e o controle popular na ação do governo, o respeito à autonomia e à independência de atuação das associações e movimentos sociais (art. 2º).

Pela LOM de São Paulo, a democracia na cidade será respeitada pelo exercício do Poder Municipal através de representantes eleitos para o Legislativo e o Executivo, ou diretamente. O poder será exercido pelo povo, através do sufrágio universal e pelo voto direto e secreto; pela iniciativa popular em projetos de emenda à Lei Orgânica e de lei de interesse específico do Município, da cidade ou de bairros, pelo plebiscito e pelo referendo.

O Poder Municipal somente será legítimo com a garantia da participação da comunidade nas decisões de interesse da cidade. Como principal atribuição do Poder Municipal, composto pelo Executivo e Legislativo Municipal e pela população local, está previsto o dever de assegurar a todos o exercício dos direitos individuais, coletivos, difusos e sociais. O Poder Municipal deve, também, assegurar os direitos inerentes às condições de vida na cidade compreendidas de acordo com o Artigo 7º:

- I – meio ambiente humanizado, sadio e ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo, para as presentes e futuras gerações;
- II – dignas condições de moradia;
- III – locomoção através de transporte coletivo adequado mediante tarifa acessível ao usuário;
- IV – proteção e acesso ao patrimônio histórico, cultural, turístico, artístico, arquitetônico, e paisagístico;
- V – abastecimento de gêneros de primeira necessidade;
- VI – ensino fundamental e educação infantil;
- VII – acesso universal e igual à saúde;
- VIII – acesso e equipamentos culturais de recreação e lazer.

Considerando sua posição na Federação, é atribuído ao Município, em razão de suas competências, o dever de promover o exercício pleno da autonomia municipal, bem como a articulação e cooperação com os

demais entes federados, para assegurar o acesso a todos, de modo justo e igual, aos bens e serviços e condições de vida indispensáveis a uma existência digna. Por esta norma se reconhece que os problemas urbanos não têm condições de serem resolvidos apenas pelo Município, por transcenderem o interesse local, passando a ser assunto de interesse regional, estadual e nacional.

A LOM de Porto Alegre, considera a participação nas decisões como um dos princípios fundamentais, para o Município promover a vida digna dos seus habitantes. A LOM de Florianópolis e de Goiânia estabelecem como princípios fundamentais a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

O meio ambiente, como assunto de interesse local, tem sua importância revelada com a previsão da defesa e preservação do território, dos recursos naturais e do meio ambiente como princípio a ser observado pelo Município. A idéia da preservação das identidades culturais e o resgate da memória local, como fonte da construção da cidadania, também encontra fundamento com a introdução do princípio da preservação dos valores históricos e culturais da população.

2.1.2. DIREITO AO MEIO AMBIENTE – PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

O princípio do desenvolvimento sustentável, como já foi retratado no Capítulo V, Da Política Urbana, Responsabilidades e Obrigações, se transformou num princípio internacional destinado a estabelecer o vínculo entre o direito à um meio ambiente sadio e o direito ao desenvolvimento, de modo a reconhecer o direito das presentes gerações atenderem suas necessidades e aspirações sem comprometer a habilidade das futuras gerações atenderem suas próprias necessidades

O princípio do desenvolvimento sustentável está presente por exemplo na LOM de São Paulo, sendo dever do Poder Municipal assegurar o direito ao meio ambiente humanizado, sadio e ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo para as presentes e futuras gerações. De acordo com a LOM do Rio de Janeiro, todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, patrimônio comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. Esse princípio por ter sido adotado pelas LOM, em capítulos próprios sobre o meio

ambiente, precisa ser incorporado nos processos de desenvolvimento da cidade.

Como compatibilizar diversos interesses inerentes as atividades econômicas voltadas para o desenvolvimento, como setores da iniciativa privada que defendem abertamente a desregulamentação de modo a reduzir as normas públicas sobre as atividades urbanas, diminuindo o papel do Estado no planejamento e controle dessas atividades, e as camadas sociais marginalizadas que reivindicam uma maior atuação do Estado para atender suas necessidades, defendendo um conjunto de novas leis e instrumentos com o intuito de capacitá-lo para a promoção das políticas públicas?

O direito à cidade somente será respeitado quando o processo de desenvolvimento for voltado para solucionar os problemas sociais. O desenvolvimento sustentável como princípio internacional norteador do desenvolvimento fundamenta a compreensão do desenvolvimento urbano ter a função de elevar a qualidade de todos que vivem na cidade, rompendo com a lógica da exclusão e segregação social. Atingir o respeito a esse princípio significa que o Estado tem que priorizar políticas públicas nos territórios da cidade onde a população não é beneficiada pela atuação estatal. Isto quer dizer, o Estado precisa estar presente atuando nas áreas onde a população não sente a sua presença, como são as favelas, os bairros periféricos da cidade. Essa intervenção destina-se a dar condições dignas de vida para os excluídos. Qualquer modelo de desenvolvimento que não tenha a finalidade de incorporar esse grande contingente da população brasileira estará desrespeitando os compromissos e obrigações assumidas pelo Estado brasileiro com a comunidade internacional.⁸³

Para alcançar padrões de desenvolvimento de primeiro mundo, o desenvolvimento na cidade, para ser considerado sustentável, deve propiciar a inclusão da população pobre no mercado de trabalho, isto é, deve gerar emprego e renda para os excluídos, através de projetos e programas públicos que preservem e transformem as condições do meio

⁸³ V. Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU (1966) - Declaração de Estocolmo Sobre O Meio Ambiente Humano(1972) - Declaração Sobre o Direito ao Desenvolvimento(1986) - Declaração do Rio Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento(1992) - Agenda 21 (1992), Agenda Habitat (1996).

ambiente natural e construído em padrões dignos para o exercício do direito à vida pelas presentes e futuras gerações.

Um plano de desenvolvimento que priorize os investimentos para urbanizar as áreas ocupadas pela população carente, de modo a melhorar o padrão ambiental urbano (saneamento, esgoto, coleta e tratamento de resíduos), prestação de serviços públicos estratégicos (saúde e educação), projetos associativos (ONGs, cooperativas) para a criação de empregos na área de serviços, da construção civil e de produção de alimentos e para programas educacionais como de educação ambiental, atende o princípio do desenvolvimento sustentável, pois tem como meta conferir cidadania, eliminar a pobreza e o *apartheid* social.

Na cidade do Rio de Janeiro a segregação com os grupos sociais carentes é mais acentuada pelo aspecto dos morros, onde estão localizadas as favelas, situadas no mesmo território onde vive a classe média, gerando medidas inúteis como a intervenção das forças armadas para combater o tráfico de drogas e a violência urbana, pelo fato do Estado não assumir a sua reponsabilidade de promover políticas públicas para garantir a cidadania à população dos morros cariocas.

No caso de São Paulo, como grande metrópole, o desafio é como tornar aplicável o princípio do desenvolvimento sustentável, voltado a garantia do direito ao meio ambiente. Uma medida necessária no plano diretor de São Paulo é o estabelecimento de medidas para impedir o crescimento da cidade, tanto no aspecto populacional como no aspecto da ocupação do espaço urbano, devido à degradação ambiental e a redução da qualidade de vida.

A projeção de um modelo de desenvolvimento sustentável significa reconhecer a perversidade de um planejamento que desenhou um espaço urbano desigual, tendo como marca registrada a exclusão social e a segregação. O projeto de desenvolvimento sustentável, que deve ser desenhado no plano diretor, tem que incorporar a parte da cidade "clandestina", que abriga os moradores de rua, de favela, dos cortiços, de loteamentos clandestinos e de áreas de risco. Deve reconhecer que a prevalência do transporte individual sobre o coletivo torna precário qualquer sistema viário, aumentando os períodos de congestionamento e precária circulação, bem como a poluição do ar e sonora.

O projeto de desenvolvimento sustentável deve também considerar o tratamento ineficiente de esgotos, o precário sistema de escoamento das águas pluviais, responsável pelas enchentes nas áreas onde estão situados os córregos e rios, os problemas de saúde decorrentes da destinação e tratamento inadequado dos resíduos e da poluição provocada pelas indústrias (lixo industrial).

O projeto de desenvolvimento sustentável não significa congelar as atividades na cidade e muito menos isentar o Poder Público de atuar e intervir nos conflitos urbanos emergentes. Na cidade de São Paulo, por exemplo, a questão dos mananciais é extremamente grave. Pela inexistência de uma política habitacional e pela omissão do Poder Público de não ter promovido a fiscalização, centenas de loteamentos clandestinos foram implantados de forma desordenada e deteriorando o meio ambiente na áreas de proteção aos mananciais das bacias da Guarapiranga e Billings, que integram o sistema de abastecimento de água da cidade. Nessa região vivem mais de 1 milhão de habitantes, cujas áreas necessitam de urbanização para melhorar as condições de vida dessa população, pois existem dezenas de favelas sem nenhum tipo de saneamento e tratamento de esgoto, comprometendo os mananciais e a saúde das pessoas.

Como resolver esse problema com relação ao direito à moradia da população que vive nesta região e o direito ao meio ambiente e à qualidade de vida da população da cidade, considerando que será impossível remover um milhão de pessoas, no aspecto político e social, sem contar os recursos econômicos para realizar essa operação?

O plano diretor, para atender o princípio do desenvolvimento sustentável, deve conter regras específicas para intervir nessa problemática, como definir as áreas que estão num estágio elevado de urbanização e permitir o adensamento nesse espaço urbano com a infraestrutura urbana e serviços públicos necessários, definir critérios e os instrumentos para a urbanização de favelas situadas nesse espaço, estabelecer um programa de recuperação das áreas degradadas dos mananciais, que pode implicar em remoções da população, como por exemplo as áreas de risco, e para as áreas que continuam preservadas estabelecer um plano específico de utilização que atenda os interesses sociais e ambientais, como um parque público com áreas de lazer para a população da cidade.

Essas medidas encontram respaldo exatamente nas normas estabelecidas na LOM de São Paulo, que devem ser observadas no plano diretor. De acordo com o artigo 7º, é dever do Poder Público assegurar a todos o exercício dos direitos inerentes à qualidade de vida na cidade, entre os quais se incluem o direito ao meio ambiente e o direito a dignas condições de vida. A garantia de acesso de todos os cidadãos às condições adequadas de moradia, saneamento básico, saúde, lazer, preservação, proteção e recuperação do meio ambiente são considerados como objetivos da política urbana. Portanto, o plano diretor pode conter as medidas e instrumentos mencionados para alcançar esses objetivos (art. 148).

A LOM de São Paulo, também estabelece no capítulo do meio ambiente preceitos que devem ser contemplados no plano diretor, tais como definição, implantação, e controle dos espaços territoriais e seus componentes serem especialmente protegidos; obrigatoriedade de relatório de impacto de vizinhança para projetos de obras ou equipamentos de significativa repercussão ambiental; promover a recuperação e o aumento de áreas pública para implantação, preservação e ampliação de áreas verdes; estimular a criação e manutenção de unidades privadas de conservação do meio ambiente; estimular associações e movimentos de proteção ao meio ambiente; promover a concientização e educação ambiental e divulgação obrigatória de todas as informações disponíveis sobre o controle do meio ambiente.

A LOM de Salvador, no capítulo do meio ambiente, exige o estudo prévio de impacto ambiental para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente; cria o Conselho Municipal do Meio Ambiente; adota como instrumento o plano municipal do meio ambiente; proíbe a localização em zona urbana de atividades industriais capazes de produzir danos à saúde e ao meio ambiente. A LOM de Salvador dispõe também do plano diretor de áreas verdes de lazer, que será elaborado com base no plano diretor da cidade.

A LOM de Belo Horizonte sujeita à prévia anuência do órgão ou entidade de controle e política ambiental o licenciamento para início, ampliação ou desenvolvimento de atividades e construção ou reforma de instalações que possam causar degradação do meio ambiente (art. 152, VIII) e proíbe o Poder Público de contratar e conceder isenções,

incentivos e benefícios fiscais a quem tiver em situação de irregularidade diante das normas de proteção ambiental (art. 154).

A LOM de Belém, para promover a preservação e recuperação do meio ambiente e fiscalizar as atividades de saneamento, constituiu as Comissões de Defesa do Meio Ambiente, formadas paritariamente por representantes do Poder Público e da sociedade civil organizada. Para as empresas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos, que não atenderem os dispositivos da proteção ambiental, não será permitida a renovação da permissão ou concessão (art. 163).

De acordo com essa LOM, a conservação e recuperação do ambiente serão prioritariamente consideradas na elaboração de qualquer política, programa ou projeto público ou privado nas áreas do Município.

A LOM de Porto Alegre, adota o instrumento do plano diretor de proteção ambiental como instrumento de planejamento, proteção, restauração e fiscalização do meio ambiente; exige para a instalação de distritos ou polos industriais e empreendimentos de alto potencial poluente e de grande impacto ambiental aprovação da Câmara Municipal e a concordância da população mediante plebiscito (art. 237). As áreas verdes, praças, parques, jardins, unidades de conservação e reservas ecológicas municipais; são considerados patrimônio municipal inalienável e os morros e as matas patrimônio da cidade (art. 238).

Entre as obrigações do Município, de acordo com a LOM de Porto Alegre, está o dever de implantar e manter áreas verdes de preservação permanente; desenvolver programas de manutenção e expansão de arborização (art. 241); promover a implantação do uso de fontes alternativas aos derivados do petróleo nos transportes coletivos (art. 243). A LOM proíbe, em todo o Município, o transporte e o depósito ou qualquer forma de disposição de resíduos que tenham sua origem na utilização de energia nuclear e de resíduos tóxicos ou radioativos, quando provenientes de outros Municípios, de qualquer parte do território nacional, ou de outros países (art. 249).

O princípio poluidor-pagador é adotado pela LOM de Porto Alegre para os empreendimentos causadores de poluição ambiental que, além de serem obrigados a tratar seus efluentes, arcarão integralmente com os custos de recuperação das alterações do meio ambiente decorrentes de suas atividades, sem prejuízo da aplicação das penalidades administrativas e da responsabilidade civil (art. 251).

Apesar de toda problemática social vivenciada na cidade do Rio de Janeiro, a sua LOM é a que apresenta de forma mais destacada um conjunto de regras e medidas que deverão ser consideradas na elaboração e implementação do plano diretor. Para garantir o direito ao meio ambiente estão previstas como incumbência do Poder Público (art. 460):

- controlar, monitorar e fiscalizar as instalações, equipamentos e atividades que comportem risco efetivo ou potencial para a qualidade de vida e o meio ambiente;
- promover a proteção das águas contra ações que possam comprometer o seu uso atual ou futuro;
- proteção dos recursos hídricos e das bacias hidrográficas, dos estuários, das nascentes, dos manguezais e dos terrenos sujeitos a erosão ou inundação;
- estimular e promover o reflorestamento ecológico em áreas degradadas, sempre que possível com a participação comunitária, através de planos e programas de longo prazo;

Entre os instrumentos para promover o controle e a preservação do meio ambiente estão previstos convênios com universidades, centros de pesquisa e associações civis; concessão de incentivos fiscais e tributários para aqueles que implantarem tecnologia de produção ou adotarem fontes de energia menos poluentes; execução de políticas setoriais com a participação orientada da comunidade, visando a coleta seletiva, transporte, tratamento e disposição final de resíduos urbanos, patológicos e industriais, com ênfase nos processos que envolvam sua reciclagem; instituição de limitações administrativas no uso de áreas privadas objetivando a proteção de ecossistemas de unidades de conservação e de qualidade de vida (art. 463).

São consideradas como obrigações do Poder Público de acordo com o art. 472 da LOM:

- divulgar, anualmente, os planos, programas e metas para a recuperação da qualidade ambiental;
- garantir amplo acesso dos interessados às informações sobre fontes e causas de poluição e de degradação ambiental, níveis de poluição e qualidade do meio ambiente;
- condicionar a implantação de instalações e atividades, efetiva ou potencialmente causadoras de alteração no meio ambiente e

na qualidade de vida, à prévia elaboração de estudo de impacto ambiental e relatório de impacto ambiental que serão submetidos ao Conselho Municipal do Meio Ambiente, ouvida a sociedade civil em audiências públicas.

Para a melhoria da qualidade do meio urbano, o Poder Público tem como incumbência implantar e manter hortos florestais, destinados à recomposição da flora nativa e da produção de espécies diversas, destinadas à arborização de logradouros públicos, garantindo a participação da comunidade local organizada nos projetos de praças, parques e jardins (art. 473).

Como instrumentos de sanção aos responsáveis por infração, nas normas de proteção ao meio ambiente estão previstos a multa diária; perda, suspensão ou negativa de concessão de incentivos e benefícios fiscais ou creditícios de qualquer espécie concedidos pelo Poder Público àqueles que hajam infringido normas e padrões de prática ambiental, nos cinco anos anteriores a data da concessão. Para as empresas permissionárias ou concessionárias de serviço público é cabível, como sanção, a não renovação da permissão ou concessão, nos casos de infrações persistentes, intencionais ou por omissão (art.480).

Em síntese, com base no princípio do desenvolvimento sustentável, adotado pelo sistema internacional de proteção ao meio ambiente, nos termos da Declaração do Rio Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992), e da Agenda 21 as normas municipais das Leis Orgânicas sobre o meio ambiente são dirigentes para a edição das normas do plano diretor.

2.2. FUNÇÕES SOCIAIS

2.2.1. FUNÇÕES SOCIAIS DA CIDADE

Os objetivos específicos da política urbana de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, propiciar a realização da função social da propriedade e garantir o bem estar de seus habitantes configura, na verdade, a obrigação do Município promover a defesa dos interesses difusos da comunidade.

As funções sociais da cidade, como interesses difusos, deve compreender o acesso de todos os que vivem na cidade à moradia, aos

equipamentos e serviços urbanos, transporte público, saneamento básico, saúde, educação, cultura, esporte, lazer, enfim aos direitos urbanos que são inerentes às condições de vida na cidade.

Para as funções sociais da cidade, como interesses difusos, serem plenamente desenvolvidas é necessário que as normas de direito ambiental sejam respeitadas, diante da inegável valorização que foi conferida ao meio ambiente pelo novo ordenamento jurídico desde a Constituição Federal, passando pelas Constituições Estaduais e canalizando nas Leis Orgânicas.

As funções sociais da cidade, como interesses difusos, têm como finalidade, ao serem desenvolvidas, assegurar o direito à cidade. Esse preceito constitucional é reafirmado nas Leis Orgânicas de Curitiba, Belém, Belo Horizonte, Salvador, São Paulo, Florianópolis, Recife, Porto Alegre, Goiânia.

De acordo com a LOM do Rio de Janeiro, a política urbana, formulada em consonância com o processo de planejamento e as demais políticas municipais, visa implementar o pronto atendimento das funções sociais da cidade compreendidas como direitos da população: moradia, transporte público, saneamento básico, saúde, educação, serviços públicos, cultura, esporte, lazer e às oportunidades econômicas existentes no Município. A função social, de acordo com essa Lei Orgânica, visa proteger e recuperar o patrimônio ambiental e cultural e arquitetônico do Município.

Essa compreensão das funções sociais da cidade serem destinadas a garantia de acesso ao direito à cidade, especificando os direitos urbanos, se encontra também nas Leis Orgânicas de Porto Alegre, São Paulo, e Recife. De acordo com a LOM de Porto Alegre, a função social da cidade é compreendida como direito de acesso de todo o cidadão às condições básicas de vida.

A LOM de Vitória também compreende as funções sociais da cidade como o direito de todos os cidadãos ao direito à cidade, incluindo como direitos: a coleta de lixo, drenagem de vias de circulação, contenção de encostas, preservação do patrimônio ambiental e cultural, condicionando a execução da política urbana a essas funções.

De acordo com a LOM de Goiânia, as funções sociais da cidade dependem do acesso de todos os cidadãos aos bens e serviços urbanos, assegurando melhores condições de vida e moradia compatíveis com o estágio de desenvolvimento do Município.

Pelo plano diretor do Rio de Janeiro, para o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade serem atingidas devem ser tomadas as seguintes medidas: ordenação do território que promova um desenvolvimento equilibrado; controle público sobre a utilização do imóvel urbano; política habitacional que assegure o direito social de moradia; total prioridade ao transporte público de alta capacidade; justa distribuição da infra-estrutura e serviços urbanos; valorização da memória construída e da proteção e recuperação dos recursos naturais e da paisagem; do cumprimento da função social da propriedade; participação popular na gestão da cidade (art. 3º).

Pelo plano diretor de Recife, a cidade cumpre suas funções sociais na medida em que assegura o direito de todos os cidadãos ao acesso: à moradia; ao transporte coletivo; ao saneamento, à energia elétrica, à iluminação pública; ao trabalho; à educação; à saúde; ao lazer; à segurança; ao patrimônio cultural e ambiental; ao culto religioso; à cultura (art.2º, parágrafo único).

2.2.2. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A partir do preceito constitucional da propriedade urbana cumprir a sua função social, quando atende às exigências de ordenação da cidade expressas no plano diretor, está matéria íntegra as normas municipais de direito urbanístico. Esse preceito está mencionado nas Leis Orgânicas de Curitiba, Belém e Recife. A atribuição do plano diretor de fixar os critérios que assegurem a função social da propriedade, de modo a preservar os aspectos ambientais, naturais e histórico culturais, não comprometendo a infra-estrutura urbana e o sistema viário, se encontra de forma expressa nas Leis Orgânicas de Goiânia e Porto Alegre.

Pela LOM de São Paulo (art. 151, parágrafo 1º), o Município, para assegurar o cumprimento da função social da propriedade, deverá adotar como medidas:

- a) prevenir distorções e abusos no desfrute econômico da propriedade urbana e coibir o uso especulativo da terra como reserva de valor;
- b) assegurar o adequado aproveitamento, pela atividade imobiliária, do potencial dos terrenos urbanos, respeitados os limites da capacidade instalada dos serviços públicos;

- c) assegurar a justa distribuição dos ônus e encargos decorrentes das obras e serviços da infra-estrutura urbana;
- d) recuperar para a coletividade a valorização imobiliária decorrente da ação do Poder Público.

Pela LOM de Porto Alegre, o Poder Público, para assegurar a função social da propriedade, poderá exigir do proprietário a adoção de medidas que visem direcionar a propriedade de forma a garantir os itens acima mencionados, bem como a democratização do uso, ocupação e posse do solo urbano; adequação do direito de construir às normas urbanísticas; meio ambiente ecologicamente equilibrado. A LOM de Porto Alegre, permite ao Poder Público a aplicação dos instrumentos previstos no parágrafo 4º, do artigo 182, da Constituição Federal, à propriedade urbana que estiver comprometendo as condições da infraestrutura urbana e o sistema viário (art. 204).

Essas medidas também estão previstas nas Leis Orgânicas de Salvador, Fortaleza, Rio de Janeiro e Vitória. O entendimento quanto à propriedade urbana atender sua função social, quando assegurar a oportunidade de acesso ao solo urbano e à moradia, está presente nas Leis Orgânicas de Fortaleza e Salvador. Quanto aos preceitos da propriedade urbana atender sua função social quando sua utilização respeitar a legislação urbanística existente, bem como por não provocar danos ao patrimônio cultural e ambiental, podemos encontrá-los de forma expressa nas Leis Orgânicas de Vitória e Salvador.

Segundo a LOM de Salvador, o cumprimento da função social da propriedade também tem como finalidades: adequar o direito de construir às normas urbanísticas; promover o controle do uso do solo; e a proteção, preservação e recuperação do meio ambiente e do patrimônio cultural. O controle do uso do solo visa evitar adensamentos inadequados à infra-estrutura e aos equipamentos urbanos e comunitários existentes ou previstos, ociosidade do solo urbano edificável, deterioração das áreas urbanizadas.

De acordo com o plano diretor do Rio de Janeiro, para a propriedade urbana cumprir a sua função social a intervenção do Poder Público tem como finalidade:

- recuperar, em benefício coletivo, a valorização acrescentada pelos investimentos públicos à propriedade particular;

- controlar a densidade populacional com a correspondente e adequada utilização urbana;
- gerar recursos para o atendimento da demanda de infra-estrutura e de serviços públicos provocada pelo adensamento decorrente da verticalização das edificações e para implantação de infra-estrutura em áreas não servidas;
- promover o adequado aproveitamento dos vazios urbanos ou terrenos sub-utilizados ou ociosos, sancionando a sua retenção especulativa;
- criar áreas em regime urbanístico específico;
- condicionar a utilização do solo urbano aos princípios de proteção e valorização do meio ambiente e do patrimônio cultural.

Os Planos Diretores de Recife (art.4º), João Pessoa (art.5º) e Natal (art. 5º) adotaram dois critérios para apurar se a propriedade urbana atende sua função social. O primeiro é o da intensidade de uso da propriedade urbana para atividades urbanas, em razão compatível com a capacidade de infra-estrutura urbana de equipamentos e serviços. O segundo é da compatibilidade do uso da propriedade urbana com as condições de preservação da qualidade do meio ambiente, do patrimônio cultural, da paisagem urbana e com a segurança e saúde de seus usuários e propriedades vizinhas.

O plano diretor de Natal, considera como atividades de interesse urbano aquelas inerentes à função de moradia, produção e comércio de bens, prestação de serviços, circulação e preservação ambiental, nas condições estabelecidas pelos instrumentos do plano diretor (art. 5º, parágrafo único).

O plano diretor de Recife, para tornar mais objetiva a aplicação dos critérios da potencialidade e da compatibilidade do uso pelo Poder Público, também define as atividades de interesse urbano. De acordo com o seu artigo 4º, parágrafo único, essas atividades são aquelas inerentes às funções sociais da cidade e ao bem estar coletivo incluindo:

- habitação;
- produção e comércio de bens, circulação de pessoas e bens, preservação de patrimônio histórico, cultural, ambiental e paisagístico;

- preservação dos recursos necessários à vida urbana, tais como mananciais, áreas arborizadas, cursos d'água, manguezais, estuários e faixa litorânea;
- a revitalização de áreas não edificadas, subutilizadas ou não utilizadas com a instalação de indutores de desenvolvimento;
- conservação de recursos hídricos e minerais.

Dos critérios estabelecidos nos referidos planos diretores, podemos concluir que não é suficiente para a propriedade urbana atender sua função social o fato de nela estarem sendo desenvolvidas atividades de interesse urbano. Para a propriedade urbana atender sua função social é preciso que exista um grau de razoabilidade entre a intensidade de seu uso com o potencial de desenvolvimento das atividades de interesse urbano.

Com base nesses critérios, torna-se mais transparente definir os usos e atividades permitidas, por exemplo, para uma área de preservação de mananciais. A intensidade de uso da propriedade, neste caso, estará sendo respeitada quando for utilizada de forma compatível com a preservação do manancial. A implantação de um loteamento urbano nesta área, sem dúvida, estará em desacordo com o princípio da função social da propriedade.

3. PARTICIPAÇÃO POPULAR: REQUISITO CONSTITUCIONAL DO PLANO DIRETOR

Com a definição do Estado Brasileiro como Estado Democrático de Direito, temos ostentado o princípio da participação popular como determinante para a legitimidade e eficácia das normas sobre a política urbana, sendo integrante desse conjunto de normas do direito urbanístico o plano diretor.

A participação popular no processo da Assembléia Nacional Constituinte foi a forma originária do exercício do poder de produzir a nova ordem jurídica brasileira, especialmente com base nas dezenas de emendas populares apresentadas por aproximadamente 12 milhões de cidadãos. A participação popular significa o direito de exercer a cidadania no processo de elaboração das normas estatais.

Carlos Ayres Brito, no seu breve estudo sobre a distinção entre “Controle Social do Poder” e “Participação Popular”, compreende que *a participação popular somente pode existir com a pessoa privada (individual ou associadamente) exercendo o poder de criar norma jurídica estatal, que é norma imputável à autoria e ao dever de acatamento de toda a coletividade. É igual a dizer: com a pessoa privada influenciando constitutivamente na formação da vontade normativa do Estado, que assim é que se desempenha o poder político.*

Em outra passagem de seu pensamento *a participação popular não quebra o monopólio estatal da produção do Direito, mas obriga o Estado a elaborar o seu Direito de forma emparceirada com os particulares (individual ou coletivamente). E é justamente esse modo emparceirado de trabalhar o fenômeno jurídico, no plano da sua criação, que se pode entender a locução “Estado Democrático” (figurante no preâmbulo da Carta de Outubro) como sinônimo perfeito de “Estado Participativo”.*⁸⁴

Pelo princípio da participação popular, fica aberta a possibilidade da constituição de novas relações entre o Estado e a sociedade referentes ao exercício do poder, tendo como referência os mecanismos da democracia direta (referendo, plebiscito, iniciativa popular) estabelecidos no artigo 14 da Constituição.

A cidadania, como fundamento do Estado Democrático de Direito, valoriza a atuação do cidadão comum, do cidadão individualmente considerado atuando perante o Estado, para a promoção da defesa de um interesse coletivo ou difuso, como a proteção ao meio ambiente ou a definição de uma política pública ou de uma lei.

Sem dúvida, já existem mecanismos para o estabelecimento de relações entre o Estado e a sociedade para o desenvolvimento de funções e atividades públicas, como a concessão de serviços públicos, convênios com associações civis para a prestação de serviço público, por exemplo na área da educação, assistência social e cultura.

A agenda do século XXI tem como pauta permanente o aprimoramento desses mecanismos tradicionais dessa relação Estado e sociedade, principalmente a criação e a aplicação de sistemas democráticos de

⁸⁴ Carlos Ayres Brito. Distinção entre “controle social de poder” e “participação popular”, Rev. Trim. de Direito Público - II, 1993, pág. 85.

gestão e controle de políticas públicas e de exercício do poder, com o objetivo de consolidar como prática dessa relação a cidadania ativa.

Esses sistemas têm como requisito a abertura de esferas públicas nas quais o processo e a instância de decisão permitam a participação do cidadão comum, grupos de cidadãos, organizações e movimentos populares e organizações não governamentais. Com base no princípio da participação popular, devem ser eliminados os processos de decisões do Estado, onde a participação se restringe aos partidos políticos, grupos empresariais, sindicatos de grande porte, entidades e associações corporativas.

De maneira alguma a participação popular significa que a sociedade deve assumir integralmente as obrigações e responsabilidades do Estado, mas sim de estabelecer parcerias e co-responsabilidades para a promoção de políticas públicas destinadas a efetivar os direitos fundamentais, de modo a melhorar a qualidade de vida. Cabe ressaltar o papel das organizações não governamentais, que têm contribuído para a definição e execução de políticas, programas e leis destinadas a capacitar o Estado a cumprir com suas obrigações, seja na esfera nacional como internacional, com as Agências de Cooperação como o Banco Mundial e os organismos das Nações Unidas.

O princípio da participação popular tem como elemento, para identificar o cumprimento do exercício do direito à igualdade, pois não pode haver exclusão de qualquer segmento da sociedade nos processos de tomada de decisões de interesse da coletividade. Portanto, os grupos sociais marginalizados têm que ser reconhecidos e incorporados pelos sistemas de gestão e controle de políticas públicas criados com fundamento nesse princípio constitucional.

Para Walter Ceneviva, *“o direito político do cidadão só é eficaz e, assim, provido de aptidão para produzir efeitos jurídicos, quando ele participa do exercício da soberania popular (todo o poder emana do povo, dispõe o art. 1º), pelo exercício do voto, com o qual pode substituir governantes e legisladores, embora não alcance o mesmo objetivo quanto aos magistrados. O princípio abstrato da igualdade legal encontra no voto sua maior expressão: todos os sufrágios repercutem da mesma forma na órbita do direito, seja qual for a condição social do votante.”*⁸⁵

⁸⁵ Walter Ceneviva - Direito Constitucional Brasileiro, Editora Saraiva, 1989, pág.90.

Maria Silvia Zanella, ao abordar o tema da participação popular na Administração Pública, considera que *“a participação popular na gestão e controle da Administração Pública constitui o dado essencial que distingue o Estado de Direito Democrático do Estado de Direito Social. Corresponde à aspiração do indivíduo de participar, quer pela via judicial, da defesa da imensa gama de interesses públicos que o Estado, sozinho, não pode proteger. A Constituição de 1988 trouxe alguns avanços nesse sentido. Mas grandes são as dificuldades, quer porque muitos dos instrumentos de participação estão previstos em normas programáticas, quer pelo desinteresse da grande massa da população, voltada que está para a própria sobrevivência, quer pelo desinteresse do Poder Público em implantar esses mecanismos.”*⁸⁶

Quanto à preocupação dos instrumentos de participação popular estarem previstos constitucionalmente como normas programáticas, é importante ilustrar que o processo de participação popular de novos agentes da sociedade tais como as ONGs, associações comunitárias, movimentos e entidades ambientalistas, organizações e movimentos populares, nas Constituintes Municipais, permitiu um conjunto de normas regulamentadoras desses instrumentos e de outros mecanismos de participação nas Leis Orgânicas, destinadas a torná-los auto-aplicáveis.

Através das Leis Orgânicas foram regulamentados não somente o referendo, o plebiscito e a iniciativa popular, como também as audiências públicas, a tribuna popular, os estudos e relatório de impacto ambiental e de vizinhança e os sistemas de planejamento e gestão democrática através de Conselhos setoriais e regionais.

De acordo com o princípio da soberania popular, as Leis Orgânicas de Porto Alegre, Florianópolis, Belo Horizonte, Goiânia, Salvador, São Paulo, Rio de Janeiro, Recife, Fortaleza, Belém e Vitória reconhecem como exercício direto do Poder Municipal a participação nas decisões do Município, no aperfeiçoamento democrático de suas instâncias e na ação fiscalizadora sobre a Administração Pública.

A LOM de Salvador, prescreve que o Município, na forma da lei, instituirá mecanismos que assegurem a participação da comunidade na administração municipal e no controle de seus atos através de conselhos,

⁸⁶ Maria Silvia Zanella Di Pietro - Participação Popular na Administração Pública, Revista Trimestral de Direito Público - I, 1993, pág.138.

colegiados e entidades representativas de classe, considerando como mecanismos de participação popular a audiência pública e os recursos administrativos coletivos.

Os instrumentos para assegurar a participação popular nas decisões do Poder Público Municipal e no planejamento da cidade, e promover a fiscalização sobre a administração pública, estão previstos também nas Leis Orgânicas das cidades de Recife, Belém, Fortaleza, Vitória, Belo Horizonte, Salvador, Goiânia, Florianópolis e Curitiba.

O processo de participação popular, pela LOM de Recife, assegurado aos cidadãos junto à administração direta e indireta, compreende a elaboração das políticas e diretrizes da ação pública global e setorial, a elaboração de lei de diretrizes gerais em matéria de política urbana, do plano diretor, plano plurianual, dos projetos de lei de diretrizes orçamentárias e orçamento anual dos planos, programas e projetos setoriais e a fiscalização e controle da administração municipal (art. 65). Pela LOM de Recife, são considerados como instrumentos de participação popular, o conselho de cidadãos e a tribuna popular, que integram a estrutura organizacional da Câmara Municipal; os conselhos e câmaras setoriais institucionais; e as audiências públicas (art. 66).

De acordo com a LOM de Vitória, o Município prestigiará e facultará, nos termos da lei, a participação da coletividade na formulação e execução das políticas públicas em seu território, como também no permanente controle popular da legalidade e da moralidade dos atos dos Poderes Públicos, ressaltando como uma das formas de participação popular os Conselhos Populares(art.8º).

Com base no preceito constitucional estabelecido no Artigo 29, inciso XII, que assegura a participação popular mediante a cooperação das associações representativas no planejamento municipal, para a instituição do plano diretor, esse preceito se transforma em requisito constitucional para verificar a sua constitucionalidade.

Para José Afonso da Silva, foi introduzida uma nova concepção de planejamento com a adoção do planejamento participativo: *Outra concepção é a que sai da Constituição de 1988, ao impor a adoção do planejamento participativo, quando, no art. 29, X prescreve que as leis orgânicas dos Municípios teriam que prever a “cooperação das associações representativas no planejamento municipal”*. Ora, o planejamento. como

lembra Hely Lopes Meirelles, *comporta várias fases de elaboração iniciando-se pela equação dos problemas a solucionar e fixação dos objetivos a atingir, passando pela fase da pesquisa ou coleta de dados, interpretação dos dados coligidos, estruturação do plano, programação das etapas de execução, aprovação do plano e do programa e finalmente a execução. Quer dizer, então, que se a Constituição exige a participação popular no planejamento significa participação em todas as fases do processo. É uma concepção que retira do planejamento urbanístico a conotação técnico-burocrática que a informava no sistema anterior.*⁸⁷

Em resumo, o Município que elaborar o plano diretor, sem garantir o direito da comunidade participar de todas as fases do processo, estará desrespeitando a Constituição Federal, tornando a lei que instituir este instrumento de política urbana inconstitucional. Outra conclusão é referente à obrigatoriedade do Município regulamentar os instrumentos de participação popular para assegurar o planejamento participativo, isto é, a Lei Orgânica do Município tem como matéria obrigatória a regulamentação dos mecanismos de participação popular, seja para a instituição do plano diretor como também para a sua execução. A Lei Orgânica que não disciplinar essa matéria apresenta vício de constitucionalidade, com base no artigo 29, inciso XII da Constituição Federal.

A regulamentação do direito de participação na formulação e execução do plano diretor compreende mecanismos referentes à sua fase de elaboração, tais como as audiências públicas, referendo e iniciativa popular, bem como referentes à sua fase de execução e revisão, através dos sistemas de gestão democráticos de planejamento.

3.1. INSTRUMENTOS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR DO PLANO DIRETOR

3.1.1. DIREITO À INFORMAÇÃO

Com relação ao direito de participação no planejamento municipal, portanto na formulação e execução do plano diretor, este deve ser

⁸⁷ José Afonso da Silva - julho de 1991, op. cit., pág. 12/13.

garantido pelo Executivo Municipal, seja na fase de elaboração do projeto de lei, como na posterior implementação do plano, bem como pelo Legislativo na fase de discussão e aprovação da lei do plano diretor.

O Executivo, em respeito ao princípio da publicidade, deve assegurar o direito à informação, podendo utilizar como mecanismos a publicação na imprensa oficial da proposta preliminar do plano diretor, o direito do cidadão, grupo de cidadãos, entidades e organizações da sociedade civil apresentarem sugestões e emendas à proposta preliminar, estabelecendo um prazo para esta finalidade, e as audiências públicas. O Executivo deve, também, adotar como procedimento, a produção de materiais didáticos para informar a população sobre as propostas do plano diretor, tais como cartilhas, *folders*, programas de vídeo e de rádio. Outro mecanismo que o Executivo deve adotar, são os seminários temáticos, de modo a estimular o debate público sobre o plano diretor.

A obrigatoriedade do Executivo prestar informações sobre o plano diretor se fundamenta especialmente no artigo 5º, inciso XXXIII da Constituição, pelo qual todos têm direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Pela LOM de Porto Alegre, as entidades da sociedade civil, bem como qualquer cidadão, poderão encaminhar pedido de informação ou certidão ao Poder Legislativo ou ao Poder Executivo sobre atos, contratos, decisões, projetos ou quaisquer assuntos de interesse social, devendo tal pedido ter resposta no prazo de trinta dias ou justificativa da impossibilidade desta (art. 104), sendo este também o prazo fixado pela LOM de Curitiba (art. 82).

Na mesma linha, pela LOM do Rio de Janeiro todos têm direito de receber informações acerca de atos e projetos do Município, antes de sua aprovação ou na fase de sua implementação, devendo os documentos conter uma linguagem simples e acessível ao povo (art.166). A LOM de Goiânia, fixa o prazo de quinze dias para a prestação das informações (art. 3º, VI).

3.1.2. AUDIÊNCIA PÚBLICA

A audiência pública, como mecanismo de garantia do direito de participação da comunidade, já está incorporada ao nosso sistema para as questões ambientais pela Resolução nº 9, de 3.12.87 do CONAMA, sendo um componente obrigatório para a aprovação do relatório de impacto ambiental – RIMA. A Constituição, no Capítulo do Poder Legislativo, estabelece, como competência das Comissões das Casas do Congresso Nacional, realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil.

De acordo com o artigo 1º da Resolução nº 9/87 do CONAMA, a audiência pública tem por finalidade expor aos interessados o conteúdo do produto em análise e do seu referido RIMA, dirimindo dúvidas e recolhendo dos presentes as críticas e sugestões a respeito. Segundo Paulo Affonso Leme Machado, *“a Resolução nº 9 votada em 1987 e publicada em 1990 tem que ser entendida à luz da Constituição Federal vigente. Portanto, não só o RIMA como o próprio estudo prévio de impacto ambiental deve ser analisado em audiência pública. Há uma dupla caminhada na audiência: o órgão público presta informações ao público e o público passa informações à Administração pública.”*⁸⁸

Esse mecanismo também deve ser adotado como requisito para a aprovação do plano diretor, podendo ser utilizado na esfera do Executivo como mecanismo de consulta obrigatório nos termos da lei municipal. As audiências públicas devem ser promovidas nos Municípios pelo órgão de planejamento, que pode ser um Conselho Municipal de Política Urbana, caracterizando-se um órgão colegiado com representantes do Poder Público e da sociedade.

O instrumento das audiências públicas cumpre, principalmente, a finalidade de prestar informações à população sobre os assuntos da cidade em vista das responsabilidades do Poder Municipal, seja na esfera do Executivo ou do Legislativo.

No caso de não haver uma menção expressa da obrigatoriedade da realização de audiência pública pelo Executivo, na fase de elaboração do plano diretor, esse procedimento deve ser adotado em

⁸⁸ Paulo Affonso Leme Machado - Direito Ambiental Brasileiro, Malheiros editores, 4ª. edição, pág. 164.

respeito ao princípio da participação popular e ao princípio da publicidade.

O plano diretor deve ser elaborado considerando a realidade da cidade no aspecto ambiental, físico, territorial, social e político. Para extrair o significado dessa realidade é preciso a abertura de canais de interlocução política pelo Poder Público Municipal, com todos os personagens que atuam e vivem na cidade. A prática de exclusão da maioria da população, por não ter representação das instâncias de tomada de decisão sobre as questões fundamentais de interesse da coletividade, se tornaram indesejáveis e reconhecidamente ilegítimas, em razão do princípio da soberania popular e do exercício da democracia direta.

De acordo com a LOM de São Paulo (art. 9º), o modo de participação das associações representativas na elaboração do plano diretor, e da participação popular nas audiências públicas promovidas pelo Legislativo ou pelo Executivo, será definido mediante lei municipal. A própria LOM, define como requisito obrigatório do processo do plano diretor a audiência pública, ao dispor que a Câmara Municipal, através de suas Comissões permanentes, na forma regimental e mediante prévia e ampla publicidade, convocará obrigatoriamente pelo menos 2 (duas) audiências públicas durante a tramitação do plano diretor (art. 41).⁸⁹

O direito de solicitar realização de audiências públicas na Câmara Municipal, também será obrigatório quando houver requerimento de 0,1% (um décimo por cento) de eleitores do Município. O direito de solicitar audiência pública, pode também ser exercido por entidades legalmente constituídas, ou por representantes de no mínimo 1.500 (um mil e quinhentos) eleitores do Município (art.32, parágrafo 3º).

Em relação ao Executivo municipal, está assegurado o direito dos moradores e associações solicitarem a realização de audiências públicas ao órgão público competente, antes da decisão final sobre os projetos de implantação de obras ou equipamentos de iniciativa pública

⁸⁹ A realização de duas audiências públicas também é obrigatório diante à tramitação de projetos de lei que versem sobre plano plurianual, diretrizes orçamentárias; orçamento, matéria tributária; zoneamento urbano, geo-ambiental e uso e ocupação do solo; código de obras e edificações; política Municipal de meio ambiente; plano municipal de saneamento; sistema de vigilância sanitária, epidemiológica e de saúde do trabalhador (artigo 41).

ou privada, que tenham, nos termos da lei, significativa repercussão ambiental ou na infra-estrutura urbana. Estes projetos deverão conter relatório de impacto de vizinhança que será fornecido gratuitamente quando for solicitado pelos moradores da área afetada e por suas associações (art.159).

Tendo em vista que a regulamentação dos empreendimentos de impacto é matéria do plano diretor, deve ser adotado por analogia o mesmo procedimento estabelecido acima pela LOM de São Paulo, isto é, o direito das entidades da sociedade civil solicitar ao Executivo a realização de audiência pública sobre o plano diretor.

A LOM de Belém, considera a audiência pública como requisito obrigatório, ao estabelecer que na elaboração do plano diretor e dos programas e projetos dele decorrentes o Poder Público promoverá audiências públicas com a sociedade civil organizada, para colher subsídios à sua efetivação na forma da lei (art.120).

A LOM de Porto Alegre, considera obrigatória a realização de audiência pública a partir da provocação da sociedade civil. De acordo com o artigo 103, as entidades de âmbito municipal, ou se não o forem, com mais de três mil associados, poderão requerer a realização de audiência pública para esclarecimentos sobre projetos, obras e outras matérias relativas à administração e ao legislativo municipais. O Poder Executivo ou o Poder Legislativo, conforme for o caso, fica obrigado a realizar a audiência pública no prazo de trinta dias a contar da data do requerimento.

Com base nessa norma, a realização de audiência pública sobre o plano diretor pode se tornar obrigatória, tanto para o Executivo como para o Legislativo, após ser solicitada pelas entidades da sociedade civil. A LOM de Porto Alegre, e de São Paulo também adotam a tribuna popular como instrumento de participação popular.⁹⁰

⁹⁰ A Tribuna Popular pela LOM de Porto Alegre, poderá ocorrer nas sessões plenárias da Câmara Municipal bem como na Praça Montevideú, fronteira à Prefeitura Municipal. Poderão fazer uso da Tribuna Popular e entidades sindicais com sede em Porto Alegre, entidades representativas de moradores e outras que tenham atuação no âmbito municipal; e, entidades que mesmo não tendo caráter municipal, venham a apresentar questões de relevância para a população de Porto Alegre (art. 100). Pela LOM de São Paulo a Tribuna Popular será instalada na Câmara Municipal para permitir o debate de questões relevantes do Município pelas entidades e movimentos da sociedade civil com os Vereadores (art. 27,VIII).

Pela LOM de Recife, a participação da sociedade civil na Câmara Municipal nos trabalhos das comissões técnicas será viabilizada através de audiências públicas, por solicitação de entidades da sociedade civil (art.15, parágrafo único).

A audiência pública, como mecanismo de participação popular, também está prevista nas Leis Orgânicas dos Municípios de Salvador, Fortaleza e Vitória. Nessas Leis Orgânicas, bem como nas dos Municípios do Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Goiânia foi estabelecido, como competência das comissões permanentes da Câmara Municipal, a realização de audiências públicas com entidades da sociedade civil.

O plano diretor do Rio de Janeiro, através do artigo 12, parágrafo 2º, assegura a participação do cidadão através de audiências públicas. O plano diretor de Recife condiciona, para a execução de obras públicas de impacto que afetem a vida da população recifense, a apresentação de projeto executivo e realização de audiências públicas com as populações a serem atingidas convocadas pela Prefeitura (art. 181).

Com base no princípio da soberania popular e do preceito constitucional da participação popular no planejamento municipal no processo de instituição do plano diretor, a audiência pública é requisito obrigatório nas seguintes hipóteses:

- a) No caso da Lei Orgânica exigir a realização de audiências públicas, seja no âmbito do Executivo ou da Câmara Municipal, como etapa do processo legislativo (como no caso da LOM de São Paulo), para a aprovação do plano diretor;
- b) No caso da Lei Orgânica assegurar o direito dos cidadãos e das entidades da sociedade civil solicitarem a realização de audiência pública, que passa a ser obrigatória a partir da solicitação, seja para o Executivo como também para o Legislativo (ex.LOM de Porto Alegre).
- c) No caso da Lei Orgânica estabelecer, no âmbito da Câmara Municipal, como de sua competência realizar através de suas comissões audiências públicas com entidades da sociedade civil, e esta for solicitada pelos Vereadores, ou por um grupo de cidadãos ou de entidades.
- d) A partir da solicitação da audiência pública no âmbito do Legislativo, por um grupo de cidadão, ou de entidades da

sociedade civil, caso a audiência pública não tenha sido regulamentada pela Lei Orgânica.

Considerando que a Câmara Municipal tem a atribuição constitucional de aprovar o plano diretor, a audiência pública, como instrumento de garantia do direito de participação popular, deve ser compreendida como requisito obrigatório do processo legislativo para a sua instituição mediante lei municipal, seja pela razão dessa obrigatoriedade estar prevista na Lei Orgânica do Município, ou devido a competência constitucional (que tem o caráter de obrigação), das comissões do Poder Legislativo realizarem audiências públicas com entidades da sociedade civil.

A obrigatoriedade da audiência pública no processo legislativo do plano diretor tem como embasamento o artigo 5º, inciso XXXIII da Constituição, que assegura o direito à informação, o princípio da soberania popular e o pleno exercício da cidadania como componente fundamental do Estado Brasileiro (art. 1º, II).

3.1.3. PLEBISCITO E REFERENDO

O plebiscito e o referendo também podem se tornar instrumentos obrigatórios no processo de formulação do plano diretor. De acordo com o artigo 14, da Constituição a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular, sendo competência privativa da União legislar sobre direito eleitoral nos termos do artigo 22, inciso I.

A iniciativa popular está regulamentada pelo Regimento Interno da Câmara dos Deputados, no que diz respeito aos requisitos para a sua apresentação e tramitação nas comissões e plenário. Com relação ao plebiscito e ao referendo, a lei federal deve estabelecer os requisitos e procedimentos para a sua realização pela Justiça Eleitoral, sendo que esta lei ainda não foi instituída.

O Município, com base na competência constitucional de legislar sobre assuntos de interesse local, e de suplementar a legislação federal no que couber (art. 30, I e II), pode legislar sobre o referendo, o plebiscito e a iniciativa popular para assuntos municipais, respeitando as

matérias que são da esfera e de responsabilidade do Poder Judiciário, no caso da Justiça Eleitoral.

A iniciativa popular pode ser utilizada na esfera municipal para apresentação de projetos de lei de interesse específico do Município, da cidade ou de bairros, através da manifestação de, pelo menos, cinco por cento do eleitorado, nos termos do artigo 29, inciso XIII da Constituição. Às Leis Orgânicas coube a função de regulamentar o processo legislativo da iniciativa popular, como o direito de apresentar emendas a Lei Orgânica, direito de defesa dos signatários do projeto de lei na Câmara Municipal, prazo de tramitação e votação.

A LOM do Rio de Janeiro, por exemplo, ao tratar da iniciativa popular, permite a apresentação pela população de emenda sobre a Lei Orgânica, subscrita por três décimos por cento do eleitorado do Município (art. 68). A iniciativa popular para apresentação de projetos de lei também pode ser exercida por entidade representativa da sociedade civil, legalmente constituída, que apresente projeto de lei subscrito por metade mais um de seus filiados, ou por entidades federativas legalmente constituídas que apresentem projeto de lei subscrito por um terço dos membros de seu colegiado (art. 80).

Tendo em vista que a competência para autorizar referendo e convocar plebiscito é do Poder Legislativo, é possível distinguir as matérias que podem ser regulamentadas pelo Município e as que devem ser disciplinadas pela União.⁹¹

A União deve disciplinar a propaganda e publicidade para a realização do referendo ou plebiscito, utilização dos meios de comunicação, os procedimentos e requisitos de votação e apuração de que serão fiscalizados pela Justiça Eleitoral.

O Município pode dispor sobre o referendo e o plebiscito nos aspectos que dizem respeito à esfera do Poder Municipal, isto é, regulamentar os requisitos e procedimentos para a tomada de decisão sobre questão relevante de interesse local, tais como definir as pessoas que têm o direito de requerer a utilização destes instrumentos, bem

⁹¹ De acordo com o artigo 49, inciso XV da Constituição é de competência exclusiva do Congresso Nacional, autorizar referendo e convocar plebiscito. Com base nesta norma as Constituições dos Estados e Leis Orgânicas dos Municípios analisadas, atribuíram respectivamente as Assembléias Legislativas e as Câmaras Municipais a competência para autorizar referendo e convocar plebiscito.

como a forma do requerimento, a tramitação e o quórum de votação para a autorização da Câmara Municipal, os assuntos passíveis de serem submetidos ao plebiscito e referendo.

De forma mais precisa, podemos concluir que a definição dos temas que podem ser objeto de referendo e plebiscito e as matérias referentes à fase de solicitação e da aprovação destes pela Câmara Municipal são de responsabilidade do Município. As matérias referentes à fase de realização e votação destes instrumentos devem ser disciplinadas pela União e supletivamente pelo Município.

A obrigatoriedade do plebiscito ou referendo no processo de instituição do plano diretor, diferente da audiência pública, fica condicionada ao atendimento dos requisitos estabelecidos na Lei Orgânica do Município.

A LOM do Rio de Janeiro, exige que o plebiscito sobre questão relevante para os destinos do Município seja solicitado por um terço dos Vereadores, ou por cinco por cento do eleitorado municipal, e aprovado por maioria absoluta da Câmara Municipal. A votação será organizada pelo Tribunal Regional Eleitoral, no prazo de três meses após a aprovação do plebiscito (art. 81). Cabe ao Município assegurar ao Tribunal Regional Eleitoral os recursos necessários para a realização do plebiscito.

No caso de São Paulo, o referendo para a aprovação da lei do plano diretor para se tornar obrigatório depende de autorização da Câmara Municipal. O referendo pode ser solicitado por pelo menos 1% (um por cento) do eleitorado. A Câmara deve emitir parecer sobre o requerimento de referendo e encaminhar o pedido ao Tribunal Regional Eleitoral (art.44). De acordo com o artigo 45 da LOM de São Paulo, as questões relevantes aos destinos do Município poderão ser submetidas a plebiscito ou referendo por requerimento de pelo menos 2% (dois por cento) do eleitorado ao Tribunal Regional Eleitoral, ouvida a Câmara Municipal. É importante esclarecer que a obrigatoriedade para o Tribunal Regional Eleitoral, promover o referendo ou plebiscito depende da regulamentação destes instrumentos pela União, cuja lei federal deve em especial dispor sobre os procedimentos e requisitos de votação e apuração desses sufrágios.

A LOM de Vitória, ao disciplinar a consulta popular pelo artigo 94, conceitua o referendo como a manifestação do eleitorado sobre

matéria legislativa de âmbito municipal, decidida no todo ou em parte. O referendo pode ser solicitado por, no mínimo, cinco por cento do eleitorado e para ser autorizado pela Câmara Municipal depende da aprovação de três quintos de seus membros. Aprovada a realização do referendo, o Município deve solicitar à Justiça Eleitoral que expeça instrução, presida a realização e apure os resultados da consulta popular. A consulta popular é considerada aprovada se obtiver o voto da maioria absoluta dos eleitores, havendo votado, pelo menos, a metade mais um do eleitorado do Município.

A LOM de Belém considera como matérias passíveis de serem submetidas a referendo, emenda e projetos de emenda à Lei Orgânica, lei e projetos de lei, no todo ou em parte. O referendo pode ser requerido por três por cento do eleitorado municipal, pelo Prefeito, e por pelo menos um quinto dos Vereadores. A autorização para realizar o referendo depende da aprovação de pelo menos três quintos dos Vereadores e a decisão tomada pelo eleitorado para ser reconhecida precisa obter a maioria dos votos e atingir o quórum de votação de mais da metade dos eleitores (art. 8º).

No Município de Porto Alegre, a Lei Orgânica através do artigo 99, assegura o recurso de consultas referendárias ou plebiscitárias sobre atos, autorizações ou concessões do Poder Executivo e sobre lei ou parte de lei, projeto de lei ou parte de projeto de lei, cabendo a iniciativa ao Prefeito, a dois terços dos Vereadores da Câmara Municipal ou a cinco por cento do eleitorado do Município.

A LOM de Fortaleza, de forma original, possibilita a suspensão da execução de lei promulgada ou de qualquer obra de iniciativa pública ou particular, consideradas contrárias aos interesses da população, através do veto popular, por cinco por cento do eleitorado, do distrito, do bairro ou de área diretamente atingida, conforme abrangência da lei. A lei objeto de veto popular, que pode ser por exemplo o plano diretor, deverá automaticamente ser submetida ao referendo popular (art. 56).

Pela forma com que as Leis Orgânicas regulamentaram o plebiscito e o referendo, como mecanismos de consulta popular, está configurada a faculdade dos cidadãos e das entidades da sociedade civil poderem utilizá-los para manifestar sua concordância ou não, com o todo ou parte, sobre as normas do plano diretor disciplinadora do direito à cidade aprovado na Câmara Municipal.

Essa faculdade, para se tornar direito, é condicionada ao cumprimento dos requisitos estabelecidos nas Leis Orgânicas acima ilustrados para a autorização do plebiscito ou referendo, na verdade, demonstram que determinados requisitos precisam ser preenchidos para estes alcançarem o patamar de componente obrigatório do processo de instituição do plano diretor.

Essa faculdade passa a ser direito também, na medida em que houver lei municipal estabelecendo a obrigatoriedade de consulta popular através destes instrumentos no processo do plano diretor.

No caso de não haver, por lei municipal, a obrigatoriedade da consulta popular como fase do processo de instituição do plano diretor, a faculdade conferida aos cidadãos terá que ser exercida para se transformar em direito. Quer dizer, é necessário que os cidadãos e suas entidades representativas postulem o direito de consulta popular ao Poder Público municipal para que este, ao ser provocado, reconheça esse direito ou não. Nesse caso, a instituição competente para tomar essa decisão sobre o direito ou não à consulta popular é a Câmara Municipal, que tem a atribuição de autorizar o referendo e convocar o plebiscito.

Na verdade, devemos considerar que é facultativo a utilização do plebiscito ou referendo no processo do planejamento municipal e, portanto, do plano diretor. A obrigatoriedade destes instrumentos no processo do plano diretor está condicionada ao atendimento dos requisitos estabelecidos na Lei Orgânica. Uma vez atendidos, se transformam em mais um dos componentes da constitucionalidade deste instrumento de política urbana.

4. GESTÃO DEMOCRÁTICA E PLANEJAMENTO MUNICIPAL

4.1. GESTÃO DEMOCRÁTICA

Da mesma maneira que o direito não é estático, a dinâmica da cidade, cada vez mais imprevisível e envolvente, não permite a idéia de um modelo pronto e acabado de planejamento que idealize, por exemplo, como a cidade do futuro, aquela que tiver seu território dividido proporcionalmente entre as pessoas humanas, andróides, robôs e computadores.

O plano diretor, como instrumento do planejamento municipal, formulado e executado com a participação da comunidade é necessário não somente para ter eficácia e validade jurídica em obediência aos princípios constitucionais norteadores da política urbana, como também para conferir consistência para os novos paradigmas de exercício do poder, de modo a consolidar novos valores fundamentais na cidade, considerando a existência das diferenças, dos conflitos, dos interesses divergentes presentes na sociedade, a prática da democracia e do exercício da cidadania.

Exerce papel essencial nesse processo de formulação e execução das políticas públicas o planejamento e o modelo de gestão da cidade que são matérias diretamente vinculadas ao plano diretor. O sistema de gestão democrática compreende esferas públicas com participação da sociedade civil com competência para normatizar, executar e fiscalizar as atividades do Poder Público e dos agentes privados. Essas esferas públicas que configuram órgãos colegiados, podem ser constituídas através de canais institucionais do Poder Público, bem como no âmbito da sociedade civil e reconhecidas pelo Poder Público como os denominados Conselhos Populares.

Os sistemas de gestão democrática da cidade devem ser constituídos por lei, podendo ser objeto de regulamentação pela Lei Orgânica como do próprio plano diretor.

O sistema de gestão local possibilita a organização de unidades da Administração Municipal, de forma desconcentrada e regionalizada, como são as Subprefeituras e Administrações Regionais. Nesse sistema de gestão será preciso distinguir, em especial, o caráter e a natureza dos órgãos colegiados constituídos na forma de Conselhos, considerando a forma diferenciada como estes foram regulamentados pelas Leis Orgânicas. Isto é, existem órgãos colegiados definidos como Conselhos ou instâncias autônomas e independentes do Poder Público, mas com atribuições específicas.

As questões que surgem, com a constituição desses canais de participação popular, dizem respeito ao caráter desses colegiados; São meramente opinativos, consultivos ou deliberativos? Têm poder de fiscalizar as ações do Poder Público? Suas decisões acarretam faculdade ou obrigações? A resposta a estas questões se encontra no próprio disciplinamento (finalidade, competências) dos canais de participação popular previstos nas Leis Orgânicas e planos diretores.

4.1.1. SUBPREFEITURAS E ADMINISTRAÇÕES REGIONAIS

Pela LOM de São Paulo, na esfera da gestão municipal pelo Poder Executivo, a inovação se encontra na criação das Subprefeituras, que exercerão a administração municipal em nível local. Diante da complexidade da cidade de São Paulo, com aproximadamente dez milhões de habitantes, é fundamental para a garantia da participação popular a descentralização e desconcentração da Administração Municipal. As Subprefeituras, com dotação orçamentária própria, têm como atribuições de acordo com o artigo 78:

- I – coordenar e supervisionar a execução das atividades e programas da sua área administrativa, de acordo com as diretrizes, programas e normas estabelecidas pelo Prefeito;
- II – sugerir à Administração Municipal, com a aprovação do Conselho de Representantes, diretrizes para o planejamento municipal;
- III – propor à Administração Municipal, de forma integrada com os órgãos setoriais competentes, a aprovação do Conselho de Representantes, prioridade orçamentária relativas aos serviços, obras e atividades a serem realizadas no território da Subprefeitura;

De acordo com o Artigo 77 da LOM, as Subprefeituras serão regulamentadas por lei que definirá suas atribuições, número e limites territoriais, bem como as competências e o processo de escolha do Subprefeito. Esse dispositivo aponta para a possibilidade do Subprefeito também ser escolhido pelo voto direto e secreto mediante sufrágio universal.⁹²

As Subprefeituras são órgãos administrativos auxiliares, regionalizados da Administração Municipal Central, não havendo transferência de funções e responsabilidades para outra pessoa jurídica. O

⁹² De acordo com o artigo 77 da LOM, a Administração Local será exercida em nível local, através de Subprefeituras, na forma estabelecida em lei, que definirá suas atribuições, número e limites territoriais, bem como as competências e o processo de escolha do Subprefeito. Para cada área administrativa do Município que será dividido em Subprefeitura deverá ser constituído um Conselho de Representantes, cujos membros serão eleitos de acordo com o estabelecido em lei (art. 54).

Subprefeito é auxiliar direto do Prefeito, sendo que o Chefe do Executivo Municipal não pode delegar por decreto as competências consideradas como privativas para os Subprefeitos, como a de vetar projetos de lei, sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, expedir decretos e regulamentos.

A LOM de São Paulo, na verdade, adotou um sistema de gestão desconcentrado, uma vez que a Subprefeitura é órgão vinculado a Administração Municipal, onde existe apenas uma pessoa jurídica para desempenhar funções e atividades através de seus agentes.

De acordo com Celso Antonio Bandeira de Mello, ao tratar do tema prestação centralizada e descentralizada de serviços públicos *“na administração centralizada os serviços e as competências decisórias, com relação aos diferentes assuntos, são distribuídos, repartidos, entre diversos órgãos; contudo, permanecem sempre como serviços e atividades de uma só pessoa jurídica. Em consequência, os atos praticados pelas diferentes unidades, nada mais são que atos de uma única e mesma entidade, a qual se serve de múltiplos canais de expressão: seus órgãos. Essa distribuição de competências decisórias, de serviços, operada na intimidade da pessoa jurídica se denomina desconcentração. Desconcentração é, pois, distribuição interna de competências decisórias ou, dito com maior precisão, distribuição de competências decisórias no interior de uma mesma pessoa jurídica.”*⁹³

Os Professores espanhóis Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, na abordagem feita sobre a diversificação de Administrações Públicas consideram que *“a diversificação de entidades administrativas não supõe uma fragmentação do Estado, obviamente; este, como unidade estrutural política engloba todas elas e, além disso, se serve de sua administração direta ou centralizada para submeter as demais a uma certa disciplina unitária, mediante as técnicas da tutela administrativa*

⁹³ Segundo Celso Antonio a desconcentração pode se realizar em função do grau, distribuição de competências decisórias através dos diferentes níveis hierárquicos; em função da matéria, procedida em função da natureza do objeto da atividade; geográfica ou territorial, em que se distribuem competências decisórias a organismos locais, responsáveis pela resolução de questões que interessam a uma determinada área geográfica. Celso Antonio Bandeira de Mello - Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta, Editora Revista dos Tribunais, 2a. edição, 1983, pág. 3 e 5.

*(tutela sobre a organização, sobre os atos, sobre a atividade, na medida que disponham as normas próprias de cada ente ou grupo de entes).*⁹⁴

O critério de desconcentração adotado pela LOM de São Paulo foi geográfico e territorial, uma vez que a Subprefeitura tem a função de exercer a administração municipal em nível local. A Subprefeitura adquire relevância na organização administrativa do Município de São Paulo, por ter maior capacidade de autogestão, uma vez que é capacitada de dotação orçamentária própria.

A LOM de Belo Horizonte, também constituiu um sistema desconcentrado da gestão da cidade, através da Administração Regional, cujas atribuições, organização e funcionamento serão definidos por lei. As diretrizes metas e prioridades das administrações regionais devem ser definidas através do plano plurianual e das leis orçamentárias (art. 21).

Os princípios da desconcentração e descentralização, pela LOM de Curitiba, devem ser atendidos na ordenação da estrutura orgânica e funcional do Município podendo, no âmbito da administração direta, serem criadas Administrações Regionais (art. 77).

Quanto às Subprefeituras ou Administrações Regionais, podemos defini-las como órgãos regionalizados com a atribuição de exercer a Administração Municipal no âmbito local, destinadas a implementar, em seu respectivo território, as atividades, obras e serviços de responsabilidade do Poder Executivo, tendo suas competências delineadas por lei.

Com relação aos órgãos de planejamento descentralizado, previstos nos Planos Diretores de Natal, Recife e João Pessoa, são órgãos

⁹⁴ Segundo os Mestres espanhóis a personificação jurídica dos múltiplos centros de decisão (pode desconcentrar-se a decisão sem personalizar o órgão a favor do qual se desconcentra) se traduz juridicamente na consideração dos mesmos como centro de imputação de relações e posições jurídicas: os entes administrativos menores são, cada um titulares próprios dessas relações e posições; são por isso pessoalmente justificáveis, sem prejuízo de que muitas ou algumas dessas relações ou posições possam requerer para constituir-se ou para exercer-se a auctoritatis interpositio do Estado ou de um ente distinto de tutela. Essa aptidão para ser titular de posições e relações jurídicas próprias se traduz, por força, em uma maior ou menor capacidade de autodeterminação e de autogestão do ente na esfera de seus interesses. Eduardo García de Enterría - Tomás-Ramón Fernández, Curso de Direito Administrativo, Editora Revista dos Tribunais, 1991, pág. 313/314.

integrantes das unidades administrativas das regiões administrativas da Administração Municipal. Isto significa que os órgãos de planejamento descentralizado são unidades integrantes das instâncias regionais da Administração Municipal (Subprefeituras ou Administrações Regionais).

4.1.2. CONSELHOS SETORIAIS

Os órgãos colegiados, como canais institucionais de participação popular, apesar de terem sido disciplinados de formas diversas pelas Leis Orgânicas e planos diretores, analisados como por exemplo quanto ao seu caráter de serem consultivos ou deliberativos, apresentam em comum a finalidade de assegurar a participação da sociedade na elaboração, implementação das políticas públicas e na fiscalização das ações do Poder Público. Outra identidade é quanto a composição desses órgãos terem representantes do Poder Público e da sociedade civil e serem órgãos integrantes da Administração Pública, tanto a nível setorial como também regional.

Esses canais institucionais de participação popular, como instâncias administrativas, devem ser instituídos e regulamentados por lei, em especial nas matérias referentes à competência, organização e funcionamento.

Paulo Afonso Leme Machado, ao tratar da colegialidade nos órgãos ambientais, considera que *“um colegiado, para poder funcionar bem, depende primeiramente da clareza com que suas finalidades são definidas e, portanto, do dimensionamento de sua competência. Se for deliberativo ou se for somente consultivo, variará a força dos pronunciamentos do órgão. O critério de escolha dos componentes do colegiado, os requisitos prévios dessa opção e composição, a duração do mandato, o processamento das votações, a frequência das reuniões e o modo de convocá-las, entre outros dados, mostram a possibilidade de eficiência de um órgão coletivo”*.⁹⁵

A LOM de Porto Alegre, ao dispor dos Conselhos Municipais em seu artigo 101, os define como órgãos de participação direta da comunidade na administração pública, tendo por finalidade propor, fiscalizar e deliberar matérias referentes a cada setor da administração, nos termos de lei complementar. Esses Conselhos são compostos por

⁹⁵ Paulo Afonso Leme Machado - 1992, op. cit., pág. 69.

número ímpar de membros, observada a representatividade das entidades comunitárias de moradores, entidades de classe e da administração municipal.

A LOM de Goiânia, considera os Conselhos Municipais como órgãos auxiliares da Administração Municipal, com objetivos específicos e determinados, integrados paritariamente por representantes dos Poderes Executivo e Legislativo, representantes da sociedade civil, usuários e contribuintes. Serão criados mediante lei e em caráter prioritário os Conselhos de Educação, de Saúde, de Defesa dos Deficientes, de Transportes, de Habitação e de Meio Ambiente (art. 23).

A LOM de Belém, cria o Conselho Municipal de Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente, composto paritariamente por representantes da sociedade civil organizada e do Poder Público, com a obrigação de orientar a política municipal de desenvolvimento urbano e meio ambiente (art. 119). Esse Conselho tem como atribuições: estabelecer a política urbanística com planos, programas e projetos atinentes ao desenvolvimento do Município, visando à sua permanente atualização; auxiliar o Executivo no julgamento dos recursos interpostos contra a aplicação da legislação urbana.

A LOM de Curitiba, criou o Conselho Municipal de Planejamento, formado por representantes de distintas entidades da sociedade civil, que terão parte na elaboração e execução do plano diretor do Município (art. 155). No mesmo sentido, a LOM de Fortaleza constituiu a comissão de avaliação permanente do plano diretor, definido como um órgão colegiado autônomo e ligado diretamente ao Prefeito Municipal, garantindo a participação de entidades representativas de categorias profissionais (art. 160).

Pela LOM do Rio de Janeiro, os Conselhos Municipais são definidos como órgãos de assessoramento à Administração Pública e têm por finalidade auxiliá-la na análise, planejamento, formulação e aplicação de políticas; na fiscalização das ações governamentais e nas decisões de matérias de sua competência. Mediante lei será definida a composição, atribuições, deveres e responsabilidades dos Conselhos, nos quais assegurará a participação das entidades representativas da sociedade civil. Os Conselhos terão caráter exclusivamente consultivo, salvo quando a lei lhes atribuir competência normativa, deliberativa ou fiscalizadora, bem como terão dotação orçamentária específica. Entre os

Conselhos que serão criados por lei, está previsto o Conselho de Política Urbana.

Pelo plano diretor do Rio de Janeiro, o Conselho de Política Urbana tem como atribuições intervir em todas as etapas do processo de planejamento; analisar e propor medidas de concretização de políticas setoriais; exercer a fiscalização da gestão do Fundo Municipal de Desenvolvimento Urbano; solicitar ao Poder Público a realização de audiência pública para prestar esclarecimentos a população; realizar no âmbito de sua competência audiências públicas (art. 19, art.22, parágrafo 2º). O Plano diretor do Rio de Janeiro assegura a participação da população, através de entidades e associações comunitárias em grupos de trabalho, comissões e órgãos colegiados, provisórios ou permanentes (art.12).

Na LOM de São Paulo, os Conselhos serão criados por lei, tendo na sua composição representantes eleitos ou designados, com a finalidade de assegurar a adequada participação de todos os cidadãos em suas decisões (art. 9º). Com base nesta norma, poderão ser constituídos na cidade vários Conselhos referentes aos principais problemas da cidade de interesse direto da população, seja a nível setorial, como um Conselho de Política Urbana, como regional. A nível regional deverão ser constituídos pela LOM os Conselhos de Representantes.

Pelo plano diretor de João Pessoa, o Conselho de Desenvolvimento Urbano (art. 91), tem como atribuições básicas deliberar nos processos de elaboração, revisão, acompanhamento e avaliação do plano diretor, plano de governo, orçamento, código de zoneamento, de parcelamento do solo e de meio ambiente. O Conselho tem como atribuições permanentes (art. 92):

- manifestar-se sobre as políticas, diretrizes e estratégias de zoneamento, produção, ocupação e uso do solo da cidade;
- pronunciar-se sobre as propostas e iniciativas voltadas ou que repercutam no desenvolvimento do Município, originárias do setor público ou privado, notadamente as que exercem impacto sobre o espaço urbano.

O Conselho é constituído por 18 (dezoito) conselheiros, 9 (nove) representantes do Poder Público e 9 (nove) representantes da sociedade civil, sendo três representantes de associações comunitárias, três

representantes dos Conselhos profissionais e sindicatos de trabalhadores e de três representantes de sindicato patronais (art. 93).

De acordo com o plano diretor de Recife, a gestão urbana será exercida pela Prefeitura de modo participativo, com as organizações da sociedade existentes na cidade e com o acompanhamento, controle e fiscalização da Câmara dos Vereadores (art. 165). A participação da sociedade na gestão urbana se dará por meio do Conselho de Desenvolvimento Urbano e dos Conselhos Setoriais (art.166).

O Conselho de Desenvolvimento Urbano, de acordo com o art. 113 da LOM de Recife, é o órgão colegiado de composição paritária entre representantes do Município e da sociedade civil, destinado a exercer as funções de acompanhamento, avaliação e controle do plano diretor. O Conselho de Desenvolvimento Urbano é integrado pelas câmaras setoriais de desenvolvimento econômico e de desenvolvimento social. Aos Conselhos Setoriais compete exercer, no âmbito do Poder Executivo, as funções de elaboração, atualização, controle, acompanhamento e avaliação do plano diretor, planos e programas setoriais (art. 179).

O plano diretor de Natal, de acordo com o seu artigo 57, dispõe sobre as competências do Conselho Municipal de Planejamento Urbano e Meio Ambiente previsto na Lei Orgânica do Município entre as quais:

- apreciar planos e projetos de habitação de interesse social, para fins de solicitação de gravidade da outorga de construir acima da densidade básica;
- fiscalizar os recursos do Fundo de Urbanização;
- analisar e emitir parecer com relação a propostas de Operação Urbana;
- apreciar o parecer técnico encaminhado ao Executivo sobre empreendimentos de impacto;
- analisar e emitir parecer sobre as propostas de alteração do plano diretor antes de serem enviadas para a Câmara Municipal.

Podemos observar que os colegiados constituídos na forma de Conselhos são órgãos vinculados à Administração Municipal, que exercem basicamente a função de assessoria, estudos, formulação de políticas e planos e de fiscalização. Os Conselhos também podem exercer a função de órgão auxiliar dos setores administrativos responsáveis pela implementação das políticas públicas. No caso dos Conselhos

Setoriais da Política Urbana, essas funções são exercidas junto aos órgãos responsáveis pela execução dessa política (ex. Secretarias de Planejamento ou de Desenvolvimento Urbano).

4.1.3. CANAIS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR AUTÔNOMOS DO PODER PÚBLICO

Quanto aos Conselhos previstos nas Leis Orgânicas, denominados de Conselhos Populares, por serem dotados de autonomia não são subordinados a Administração Municipal como os Conselhos Municipais e Setoriais. Uma das diferenças principais diz respeito à composição desses órgãos colegiados, formados apenas por representantes da sociedade civil. Outro aspecto dos Conselhos Populares que deve ser ressaltado é da sua função pública de analisar e formular políticas públicas, acompanhar e fiscalizar as ações do Poder Público, mesmo não sendo a este subordinado.

Os Conselhos Populares têm o objetivo de constituir um espaço público onde a população, através de suas formas de organização, possa participar e ser consultada sobre os assuntos de interesse coletivo, público e social da cidade. Pelos Conselhos Populares se institucionaliza o reconhecimento das esferas públicas constituídas pela sociedade civil, visando a prática da cidadania e democracia.

Por exemplo, de acordo com o artigo 101 da LOM de Porto Alegre, o Poder Público reconhecerá a existência de conselhos populares regionais, autônomos, não subordinados à administração municipal. Esses conselhos são instâncias regionais de discussão e elaboração de políticas municipais, formados a partir de entidades representativas de todos os segmentos sociais da região. A obrigação estabelecida por essa norma é do Poder Público reconhecer como uma instância da sociedade civil os conselhos populares nos assuntos referentes às políticas públicas de esfera local.

A Lei Orgânica de Vitória, também reconhece a existência dos Conselhos Populares como forma de participação popular, não sendo permitido qualquer tipo de interferência do Poder Público nestes Conselhos e Associações Populares (art. 8º).

A LOM de Belo Horizonte estabelece instâncias junto a cada sistema administrativo e a cada administração Regional, que atuarão de

forma autônoma e independente do Poder Público, tendo sua composição, organização e funcionamento definidos em estatutos próprios aprovados pela Câmara Municipal.

A instância, junto a cada sistema administrativo, tem como atribuições: participar da elaboração da política de ação do Poder Público; de planos e programas para o setor; analisar e manifestar-se sobre o plano diretor e orçamento anual; acompanhar e fiscalizar a execução de plano e programa setorial e fiscalizar a aplicação de recursos públicos para o setor. Para a instância, junto a cada Administração Regional, as atribuições são estabelecidas no âmbito regional, como a de acompanhar e fiscalizar as ações regionais do Poder Público e a destinação dos recursos públicos destinados à região (art. 20, 22 e 23).

A LOM de Curitiba, ao dispor dessa matéria, estabelece que os Conselhos Municipais serão criados mediante lei, nas diversas áreas, integrados por representantes populares dos usuários dos serviços públicos, disciplinando a sua composição e funcionamento (art.79). Os Conselhos Municipais funcionarão de forma independente da Administração Municipal, tendo como prerrogativas:

- a participação mediante propostas e discussões de planos, programas e projetos, a partir do plano diretor de desenvolvimento integrado, do plano plurianual, das diretrizes orçamentárias e do orçamento anual;
- o acompanhamento da execução de programas e a fiscalização da aplicação dos recursos.

Associado à Subprefeitura, como instância regional do Poder Municipal, a LOM de São Paulo criou os Conselhos de Representantes, que deverão corresponder ao mesmo número de Subprefeituras, podendo os seus membros também, na forma da lei, serem eleitos através de eleição direta na cidade.

Os Conselhos de Representantes têm como atribuições:

- I – participar em nível local, do processo de Planejamento Municipal e em especial da elaboração das propostas de diretrizes orçamentária e do orçamentos, bem como do plano diretor e das respectivas revisões;
- II – participar, em nível local, da fiscalização da execução do orçamento e de demais atos da administração municipal;

III – encaminhar representações ao Executivo e à Câmara Municipal a respeito das questões relacionadas com o interesse da população local;

O Conselho de Representantes, como canal de participação popular no âmbito regional, tem o papel de fiscalizar as atividades da administração Municipal e de participar do processo de planejamento municipal. Por ter a atribuição de participar do processo de elaboração das propostas do plano diretor e suas respectivas revisões, será a instância de poder, a nível local, para promover a negociação política do plano diretor, pois as diretrizes do planejamento municipal que serão submetidas pela Subprefeitura à Administração Municipal, devem ser aprovadas pelo Conselho de Representantes.

O Conselho de Representantes, atua como uma espécie de legislativo regional, pois com base nas suas atribuições, exerce funções a nível regional semelhantes à Câmara Municipal, como de fiscalizar a execução do orçamento e demais atos da administração municipal. Esta semelhança também decorre dessa instância não ser um órgão vinculado ao Executivo, e do fato do Conselho ter apenas membros eleitos pela população local. Importante esclarecer que pela função legislativa ser atribuição exclusiva da Câmara Municipal, o Conselho de Representantes não tem essa atribuição, portanto não poderia, por exemplo, autorizar a realização de plebiscito ou referendo, mesmo que o assunto fosse de interesse direto da população de uma região da cidade.

O mérito dos Conselhos Populares autônomos é o de estimular que a sociedade local se organize, através de colegiados capacitados para intervir e influenciar as ações do Poder Público, referente às matérias de interesse público e social. A autonomia dos conselhos populares é relevante no aspecto do controle e fiscalização pela comunidade das ações do Poder Público, de modo a impedir a prática de atos ilegais e lesivos aos interesses coletivos e difusos, bem como para postular direitos e solicitar informações.

4.1.4. MODELO DE GESTÃO DEMOCRÁTICA

O modelo que pode ser extraído para o setor de política urbana, com base nos sistemas de gestão previstos nas Leis Orgânicas e planos diretores analisados, compreende:

- a) Órgão colegiado vinculado a Administração Municipal – Canal Institucional de Participação Popular (Conselho Setorial de Política Urbana): exerce as funções de assessoria, formulação, fiscalização na área de política urbana, podendo exercer também a função de órgão auxiliar do setor administrativo responsável por essa política. A sua composição contém representantes do setor público e da sociedade civil. Esses Conselhos podem também ser constituídos de forma regionalizada.
- b) Órgão Central da Administração Municipal (Secretaria de Planejamento ou Desenvolvimento Urbano): exerce as funções de normatização, coordenação e supervisão, formulação e execução da política urbana (diretrizes do planejamento municipal, plano diretor).
- c) Órgãos Locais da Administração Municipal (Subprefeituras, Administrações regionais, Regiões Administrativas): exercem as funções de coordenação e execução das atividades, planos e programas referentes a política urbana (plano diretor) no âmbito de sua jurisdição.
- d) Canais de Participação Popular Autônomos e Independentes do Poder Público (Conselhos Populares): exercem as funções de análise, formulação e acompanhamento da política urbana. Exercem também a função de fiscalização das atividades, planos e programas desenvolvidos pela administração Municipal. Esses Conselhos são formados pela sociedade civil, dotados de autonomia e reconhecidos pelo Poder Público, podendo ser constituídos de forma regionalizada.

A previsão dos canais institucionais de participação popular tem revelância como meio de viabilizar a autodeterminação dos indivíduos por sua participação política nas instâncias de tomada de decisão do Poder Público.

A participação da comunidade, através de suas entidades representativas ou por representantes diretamente eleitos para essa função, nos Conselhos Populares e nos Conselhos Municipais, para definir os usos e a forma adequada de ocupação do solo para atender a função social da propriedade, no sentido de delimitar as áreas para uso residencial: áreas de uso misto, residencial, comercial, industrial, as

áreas de preservação ambiental, as áreas destinadas para habitação de interesse social, para decidir sobre a aprovação ou não de empreendimentos de grande impacto ambiental, de operação urbana, etc., politiza a questão urbana, confronta os meios da burocracia administrativa e instaura um canal permanente de interlocução e mediação dos conflitos urbanos.

As estruturas informais, construídas para defender os interesses da comunidade, que promovem a negociação política com o Estado e os setores detentores do poder econômico a partir do momento que se institucionalizam e acarretam a obrigação de serem consultadas pelo Poder Público, rompem com as estruturas formais falidas, sendo um anúncio da democratização permanente da sociedade.

4.2. PLANEJAMENTO MUNICIPAL

O planejamento municipal é responsável pela definição das metas visando o cumprimento das missões constitucionais do Município, como a prestação dos serviços públicos de transporte e coleta de lixo; promover a manutenção e conservação da cidade, o atendimento à saúde da população; manter programa de educação pré-escolar e de ensino fundamental; promover o controle do uso do parcelamento e ocupação do solo urbano e a proteção ao meio ambiente.

O planejamento municipal foi objeto de regulamentação das Leis Orgânicas e, por ter o plano diretor como um dos seus instrumentos, cabe a este instrumento básico da política urbana dispor sobre esta matéria.

A LOM de São Paulo, estabelece que o Município deverá organizar sua administração e exercer suas atividades com base num processo de planejamento, de caráter permanente, descentralizado e participativo como instrumento de democratização da gestão da cidade. O planejamento também é considerado como instrumento de estruturação da ação do Executivo, e orientação da ação dos particulares.⁹⁶ O pro-

⁹⁶ Os planos diretores de Recife, João Pessoa e Natal, também instituíram sistemas municipais de planejamento constituídos por um órgão central de planejamento e pelos órgãos de planejamento descentralizados setorialmente ou das regiões administrativas. O sistema de planejamento municipal estabelecido no plano diretor de João Pessoa, é integrado também pelo Conselho de Desenvolvimento Urbano e pelos demais conselhos setoriais (art.87). O sistema de planejamento municipal previsto no plano diretor de Natal, compreende o Conselho Municipal de Planejamento Urbano e Meio Ambiente (art. 53).

cesso de planejamento é considerado como 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.

O planejamento, conceituado com instrumento de democratização da gestão da cidade, quebra e se contrapõe ao pensamento tradicional de planejar a cidade de forma parcial, considerando apenas a cidade legal, reconhecida pelo registro e contornos da burocracia estatal, perpetuando a segregação e a exclusão da população que vive à margem da legalidade na cidade real. A definição das políticas públicas e das prioridades de investimento, em função da realidade local e da manifestação da população, confere a legitimidade necessária para inverter a ordem da destinação dos recursos, das obras e serviços públicos para atender os reais interesses da população.

De acordo com a LOM de Porto Alegre, entre os objetivos gerais do planejamento se encontram o atendimento às necessidades e carências básicas da população quanto às funções de habitação; trabalho; lazer e cultura; circulação; saúde; abastecimento e convívio com a natureza; proteger o meio ambiente; incentivar a participação comunitária no processo de planejamento; e ordenar o uso do solo em consonância com a função social da propriedade (art.208).

Para a LOM de Belo Horizonte, o planejamento urbano é uma das formas de garantir o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, a garantia do bem estar de sua população e o cumprimento da função social da propriedade, desde que assegurada a participação da sociedade civil no planejamento e no controle da execução de programas que lhes forem pertinentes (art. 184).

Pela LOM de Salvador, o Município promoverá o desenvolvimento urbano através de um processo de planejamento levado a efeito pelo sistema de planejamento municipal, tendo entre seus objetivos:

- estímulo e garantia da participação da comunidade em todas as fases do processo de planejamento, do desenvolvimento e da organização territorial e espacial do Município;
- garantia a qualquer cidadão de acesso aos serviços básicos de infra-estrutura e comunitários adequados;
- cumprimento da função social da propriedade imobiliária urbana;

- recuperação dos investimentos públicos municipais, mediante contribuição de melhoria e outras cobranças que o plano diretor determinar;
- proteção, preservação e recuperação do meio ambiente e do patrimônio cultural.

O plano diretor, por ser parte integrante do processo do planejamento, ao estabelecer as exigências fundamentais de ordenação da cidade para garantir o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade tem como mais um condicionamento considerar a realidade local. O plano diretor, por ser considerado como instrumento básico da política urbana, significa que não deve ser o único, sendo também peças fundamentais para a execução dessa política o plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e o orçamento anual do Município.

É fundamental que seja promovida uma compatilização entre as atividades e os instrumentos estabelecidos no plano diretor, que dependerá de recursos para serem desenvolvidos e aplicados, com os investimentos que deverão ser definidos anualmente pelo orçamento do Município.

Para o processo de planejamento municipal ser descentralizado e participativo é necessário a constituição de um sistema municipal de informações.

Este sistema está previsto nas Leis Orgânicas de São Paulo, Rio de Janeiro, Florianópolis, Belo Horizonte e Recife.

Na Lei Orgânica de São Paulo, este sistema tem por finalidade manter atualizados as informações sociais culturais, econômicas, financeiras, patrimoniais, administrativas, físico-territoriais, inclusive cartográficas e geológicas, ambientais.

O sistema de informação deve estabelecer indicadores econômicos, financeiros, sociais, urbanísticos e ambientais de forma a permitir a avaliação, pela população dos resultados da ação da administração. O sistema de informações sobre a cidade deverá também atender aos princípios da simplificação, economicidade, precisão e segurança.

O acesso às informações é elemento primordial para a democratização da gestão da cidade, que deverá ser utilizado por qualquer cidadão e não apenas pelos órgãos da administração municipal, permitindo eliminar a apropriação indevida do conhecimento sobre a cidade por pequenos grupos de técnicos e servidores da máquina estatal,

que atendem apenas os interesses da minoria privilegiada que sempre teve acesso às instâncias do poder municipal. O direito da população ter acesso ao conhecimento sobre a vida da cidade, no aspecto social, cultural, financeiro, econômico, físico territorial, ambiental depende da linguagem que será utilizada.

Para a população se apropriar do conhecimento sobre a cidade, deverá ser adotada uma linguagem simplificada e acessível a qualquer cidadão que não seja especializado no assunto, de modo que essa apropriação efetive as condições necessárias, para intervir de maneira qualificada na defesa de seus interesses na formulação e execução das políticas públicas.

Por ser instrumento básico de planejamento da política urbana, o plano diretor deve ser formulado, implementado e revisto pelo sistema de planejamento e gestão, composto pelo órgão central de planejamento, seus respectivos órgãos descentralizados, e pelos canais institucionais de participação popular.

O plano diretor do Rio de Janeiro, pelo seu artigo 12, assegura a participação popular em todas as etapas do processo de planejamento, assim como o amplo acesso às informações de elaboração, implementação e avaliação de planos, projetos e programas de desenvolvimento urbano. O sistema municipal de planejamento urbano será instituído por lei, a qual será integrado o Conselho Municipal de Política Urbana (art.13). O sistema municipal de planejamento, de acordo com o artigo 14, tem entre suas responsabilidades:

- acompanhamento e avaliação dos resultados da implementação do plano diretor decenal;
- criação e atualização de um sistema de informações sobre a cidade, compreendendo entre outros, cadastro de terras e infraestrutura e dados gerais sobre uso e ocupação do solo urbano;
- pela atualização permanente da planta de valores do Município;
- pela ampla divulgação de dados e informações.

O plano diretor de Recife, estabelece que o sistema de planejamento deve observar como princípios: a integração e coordenação do planejamento dos órgãos da Prefeitura; participação popular no acompanhamento e avaliação da execução de ações planejadas; transformação do planejamento em processo permanente e flexível, capaz de se adaptar continuamente às mudanças exigidas pelo desenvolvimento da cidade (art. 184). O sistema

de planejamento da cidade tem como objetivos: instrumentalizar o processo de planejamento municipal e elaborar e controlar planos, programas, orçamentos e projetos; possibilitar convergência entre as ações do Poder Público e da sociedade em favor da cidade.

O plano diretor de Recife, define como instrumentos do sistema de planejamento: plano diretor de Desenvolvimento da Cidade do Recife, planos diretores setoriais, orçamento anual, planos e programas setoriais, programas locais (art 193). Com relação aos conselhos setoriais que integram o sistema de planejamento, lhes foram atribuídas, como funções, elaborar, atualizar, controlar, acompanhar e avaliar o plano diretor, planos e programas setoriais (art.178).

Pelo plano diretor de João Pessoa, o órgão central (Secretaria de Planejamento) do sistema de planejamento tem como atribuições: elaborar, avaliar e encaminhar as propostas de alteração da legislação de parcelamento e uso do solo; disciplinar o uso e controlar o consumo e disponibilidade dos estoques de área edificável, promovendo sua revisão periódica, ouvido os órgãos descentralizados; pronunciar-se sobre os empreendimentos de impacto; autorizar e registrar as transferências de potencial construtivo (art. 90).

O plano diretor de Natal, também definiu as atribuições do órgão central de planejamento e dos órgãos de planejamento descentralizado. Como atribuições do órgão central estão previstas: coordenar a elaboração do plano diretor e suas revisões; elaborar, apreciar, analisar e encaminhar proposta de alteração de legislação urbanística, ouvidos os órgãos de planejamento descentralizados; rever os estoques de área edificável (art. 54).

Com relação aos órgãos descentralizados, foram definidas as seguintes atribuições: encaminhar propostas de alteração da legislação do parcelamento, uso e ocupação do solo; controlar e fiscalizar os usos incômodos no âmbito de seu território, realizar o controle do estoque de área edificável atribuída ao seu território, identificar e propor localização de equipamentos sociais coletivos, no âmbito do seu território (art. 56).

O planejamento, como instrumento de democratização da gestão da cidade, pressupõe, portanto, como preceitos do plano diretor: considerar a realidade local e as necessidades da população; a participação popular, a compatibilidade com os demais instrumentos de planejamento; linguagem simplificada e acessível a qualquer cidadão; sistema de informações sobre a vida da cidade

A constituição do Sistema de Planejamento e Gestão Democrática, com base nas instâncias de participação popular constituídas pela Lei Orgânica, também é um preceito que deve ser observado. Caso a Lei Orgânica não tenha prevista estas instâncias, nada impede que o próprio plano diretor possa criar os canais institucionais de participação popular.

5. CONCLUSÕES

5.1. O MUNICÍPIO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Considerando que a posição do Município na Federação modificou-se profundamente com o novo texto constitucional, temos como conclusões:

- 1) O Município, pela Constituição de 1988, nos termos do artigo 18, 29 e 30, é reconhecido como ente da Federação cuja autonomia política se configura por ter capacidade própria de auto-organização (Lei Orgânica) de auto-governo (Executivo e Legislativo próprio), de auto-legislação (leis próprias) de auto-administração (administração própria);
- 2) A Lei Orgânica se notabiliza como a Constituição do Município, cujas normas referentes à política urbana (integrantes do sistema de normas de direito urbanístico), são normas dirigentes para a instituição e implementação do plano diretor;
- 3) A elaboração do plano diretor se torna obrigatória a partir da promulgação da Lei Orgânica, por ser matéria de interesse predominantemente local.

5.2. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO PLANO DIRETOR

Com relação aos princípios fundamentais do plano diretor temos as seguintes conclusões:

- 1) Os princípios fundamentais, norteadores do plano diretor, se traduzem nos princípios constitucionais da política urbana preconizados nos fundamentos do Estado Democrático de

Direito, da cidadania e dignidade da pessoa humana, nos princípios da soberania popular (democracia direta – participação popular), da igualdade, do desenvolvimento sustentável, das funções sociais da cidade e da função social da propriedade voltados a proteger e tornar concreto o exercício do direito à cidade e garantir o meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado;

- 2) O princípio do desenvolvimento sustentável, como princípio do sistema internacional de proteção ao meio ambiente, visando assegurar o meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, é o princípio norteador do plano diretor para a promoção do desenvolvimento urbano;
- 3) Para atender o princípio do desenvolvimento sustentável, o plano diretor, como plano de desenvolvimento urbano, considerando a sua finalidade de romper com a lógica da exclusão e segregação social, deve ter como metas efetivar a cidadania, eliminar a pobreza e o *apartheid* social, contendo, para atingir essas metas, instrumentos e programas voltados a conferir condições dignas de vida nas regiões carentes da cidade, como modo de propiciar o exercício do direito à cidade para a maioria da população urbana, pobre e marginalizada que vive nas cidades;
- 4) As normas municipais estabelecidas nas Leis Orgânicas sobre o meio ambiente, como normas destinadas a assegurar o desenvolvimento das funções sociais da cidade e tornar efetivo o direito à cidade, em razão dessas finalidades, são normas dirigidas para a instituição do plano diretor;
- 5) As funções sociais da cidade são interesses difusos que, ao serem desenvolvidas, têm como finalidade assegurar o direito à cidade, que compreende o direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.
- 6) As funções sociais da cidade, como interesses difusos, serão plenamente desenvolvidas na medida em que for garantido o acesso de todos os que vivem na cidade à moradia, aos equipamentos e serviços urbanos, transporte público, saneamento

- básico, saúde, educação, cultura, esporte, lazer, enfim, aos direitos urbanos que são inerentes às condições de vida na cidade;
- 7) O plano diretor, ao dispor dos critérios e das exigências fundamentais de ordenação da cidade, para a propriedade urbana atender sua função social, deve incorporar as medidas estabelecidas na Lei Orgânica do Município, destinadas ao cumprimento desse princípio constitucional;
 - 8) O plano diretor deve conter, como medidas para a propriedade urbana atender sua função social:
 - a) democratizar o uso, ocupação e a posse do solo urbano, de modo a conferir oportunidade de acesso ao solo urbano e à moradia;
 - b) promover a justa distribuição dos ônus e encargos decorrentes das obras e serviços da infra-estrutura urbana;
 - c) recuperar para a coletividade a valorização imobiliária decorrente da ação do Poder Público.
 - d) gerar recursos para o atendimento da demanda de infra-estrutura e de serviços públicos, provocada pelo adensamento decorrente da verticalização das edificações, e para implantação de infra-estrutura em áreas não servidas;
 - e) promover o adequado aproveitamento dos vazios urbanos ou terrenos sub-utilizados ou ociosos, sancionando a sua retenção especulativa; de modo a coibir o uso especulativo da terra como reserva de valor;
 - 9) Como critérios básicos para verificar se a propriedade urbana cumpre sua função social, o plano diretor deve prever o da intensidade e o da compatibilidade de uso da propriedade (capacidade de infra-estrutura urbana, de equipamentos e de serviços), para atividades de interesse urbano, cabendo ao plano definir quais são essas atividades.

5.3 PARTICIPAÇÃO POPULAR

- 1) A posição da participação popular ser requisito constitucional de legitimidade do processo do plano diretor tem como fundamentos:

- a) a soberania popular, como princípio constitucional norteador do exercício da democracia direta, como um dos princípios conformadores da política urbana, torna a participação popular requisito constitucional de legitimidade do plano diretor, com base nos artigos 1º parágrafo único, 14, e 29, inciso XII);
 - b) o direito à igualdade, cujo exercício significa impedir a ocorrência de exclusão de qualquer segmento da sociedade nos processos de tomada de decisões de interesse da coletividade;
- 2) O plano diretor como instrumento do planejamento participativo, para garantir o direito da comunidade participar de todas as fases do processo, deve conter mecanismos democráticos que permitam a prática da cidadania ativa, compreendendo mecanismos referentes a sua fase de elaboração, tais como o direito de obter informações, de apresentar proposições e emendas; as audiências públicas e o referendo, bem como referentes a sua fase de execução e revisão através do sistema de planejamento democrático;
- 3) Com relação aos mecanismos de participação popular no processo do plano diretor:
- a) O direito à informação obriga o Poder Público, a prestar informações sobre todos os atos referentes ao processo do plano diretor, como fornecer as propostas preliminares do plano e publicar a minuta de projeto de lei do plano;
 - b) A audiência pública, como instrumento de participação popular do processo legislativo, é requisito obrigatório para a aprovação do plano diretor pela Câmara Municipal:
 - b.1) com base no artigo 5º, inciso XXXIII da Constituição, que assegura o direito à informação, o princípio da soberania popular e o pleno exercício da cidadania (art. 1º,II, da C.F.);
 - b.2) face à competência constitucional das comissões do Poder Legislativo realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil (art. 58,parágrafo 2º,II, da C.F.), bem como dessa obrigatoriedade estar prevista na Lei Orgânica;

- b.3) mediante a previsão na Lei Orgânica, do direito dos cidadãos e das entidades da sociedade civil, solicitarem a realização de audiência pública, tornando-se obrigatória a partir dessa solicitação, seja para o Executivo como também para o Legislativo;
 - b.4) a partir de sua solicitação no âmbito do Legislativo, por um grupo de cidadão, ou de entidades da sociedade civil, caso a audiência pública não tenha sido regulamentada pela Lei Orgânica, com base no preceito constitucional da cooperação das associações representativas no planejamento municipal (art.29, XII da C.F.).
- 4) Com relação ao Referendo e ao Plebiscito:
- a) o Município tem competência para dispor sobre os temas que serão objeto de aplicação desses instrumentos e sobre os procedimentos para a aprovação desses pela Câmara Municipal. A União, em razão de sua competência para legislar sobre direito eleitoral, deve disciplinar as matérias referente ao processo eleitoral do plebiscito e do referendo, cabendo ao Município a competência supletiva;
 - b) a aplicação do plebiscito ou referendo no processo do planejamento municipal, portanto do plano diretor, como regra básica, é facultativo. A sua obrigatoriedade depende de menção expressa na Lei Orgânica, e do atendimento dos requisitos estabelecidos nessa lei;
 - c) a faculdade dos cidadãos e das entidades representativas da sociedade civil de utilizar o referendo ou o plebiscito como mecanismos de consulta popular, no processo do plano diretor, para se tornar um direito, torna-se necessário provocar o Poder Público, onde a partir da provocação deverá se manifestar, de modo a conferir ou não esse direito mediante a autorização ou não da promoção da consulta popular.

5.4 GESTÃO DEMOCRÁTICA

- 1) A constituição de um sistema de gestão democrática da cidade no Município, é condição essencial para os objetivos da política

- urbana serem atingidos, através da aplicação do plano diretor, uma vez que o processo de formulação e execução das políticas públicas, o planejamento municipal e o modelo de gestão da cidade são matérias vinculantes para a execução do plano diretor;
- 2) O sistema de gestão democrática, deve compreender esferas públicas com participação da sociedade civil, competentes para formular e acompanhar a implementação das políticas públicas e fiscalizar as ações do Poder Público e dos agentes privados;
 - 3) Os sistemas de gestão democrática da cidade devem ser constituídos por lei, podendo ser objeto de regulamentação pela Lei Orgânica como do próprio plano diretor;
 - 4) As esferas públicas, que configuram órgãos colegiados, podem ser constituídas através de canais institucionais do Poder Público, bem como no âmbito da sociedade civil, e reconhecidas pelo Poder Público como os denominados Conselhos Populares;
 - 5) Os Canais Institucionais de Participação Popular (Conselhos Setoriais e Regionais), são organismos vinculados à Administração Pública (portanto devem ser criados e regulamentados por lei), podendo ser constituídos de forma setorial ou regional. A sua composição deve conter representantes do Poder Público e da sociedade civil;
 - 6) O sistema de gestão democrática pode conter organismos de participação popular não vinculados ao Poder Público, como os denominados Conselhos Populares. Esses organismos devem ser dotados de autonomia, reconhecidos pelo Poder Público, podendo serem constituídos de forma regionalizada. A composição desses organismos deve ser formada apenas por representantes da sociedade civil. Esses organismos exercem a função pública de analisar e formular políticas públicas, acompanhar e fiscalizar as ações do Poder Público, mesmo não sendo a este subordinado.

5.5. PLANEJAMENTO MUNICIPAL

O Município, em razão do planejamento municipal ser considerado como instrumento de democratização da gestão da cidade, deve

atender os seguintes preceitos na promoção da política urbana, através do processo do plano diretor:

- a) a elaboração do plano diretor, partir da realidade local e das necessidades e interesses da população;
- b) constituição de mecanismos de participação popular, para assegurar o direito de participação em todas as fases do processo;
- c) promover a compatibilização com os demais instrumentos de planejamento, especificamente com as leis orçamentárias;
- d) suas proposições serem formuladas através de uma linguagem simplificada e acessível a qualquer cidadão;
- e) constituição de um sistema municipal, que possibilite o acesso das informações sobre a vida da cidade, para a população ter condições de participar do processo de planejamento urbano;
- f) adotar o Sistema de Planejamento e Gestão Democrática, compreendendo os organismos de participação popular constituídos pela Lei Orgânica.

VIII – INSTRUMENTOS DO PLANO DIRETOR

1. DIREITO DE CONTRUIR E O SOLO CRIADO

O instituto do solo criado tem sido objeto nas últimas duas décadas de polêmicas e estimulantes debates sobre a sua eficácia e constitucionalidade. Esta discussão voltou à tona em ritmo acelerado após a promulgação da Constituição de 1988, pela atribuição do Município, através do plano diretor, estabelecer as exigências para a propriedade urbana cumprir com sua função social, e a possibilidade de ser adotado o solo criado para atingir essa finalidade.

Segundo Eros Grau *“a noção do solo criado desenvolveu-se inicialmente a partir da observação da possibilidade de criação artificial de área horizontal, mediante a sua construção sobre ou sob o solo natural. Compreendia-se assim o solo criado como o resultado da criação de áreas adicionais utilizáveis, não apoiadas diretamente sobre o solo natural. Não se confunde, no entanto, a noção – mesmo quando nestes termos entendida – com a de ocupação do espaço aéreo, visto que pode haver ocupação de espaço aéreo sem criação de solo; seria o caso de construção de uma torre de grande altura, sem pavimentos intermediários, ou de nave de uma catedral gótica também de grande altura, mas sem nenhum plano utilizado no intermediário”*⁹⁷. Por outro lado, *“pode haver criação de solo sem ocupação do espaço aéreo: seria o caso das construções no subsolo que ocupam um espaço subterrâneo”*.

⁹⁷ O autor cita, sob nota 4, Antonio Claudio Moreira Lima e Moreira, Clementina de Ambrosio, Dalmo do Valle Nogueira Filho e Domingos Theodoro de Azevedo Netto, “O solo criado”/Carta do Embu, edição CEPAM, pág. 24.

Para pensar na validade do solo criado, que segundo Seabra Fagundes “é o solo constituído por pesos superpostos sobre o solo natural ou a ele sobreposto”⁹⁸, é importante ressaltar que este instituto não importa na negação ao direito de propriedade do terreno.

Hely Lopes Meirelles considera solo criado “toda área edificável além do coeficiente único de aproveitamento do lote, legalmente fixado para o local. O solo criado será sempre um acréscimo ao direito de construir, além do coeficiente básico de aproveitamento estabelecido pela lei. Acima deste coeficiente, até o limite que as normas edilícias admitirem, o proprietário não terá o direito originário de construir, mas poderá adquiri-lo do Município, nas condições gerais que a lei local dispuser para a respectiva zona”⁹⁹.

O estabelecimento de um potencial de edificação uniforme, com a fixação de um coeficiente de aproveitamento único para todos os terrenos em um município, limita o direito de construir a determinada quantidade, proporcional à área do terreno.

O direito de construir, em nosso ordenamento jurídico, tem o seu fundamento no direito de propriedade. A partir do reconhecimento ao proprietário de usar, gozar e dispor de seus bens (Cód. Civil, art. 524), o direito de construir é reconhecido como a faculdade de transformar, edificar, enfim de promover as obras que lhe favoreça a utilização ou lhe aumente o valor econômico. Essa faculdade abrange tanto a superfície do solo como o subsolo e o espaço aéreo.

A leitura do Artigo 572 do Código Civil, que confere o direito do proprietário poder levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito de vizinhos e os regulamentos administrativos, por ser uma norma do início do século, especificamente do ano de 1916, deve ser transportada para o final do século XX, considerando a realidade e a ordem jurídica vigentes.

⁹⁸ Miguel Seabra Fagundes - Aspectos Jurídicos do Solo Criado - Revista Direito Administrativo nº 12, pág. 2 - 1977.

⁹⁹ Hely Lopes Meirelles - Direito de Construir, Editora Revista dos Tribunais, 4º ed., 1983, pág. 106.

Como o direito de construir se fundamenta no direito de propriedade, o exercício desse direito também está condicionado ao atendimento do princípio da função social. Os regulamentos administrativos destinados a limitar a liberdade de construir do proprietário de imóvel urbano adquiriram roupagem nova com as normas constitucionais referentes à política urbana. O plano diretor passa a ser o principal instrumento legal disciplinador do direito de construir, face à sua atribuição constitucional de definir os critérios para apurar se a propriedade urbana atende a sua função social.

O Município, ao disciplinar o regime da propriedade urbana através do plano diretor, poderá impor limitações urbanísticas ao direito de construir, que significa, no que concerne a edificação urbana, o condicionamento da construção a determinados coeficientes de uso e ocupação do solo, que atendam os interesses não só do proprietário mas de toda a comunidade.

Quando se pensa em igualdade e justiça social, significa a necessidade de estabelecer limites no exercício de um direito de modo a impedir danos e prejuízos à coletividade. O direito de construir quando exercido, isto é, quando o solo é edificado, são criados novos solos e espaços urbanos. Essa situação cria novos encargos para a coletividade, acarretando a obrigação, para aquele que gerou esses encargos, de pagar pelo direito de criar solos.

Pelo novo regramento jurídico da propriedade urbana, como temos afirmado, permite ao Poder Público, para garantir o cumprimento da função social da propriedade, não apenas estabelecer as limitações administrativas como também obrigar um comportamento positivo, em vista da leitura do artigo 182, parágrafo 4º.

Com base na função social é possível distinguir a propriedade do direito de propriedade, pois o direito somente existe se estiver de acordo com a legislação urbanística, desde que esta tenha sido instituída para garantir o cumprimento da função social da propriedade. Com a instituição do solo criado, o coeficiente de aproveitamento será fixado no máximo a uma vez a metragem do terreno da propriedade urbana. Neste caso, a propriedade tem essa restrição de criar solo, enquanto direito do proprietário, com fundamento no princípio da função social.

A defesa do solo criado é anterior à nova ordem jurídica oriunda da Constituição de 1988, no sentido do Município instituir este instrumento mediante a fixação de um coeficiente único de edificação para todos os terrenos urbanos.¹⁰⁰

-
- ¹⁰⁰ O Seminário promovido pelo CEPAM - Fundação Prefeito Faria Lima na cidade do Embú nos dias 11 e 12 de dezembro de 1976 sobre o solo criado que resultou no documento denominado "Carta do Embú" chegou as seguintes conclusões:
- "Considerando que, no território de uma cidade, certos locais são mais favoráveis à implantação de diferentes tipos de atividades urbanas;
- Considerando que a competição por esses locais tende a elevar o preço dos terrenos e aumentar a densidade das áreas construídas;
- Considerando que a moderna tecnologia da construção civil permite intensificar a utilização dos terrenos, multiplicando o número de pavimentos pela ocupação do espaço aéreo ou do subsolo;
- Considerando que esta intensificação sobrecarrega toda a infra-estrutura urbana, a saber, a capacidade das vias, das redes, de água, esgoto e energia elétrica, bem assim a dos equipamentos sociais, tais como, escolas, áreas verdes, etc.;
- Considerando que essa tecnologia vem ao encontro dos desejos de multiplicar a utilização dos locais de maior demanda, e, por assim dizer, permite a criação do solo novo, ou seja, de áreas adicionais utilizáveis, não apoiadas diretamente sobre o solo natural;
- Considerando que a legislação de uso do solo procura limitar este adensamento, diferenciadamente para cada zona, no interior da comunidade;
- Considerando que um dos efeitos colaterais dessa legislação é o de valorizar diferentemente os imóveis, em consequência de sua capacidade legal de comportar área edificada, gerando situações de injustiça;
- Considerando que o direito de propriedade, assegurado na Constituição, é condicionado pelo princípio da função social da propriedade, não devendo assim, exceder determinada extensão de uso e disposição cujo volume é definido segundo a relevância do interesse social;
- Admite-se que, assim como o loteador é obrigado a entregar ao Poder Público áreas destinadas ao sistema viário, equipamentos públicos e lazer, igualmente, o criador de solo deverá oferecer à coletividade as compensações necessárias ao equilíbrio urbano reclamado pela criação do solo adicional, e conclui-se que:
1. É constitucional a fixação, pelo Município, de um coeficiente único de edificação para todos os terrenos urbanos.
 - 1.1. A fixação desse coeficiente não interfere com a competência municipal para estabelecer índices diversos de utilização dos terrenos, tal como já se faz, mediante legislação de zoneamento.
 - 1.2. Toda edificação acima do coeficiente único é considerada solo criado, quer envolva ocupação de espaço aéreo, quer a de subsolo.
 2. É constitucional exigir, na forma da lei municipal, como condição de criação de solo, que o interessado entregue ao Poder Público áreas proporcionais ao solo criado; quando impossível a oferta destas áreas, por inexistentes ou por não atenderem às condições legais para tanto requeridas, é admissível sua substituição pelo equivalente econômico.

Com base no conjunto de normas do sistema de direito urbanístico situados na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas, o solo criado, como instrumento de política urbana, mais do que ser reafirmado precisa ser instituído de modo a garantir o respeito ao princípio da igualdade, de modo que toda propriedade urbana origine o direito de construir igual para todos, pela fixação do coeficiente único de aproveitamento a todos os terrenos da cidade.

Na verdade, o que se pretende com o solo criado é a fixação de um critério legal, no qual toda construção excedente a uma vez a metragem do terreno do imóvel urbano estará acarretando uma sobrecarga no aspecto urbanístico (infra-estrutura e serviços urbanos), ocasionando um ônus para a sociedade e o Poder Público. Mediante o estabelecimento desse critério, será possível disciplinar o direito de construir com base no interesse da coletividade, como o de isentar de pagamento de solo criado os projetos de habitação de interesse social (construção de casas populares, urbanização verticalizada de favelas).

Um aspecto que não está devidamente solucionado pelo texto constitucional é sobre a competência para instituir o solo criado. Existe o entendimento, devido ao solo criado ser matéria de direito urbanístico por dispor sobre limitação ao direito de propriedade urbana, desta competência ser da União, com base na sua competência concorrente de estabelecer normas gerais sobre direito urbanístico, de que somente através de uma lei nacional, seria possível impor aos proprietários o limite sobre o direito de propriedade de construir até o máximo de uma vez a área de seu terreno.

A outra corrente de pensamento, entende que o Município pode instituir o solo criado, com base nas suas atribuições constitucionais e da com-

2.1. O proprietário de imóvel sujeito a limitações administrativas, que impeçam a plena utilização do coeficiente único de edificação, poderá alienar a parcela não-utilizável do direito de construir.

2.2. No caso de imóvel tombado, o proprietário poderá alienar o direito de construir correspondente à área ou ao coeficiente único de edificação.

Alvaro Villaça Azevedo - Celso Antônio Bandeira de Mello - Dalmo do Valle Nogueira Filho - Eros Roberto Grau - Eurico de Andrade Azevedo - Fábio Fanuchi - José Afonso da Silva - Maria de Lourdes Cesarino Costa - Maria Pazzaglini Filho - Miguel Seabra Fagundes - Jorge Hori - Antonio Cláudio Moreira Lima e Moreira - Clementina de Ambrósio - Domingos Theodoro de Azevedo Netto - Luis Carlos Costa - Norberto Amorim".

petência preponderante entre os entes da Federação para promover a política urbana. O plano diretor tem como atribuição constitucional definir as exigências fundamentais de ordenação da cidade, e estabelecer os critérios para a propriedade urbana cumprir a sua função social.

Considerando que o solo criado tem como essência estabelecer um dos critérios para a propriedade urbana atender sua função social, sendo esse critério o estabelecimento do coeficiente de aproveitamento para construir igual a uma vez a metragem do terreno, este instituto não só pode como deve ser instituído por lei, seja através do próprio plano diretor, ou mediante lei específica com base no plano diretor.

Nos filiamos a essa corrente de pensamento, pois a lei de zoneamento e o código de edificação existentes nos Municípios, ao definirem os gabaritos, índices de aproveitamento, taxas de recuo e restrições de uso, com base no poder de polícia da administração de condicionar e restringir o uso e gozo dos bens, atividades e direitos individuais, especialmente em benefício da coletividade, promovem limitações urbanísticas ao direito de construir inerentes ao direito de propriedade.

O solo criado, é na verdade, também uma restrição ao direito de construir, como são as leis municipais de uso e ocupação do solo, as normas regulamentadoras deste instrumento são normas pertencentes aos denominados “regulamentos administrativos”, que ao adquirirem roupagem nova se transformaram na legislação urbanística disciplinadora do direito de propriedade urbana e do direito de construir. Tanto é verdade, que no caso da legislação de uso e ocupação do solo definir para determinada zona urbana um coeficiente menor que o coeficiente de aproveitamento único os proprietários terão direito a uma compensação, através da transferência do direito de construir, pela limitação estabelecida que ocasiona a desigualdade perante os demais proprietários de imóveis urbanos.

A posição do solo criado ser instituído por lei federal, apresenta a princípio, a conveniência da definição de um único coeficiente de aproveitamento para todo o país, evitando disparidades de município para município, geradoras de tratamentos desiguais de proprietários de uns para outros.

Por outro lado, diante das diferenças regionais que se afunilam nas cidades brasileiras, no aspecto físico-territorial (cidades litorâneas de altos ou baixo relevos, zona da mata, zona agreste, planícies, planaltos)

social, político e econômico, seria mais conveniente que as comunidades locais e regionais, para a promoção do desenvolvimento urbano local, de forma integrada com o processo de desenvolvimento regional e nacional, ficassem com a responsabilidade de definir o processo de uso e ocupação do espaço urbano de modo a atender às funções sociais da cidade.

Conferir essa atribuição ao poder local nos leva a abordar outro aspecto, que diz respeito ao sistema de operacionalização do solo criado, sobre o procedimento para a venda pelo Poder Público e da aquisição por parte dos particulares. Tendo a clareza de que o direito de criar solo pertence à coletividade, cabendo ao Poder Público exercer a gestão sobre o exercício deste direito, é necessário adotar um sistema que impeça a prática de corrupção, privilégios e de extorsão, para a execução de projetos e empreendimentos urbanísticos mediante a aquisição de solo criado.

O particular, para construir em imóvel urbano acima do coeficiente único, por gerar um encargo à coletividade para adquirir esse direito, tem como ônus o pagamento do solo criado em dinheiro ou mediante o cumprimento de outro encargo, doação de área urbana, construção de casas populares, realização de uma obra pública.¹⁰¹

¹⁰¹ Sobre a natureza jurídica do pagamento do solo criado, não é possível compreendê-la como uma tributo, como instrumento de receita tributária. O solo criado é um instrumento destinado a promoção da política urbana, portanto é um instrumento de direito urbanístico. Não se confunde com tributo por não haver um ato compulsório, gerador de obrigação ao particular por ser proprietário de imóvel urbano, como o IPTU. O particular ao efetuar o pagamento para adquirir o solo criado exerce uma faculdade, pratica um ato voluntário, caso não queira adquirir o solo criado não implica em imposição de sanção jurídica. O proprietário para adquirir o direito de construir acima do coeficiente único, terá o ônus que não se confunde com obrigação ou sanção de pagar por este direito. Sendo que a aquisição do solo criado pode ser estabelecida por outros tipos de encargos como a doação de área urbana, construção de casa populares, execução de uma obra pública. Segundo Hely Lopes Meirelles "o solo criado deveria ser obtido mediante licença remunerada do Município, o que equivalia dizer que sua natureza jurídica é de preço público. Preço público pela utilização do espaço, indiretamente coletivizado pela lei federal que reduziria o direito de construir a uma área igual à do terreno". Estudos e Pareceres de Direito Público - Solo Criado, Parecer sobre Consulta do Governador do Distrito Federal, 4 de julho de 1984, pág. 337. Eros Grau entende que "trata-se de uma outorga, licença remunerada do exercício do direito de construir acima do coeficiente de aproveitamento único. A licença remunerada como um preço público, cujo pagamento, pelo particular, constitui um ônus do direito de construir acima do coeficiente de aproveitamento único". Questões sobre o plano diretor. Parecer emitido sobre consulta da Secretaria de Planejamento do Município de São Paulo, 13/12/90, pág. 1º.

Nesse sentido, é importante a posição de Eros Grau que, ao analisar o projeto de lei do plano diretor de São Paulo, considera a outorga onerosa como ônus do proprietário: *a outorga onerosa instituída pelo projeto de lei do plano diretor de São Paulo configura um vínculo imposta à vontade do proprietário de imóvel, em razão do seu próprio interesse (interesse em construir além do coeficiente único não oneroso de aproveitamento. O não cumprimento do ônus – obtenção, onerosa, da outorga – não acarreta, para o proprietário do imóvel, sanção jurídica, mas tão somente a desvantagem de não construir além daquele coeficiente. O interesse a que respeita a vinculação pelo ônus é do próprio sujeito vinculado, o proprietário do imóvel. O ônus, no caso corresponde a um comportamento – obtenção da outorga onerosa – que o sujeito (proprietário do imóvel) deve adotar para alcançar vantagem que consiste na possibilidade de construir além do coeficiente.*¹⁰²

Nesse aspecto, é fundamental que os sistemas de gestão democrática da cidade analisados, tenham sido constituídos como os Conselhos Setoriais, assim como os mecanismos de participação popular para administrar e gerir os estoques de solo criado e dos recursos e bens oriundos da venda de solo. Esse controle social é essencial na aplicação do solo criado, para garantir, por exemplo, a adoção das mesmas regras para a venda de solo criado destinado à implementação de um empreendimento ou obra causadora de grande impacto ambiental, tais como exigência de RIMA, realização de audiências públicas, consulta a população e suas entidades representativas.

O condicionamento do direito de construir às normas urbanísticas, de modo que seu exercício será estabelecido pela legislação urbanística municipal, foi incorporado às normas referentes à política urbana nas Leis Orgânicas. De acordo com a LOM de Recife, o direito de propriedade territorial urbana não pressupõe o direito de construir, cujo exercício deverá ser autorizado pelo Poder Público, segundo os critérios

¹⁰² Eros Roberto Grau - A Outorga Onerosa do plano diretor de São Paulo. Ônus e Não Obrigação. Parecer emitido para Consulta da Secretaria de Planejamento do Município de São Paulo, pag 13 - 1991. Cumpre esclarecer que o projeto de plano diretor da cidade de São Paulo que originou este parecer, foi encaminhado pelo Executivo Municipal no ano de 1991 (Public. no DOM de SP em 27 de fevereiro de 1991) à Câmara Municipal em atendimento ao prazo estabelecido na Lei Orgânica. Este projeto tramitou na Câmara Municipal até o ano de 1992, tendo sido retirado pelo Prefeito de São Paulo (1993-1996) no início do ano de 1993.

que forem estabelecidos em lei municipal (art. 164). Essa norma está prevista também nas Leis Orgânicas de Florianópolis, através de seu art. 103, de Fortaleza com base no art. 154, de Vitória mediante o art.164 e de Porto Alegre pelo artigo 204, parágrafo 2º.

Pelo LOM do Rio de Janeiro, o exercício do direito de propriedade e do direito de construir ficam condicionados ao disposto na Lei Orgânica e no plano diretor e à legislação urbanística aplicável (art.423, par. único). A LOM de São Paulo dispôs que o direito de construir será exercido segundo os princípios previstos no capítulo da política urbana da Lei Orgânica e critérios estabelecidos em lei municipal (art. 151, par. 2º).

A LOM de Porto Alegre, ao tratar do plano diretor, incorpora à legislação urbanística municipal o conceito de solo criado, entendido como excedente do índice de aproveitamento dos terrenos urbanos com relação a um nível pré-estabelecido em lei (art. 212).

1.1. O SOLO CRIADO NO PLANO DIRETOR DO RIO DE JANEIRO

O plano diretor do Rio de Janeiro, na regulamentação do solo criado (artigos 23 a 27), fixa para todo o Município o coeficiente um de aproveitamento do terreno, permitindo que o proprietário construa o equivalente à metragem quadrada do terreno, sem qualquer pagamento relativo a criação do solo.

O Poder Público poderá autorizar a criação de solo como excedente do coeficiente um, mediante pagamento, observado o índice de aproveitamento do terreno – IAT e os demais parâmetros urbanísticos fixados pela legislação.

O valor a ser pago pelo solo criado será calculado pela multiplicação da quantidade de metros quadrados a serem edificados, que excederem à área do terreno, pelo valor do metro quadrado do terreno no mercado imobiliário e por uma fração que considerará o índice de aproveitamento do terreno fixado pela legislação e um fator de correção que variará de cinco centésimos a um, conforme o período em que for outorgada a concessão e o bairro onde se localizar o terreno.

O valor a ser pago pelo solo criado será fixado em Unidade de Valor Real do Município, ou outro índice aplicado no Município, no ato de expedição da licença de construir. O pagamento poderá ser efetuado em até doze parcelas mensais e sucessivas, a partir da data da comunicação do início da obra, ficando a expedição do habite-se condicionada à quitação de todas as parcelas.

O plano diretor considera como início das obras a execução das fundações, ficando o interessado obrigado a comunicá-lo ao órgão fiscalizador. Através de lei municipal de iniciativa do Executivo será estabelecida a tabela de valores, o fator de correção para cada bairro e a forma de cobrança do solo criado.

Através de lei poderá ser estabelecido coeficiente de correção diferenciado por logradouros ou áreas públicas situadas numa mesma unidade espacial de planejamento, para atender à variação de valorização do terreno no respectivo bairro. Mediante lei, poderá ser conferida isenção total ou parcial do valor do solo criado para adequá-lo à dinâmica do desenvolvimento urbano do Município. O produto da arrecadação do solo criado será destinado ao Fundo Municipal de Desenvolvimento Urbano.

1.2. O SOLO CRIADO NO PLANO DIRETOR DE RECIFE

O plano diretor de Recife, através dos artigos 20 a 23, regulamenta o solo criado conceituando-o como a área de construção que ultrapassa a permitida pelo coeficiente de utilização da lei de uso e ocupação do solo, observados os parâmetros definidos na lei do plano setorial de uso e ocupação do solo. O plano setorial deve definir os coeficientes máximos de utilização para o emprego do solo criado.

A venda do potencial de edificabilidade será efetuada mediante outorga onerosa. O Poder Executivo cobrará, a título de outorga onerosa a área de construção correspondente ao solo criado. O valor do metro quadrado de construção correspondente ao solo criado será equivalente a 70% (setenta por cento) do valor do metro quadrado do imóvel, considerado o valor venal do terreno

para efeito do lançamento do imposto sobre a propriedade territorial urbana.

A expedição da licença de construir, quando da utilização do solo criado, fica subordinada ao pagamento da outorga onerosa, que deverá ocorrer no prazo máximo de até seis meses após a aprovação do projeto de construção. Os recursos financeiros provenientes da outorga onerosa serão destinados ao Fundo de Desenvolvimento Urbano.

1.3. O SOLO CRIADO NO PLANO DIRETOR DE JOÃO PESSOA

O plano diretor estabelece o índice de aproveitamento igual a 1.0(hum) e único para todos os terrenos contidos na área urbana de João Pessoa, exceto nas zonas especiais e demais caso previstos no próprio plano.

A zona urbana é dividida em zona adensável e zona não adensável. É definida como zona adensável aquela onde as condições do meio físico e a disponibilidade da infra-estrutura instalada permitem a intensificação do uso e ocupação do solo e na qual o coeficiente de aproveitamento único poderá ser ultrapassado nos termos do próprio plano diretor.

A zona adensável é dividida em zona adensável prioritária e não prioritária. A distinção é feita com relação à intensificação de uso e ocupação do solo. A zona adensável não prioritária é aquela onde a disponibilidade ou a falta de um dos sistemas de infra-estrutura básica permite uma intensificação moderada do uso e ocupação do solo. Na zona adensável prioritária o índice de aproveitamento único poderá ser ultrapassado até o limite de 4.0 (quatro); e na zona adensável não prioritária, o índice de aproveitamento único poderá ser ultrapassado até o limite de 1.5 (hum e meio), nos termos previstos no plano diretor.

A zona não adensável é aquela onde as condições do meio físico e a carência de infra-estrutura instalada restringem as possibilidades de ocupação e uso do solo. Para esta zona o limite máximo de construção é o coeficiente de aproveitamento único.

Como critério para o Poder Público fixar os limites possíveis de ultrapassagem do coeficiente único de aproveitamento, para outorgar o direito de criar solo, foi adotado o mecanismo do estoque de área edificável. Esse estoque significa a totalidade de área que é possível edificar em uma determinada zona, bairro ou região, para uso residencial e não residencial, acima daquela correspondente ao coeficiente de aproveitamento único. De acordo com o plano diretor, o estoque será estabelecido por lei e discriminado para o uso residencial e para os outros usos. O estoque de área edificável está vinculado à totalidade da zona adensável e não ao lote. Os estoques devem ser redimensionados a cada cinco anos.

Como forma de transmitir o direito de construir ao particular que comprou o solo criado, adota a outorga onerosa do direito de construir. O Poder Executivo, nas zonas adensáveis, tem a competência para outorgar de forma onerosa a autorização para construir área superior àquela permitida pelo índice de aproveitamento único.

Por esta regra o proprietário de um terreno com área de 1.000 m² para construir uma edificação de 3.000 m², (desde que haja estoque de área edificável), deverá pagar à Administração Municipal para obter o direito de construir a área que ultrapasse os 1.000 m², portanto deverá pagar pelos 2.000 m².

Quanto ao valor do solo criado, o plano diretor estabelece que o valor do metro quadrado de área construída da outorga onerosa será igual ao valor venal do metro quadrado do terreno constante da planta de valores imobiliários do Município, incorporando fatores de atualização monetária, entre a data base utilizada para a determinação do valor do imóvel e a data do efetivo pagamento da outorga.

O plano admite a possibilidade do pagamento da outorga onerosa ser efetuada através do recebimento de imóveis urbanos. Quanto aos recursos financeiros provenientes da outorga onerosa serão repassados ao Fundo de Urbanização.

Diante da problemática habitacional, o plano diretor estimula a iniciativa privada a desenvolver projetos de moradia popular através da outorga gratuita do direito de construir. O Poder Executivo poderá autorizar a aquisição de solo criado de forma gratuita, para a iniciativa privada e demais agentes promotores, para fins de construção de habitações de interesse social.

1.4. O SOLO CRIADO NO PLANO DIRETOR DE NATAL

O plano diretor de Natal também dividiu a cidade através de um macrozoneamento, contendo a zona adensável onde é permitido um adensamento em razão das condições do meio físico e da disponibilidade de infra-estrutura. O plano diretor, para outorgar de forma onerosa a autorização para construir na zona adensável, estabelece dois mecanismos: para uso residencial utiliza o critério da densidade básica residencial para os terrenos contidos na zona urbana de 150 (cento e cinquenta) habitantes por pessoa hectares; para usos não residenciais adota o coeficiente de aproveitamento básico para todos os terrenos não residenciais contidos na zona urbana de 1.5 (hum e meio).

O mecanismo de estoque de área edificável também é adotado, sendo diferenciado por uso residencial e não residencial, em função da potencialidade da infra-estrutura urbana instalada, do sistema viário e das tendências de localização dos usos.

Quanto à autorização ao particular construir área superior àquela permitida pela densidade ou coeficiente básicos, esta será efetuada através da outorga onerosa. O valor da outorga onerosa será de 1% (um por cento) do valor do empreendimento, que deverá ser calculado conforme o Índice Nacional da Construção Civil (INCC) da Fundação Getúlio Vargas.

O plano diretor autoriza o Executivo a receber como pagamento da outorga onerosa imóveis de interesse da Prefeitura. Os recursos financeiros provenientes da outorga onerosa, integram também o Fundo de Urbanização constituído pelo plano diretor.

Com relação à política habitacional, também está previsto, como incentivo, a outorga gratuita de solo criado aos agentes promotores públicos e privados para construir habitação de interesse social.

1.5. O SOLO CRIADO NO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE

A lei Complementar nº 315/94, do Município de Porto Alegre, regulamenta o solo criado considerado como um instrumento urbanístico destinado a atender os seguintes objetivos nos termos do artigo 1º:

- incentivar a construção civil através da utilização plena da capacidade construtiva, permitindo, assim uma densificação populacional em regiões da cidade melhor atendidas com redes de serviço, saneamento e equipamentos públicos;
- evitar o adensamento populacional em regiões com estrutura urbana precária, através do aumento do potencial construtivo das regiões passíveis de densificação populacional;
- obter, através de recursos auferidos, o retorno dos investimentos públicos, particularmente através de compra de áreas urbanas incorporadas ao Banco de Terra, visando políticas habitacionais para a população de baixa renda e regularização fundiária;
- propiciar, através dos recursos auferidos, investimentos em urbanização e equipamentos públicos nas regiões carentes da cidade e a complementação da infra-estrutura urbana de regiões melhor estruturadas.

O solo criado é definido como a permissão onerosa do Poder Público ao empreendedor particular, para fins de construção em área urbana de ocupação intensiva, acima do índice 1.0 (hum).

A densificação da área urbana de ocupação intensiva deve considerar a utilização plena da capacidade de infra-estrutura urbana, sistema viário e transportes, equipamentos públicos e comunitários existentes e aspectos da paisagem urbana. A capacidade de edificação será estabelecida pelo Poder Público, através de estoques construtivos diferenciados para habitação e para comércio e serviços.

Para o estabelecimento da quantificação e distribuição dos estoques construtivos por regiões da cidade, deve ser priorizado os estoques destinados à habitação, intervindo, inclusive para a correção de distorções urbanas em áreas, onde a concentração de escritórios profissionais e edificações para comércio e serviços, deixam subutilizados equipamentos públicos e redes de infra-estrutura.

Nas regiões da cidade, que de acordo, com o regime urbanístico do plano diretor de desenvolvimento urbano, sejam consideradas saturadas ou em vias de saturação, o solo criado poderá ser utilizado nos casos de operações aprovadas por lei específica que contenha o programa de obras públicas necessária à renovação, recuperação ou saneamento da

áreas, ou ainda nos caso dessas obras virem a ser executada pela iniciativa privada.

O preço do metro quadrado do solo criado será estabelecido em tabela elaborada pelo Poder Executivo. Como forma de pagamento do solo criado, o Município poderá aceitar imóvel ou permuta em área construída, em operações aprovadas pelo Conselho Municipal competente (art.8º).

Como instrumento destinado para a promoção de uma política habitacional, de acordo como o artigo 8º, parágrafo 2º, na construção de habitações populares para populações de baixa renda, realizadas por organismos públicos e cooperativas de trabalhadores o solo criado será adquirido sem ônus.

Para obter o direito ao solo criado, os estoques construtivos serão alienados pelo Poder Executivo Municipal através de certificados de permissão para construir, diretamente aos interessados.

Com relação aos recursos auferidos com a venda do solo criado, de acordo com o artigo 3º, serão destinados ao Fundo Municipal de Desenvolvimento.

1.6. OBSERVAÇÕES FINAIS

Com a adoção do solo criado, poderá ser promovida a justa distribuição dos ônus e encargos decorrentes das obras e serviços da infra-estrutura urbana e a recuperação para a coletividade da valorização imobiliária decorrente da ação do Poder Público. Os encargos e os benefícios referentes ao processo de urbanização devem ser distribuídos de forma justa, o que significa reconhecer o princípio da diferença na apropriação do espaço urbano.

Isto é, os proprietários que utilizarem com mais intensidade o potencial referente à capacidade da infra-estrutura urbana, e por este fato, se beneficiam pela utilização maior dessa potencialidade, devem, em contrapartida, devolver para coletividade parte da riqueza que foi gerada em decorrência do seu empreendimento.

Por exemplo, a construção de Shopping Centers, que causa impacto em toda região próxima do local, sistema viário, transportes e trânsito, por gerar a intensificação do uso dos equipamentos e serviços

urbanos, parte do lucro desse investimento tem que retornar para os espaços da cidade que ainda sofre total carência dos equipamentos e da infra-estrutura urbana.

Para o solo criado atender seus objetivos, o plano diretor deve adotar os seguintes critérios e procedimentos:

- a) definir um coeficiente de aproveitamento único para os terrenos urbanos, com o intuito de promover a igualdade na ocupação do espaço da cidade;
- b) nas zonas urbanas consideradas adensáveis, por ser possível a intensificação do uso e ocupação do solo, permitir que o coeficiente único possa ser ultrapassado;
- c) definir o estoque de área edificável por lei. Esse estoque deve ser diferenciado em razão do uso residencial e não residencial, em função da potencialidade do sistema viário e das infra-estruturas instaladas, das tendências de localização dos diversos usos e das políticas de desenvolvimento urbano;
- d) autorizar o Executivo a vender solo criado através da outorga onerosa do direito de construir nas zonas consideradas adensáveis;
- e) permitir a outorga onerosa do direito de criar solo ao particular, mediante o encargo de doação de área, construção de casas populares e execução de obra pública;
- f) permitir a outorga gratuita de solo criado para a construção de Habitação de Interesse Social pela iniciativa privada e demais agentes promotores.

2. FUNDO DE URBANIZAÇÃO

O Fundo de Urbanização é o instrumento que deve ser instituído no plano diretor com a finalidade do Município ter recursos específicos para a promoção do desenvolvimento urbano. Como foi visto, uma das suas receitas são os recursos oriundos da venda do solo criado. O Fundo de Urbanização foi adotado como instrumento para a promoção do desenvolvimento urbano pelos planos diretores do Rio de Janeiro, Recife, João Pessoa e Natal. Outra medida que deve ser adotada com relação à gestão do Fundo, é de este ser gerido por um órgão colegiado

(Conselho) integrado por representantes do Poder Público e da sociedade civil.

Pelo plano diretor do Rio de Janeiro, o Fundo tem a finalidade de dar suporte financeiro à implantação dos objetivos, programas e projetos relativos à habitação e infra-estrutura de saneamento básico nas áreas de especial interesse social. Os recursos serão aplicados exclusivamente na execução de projetos de construção de habitações para a população de baixa renda e da implantação de sistema de esgotamento sanitário nas comunidades por esta ocupadas (art.22).

Com relação à sua gestão, o Fundo será vinculado à Secretaria Municipal de Meio Ambiente e Urbanismo, cabendo ao Conselho Municipal de Política Urbana proceder a fiscalização da gestão dos recursos.

O Fundo de Urbanização, de acordo com o plano diretor de João Pessoa, tem como receitas, além da venda do solo criado, as rendas provenientes das operações de financiamento de obras vinculadas à política habitacional e contribuições de melhoria. Os recursos devem ser destinados obrigatoriamente para as zonas especiais de interesse social e prioritariamente em obras de implantação, ampliação e manutenção da infra-estrutura básica e em obras viárias (art.43).

Pelo plano diretor de Recife, os recursos serão utilizados em obras de infra-estrutura básica e em equipamentos sociais. O Fundo será administrado pela Prefeitura e gerido pela Empresa de Urbanização do Recife, sob a fiscalização do Conselho de Desenvolvimento Urbano (art. 27).

O plano diretor de Natal determina que os recursos serão aplicados prioritariamente na execução do programa de áreas especiais de interesse social e em investimentos em saneamento básico e ambiental (art. 44). O Fundo será gerido por um Conselho Executivo integrado por representantes do Poder Público e da sociedade civil e fiscalizado pelo Conselho Municipal de Planejamento Urbano e Meio Ambiente (art.45).

Os recursos do Fundo de Urbanização também poderão ser aplicados na implantação e conservação de áreas verdes, em obras de drenagem e em obras viárias.

O fato dos recursos oriundos do solo criado não serem destinados no mesmo espaço urbano que gerou o recurso visa, justamente, romper com a prioridade dos recursos serem destinados apenas à cidade legal,

uma vez que este instrumento só pode ser aplicado na zona adensável que já tem infra-estrutura urbana instalada.

A destinação dos recursos deve compreender os objetivos da política urbana, de reduzir as desigualdades sociais e atender as funções sociais da cidade. Portanto, o plano diretor deve adotar, como critério para especificar a destinação dos recursos do Fundo, intervenções que atendam os interesses difusos como a implantação e recuperação de áreas verdes e preservação do meio ambiente, mediante a destinação de recursos para o saneamento básico.

Não seria justo, considerando que os bairros da periferia têm carência de infra-estrutura urbana, que estes recursos fossem priorizados para melhorar a aparência dos bairros nobres. Portanto, em razão da política urbana ter como princípio garantir os direitos urbanos das pessoas que vivem na cidade, os recursos devem ser destinados para melhorar as condições de vida das comunidades carentes que vivem nas favelas, nos cortiços e nos loteamentos periféricos.

3. TRANSFERÊNCIA DO DIREITO DE CONSTRUIR

A transferência do direito de construir é o instrumento destinado a compensar os proprietários de imóveis considerados de interesse para preservação por seu valor histórico, cultural, arqueológico, ambiental, ou destinado à implantação de programas sociais. A transferência do direito de construir ou do potencial construtivo é um instrumento que pode ser aplicado pelo Poder Público destinado a compensar o proprietário de uma área onde, em razão da lei de zoneamento, a edificação não pode atingir a área construída determinada pelo coeficiente de aproveitamento único.

Essa situação ocorre, por exemplo, no caso de um imóvel estar situado numa área declarada de proteção aos mananciais, o que restringe o direito de construir a um potencial de construção menor que o definido para a zona urbana da cidade. Nesse caso, o proprietário pode utilizar em outro imóvel de sua propriedade a diferença entre a área do terreno e a área construída, ou pode vendê-la para outro proprietário. Um critério que pode ser adotado, é o de permitir a transferência do

direito de construir, somente se o proprietário participar de algum programa público de preservação.

A LOM de Salvador, ao dispor da transferência do direito de construir, permite ao proprietário de terreno que tenha sido considerado pelo Poder Público como de interesse do patrimônio histórico, artístico, arqueológico ou paisagístico, exercer em outro local, ou alienar a terceiros, o direito de construir previsto na legislação de uso do solo do Município e ainda não utilizado, desde que transfira, sem ônus ao Poder Público, a área considerada como de interesse público. Essa faculdade também é admitida no caso do proprietário doar ao Poder Público imóvel seu, ou parte dele, para fins de implantação de infra-estrutura urbana, equipamentos urbanos ou comunitários, ou utilização pelo próprio Município (art. 83).

A LOM de Salvador, confere ao Poder Público a possibilidade das indenizações referentes às desapropriações de infra-estrutura ou equipamentos urbanos ou comunitários serem satisfeitas mediante a transferência do direito de construir para o proprietário, desde que haja a sua concordância.

A transferência do direito de construir também foi instituída pelas Leis Orgânicas de Recife, Belém e Belo Horizonte. A LOM de Recife, também admite esse instrumento no caso do proprietário doar ao Município o imóvel, para fins de implantação de equipamentos urbanos ou comunitários, bem como de programa habitacional. A partir do exercício da transferência do direito de construir, o índice de aproveitamento não poderá ser objeto de nova transferência (art. 108).

3.1. A TRANSFERÊNCIA DO DIREITO DE CONSTRUIR NO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

No Município de São Paulo, a transferência do direito de construir imóveis preservados é regulamentada pela Lei nº 9.725 de 2 de julho de 1984. A transferência será procedida pelos proprietários através de instrumento público. A lei define que nos imóveis enquadrados como zona de uso especial, poderá ser aplicada a transferência. O potencial construtivo é definido, como o produto da área do lote pelo coeficiente de aproveitamento da zona de uso onde o imóvel estiver localizado.

Esse instrumento foi aplicado pela Administração Municipal de São Paulo, com sucesso por exemplo, num antigo casarão da Avenida Paulista denominado Casa das Rosas, considerado pelo Poder Público como imóvel preservado de interesse histórico e cultural.

O potencial construtivo do imóvel preservado deve ser calculado pela diferença entre o potencial construtivo do lote e a área construída nele existente. A transferência do direito de construir é permitida na proporção de 60% do potencial construtivo do imóvel preservado. A transferência de 100% do potencial construtivo, é admitida quando o imóvel preservado for destinado à instalação de atividades que possibilitem a fruição do público.

Como condições para a transferência, o potencial construtivo poderá ser transferido, no todo ou em parcelas, para um ou mais lotes, ficando vinculado ao imóvel para o qual se transferiu, não sendo admitida nova transferência.

Quanto aos incentivos, os imóveis residenciais preservados poderão ficar isentos do imposto predial e territorial urbano, sendo também isentos do pagamento de taxas a aprovação de projetos de reforma e restauração de imóveis preservados.

O controle de transferência de potencial construtivo será efetuado através dos instrumentos de declaração de potencial construtivo, ao proprietário de imóvel preservado, e de certidão de potencial construtivo transferido.

No caso de ocorrer a demolição ou destruição de imóvel preservado, fica extinta a faculdade de transferência do potencial construtivo e cessadas as isenções. No lote que resultar da destruição ou demolição de imóvel declarado preservado só será permitido o uso residencial.

3.2. A TRANSFERÊNCIA DO DIREITO DE CONSTRUIR NO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE

No Município de Belo Horizonte, a transferência do direito de construir é regulamentada pela Lei nº 6.706, de 5 de agosto de 1994. A transferência é permitida para imóveis considerados de preservação ambiental ou histórico-social, bem como os destinados à implantação de programa habitacional.

Na transferência do direito de construir, deve ser observada a área resultante da aplicação do índice de aproveitamento estabelecido pela lei de uso e ocupação do solo para o imóvel, deduzida a área referente à parcela já utilizada pelo mesmo índice, limitando-se a transferência, no caso de imóvel destinado a programa habitacional, a 50% (cinquenta por cento) deste saldo. Esse critério não é aplicável para os imóveis passíveis de usucapião urbano.

A autorização da transferência do direito de construir será efetuada através de escritura pública de autorização de transferência do direito de construir, averbada na respectiva matrícula do imóvel, a qual indicará o montante de área construída passível de ser transferida, total ou parcialmente a outro imóvel.

Como forma de controle da transferência do potencial construtivo, o Município emitirá uma certidão indicando a área a ser transferida, e seu equivalente em termos de área construída, a ser agregada no local de recepção. No caso da transferência ter sido exercida na sua totalidade, o coeficiente de aproveitamento não poderá ser objeto de nova transferência.

A licitação pública é prevista para os casos de alienação do potencial construtivo passível de transferência de imóveis de propriedade do Município.

Para os imóveis destinados a programas habitacionais, se forem de propriedade particular, cabe ao Poder Público indicar a região do Município passível de recepção da área transferível e, se for propriedade do Município, os recursos obtidos com a alienação da área transferível serão destinados ao Fundo Municipal de Habitação Popular.

Para os imóveis considerados de preservação ambiental, se a propriedade for particular deverá ser garantida a preservação e manutenção da área objeto da transferência, assegurando acesso público à sua utilização. Se for propriedade do Município, os recursos obtidos com a alienação do potencial construtivo deverão ser aplicados na implantação de infra-estrutura, no local objeto da transferência, ou na desapropriação ou implantação de áreas públicas de lazer em outros locais.

Com relação aos imóveis considerados de interesse histórico-cultural, se a propriedade for particular deverá ser garantida a preservação e manutenção do imóvel objeto da transferência. Se for propriedade do Município, os recursos obtidos com a alienação do potencial construtivo

deverão ser aplicados no imóvel objeto da transferência ou para desapropriação de imóveis tombados.

3.3. A TRANSFERÊNCIA DO DIREITO DE CONSTRUIR NOS PLANOS DIRETORES

O plano diretor de João Pessoa permite a transferência, por instrumento público, mediante prévia autorização do Poder Executivo, do potencial construtivo do imóvel impedido por lei de utilizar plenamente o índice de aproveitamento da área urbana em que estiver localizado.

Quanto à transferência do potencial construtivo de imóveis situados em zonas especiais de preservação de área urbana, esta fica condicionada à participação do proprietário em programa de preservação a ser elaborado pelo Executivo.

O plano diretor autoriza o Poder Executivo, a realizar a transferência de potencial construtivo para zona adensável, como forma de compensação ou de indenização, mediante acordo com o proprietário, nas desapropriações destinadas a obras viárias, equipamentos públicos, urbanização de favelas e nos programas executados nas zonas especiais de interesse social. Essa norma também foi estabelecida no plano diretor de Natal, cuja transferência será efetuada através de instrumento público.

O critério estabelecido para determinar a área edificável em um imóvel cessionário, correspondente ao potencial construtivo de um imóvel cedente, é o de multiplicar o potencial construtivo do terreno cedente pelo seu valor venal e proceder a sua divisão pelo valor venal do terreno cessionário.

No plano diretor de Natal, a autorização para transferência do direito de construir fica condicionada ao cumprimento, pelo proprietário do imóvel cedente, das normas urbanísticas previstas para a zona onde o imóvel se situa. A transferência do potencial construtivo é permitida por uma vez apenas e não implica em transferência de propriedade. Com relação ao controle das transferências, será realizado através de um Cadastro de Transferência de Potencial Construtivo.

Pelo plano diretor de Recife, o Poder Executivo fica autorizado a promover a transferência do direito de construir, a título gratuito ou oneroso, em favor dos proprietários titulares do domínio útil ou de direito de ocupação, que tiverem, em decorrência do plano setorial de

uso e ocupação do solo, seus imóveis situados em áreas de interesse do patrimônio histórico, cultural, arqueológico e ambiental ou destinados à implantação de programas sociais.

Os critérios de aplicação da autorização de transferência do direito de construir, a forma e os procedimentos para essa transferência serão estabelecidos por lei municipal.

A transferência do direito de construir também é autorizada ao proprietário nos casos de troca de imóvel destinado à implantação de equipamentos urbanos ou comunitários, bem como para execução de programa habitacional.

4. ZONAS ESPECIAIS

As zonas especiais são definidas como porções do território com destinação específica e normas próprias de uso e ocupação do solo. As zonas especiais podem ter várias categorias, tais como as zonas de interesse social, as zonas de preservação e as zonas industriais.

As zonas especiais, de acordo com as Leis Orgânicas analisadas são consideradas como instrumento da política urbana, devendo serem instituídas pelo plano diretor. O plano diretor de Recife, por exemplo, dispõe que as áreas especiais de urbanização serão regulamentadas pela legislação de uso e ocupação do solo municipal, quanto aos coeficientes de aproveitamento e controle urbanístico, compreendendo as Zonas Especiais de Interesse Social – ZEIS, zonas especiais de preservação do patrimônio histórico-cultural e as áreas de programas habitacionais.

4.1. ZONAS ESPECIAS DE INTERESSE SOCIAL

A zona especial de interesse social é o instrumento que deve ser adotado pelo plano diretor, visando atender a diretriz da política urbana de promoção da urbanização e regularização fundiárias das áreas urbanas ocupadas pelas comunidades carentes como favelas, cortiços, loteamentos clandestinos e irregulares.

As zonas especiais de interesse social, como já foi visto, foram definidas pelas Leis Orgânicas como um dos instrumentos do plano diretor.

As zonas especiais de interesse social são destinadas primordialmente à produção e manutenção de habitação de interesse social. Essas zonas especiais visam incorporar os espaços urbanos da cidade clandestina, favelas, assentamentos urbanos populares, loteamentos irregulares e habitações coletivas – cortiços, à cidade legal. Por este instrumento, ficam reconhecidas, pela ordem jurídica da cidade, que as áreas ocupadas pela comunidade de baixa renda para atender a função social devem ser utilizadas para fins de habitação de interesse social, o que implica na necessidade em cada zona especial.

4.1.1. CLASSIFICAÇÃO DAS ZEIS

As zonas especiais de interesse social, podem ser classificadas em razão das características de uso e ocupação da área urbana. A primeira diz respeito a terrenos públicos ou particulares ocupados por favelas, por população de baixa renda ou por assentamentos assemelhados, em relação aos quais haja interesse público em se promover a urbanização ou a regularização jurídica da posse da terra.

Essa espécie de ZEIS, foi adotada pelos Planos Diretores de Recife, Rio de Janeiro, João Pessoa e de Natal, sendo que esse as classifica como áreas especiais de interesse social. O plano diretor de Recife, de acordo com o artigo 36, define as zonas especiais de interesse social como as áreas de assentamentos habitacionais surgidos espontaneamente, existentes, consolidados ou propostos pelo Poder Público onde haja o interesse jurídico da posse da terra. A identificação dos assentamentos habitacionais com ocupação irregular será objeto da legislação de uso e ocupação do solo.

Através dessa espécie de zona especial, conforme foi abordada na análise do usucapião urbano e da concessão de uso, o plano diretor pode delimitar as áreas particulares na qual a comunidade de baixa renda adquiriu a propriedade pelo usucapião urbano através da posse para fins de moradia, bem como as áreas públicas objeto da concessão de direito real de uso nos termos do Artigo 183 da Constituição.

O plano diretor de João Pessoa estabelece que o Poder Executivo poderá utilizar a concessão do direito real de uso através lei específica, quando o assentamento for sobre área pública municipal.

Para atingir a finalidade de promover a regularização fundiária, é necessária a previsão, no plano diretor, da garantia da prestação do

serviço de assistência jurídica e técnica gratuita à população de baixa renda. Essa obrigação do Poder Público está prevista nos Planos Diretores de João Pessoa e de Natal. No plano de João Pessoa, para a promoção do usucapião urbano, e no plano de Natal, esse serviço também é destinado para a promoção das ações de aforamento, enfiteuse e discriminatórias cabíveis.

A segunda espécie diz respeito aos loteamentos irregulares, que têm, por causa de suas características, interesse público em se promover a regularização jurídica do parcelamento, a complementação da infraestrutura urbana ou dos equipamentos comunitários bem como da recuperação ambiental. Essa espécie de ZEIS, está prevista nos Planos Diretores do Rio de Janeiro, João Pessoa e Natal.

Este instrumento permite conferir eficácia a Lei nº 6766/79, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano, pois, de acordo com o seu Artigo 4º, a Prefeitura Municipal, quando for o caso, se desatendida pelo loteador à notificação, poderá promover a regularização de loteamento para evitar lesão aos seus padrões de desenvolvimento urbano e para defender os direitos dos adquirentes de lotes.

Um dos principais problemas enfrentados pelos moradores dos loteamentos clandestinos, além da regularização jurídica visando a outorga do título de propriedade, diz respeito à falta de equipamentos coletivos e da infra-estrutura urbana. Os recursos oriundos do levantamento judicial da prestação, depositada pelos moradores para fins de ressarcimento da importância dispendidas pela Prefeitura Municipal com equipamentos urbanos em expropriação, necessários para regularizar o loteamento, são insuficientes. Através da delimitação desses loteamentos como zonas especiais de interesse social pelo plano diretor, o Poder Público Municipal deverá destinar os recursos necessários para a regularização fundiária do loteamento, de modo a assegurar os direitos inerentes às condições de vida na cidade à população que vive nos bairros da periferia enfrentando o problema da carência dos equipamentos e serviços urbanos.

A terceira espécie de ZEIS, diz respeito aos terrenos não edificados, subutilizados ou não utilizados, necessários à implantação de programas habitacionais de interesse social. Essa espécie de ZEIS, está prevista nos Planos Diretores do Rio de Janeiro, Recife, João Pessoa e Natal. O plano diretor de João Pessoa classifica essa ZEIS como as

glebas ou lotes urbanos, isolados ou contíguos, não edificáveis, subutilizados ou não utilizados com área superior a 1000 m², e o plano diretor de Natal as áreas com metragem superior a 400 metros quadrados, necessários para implantação de programas habitacionais destinados a grupos sociais de renda familiar de até 3(três) salários mínimos ou seu sucedâneo legal.

Esta terceira espécie visa concretizar o atendimento da função social da propriedade, destinando uma parte dos terrenos urbanos que estão sem uma destinação social para implantação de programas habitacionais de interesse social. Isto significa que, se os proprietários desses terrenos não respeitarem essa destinação previstas no plano diretor, ficarão sujeitos ao parcelamento ou edificação compulsória e às demais sanções previstas no Artigo 182, Parágrafo 4º da Constituição. Por este mecanismo se atinge diretamente os vazios urbanos do Município, de modo a impedir a continuidade da especulação imobiliária.

Nesse sentido, o plano diretor do Rio de Janeiro define as áreas declaradas como ZEIS, necessárias à implantação de projetos habitacionais de baixa renda, como uma das áreas urbanas onde o Poder Público poderá aplicar a edificação e o parcelamento compulsórios, o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo, e a desapropriação mediante pagamento com títulos da dívida pública.

Outra espécie da zona especial de interesse social, que pode ser criadas pelo plano diretor, diz respeito às áreas com concentração de habitação coletiva precária de aluguel (cortiços), onde haja interesse público de se promover programas habitacionais destinados prontamente à população de baixa renda moradora da região.

A questão dos cortiços é um dos problemas mais graves da cidade de São Paulo, diante de vários fatores que afetam aproximadamente três milhões de pessoas. De forma resumida, a população que vive nos cortiços enfrenta os seguintes problemas:

- a) condições de habitabilidade dos imóveis extremamente precárias, se tornando áreas de risco de vida no aspecto da segurança e salubridade;
- b) espaço utilizado por cada família no cortiço (quarto ou cômodo, muitas vezes no máximo dois metros quadrados) ser incompatíveis com as condições dignas de vida;

- c) falta de equipamentos de uso coletivo e (banheiro, lavanderia) por ser sempre desproporcional ao número de famílias (ex. cortiços com mais de cinquenta famílias com apenas um banheiro);
- d) tarifas de água e energia elétrica elevadas diante da precariedade das instalações no imóvel, gerando uma sobrecarga do consumo;
- e) existência de violência urbana por parte dos exploradores dos cortiços (intermediários) com a ocorrência de despejos violentos, independente de ação judicial, aumentos abusivos do valor do aluguel, recusa de fornecer recibo, corte intensional da água e luz, etc.;
- f) insegurança quanto à permanência no cortiço, tendo em vista que a relação de locação não é feita com o proprietário do imóvel;
- g) falta de reconhecimento dos direitos dos moradores de cortiço pelo Poder Judiciário;
- h) falta de conhecimento dos moradores de cortiço sobre os seus direitos.

Quanto a estes dois últimos, a nova lei do inquilinato foi inovadora, ao regulamentar a locação das habitações coletivas criando novos direitos para esta população.

O primeiro elemento é ter reconhecido que os ocupantes multifamiliares presumem-se locatários ou sublocatários (art. 2º parágrafo único), possibilitando que o pensamento predominante no Judiciário de não considerar esta população como parte da relação jurídica da locação, pela inexistência da autorização da sublocação pelo proprietário, seja totalmente revista. De acordo com este dispositivo, prevalece a situação de fato: existindo a habitação coletiva, os seus moradores devem ser considerados locatários ou sublocatários.

Outro ponto importante, visando impedir a continuidade da exploração e violação dos direitos desses setores marginais, é a previsão da soma dos aluguéis da sublocação nas habitações coletivas não poder ser superior ao dobro do valor da locação (Art. 21). A lógica da exploração do cortiço é justamente esta, o intermediário aluga o imóvel por um valor que não é elevado diante das suas condições precárias, e depois recebe quantia muito acima do valor da locação, decorrente dos aluguéis dos moradores.

A última questão que merece ser mencionada é referente às condições de habitabilidade do imóvel. Pela nova lei do inquilinato, os locatários ou sublocatários de habitação coletiva que tiver a construção considerada em condições precárias pelo Poder Público¹⁰³ poderão depositar judicialmente o aluguel e encargos (art. 24). Esses depósitos efetuados em juízo poderão ser levantados, mediante ordem judicial, para a realização das obras ou serviços necessários para a regularização do imóvel.

Por este dispositivo, será necessária uma intervenção do Poder Público Municipal para promover a fiscalização sobre as condições de habitabilidade do imóvel, de modo que os moradores de cortiço possam tornar efetivos esses novos direitos.

4.1.2. PLANO DE URBANIZAÇÃO

Para garantir a destinação das zonas especiais de interesse social, o Executivo Municipal deverá constituir programas de intervenção nas ZEIS, como de urbanização e regularização fundiária, de lotes urbanizados e de construção de moradias populares por sistemas de ajuda mútua (mutirões). Esses programas estão previstos nos Planos Diretores do Rio de Janeiro, João Pessoa e Recife.

Para o plano diretor de Recife, as áreas de programas habitacionais são aquelas em que o Município deve implantar ações de urbanização, construção de residências e de equipamentos públicos que atendam preferencialmente a população a ser relocada por estar assentada em áreas de risco, leitos de canais e córregos e áreas públicas.

Os Planos Diretores de João Pessoa e Natal, visando garantir a execução dos planos de urbanização, estabeleceram que nas zonas especiais de interesse social, o Poder Executivo deverá encaminhar anualmente à Câmara Municipal, anexo à proposta orçamentária, programa de intervenção para essas áreas urbanas, com indicação dos recursos correspondentes.

Como mecanismo para viabilizar a urbanização, o plano diretor pode permitir que o Poder Público promova a outorga de autorização,

¹⁰³ Em decorrência da Lei Orgânica de São Paulo ter reconhecido a existência dos cortiços definindo como habitação coletiva precária de aluguel, a edificação alugada no todo ou em parte, utilizada como moradia coletiva multifamiliar, com acesso aos cômodos habitados e instalações sanitárias comuns, foi instituída uma legislação específica regulamentando as condições de habitabilidade dos cortiços.

para construir área superior a do coeficiente de aproveitamento, gratuitamente nas zonas especiais de interesse social, para a edificação destinada à Habitação de Interesse Social.

O plano de urbanização é o instrumento que deve ser adotado pelo plano diretor, visando a intervenção nas ZEIS. O plano de urbanização, de acordo com os Planos Diretores de João Pessoa e Natal, deve definir os padrões específicos de parcelamento, edificação, uso e ocupação do solo e a fixação de preço e forma de financiamento, transferência ou aquisição das unidades habitacionais a serem produzidas.

Como meio de impedir o processo de remoção e expulsão das famílias situadas nas favelas, e nos cortiços com a promoção das habitações de interesse social, o plano de urbanização deve definir a forma de gestão e de participação da população nos processos de delimitação, implementação e manutenção das zonas especiais de interesse social.

No sentido de viabilizar a urbanização dessas áreas urbanas, o plano também deve definir as formas de participação da iniciativa privada, em especial dos proprietários de terrenos, dos promotores imobiliários e das associações e cooperativas de moradores.

O plano diretor do Rio de Janeiro, estabelece o direito aos proprietários, cooperativas habitacionais ou outras entidades associativas de solicitar declaração de especial interesse social para a regularização de áreas ocupadas e a realização de obras de urbanização em consórcio com o Município. Essa declaração será precedida de parecer do Conselho Municipal de Política Urbana.

Como meio de assegurar a sua finalidade social, o plano diretor deve estabelecer que, depois de aprovado o plano de urbanização da zona especial de interesse social, não será permitido o desmembramento de lotes, exceto para a implantação de equipamentos comunitários públicos.

O plano diretor também deve definir quais são as áreas não passíveis de urbanização e regularização fundiária. Para o plano diretor de João Pessoa, essas áreas são as favelas ou assemelhados, situadas em áreas de uso público localizados em áreas de risco à segurança de seus ocupantes, assentadas sobre rede principal de água ou esgotos ou sob redes de alta tensão, bem como as existentes há menos de doze meses, contados a partir da publicação do plano diretor.

Para o plano diretor do Rio de Janeiro, não são passíveis de serem declaradas como áreas especiais de interesse social as ocupadas por as-

sentamentos situados nas áreas de risco, nas faixas marginais de proteção de águas superficiais e nas faixas de domínio de estradas estaduais, federais e municipais. Com relação aos bens públicos dominicais do Município, e às unidades de conservação ambiental, somente poderão ser declaradas e delimitadas como áreas de especial interesse social nos casos de ocupação anterior a data da publicação da lei do plano diretor.

Enfim, a zona especial de interesse social, deve ser compreendida como um instrumento de garantia do cumprimento da diretriz da política urbana, de promover a urbanização e a regularização das áreas urbanas ocupadas pela população de baixa renda.¹⁰⁴

4.2. ZONAS ESPECIAIS DE PRESERVAÇÃO E ÁREAS DE INTERESSE AMBIENTAL

As zonas de preservação têm a finalidade de impor restrições quanto ao uso de determinadas porções do território da cidade, em função do interesse social de preservação, manutenção e recuperação do patrimônio histórico, paisagístico, cultural ou ambiental.

Pelo Plano diretor de Recife, as zonas especiais de preservação do patrimônio histórico-cultural são caracterizadas como áreas de urbanização e utilização limitada.

Para o plano diretor de João Pessoa, as zonas especiais de preservação são porções do território localizadas tanto na área urbana como na área rural, nas quais o interesse social de preservação, manutenção e recuperação de características paisagísticas, ambientais, históricas e culturais, impõe normas específicas e diferenciadas para o uso e ocupação do solo.

As zonas de preservação estão delimitadas no próprio plano diretor de João Pessoa, sendo uma delas o Centro Histórico da Cidade. A transferência do potencial construtivo (do direito de construir) poderá ser aplicado aos terrenos particulares situados nas zonas especiais de preservação, mediante a adesão do interessado em programa de preservação e/ou restauração.

¹⁰⁴ A diretriz da política urbana de promover a urbanização e a regularização fundiária das áreas faveladas e de baixa renda e dos loteamentos clandestinos foram reafirmadas nas Leis Orgânicas de Porto Alegre, Curitiba, Rio de Janeiro, Goiânia, Recife, Fortaleza e Vitória.

O plano diretor do Rio de Janeiro, adota como instrumentos básicos da política de meio ambiente e valorização do patrimônio cultural o sistema da gestão ambiental, a criação de unidades de conservação ambiental, a declaração de área de especial interesse ambiental e o tombamento. As unidades de conservação ambiental devem ser criadas por lei, para proteção de áreas de valor ambiental e cultural e de áreas frágeis impróprias à urbanização, ainda não degradadas ou recuperáveis. O ato de criação da unidade de conservação ambiental indicará o bem objeto de proteção, fixará sua delimitação, estabelecerá sua classificação e as limitações de uso e ocupação e disporá sobre sua gestão.

As áreas de interesse ambiental, têm por finalidade garantir a ocupação do solo de forma adequada às características do meio físico, em determinadas áreas do território municipal. Nas áreas declaradas de interesse ambiental serão estabelecidos regras diferenciadas quanto ao parcelamento, uso e ocupação do solo para efeito de um controle adicional, diante de suas características.

Pelo plano diretor do Rio de Janeiro, é considerada como área de proteção ambiental as áreas de domínio público ou privado, dotada de características ecológicas e paisagísticas notáveis, cuja utilização deve ser compatível com sua conservação ou com a melhoria das suas condições ecológicas. Nas áreas que necessitem de recuperação urbana caberá ao Poder Público promover ações para a regulação do uso e ocupação do solo, visando a restauração de suas condições ecológicas e urbanas.

O plano diretor pode definir como áreas de interesse ambiental, os terrenos situados em várzea, meia encosta ou ainda com alta declividade e sujeitos à erosão e as áreas de proteção aos mananciais.

Através desse controle adicional, a intenção é evitar os graves problemas da cidade das enchentes e erosões, devendo ser definida uma taxa de terra permeável e de áreas verdes maior para fins de uso e ocupação nessas porções de território.

5. EMPREENDIMENTO E RELATÓRIO DE IMPACTO

A Constituição estabelece como um dos mecanismos destinados a proteção do meio ambiente, o estudo prévio de impacto ambiental para

instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente (art. 225, inc. IV). O estudo prévio de impacto ambiental como pressuposto constitucional, tem por objeto avaliar as possíveis alterações que um empreendimento público ou privado, pode ocasionar ao meio ambiente. O estudo prévio de impacto ambiental – EIA compreende a literatura científica, a legislação pertinente ao empreendimento, os trabalhos e pesquisas de campo, a análise sobre o impacto do empreendimento, e um relatório sobre o impacto do projeto.

Outro instrumento visando a proteção do meio ambiente é o relatório de impacto ambiental – RIMA. De acordo com a Resolução nº 001/86 do CONAMA, o relatório de impacto ambiental refletirá as conclusões do estudo de impacto ambiental. Através deste a equipe multidisciplinar responsável pelo estudo de impacto ambiental, emite um parecer sobre a viabilidade do projeto, seu impacto no meio ambiente, as alternativas possíveis e convenientes, resumo das atividades técnicas desenvolvidas, as informações essenciais do projeto.

Os empreendimentos de impacto são aqueles que, dependendo do seu porte, podem sobrecarregar a capacidade de infra-estrutura de uma região, provocar incômodos à vizinhança ou causar danos ao meio ambiente. Esses empreendimentos, sejam públicos ou privados, estão sujeitos à apresentação de relatório de impacto ambiental e relatório de impacto de vizinhança, conforme dispõe as Leis Orgânicas dos Municípios como a de São Paulo e Rio de Janeiro.

A obrigatoriedade do relatório de impacto ambiental ou de vizinhança deve ser considerada um direito da comunidade, para evitar a implantação de determinado empreendimento que venham causar graves danos ambientais e urbanos, e de atender o objetivo de garantir o uso socialmente justo e ecologicamente equilibrado do território da cidade.¹⁰⁵

¹⁰⁵ Este instrumento de política urbana foi adotado pelas Leis Orgânicas de Curitiba, Belo Horizonte, Florianópolis, Salvador, Vitória e Porto Alegre, denominado de relatório de impacto ambiental. Na Lei Orgânica do Rio de Janeiro além do relatório de impacto de vizinhança, esta previsto o reconhecimento do direito de vizinhança como direito coletivo para efeito do licenciamento de obras no Município. O direito de vizinhança visa assegurar o direito dos proprietários e vizinhos intervir no processo para verificar e exigir adequação do projeto a legislação em vigor. Este direito poderá ser executado pelas associações de moradores.

O empreendimento de impacto é entendido, seja público ou privado, como aquele que possa vir a representar uma sobrecarga na capacidade da infra-estrutura urbana, ou ainda que possa vir a provocar dano ao meio ambiente natural ou construído. Essa noção de empreendimento de impacto, está presente nos Planos Diretores do Rio de Janeiro, João Pessoa, Natal e Recife.

O plano diretor de João Pessoa considera como empreendimento de impacto aquele com área construída superior a 10.000 m², estando sujeito à apresentação do RIMA – Relatório de Impacto do Meio Ambiente, nos termos da legislação federal e estadual em vigor. O plano diretor de Natal também considera os empreendimentos sujeitos a apresentação de RIMA, com capacidade de reunião de mais de 300 (trezentas) pessoas simultaneamente, que ocupam mais de uma quadra ou quarteirão urbano, que a área construída ultrapasse 2% (dois por cento) do estoque de área edificável prevista para o uso pretendido.

O plano diretor de Recife, considera empreendimentos de impacto aqueles localizados em áreas com mais de três hectares, ou cuja área construída ultrapasse vinte mil metros quadrados, que por sua natureza ou condições requeiram análise ou tratamento específico por parte do Poder Municipal, conforme dispuser a legislação de uso e ocupação do solo.

Com relação à aprovação do empreendimento de impacto, o plano diretor deve condicionar seu licenciamento à elaboração do estudo e relatório de impacto ambiental ou relatório de impacto de vizinhança. O plano diretor do Rio de Janeiro estabelece a necessidade de ser realizado um processo de avaliação de impacto ambiental e de vizinhança para o controle das obras, atividades ou instalações potencialmente poluidoras ou degradadoras do meio ambiente natural e cultural. Esse processo é integrado pelo estudo de impacto ambiental, o relatório de impacto ambiental e/ou o relatório de impacto de vizinhança. O plano diretor condiciona o licenciamento à elaboração desses instrumentos. Esse procedimento também está previsto no plano diretor de João Pessoa.

Pelo plano diretor de Recife, os empreendimentos de impacto, para serem aprovados pelo Poder Público, ficam condicionados à apresentação de memorial justificativo que será analisado pelo Conselho de Desenvolvimento Urbano. O memorial justificativo deverá considerar o

sistema de transportes, meio ambiente, infra-estrutura básica e os padrões funcionais e urbanísticos de vizinhança.

6. OPERAÇÃO URBANA, CONSÓRCIO IMOBILIÁRIO E OPERAÇÃO DE INTERESSE SOCIAL

6.1. OPERAÇÃO URBANA

Este instrumento tem por finalidade a promoção de intervenções urbanas, visando alcançar transformações urbanísticas e estruturais na cidade.

A Operação Urbana é compreendida como um conjunto integrado de intervenções e medidas a ser coordenado pelo Poder Público, com a participação de recursos da iniciativa privada. A lei específica da Operação Urbana deverá fixar um estoque de área edificável específico para a região, independente daquele definido para a zona onde será executada a obra. No caso de existência de população de baixa renda residente na região, a operação urbana deve definir uma área para a construção de habitações de interesse social destinada à essa população. Essa medida visa evitar a ocorrência de lesão ao direito à moradia dessa população, de modo que não seja expulsa da área devido à valorização imobiliária decorrente das melhorias proporcionadas pela operação urbana.

Pelo plano diretor de João Pessoa, cada operação urbana será disciplinada através de lei específica, pela qual será delimitada à área de abrangência da operação. A lei específica da operação urbana deve estabelecer um estoque de área adensável, independentemente dos estoques da zona adensável em que estiver situada.

O estoque deve ser adquirido onerosamente pelos proprietários e empreendedores interessados em participar da operação, e os recursos adquiridos com a venda desse estoque integrarão o Fundo de Urbanização e deverão permanecer vinculados a própria operação. O plano diretor confere o direito de proprietários de lotes ou glebas apresentar propostas para operação urbana, devendo ser demonstrado o interesse público. Essas propostas devem ter a anuência de pelo menos 2/3 dos

proprietários envolvidos na proposta, cabendo aos proprietários o financiamento da infra-estrutura básica para sua viabilização.

O plano diretor do Rio de Janeiro, adota o instrumento da operação interligada, pelo qual o Poder Público fica autorizado a alterar, nos limites e na forma definidos em lei, determinados parâmetros urbanísticos (coeficiente de aproveitamento, taxas de ocupação) mediante contrapartida dos interessados igualmente definida em lei.

O plano diretor define como contrapartidas na promoção da operação interligada: recursos para o Fundo Municipal de Desenvolvimento Urbano; obras de infra-estrutura urbana; terrenos e habitações destinados à população de baixa renda; recuperação do meio ambiente e do patrimônio histórico. Para a operação interligada ser realizada é necessário um parecer favorável do Conselho Municipal de Política Urbana.

6.2. CONSÓRCIO IMOBILIÁRIO

Consórcio imobiliário é um instrumento de cooperação entre o Poder Público e a iniciativa privada para fins de realizar urbanização em áreas que tenham carência de infra-estrutura e serviços urbanos e contenham imóveis urbanos sub-utilizados e não utilizados. Através do consórcio, o Poder Público realiza as obras de urbanização (abertura de vias públicas, pavimentação, rede de água, iluminação pública) e o proprietário da área recebe uma quantidade de lotes urbanizados correspondente ao valor total da áreas antes de ter recebido os benefícios. Os demais lotes ficam com o Poder Público, que poderá comercializá-los para atender à população que necessita de habitação.

O Consórcio Imobiliário deve ser instituído pelo plano diretor com a finalidade de viabilizar financeiramente o plano de urbanização da zona especial de interesse social, onde a iniciativa é tanto do Poder Público Municipal como dos proprietários de imóvel localizado numa dessas zonas especiais. Este imóvel entregue ao proprietário deve ser correspondente ao valor do seu imóvel antes das obras de urbanização realizada com recursos públicos. O restante do imóvel passa a pertencer a Administração Municipal, para executar projetos de habitação de interesse social.

De acordo com o plano diretor João Pessoa, o Consórcio Imobiliário pode ser aplicado nas zonas especiais de interesse social, no qual o proprietário de imóvel localizado nessas zonas pode requerer ao Poder Executivo o estabelecimento do consórcio como forma de viabilizar financeiramente o plano de urbanização. O Consórcio Imobiliário também foi instituído pelo plano diretor de Natal.

O plano diretor do Rio de Janeiro, adota o instrumento da urbanização consorciada, para empreendimentos conjuntos da iniciativa privada e dos poderes públicos federal, estadual e municipal, sob a coordenação deste último, visando a integração e a divisão de competências e recursos para a execução de projetos comuns.

A urbanização consorciada poderá ocorrer por iniciativa do Poder Público, ou através de propostas dos interessados, cabendo ao Conselho Municipal de Política Urbana avaliar o interesse público da operação. Os critérios e procedimentos para aplicação da urbanização consorciada serão regulamentados por lei.

6.3. OPERAÇÃO DE INTERESSE SOCIAL

A Operação de Interesse Social também é um instrumento que pode ser aplicado na zona especial de interesse social, com concentração de habitação coletiva precária de aluguel. Os proprietários de imóveis localizados nessa zona especial poderão requerer ao Executivo Municipal aprovação de Operação de Interesse Social, visando a implantação de projeto de uso misto – comércio ou serviço e Habitação de Interesse Social. Este plano de urbanização deverá ter a concordância expressas no mínimo de dois terços dos proprietários da área objeto do projeto.

Para viabilizar o plano de urbanização a Administração Municipal poderá autorizar de forma gratuita a construção de espaços comerciais e de serviços de aproveitamento único, devendo receber em troca do proprietário valor equivalente em habitação de interesse social. Na Operação de Interesse Social o total da área construída para fins habitacionais deverá ser, no mínimo, igual a área do terreno do empreendimento.

Segundo o plano diretor de João Pessoa, a operação de interesse social é o instrumento pelo qual o Poder Executivo poderá outorgar autorização para construir área superior àquela correspondente ao índice

de aproveitamento único, para usos não residenciais, em troca de valor equivalente em habitação de interesse social na mesma operação. O plano diretor estabelece, como critério para a realização da operação, que o total de área construída para habitação seja, no mínimo, igual à área do terreno.

Para fins de viabilizar a operação de interesse social, o plano diretor estabelece que o Poder Executivo poderá declarar de interesse social, para fins de desapropriação, imóveis incluídos na operação cujos proprietários não participem dos projetos. Nesse caso as despesas com a indenização dos imóveis desapropriados correrão por conta dos proprietários participantes da operação de interesse social.

6.4. OBSERVAÇÕES FINAIS

Na verdade, através destes instrumentos são estabelecidas modalidades de cooperação entre os agentes públicos e agentes privados, para viabilizar os variados tipos de intervenções e empreendimentos urbanísticos necessário para melhorar as condições de vida na cidade e desenvolver as funções sociais da cidade.

Através do Consórcio Imobiliário, ou da Operação de Interesse Social, são constituídos os mecanismos para o proprietário, que passou a ser obrigado a cumprir com a função social da propriedade, promover a destinação social prevista no plano diretor.

7. APLICAÇÃO DO ARTIGO 182, PARÁGRAFO 4º DA C.F.

Para o Município exercitar a faculdade estabelecida para garantir que a propriedade urbana atenda sua função social, com base nas obrigações e as sanções previstas no Artigo 182, parágrafo 4º, da Constituição, o plano diretor tem a atribuição de definir as áreas passíveis de aplicação destes instrumentos pelo Poder Público Municipal.

Os planos diretores de João Pessoa e Natal, definem como áreas passíveis de aplicação sucessiva do parcelamento ou edificação compulsórios, e do imposto predial territorial urbano progressivo no tempo, os

lotes ou glebas não edificados, subutilizados e não utilizados localizados nas zonas adensáveis e nas zonas especiais de interesse social.

O plano diretor de Natal, estabelece como exceção os imóveis com área de terreno de até 200 metros quadrados, que sejam a única propriedade do titular. O plano fixa o prazo de dois anos para edificar ou parcelar, a contar da data da notificação, e o descumprimento do prazo implica no pagamento do imposto territorial progressivo no tempo.

O plano diretor de João Pessoa, define que o Poder Executivo deve dar prioridade, na aplicação dos instrumentos que tratam o artigo 182 parágrafo 4º da Constituição Federal, para as áreas de urbanização preferencial e de reurbanização. O plano diretor permite a aplicação desses instrumentos sobre as obras inacabadas e paralisadas. O plano diretor estabelece como exceção os terrenos e edificações de até 360 m² (trezentos e sessenta metros quadrados), cujos proprietários não possuem outro imóvel no Município.

Pelo procedimento estabelecido no plano diretor, após a identificação dos imóveis que não estejam cumprindo com a função social da propriedade urbana, o Município deverá notificar os proprietários titulares de domínio útil ou ocupantes, para que promovam, no prazo de dois anos, o parcelamento ou a edificação cabíveis, ou a utilização efetiva da edificação para fins de moradia ou atividades econômicas ou sociais.

No caso de ter sido esgotado o prazo de dois anos sem o cumprimento do estabelecido na notificação, o Município deverá aplicar alíquotas progressivas na cobrança do imposto, sobre a propriedade predial e territorial urbana.

No primeiro ano a alíquota será de 5% (cinco por cento), sendo progressivamente aumentada com base nesse percentual a cada ano, onde a partir do quinto ano a alíquota será de 25% (vinte e cinco por cento). A aplicação da alíquota será suspensa imediatamente a requerimento do contribuinte, a partir da data em que seja iniciado o processo administrativo de parcelamento ou iniciada a edificação, mediante prévia licença municipal.

No caso de ter sido ultrapassado o prazo de cinco anos de aplicação do imposto progressivo, e o imóvel continuar não atendendo a sua função social, o Município poderá aplicar a desapropriação com o pagamento do valor da indenização em títulos da dívida pública.

Os imóveis desapropriados serão destinados à implantação de projetos de habitação popular ou equipamentos urbanos, podendo ainda ser alienados a particulares, mediante prévia licitação, desde que o adquirente apresente projeto de utilização adequada da área.

O plano diretor do Rio de Janeiro, delimita as áreas urbanas e estabelece os critérios para a aplicação do imposto progressivo sobre a propriedade predial e territorial urbana previsto no artigo 156 da Constituição Federal.

Nas áreas delimitadas pelo plano diretor, o imposto progressivo incidirá sobre imóveis onde não tenha havido edificações, ou cujas edificações estejam em ruínas ou tenham sido objeto de demolição, abandono, desabamento ou incêndio, ou que, de outra forma, não cumpram a função social da propriedade.

O imposto progressivo não incidirá sobre terreno de até duzentos e cinquenta metros quadrados cujos proprietários não tenham outro imóvel. Outra situação em que esse imposto não será aplicável diz respeito aos imóveis sujeitos à legislação urbanística, ou especial, que restrinja o seu aproveitamento.

O plano diretor também estabelece, como critério para aplicar o imposto progressivo, a relação entre a metragem do terreno e a sua área contruída considerando a região onde está localizado o terreno.

8. CONCLUSÕES

O plano diretor, em razão de sua atribuição constitucional, para atender os objetivos da política urbana deve conter os seguintes instrumentos:

- 1) Solo criado: Esse instrumento deve ser adotado pelas seguintes razões:
 - a) O direito de construir por ter como fundamento o direito de propriedade, tem o seu exercício condicionado ao atendimento do princípio da função social da propriedade;
 - b) O Município ter competência para disciplinar o direito de construir, com base na sua competência constitucional de promover a política urbana, nos termos do artigo 182, bem como de promover, no que couber, adequado ordenamento

- territorial mediante planejamento e controle do uso, parcelamento e da ocupação do solo urbano (art. 30, VIII);
- c) O dever do Município disciplinar o direito de construir, através do plano diretor, face a sua atribuição constitucional de definir os critérios para apurar se a propriedade urbana atende a sua função social;
 - d) O Município ter competência para instituir o solo criado, devido a sua competência preponderante na Federação para promover a política urbana, visando garantir que a propriedade urbana atenda sua função social;
 - e) O solo criado deve ser instituído pelo plano diretor, em razão da sua atribuição constitucional de definir as exigências fundamentais de ordenação da cidade, e estabelecer os critérios para a propriedade urbana cumprir a sua função social;
 - f) A regulamentação do solo criado pelo plano diretor se justifica pelo motivo de estabelecer um dos critérios para a propriedade urbana atender sua função social (cuja atribuição é do plano diretor), a partir da definição de um coeficiente de aproveitamento para construir igual para os todos os proprietários de imóveis na cidade;
 - g) O solo criado é um instrumento do direito urbanístico destinado a garantir o respeito ao princípio da igualdade, de modo que toda propriedade urbana origina o direito de construir igual para todos, pela fixação do coeficiente único de aproveitamento a todos os terrenos da cidade;
 - h) O solo criado ter como objetivos:
 - h.1) garantir o cumprimento da função social da propriedade;
 - h.2) assegurar a justa distribuição dos ônus e encargos decorrentes das obras e serviços da infra-estrutura;
 - h.3) recuperar a coletividade a valorização imobiliária decorrente da ação do Poder Público;
 - h.4) estabelecer um tratamento isonômico e justo aos proprietários e aos não proprietários da cidade;
 - h.5) atender a justiça social com a distribuição mais justa da riqueza da cidade.

- 2) Fundo de urbanização: visando garantir recursos para promoção dos programas e intervenções urbanísticas previstas no plano diretor;
- 3) Macrozoneamento (zonas adensáveis e não adensáveis): a definição dessa zonas está associada a adoção dos critérios para apurar se a propriedade urbana cumpre sua função social, de intensidade de uso e capacidade de aproveitamento da propriedade urbana para as atividades de interesse urbano, considerando a capacidade de infra-estrutura e serviços urbano, e a preservação do meio ambiente natural e construído;
- 4) Transferência do direito de construir: destinado a compensar os proprietários de imóveis considerados de interesse para preservação por seu valor histórico, cultural, arqueológico, ambiental, ou destinado à implantação de programas sociais.
Esse instrumento deve ser previsto no plano diretor para fins de:
 - a) compensar o proprietário de uma área onde em razão da lei de zoneamento, a edificação não pode atingir a área construída determinada pelo coeficiente de aproveitamento único do plano diretor;
 - b) compensar ou indenizar mediante acordo com o proprietário, nas desapropriações destinadas a obras viárias, equipamentos públicos, urbanização de favelas e nos programas executados nas zonas especiais de interesse social.
- 5) Zonas especiais
 - a) Zonas especiais de interesse social: destinam-se a incorporar os espaços urbanos da cidade clandestina, favelas, assentamentos urbanos populares, loteamentos irregulares e as habitações coletivas – cortiços a cidade legal, e intensificar o aproveitamento de áreas subutilizadas, não utilizadas para fins de habitação de interesse social. O plano deve estabelecer os instrumentos específicos para promover a urbanização e regularização fundiária (programa e plano de urbanização, incentivo de solo criado, concessão de direito real de uso);
 - b) Zonas especiais de preservação: destinadas a atender a diretriz de proteção, preservação e recuperação do meio ambiente, através de restrições de uso e ocupação de determinadas

porções do território da cidade em função do interesse social de preservação, manutenção e recuperação do patrimônio histórico, paisagístico, cultural ou ambiental.

- 6) Empreendimentos de impacto: definindo os critérios de exigência dos instrumentos de controle social (estudos e relatórios de impacto) de obras e atividades que tenham significativo impacto ambiental na cidade;
- 7) Instrumentos de cooperação Poder Público/iniciativa privada (Operação urbana, consórcio imobiliário, operação de interesse social): com a finalidade de assegurar a implementação dos programas, planos e transformações urbanísticas previstas no plano diretor.
- 8) Parcelamento ou edificação compulsórios, IPTU progressivo no tempo, desapropriação para fins de reforma urbana: devem ser definidas as áreas urbanas sujeitas a esses instrumentos, e os critérios para aplicá-los nos termos do artigo 182, parágrafo 4º da Constituição.

BIBLIOGRAFIA

- ALFONSIN, Jacques Távora. *Usucapião Moradia de Base Constitucional*, Instituto Apoio Jurídico Popular – Fase, 1991.
- ATALIBA, Geraldo. *Normas Gerais de Direito Financeiro e Tributário e Autonomia dos Estados e Municípios*, Rev. de Direito Público, nº 10, out/dez 1969.
- ATALIBA, Geraldo. *IPTU – Progressividade*, Cad. de Dir. Municipal, Rev. de Dir. Público, nº 93, jan/mar 1990.
- BALDEZ, Miguel Lanzellotti. *Solo Urbano*, Apoio Jurídico Popular – FASE – 1986.
- BALDEZ, Miguel Lanzellotti. *Conselhos Populares e Usucapião Especial Urbano*, Centro de Defesa Direitos Humanos, Petrópolis, 1991.
- BARRETO, Ayres F. *A Progressividade do IPTU na Constituição de 1988*, Repertório IOB de Jurisprudência, 1ª quin. nov/90.
- BRITO, Carlos Ayres. *Distinção entre Controle Social do Poder e Participação Popular*. S. Paulo, Rev. Trim. de Direito Público nº 2, 1993.
- CALLEGARI, Newton. *O Município e o plano diretor*, Fundação Prefeito Faria Lima – CEPAM, maio 1990.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional* Almedina Coimbra, 4ª edição, 1989.
- CARRAZA, Roque Antonio. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção*, Cadernos de Dir. Constitucional e Ciência Política nº 3, abr/jun 1993.
- CENEVIVA, Walter. *Direito Constitucional Brasileiro*, Ed. Saraiva, 1989.
- COSTA, Alcides Jorge. *IPTU – Progressividade*, Cad. de Dir. Municipal, Rev. de Dir. Público nº 93, jan/mar 1990.
- DALLARI, Adilson Abreu. *Autonomia Municipal na Constituição Federal de 1988*, Cadernos de Direito Municipal, Revista de Direito Público nº 97, 1990.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Usucapião Coletivo*, Brasília, Rev. Informação Legislativa, nº 115, jul/set 1992.
- ENTERRIA, Eduardo Garcia de. FERNANDES, Tomás Ramon. *Curso de Direito Administrativo*, Ed. Rev. dos Tribunais, 1991.

- FAGUNDES, Miguel Seabra. *Aspectos Jurídicos do Solo Criado*, Revista Direito Administrativo nº 129, 1977.
- FERRAZ, Ana Candida da Cunha. *Apontamentos sobre o Controle da Constitucionalidade*, Rev. da Proc. Geral do Est. de SP, nº 34, dez de 1990.
- FILHO, Artur Marques da Silva. *O Usucapião na Atual Constituição*, Revista dos Tribunais nº 657, 1990.
- GORDILLO, Agustin A. *Aspectos Jurídicos del Plano, Introducion a Derecho Planificacion*, Buenos Aires, 1983.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*, Ed. Revista dos Tribunais, 1990.
- GRAU, Eros Roberto. *Questões sobre o plano diretor*, Parecer Secretaria Municipal de Planejamento de São Paulo – 1990.
- GRAU, Eros Roberto. *A Outorga do plano diretor de São Paulo*, Parecer Secretaria Municipal de Planejamento de São Paulo, 1991.
- GRAU, Eros Roberto. *Direito Urbano*, Ed. Rev. dos Tribunais, 1983.
- JUÍZES DE DIREITO DAS VARAS DA FAZENDA PÚBLICA DE SÃO PAULO, *Exigência do Depósito do Valor de Mercado do Bem Auto de Iniciais de Posse na Desapropriação*, Revista dos Tribunais nº 669, 1991.
- LEITE, Lesley Gasparini. plano diretor: Obrigatório por Força da Lei Orgânica, Cad. de Dir. Municipal, Rev. de Dir. Público, nº 97, jan/mar 1991.
- LOMAR, Paulo José. *As Leis Orgânicas Municipais e a Nova Ordem Constitucional Principais Questões e Perspectivas*, Seminário Leis Orgânicas Municipais FAU/USP, 11 e 12 de janeiro de 1990.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Progressividade do IPTU*, Repertório IOB 13 de Jurisprudência 2º quinzena de Agosto de 1990.
- MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*, S. Paulo, Malheiros Editores, 4ª ed., 1992.
- MARTINS, José de Sousa. *O Cativo da Terra*, Ciências Humanas, 1979.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*, Ed. Rev. dos Tribunais, 2ª edição, 1983.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*, Ed. Revista dos Tribunais, 1993.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de Construir*, Ed. Rev. dos Tribunais, 4ª edição, 1983.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania – Declaração de Inconstitucionalidade sem a Prominência de Nulidade no Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro, Rev. Dir. Administrativo, jan/mar 1993.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Urbanístico e Limitações Urbanísticas*, Revista Informação Legislativa, 1990, pág. 27/107.

- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Introdução ao Direito Ecológico e ao Direito Urbanístico*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2ª ed., 1977.
- MOTA, Leda Pereira. SPITZCOVSKY, Celso. *Direito Constitucional*, S. Paulo, Ed. Terra, 1994.
- MUKAY, Toshio. plano diretor nas Constituições Federal e Estaduais e nas Leis Orgânicas Municipais, Rev. de Dir. Público nº 94, abr/jun 1990.
- PIETRO, Maria Silvia Zanella Di. *Participação Popular na Administração Pública*, Rev. Trim. de Direito Público I, 1993.
- REALE, Miguel. *Estrutura da Constituição de 1988*, Revista Direito Administrativo, Vol. 175, 1989.
- REALE, Miguel. *Direito e Planificação*, Rev. de Direito Público nº 24, abr/jun 1973.
- ROSAS, Roberto. *Lei Municipal. Controle de Constitucionalidade*, Rev. Trim. de Dir. Público, nº 1, 1993.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Estado de Direito na Transição Pós Moderna*. Rev. Crítica de Ciências Sociais nº 30, junho de 1990.
- SAVY, Robert. *Droit L'Urbanisme*, Themis Paris, 1981.
- SILVA, Almiro do Couto e. *Problemas Jurídicos do Planejamento*, Rio de Janeiro, Rev. Dir. Administrativo nº 170, out/dez 1987.
- SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*, Ed. Revista dos Tribunais, 1981.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Ed. Revista dos Tribunais, 1990.
- SILVA, José Afonso da. *Inovações Municipais na Constituição de 1988*, S. Paulo, Rev. dos Tribunais nº 669, julho de 1991.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Função Social de Propriedade Temas de Direito Urbanístico* – Temas de Direito Urbanístico I, Vários Autores, Ed. Revista dos Tribunais, 1987.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Desapropriação*, Revista dos Tribunais, 1990.

LEGISLAÇÃO CONSULTADA

1. LEGISLAÇÃO NACIONAL

Constituição Federal.

Constituições dos Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, São Paulo, Mato Grosso, Goiás, Rio de Janeiro, Espírito Santo, Minas Gerais, Bahia, Pernambuco, Ceará, Pará.

Leis Orgânicas dos Municípios – Secretaria de Edições Técnicas – Centro do Senado Federal, vol. 1, 2 e 3 – 1987.

Leis Orgânicas dos Municípios de Porto Alegre, Florianópolis, Curitiba, São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Vitória, Goiânia, Salvador, Recife, Fortaleza, Belém, 1990.

Plano Diretor do Município do Rio de Janeiro, 1992.

Plano Diretor do Município de João Pessoa, 1993.

Plano Diretor de Desenvolvimento da Cidade do Recife, Lei nº 15.547/91.

Plano Diretor do Município de Natal, 1994.

Lei Municipal de Recife nº 14.511/83, dispõe sobre zonas especiais de interesse social.

Lei Municipal de S. Paulo nº 10.226/86, dispõe sobre a concessão de direito real de uso para fins de regularização fundiária.

Lei Municipal de S. Paulo nº 9.725, de 2 de julho de 1984, dispõe sobre a transferência de potencial construtivo.

Lei Municipal de Belo Horizonte nº 6.706, de 5 de agosto de 1994, dispõe sobre a transferência dos direitos de construir.

Lei Municipal nº 315/94 de Porto Alegre, dispõe sobre o instituto do solo criado.

Lei Municipal de S. Paulo nº 10.928, de 8 de janeiro de 1991, dispõe sobre as condições de habitação dos cortiços.

Lei Federal nº 6766/79 – Dispõe sobre o parcelamento do solo.

Lei Federal nº 8245/91 – Lei do Inquilinato.

Lei Municipal de Recife nº 14511/83, zonas especiais de interesse social.

2. DECLARAÇÕES TRATADOS E LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL

2.1. TRATADOS

Declaração Universal dos Direitos do Homem. Resolução nº 217 A(III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948.

Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Resolução nº 2.200 A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 16 de dezembro de 1966.

Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Resolução nº 2.200 A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 16 de dezembro de 1966.

Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento. Resolução nº 41/128 da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986.

Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano. Assembléia Geral das Nações Unidas, 1972.

Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Assembléia Geral das Nações Unidas, junho de 1992.

Agenda para o Desenvolvimento e Meio Ambiente (Agenda 21) Assembléia das Nações Unidas, Rio de Janeiro, junho de 1992.

Agenda Habitat – Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos – Habitat II, Istambul, junho de 1996.

2.2. LEGISLAÇÃO

França: Loi D'Orientation Fonciere de 67-1353 de 30.12.67 alterada pela lei de 7 de janeiro de 1985, ordena a política de urbanismo e do solo.

Itália: lei 1150 de 18.08.42, modificada pela lei nº 10 de 28.01.77, normas urbanísticas referentes ao ordenamento.

Espanha: lei de 12 de maio de 1956, lei urbanista básica La Ley sobre El Regimen del Suelo y Ordenacion Urbana, modificadas pelas leis 19 2.5.75, de 25 de junho de 1990 e Real Decreto Legislativo 1/1992 de 26 de junho.

DOCUMENTOS CONSULTADOS

Emenda Popular de Reforma Urbana ao Projeto de Constituição Federal – 1987.

Emenda Popular de Reforma Urbana ao Projeto de Constituição do Estado de São Paulo – 1989.

Emenda Popular de Reforma Urbana ao Projeto de Constituição do Estado do Rio de Janeiro – 1989.

Emenda Popular de Reforma Urbana ao Projeto de Constituição do Estado do Rio Grande do Sul.

Emenda Popular de Reforma Urbana ao Projeto de Constituição do Município de São Paulo.

Emenda Popular de Reforma Urbana ao Projeto de Constituição do Município do Rio de Janeiro.

Emenda Popular de Reforma Urbana ao Projeto de Constituição do Município de Porto Alegre.

Anais Assembléia Nacional Constituinte Comissão de Sistematização – Emenda Popular – Centro Gráfico do Sen. Fed., vol. I – 1987.

Constituições do Brasil – Subsecretaria de Edições Técnicas, Centro Gráfico do Senado Federal, Brasília, 1987.

Carta de Princípios – II Fórum Nacional de Reforma Urbana – 1989.

Iniciativa Pop. de Proj. de Lei – Fundo Nac. Moradia Pop. – 1991.

Carta do Embu – Seminário Solo Criado – CEPAM – Fundação Prefeito Faria Lima, dezembro – 1976.

Periódica IBASE, nº 40 – julho/agosto – 1989.

Roteiro para Elaboração do plano diretor de Desenvolvimento Integrado – CEPAM – Centro de Est. e Pesq. de Adm. Mun. – 1978.

Proj. de lei fed. de desenv.urbano: PL nº 775/81. Exec. Federal; PL nº 2191/89 Dep.Raul Ferraz; PL nº 4019/89 Dep.Lurdinha Savignon; PL nº 5788/90 (Estat. da Cidade), Sen. Pompeu de Souza.

Tratado das ONGs "Por Cidades, Vilas e Povoados Justos, Democráticos e Sustentáveis". Fórum Nacional de Reforma Urbana, HIC - Habitat International Coalition, FCOC - Frente Continental de Organizaciones Comeralis, RJ-jun/92.

Progr. de Trab.do Comitê Bras. Habitat II. Conf. das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos, dez/94.

ÍNDICE

PREFÁCIO	9
APRESENTAÇÃO	15
INTRODUÇÃO	19
I – CONSTITUINTE E POLÍTICA URBANA	
1. A Política urbana na constituinte	25
1.1. O direito à cidade na emenda popular da reforma urbana	25
1.2. O processo constituinte do capítulo da política urbana	31
1.2.1. O projeto da comissão de sistematização	32
1.2.2. A introdução do plano diretor no projeto de consti- tuição	33
2. A origem do plano diretor	34
3. A nova configuração constitucional do plano diretor	39
4. Conclusões	42
II – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO URBANÍSTICO	
1. Os valores do estado democrático de direito	43
2. Soberania popular e cidadania	47
3. Princípios da ordem econômica e função social da proprie- dade	54
4. Funções sociais da cidade	60
5. Desenvolvimento sustentável – princípio internacional da po- lítica urbana	62
6. Os princípios constitucionais como normas dirigentes do plano diretor	70
7. Conclusões	73

III – COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS

1. Descentralização política no estado brasileiro	77
2. Natureza do direito urbanístico	82
3. O direito urbanístico nas constituições brasileiras	87
4. Direito Urbanístico na Constituição de 1988	92
5. Conclusões	100

IV – POLÍTICA URBANA, RESPONSABILIDADES E OBRIGAÇÕES

1. A responsabilidade preponderante do município	103
1.1. A autonomia do município	103
1.2. O papel da Lei Orgânica	106
2. Obrigatoriedade do plano diretor e efeitos	109
2.1. A autonomia do município instituir o plano diretor	109
2.2. A obrigatoriedade a partir da Lei Orgânica	112
2.3. As sanções ao município pela inexistência do plano diretor	115
2.4. Controle da constitucionalidade do plano diretor	120
2.5. A responsabilidade do Poder Público na inconstitucionalidade por omissão	126
3. Conclusões	134

V – REGULAMENTAÇÃO DO ARTIGO 182, PARÁGRAFO 4º LEI FEDERAL DE DESENVOLVIMENTO URBANO

1. Regulamentação do artigo 182, parágrafo 4º	139
1.1. Ordem econômica, planejamento, planos urbanísticos	139
1.1.1. O plano como instrumento do planejamento	139
1.1.2. Planejamento e participação popular	141
1.1.3. Obrigatoriedade dos planos	143
1.1.4. A imperatividade do plano diretor na Constituição de 1988	146
1.1.5. Da abrangência do plano diretor	149
1.1.6. O papel da lei municipal específica enquanto plano urbanístico	154
2. Os instrumentos do artigo 182, parágrafo 4º	156
2.1. Os limites do Poder Público	156
2.2. Parcelamento ou edificação compulsórios	159

2.3. Imposto Sobre a Propriedade Predial e Territorial progressivo no tempo	161
2.4. Desapropriação	167
3. Lei Federal de Desenvolvimento Urbano	171
3.1. Projetos de lei de desenvolvimento urbano	171
3.2. As propostas do estatuto da cidade	172
3.2.1. Princípios e objetivos	173
3.2.2. Função social da propriedade	173
3.2.3. Diretrizes gerais	174
3.2.4. Instrumentos da política de desenvolvimento urbano	175
3.2.5. Planejamento, plano diretor e gestão	178
3.3. Críticas ao estatuto da cidade	179
3.4. Matérias da lei de desenvolvimento urbano	181
3.4.1. Usucapião urbano	182
3.4.2. Concessão de uso constitucional	193
3.4.3. Plano diretor	197
4. Conclusões	198
4.1. Ordem econômica – planejamento – planos urbanísticos	198
4.2. Os instrumentos do artigo 182, parágrafo 4º	200
4.3. Lei Federal de Desenvolvimento Urbano	203

VI – ESTADO E POLÍTICA URBANA – PLANO DIRETOR

1. As competências do Estado	209
2. Integração da política urbana e plano diretor	210
3. Constituição Estadual e plano diretor	212
4. A recepção das emendas populares de reforma urbana nas constituições estaduais	216
5. Conclusões	219

VII – MUNICÍPIO E POLÍTICA URBANA LEI ORGÂNICA E PLANO DIRETOR

1. O município na Constituição de 1988	221
2. Lei Orgânica e plano diretor	229
2.1. Princípios fundamentais do plano diretor	230
2.1.1. Princípios da política urbana	230
2.1.2. Direito ao meio ambiente – princípio do desenvolvimento sustentável	232

2.2. Funções sociais	239
2.2.1. Funções sociais da cidade	239
2.2.2. Função social da propriedade	241
3. Participação popular: requisito constitucional do plano diretor ..	244
3.1. Instrumentos de participação popular do plano diretor ...	249
3.1.1. Direito à informação	249
3.1.2. Audiência pública	251
3.1.3. Plebiscito e referendo	255
4. Gestão democrática e planejamento municipal	259
4.1. Gestão democrática	259
4.1.1. Subprefeituras e administrações regionais	261
4.1.2. Conselhos setoriais	264
4.1.3. Canais de participação popular autônomos do poder público	268
4.1.4. Modelo de gestão democrática	270
4.2. Planejamento municipal	272
5. Conclusões	277
5.1. O município na Constituição de 1988	277
5.2. Princípios fundamentais do plano diretor	277
5.3. Participação popular	279
5.4. Gestão democrática	281
5.5. Planejamento municipal	282

VIII – INSTRUMENTOS DO PLANO DIRETOR

1. Direito de contruir e o solo criado.....	284
1.1. O solo criado no plano diretor do Rio de Janeiro	292
1.2. O solo criado no plano diretor de Recife	293
1.3. O solo criado no plano diretor de João Pessoa	294
1.4. O solo criado no plano diretor de Natal	296
1.5. O solo criado no Município de Porto Alegre	296
1.6. Observações finais	298
2. Fundo de urbanização	299
3. Transferência do direito de construir	301
3.1. A transferência do direito de construir no Município de São Paulo	302
3.2. A transferência do direito de construir no Município de Belo Horizonte	303
3.3. A transferência do direito de construir nos planos diretores	305

4. Zonas especiais	306
4.1. Zonas especiais de interesse social	306
4.1.1. Classificação das Zeis	307
4.1.2. Plano de urbanização	311
4.2. Zonas especiais de preservação e áreas de interesse ambiental ..	313
5. Empreendimento e relatório de impacto	314
6. Operação urbana, consórcio imobiliário e operação de interesse social.....	317
6.1. Operação urbana	317
6.2. Consórcio imobiliário	318
6.3. Operação de interesse social	319
6.4. Observações finais	320
7. Aplicação do artigo 182, parágrafo 4º da C. F.	320
8. Conclusões	322
BIBLIOGRAFIA	326
Legislação consultada	328
Documentos consultados	330

Outros Livros de Nossa Edição

- ALMEIDA, Fernando Barcellos de (Prof. UNISINOS, RS)
Teoria Geral dos Direitos Humanos
- ARAÚJO, N. Vandyck (Prof. da Univer. Federal de PE)
Idéia de Sistema e de Ordenamento do Direito
- BORGES Fº, Nilson (Prof. da UFSC) Org.
Direito, Estado, Política e Sociedade em Transformação
- BRITO, Edvaldo (Prof. da Universidade da Bahia)
Limites da Revisão Constitucional
- BRUNING, Raulino J. (Prof. da Univer. Regional da Blumenau)
O Controle dos Atos Administrativos pelo Ministério Público
- CAPPELLETTI, Mauro (Prof. da Univer. de Florença, Itália)
O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado
Acesso à Justiça
- FACHIN, Luiz Edson (Prof. da Univer. Federal do PR)
A Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea
- FARIA, Werter R.
Constituição Econômica, Liberdade de Iniciativa e Concorrência
- FARIA, José Eduardo (Prof. da Univer. de SP)
A Crise Constitucional e a Restauração da Legitimidade
- HESSE, Konrad (Prof. da Univer. de Freiburg, i, br., Alemanha)
A Força Normativa da Constituição
- NEDER, Gizlene (Profa. da UFF)
Discurso Jurídico e Ordem Burguesa no Brasil
- NOVOA MONREAL, E. (Ex-prof. da Univer. de Santiago, Chile)
O Direito Como Obstáculo à Transformação Social
- ROCHA, Leonel S. (Prof. da Univer. Federal da UFSC)
Teoria do Direito e do Estado
- SANTOS, B. de S. (Prof. da Univer. de Coimbra)
O Discurso e o Poder-Ensaio Sobre Sociologia da Retórica Jurídica
- TRINDADE, A. A. Cançado (Prof. Titular da Universidade de Brasília)
Direitos Humanos e Meio-Ambiente/Paralelo dos Sistema de Proteção Internacional

ISBN 857525054-X



9 788575 250549