

**Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em
Direito Processual Civil**

Marília Mascarenhas Ferraz

**Atuação do Poder Judiciário na Aplicação do
Estatuto da Cidade – Lei 10.257/2001**

**Brasília – DF
2011**

Marília Mascarenhas Ferraz

**Atuação do Poder Judiciário na Aplicação do
Estatuto da Cidade – Lei 10.257/2001**

“Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP”

Orientador: Prof. Bruno Dantas – Mestre e Doutorando em Direito pela PUC/SP, Consultor-Geral Legislativo do Senado Federal, Conselheiro do CNMP e Advogado

**Brasília – DF
2011**

Marília Mascarenhas Ferraz

**Atuação do Poder Judiciário na Aplicação
do Estatuto da Cidade – Lei 10.257/2001**

“Monografia apresentada como
requisito parcial à obtenção do título
de Especialista em Direito Processual
Civil no Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* do Instituto Brasiliense de
Direito Público – IDP”

Aprovado pelos membros da banca examinadora em / / , com menção
____(_____)

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

“Este trabalho é dedicado ao meu pai, Advogado e Deputado Federal Constituinte, Raul Ferraz, autor do projeto de Lei n º 2.191/89, que deu origem ao Estatuto da Cidade – Lei 10.257/2001, produto da sua persistência na luta pela melhoria das condições de vida da população que habita as cidades brasileiras.”

“Agradeço ao orientador, Professor Bruno Dantas, por ter cedido seu valioso tempo em prol de meu aperfeiçoamento acadêmico e da melhoria deste trabalho.”

“(...) a Cidade feliz deve ser a melhor, a mais justa; e nenhuma pessoa ou Cidade pode ser justa se não realizar boas ações, ações que resultem da virtude e da sabedoria. Portanto, a coragem, a justiça, e a sabedoria de uma Cidade têm a mesma forma e a mesma natureza das qualidades que dão ao indivíduo que as possui a reputação de justo, sábio ou equilibrado.” (Aristóteles, Política, Livro VII, Capítulo I)

RESUMO

O Brasil possui 5.565 (cinco mil, quinhentos e sessenta e cinco) municípios. Segundo o IBGE a cidade de São Paulo possuía, já em 2007, 10.886.518 (dez milhões, oitocentos e oitenta e seis mil, quinhentos e dezoito) de habitantes. Há 10.000 (dez mil) anos atrás havia cerca de 1.000.000 (um milhão) de homens e mulheres espalhados por toda a Terra. Hoje somos, aproximadamente, 6.000.000.000 (seis bilhões) de pessoas. A previsão é que existirão 9.000.000.000 (nove bilhões) de pessoas em 2025. Na medida em que as cidades crescem, a qualidade de vida do homem decai. Nos primórdios, o homem passou a viver em cidades a fim de obter mais conforto em sua existência, quando percebeu que vivendo em grupos estruturados não estaria mais a mercê das intempéries da natureza. No entanto, as cidades da atualidade não oferecem ao homem proteção, abrigo ou sustento. A esmagadora maioria das cidades oferecem a seus cidadãos, uma excessiva dosagem de perigo, sofrimento e privações. Na busca da solução para questões tão complexas, o Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), que regulamenta o capítulo a política urbana da Constituição Federal (CF, arts. 182 e 183), elenca as diretrizes e os instrumentos adequados ao pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, que buscam proporcionar a seus habitantes o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (CF, art. 5º caput), direitos cuja relevância impõe uma proteção jurídica efetiva, somente alcançável, muitas vezes, por meio das chamadas tutelas de urgência, atualmente postas à disposição do aplicador do direito a fim de garantir a realização do escopo máximo do processo e da jurisdição, qual seja, a pacificação social.

O presente trabalho busca demonstrar a possibilidade de utilização dos instrumentos elencados no Estatuto da Cidade, na solução de diversas lides que envolvem questões de alta complexidade decorrentes da ocupação desordenada do solo urbano em todo o território nacional.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 – O Desenvolvimento Urbano na Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Cidade.....	13
2 – Diretrizes gerais no Estatuto da Cidade para a concretização da função social da cidade.....	16
3 – Instrumentos do Estatuto da Cidade para a concretização da função social da cidade.....	21
3.1 – O Plano Diretor	22
3.2 – A Gestão Democrática das Cidades.....	26
3.3 – Parcelamento, Utilização ou Edificação Compulsórios.....	28
3.3 – Imposto Predial Territorial Urbano Progressivo	29
3.5 – Consórcio Imobiliário	29
3.6 – Usucapião Especial de Imóvel Urbano	30
3.7 – Usucapião Especial Coletiva de Imóvel Urbano	30
3.8 – Concessão de Uso para Fins de Moradia.....	31
3.9 – Parcelamento, Utilização ou Edificação Compulsórios.....	28
4 – Da participação do Poder Judiciário na aplicação do Estatuto da Cidade	34
4.1 – Da necessidade de controle jurisdicional de políticas públicas para aplicação do Estatuto da Cidade	40
4.2 - Da jurisprudência sobre a aplicação do Estatuto da Cidade	50
4.2.1 - Da jurisprudência sobre a elaboração do Plano Diretor	50
4.2.2 - Da jurisprudência sobre a proteção ao direito à moradia	53
4.2.3 - Das tutelas de urgência para aplicação do Estatuto da Cidade....	62
CONCLUSÃO.....	77

INTRODUÇÃO

O tema escolhido trata da aplicação jurídica dos institutos do Estatuto da Cidade, Lei 10.257/01, que regulamenta o capítulo da Política Urbana na Constituição Federal (CF, TÍTULO VII, Capítulo II, arts. 182 a 183).

A escolha de tal tema se deu não apenas em face da relevância que possui, como também, pela inovação que representa, como uma das mais importantes normas jurídicas voltadas à concretização da função social da cidade, função esta que visa proporcionar a seus habitantes a proteção a direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, tais como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Em suma, as diretrizes e os instrumentos jurídicos elencados no Estatuto da Cidade visam garantir aos habitantes das cidades brasileiras a realização do princípio que norteia toda a ordem constitucional, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

O tema da efetiva aplicação do Estatuto da Cidade é dotado de intrínseca relevância jurídica, política, social, acadêmica e científica, tendo em vista que se trata de instrumento voltado à imprescindível defesa da qualidade de vida de toda a sociedade e de cada cidadão em particular.

No contexto atual, a ocupação desordenada das cidades enseja problemas de proporções gigantescas.

Tomando como referencial o tamanho a que podem chegar as cidades na atualidade, nota-se a dimensão dos danos que a sua ocupação desordenada pode causar à própria cidade, ao meio ambiente em todos os seus diversos aspectos, e sobretudo à população.

O Estatuto da Cidade, Lei 10.257/01, tem a importantíssima missão de regulamentar o capítulo da Política Urbana na Constituição Federal (CF, TÍTULO VII, Capítulo II, arts. 182 a 183) e, ao longo de seu texto, define as diretrizes e os instrumentos para a construção de cidades sustentáveis, imprescindíveis ao

desenvolvimento nacional em inúmeros aspectos.

A aplicação de institutos como a usucapião especial de imóvel urbano, do IPTU progressivo, o Direito de Superfície, da Gestão Democrática da Cidade, as Operações Urbanas Consorciadas e tantos outros instrumentos previstos no Estatuto da Cidade contribui, de forma direta, para a solução de problemas com os quais convivemos diariamente, nos mais diversos setores da sociedade, tais como, a violência gerada pela falta de perspectiva da população e o problema criado na área da saúde, em razão da ausência de saneamento básico em ocupações irregulares em grande parte das cidades brasileiras.

O presente trabalho pretende ater-se aos aspectos sócio-jurídicos do tema, com enfoque para a sua abordagem pela legislação, doutrina e jurisprudência pátrias, especialmente no que se refere ao direito constitucional, civil, ambiental, urbanístico, administrativo e processual civil.

No campo do Direito Processual Civil, o trabalho está focado na atuação do Poder Judiciário na aplicação do Estatuto da Cidade, diante da relevância das questões que surgem diariamente em processos cuja solução mais eficaz passa pela aplicação efetiva da norma.

A necessidade de atuação efetiva do Poder Judiciário é ainda mais perceptível quando se coloca o tema sob a ótica do direito ambiental, no qual a impera o princípio da prevenção, segundo o qual o dano ambiental deve ser evitado antes de sua consecução, lembrando que o meio ambiente artificial é objeto de proteção direta pelo Estatuto da Cidade:

Art. 1º Na execução da política urbana, de que tratam os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, será aplicado o previsto nesta Lei.

Parágrafo único. Para todos os efeitos, esta Lei, denominada Estatuto da Cidade, estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental.

A escolha do tema da “Atuação do Poder Judiciário na aplicação do

Estatuto da Cidade” como projeto final da Pós-Graduação em Processo Civil está ligada, ainda, ao sentimento de coletividade que lhe é inerente, e que contagia qualquer estudioso que se dispõe a aprofundar-se nos temas que envolvem o direito ambiental e urbanístico, tendo em vista que de qualquer ângulo que se observe, a proteção ao meio ambiente natural e artificial é um direito e também um dever de todos, e de cada indivíduo especificamente, conforme expressamente colocado no texto constitucional (CF 225).

Assim, o simples estudo da matéria é capaz de incutir em qualquer operador do direito, a sensação de estar contribuindo, de alguma forma, para a evolução da sociedade.

No dizer de Thiago Cássio Araújo:

O jurista português José Joaquim Gomes Canotilho afirma que na construção de um Estado Ambiental de Direito surge uma ‘juridicidade ambiental’ nos Estados nacionais, cujas dimensões essenciais podem-se resumir da seguinte forma:

- a) Dimensão garantístico-defensiva, no sentido de direito de defesa contra ingerências ou intervenções do Estado e demais poderes públicos;
 - b) Dimensão positivo-prestacional, pois cumpre ao Estado e a todas as entidades públicas assegurar a organização, procedimento e processos de realização do direito ao ambiente;
 - c) Dimensão jurídica irradiante para todo o ordenamento, vinculando as entidades privadas ao respeito do direito dos particulares ao ambiente;
 - d) Dimensão jurídico-participativa, impondo e permitindo aos cidadãos e à sociedade civil o dever de defender os bens e direito ambientais.
- (CANOTILHO, Direito constitucional ambiental português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português, In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). Direito constitucional ambiental brasileiro, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1-11.

A importância da ‘dimensão jurídico-participativa’ está em que não basta a implantação de um Estado Ambiental de Direito. É preciso que haja a construção de um Estado Ambiental Democrático de Direito. Isso porque, na medida em que o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado é um direito de todo ser humano, constituindo-se em direito de terceira geração, resta óbvio que é também um dever de todos. Ou seja, o direito ao ambiente é holístico, só pode ser percebido por inteiro, simultaneamente como direito e como dever, como recebimento e como participação. Por isso, o direito ao ambiente é direito solidário, e não basta que a ordem jurídica venha a conceber as mais diferentes maneiras de preservação e conservação ambiental, se não puder dispor da colaboração e da participação de cada ser humano no âmbito de seus respectivos países. Colaboração, para que cada pessoa consiga poluir cada vez menos, e, quando possível, sequer poluir; participação, para que cada pessoa possa sugerir e cobrar medidas e assim ajudar a

melhorar os sistemas públicos de tutela ambiental.

Deveras, o sucesso do desenvolvimento sustentável só será possível dentro de uma 'democracia ambiental'. Por isso é que a ordem internacional vem incentivando a participação dos indivíduos em prol do meio ambiente, de maneira a consolidar, nos Estados nacionais, a dimensão jurídico-participativa do Estado Ambiental de Direito.¹

A escolha do tema busca colaborar para a construção do chamado Estado Ambiental de Direito, especificamente em sua dimensão jurídico-participativa, na medida em que visa realizar um estudo da necessidade de controle jurisdicional de políticas públicas relacionadas ao Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01), com vistas à efetiva utilização de suas diretrizes e instrumentos para a garantia do direito constitucional à função social da cidade e da propriedade (CF 182).

Para tanto, o presente trabalho apresenta uma breve noção das diretrizes e dos mais importantes instrumentos dispostos no Estatuto da Cidade, a fim de familiarizar o leitor com a matéria, mediante uma exposição sucinta sobre os aspectos mais relevantes da norma.

A partir de então, o trabalho volta-se à pesquisa doutrinária e jurisprudencial sobre a aplicação judicial das normas elencadas no Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01), elevadas à categoria normas de ordem pública, aplicáveis de ofício, conforme determina o seu art. 1º, parágrafo único, diante da sua relevância e urgência para a concretização da nova ordem constitucional relativa ao desenvolvimento urbano nacional.

¹ ARAÚJO Thiago Cássio, *Tridimensionalidade principiológica da democracia ambiental*, p. 84/85

1. O DESENVOLVIMENTO URBANO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O ESTATUTO DA CIDADE

O art. 182 da Constituição da República de 1988 dispõe expressamente que:

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.

(...)

§ 2º A propriedade urbana cumpre a sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade, expressas no plano diretor.

A Lei 10.257/2001, denominada em seu art. 1º como o “Estatuto da Cidade”, tem a missão de regulamentar capítulo da Política Urbana na Constituição Federal (CF, TÍTULO VII, Capítulo II, arts. 182 a 183), a fim de garantir o pleno desenvolvimento da função social da cidade, mediante a garantia de um piso vital mínimo de direitos fundamentais e sociais elencados nos artigos 5º e 6º da Constituição Federal. Segundo Celso Antônio Pacheco Fiorillo:

A política urbana descrita no art. 2º do Estatuto da Cidade, que procura exatamente estabelecer diretrizes gerais, tem como um de seus objetivos ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade fixadas por determinação constitucional (art. 182 da CF), ou seja, a política urbana descrita na Lei 10.257/2001 estabelece como objetivo o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade. A plenitude apontada pela norma, como já tivermos oportunidade de afirmar, encontra-se satisfeita quando do efetivo respeito aos preceitos trazidos pelos arts. 5º e 6º da CF, agora detalhados pelo Estatuto da Cidade. Isso significa dizer que a função social da cidade é cumprida quando esta proporciona a seus habitantes o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (CF, art. 5º, caput), bem como quando garante a todos um piso vital mínimo, compreendido pelos direitos sociais à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados, direitos materiais constitucionais fixados no art. 6º da CF.²

² FIORILLO Celso Antônio Pacheco, *Estatuto da Cidade Comentado*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 39

Sobre a natureza jurídica e a importância do Estatuto da Cidade para o direito brasileiro, discorre João Eduardo Lopes Queiroz:

O Urbanismo e o Direito Urbanístico Brasileiro se ressentiam de um instrumento legislativo que coordenasse, de uma forma mais coesa, a disciplina urbanística.

Várias leis diretamente ligadas ao Direito Urbanístico surgiram, entretanto, não havia uma lei que apontasse diretrizes para implementação das políticas urbanas de uma forma globalizada e que impusesse a todos o espírito de responsabilidade social no meio ambiente urbano.

(...)

3.1 O Estatuto da Cidade como norma constitucional de eficácia jurídica limitada

Antes de adentrar na análise sistemática do Estatuto da Cidade, é importante esclarecer alguns aspectos necessários para o entendimento da matéria, que mesmo óbvios para os juristas, podem ser inéditos para arquitetos, urbanistas, administradores públicos, ambientalistas, engenheiros e outros.

Segundo a melhor doutrina, há três tipos de Normas Constitucionais: a) Normas Constitucionais de Eficácia Jurídica Plena, em que todos os elementos necessários à sua imediata aplicação estão presentes; b) Normas Constitucionais de Eficácia Jurídica Contida/Restringível/Redutível, que tem todos os elementos necessários para a sua aplicação, porém seu alcance pode ser reduzido por lei; c) Normas Constitucionais de Eficácia Jurídica Limitada, que depende de lei para sua aplicação.

O fato é que a Norma Constitucional de Eficácia Jurídica Limitada, pode ser tanto uma Norma de Princípio Institutivo (que são aquelas que dependem de lei para dar corpo às instituições, órgãos previstos, como é o caso, do artigo 98, inciso I, que previa a possibilidade de instituição do Juizado Especial de Pequenas Causas, que veio a ser criado em 1995 pela Lei nº 9.099), como uma Norma de Princípio Programático (que estabelece um programa constitucional a ser desenvolvido através de lei). O Estatuto da Cidade se enquadra nessa última hipótese. É uma Norma Constitucional de Eficácia Jurídica Limitada a edição de uma lei para que seja executável. Com a Lei nº 10.257 há hoje aplicação dos instrumentos previstos no artigo 182 da Constituição, do qual o Estatuto se respalda. O artigo 183, que trata de usucapião especial, é uma Norma Constitucional de Eficácia Jurídica Plena, não precisava do Estatuto da Cidade para ser aplicável; entretanto, o Estatuto da Cidade o recebe também.³

³ QUEIROZ, João Eduardo Lopes. Principais Aspectos Históricos, Sociológicos e Jurídicos da Lei nº 10.257, de 10 de Julho de 2001. Direito Constitucional das Cidades. Quatro Anos de Existência do Estatuto da Cidade: Houve Mudanças? *Biblioteca Digital Fórum de Direito Urbano e Ambiental - FDU*, Belo Horizonte, ano 4, n. 23, set./out. 2005. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=31783>>. Acesso em: 31 outubro 2010

Na lição de Sylvio Toshio Mukai:

A política urbana, como destaque pela primeira vez em um texto constitucional (artigos 182 e 183), foi definida pela introdução no mundo jurídico da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001.

As primeiras discussões sobre o Estatuto da Cidade surgiram com o projeto, pioneiro na matéria, de Raul Ferraz, que tinha como objetivo primordial a regulamentação dos artigos 182 e 183 da Constituição Federal de 1988. A esse projeto somaram-se, outros que foram aproveitados para a elaboração do último substitutivo no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados. Ao final, dezessete projetos de lei contribuíram para o surgimento do referido Estatuto da Cidade, sendo o último da lavra do Senador Pompeu de Souza, que recebeu no Senado Federal a numeração 181, de 1989, e no Congresso Nacional foi enumerado como Projeto de Lei nº 5.788, de 1990.

O Estatuto da Cidade teve um trâmite longo na Casa das Leis, demorando cerca de 11 anos para deixar de ser um projeto, para tornar-se mandamento legal. Foi fruto de intensas discussões que o tema demanda, já que a implementação de uma Política Urbana no Brasil geralmente tem se chocado com os interesses dos poderosos.

A Política Urbana prevista no mencionado diploma legal visa a contemplar os habitantes de núcleos urbanos no Brasil com vários direitos, que, no entanto, até o presente momento são meras expectativas de direito. Dentre esses direitos podemos arrolar: o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, aos serviços públicos, ao transporte, ao lazer e ao trabalho. A garantia de tais direitos se dá por meio de instrumentos previstos no referido diploma legal.

É importante salientar que um elemento novo introduzido pelo Estatuto da Cidade é o referente à melhor caracterização do que seja função social da propriedade urbana, o que, altera fundamentalmente a questão fundiária nos meios urbanos.⁴

O Estatuto da Cidade exerce, portanto, um importantíssimo papel na evolução social brasileira, na medida em que estabelece uma necessária e urgente sistematização do Direito Urbanístico, ramo fundamental do Direito Público, cuja aplicação tem sido inócua em nosso país, apesar da sua importância fundamental para o desenvolvimento harmônico e integrado das Nações na atualidade.

⁴ MUKAI, Sylvio Toshio. *Constitucionalidade da Concessão Especial para Fins de Moradia*. Biblioteca Digital Fórum de Direito Urbano e Ambiental - FDU, Belo Horizonte, ano 3, n.13, jan./fev.2004. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=11129>>. Acesso em: 10 novembro 2010.

2. DIRETRIZES GERAIS NO ESTATUTO DA CIDADE PARA A CONCRETIZAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA CIDADE

Para a consecução do seu objetivo, qual seja, ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, o Estatuto da Cidade traça, primeiramente, as diretrizes gerais da política urbana no Brasil, *verbis*:

Art. 2o A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;

II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;

III – cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social;

IV – planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente;

V – oferta de equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos adequados aos interesses e necessidades da população e às características locais;

VI – ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar:

a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos;

b) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes;

c) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infra-estrutura urbana;

d) a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como pólos geradores de tráfego, sem a previsão da infra-estrutura correspondente;

e) a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização;

f) a deterioração das áreas urbanizadas;

g) a poluição e a degradação ambiental;

VII – integração e complementaridade entre as atividades urbanas e rurais, tendo em vista o desenvolvimento socioeconômico do Município e do território sob sua área de influência;

VIII – adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do Município e do território sob sua área de influência;

IX – justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização;

X – adequação dos instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano, de modo a privilegiar os investimentos geradores de bem-estar geral e a fruição dos bens pelos diferentes segmentos sociais;

XI – recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos;

XII – proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico;

XIII – audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população;

XIV – regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais;

XV – simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias, com vistas a permitir a redução dos custos e o aumento da oferta dos lotes e unidades habitacionais;

XVI – isonomia de condições para os agentes públicos e privados na promoção de empreendimentos e atividades relativos ao processo de urbanização, atendido o interesse social.

Diante da complexidade da análise de cada diretriz fixada pelo Estatuto da Cidade para a consecução do pleno desenvolvimento da função social das cidades brasileiras, o presente trabalho limitar-se-á a comentar duas de suas principais diretrizes, expressas nos incisos I e II do art. 2º, acima transcrito, quais sejam, “o direito às cidades sustentáveis” e a “gestão democrática das cidades”.

2.1 Do direito às cidades sustentáveis

O Estatuto da Cidade fixa como diretriz primordial para a concretização da função social das cidades o direito às cidades sustentáveis, onde é garantido a todos os seus habitantes direitos fundamentais e sociais, tais como o direito à moradia, ao saneamento ambiental, à Infra-estrutura Urbana, ao transporte urbano, aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer.

Consoante João Eduardo Lopes Queiroz:

O inciso I fala em direito a cidades sustentáveis. O próprio artigo explica que a cidade só será sustentável quando alguns direitos previstos nesse artigo forem alcançados. Vejamos quais são esses direitos:

O Direito à Terra Urbana, no sentido de que todo cidadão que não tenha moradia, tenha direito a um espaço onde possa construir para morar.

Direito à Moradia. Nelson Saule Júnior sustenta que o direito à moradia integra a categoria dos direitos econômicos, sociais e culturais, alertando, entretanto, que para que esse direito tenha a eficácia jurídico-social desejável é necessário que o Estado execute políticas públicas de caráter urbano-habitacional. O precitado jurista ainda sustenta que "O Estado brasileiro no que diz respeito à política habitacional tem a obrigação de instituir organismos, constituir uma legislação, programas, planos de ação e instrumentos de modo a garantir esse direito para os seus cidadãos. Cabe esclarecer que essa obrigação não significa que o Estado brasileiro deve prover uma moradia (uma casa) para cada cidadão."

Nesse mesmo sentido, o professor José Afonso da Silva explica que o direito à moradia significa, em primeiro lugar, não ser privado arbitrariamente de uma habitação e de conseguir uma e, por outro lado, significa o direito de obter uma, o que exige medidas e prestações estatais adequadas à sua efetivação, que são os tais programas habitacionais de que fala o art. 23, IX, da Constituição, pois é um direito que "não terá um mínimo de garantia se as pessoas não tiverem possibilidade de conseguir habitação própria ou de obter por arrendamento em condições compatíveis com os rendimentos família" anotam Canotilho e Vital Moreira [...].

Portanto, o Estado, para se desincumbir do ônus de efetivar o direito à moradia, deve, necessariamente, efetivar políticas públicas consistentes em regulamentação positiva dos institutos de política habitacional, tais como: regulamentar o uso da propriedade imobiliária, estabelecendo requisitos para que ela cumpra sua função social, o que já foi feito pelo Estatuto da Cidade ao instituir o IPTU Progressivo. Todavia, a garantia da função social da propriedade já era resguardada através da Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1962, que já estabelecia a possibilidade de desapropriação por interesse social que visasse promover a distribuição justa da propriedade ou condicionar o seu uso ao bem estar social.

Direito a Saneamento Ambiental. Sanear é "preparar um edifício para que reúna condições de salubridade". Saneamento é o "sistema de evacuação e tratamento dos resíduos urbanos e industriais". Saneamento ainda pode ser definido como: "Realização de disposições municipais direcionadas à renovação de bairros, melhoria do traçado das ruas, colocação de esgotos e água encanada, drenagem de pântanos, limpeza de rios e valas, etc.; saneamento básico".

A Constituição Federal, em seu artigo 21, XX, atribui à União a competência para instituição de diretrizes para obtenção de resultados satisfatórios no saneamento básico. Saneamento Básico, em um sentido amplo, engloba: a) abastecimento de água às populações; b) esgotamento sanitário; c) resíduos sólidos; d) drenagem; e) saúde e saneamento ambiental.

Direito à Infra-estrutura Urbana. Infra-estrutura urbana são todas as obras necessárias ao pleno desenvolvimento dos serviços e atividades nas cidades, tais como: pavimentação asfáltica, rede de esgoto, fornecimento

de energia elétrica e outros.

Direito ao Transporte Urbano. Em 2002, a Presidência da República, através da sua Secretaria Especial de Desenvolvimento Urbano, desenvolveu um programa intitulado "Política Nacional para o Transporte Urbano". As diretrizes gerais desse programa previam: a) a melhoria da qualidade do transporte coletivo urbano; b) a redução dos Impactos Negativos (sociais, econômicos e ambientais) das viagens urbanas; c) a modernização das Relações Institucionais; d) modernização tecnológica e gerencial.

Direito aos Serviços Públicos. Os serviços públicos aqui mencionados devem ser entendidos como aqueles serviços públicos sociais e econômicos, entendidos como a educação e a saúde (sociais) e os serviços de comunicações (telecomunicações, postais, difusão - televisão e radiodifusão), abastecimento (energia elétrica, água e gás) e transporte de quaisquer espécies.

Direito ao Trabalho. No sentido de procurar diminuir o desemprego nas cidades. São Paulo, a maior cidade do Brasil, atinge índices de 18% de desempregados, quadro esse que, se não se procurar efetivar políticas que visem o combate desse problema, ele pode ser agravado cada vez mais. Uma das alternativas é promover o treinamento desse pessoal, uma vez que, uma das grandes causas do desemprego é a incapacidade dessas pessoas para realização dos serviços oferecidos.

Direito ao Lazer. O lazer pode ser classificado em cultural, recreativo e esportivo.

As cidades devem procurar oferecer aos seus cidadãos essas três espécies de lazer para que cumpram a sua função social. Ademais, o lazer tem um aspecto econômico, pois gera empregos e circulação de riquezas, amparando diretamente outro direito: o direito ao trabalho.⁵

Note-se que a concepção da cidade sustentável está intimamente relacionada à efetiva concretização do princípio da função social da cidade e da propriedade, bem como à garantia dos direitos sociais elencados no texto constitucional (CF 6º).

Sobre o tema, a doutrina de Sylvio Toshio Mukai:

1.4 Direitos sociais

Durante boa parte da história humana não havia cidadãos, mas súditos, o que implicava em que apenas o soberano, ou uma pequena camada da população, tinha direitos. Essa situação agravou-se com o surgimento dos Estados Nacionais, e, conseqüentemente, com o fim do período feudal, pois com o fim das limitações impostas ao soberano pelo regime

⁵ QUEIROZ, João Eduardo Lopes. Principais Aspectos Históricos, Sociológicos e Jurídicos da Lei nº 10.257, de 10 de Julho de 2001. Direito Constitucional das Cidades. Quatro Anos de Existência do Estatuto da Cidade: Houve Mudanças? *Biblioteca Digital Fórum de Direito Urbano e Ambiental - FDUA*, Belo Horizonte, ano 4, n. 23, set./out. 2005. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=31783>>. Acesso em: 31 outubro 2010

feudal este se viu livre para exercer o poder de forma absoluta.

Com o advento do Iluminismo, e, posteriormente, com as Revoluções Americana e Francesa, buscou-se limitar o poder do Estado, garantindo assim a observância dos direitos individuais, tais como: liberdade de pensamento, religião, locomoção, associação, etc. Com estes direitos, nascidos da limitação do poder estatal, tem-se a primeira geração dos direitos.

Ocorre que, com o advento de outra revolução de cunho econômico (a Revolução Industrial) as demandas da população para com o Estado cresceram. Não bastava mais a mera inação estatal, preservando os direitos individuais; fazia-se necessária uma atuação efetiva do Estado para garantir a todos uma vida digna. Surge assim a segunda geração dos direitos: os direitos sociais. Sendo estes: o direito a educação, a saúde, ao trabalho digno, a aposentadoria, a moradia, etc.

A terceira geração dos direitos surge após a Segunda Guerra Mundial, e estão intimamente ligados aos chamados direitos difusos, tais como: ao meio ambiente (artigo 225 da Constituição Federal), o direito do consumidor e o direito da comunicação social (artigo 220).

O objeto do presente estudo impõe a análise dos direitos sociais, ou seja, da segunda geração dos direitos. Neste caso, ressalte-se a conceituação dos referidos direitos, tal como lecionada por José Afonso da Silva:

Assim, podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.

Observa-se que os direitos sociais impõem ao Estado uma ação direta ou indireta para o efetivo exercício dos referidos direitos, ao contrário dos direitos individuais, os quais, para o seu pleno exercício pelo cidadão, demandam do Estado que este não crie obstáculos para tal exercício.

Um ponto a ser observado é que os direitos sociais estão umbilicalmente ligados à idéia de dignidade da pessoa humana, pois somente o exercício destes direitos garante a todos uma vida digna. Assim, para que se garanta uma vida com dignidade para todos, o Estado deve prover o atendimento dos direitos sociais, dentre os quais se destaca o direito à moradia.⁶

Depreende-se, pois, que a concretização das diretrizes impostas pelo Estatuto da Cidade, para a realização dos objetivos constitucionais da política urbana nacional, exige uma atuação realmente efetiva do Poder Público, em todas as suas esferas, inclusive do Poder Judiciário, para a garantia dos direitos sociais consagrados no texto constitucional, que visam, em última análise à defesa do

⁶ MUKAI, Sylvio Toshiro. *Constitucionalidade da Concessão Especial para Fins de Moradia*. Biblioteca Digital Fórum de Direito Urbano e Ambiental - FDU, Belo Horizonte, ano 3, n.13, jan./fev.2004. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=11129>>. Acesso em: 10 novembro 2010

postulado maior da ordem constitucional brasileira, qual seja, a Dignidade da Pessoa Humana.

2.2 Da Gestão Democrática da Cidade

O Estatuto da Cidade traz, ainda, como segunda diretriz básica para a realização da função social da cidade, a gestão democrática, que consagra o princípio da participação popular na gestão das cidades.

Segundo João Telmo de Oliveira Filho:

A redação do inciso II, do artigo 2º, insere a participação popular como diretriz dentro de um sistema de gestão democrática proposto. Destarte, os conceitos jurídicos e políticos de gestão democrática e de participação popular são distintos, embora complementares. O princípio democrático da Constituição brasileira está inserido no artigo 1º, parágrafo único, e acolhe os postulados da democracia representativa e participativa. Em que pese o sistema representativo ser o elemento nuclear do conceito de democracia – expressão do princípio da maioria – a Constituição Federal do Brasil, através de seu artigo 1º ("todo o poder emana do povo, que exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição"), acabou por estabelecer a compatibilidade entre democracia representativa e democracia participativa, de forma que estas não se excluem ou concorrem, mas se complementam.

A democracia participativa tem como premissa o interesse básico dos indivíduos na auto-determinação política e concebe a formação de vontade política de baixo para cima, num processo de estrutura com a participação de todos os cidadãos. O princípio político da participação, que inclui as modalidades legislativas e judiciais, está diretamente referido à legitimidade das instituições democráticas, de modo que a participação nas decisões administrativas tende a aproximar o administrado de todas as discussões e decisões em que seus interesses estejam diretamente envolvidos.

Assim, temos entre as diretrizes gerais, a gestão democrática, e especialmente, a participação popular, como fundamento jurídico normativo que deve ser considerado pelo legislador e observado pelo administrador.

O Estatuto da Cidade contempla a expressão "participação popular" em vários momentos: No artigo 2º, nos seguintes incisos: "II - gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas..."; "XIII – audiência do Poder Público municipal e da população interessada...". No artigo 4º, inciso III, nos instrumentos da política urbana, quando trata do planejamento municipal, "f) gestão orçamentária participativa", em relação aos institutos jurídicos e políticos, "s) "referendo popular e plebiscito". No parágrafo 3º, propõe que os recursos devem ser objeto de controle social, garantida a participação da população no controle orçamentário.

Tratando especificamente dos instrumentos da política urbana, entendemos incluir-se o Estudo de Impacto de Vizinhança – EIV, como instrumento de participação, uma vez que deverá ser dado publicidade de seu teor e questionado pela população residente, podendo obstar a instalação de equipamentos que causem impacto negativo.

Também em relação ao Plano Diretor, no processo de sua elaboração e na fiscalização da sua implementação, o texto da lei prevê a promoção obrigatória de audiências públicas e debates, a publicidade e o acesso aos interessados (art. 40, § 4º) [6].

O ponto mais importante a referir em relação ao princípio da participação é em relação a gestão orçamentária participativa [7], como integrante do planejamento e gestão das cidades. O artigo 44 do Estatuto dispõe que a gestão orçamentária participativa incluirá obrigatoriamente a realização de debates, audiências e consultas públicas sobre o plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e o orçamento anual, ou seja, em todo processo de discussão orçamentária, como condição obrigatória para a sua aprovação pela Câmara Municipal [8]. Verifica-se, assim, que estas disposições configuram-se em avanços legislativos para a efetivação do princípio da participação popular.⁷

Após essa breve explanação sobre as diretrizes fixadas pelo Estatuto da Cidade para a concretização do princípio constitucional da função social da cidade e da propriedade, objeto maior da política urbana instituída pela Constituição Federal de 1988, faz-se necessária uma análise, ainda que sucinta, dos instrumentos elencados no Estatuto com vistas à concretização de suas diretrizes.

⁷ OLIVEIRA FILHO, João Telmo de. *O Estatuto da Cidade: fundamentos e principais instrumentos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 347, 19 jun. 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5370>>. Acesso em: 29 out. 2010.

3. INSTRUMENTOS DO ESTATUTO DA CIDADE PARA A CONCRETIZAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA CIDADE

O Capítulo II do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01) traz o elenco dos novos instrumentos da política urbana nacional.

Tais instrumentos pretendem munir a sociedade de meios eficazes para garantir o pleno desenvolvimento urbano, visando, especialmente, o combate à especulação imobiliária; a atribuição de poderes efetivos aos administradores para a solução dos problemas dos municípios, mediante a criação de instrumentos de planejamento, técnicos e jurídicos adequados; e a gestão democrática da cidade, que tem a função de colocar os administradores públicos, bem como o poder que a eles foi concedido pelo Estatuto da Cidade, nas mãos da comunidade, que tem a palavra final na escolha dos instrumentos a serem aplicados em cada localidade.

O art. 4º do ECid, em seus incisos I, II e III, trata do planejamento urbano, nacional, regional, e municipal das cidades. Planejar é o princípio básico da atividade estatal urbanística e ambiental. Dentre os instrumentos técnicos elencados, destaca-se, nessa fase preliminar, a elaboração do plano diretor, que se fará sempre com a participação da sociedade civil, e o zoneamento da cidade, definindo as áreas onde serão aplicados outros institutos previstos no Estatuto.

No inciso IV, estão previstos os instrumentos tributários e financeiros, como o Imposto Predial Territorial Urbano que deve ser progressivo no tempo para imóveis que não cumpram corretamente sua função social (art. 7º).

Já o inciso V, do mesmo artigo, enumera os institutos jurídicos e políticos a serem utilizados no aproveitamento e recuperação das áreas definidas no plano diretor, sempre deixando clara a importância da participação popular, prevendo, para assegurá-la, inclusive, a garantia de assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades e grupos sociais menos favorecidos, o referendo popular e o plebiscito, dispendo, ainda, sobre o controle social dos recursos eventualmente despendidos pelo poder público na execução dos instrumentos previstos.

Assim como ocorre com as diretrizes da política urbana, inviável, no presente trabalho, a análise de cada um dos instrumentos elencados no Estatuto da Cidade, diante da imensa gama de institutos previstos, motivo pelo qual, passa-se a discorrer especificamente, apenas, sobre aqueles mais relevantes para o alcance da norma, deixando ao leitor a tarefa de aprofundar-se no tema através da leitura integral do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01).

3.1 O Plano Diretor

O plano diretor é o primeiro instrumento de planejamento municipal citado pelo Estatuto da Cidade, já no art. 4º, III, “a”. Os artigos 39 a 42 tratam especificamente da sua elaboração, que deve ser dar no prazo fixado no art. 50 do Estatuto, *verbis*:

Art. 39. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2o desta Lei.

Art. 40. O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.

§ 1o O plano diretor é parte integrante do processo de planejamento municipal, devendo o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual incorporar as diretrizes e as prioridades nele contidas.

§ 2o O plano diretor deverá englobar o território do Município como um todo.

§ 3o A lei que instituir o plano diretor deverá ser revista, pelo menos, a cada dez anos.

§ 4o No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão:

I – a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade;

II – a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos;

III – o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos.

§ 5o (VETADO)

Art. 41. O plano diretor é obrigatório para cidades:

- I – com mais de vinte mil habitantes;
- II – integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas;
- III – onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no § 4º do art. 182 da Constituição Federal;
- IV – integrantes de áreas de especial interesse turístico;
- V – inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional.

§ 1º No caso da realização de empreendimentos ou atividades enquadrados no inciso V do caput, os recursos técnicos e financeiros para a elaboração do plano diretor estarão inseridos entre as medidas de compensação adotadas.

§ 2º No caso de cidades com mais de quinhentos mil habitantes, deverá ser elaborado um plano de transporte urbano integrado, compatível com o plano diretor ou nele inserido.

Art. 42. O plano diretor deverá conter no mínimo:

- I – a delimitação das áreas urbanas onde poderá ser aplicado o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, considerando a existência de infra-estrutura e de demanda para utilização, na forma do art. 5º desta Lei;
- II – disposições requeridas pelos arts. 25, 28, 29, 32 e 35 desta Lei;
- III – sistema de acompanhamento e controle.

Art. 50. Os Municípios que estejam enquadrados na obrigação prevista nos incisos I e II do caput do art. 41 desta Lei e que não tenham plano diretor aprovado na data de entrada em vigor desta Lei deverão aprová-lo até 30 de junho de 2008. (Redação dada pela Lei nº 11.673, 2008)

Art. 52. Sem prejuízo da punição de outros agentes públicos envolvidos e da aplicação de outras sanções cabíveis, o Prefeito incorre em improbidade administrativa, nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, quando:

- I – (VETADO)
- II – deixar de proceder, no prazo de cinco anos, o adequado aproveitamento do imóvel incorporado ao patrimônio público, conforme o disposto no § 4º do art. 8º desta Lei;
- III – utilizar áreas obtidas por meio do direito de preempção em desacordo com o disposto no art. 26 desta Lei;
- IV – aplicar os recursos auferidos com a outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso em desacordo com o previsto no art. 31 desta Lei;
- V – aplicar os recursos auferidos com operações consorciadas em desacordo com o previsto no § 1º do art. 33 desta Lei;
- VI – impedir ou deixar de garantir os requisitos contidos nos incisos I a III do § 4º do art. 40 desta Lei;
- VII – deixar de tomar as providências necessárias para garantir a observância do disposto no § 3º do art. 40 e no art. 50 desta Lei;
- VIII – adquirir imóvel objeto de direito de preempção, nos termos dos arts. 25 a 27 desta Lei, pelo valor da proposta apresentada, se este for, comprovadamente, superior ao de mercado.

Da leitura dos artigos acima transcritos, pode-se concluir que o Plano Diretor é o instrumento básico, no qual deverão estar contidos todos os outros instrumentos aptos à concretização do princípio da função social da cidade e da propriedade, finalidade precípua do Estatuto da Cidade, bem como da política urbana nacional (CF 182).

Conforme lição de João Eduardo Lopes Queiroz:

O artigo 182, §1º, dispõe sobre a necessidade do plano diretor, que é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana, e que deverá ser aprovado pela Câmara Municipal. Conforme esse artigo, o plano diretor é obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes.

O Plano Diretor decorre diretamente de um princípio do Direito Urbanístico, o Princípio da Remissão ao Plano, em que as expectativas urbanísticas derivam diretamente do Planejamento Urbanístico.

Yara Darcy Police Monteiro adverte que:

O Plano Diretor não deve ser confundido com o tradicional plano urbanístico. Tem ele um objetivo mais amplo: o de interferir no processo de desenvolvimento local a partir de uma compreensão global dos fenômenos políticos, sociais, econômicos e financeiros que condicionam a evolução do município e contribuem para a ocupação desordenada do espaço urbano.

(...)

O Plano Diretor deve ser feito por lei complementar aprovada na Câmara Municipal e sancionada pelo Prefeito. O Plano Diretor visa garantir as necessidades do cidadão quanto à qualidade de vida, a justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas. É uma expressão formada por duas palavras: Plano e Diretor.

É plano na medida em que declara objetivos que devem ser atingidos em determinados períodos de tempo, bem como as atividades que deverão ser desenvolvidas e os responsáveis pela sua direção.

É diretor na medida em que fixa as diretrizes e os princípios de desenvolvimento urbano municipal.

O plano diretor nos termos do artigo 182, §1º da Constituição Federal, é obrigatório para as cidades que tenham mais de vinte mil habitantes.

Adverte-se, todavia, que no Distrito Federal também há a obrigatoriedade do Plano Diretor, que nesse caso específico é feito pelo governador distrital.

Esse artigo 182, §1º, veio a ser disciplinado pelo artigo 41 da Lei nº 10.257/01 (Estatuto da Cidade), que em cinco incisos prevê a obrigatoriedade do plano para algumas situações.

(...)

Portanto, nessas hipóteses, o Plano Diretor, após o advento do Estatuto da Cidade, tornou-se obrigatório. Parte da doutrina chegou a afirmar descuidadamente que essa imposição violaria o pacto federativo, uma vez que nem todas estão previstas expressamente na Constituição Federal. Entretanto, de acordo com o artigo 24, I, da Constituição, há concorrência de competência entre União, Estados e Distrito Federal

para legislar sobre normas gerais de Direito Urbanístico, do que imediatamente se conclui que não há quebra do pacto federativo.

Como é uma lei, ele não poderá ser estabelecido por regulamento. O Plano Diretor, como qualquer lei, poderá ser revogado; entretanto, como ele é obrigatório por força do texto constitucional e por força infraconstitucional do Estatuto da Cidade, ele só poderá ser revogado por outra lei que institua outro Plano Diretor.

Ainda em relação à obrigatoriedade do Plano Diretor, o Estatuto da Cidade impõe que ele deve englobar todo o território do Município, o que abrange em nosso entender a zona rural, pois esta faz parte do Município, só não faz parte da Cidade.

Ressalta-se ainda, nos termos do artigo 40, §2º e §3º, que o plano diretor deve ser revisto a cada dez anos.⁸

Devido ao tamanho do território brasileiro, e à diversidade de sua cultura nas diferentes regiões do país, as cidades brasileiras apresentam enormes diferenças entre si.

Respeitadas as particularidades de cada Município do país, pode-se concluir que os seus Planos Diretores possuem, em comum, as seguintes características:

1 - O Plano Diretor tem por função estabelecer critérios para ver se a propriedade atende a sua função social;

2 - O Plano Diretor objetiva também estabelecer metas e diretrizes da política urbana e normas que condicionam o uso, gozo e disposição da propriedade;

3 - O Plano Diretor também deve estabelecer os critérios para utilização dos instrumentos criados pelo Estatuto da Cidade, tais como, outorga onerosa do direito de construir, operações urbanas consorciadas, parcelamento, utilização compulsória com aplicação do IPTU progressivo e outros institutos;

4 - O Plano Diretor, portanto, resulta num processo de planificação da Administração Municipal e Distrital que orientará toda a sua ação, do plano físico-territorial até a orçamentação dos gastos e despesas públicas municipais e distritais.⁹

Importante frisar, por fim, que o Plano Diretor deve respeitar as disposições da Lei de Parcelamento de Solo Urbano (Lei 6766/79), o Direito

⁸ QUEIROZ, João Eduardo Lopes. Principais Aspectos Históricos, Sociológicos e Jurídicos da Lei nº 10.257, de 10 de Julho de 2001. Direito Constitucional das Cidades. Quatro Anos de Existência do Estatuto da Cidade: Houve Mudanças? Biblioteca Digital Fórum de Direito Urbano e Ambiental - FDU, Belo Horizonte, ano 4, n. 23, set./out. 2005. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=31783>>. Acesso em: 31 outubro 2010.

⁹ *Id. ibid*

Constitucional de Propriedade, além de todas as regras contidas no Estatuto da Cidade.

3.2 A Gestão Democrática das Cidades

Um dos principais óbices existentes, na atualidade, à aplicação efetiva do Estatuto da Cidade é o seu desconhecimento pela sociedade em geral.

Certamente, nem a população, nem muitos dos operadores do direito têm a exata noção do poder colocado nas mãos da sociedade através do instituto da Gestão Democrática das Cidades, previsto no art. 2º, inciso II do Estatuto da Cidade.¹⁰

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;

II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;

A partir do Estatuto da Cidade, a realização de audiências públicas, com a efetiva participação da sociedade nas decisões tomadas pela administração pública, não são mera formalidade, mas sim uma importante diretriz da Política Urbana Nacional (ECid 2º, II).

Além de diretriz, a Gestão Democrática é um dos principais instrumentos da Política Urbana, consoante previsão contidas no art. 40, § 4º do Estatuto da Cidade, que estabelece a obrigatoriedade da realização de audiências públicas para aprovação do plano diretor de cada cidade brasileira.

Art. 40. O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.

¹⁰ BRASIL, Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. *Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências*

§ 1o (...)

§ 4o No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão:

I – a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade;

II – a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos;

III – o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos.

Já o art. 52 do Estatuto da Cidade, responsabiliza diretamente o Prefeito, bem como todos os demais agentes públicos envolvidos, pela ausência das audiências públicas na forma determinada pelo art. 40 § 4º do mesmo Estatuto.

Art. 52. Sem prejuízo da punição de outros agentes públicos envolvidos e da aplicação de outras sanções cabíveis, o Prefeito incorre em improbidade administrativa, nos termos da Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992, quando:

I – (...)

VI – impedir ou deixar de garantir os requisitos contidos nos incisos I a III do § 4o do art. 40 desta Lei;

A Gestão Democrática da Cidade coloca nas mãos da sociedade o poder de decidir, juntamente com os administradores públicos, sobre a orientação urbanística de cada cidade brasileira, obrigatoriamente definida no plano diretor municipal.

No entanto, nem os administradores, nem a população dão o devido valor ao instituto da gestão democrática. As audiências públicas ainda são tratadas como mera formalidade, sem a devida participação popular, seja pela falta de divulgação da sua realização, seja pela falta de informação sobre o seu real valor e alcance.

A Gestão Democrática da Cidade é um dos principais instrumentos colocados à disposição da sociedade, pelo Estatuto da Cidade, com vistas à concretização das cidades sustentáveis. No entanto, trata-se de instituto desconhecido pela própria sociedade a que visa proteger.

3.3 Parcelamento, Edificação ou Utilização Compulsórios

O art. 5º do ECid dispõe sobre o “Parcelamento, Edificação ou Utilização compulsórios”.

No combate à especulação imobiliária, este vem a ser um grande instrumento colocado à disposição do poder público e da sociedade. A prática especulativa faz com que imóveis localizados em áreas privilegiadas das cidades, dotadas de toda a infra-estrutura e equipamentos urbanos necessários à boa qualidade de vida do homem, permaneçam sem a devida utilização enquanto aguardam maior valorização imobiliária. São os chamados “terrenos de engorda”.

Os especuladores se utilizam da infra-estrutura da qual são dotados seus imóveis, valorizando-os. No entanto tal valorização imobiliária se dá as custas do poder público que é quem fornece toda uma gama de equipamentos urbanos necessários a uma boa qualidade de vida, pelo menos em determinadas áreas, que são por isso mesmo, mais valorizadas.

Enquanto isso, a população carente passa a viver cada vez mais longe dos centros urbanos, em precárias e muitas vezes desumanas condições, demorando horas para ir e voltar do trabalho, sem que o poder público consiga levar até tais áreas distantes, a mesma infra-estrutura.

Segundo o art. 5º do ECid, Lei municipal específica, para área incluída no plano diretor poderá determinar o aproveitamento do solo não utilizado, ou indevidamente utilizado, fixando prazos e condições para implementação da obrigação que tem o proprietário de fazer com que o seu imóvel cumpra a sua função social.

O proprietário do terreno será para tanto notificado, pelo poder executivo municipal, devendo tal notificação ser averbada no registro de imóveis, podendo ainda ser feita por edital, nos casos previstos na lei.

3.4 Imposto Predial Territorial Urbano (IPTU) Progressivo

Descumprida a notificação, seus prazos ou condições, o município passará então à cobrança do Imposto Predial Territorial Urbano (IPTU) progressivo no tempo, mediante majoração da alíquota pelo prazo de cinco anos, nas condições descritas no art. 7º do Estatuto da Cidade e seus parágrafos, *verbis*:

Art. 7º Em caso de descumprimento das condições e dos prazos previstos na forma do caput do art. 5º desta Lei, ou não sendo cumpridas as etapas previstas no § 5º do art. 5º desta Lei, o Município procederá à aplicação do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) progressivo no tempo, mediante a majoração da alíquota pelo prazo de cinco anos consecutivos.

Sobre o tema, a jurisprudência do STF:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IPTU. PROGRESSIVIDADE EXTRAFISCAL. ARTIGO 182, § 4º, II, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. A cobrança do IPTU progressivo para fins extrafiscais, hipótese prevista no artigo 182, § 4º, inciso II, da CB/88, somente se tornou possível a partir da edição da Lei n. 10.257/01 [Estatuto da Cidade]. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 338589 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 24/06/2008, DJe-152 DIVULG 14-08-2008 PUBLIC 15-08-2008 EMENT VOL-02328-04 PP-00819)

Persistindo o descumprimento da obrigação de parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, o Município poderá proceder à desapropriação do imóvel, com pagamento em títulos da dívida pública, previsto no art. 8º e parágrafos do Estatuto da Cidade.

3.5 Consórcio Imobiliário

Nas disposições gerais do Estatuto da Cidade foi estabelecida, no art. 46 e parágrafos, a faculdade de o proprietário realizar, com o Poder Público, o consórcio imobiliário, como último meio de evitar a medida extrema da desapropriação de terreno não utilizado.

O consórcio imobiliário é uma forma de viabilização de planos de urbanização ou edificação, segundo a qual o imóvel sub utilizado ou não utilizado é transferido ao poder público municipal, a fim de que este realize as obras necessárias ao seu aproveitamento, recebendo o proprietário, como pagamento, unidades imobiliárias devidamente urbanizadas ou edificadas, correspondentes ao valor do imóvel antes da execução das obras.

3.6 Usucapião Especial de Imóvel Urbano

Regulamentando o art. 183 da Constituição da República, o art. 9º e seguintes do Estatuto da Cidade dispõe sobre a Usucapião Especial de Imóvel Urbano, que pode incidir sobre terrenos com até 250 metros quadrados, beneficiando aquele que o ocupar por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-o para sua moradia ou de sua família e desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

3.7 Usucapião Especial Coletiva de Imóvel Urbano

O art. 10 do EC dispõe sobre a usucapião especial coletiva de Imóvel Urbano, nos seguintes termos:

Art. 10. As áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O possuidor pode, para o fim de contar o prazo exigido por este artigo, acrescentar sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas.

§ 2º A usucapião especial coletiva de imóvel urbano será declarada pelo juiz, mediante sentença, a qual servirá de título para registro no cartório de registro de imóveis.

§ 3º Na sentença, o juiz atribuirá igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas.

§ 4o O condomínio especial constituído é indivisível, não sendo passível de extinção, salvo deliberação favorável tomada por, no mínimo, dois terços dos condôminos, no caso de execução de urbanização posterior à constituição do condomínio.

§ 5o As deliberações relativas à administração do condomínio especial serão tomadas por maioria de votos dos condôminos presentes, obrigando também os demais, discordantes ou ausentes.

Esse instituto, se bem aplicado pelo poder público, juntamente com a comunidade, será de grande valia na solução de umas das questões urbanísticas mais complexas da atualidade que é a proliferação das favelas.

Aproximadamente 80% da população do Brasil hoje vive em cidades. Em algumas delas, o número de favelados já ultrapassou o número de não favelados. A demora e o descaso na solução desse problema é um dos principais catalizadores da violência nos grandes centros urbanos.

3.8 Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia (EC 15 e MP 2.220/2001)

O Estatuto da Cidade trouxe, ainda, em seu art. 15, a concessão de uso especial para fins de moradia.

Entretanto, o art. 15 foi objeto de veto pelo Presidente da República, que logo em seguida fez editar a Medida Provisória N. 2.220/01, de 04 de setembro de 2001, que regulamenta até hoje a matéria. A referida MP não trouxe muitas modificações ao texto vetado.

O art. 15 (vetado) estabelecia que a Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia, em áreas de até 250 metros quadrados, situadas em imóveis públicos, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, desde que o concessionário não seja proprietário ou mesmo concessionário de outro imóvel urbano ou rural.

Já o art 1º da MP 2.220/01, dispõe no mesmo sentido, acrescentando apenas que têm direito ao benefício, apenas aqueles que preencherem os requisitos descritos em seus parágrafos, até a data de 30 de junho de 2001, *verbis*:

Art. 1o Aquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinqüenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1o A concessão de uso especial para fins de moradia será conferida de forma gratuita ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2o O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo concessionário mais de uma vez.

§ 3o Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, na posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão.

No art. 16 (vetado) previa o Estatuto da Cidade que a concessão uso especial para efeitos de moradia poderia ser conferida coletivamente, em áreas ocupadas por várias pessoas, onde não fosse possível discriminar a fração de terreno de cada ocupante, nas mesmas condições especificadas no art. 15 (agora art. 1º da MP 2.220/01), tendo sido acrescentado pela MP apenas o requisito de ocupação coletiva dos referidos terrenos até a data de 30 de junho de 2001.

A MP 2.220/01 define os parâmetros para a concessão do uso para fins de moradia.

A utilização deste instituto para fins urbanísticos é de inegável valia, posto que o poder público continua com a propriedade do solo, devendo apenas o título administrativo ou judicial de concessão de uso para fins de moradia, ser levado a registro no registro de imóveis, nos termos do art. 167, I, itens 37, da Lei de Registros Públicos (Lei 6015/73).

Já a extinção da concessão de uso deve ser averbada, conforme art. 167, II, item 19, da Lei de Registros Públicos (Lei 6015/73), dispositivos estes que foram acrescentados à Lei de Registros Públicos pelo próprio Estatuto da Cidade em seus arts. 56 e 57 e também pela MP 2.220/01.

A constitucionalidade da Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia, bem como a importância da utilização efetiva desse instrumento da moderna política urbana é tema da lição de Sylvio Toshiro Mukai.

A concessão de uso especial para fins de moradia encontra-se umbilicalmente ligada, como já exposto, com o direito à moradia, pois o exercício de tal direito só pode ser realizado em um ambiente de segurança quanto à posse do imóvel por seu ocupante.

Esse direito, introduzido pelo Emenda Constitucional nº 26 no texto constitucional, é um dos denominados direitos sociais, o que implica em uma prestação positiva por parte do Estado.

Assim, a constitucionalidade do instituto da concessão especial de uso encontra fundamento no princípio constitucional do direito à moradia. Alguns poderiam entender que tal conclusão não é correta, pois esse direito só foi constitucionalmente reconhecido após a edição da já citada Medida Provisória.

Ocorre que, como exposto anteriormente, a Emenda só teve o condão de explicitar um direito que já era reconhecido pela Constituição Federal. Mas não se deve esquecer que dentre um dos princípios fundamentais do Estado brasileiro encontra-se o da dignidade da pessoa humana.

Ora, esse princípio fundamental implica em que o Estado brasileiro, constituído em Estado Democrático de Direito, deve objetivar garantir a todos uma vida digna, o que implica, necessariamente, no direito de morar com condições de habitabilidade. Essas condições de habitabilidade podem ser entendidas como: o saneamento ambiental, a infra-estrutura urbana, e a melhoria das condições da habitação propriamente dita.

Neste sentido, ressalte-se o que leciona Rizzatto Nunes¹⁹ sobre o tema:

Está mais do que na hora de o operador do Direito passar a gerir sua atuação social pautado no princípio fundamental estampado no Texto Constitucional. Aliás, é um verdadeiro superprincípio constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais. E por isso não pode o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ser desconsiderado em nenhum ato de interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas.

Essa relação com o direito à moradia explica a razão da concessão de uso especial para fins de moradia não ser uma modificação do regime jurídico dos bens públicos, pois, como se depreende do exposto, não altera as características de inalienabilidade, imprescritibilidade ou impenhorabilidade dos referidos bens.

Não altera, pois, em primeiro lugar, não se trata de uma forma de aquisição de domínio a se confundir com a usucapião urbana, mas trata-se sim de um instrumento de regularização fundiária, que reconhece o direito à moradia, mas não implica em transferência de titularidade de

uma determinada propriedade pública, tanto que, em alguns casos (artigo 5º da Medida Provisória nº 2.220/2001), sequer é exercido no local onde se adquiriu o direito em questão.

Destaque-se que a afetação de bens de uso comum do povo, pela aplicação da concessão especial de uso, só se altera se o Poder Público, atuando em conformidade com a lei, entender que é necessário manter esta qualificação; já que o referido artigo 5º da Medida Provisória nº 2.220/2001, permite que, nestes casos específicos, o exercício do direito previsto no referido diploma legal seja exercido em outra localidade.

No caso de bens de uso especial, não parece crível que esta modalidade de bem público, essencial para a consecução dos objetivos da Administração Pública, fique ao abandono, possibilitando sua ocupação por pessoas carentes. Mas, se assim o for, de qualquer forma seria caso de se desafetar o bem, já que este não atende mais sua destinação.

Quanto aos bens públicos dominiais, estes, em razão de sua natureza, não precisam ser desafetados, por conseguinte, e por força das disposições legais contidas na Medida Provisória em tela, são passíveis da aplicação da concessão de uso especial, sem que seja necessária uma medida legislativa, como o é no caso de bens públicos que necessitam ser desafetados previamente.

A competência da União para editar a Medida Provisória nº 2.220/2001, decorre do disposto no inciso I, do artigo 24 da Constituição Federal, que prevê a competência concorrente da União e dos Estados-Membros para legislar sobre direito urbanístico, competência essa ratificada pelo disposto no artigo 182.

Dessa forma, compete à União editar normas gerais e aos Estados a competência suplementar; o que importa em dizer que a concessão especial para fins de moradia é norma geral, cabendo aos Estados, e aos Municípios suplementar essa norma no que couber. Não se configurando, portanto, qualquer violação ao princípio federativo.

Assim, em que pese o equívoco na fundamentação constitucional da Medida Provisória nº 2.220/2001, entende-se o instituto da concessão de uso especial para fins de moradia como constitucional, pois encontra seu embasamento constitucional na necessidade do Estado de assegurar o exercício dos direitos sociais.

No caso, o direito à moradia, que se fundamenta, dentre outras coisas, na segurança da posse do imóvel, já que ninguém constrói um lar em um local onde pode ser retirado a qualquer momento.

Ademais, na situação regulada pela Medida Provisória a atuação estatal foi lamentável, pois não apenas não zelou pelos bens públicos, como também, ao não cumprir a sua função maior, que é servir aos cidadãos, gerou uma condição de desigualdade incompatível com o ordenamento jurídico e com o desejo de uma nação justa e igualitária.

Essa condição exige uma atuação estatal, que não se limite a programas habitacionais esporádicos e sem continuidade, mas que encaminhe soluções para os principais problemas, sendo que um deles é o enorme passivo habitacional e a conseqüente proliferação de favelas, cortiços e outros tipos de sub-habitação.

O primeiro passo nessa prestação positiva do Estado, em se tratando da questão da moradia, envolve, inequivocamente, a regularização fundiária

urbana, da qual um dos grandes instrumentos é justamente a concessão de uso especial para fins de moradia.¹¹

Conforme demonstrado, a efetiva utilização da Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia, um dos mais importantes instrumentos de regularização fundiária, é uma das formas de garantia do direito social à moradia (CF 6º), bem como da concretização do princípio da função social da cidade e da propriedade (CF 182), cuja efetivação deve ser alcançada pelo Estado, ainda que por determinação do Poder Judiciário, caso os demais poderes do Estado se abstenham de cumprir a Constituição Federal.

¹¹ MUKAI, Sylvio Toshiro. Constitucionalidade da Concessão Especial para Fins de Moradia. Biblioteca Digital Fórum de Direito Urbano e Ambiental - FDU, Belo Horizonte, ano 3, n. 13, jan./fev.2004. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=11129>>. Acesso em: 10 novembro 2010.

4 DA PARTICIPAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA APLICAÇÃO DO ESTATUTO DA CIDADE

Demonstrada a importância do Estatuto da Cidade para a sociedade e para o direito brasileiros, torna-se notória a imprescindível participação do Poder Judiciário, para garantir a efetiva aplicação dos novos institutos jurídicos, criados com o objetivo de assegurar a garantia do direito à função social da cidade.

Após o advento do Estatuto da Cidade temas de suma importância, como a regularização fundiária nas cidades brasileiras, devem ser analisados pela doutrina jurídica e pela jurisprudência de uma forma muito mais ampla e sob o prisma constitucional.

Diante da variedade de instrumentos colocados à disposição dos administradores públicos e dos juristas com o advento da nova ordem urbanística inaugurada pela Constituição Federal, e regulamentada pelo Estatuto da Cidade, não se pode mais conceber que a interpretação jurídica das lides que envolvem a questão seja limitada aos institutos clássicos do direito civil e do direito administrativo.

A defesa e interpretação do direito de propriedade, na atualidade, deve englobar também os princípios constitucionais da função social da propriedade e da função social da cidade, além do direito social à moradia (CF, 6º) sob pena de tornar-se impraticável, em termos jurídicos, a efetivação da regularização fundiária nas cidades brasileiras.

Sobre o tema, a doutrina de Edésio Fernandes:

4. O novo contexto brasileiro a partir do Estatuto da Cidade (...)

Até a aprovação do capítulo constitucional sobre política urbana (artigos 182 e 183), além dos diversos problemas de ordem técnica, financeira e político-institucional existentes, havia também muitos obstáculos de ordem jurídica à devida implementação dessas políticas e programas de regularização. Com o subsequente reconhecimento constitucional do direito de moradia como um direito social (Emenda no. 26, de 14 de fevereiro de 2000) e, mais recentemente, com a aprovação do Estatuto da Cidade (acompanhado pela Medida Provisória no. 2.220, de 04 de

setembro de 2001), a ordem jurídica aplicável à questão dos assentamentos informais foi bastante aprimorada, sendo que muitos dos principais obstáculos legais às políticas de regularização foram removidos. Desde então, um número cada vez maior de municípios tem começado a formular políticas e programas de regularização de assentamentos informais.

A nova lei federal tem quatro dimensões fundamentais, quais sejam: consolida a noção da função social e ambiental da propriedade e da cidade como o marco conceitual jurídico-político para o Direito Urbanístico; regulamenta e cria novos instrumentos urbanísticos para a construção de uma ordem urbana socialmente justa e incluyente pelos municípios; aponta processos político-jurídicos para a gestão democrática das cidades; e, de forma a materializar o direito social de moradia, propõe diversos instrumentos jurídicos - notadamente o usucapião especial urbano, a concessão de direito real de uso e a concessão de uso especial para fins de moradia -, para a regularização fundiária dos assentamentos informais em áreas urbanas municipais.

Dessa forma, a aprovação do Estatuto da Cidade consolidou a ordem constitucional quanto ao controle jurídico do processo de desenvolvimento urbano, visando a reorientar a ação do poder público, do mercado imobiliário e da sociedade de acordo com novos critérios econômicos, sociais e ambientais. Sua efetiva materialização em leis e políticas públicas, contudo, vai depender de vários fatores.

(...)

5. Conclusão

Mais do que nunca, cabe aos municípios e às comunidades urbanas promover a materialização do novo paradigma constitucional através da reforma da ordem jurídico-urbanística, visando a promover o controle do processo de desenvolvimento urbano através da formulação de políticas de ordenamento territorial nas quais os interesses individuais dos proprietários de terras e construções urbanas necessariamente co-existam com outros interesses sociais, culturais e ambientais de outros grupos e da cidade como um todo.

Para tanto, foi dado ao poder público municipal o poder de, através de leis e diversos instrumentos urbanísticos, determinar a medida desse equilíbrio - possível - entre interesses individuais e coletivos quanto à utilização do solo urbano. A questão da regularização fundiária dos assentamentos informais é certamente um dos elementos centrais dessa equação.

Nesse contexto, a devida utilização das possibilidades abertas pela nova lei para o enfrentamento dos processos de produção da informalidade urbana depende fundamentalmente da compreensão pelos administradores públicos de seu significado e alcance no contexto da ordem jurídica, sobretudo no que toca à nova concepção - proposta pela Constituição Federal e consolidada pelo Estatuto da Cidade - dada ao direito de propriedade imobiliária urbana, qual seja, o princípio da função social e ambiental da propriedade e da cidade.

Rompendo de vez com a tradição civilista e com a concepção individualista do direito de propriedade imobiliária que ainda têm orientado grande parte da doutrina jurídica e das interpretações dos tribunais ao longo do processo de urbanização intensiva, e culminando assim um processo de reforma jurídica que começou na década de 1930,

o que a Constituição de 1988 e o Estatuto da Cidade propõem é uma mudança do paradigma conceitual de reconhecimento e interpretação desse direito.

Contudo, e por essa mesma razão, em grande medida o sucesso _ ou não _ da nova lei vai depender da ação dos juristas brasileiros.

(...)

O grande desafio colocado para os juristas brasileiros _ naturalmente, aqueles que compreendem a necessidade de se colocar o Direito no mundo da vida - é construir um discurso jurídico sólido que faça uma leitura teleológica dos princípios constitucionais e legais, integrando os novos direitos sociais e coletivos à luz do marco conceitual consolidado pelo Estatuto da Cidade, de forma a dar suporte jurídico adequado às estratégias político-institucionais de gestão urbano-ambiental comprometidas com a tão urgente e necessária plataforma da reforma urbana.

Identificar problemas jurídicos formais e acusar inconstitucionalidades é uma tarefa fácil, ainda que lucrativa. Difícil _ porém urgente - é construir novos argumentos jurídicos que sejam sólidos e consistentes, não só da perspectiva da legitimidade político-social, mas também da perspectiva da legalidade. Não podemos mais continuar fazendo apenas o discurso dos valores: temos de construir um discurso dos direitos que dê suporte às novas estratégias político-institucionais de gestão democrática e inclusão social que diversos municípios têm tentado formular e implementar em todo o país. Promover a inclusão social pelo direito: eis o desafio colocado para os juristas brasileiros.

Não é mais possível interpretar as graves questões urbanas e ambientais exclusivamente com a ótica individualista do Direito Civil; da mesma forma, não é mais possível buscar tão somente no Direito Administrativo tradicional (que com freqüência reduz a ordem pública à ordem estatal) os fundamentos para as novas estratégias de gestão municipal e de parcerias entre os setores estatal, comunitário, voluntário e privado.

O papel dos juristas construindo as bases sociais e coletivas do Direito Urbanístico é de fundamental importância nesse processo de reforma jurídica e reforma urbana, que passa necessariamente pela regularização dos assentamentos informais, para que sejam revertidas as bases dos processos de espoliação urbana e destruição sócio-ambiental que têm caracterizado o crescimento urbano no Brasil.¹²

Conforme demonstrado, a nova ordem urbanística, inaugurada pela Constituição Federal e consolidada pelo Estatuto da Cidade, torna a aplicação dos instrumentos legais previstos em seu texto um grande desafio aos intérpretes do direito.

O Estatuto da Cidade traz uma série de instrumentos modernos, que

¹² FERNANDES, Edésio. Regularização de assentamentos informais: o grande desafio dos municípios, da sociedade e dos juristas brasileiros. Biblioteca Digital Fórum de Direito Urbano e Ambiental - FDU, Belo Horizonte, ano 1, n. 5, set./out. 2002. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=10508>>. Acesso em: 31 outubro 2010.

objetivam a pacificação social dos conflitos urbanos gerados, principalmente, pela ocupação desordenada das cidades, e não podem, portanto, ser ignorados pelo aplicador do direito para dar lugar à utilização de institutos clássicos que não mais se adéquam à solução das questões da atualidade.

Na lição de Aristóteles, já no Século III a.C. “Com efeito, a lei é a ordem, e a boa lei deve ser necessariamente aquela que resulta em boa ordem”.¹³

Para que sejam efetivamente atingidos os objetivos da norma, a aplicação do Estatuto da Cidade, muitas vezes, deve se dar em caráter liminar, mediante o deferimento de tutelas de urgência, não somente em face da urgência do caso concreto, mas também diante da sua finalidade precípua de concretização de princípios constitucionais.

Sobre a importância das tutelas de urgência para aplicação do Estatuto da Cidade, leciona Horácio Rafael de Albuquerque Aguiar:

A Importância das Tutelas de Urgência

A constitucionalidade é elemento *sine qua non* para a efetiva realização da justiça. A sua busca, porém, pode encontrar problemas para a sua realização e o processo judicial tende a se tornar complexo dentro da atual estrutura judiciária.

A objetividade dos argumentos legais torna-se, então, responsável pela busca da legitimidade legal, manutenção dos corretos processos jurídicos e, portanto, da constitucionalidade. A declaração de constitucionalidade, portanto, torna-se instrumento razoável na busca pela manutenção da legitimidade dos processos jurídicos.

Aqui se deve ressaltar que a constituição brasileira, bem como os direitos nacionais estão em uma fase de adaptação. Por conta disso, observa-se um ordenamento constitucional bastante preocupado com a eficiência social de suas normas. Os princípios sociais, cada vez mais, se mostram vivos em leis novas como o estatuto da cidade – que rompe com as idéias onde a propriedade é um bem individual, passando a discuti-la como bem social – ou no Código Civil – que determina que o contrato deve atender os fins sociais.

O estudo da supremacia da Constituição é indispensável para defender o controle de constitucionalidade e sua eficiência social, garantidor de uma organização da vida em sociedade, a partir de uma ordem constitucional rígida que procure abarcar todos os fatos sociais que não estejam gozando da proteção jurídica com a credibilidade necessária para a realização da justiça.

Dessa rigidez, emana o princípio da supremacia da constituição e faz-se necessário um controle constitucional para que possamos ver a

¹³ ARISTÓTELES. Política. Tradução de Pedro Constantin Tolens, 5ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2010

expressão da democracia, da separação dos poderes e da proteção ao ordenamento na busca da eficiência social.¹⁴

É importante levar em consideração, ainda, que o Estatuto da Cidade está voltado proteção do meio ambiente urbano, devendo, portanto, ser interpretado sob a ótica do direito ambiental, onde impera o princípio da prevenção, diante da provável irreversibilidade do dano, o que muitas das vezes impõe o deferimento de tutelas de urgência no processo.

Segundo Ricardo Tavares de Albuquerque e Sérgio Rodrigo Martinez:

Bedaque sustenta que:

(...) Dentre as técnicas possíveis, a sumarização da cognição vem angariando a simpatia da moderna ciência processual, principalmente se consideradas a natureza e as especificidades de determinadas relações substanciais.[12]

A partir desta afirmação percebe-se que a sumarização da cognição, no caso aqui estudado, a tutela de urgência ambiental, tem o condão de instrumentalizar a efetividade do processo e acolher as especificidades do direito ambiental.

(...)

Marinoni cita que:

É correto dizer, resumidamente, que as tutelas de cognição sumarizadas no sentido vertical objetivam: (a) assegurar a viabilidade da realização de um direito (tutela cautelar); (b) realizar, em vista de uma situação de perigo, antecipadamente um direito (tutela antecipatória fundada no artigo 273, I, do CPC [...]).[13]

(...)

Bedaque observa que o bom funcionamento da técnica processual, por mais perfeita que possa parecer aos olhos do processualista, depende fundamentalmente das pessoas que a operam e da estrutura criada para sua aplicação. [26]

Assim, a crise da justiça em todos os seus aspectos (incluída a morosidade) não será resolvida pela ameaça de sanção ao Estado-juiz, mas, como dito, pela renovação/inação da dogmática jurídica, do debate democrático acerca da estrutura da justiça e, principalmente, do afastamento da indiferença social de todos os meios jurídicos.

(...)

O melhor posicionamento acerca do direito ambiental pugna por um direito de sustentabilidade ao invés de um direito de não destruição. Ou seja, a defesa ambiental é necessariamente uma defesa do homem e não a defesa da natureza.

Quando se pretende preservar ou conservar a natureza é sempre em favor do homem e a sua continuidade de vida na terra (...).

¹⁴ AGUIAR, Horácio Rafael de Albuquerque, *Tutela de urgência: o instrumento da efetividade jurisdicional*, Disponível em: <http://www.r2learning.com.br/_site/artigos/artigo_default.asp?ID=1231>. Acesso em: 31 outubro 2010.

A tutela judicial mais especializada e adequada para a solução dos conflitos ambientais deve, portanto, fugir de um pretenso embate homem contra natureza, e deixar fluir e pugnar pela sustentabilidade da atividade do homem com o seu meio.

(...)

A jurisdição ambiental, logo, em última análise da questão ambiental, prima pela apreciação no caso concreto do juízo de ponderação do princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado e das liberdades do homem (como por exemplo, da liberdade de iniciativa econômica).

Tal juízo de sustentabilidade sob o prisma da tutela de urgência aqui surge como uma tutela específica e adequada a esta visão do direito ambiental como um juízo de sustentabilidade sumário, a apreciar e evitar o flagelo anunciado [30] no caso concreto.

A partir desse entendimento é possível afirmar que se quer afastar uma visão civilista do direito ambiental, e iniciar uma visão ambientalista acerca dos impactos da atividade do homem.

Tal visão civilista embasa-se em pensar o direito ambiental em uma perspectiva de proibição de danos ou de reparação/compensação dos danos. Dessa perspectiva, detrai-se um direito essencialmente patrimonialista, pois, concentram-se os esforços em observar o direito ambiental como regras de proteção do meio ambiente como uma simples questão patrimonial.

Não se quer afastar a noção de dano (ou do risco de dano), porém, pretende-se afirmar uma verdadeira visão ambientalista sobre os regramentos ambientais, a qual seria a da sustentabilidade, e, dentro desta visão, o dano e o risco de dano seriam na verdade indicadores da insustentabilidade da atividade em pauta.

A própria lei da ação civil pública possui um caráter civilista, pois, propõe-se a reger a responsabilidade por danos ao meio ambiente. Porém, como se trata de um diploma anterior à Constituição o seu conteúdo deve ser lido de acordo com os novos princípios e valores positivados com a nova ordem jurídica de 1988.

Freitas observa que:

Pois bem, tendo a Carta Magna brasileira colocado a proteção ambiental como um dos princípios da evolução econômica (CF, art. 170, VI), orientando e condicionando o desenvolvimento econômico à proteção ambiental, incluindo inclusive nas normas legais como vem se dando recentemente (v.g., Estatuto da Cidade), penso que o desenvolvimento sustentável pode ser considerado um princípio de direito.[31]

Tal princípio do desenvolvimento sustentável desenvolve-se a partir da leitura dos artigos 170 e seu inciso VI, com o artigo 225 da Constituição Federal, dentro da noção de meio ambiente como o sistema maior e a economia como um subsistema.

(...)

O juízo de ponderação nas lides ambientais é um juízo de sustentabilidade da atividade do homem e, em muitos casos, como abordado neste artigo, os questionamentos acerca da sustentabilidade da atividade devem ser apreciados em juízo de cognição sumária.

(...)

A tutela específica prevista no artigo 461 do Código de Processo Civil e artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor – artigos aplicáveis às lides ambientais, prevêm a tutela específica da obrigação ou

providências judiciais que assegurem o resultado prático ao do adimplemento.

(...)

Tal afirmação vem a corroborar que os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo da comunidade como um todo. [39].

O juízo de sustentabilidade sumário permite ao juiz ponderar o choque entre meio ambiente sadio e os empreendimentos humanos, dentro da dimensão política e jurídica dos princípios constitucionais ambientais, de forma a fundamentar, desde o início da lide, o desenvolvimento sustentável como condicionante da qualidade de vida de todos.¹⁵

Impõe-se, na atualidade, uma revolução no pensamento jurídico no tocante ao direito urbanístico e ambiental, através de uma renovação/inação da dogmática jurídica, no sentido de substituir, na medida do possível, a interpretação jurídica exclusivamente voltada ao direito civil e administrativo, por uma visão constitucional, ambientalista e urbanística na solução das lides geradas pela ocupação desordenada das cidades.

Somente através desse novo paradigma poderá ser afastada a indiferença social dos meios jurídicos, que até o momento não se engajaram de forma efetiva na concretização do princípio constitucional da função social da cidade e da propriedade, que não constitui norma meramente programática, uma vez que possui regulamentação específica no Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01).

4.1 Da necessidade de controle jurisdicional de políticas públicas para aplicação do Estatuto da Cidade

A fim de que o judiciário possa efetivamente exercer seu importante papel na busca pela efetivação da função social das cidades, mediante aplicação das normas de ordem pública elencadas no Estatuto da Cidade, faz-se necessária a sua intervenção, dentro dos limites legais, na concepção das políticas públicas a

¹⁵ ALBUQUERQUE Ricardo Tavares de; MARTINEZ Sérgio Rodrigo, *Tutela de Urgência e o Juízo De Sustentabilidade Sumário nas Lides Ambientais*, Disponível em:< http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/14_263.pdf>. Acesso em: 31 outubro 2010.

cargo do Poder Executivo.

Não se trata de tarefa fácil, pois tal mudança de pensamento implica em uma criativa ponderação entre princípios, sob pena de ofensa ao maior dogma do Estado de Direito, que é a separação dos poderes, o que exige do aplicador do direito um grande, porém válido e necessário, esforço interpretativo.

Antes de falar em controle jurisdicional de políticas públicas, imprescindível uma breve explanação sobre o dogma da separação dos poderes.

Na lição de Elayne da Silva Ramos Cantuária Koressawa:

A premissa do Estado Moderno é a conversão do Estado Absoluto em Estado Constitucional, sendo que o poder já não é mais das pessoas, mas das leis. Dessa conversão até os tempos atuais, o Estado constitucional vale-se de três distintas modalidades que lhe são essenciais, nos ocuparemos inicialmente da primeira: O Estado constitucional da separação dos poderes (Estado Liberal), o Estado constitucional dos direitos fundamentais (Estado Social), o Estado constitucional da Democracia Participativa (Estado Democrático-Participativo). Frise-se que não há propriamente uma ruptura no tempo dessas formas de organização estatal e sim um aperfeiçoamento, um aditamento, para acompanhar a evolução dos direitos fundamentais e dos novos direitos.

O surgimento do Estado constitucional da separação dos Poderes se deu após as duas grandes revoluções da segunda metade do século XVIII: A Revolução da Independência Americana e a Revolução Francesa. É dessa época que figuram grandes pensadores na teoria publicista: Locke, Montesquieu, Rousseau, Sièyes, Constant e Kant.

(...)

Embora o princípio da separação dos poderes obtivesse sua primeira consagração positiva importante na Constituição dos Estados Unidos da América, votada no Congresso da Filadélfia em 1787, tem-se que a célebre Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, após consagrara no artigo 16 a fórmula da divisão dos Poderes, abriu caminho para que todas as Constituições seguidoras desse dogma decretassem o termo dos regimes absolutos das competências ilimitadas. A doutrina do capítulo VI do Espírito das Leis, inferida por Montesquieu de um juízo acerca da Constituição da Inglaterra, criou o princípio da separação dos Poderes, tornando-se, com o tempo, a mais sólida garantia constitucional do Estado de Direito.

Do seguinte teor, essa fórmula imperecível, que é o alicerce jurídico de todas as Constituições já promulgadas, porquanto não há Direito nem Justiça onde não se estabelecem limites à autoridade de quem governa: 'Toda sociedade, em que não se assegura a garantia dos direitos nem se determina a separação de Poderes, não tem Constituição'.

Estava posto, assim, pela vez primeira no Direito Constitucional, como uma de suas colunas-mestras de sustentação e reconhecimento, o clássico princípio da separação de Poderes, do qual não se pode prescindir sem correr o risco de recair nos regimes de exceção e arbítrio.

(...)

A sua criatividade está na inserção do sistema de pesos e freios à funções legislativas, executivas e judiciárias, ensejando que estas sejam distribuídas a instâncias organicamente distintas e aptas a exercer legitimamente o poder, no sentido de cooperação e controle mútuo entre as funções desempenhadas, buscando-se o equilíbrio das instâncias governamentais e a concretização dos princípios da liberdade política.¹⁶

Inegável a grande contribuição da concepção da separação dos Poderes para a teoria do Estado, que vem desde então sofrendo transformações naturais impostas pela evolução da sociedade.

Em face das transformações sociais, do Estado Liberal concebido por Montesquieu, passamos ao Estado Social de Direito, no qual a preocupação desloca-se da liberdade para a igualdade levando a uma socialização e fortalecimento do Poder Executivo, até chegar ao contexto atual do Estado Democrático ou Transformador de Direito, que acresce ao Estado Social de Direito o importante papel da “participação popular” e da busca pela “justiça”.

No Estado Democrático de Direito, com nitidez, visualizamos um acréscimo ao conteúdo do Estado Social de Direito de um elemento novo que é a participação popular no processo político, as decisões de Governo, no controle da Administração Pública. Além disso, protesta-se pelo retorno do Estado Legal ao Estado de Direito; quer-se novamente vincular a lei aos ideais de justiça; pretende-se submeter o Estado ao Direito, não à lei puramente formal. Daí hoje falar-se em Estado Democrático de Direito, que abrange os dois aspectos: o da participação popular (Estado Democrático) e o da justiça material (Estado de Direito).¹⁷

A partir dessa nova concepção do Estado Democrático de Direito, chegamos ao controle concentrado e difuso de constitucionalidade, que leva, em última análise, ao controle jurisdicional do ato administrativo, passando o Juiz a se colocar como co-autor de políticas públicas, exercendo tal controle sempre que as políticas públicas se afastem dos fins do Estado Democrático de Direito.

Segundo a lição de Ada Pellegrini Grinover, tal fenômeno não leva à

¹⁶ KORESSAWA, Elayne da Silva Ramos Cantuária, *Controle Jurisdicional da Atividade Administrativa*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2009, p. 27/29

¹⁷ *Id. ibid.*

politização da justiça, mas sim à judicialização da política.¹⁸

Todavia, o controle a ser exercido pelo judiciário deve ter limites, lembrando que não se afasta, aqui, o dogma da separação dos Poderes, o qual continua sendo pressuposto fundamental do Estado de Direito, embora agora seja objeto de uma visão mais atual.

Assim, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF nº 45, pelo Excelentíssimo Ministro Celso de Mello, fixou os limites à atuação dos juízes no exercício do controle jurisdicional de políticas públicas, assim resumidos: a) a garantia do chamado “mínimo existencial”; 2) a razoabilidade do pedido; c) a reserva do possível.

Confira-se o texto do julgado:

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

DECISÃO: Trata-se de argüição de descumprimento de preceito fundamental promovida contra veto, que, emanado do Senhor Presidente da República, incidiu sobre o § 2º do art. 55 (posteriormente renumerado para art. 59), de proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004.

O dispositivo vetado possui o seguinte conteúdo material:

“§ 2º Para efeito do inciso II do *caput* deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza.”

¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini, *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2010, Palestra ministrada no Auditório Sepúlveda Pertence, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

O autor da presente ação constitucional sustenta que o veto presidencial importou em desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde.

Requisitei, ao Senhor Presidente da República, informações que por ele foram prestadas a fls. 93/144.

Vale referir que o Senhor Presidente da República, logo após o veto parcial ora questionado nesta sede processual, veio a remeter, ao Congresso Nacional, projeto de lei, que, transformado na Lei nº 10.777/2003, restaurou, em sua integralidade, o § 2º do art. 59 da Lei nº 10.707/2003 (LDO), dele fazendo constar a mesma norma sobre a qual incidira o veto executivo.

Em virtude da mencionada iniciativa presidencial, que deu causa à instauração do concernente processo legislativo, sobreveio a edição da já referida Lei nº 10.777, de 24/11/2003, cujo art. 1º - modificando a própria Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei nº 10.707/2003) – supriu a omissão motivadora do ajuizamento da presente ação constitucional.

Com o advento da mencionada Lei nº 10.777/2003, a Lei de Diretrizes Orçamentárias, editada para reger a elaboração da lei orçamentária de 2004, passou a ter, no ponto concernente à questionada omissão normativa, o seguinte conteúdo material:

“Art. 1º O art. 59 da lei nº 10.707, de 30 de julho de 2003, passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos: ‘Art.59.....

§ 3º Para os efeitos do inciso II do *caput* deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza.

§ 4º A demonstração da observância do limite mínimo previsto no § 3º deste artigo dar-se-á no encerramento do exercício financeiro de 2004.’ (NR).” (grifei)

Cabe registrar, por necessário, que a regra legal resultante da edição da Lei nº 10.777/2003, ora em pleno vigor, reproduz, essencialmente, em seu conteúdo, o preceito, que, constante do § 2º do art. 59 da Lei nº 10.707/2003 (LDO), veio a ser vetado pelo Senhor Presidente da República (fls. 23v.).

Impende assinalar que a regra legal em questão – que culminou por colmatar a própria omissão normativa alegadamente descumpridora de preceito fundamental – entrou em vigor em 2003, para orientar, ainda em tempo oportuno, a elaboração da lei orçamentária anual pertinente ao exercício financeiro de 2004.

Conclui-se, desse modo, que o objetivo perseguido na presente sede processual foi inteiramente alcançado com a edição da Lei nº 10.777, de 24/11/2003, promulgada com a finalidade específica de conferir efetividade à EC 29/2000, concebida para garantir, em bases adequadas – e sempre em benefício da população deste País – recursos financeiros mínimos a serem necessariamente aplicados nas ações e serviços públicos de saúde.

Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o

contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República.

Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional:

“DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO.

- O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação.

- Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exeqüíveis, abstendo-se, em conseqüência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.

.....

- A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.” (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de

estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumprir advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS (“A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais”, p. 245-246, 2002, Renovar):

“Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado.

Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição.

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-

estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.” (grifei)

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo.

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

Extremamente pertinentes, a tal propósito, as observações de ANDREAS JOACHIM KRELL (“Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha”, p. 22-23, 2002, Fabris):

“A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado ‘livre espaço de conformação’ (...). Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe,

principalmente, aos governos e parlamentos.

Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.

No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.

A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes (...).

Muitos autores e juizes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social.

A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como conseqüência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...) Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais." (grifei)

Todas as considerações que venho de fazer justificam-se, plenamente, quanto à sua pertinência, em face da própria natureza constitucional da controvérsia jurídica ora suscitada nesta sede processual, consistente na impugnação a ato emanado do Senhor Presidente da República, de que poderia resultar grave comprometimento, na área da saúde pública, da execução de política governamental decorrente de decisão vinculante do Congresso Nacional, consubstanciada na Emenda Constitucional nº 29/2000.

Ocorre, no entanto, como precedentemente já enfatizado no início desta decisão, que se registrou, na espécie, situação configuradora de prejudicialidade da presente argüição de descumprimento de preceito fundamental.

A inviabilidade da presente argüição de descumprimento, em decorrência da razão ora mencionada, impõe uma observação final: no desempenho dos poderes processuais de que dispõe, assiste, ao Ministro-Relator, competência plena para exercer, monocraticamente, o controle das ações, pedidos ou recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal, legitimando-se, em conseqüência, os atos decisórios que, nessa condição, venha a praticar. (...)

Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas, julgo prejudicada a presente argüição de descumprimento de preceito

fundamental, em virtude da perda superveniente de seu objeto.

Arquivem-se os presentes autos. Publique-se. Brasília, 29 de abril de 2004. Ministro CELSO DE MELLO – Relator

Feitas essas considerações, e após a leitura desse julgado emblemático do Supremo Tribunal Federal, é possível voltar ao tema central da presente monografia e falar, com tranquilidade, da necessidade de atuação do Poder Judiciário para aplicação do Estatuto da Cidade, norma que, repita-se, regulamenta o capítulo da Política Urbana na Constituição Federal (CF, 182 e 183), e tem como objetivo, a concretização do princípio constitucional da função social da cidade e da propriedade, o que somente pode ser alcançado através da garantia efetiva dos direitos sociais expressos na Constituição Federal (CF 6º).

Na presente fase do trabalho, podemos concluir que o Estatuto da Cidade é uma norma de ordem pública que visa colocar em prática a própria concepção atual de Estado Democrático de Direito, na medida em que procura dotar a sociedade de instrumentos legais que visam garantir à sociedade a participação democrática na tomada de decisões na busca da sonhada justiça social.

Não é por acaso a previsão da Lei 10.257/01, no sentido de que a inobservância das diretrizes e dos instrumentos dispostos no Estatuto da Cidade, dentre eles a garantia da gestão democrática, implica em improbidade administrativa por parte de todos os administradores públicos envolvidos, com expressa menção ao Prefeito e, no caso do Distrito Federal, ao Governador (ECid, art. 52).

4.2 Da jurisprudência sobre a aplicação do Estatuto da Cidade

Até o momento, o presente trabalho cuidou de estabelecer duas premissas, quais sejam: 1) a importância e a necessidade de implementação do Estatuto da Cidade, a fim de garantir o efetivo cumprimento dos princípios constitucionais que regem o direito urbanístico na atualidade; 2) a possibilidade do

controle de políticas públicas, pelo Poder Judiciário, dentro dos devidos limites, para fins de aplicação do Estatuto da Cidade.

Fixadas estas premissas básicas, passemos à análise da jurisprudência que envolve a matéria.

4.2.1 Da jurisprudência sobre a elaboração do Plano Diretor:

Como visto, o Plano Diretor é o instrumento básico do ordenamento territorial urbano, que deve definir a aplicação dos demais instrumentos urbanísticos em cada localidade, garantida, sempre, a participação popular na sua elaboração (ECid, arts. 39 a 42).

Sua obrigatoriedade, bem como a regularidade na sua elaboração vem sendo objeto de apreciação pelo Poder Judiciário, como se depreende dos seguintes julgados:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO - POLÍTICA URBANA - INÉRCIA DO PODER EXECUTIVO CONSISTENTE NO NÃO ENCAMINHAMENTO, À CLDF, DOS PLANOS DIRETORES DE DEZENOVE REGIÕES ADMINISTRATIVAS DO DISTRITO FEDERAL - ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 316 E 321 DA LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL - QUESTÃO DE ORDEM QUANTO À PREJUDICIALIDADE DA AÇÃO PELA PERDA SUPERVENIENTE DA REPRESENTAÇÃO PARLAMENTAR DO PARTIDO-AUTOR REJEITADA - PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL REJEITADA - NO MÉRITO, AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE - MAIORIA.

I - Segundo a nova orientação do col. STF, a legitimidade ativa do Partido Político para o processo de controle normativo abstrato deve ser aferida no momento da propositura da ação, não implicando a perda da representatividade em perda da capacidade postulatória.

II - A petição inicial encontra-se revestida dos requisitos intrínsecos e extrínsecos exigidos pela Lei 9.868/99, vez que apontou com clareza de que forma a alegada omissão em não se elaborar os planos diretores de regiões administrativas do DF estaria a afrontar os dispositivos legais que tratam da política urbana, contidos na Lei Orgânica do Distrito Federal, expressamente citados pelo Partido-autor.

III - A alegada postura omissiva imputada ao Poder Executivo local não se verifica, a uma, pelo demonstrado esforço deste em conduzir os trabalhos de elaboração dos planos diretores de onze regiões administrativas, num contexto de acelerado crescimento populacional; a duas, em razão da metodologia estabelecida pelo Estatuto da Cidade (Lei n.º 10.257/2001) a ser aplicada quando da elaboração dos planos

diretores, da qual se destaca a obrigatoriedade da ação participativa da população envolvida por meio de audiências públicas.

IV - Os artigos da Lei Orgânica distrital apontados como violados negativamente encontram-se indubitavelmente atrelados à metodologia estabelecida pelo Estatuto da Cidade, no que diz respeito à alta complexidade e mecanismos envolvidos na elaboração de um plano diretor, não redundando, por conseguinte, em omissão do Poder Público.

V - Ante a inexistência da alegada mora legislativa violadora dos dispositivos da Lei Orgânica distrital apontados, julga-se improcedente a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão. (20040020019301ADI, Relator LECIR MANOEL DA LUZ, Conselho Especial, julgado em 06/06/2006, DJ 21/11/2006 p. 421)

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR N. 803/2009. LEI QUE DISPÕE SOBRE A REVISÃO DO PLANO DIRETOR DE ORDENAMENTO TERRITORIAL - PDOT. EMENDAS PARLAMENTARES. POSSIBILIDADE, DESDE QUE HAJA PERTINÊNCIA À MATÉRIA DA PROPOSIÇÃO E NÃO ACARRETE AUMENTO DE DESPESA. ARTIGOS IMPUGNADOS QUE TRATAM DO USO E OCUPAÇÃO DO SOLO. INICIATIVA LEGISLATIVA RESERVADA. EXORBITÂNCIA DO PODER DE EMENDA. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA POLÍTICA DE DESENVOLVIMENTO URBANO. OCUPAÇÃO DESORDENADA DO TERRITÓRIO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL.

1. Inconstitucionalidade formal. Incidem em vício de inconstitucionalidade formal os artigos impugnados que resultaram de emenda de iniciativa parlamentar, tendo em vista a competência privativa do Governador do Distrito Federal acerca da iniciativa de leis que disponham sobre uso e ocupação do solo.

- A reserva de iniciativa a outro Poder não implica vedação de emenda de origem parlamentar, desde que pertinente à matéria de proposição e não acarrete aumento de despesa.

- Evidenciada a violação das disposições da Lei Orgânica do Distrito Federal que conferem privativamente ao Chefe do Poder Executivo a legitimidade para a propositura de leis sobre a administração de áreas públicas e sobre o uso e ocupação do solo no Distrito Federal. Inconstitucionalidade formal também presente em função: a) da inclusão de novas áreas e setores habitacionais por emenda parlamentar, com nítido aumento de despesa não prevista (violação ao art. 72,1, da LODF) e b) da adição de matérias sem qualquer pertinência temática com o projeto e que deveriam constar somente da Lei de Uso e Ocupação.

2. Inconstitucionalidade material. A Lei Complementar 803/2009 é materialmente inconstitucional, tendo em vista que suas disposições demonstram a inobservância da necessidade de ocupação ordenada do território do Distrito Federal, com o devido respeito ao meio ambiente e ao

patrimônio urbanístico, nos termos prescritos pela Lei Orgânica do Distrito Federal. Vícios materiais de inconstitucionalidade existentes em função: a) da violação de disposições da LODF que tratam da Política Urbana (art. 312 e seguintes) e de princípios como a "adequada distribuição espacial das atividades sócio-econômicas e dos equipamentos urbanos e comunitários" (art. 312, inc. I), da "justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização" (art. 314, inc. III) e da "prevalência do interesse coletivo sobre o individual e do interesse público sobre o privado" (inc. V); b) do estabelecimento de novas ocupações e usos para o território sem o prévio zoneamento ecológico-econômico e sem estudo prévio de impacto ambiental (violação ao artigo 289, § 1º, da LODF); c) do desrespeito ao zoneamento ambiental e ao plano de manejo das unidades de conservação da natureza, em afronta ao artigo 317, § 3º, da LODF; d) flagrante ofensa aos princípios da igualdade, impessoalidade, moralidade, razoabilidade, motivação e interesse público (arts. 19, caput, e 51 da LODF); e) desproporcionalidade. - Ação julgada parcialmente procedente. Unânime. (20090020175529ADI, Relator OTÁVIO AUGUSTO, Conselho Especial, julgado em 27/04/2010, DJ 31/05/2010 p. 98)

O julgado acima colacionado, que declarou a inconstitucionalidade formal e material de vários dispositivos do Plano Diretor do Distrito Federal, ilustra de forma clara o controle jurisdicional de políticas públicas, ao concluir que os dispositivos inconstitucionais demonstram a "inobservância da necessidade de ocupação ordenada do território do Distrito Federal, com o devido respeito ao meio ambiente e ao patrimônio urbanístico".

Saliento que a decisão foi objeto de Recurso Extraordinário, ficando então a cargo do STF a definição sobre a regularidade do Plano Diretor do Distrito Federal.

4.2.2 Da jurisprudência sobre a proteção do direito social à moradia

Outro direito constitucional que o Estatuto da Cidade busca proteger e concretizar, sobretudo através da regularização fundiária nas cidades brasileiras, é o direito social à moradia (CF, 6º).

No entanto, devido à amplitude do problema, a busca de soluções que

envolvam o controle jurisdicional das políticas públicas relacionadas à regularização fundiária esbarra no receio dos juízes em determinar a efetiva aplicação, pela administração pública, das normas do Estatuto da Cidade e dos princípios constitucionais e urbanísticos que regem a matéria.

Por isso, a jurisprudência pátria sobre a questão ainda é escassa.

Dentre os poucos julgados sobre o tema, pertinente a transcrição da seguinte ementa, de julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que exemplifica a complexidade da solução da questão fundiária no DF, onde a proliferação de ocupações irregulares de terras públicas e a inércia da administração em contê-las gerou, a longo prazo, um sério conflito entre princípios constitucionais como a proteção à propriedade, a impossibilidade de usucapião de terras públicas, a indisponibilidade de bens do Estado e a garantia do direito social à moradia.

IMÓVEL PÚBLICO. CONTRATO DE USO. LOTEAMENTO IRREGULAR. RESCISÃO DE CONTRATO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. INÉRCIA DO PODER PÚBLICO. DIREITO À MORADIA. ESTATUTO DA CIDADE. LEI 10.257/01. DIRETRIZES E INSTRUMENTOS DA POLÍTICA URBANA. APLICABILIDADE. APELO PROVIDO.

1. O imóvel em questão foi objeto de contrato de concessão de uso para fins agrícolas em 1989, sendo que somente em 1999 a administração constatou a existência de loteamento irregular no local.
2. Caracterizada a inércia a administração por 10 (dez) anos, resguarda-se o direito à moradia aos ocupantes do local.
3. O direito à moradia não se confunde com o direito à propriedade.
4. Cabível a utilização de instrumentos constantes do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01) para a consecução das diretrizes da política urbana.
5. Na presença de instrumentos legais hábeis à harmonização do direito de propriedade da administração pública e o direito à moradia dos ocupantes da área, incabível a reintegração de posse do Poder Público, por tratar-se de medida drástica capaz de ensejar o surgimento de novos conflitos sociais.
6. Apelo provido. (19990110287989APC, Relator SÉRGIO ROCHA, 2ª Turma Cível, julgado em 16/09/2009, DJ 22/10/2009 p. 65)

Pertinente, ao presente trabalho, a análise da questão fundiária no Distrito Federal, por tratar-se de tema onde, embora seja imprescindível a atuação do Poder Judiciário para a solução da questão, não se vê uma atuação eficaz dos juízes, que na grande maioria das vezes, buscam solucionar as lides que

envolvem a ocupação irregular de terras públicas no DF de uma forma simplista, mediante aplicação dos institutos clássicos de direito civil e administrativo, como a impossibilidade de posse em área pública e a discricionariedade da administração pública para a regularização das áreas ocupadas.

No entanto, a solução para o problema que envolve, atualmente, milhares de pessoas que vivem nas centenas de condomínios irregulares espalhados pelo Distrito Federal não é tão simples.

Ao contrário, cuida-se de questão extremamente complexa, da qual o Poder Judiciário não pode se afastar, sob pena de franquear ao Poder Executivo a inobservância de direitos constitucionais, como o direito à moradia e à função social da cidade, temas estes que, como já demonstrado, não se inserem exclusivamente no âmbito da discricionariedade da administração pública, que não pode atuar, de forma omissiva ou comissiva, em afronta à Constituição Federal (ADPF 45).

No caso específico do Distrito Federal tem-se que, a fim de cumprir as diretrizes da moderna política urbana, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios firmou, juntamente com o Distrito Federal, o Instituto do Meio Ambiente e dos Recursos Hídricos e a Terracap, o Termo de Ajustamento de Conduta nº 002/2007, que estipula as formas e condições para a regularização das ocupações irregulares no Distrito Federal, em síntese, nos seguintes termos:

“I - DAS CONSIDERAÇÕES GERAIS (...)

7º. Considerando que, nos termos do art. 2º, III, do Estatuto das Cidades (Lei 10.257/01), a cooperação entre os entes públicos governamentais, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de regularização – em atendimento ao interesse social – constitui uma das diretrizes gerais para o fim de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana; (...)

IV – CONSIDERAÇÕES QUANTO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO ENVOLVIDO

60. Considerando que a inviolabilidade do direito à propriedade deve ser dimensionada em harmonia com o princípio, também constitucional, da sua função social; (...)

V - CONSIDERAÇÕES QUANTO À QUESTÃO DOS REGISTROS PÚBLICOS (...)

74. Considerando que incumbe ao Poder Judiciário não apenas a clássica solução conceitual de conflitos de interesses, mas principalmente a geração de segurança jurídica, por isso que deve propiciar condições para a valorização da cidadania e promover a justiça social;

75. Considerando a possibilidade de se iniciar os procedimentos de registro de loteamentos irregulares junto aos Cartórios de Registros de Imóveis onde se situem tais loteamentos, uma vez que estejam satisfeitos os pressupostos ambientais, urbanísticos e demais requisitos que lhes sejam aplicáveis;

RESOLVEM CELEBRAR TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA, com fundamento no art. 5º, § 6º, da Lei 7.347/85, nos seguintes termos: (...)

CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA – Nos termos dos estudos já elaborados e divulgados pela antiga Secretaria de Desenvolvimento Urbano e Habitação – SEDUH, atual Secretaria de Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente – SEDUMA, assumem o Distrito Federal, por suas Secretarias de Estado, e demais entes públicos aqui representados pelos signatários deste termo a obrigação de fazer consistente em proceder à regularização fundiária dos parcelamentos irregulares do solo para fins urbanos por Setores Habitacionais, de modo a inseri-los e integrá-los à malha urbana e de prestação de serviços públicos do Distrito Federal. (...)

CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA – O Distrito Federal, por suas Secretarias de Estado, e demais entes públicos aqui representados pelos signatários deste termo, assumem a obrigação de fazer consistente em implementar políticas públicas habitacionais para garantir o direito social à moradia, na forma prevista no artigo 6º da Constituição

Federal¹⁹ e nos artigos 327 e 328 da Lei Orgânica do Distrito Federal.
(...)

CLÁUSULA DÉCIMA SÉTIMA – Assumem o Distrito Federal, por suas Secretarias de Estado, e demais entes públicos aqui representados pelos signatários deste termo a obrigação de fazer consistente em proceder à alienação diretamente aos ocupantes dos imóveis públicos urbanos devidamente reconhecidos como ocupados e regularizados por meio de processo administrativo próprio, nos termos do art. 25, caput da Lei nº 8.666/93²⁰ (inexigibilidade de licitação por inviabilidade de competição) na forma como restou decidido pelo eg. Supremo Tribunal Federal na ADI nº 2990/DF, que julgou constitucional a Lei Federal nº 9.262/96. (...)

CLÁUSULA TRIGÉSIMA PRIMEIRA – Assume a TERRACAP a obrigação de fazer consistente em, na qualidade de empreendedora, promover a regularização dos parcelamentos urbanos implantados em áreas públicas de sua propriedade, de acordo com as normas estabelecidas no Plano Diretor de Ordenamento Territorial – PDOT, incumbindo-lhe, para tanto, as seguintes obrigações: (...)

Inciso I – requerer, no prazo de até (02) anos, a contar da data da publicação deste TAC, os licenciamentos ambiental e urbanístico pertinentes;

Inciso II – promover os estudos e licenciamentos ambientais e urbanísticos exigidos pelos entes públicos licenciadores;

Inciso III – tão logo obtida a Licença de Instalação – LI, promover o registro do loteamento no Cartório de Registro de Imóveis pertinente e depositar, no prazo de até 12 (doze) meses contados do registro imobiliário, o valor da compensação ambiental no Fundo Único de Meio Ambiente do Distrito Federal - FUNAM, em conta com rubrica específica para implantação de Corredores Ecológicos, recuperação de APP, áreas degradadas, parques e Reservas Legais;

¹⁹ **CF, Art. 6º** São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

²⁰ **Lei 8.666/93, Art. 25.** É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: (...)

Inciso IV – desocupar, no prazo de 12 (doze) meses, a contar da expedição da Licença de Instalação Corretiva, as áreas de preservação permanente – APP onde se verificarem edificações, transferindo, quando necessário, seus ocupantes para outra área, de preferência no mesmo parcelamento;

Inciso V – recuperar, segundo o cronograma constante do Plano de Recuperação de Área Degradada – PRAD aprovado pelo ente ambiental no respectivo licenciamento, todas as áreas de preservação permanente – APP degradadas existentes no(s) parcelamento(s);

Inciso VI – recuperar os demais danos ambientais decorrentes da implantação irregular do(s) parcelamento(s) do solo, segundo cronograma constante do Plano de Recuperação de Área Degradada – PRAD aprovado pelo ente ambiental no respectivo licenciamento;

Inciso VII – desconstituir muros ou outros obstáculos físicos incompatíveis com a legislação pertinente ou com a formação e manutenção de corredores ecológicos, nos termos determinados pelos respectivos licenciamentos;

Inciso VIII – executar, nos prazos previstos no respectivo licenciamento, as obras de saneamento ambiental – redes de água, esgoto e drenagem pluvial –, de forma coordenada com os demais integrantes da Administração Pública afetos às áreas referidas, devendo, para tanto, ser observados os respectivos Planos Diretores de Saneamento Básico vigentes.

CLÁUSULA QUADRAGÉSIMA SEGUNDA – Este compromisso produzirá efeitos legais a partir de sua celebração, e terá eficácia de título executivo extrajudicial, na forma do artigo 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85, e artigo 585, VII, do Código de Processo Civil. (...)”

No entanto, mesmo após a elaboração e assinatura do citado Termo de Ajustamento de Conduta nº 002/2007, título executivo extrajudicial que prevê expressamente a obrigação de fazer do Distrito Federal e seus órgãos competentes em proceder à efetiva regularização fundiária, persistem em curso, no Judiciário do Distrito Federal, inúmeras demandas possessórias e petitorias, na qual o Distrito Federal busca retomar os terrenos irregularmente ocupados, sob o

fundamento de que a aludida regularização estaria inserida no âmbito da discricionariedade administrativa.

Ainda, acatando tal fundamento, os juízes, na grande maioria das decisões, determinam a reintegração do DF na posse das terras, uma vez que os ocupantes de terras públicas não possuem qualquer proteção possessória, sendo a ocupação a título precário, sem direito a qualquer indenização por benfeitorias erigidas no imóvel. Confira-se:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. AGRAVO RETIDO. AUSÊNCIA DE PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. MÉRITO. IMÓVEL DE PROPRIEDADE DA TERRACAP. FAZENDA BREJO OU DO TORTO. COMPROVAÇÃO DO DOMÍNIO DA ÁREA REIVINDICADA, COM SUAS CONFRONTAÇÕES E ESPECIFICAÇÕES. ÔNUS DA PROVA. BEM PÚBLICO. OCUPAÇÃO IRREGULAR QUE NÃO GERA DIREITO À POSSE, SOMENTE DETENÇÃO. USUCAPIÃO. VEDAÇÃO. ARTS. 183, § 3 C.C. 191, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E SÚMULA Nº 340/STF. INDENIZAÇÃO POR BENFEITORIAS. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. PRECEDENTES DA CASA E DO C. STJ. 1. Não há como prosperar a tese do agravo retido, de cerceamento de defesa, decorrente do indeferimento de produção de prova testemunhal, se bem demonstrado pelo Juiz do feito, destinatário da prova, a desnecessidade de sua produção, por se tratar de feito onde se requer imissão de posse de imóvel público, onde os testemunhos não teriam o condão de contrariar a prova documental e pericial produzida. 2. A teor da prova documental produzida pela autora da ação, notadamente Certidões do Cartório de Registro de Imóveis e memorial descritivo, resta devidamente demonstrado o seu domínio sobre a área reivindicada, inclusive com a perfeita indicação de suas confrontações e especificações. 2.1. Doutrina. 2.2 "O ônus da prova - é útil insistir - é determinado pelo ônus da afirmação, e este, por sua vez, é determinado pelo ônus da demanda, que assume duas posturas diferentes, apresentando-se da parte do autor, como ônus da ação, e, da parte do réu, como ônus da exceção. Em suma, quem tem o ônus da ação tem o de afirmar e provar os fatos que servem de fundamento a ela. Assim, ao autor cumprirá sempre provar os fatos constitutivos, ao réu os impeditivos, extintivos ou modificativos" (in Moacyr Amaral Santos, Forense, 1982, p. 25, Comentários ao Código de Processo Civil, vol. IV). 2.3. Os documentos juntados pelo apelante, em nenhum momento, conseguem afastar tal documentação ou, até mesmo, demonstrar que a área reivindicada não estaria encravada na área do imóvel denominado Fazenda "BREJO OU TORTO". 3. Tratando-se de imóvel de propriedade da TERRACAP, portanto, público, já que o Distrito Federal participa com 51% de seu capital (Lei nº 5.861/72), não são oponíveis as alegações de justo título nem boa-fé, exercendo a parte, tão somente, detenção sobre o bem ocupado, sem que possa gerar, dessa forma, direito à posse e a domínio, tratando-se de mera tolerância da administração. 3.1 Ao demais, diante dessa natureza pública, conclui-se que a terra ocupada

não pode ser usucapida, a teor do disposto nos arts. 183, § 3º e 191, parágrafo único, ambos da Constituição Federal e Súmula nº 340 do Supremo Tribunal Federal. 3.2 Precedente a Casa. "A Jurisprudência dessa Corte já pacificou o entendimento de ser juridicamente impossível usucapir bens pertencentes à Terracap, uma vez que seu patrimônio é formado pelos bens incorporados por desmembramento do patrimônio da Novacap, por determinação do parágrafo primeiro do artigo 2º da Lei n. 5.861/72, que também estabelece que 51% (cinquenta e um por cento) do capital inicial da mencionada empresa pública cabe ao Distrito Federal e 49% (quarenta e nove por cento) à União. Dessa forma, constata-se que todo o patrimônio da aludida empresa é público" (2ª Turma Cível 2006.011108059-7 APC, Relator Desembargador Waldir Leôncio Cordeiro Lopes Júnior, DJ-e de 28/10/2009) 4. Diante da impossibilidade do particular ser considerado possuidor de área pública, tal constatação, por si só, afasta a possibilidade de indenização por acessões ou benfeitorias, sob pena de se reconhecer, por via transversa, a posse privada do bem coletivo, o que não se coaduna com os Princípios da Indisponibilidade do Patrimônio Público e da Supremacia do Interesse Público. 4.1 Precedente da Casa. "II. O particular não tem qualquer direito de ser ressarcido por benfeitorias que edificou no bem público. Todavia, fica ressalvado o direito de remover as acessões nele efetivadas. III. Deu-se parcial provimento." (2007011127733-7APC, Relator Desembargador José Divino de Oliveira, 6ª Turma Cível, DJ-e de 09/08/2010). 5. Agravo retido e apelo desprovidos.(19990110352609APC, Relator JOÃO EGMONT, 5ª Turma Cível, julgado em 29/09/2010, DJ 05/10/2010 p. 145)

Julgados como esse, embora fundamentados em instrumentos clássicos como a impossibilidade de posse de terras públicas e a supremacia do interesse público sobre o particular, não abarcam a amplitude da matéria, e não contribuem para uma solução eficaz da questão que, no caso do Distrito Federal, abrange milhares de imóveis, daí a elaboração do citado Termo de Ajustamento de Conduta nº 002/07.

Atualmente, quase 600 mil pessoas moram em cerca de 900 parcelamentos irregulares no Distrito Federal, número que representa, aproximadamente, um quarto da população local, que é de 2,5 milhões de habitantes. Embora muitos imóveis sejam considerados de luxo, a estimativa é que 60% dos moradores dos loteamentos irregulares são de baixa renda.²¹

²¹CONTASABERTAS.Disponível em:<<http://contasabertas.uol.com.br/WebSite/noticias/detalhenoticias.aspx?id=2312>.Acesso em 11 nov. 2010

Decisões judiciais no sentido da acima transcrita simplesmente colocam na rua ¼ (um quarto) da população do Distrito Federal, sem sequer ventilar a possibilidade de abordagem do tema sob o enfoque do direito social à moradia (CF 6º), que também deve ser levado em consideração em nome da supremacia do interesse público.

Ressalte-se que a simples leitura do Estatuto da Cidade permite ao operador do direito verificar que, através dos novos instrumentos da política urbana nele dispostos, a proteção ao direito à moradia pode conviver harmonicamente com o princípio da indisponibilidade do patrimônio público, caso seja feita a correta ponderação.

Existem na legislação contemporânea, além das disposições constitucionais, que por si só já seriam suficientes para a imprescindível ponderação de interesses, instrumentos legais hábeis a solucionar a questão de forma mais justa e eficaz para todos os envolvidos.

Para tanto, bastaria ao administrador, bem como aos operadores do direito, conhecer mais a fundo os vários instrumentos do Estatuto da Cidade, como, por exemplo, o direito de superfície, a outorga onerosa do direito de construir e a transferência do direito de construir.

Diante da impossibilidade de discorrer, em sede de monografia, sobre cada possibilidade de aplicação dos instrumentos do Estatuto da Cidade para a solução de conflitos fundiários como os do Distrito Federal passo a tratar, a título de exemplificação das possíveis formas de solução do problema, apenas do instrumento chamado “Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia”.

Na busca pela solução da questão da moradia, trouxe o Estatuto da Cidade um importante instrumento, já citado no presente trabalho, qual seja, a Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia, o qual, após ser retirado do texto original do Estatuto, foi quase que imediatamente reeditado, pela Medida

Provisória nº 2.220 de 4.9.2001²², que dispõe, expressamente:

Art. 1º Aquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.

A concessão de uso especial para fins de moradia tem sua importância ligada a dois fatores básicos: 1) cuida da proteção ao direito de moradia à população de baixa renda, que ocupa imóveis públicos de até 250 m²; 2) autoriza a concessão de áreas públicas para fins de moradia, sem que o Estado deixe de ter a propriedade do imóvel.

Tais aspectos tornam esse instrumento extremamente eficaz na solução do *déficit* habitacional que atinge as camadas de mais baixa renda do país.

Para alguns doutrinadores, cuida-se de direito garantido pela lei àqueles que preencherem os seus requisitos, não havendo qualquer margem de discricionariedade da administração pública na concessão. Confira-se:

A concessão de uso especial de imóvel público, entretanto, não pode caracterizar-se como um contrato administrativo, conforme já anotamos em outra oportunidade. Emana do preceito contido no art. 1º da M.P. 2.220 o sentido claro de que essa modalidade de concessão tem a natureza jurídica de ato administrativo. O fundamento é de fácil compreensão: da forma como delineado o instituto, não há ensejo para que se configure formação contratual de vontades, o que fica mais evidente quando se observa que o legislador assegurou em favor do possuidor o direito à concessão de uso especial. Ora, quando a lei assegura a aquisição do direito pelo interessado, em função do cumprimento de alguns pressupostos que enuncia, não se pode dizer, tecnicamente, que tenha outorgado direito a um contrato, mas sim a uma determinada providência da Administração, expressada através de um ato administrativo.

Outro aspecto digno de nota reside em que a lei, ao garantir ao possuidor o direito à concessão especial de uso, desde que tenha observado os requisitos nela fixados, não deixou à Administração qualquer margem de flexibilidade no que toca à aferição dos critérios de conveniência e oportunidade como base para a prática do ato. Não há qualquer indício de discricionariedade na conduta do administrador. Sendo assim, ou

²² Dispõe sobre a concessão de uso especial de que trata o § 1º do art. 183 da Constituição, cria o Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano - CNDU e dá outras providências.

estará obrigado a outorgar a concessão ao possuidor, se observados os requisitos da lei, ou, se não observados, estará obrigado a denegá-la. Tudo isso demonstra que a concessão de uso especial é formalizada por ato administrativo vinculado.

Averbe-se, por último, que a lei instituiu um direito subjetivo em favor do possuidor que tenha cumprido as suas exigências. Por via de consequência, consumado o suporte fático previsto na lei, o possuidor tem direito subjetivo à expedição do ato de concessão de uso pela Administração. A esta caberá averiguar exclusivamente a observância dos requisitos: tendo sido preenchidos pelo possuidor, estará obrigada a expedir a concessão, o que reforça a natureza de atividade administrativa vinculada.²³

Não é demais salientar que a Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia não gera qualquer direito de propriedade ao beneficiário, não implicando assim em ofensa à propriedade do bem público, consoante a doutrina, *verbis*:

CARLOS BASTIDE HORBACH sustenta que se trataria de prescrição aquisitiva do direito de uso sobre o imóvel público possuído (Estatuto da Cidade, RT, vários autores, 2002, p. 103; coord. Por Odete Medauar e Fernando Dias Menezes de Almeida). Com a devida vênia, entendemos que não se trata de prescrição aquisitiva, pois que o possuidor não adquire a propriedade do imóvel, como sucede no usucapião, mas somente o direito de uso em caráter permanente. (*Apud* CARVALHO FILHO, 2006, p. 371)

Conforme demonstrado, a Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia é um novo e importante instrumento da política urbana, passível de ser utilizado, inclusive pelo Poder Judiciário, na solução de lides que envolvam a regularização fundiária, recorrentes na Justiça do Distrito Federal e em todo o Brasil.

Cabe aos aplicadores do direito, portanto, a importante tarefa de fazer a necessária ponderação entre todas as normas aplicáveis ao caso concreto, não se limitando aos institutos clássicos de solução de conflitos quando estes não forem suficientes para dar à questão uma solução justa e eficaz, compatível com a Constituição Federal, cuja defesa possibilita, inclusive, o controle jurisdicional de políticas públicas a fim de se fazer respeitar o Estado Democrático de Direito.

²³ CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 2 ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2006, p. 371/372

4.2.3 Das tutelas de urgência para aplicação do Estatuto da Cidade

No tocante à possibilidade de concessão de tutelas de urgência para a aplicação do Estatuto da Cidade, esta foi expressamente inserida na Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85, art. 1º, III)

Embora desnecessária tal previsão legal, diante do poder de cautela do juiz, sempre presente na análise de qualquer processo (CPC 798), além da possibilidade de antecipação de tutela na presença dos requisitos legais (CPC 273) tal disposição expressa não deixa de representar um avanço, ao incluir a ordem urbanística, até pouco tempo tão esquecida, como objeto de ações coletivas em defesa da função social e ambiental da cidade.

Da pesquisa jurisprudência sobre as tutelas de urgência em face da aplicação do Estatuto da Cidade, depreende-se que o Poder Judiciário tem agido ativamente no sentido de concedê-las, no tocante às construções erigidas em Áreas de Preservação Permanente dentro dos centros urbanos, o que demonstra uma interpretação que integra de forma absolutamente eficaz, as normas de direito ambiental e urbanístico. Confira-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CAUTELAR. REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE.

1. Consta do relatório técnico elaborado pelo SIV-Solo/DF, que o imóvel em questão está localizado em Área de Preservação Permanente (APP de Vereda), na qual não é permitida a supressão da vegetação, exceto por autorização especial, em caso de utilidade pública ou interesse social (Código Florestal 1º e 3º, § 1º; Resolução nº 303/2002 do CONAMA).

2. É inviável a manutenção da acessão erigida em Área de Preservação Permanente, pois o direito à moradia não pode ser observado de forma isolada, mas em conjunto com os princípios, também constitucionais, da defesa do meio ambiente (CF 225), da função social da propriedade (CF 5º XXIII), e da função sócio-ambiental da cidade (CF/88, 182 e Estatuto da Cidade, 1º).

3. Negou-se provimento ao agravo de instrumento. (20070020050079AGI, Relator SÉRGIO ROCHA, 2ª Turma Cível, julgado em 05/09/2007, DJ 06/12/2007 p. 87)

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. DETERMINAÇÃO DE DEMOLIÇÃO DE OBRA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ÁREA DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL. REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA. PODER DE POLÍCIA.

1. (...)

3. "É inviável a manutenção da acessão erigida em Área de Preservação Permanente, pois o direito à moradia não pode ser observado de forma isolada, mas em conjunto com os princípios, também constitucionais, da defesa do meio ambiente (CF 225), da função social da propriedade (CF 5º XXIII), e da função sócio-ambiental da cidade (CF/88, 182 e Estatuto da Cidade, 1º)" (20070020050079AGI, DJ 06/12/2007 p. 87)

4. Agravo interno conhecido e não provido. (20070110496433APC, Relator J.J. COSTA CARVALHO, 2ª Turma Cível, julgado em 03/06/2009, DJ 02/07/2009 p. 72)

Sobre o tema, pertinente a transcrição do inteiro teor do voto de relatoria proferido pelo Excelentíssimo Desembargador, Renato Nalini, do TJSP, no julgamento de agravo de instrumento interposto contra o indeferimento de antecipação de tutela em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público, *verbis*:

Vistos etc.

Agrava de instrumento o Ministério Público da decisão do juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública de GUARULHOS que nos autos da ação civil pública ambiental 1620/2008, deferiu apenas parcialmente a liminar pleiteada.

Conferiu-se efeito suspensivo ativo ao agravo e deferiu-se o rol de providências pleiteado pelo *Parquet* na ação civil pública, por se cuidar de parcelamento clandestino do solo com supressão de vegetação em área de preservação permanente.

O juízo prestou informações e a Municipalidade pleiteou reconsideração da liminar, o que foi indeferido.

A Municipalidade ofereceu contra-minuta e o Parecer da Ilustrada Procuradoria Geral de Justiça é no sentido do provimento do agravo.

É uma síntese do necessário.

A ação civil pública ambiental promovida pelo Ministério Público de GUARULHOS contra a Municipalidade e os espólios de Vicente Paula Pinto e Maria Auxiliadora Pinto, Manoel Carlos Jesus Cantadeiro, Lázaro Seviolle e Imobiliária e Construtora Continental Ltda é mais um dos lamentáveis episódios da má utilização do solo urbano.

Embora com deferimento parcial da liminar pleiteada, o juízo deixou de acolher pretensões que garantam a viabilidade da ação civil pública e tornem efetivamente eficaz a realização do justo concreto. Por isso é que ao despachar este agravo, o relator atendeu - integralmente - à pretensão ministerial.

Todos os requeridos na ação civil pública ambiental são responsáveis por gravíssimos danos perpetrados contra o já maltratado meio ambiente. O loteamento é clandestino, pois desatende ao que é essencial em termos de parcelamento do solo urbano.

Invade área de preservação permanente, ocupa áreas de risco, incorre em outras restrições de uso. E a extensão da medida liminar era imposição da aspiração do Estado-juiz a realizar o melhor justo concreto possível.

O Município não é parte ilegítima para compor a lide ambiental. O ordenamento erigiu o Município à categoria de entidade da Federação. E

isso não implica em declaração meramente retórica. Ele é responsável por aquilo que de mais perto afeta a vida do munícipe. De se recordar a fala clássica do grande Professor de Introdução à Ciência do Direito ANDRÉ FRANCO MONTORO, de que ninguém mora na União ou no Estado; todos moram no Município.

O ordenamento impõe a todos - Poder Público em geral - sociedade e cidadania, a tutela ambiental. E em relação ao parcelamento do solo, incumbe ao Município fornecer diretrizes, fiscalizar a adequada utilização do território, acompanhar as obras, exercer o seu indeclinável poder de polícia sobre o empreendimento.

Loteamento não é negócio da iniciativa privada, como se fora a prática de um ato comercial singelo. O urbanismo é valor acolhido pela Constituição e o Estatuto da Cidade só veio reconhecer aquilo que a lei esparsa e a jurisprudência já impunham a um sério governo municipal.

Se o Município se omite, ele falha com ura dever de ofício. Torna-se cúmplice do loteamento clandestino. Tanto que a Lei 6766/79 impõe ao Município a realização das obras incompletas. Total a sua responsabilidade. Não há condição alguma de ser excluído da lide.

Não existe nulidade alguma neste agravo que recompôs a ordem na ação civil pública ambiental. O juiz brasileiro não perdeu o seu poder geral de cautela e a teia protetiva do Poder Público, seja na concessão de prazos maiores, seja na manutenção do recurso oficial e outros dispositivos, não tem em vista privilegiar uma pessoa jurídica de direito público interno. Ao contrário: pretende poupar o erário de se onerar pelo inadequado uso do poder estatal.

Era urgente a preservação do Município no pólo passivo da relação jurídico-processual. Caso contrário, haveria a continuidade de uma degradação séria, talvez irreparável, ou de custo imenso na regeneração do ambiente deteriorado. Por inação, leniência, omissão, negligência ou descaso da Prefeitura, o munícipe é que teria de responder por essa incúria.

Nesse ponto, a fala ministerial de segundo grau responde - à sociedade - por todas as objeções levantadas. Fica a integrar o presente voto.

É lamentável que o Poder Público invoque o ordenamento para se liberar de um dever de ofício: tutelar o ambiente maltratado e garantir a subsistência das futuras gerações. Não foi isso o que o constituinte - poder soberano, que fala em nome do povo e da Nação - pretendeu, ao sofisticar a proteção ecológica no artigo 225 e seus parágrafos da Carta da República.

Fazenda Pública que se olvida de seu dever básico e resiste a cumprir a Constituição, precisa ser compelida a fazê-lo mediante a fixação de sanções pecuniárias. Na espécie, fixadas de acordo com o potencial econômico da maior cidade paulista depois da capital.

Nada a alterar na liminar que, diante da urgência, da gravidade, da exuberância de argumentos e da catástrofe continuada que se anunciava, foi oportunamente conferida.

Por estes fundamentos, mais aqueles contidos no parecer ministerial de segundo grau, provê-se o agravo em todos os seus termos.²⁴

²⁴ TJSP, Agravo de Instrumento 994081523125 (8263905000), Relator(a): Renato Nalini, Comarca: Guarulhos, Órgão julgador: Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Data do julgamento: 16/04/2009, Data de registro: 27/05/2009

Outra hipótese em que cabível e necessária a utilização das tutelas de urgência a fim de resguardar tanto o processo, quanto o direito material indisponível em questão, ocorre nos feitos onde se discute a idoneidade na elaboração dos Planos Diretores dos municípios, como ocorre no seguinte julgado, onde também se faz necessária a transcrição do inteiro teor do voto de relatoria proferido pelo Eminentíssimo Relator Celso Bonilha, nos seguintes termos:

Agravo de instrumento tirado contra a r. decisão que, em ação cautelar preparatória de ação civil pública, deferiu a medida acautelatória *inaudita altera pars*, suspendendo a tramitação do projeto de Plano Diretor do Município de São Sebastião. A r. decisão encontrou provados os requisitos ensejadores da ação cautelar, quais sejam, do perigo na demora pelos efeitos da aprovação do Plano, e da fumaça de bom direito, diante da suspeita de descumprimento do Estatuto da Cidade e suas normas regulamentares (fls. 80/86).

Aduz a urbe agravante, em resumo, a incorreção da decisão ao o fundamento de que houve perfeita participação popular na formação do projeto, através de regulares audiências públicas, bem como pela disponibilização de todo o andamento do projeto através de meios eletrônicos e pessoais.

Formado o instrumento, subiram os autos.

O reclamo não merece provimento. Neste exame de perfunctória cognição, não há como verificar com exatidão o fiel cumprimento das normas previstas no art. 40 e seguintes do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), nem aquelas previstas na Resolução nº 25/2005, que disciplinam, entre outras, a efetiva participação popular na formação do Plano Diretor.

De outra banda, verifica-se que ao entrar em vigor, o Estatuto da Cidade impôs o prazo de cinco anos para que os municípios elaborassem seus Planos Diretores, prazo esse que se expirou em 09.10.2006, ou seja, um dia antes da apresentação do projeto pelo Executivo ao Legislativo local (apresentado em 10.10.2006).

Assim, a cautela recomenda a suspensão da tramitação do referido diploma até a averiguação de sua efetiva idoneidade, uma vez que compromete não só a própria administração pública municipal, como uma comunidade indeterminada de pessoas, além de um ecossistema importante para todo o Estado de São Paulo.

Mais a mais, não se trata de contexto fático irreversível, pois caso seja efetivamente comprovada a idoneidade do Plano Diretor, o resultado será a improcedência da ação cautelar, retomando o projeto seu curso normal. Assim, segundo o ensinamento de ALFREDO BUZUID, servindo-se de um conceito de CHIOVENDA, a liminar corresponde à necessidade efetiva e atual de afastar o receio de um dano jurídico. Os dois requisitos que autorizam a concessão da liminar, em ações com essa possibilidade, são a relevância do fundamento e o receio de lesão ao direito. A

relevância do fundamento, também chamada de "fumaça de bom direito" deve trazer para o Julgador uma presunção de que seu direito está sendo ameaçado ou já invadido. É *fumus boni iuris*. E o receio de lesão ao direito, é chamado de "perigo na demora", onde se verifica que o processo é um instrumento de proteção e busca da justiça, visando a impedir danos irreversíveis e a destruição de bens e direitos insubstituíveis dos jurisdicionados. Por isso que para sua concessão, há de configurar-se no plano fático a sua urgência, sob pena de tornar-se o processo ou um instrumento ineficaz pela sua demora natural.

Por fim, na análise da tutela de urgência só o Juiz Natural - por livre convicção motivada - é que tem eficiência plena em decidir, pois ligado umbilicalmente aos fatos em litígio. Às Cortes de Superposição, somente é lícito modificar-lhe a decisão em casos de manifesta contrariedade à lei ou evidente abuso de poder. E não é o caso dos autos. Aliás colaciona-se ementário jurisprudencial no seguinte sentido, a saber: "Há vários acórdãos entendendo que a concessão ou denegação da liminar fica ao prudente arbítrio do juiz, só podendo ser reformada, pelo tribunal em caso de evidente ilegalidade." (RT 572/223, JTA 91/405, 98/357, 103/383). E, repita-se, não é o caso dos autos.

Destarte, todas as demais alegações da agravante pedindo a reforma da decisão interlocutória, deverão ser analisadas no exame do mérito da demanda cautelar ou ainda da demanda principal, quando a lide atingirá o caráter da definitividade através do devido processo legal de cognição exauriente.

Com base em tais argumentos, nega-se provimento ao recurso.²⁵

Imprescindível, ainda, a transcrição do julgado a seguir colacionado, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o qual, apesar de não ter concedido a antecipação de tutela almejada, o fez apenas diante da ausência de perigo de dano, reconhecendo, por outro lado, a relevância da fundamentação, no tocante à obrigatoriedade da administração pública em dar efetivo cumprimento às normas urbanísticas advindas do Estatuto da Cidade. Confira-se:

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto pelo Município de Manhuaçu contra decisão de fls. 17/20 que, nos autos da "Ação Civil Pública c/c Obrigação de Fazer" que lhe move o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, deferiu o pedido de antecipação de tutela, para determinar que o agravante, por seu representante legal "no prazo de 30 dias, proceda com as medidas indispensáveis a serem tomadas para dar início ao procedimento legislativo, de iniciativa do Sr. Prefeito, tudo conforme previsto no art. 13, parágrafos 1º e 2º da Lei n.º 2.595//2006 (Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano do Município de Manhuaçu/MG; dando impulso, desta forma, a regular processo legislativo), sob pena de pagamento de multa diária por atraso no

²⁵ TJSP, Agravo de Instrumento 994071684730 (6312455200), Relator(a): Celso Bonilha, Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Público, Data de registro: 07/03/2007

cumprimento desta decisão, no importe de R\$500,00 (quinhentos reais); multa esta que poderá ser objeto de execução provisória, em caso de descumprimento, ensejando depósito judicial, na forma legal; e, ainda, instauração de procedimento para apurar prática de improbidade administrativa por parte do Sr. Prefeito Municipal, por omissão."

Sustenta o agravante, preliminarmente, que a decisão é *extra petita*, uma vez que "ultrapassa os limites do pedido, fixando prazo diverso do requerido para cumprimento e ainda consistindo em verdadeira ameaça a instauração de procedimento para apurar prática de ato de improbidade, e execução provisória de multa, aspectos sequer mencionados, seja na inicial seja no posterior pedido de liminar, e que revelam verdadeira arbitrariedade e abuso de poder" (fl.06), aduzindo, ainda, a impossibilidade da concessão da tutela antecipada contra o Poder Público, e, *ad argumentadum*, "ainda que se considere a admissão da concessão da medida em questão contra o Poder Público" (fl.10), ausentes nos autos os requisitos para o deferimento da medida.

Afiança, ainda, "o planejamento de desenvolvimento urbano do Município de Manhuaçu, com a elaboração de programas e políticas de gestão é ato administrativo, insindicável pelo Poder Judiciário, cabendo exclusivamente à chefia do executivo, sob análise da conveniência e oportunidade do ato" (fl.10), e, por fim, que "o perigo de dano irreparável caso mantida a decisão ora agravada, eis que não dispõe o Município ora agravante de meios ou disponibilidade financeira para arcar com os custos do desenvolvimento do referido programa e de sua execução, visto que todo o orçamento já está comprometido com o pagamento de pessoal, saúde, educação, segurança, e ainda planos de execução prioritária já incluídos nas rubricas da Lei Orçamentária Anual", fl. 14, pugnando pelo provimento do recurso.

(...)

A douta Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais apresentou parecer às fls. 300/309, opinando pelo desprovimento do recurso.

Ab initio, no que tange a preliminar de nulidade da decisão, à assertiva de que padece de vício *extra petita*, tenho que não assiste razão agravante, verificando-se dos autos que decisão censurada foi proferida nos limites balizados pelo pedido, extraindo-se da manifestação de fls.243/244 (fls. 93/95 dos autos de origem) que: "absolutamente nada justifica a demora na adoção das providências na Gestão da Política Urbana local, notadamente a observar-se o que preceituam o Estatuto da Cidade e Plano Diretor de Manhuaçu MG, conforme exaustivamente exposto na peça de ingresso; (...). Do exposto, requer o Ministério Público a concessão de medida liminar para que seja compelido o Município a elaborar, discutir, aprovar e sancionar Lei Específica de parcelamento, edificação ou utilização compulsória do solo urbano não edificado, prioritariamente nas zonas de adensamento preferencial, de expansão urbana e de indústria e comércio, com início dos trabalhos em 30 (trinta) dias e finalização em 60 (sessenta) dias, a serem contados da notificação da concessão da liminar, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), por dia de descumprimento", fls. 243/244.

Consta da decisão agravada que: "Posto isso e por tudo mais que dos autos consta, nos termos do artigo 273 c/c artigo 461, §3º, ambos do CPC, defiro o pedido de antecipação de tutela específica formulado pelo

i. Promotor de Justiça e faço para determinar que o Município de Manhuaçu, por seu representante legal, no prazo máximo de 30 dias, proceda com as medidas indispensáveis a serem tomadas para dar início ao procedimento legislativo, de iniciativa do Sr. Prefeito, tudo conforme previsto no art. 13, parágrafos 1º e 2º da Lei 2.595/2006 (Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano do Município de Manhuaçu/MG; dando impulso, desta forma, a regular processo legislativo), sob pena de pagamento de multa diária por atraso no cumprimento desta decisão, no importe de R\$500,00 (quinhentos reais); multa esta que poderá ser objeto de execução provisória, em caso de descumprimento, ensejando depósito judicial, na forma legal; e, ainda, instauração de procedimento administrativo para apurar prática de improbidade administrativa por parte do I.Sr. Prefeito Municipal, por omissão." (fls. 19/20)

Constata-se, portanto, que se ateu a magistrada singular em aplicar a legislação que rege a espécie aos fatos constantes dos autos, verificando-se que a circunstância de fixação do prazo máximo de 30 dias para o cumprimento da ordem, ou mesmo as advertências referentes à possibilidade de execução provisória da multa e instauração de procedimento administrativo para apurar prática de improbidade, não implicam no desacordo da decisão com o pedido, motivo pelo qual não há que se falar em sua nulidade por vício *extra petita*.

Isto posto, rejeito a prefacial de nulidade da decisão.

Revelam os autos que o Ministério Público do Estado de Minas Gerais ajuizou "Ação Civil Pública" em face do Município de Manhuaçu (fls. 27/46), alegando que em 10 de outubro de 2006, foi sancionada a Lei Municipal nº 2.595/2006, que instituiu no Município o "Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano do Município de Manhuaçu MG", estabelecendo que lei municipal específica fixaria as condições e prazos para a implementação das políticas de cumprimento da função social da propriedade que poderá obrigar o parcelamento, edificação ou utilização compulsória do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, no entanto, "decorridos mais de 06 meses da sanção da Lei Municipal supramencionada, nenhuma providência foi adotada para a edição da lei específica a respeito", fl. 29.

(...)

A MM. Juíza de primeiro grau deferiu pedido liminar, na forma de tutela antecipada, o que motivou a presente irresignação.

Inicialmente, no que tange a alegação de que "absolutamente incabível a concessão da medida liminar, haja vista a necessidade premente de se proceder à devida apuração dos fatos delineados do Agravo" (fl.07), incumbe registrar a possibilidade do deferimento da antecipação dos efeitos da tutela antes da formação do contraditório, sem que isso constitua ofensa a tal princípio, tendo em vista a própria natureza da medida, sendo, nesse sentido, esclarecedora a lição de NELSON NERY JÚNIOR E ROSA MARIA DE ANDRADE NERY: "Quando a citação do réu puder tornar ineficaz a medida, ou, também, quando a urgência indicar a necessidade de concessão imediata da tutela, o juiz poderá *inaudita altera pars*, que não constitui ofensa, mas sim limitação imanente do contraditório, que fica diferido para momento posterior do procedimento" (*in* Código de Processo Civil Comentado, 6ª ed., São Paulo: RT, 2002, p. 614).

Ainda, no que concerne às assertivas do recorrente de que contra a

Fazenda Pública não é possível a concessão de antecipação de tutela, urge ressaltar que a pretensão do ora agravado não encontra obstáculo no disposto pela Lei nº 9.494/97, nº 8.437/92 e nº 4.348/64 ou pelo artigo 475 do Código de Processo Civil.

De fato as Leis nºs 9.494/97 e 8.437/92 não proíbem a antecipação dos efeitos da tutela, apenas assinalando os casos em que seria admissível, inexistindo vedação para a presente hipótese, relativa a implementação do procedimento legislativo, não havendo que se falar em esgotamento do objeto da ação, incumbindo a esse Tribunal a devida apreciação da matéria, registrando-se, nesse passo, a inaplicabilidade do artigo 5º da Lei nº 4.348/64, que trata da concessão de medida liminar em mandado de segurança visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens.

Registra-se, ainda, que o artigo 475, inciso I do CPC determina que a sentença de mérito proferida contra a Fazenda Pública não produzirá efeito, senão depois de confirmada pelo Tribunal, não se referindo às decisões interlocutórias, que não sendo decisões terminativas não constituem empecilho à concessão de medidas antecipatórias, razão pela qual passarei à apreciação das questões debatidas no caso em espeque.

(...)

Nesse passo, verifico, neste juízo perfunctório, a verossimilhança do direito alegado, na medida em que o artigo 182 da Constituição Federal dispõe que, "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 seu habitantes", estabelecendo, ainda, em seu § 1º que "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."

Além do mais, o processo nos dá ciência de que o "Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano do Município de Manhuaçu MG", instituído pela Lei Municipal nº2.595/2006, impõe ao Município o dever de implementar legislação municipal específica, visando o cumprimento da função social da propriedade, obrigando o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado silente, no entanto, no que concerne ao prazo para o início do procedimento legislativo, inviabilizando o sistema (art. 13, Lei nº2.595/06, fl.121 -TJMG).

Todavia, não se afigura presente o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, requisito indispensável à antecipação da tutela, uma vez que, ao final, em caso de procedência do pedido exordial a medida pleiteada terá total eficácia, motivo pelo qual a reforma da decisão agravada é medida que se impõe.

Em caso semelhante aos dos autos, onde também figura como agravante o Município de Manhuaçu, decidiu, recentemente, esse e. Tribunal de Justiça: EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - OBRIGAÇÃO DE FAZER - ELABORAÇÃO DE MAPA DE MACROZONEAMENTO URBANO PELO EXECUTIVO - TUTELA ANTECIPADA E ESPECÍFICA - REQUISITOS - AUSÊNCIA. Diferente da previsão normativa genérica da tutela antecipada contida no artigo 273 do CPC, o parágrafo 3º do artigo 461, do mesmo Diploma Legal, expressamente estabelece a possibilidade de se ter antecipada a tutela específica, alusiva às obrigações de fazer e

não fazer, quando não só for relevante o fundamento da demanda, mas, também, quando houver justificado receio de ineficácia do provimento final. Não demonstradas as condições gerais da antecipação da tutela, o indeferimento do pedido de tutela específica na forma do § 3º do art. 461 do CPC é medida que se impõe. (AGRAVO Nº 1.0394.07.066977-2/001, -RELATOR: EXMO. SR. DES. EDILSON FERNANDES, j. 13/11/2007, p.11/12/2007)

Nesse aspecto, vale colacionar excerto do voto proferido pelo eminente Desembargador EDILSON FERNANDES: "No caso vertente, embora constate a relevância do fundamento invocado pelo agravado, uma vez que a edição do ato normativo a que se refere o parágrafo único da Lei Municipal nº 2.595/2006 (f. 148-TJ) por certo dará efetividade à política de desenvolvimento urbano do Município de Manhuaçu, não se encontra demonstrada nos autos a possibilidade de ineficácia do provimento final em razão do indeferimento da tutela pretendida, vez que eventual omissão legislativa pelo Poder competente, em flagrante violação aos princípios constitucionais norteadores da Administração Pública, poderá ser averiguada em procedimento próprio. Forçoso concluir que inexistindo as condições gerais da antecipação da tutela, o indeferimento do pedido de tutela específica na forma do § 3º do art. 461 do CPC é medida que se impõe."

Destarte, não estando demonstrados os requisitos insertos no artigo 273 do CPC, entendo que a decisão singular deve ser reformada.

Mediante tais considerações, dou provimento ao recurso, para, modificando a decisão recorrida, indeferir a tutela antecipada.²⁶

Em que pese a sua extensão, a transcrição do julgado acima transcrito é importante para o presente trabalho, pois ilustra, em um único feito, vários aspectos relevantes da questão ora abordada.

O primeiro desses aspectos é o afastamento, pela decisão acima colacionada, de um argumento muito comum utilizado pelos administradores públicos para fundamentar a sua inércia na aplicação das normas urbanísticas, que é a discricionariedade da administração pública na realização de seus atos. Sobre esse ponto, o julgado é preciso, ao afastar a aludida discricionariedade, em favor da obrigatoriedade do cumprimento, pelo Poder Público municipal, do disposto no Plano Diretor elaborado conforme as diretrizes gerais fixadas no Estatuto da Cidade e na Constituição Federal, que no caso específico impõe ao Município o dever de implementar legislação municipal obrigando ao

²⁶ Número do processo: 1.0394.07.066976-4/001(1) Numeração Única: 0669764-28.2007.8.13.0394, Relator: TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO, Data do Julgamento: 14/02/2008, Data da Publicação: 03/04/2008

parcelamento, edificação ou utilização compulsórios do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado (art. 13, Lei municipal nº2.595/06).

Outro aspecto relevante abordado pelo julgado retro, é a possibilidade de denúncia do Prefeito por improbidade administrativa, diante do descumprimento das determinações contidas no Plano Diretor.

Além desses pontos, o julgado retro reafirma, ainda, a possibilidade de concessão de antecipação de tutela quando presentes seus requisitos específicos (CPC 273), inclusive contra o Poder Público, o qual também está submetido à concessão de tutela específica para o cumprimento da obrigação de elaborar e fazer cumprir o Plano Diretor, sob pena de multa (CPC 461).

Da análise da jurisprudência sobre a matéria, depreende-se, pois, que a discricionariedade da administração pública no cumprimento das normas de direito constitucional, ambiental e urbanístico, que compõem a nova ordem urbanística inaugurada pela Constituição Federal (CF, 182) e regulamentada pelo Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01), deve ser mitigada quando a administração não cumprir, com eficiência, o papel a que foi destinada no âmbito das garantias dos direitos constitucionais, sendo possível, quando necessário ao cumprimento efetivo das finalidades do Estado Democrático de Direito, o controle jurisdicional da atividade administrativa.

CONCLUSÃO

O presente trabalho, intitulado “Atuação do Poder Judiciário na Aplicação do Estatuto da Cidade” buscou fazer uma análise da interpretação jurídica que vem sendo dada pela doutrina e pela jurisprudência pátrias às normas que compõem a chamada nova ordem urbanística nacional, inaugurada pela Constituição Federal, especialmente no seu capítulo sobre a política urbana (CF 182 e 183), regulamentado pelo Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), com ênfase na necessidade de concretização do princípio da função social da cidade e da propriedade.

De plano verificou-se não ser possível, em uma monografia, discorrer sobre vasta gama de diretrizes e instrumentos legais introduzidos no ordenamento jurídico pelo Estatuto da Cidade.

No entanto, diante da necessidade de contextualizar o assunto, optou-se por discorrer brevemente, apenas, sobre algumas diretrizes e instrumentos básicos da política urbana, como, por exemplo, o direito às cidades sustentáveis, o plano diretor e a gestão democrática das cidades, elementos que permeiam implícita ou explicitamente todo o texto do Estatuto da Cidade e, em última análise, toda a nova ordem urbanística nacional.

Somente após o estudo de tais institutos legais, é possível vislumbrar a relevância e urgência que elevam o Estatuto da Cidade à categoria de norma de ordem pública, aplicável de ofício, conforme determina o seu art. 1º, parágrafo único.

A partir de então foi possível realizar a pesquisa doutrinária e jurisprudencial sobre a atuação do Poder Judiciário na efetiva aplicação das normas elencadas no Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01).

Da pesquisa doutrinária é possível concluir que os doutrinadores especializados em direito ambiental e urbanístico, assim como constitucionalistas renomados, como José Afonso da Silva, compreenderam, de plano, a importância

da aplicação prática do Estatuto da Cidade, para a concretização do princípio da função social da cidade e da propriedade, previsto no art. 182 da Constituição Federal.

A doutrina aplaude e clama pela aplicação do Estatuto da Cidade por todas as esferas de Poder, inclusive pelo Poder Judiciário, cuja atuação efetiva é imprescindível ao alcance dos objetivos da norma.

Todavia, no tocante à pesquisa jurisprudencial verificou-se uma atuação bastante acanhada do Poder Judiciário no efetivo cumprimento das normas dispostas no Estatuto da Cidade.

Tal acanhamento se deve, em grande parte, ao desconhecimento da norma pelos aplicadores do direito.

Por parte dos Advogados, percebe-se a ausência de pedidos formulados com fulcro nas normas descritas no Estatuto da Cidade, sendo raros os processos que aduzem tais fundamentos.

Com relação aos juízes observa-se, ainda, certa resistência na solução das lides com fundamento do Estatuto da Cidade, cuja aplicação exige uma interpretação sistemática da legislação constitucional, ambiental e urbanística, além de uma visão social dos conflitos urbanos.

Ao contrário, o que se observa é, ainda, a solução de lides mediante aplicação pura e simples de institutos clássicos do direito civil e administrativo, como, por exemplo, os institutos da posse, da propriedade e da discricionariedade da administração pública da condução de seus atos.

Já o Ministério Público, como detentor de legitimidade para o ajuizamento de ações civis públicas para defesa da ordem urbanística, vem agindo bastante na fiscalização e defesa da aplicação do Estatuto da Cidade, exercendo talvez, na atualidade, o mais importante papel na busca pela efetividade da norma.

Importante lembrar que o Estatuto da Cidade estabelece, além do engajamento dos três Poderes, a participação efetiva da comunidade na busca pela concretização da função social da cidade e da propriedade, através da

obrigatoriedade de audiências públicas para que o Poder Público possa colocar em prática os instrumentos da política urbana.

No entanto, até o momento a participação popular não vem sendo de fato exercida, sobretudo diante da ausência de informação da população a respeito do dever e do poder colocado em suas mãos pelo Estatuto da Cidade.

De todo o estudo da matéria, é possível elencar, a título de conclusão, seguintes considerações:

1. inegável a importância e a necessidade do Estatuto da Cidade para a solução dos diversos problemas que afligem os centros urbanos brasileiros na atualidade, cuja solução passa, direta ou indiretamente pela aplicação efetiva de suas normas, a qual deve ser determinada pelo Poder Judiciário, que não pode abster-se de fazer cumprir o ordenamento constitucional-urbanístico, inclusive de ofício, por tratar-se de norma de ordem pública e interesse social;

2. para que o Poder Judiciário possa realizar com eficiência tal tarefa, impõe-se uma evolução interpretativa na solução das lides geradas pela ocupação desordenada dos centros urbanos, cuja solução vai muito além da utilização dos institutos clássicos do direito civil e administrativo, fazendo-se necessária uma interpretação sistemática e social das normas de direito constitucional, ambiental e urbanístico que regem a matéria, bem como, quando possível e necessário, o efetivo controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário;

3. essa evolução na interpretação do direito aplicável às lides que envolvem o Estatuto da Cidade somente pode ser alcançada mediante a divulgação e discussão da norma nos meios acadêmicos e jurídicos, a fim de que os estudantes e os operadores do direito passem a se familiarizar com a nova ordem urbanística nacional, e possam, de forma efetiva, atuar para a sua concretização;

4. a necessidade de divulgação do Estatuto da Cidade não está restrita aos meios acadêmicos e jurídicos, sendo necessário, ainda, informar a sociedade sobre o poder colocado em suas mãos para a definição dos rumos da política

urbana de cada município brasileiro, através da gestão democrática da cidade, uma das principais diretrizes do Estatuto da Cidade, que confere à população um papel ativo na concretização do princípio constitucional da função social das cidades brasileiras.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Horácio Rafael de Albuquerque, Tutela de urgência: o instrumento da efetividade jurisdicional, Disponível em: <http://www.r2learning.com.br/_site/artigos/artigo_default.asp?ID=1231>. Acesso em: 31 outubro 2010.

ALBUQUERQUE Ricardo Tavares de; MARTINEZ Sérgio Rodrigo, Tutela de Urgência e o Juízo De Sustentabilidade Sumário nas Lides Ambientais, Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/14_263.pdf>. Acesso em: 31 outubro 2010.

ARAÚJO Thiago Cássio. Tridimensionalidade principiológica da democracia ambiental, *Revista Fórum de Direito Urbano e Ambiental*, Belo Horizonte, n. 37, p. 84/85, jan/fev de 2008

ARISTÓTELES. Política. Tradução de Pedro Constantin Tolens, 5ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2010

BRASIL, Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências www.presidencia.gov.br

FERNANDES, Edésio. Regularização de assentamentos informais: o grande desafio dos municípios, da sociedade e dos juristas brasileiros. Biblioteca Digital Fórum de Direito Urbano e Ambiental - FDU, Belo Horizonte, ano 1, n. 5, set./out. 2002. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=10508>>. Acesso em: 31 outubro 2010

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Estatuto da Cidade Comentado*, 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Disponível em <<http://www.ibge.gov.br/cidadesat/topwindow.htm?1>> Acesso em: 18 nov. 2010

CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 2 ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2006

KORESSAWA, Elayne da Silva Ramos Cantuária, *Controle Jurisdicional da Atividade Administrativa*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2009

MUKAI, Sylvio Toshiro. Constitucionalidade da Concessão Especial para Fins de Moradia. *Biblioteca Digital Fórum de Direito Urbano e Ambiental - FDU*, Belo Horizonte, ano 3, n.13, jan./fev.2004. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=11129>>. Acesso em: 10 novembro 2010

OLIVEIRA FILHO, João Telmo de. O Estatuto da Cidade: fundamentos e principais instrumentos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 347, 19 jun. 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5370>>. Acesso em: 29 out. 2010.

QUEIROZ, João Eduardo Lopes. Principais Aspectos Históricos, Sociológicos e Jurídicos da Lei nº 10.257, de 10 de Julho de 2001. *Direito Constitucional das Cidades. Quatro Anos de Existência do Estatuto da Cidade: Houve Mudanças?* *Biblioteca Digital Fórum de Direito Urbano e Ambiental - FDU*, Belo Horizonte, ano 4, n. 23, set./out. 2005. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=31783>>. Acesso em: 31 outubro 2010