

DIREITO À PROPRIEDADE E A (IN) EFICÁCIA DO PODER JUDICIÁRIO. Implementação dos instrumentos do Estatuto da Cidade e a robustez do Poder Judiciário.

Jussara Martins Nogueira

1 INTRODUÇÃO

A grande parte da população mundial, perto de 80%, está vivendo nas áreas urbanas, isto é fato, isto é dado. O mundo hoje vive grandes desigualdades sociais, abaixo da linha da pobreza, isto é fato. Há necessidade de se reverter algumas dessas situações, a saída não é somente remessa dos países ricos para os países pobres, há necessidade de se pensar em soluções que realmente equilibre esta balança tão desigual. Cidades excludentes, espaços mal-ocupados, assentamentos humanos, que poderiam ser chamados de desumanos. Estas são as características de nossas cidades.

Dentro dessa perspectiva e entendendo que um dos grandes problemas é a forma de apropriação da terra, foi a partir de uma consciência mundial que estamos vivendo no Brasil o início de uma mudança, quando nos 18 anos de vida de nossa Constituição Federal, e 5 anos do Estatuto da Cidade, Lei 10.257, passados quase dois meses do prazo de aprovação da Lei do Plano Diretor de todas as cidades brasileiras com mais de 20.000 habitantes.

Por que o Plano Diretor é importante? Por que se entende que ele vá dirigir o futuro das cidades e das pessoas que ali moram, passam, trabalham, estudam, ou seja, qualquer atividade desenvolvida pelo homem. Quer dizer, o Plano Diretor de uma cidade desenhar em palavras a forma como a cidade vai crescer, para que lados, de que jeito, como e etc.

A concentração de áreas agraciadas pelo Poder Público com serviços e infra-estrutura nas mãos de pouquíssimos é um dos grandes entraves para que a **função social da cidade e a função social da propriedade**, previstas na Constituição Federal de 1988 se torne eficaz.

É do conhecimento de todos a necessidade de evolução do conceito de propriedade, diante das demandas modernas de nossa sociedade, A visão estreita da propriedade de forma absoluta e individualista não cabe no contexto atual, fazer

uso da propriedade de forma individual, egoísta e de forma indiscriminada não cabe mais. Aqueles entendimentos liberais onde a propriedade só atende aos desejos e interesses de uma classe pequena, privilegiada historicamente, consagrada ainda na Revolução Francesa não mais atingem aos anseios sociais de nossos tempos, em pleno século XXI.

Não se deve entender como uma mudança rápida e fácil, não, tem um processo longo, contínuo, lento, que faz parte da própria evolução de nossa sociedade. É sempre interessante estudar e compreender como está se dando esta mudança para que se entenda o momento atual e descubra formas mais acertadas de continuidade desse processo, sempre em busca de uma sociedade mais justa.

O enfrentamento atual passa pelo desafio da efetivação do princípio da função social, sua consagração no ordenamento jurídico desde 1988, na Constituição Federal muito pouco valeu, uma vez que não foi bastante para sua concretização e efetivação, não foi suficiente para atender a demanda da sociedade tão carente e necessitada.

Busca-se, sobretudo, maior solidariedade no uso dos bens materiais, combatendo o desperdício e equilibrando os recursos disponíveis de forma a satisfazer de maneira mais justa as necessidades humanas, materiais e pessoais.

O objeto do presente artigo é, analisar, a partir de uma evolução histórica, a necessidade do Poder Judiciário e Poder Público estarem organizados para que os processos de implementação dos instrumentos previstos no Estatuto da Cidade e da Constituição Federal aconteçam de forma célere e eficaz. Somente desta forma as cidades serão mais justas e para todos.

2 PROPRIEDADE E AS CONSTITUIÇÕES

A primeira Constituição brasileira, ou seja, depois da independência foi em 1824, em seu artigo 179, o direito da propriedade foi elencado como direito individual, absoluto, somente era possível o rompimento desse direito por meio da desapropriação, com indenização em dinheiro. Neste momento, a desapropriação não tinha a função social, até porque era possível a desapropriação em bens que desempenhavam este papel, a condicional era a indenização prévia, justa e em dinheiro. Explica Gondinho:

“A desapropriação é simples limitação pública do caráter perpétuo da propriedade, possibilitando ao Poder Público determinar a transferência compulsória do domínio privado para seu patrimônio ou de seus órgãos. A função social da propriedade supera a questão do poder desapropriante, pois é verdadeiro elemento estrutural do direito de propriedade, influenciando seu conceito, exercício e tutela” (ANDRÉ OSÓRIO GONDINHO, 2000, p.407).

Neste momento a desapropriação não possui a natureza jurídica de sanção, mas uma necessidade da ação do Estado frente a uma demanda pública. A propriedade passa pela transferência de um bem particular para um bem do patrimônio público.

O texto legal de 1891, a Constituição Republicana, quando da passagem do período do império para a República em nada mudou o conceito da propriedade, dando continuidade a propriedade como direito absoluto, dentro dos conceitos herdados na Constituição francesa de Napoleão.

Neste período a economia brasileira estava baseada na agricultura do café, com muitos interesses onde a propriedade era a base do poderio econômico, onde os grandes latifúndios é a forma predominante de parcelamento das terras brasileiras. E passava muito distante desses interesses qualquer abordagem acerca da função social da propriedade.

A Constituição de 1934 que as inovações, timidamente, começaram a aparecer, com uma abordagem onde dizia que o direito a propriedade deveria ser desempenhar dentro do atendimento do interesse social ou coletivo. Eis o texto Constitucional:

“Art. 113 – A Constituição assegura a brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á subsistência, á segurança individual e á propriedade nos termos seguintes:

.....
 17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou colectivo, na fôrma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade publica far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em casos de perigo imminente, como guerra ou commoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem publico o exija, resalvado o direito a indemnização ulterior.”

Não houve resultados, uma vez que a lei que deveria regulamentar este uso nunca foi aconteceu. Durou pouco, nova Constituição em 1937, onde houve um recuo dentro desse entendimento, tratou da seguinte forma a propriedade:

“Art. 122 – A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no país o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

.....
 14 – O direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os seus limites serão definidos nas leis que lhe regularem o exercício (redação dada pela Lei Constitucional nº5, de 10/03/1942).”

Em 1946, promulga uma nova Constituição, onde o social é o pano de fundo, que por sua vez teve seu papel, em seu artigo 141, garantindo a propriedade como bem inviolável, com exceção nos casos de desapropriação. Outra grande mudança foi compreender que a propriedade deveria atender aos interesses e a busca do bem-estar social, em seu artigo 147, onde se daria a justa distribuição da propriedade. Isto não foi bastante para que as relações sociais mudassem, sendo injustas com os menos afortunados, a própria inércia do sistema político e da classe governante, aliada a um sentimento de reação a qualquer mudança foram mais do que suficiente para que não houvesse a regulamentação do artigo supracitado da Constituição. Este procedimento continua até hoje. Não é difícil entender que pouco adiantou este dispositivo, não houve a possibilidade de aplicação. Eis os dispositivos:

“Art. 141 – A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

.....
 §16 É garantido o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior.

Art. 147 – O uso da propriedade será condicionado ao bem estar social. A lei poderá com observância do disposto no artigo 141, §16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.”

Pode ser comprovado que historicamente no Brasil as leis que podem transformar a realidade dos menos assistidos não têm eficácia, de alguma forma os impedimentos são tantos que nunca é possível contempla-los. O interesse de quem está no poder não passa pelo atendimento das necessidades de quem mais precisa.

A Constituição de 1967 juntamente com a Emenda Constitucional de 1969 utilizou a terminologia “função social da propriedade”, pela primeira vez, entendendo haver necessidade de equilibrar os interesses dos proprietários e da sociedade. Previstos da seguinte forma:

“Art. 157 – A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:

.....
 III- função social da propriedade.

Art. 160 da EC de 1969 – A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social com base nos seguintes princípios:

.....
 III - função social da propriedade.”

Isto não passou de intenção, sem nenhuma eficácia, como bem esclarece Gondinho:

“...os dois diplomas apenas incluíram a função social da propriedade como princípio de fundamentação da ordem econômica e social, mas sem lhe outorgar o posto de garantia fundamental do cidadão, como faz o texto atual constitucional. Essa diferença de tratamento significará, como abaixo passamos a estudar, profunda modificação no direito brasileiro.” (ANDRÉ OSÓRIO GONDINHO, 2000, p. 412).

E Toshio, 2002, p.65, após descrever este histórico constitucional, declara: “Passou, assim, entre nós, a função social da propriedade a ser consolidada, expressamente, como princípio constitucional”.

Este, também, é nosso entendimento, e essas modificações só estavam começando e por isso as grandes dificuldades de todos para compreenderem e usarem, ou melhor, fazer valer este instrumento, ou melhor, este princípio. Entende-se, também que a falta de prática neste processo tem sido o maior inimigo, tanto do lado da sociedade civil como do lado do Poder Público.

Com toda certeza foi na Constituição de 1988 que a função social e da propriedade foi mais aprofundado e com mais seriedade tratou o assunto, tanto que nos artigos 5º, está previsto:

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

.....
 XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;”

Os direitos contemplados neste caput objetiva o respeito à dignidade, contra os excessos de poder cometidos pelos órgãos do Estado e estabelece o que é necessário para o desenvolvimento da personalidade humana e as condições mínimas de vida, denominados de direitos humanos fundamentais.

Definir direitos humanos tem sido um grande desafio para os grandes mestres, José Afonso da Silva com toda propriedade entende que:

“a ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no envolver histórico dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso. Aumenta essa dificuldade a circunstância de se empregarem varias expressões para designá-los, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem”,

.....
 “direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”. (JOSÉ AFONSO DA SILVA, 1997, p. 174 e 177).

Entende-se que o processo histórico tem um importante papel na definição, ou melhor, na sua redefinição, dos direitos fundamentais, de um lado é positivo, na medida em que a sociedade evolui e suas necessidades também evoluem, e neste ponto a necessidade de redefinição, por outro lado cria-se uma instabilidade nas formas de organização, uma vez fica à mercê do processo do processo político.

No entanto, os direitos fundamentais se auto-protectem, uma vez que há um entendimento da não-ingerência do Estado no universo individual, com a consolidação do entendimento da supremacia da dignidade humana em todas as camadas do ordenamento jurídico, tanto no plano constitucional, infraconstitucional, ou nos tratados e convenções internacionais. Esclarece nosso mestre Alexandre de Moraes:

“A previsão desses direitos coloca-se em elevada posição hermenêutica em relação aos demais direitos previstos no ordenamento jurídico, apresentando diversas características: imprescritibilidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, universabilidade, efetividade, interdependência e complementariedade”. (ALEXANDRE DE MORAES, 2004, p. 163)

No caput do artigo 5º da Constituição Federal tem-se garantido o direito a propriedade, dela ninguém poderá ser privado arbitrariamente, com exceção nos casos de necessidade ou utilidade pública ou o interesse social, onde será permitida a desapropriação. Neste momento a Constituição Federal assume o conceito moderno de direito de propriedade, de forma que ao mesmo tempo em que o consagra como direito fundamental, não o caracteriza como incondicional e absoluto. Com isto deu-se uma grande mudança, o sistema fechado teve

que passar por um processo de abertura para compreender e proteger outros valores, agora fundamentais para sociedade, por exemplo, a dignidade humana, substitui a “defesa de uma classe, a burguesia, mas da pessoa e dos seus interesses inalienáveis”, define José dos Santos Carvalho.

A Política Urbana passa a ter uma importância muito grande na Constituição de 1988 quando ganha um capítulo expresso, de onde se percebe a urgência de tutelar, cuidar, organizar, planejar, diante do caos instalado nas cidades brasileiras nas últimas décadas.

Destarte, a Constituição descreve a política urbana em seu artigo 182, onde ao Poder Público Municipal foi dado à incumbência de executar a política de desenvolvimento urbano, com objetivo de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. O legislador constituinte fez com a política urbana o mesmo que com a educação e saúde, delegando ao poder mais próximo do problema a sua administração. Os atores do poder público dizem que a união transferiu estas responsabilidades sem, contudo, dizer de que forma esta conta seria paga.

O constituinte faz mais, delegou à todos os municípios com mais de vinte mil habitantes, ou que estejam inseridos em regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, ou sejam integrantes de áreas de especial interesse turístico ou ainda, estejam inseridos em áreas de influencia de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional a elaborarem o Plano Diretor, nos termos de lei federal, onde em 2001, por meio da Lei Federal 10.257, forneceu as diretrizes e instrumentos necessários para a elaboração do Plano Diretor, que será estudado ainda neste trabalho em capítulo específico ao Estatuto da Cidade.

Bem, no § 1º do artigo 182, o legislador regula que o plano diretor deve ser aprovado pela Câmara Municipal e que é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. No § 2º reafirma a função social da propriedade e complementa, ela só cumpre quando “atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”.

No § 3º, o instituto da desapropriação de imóveis urbanos tem sua previsão, deverá ser feita com prévia e justa indenização em dinheiro. Por fim, no §

4º, e trazendo o instrumento mais importante para combate aos grandes estoques de terra nas áreas urbanas das cidades brasileiras, áreas, estas, providas de infraestrutura e sendo subutilizada.

A Carta de 1988 determina que dignidade humana é um fundamento constitucional, em seu artigo 1º, III, estabelecendo que os direitos e as garantias fundamentais são o eixo estrutural da sociedade brasileira, e assim a dignidade humana deve ser compreendida como bem precioso, protegido e tutelado pela Carta Maior, não é, definitivamente, simplesmente mais uma norma jurídica.

Não resta dúvida sobre o novo eixo de todo o sistema, instalando no seio do ordenamento jurídico a inovação onde elevou o ser humano como objetivo central do ordenamento jurídico.

Isto é uma incontestável inversão no tocante ao objeto de tutela do ordenamento jurídico, se no direito tradicional, com ênfase no direito civil, o objetivo era proteger a apropriação de bens e sua circulação, no direito contemporâneo a proteção da pessoa humana é concretamente o mais importante objetivo de proteção.

A dignidade humana, como bem tutelado, deve sobrepor toda e qualquer relação jurídica, inclusive a patrimonial, bem que outrora teve sua maior importância. Este princípio ético-jurídico deve orientar todo ordenamento jurídico, conferindo sistemática e unidade axiológica ao direito civil, que dá um salto e renuncia a princípios e valores individualistas. Dessa forma, o jurista deve privilegiar este princípio da dignidade humana em todo processo hermenêutica ou quando da aplicação das normas.

“A inserção da função social da propriedade no rol dos direitos e garantias fundamentais significa que a mesma foi considerada pelo constituinte como regra fundamental, apta a instrumentalizar todo o tecido constitucional e, por via de consequência, todas as normas infraconstitucionais, criando um parâmetro interpretativo do ordenamento jurídico. É interessante notar que a Constituição reservou à função social da propriedade a natureza de princípio próprio e autônomo”. (GUSTAVO TEPEDINO IN ANDRÉ OSÓRIO GONDINHO, 2000, p. 412.)

Ora, entende-se que os princípios constitucionais e fundamentais têm aplicação direta e imediata, devam incidir e permear diretamente nas relações privadas, compreende-se quando ao proteger a propriedade, no direito civil, não se justificará pelo bem em si, mas quando este estiver servindo como instrumento para

preservação de valores constitucionais, sejam eles a justiça social ou, mesmo a tutela plena da dignidade da pessoa humana.

É sabido que a legislação infraconstitucional deve respeitar a superioridade hierárquica aos princípios e preceitos previstos na Constituição, e sua interpretação deve ser como pano de fundo em todo o sistema jurídico.

A Constituição Brasileira de 1988 inseriu a função social da propriedade como princípio da ordem econômica e social, presente no artigo 170, III. A grande e substancial diferença foi a inserção da função social no ambiente dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, no artigo 5º, XXIII. Esta foi a grande novidade presente nesta Carta quando a função social ganhou status próprio, como princípio autônomo, apto a instrumentalizar todo o universo constitucional e, por isso também tem importância como base de entendimento e diretriz para todo o ordenamento infraconstitucional.

De forma resumida, se é que pode resumir assunto de tal mote, que o direito de propriedade está garantido, desde que a função social esteja a serviço da propriedade, ou seja, a propriedade deve cumprir a função social para que o direito a propriedade seja garantido. A princípio parece haver uma dualidade na medida em que deve ser respeitada a propriedade como direito individual, e também, ela deve atender ao interesse público, ou seja, atendendo aos anseios sociais. Entende Moesch, que:

“Houve,... uma acomodação de direitos, visto que o art. 5º tanto faz referência ao direito individual da propriedade, no inciso XXII, como à função social, logo adiante, no inciso seguinte. Não houve uma clara solução do problema, sendo viável a aplicação do princípio da proporcionalidade, em cada caso concreto, para dirimir essa questão”. (FREDERICO FERNANDES MOESCH, 2005).

Entendemos que esta situação de possível dualidade deve-se a falta de prática dentro deste novo conceito, entendemos que há necessidade da sociedade de construir estes entendimentos, ou seja, a função social da propriedade.

No seio desse conceito é necessário perceber que uma regra básica é a dignidade da pessoa humana, que irá interferir sobremaneira no entendimento da função social. E neste mote, cumprirá a função social a propriedade que respeitando a dignidade humana, contribuindo para o desenvolvimento nacional, diminuindo a pobreza e as desigualdades sociais. Estes parâmetros são concretos, não cabendo

em nosso entendimento duvida sobre a aplicação da função social nas relações da sociedade, o difícil seja, talvez a aplicação, com todos os enfrentamentos necessários para aplicação e fazer valer esta premissa.

Esta foi a opção da Constituição de 1988, ou seja, os valores individuais foram deixados em segundo plano, passando para primeiro a dignidade humana e os interesses coletivos e os valores patrimoniais ficando em posição secundária. Em função desta premissa é pertinente o entendimento de que mesmo que a propriedade seja produtiva, mas explore o trabalho escravo ou esteja degradando o meio ambiente, poderá ser desapropriada porque estará em consonância com o texto constitucional.

É majoritário o entendimento que para se construir um país com menos desigualdades e menos pobreza, ou seja, uma sociedade mais justa é necessário que pense e trabalhe com princípios e objetivos que visem o interesse coletivo em detrimento do interesse individual.

Enfim, pode-se concluir que a propriedade pode ser expropriada com fins de reforma agrária, conforme previsão no artigo 184, do texto constitucional quando a mesma descumprir os requisitos supracitados. Esta suposição é entendida pelos doutrinadores como desapropriação-sanção, uma vez que a propriedade descumpra sua função social, poderá ser desapropriada, e sua indenização se dará por meio de títulos da dívida agrária, devendo ser resgatada em até vinte anos.

Alguns estudiosos compreendem que muitas vezes uma propriedade não consegue ao mesmo tempo proteger o meio ambiente e ser produtiva, é o sentido da sustentabilidade. Entende alguns, como Frederico Fernandes Moesch que: “um requisito acaba excluindo o outro, de modo a ser impossível o cumprimento instantâneo de todos”.

Não concordamos e entendemos ser este o grande desafio dos novos tempos, quando o desenvolvimento e a produtividade não paga o preço do desmatamento, do desequilíbrio, do grande impacto isto vem na contramão da função social, dos preceitos da sustentabilidade, e que está fora do entendimento moderno desta sociedade que hoje entende a ética, o desenvolvimento econômico, a preservação dos recursos naturais não renováveis como premissas de um novo tempo.

Vamos chegar num momento onde a o Estado e a sociedade vai compreender que um proprietário que tenha uma fazenda com uma vegetação primária, rica de espécies de flora e fauna deva ser remunerado para que cuide da preservação desta área, na medida em que ela representa um bem para toda a sociedade, sob o ponto de vista do interesse difuso, ou seja, não é possível nomear os beneficiados por esta preservação.

3 SOBRE AS CIDADES

A história mostra que o acesso à propriedade sempre foi marcado por tensões sociais, econômicas e com isto gerando insegurança nas relações jurídicas. Tendo ressonância nas camadas da sociedade e envolvendo o Estado nestes conflitos.

Inegável que o processo de urbanização do jeito que conhecemos se deu ao longo do século XX, onde o homem migra do campo para a cidade em busca de sonhos e acreditando que na cidade terá mais chances de ter o sustento de sua família sem ter que passar por tantos sacrifícios. Bastante esclarecedor a forma como Di Sarno entende:

“...as cidades foram se agigantando e a migração campo para a cidade tornou-se um fenômeno consagrado no século XX. A elaboração de normas jurídicas que disciplinavam as edificações e o estabelecimento de alguns planos urbanísticos foram acrescentados à preocupação urbanística.”(DANIELA CAMPOS LIBÓRIO DI SARNO, 2004, p. 2.)

O êxodo rural foi o grande causador, não o único, do processo acelerado de urbanização, de forma desordenada que se deu em todas as cidades brasileiras, o Poder Público foi incapaz de acompanhar este processo e evitar os grandes problemas que forma se avolumando provocando uma grande exclusão social, física, territorial, econômica, etc. Não houve uma só cidade que tenha passado impune a este desastre.

O quadro de violência, marginalização, pobreza e outros inenarráveis problemas urbanos se alastraram por todas as cidades brasileiras, agravado, é claro nas maiores. Os dados mostram que em 1900 a população urbana no Brasil era menos que 10%. Os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, mostram que em 2000, este percentual foi para 80%, ou seja, 80% da população

brasileira mora nas cidades (SÉGUIN, 2002, p. 13). E mais o déficit habitacional chega à casa dos 80%, ou seja, oito entre dez famílias brasileiras não possui uma moradia digna.

“As conseqüências dos fenômenos da globalização e do neoliberalismo se projetam diretamente no âmbito local das cidades, oportunidade em que seus efeitos se territorializam, espacializam constatação é perfeitamente visível nos cenários urbanos ocidentais, em especial na América Latina, desde a forma de instituição dos espaços físicos da cidade até a sua gestão política e institucional. e temporalizam, objetivando a dimensão mundana e perversa do modelo de desenvolvimento imposto. (ROGÉRIO GESTA LEAL, 2003, p. 60).

O resultado de todo este processo são cidades inteiras com grandes manchas de indignidade, onde seres humanos moram em situações de risco, precariamente, desassistidos de serviços públicos, sem acesso a infra-estrutura, saneamento básico, educação, saúde, lazer, etc. enfim, sem acesso as condições mínimas de sobrevivência. Di Sarno esclarece:

“Quanto às favelas, sua origem no Brasil se deu em face do alto custo do transporte coletivo, que, somado à maior oferta de emprego e serviço no centro das grandes cidades, estimulou a fixação da população de baixa renda nos vazios urbanos centrais. Posteriormente, elas foram formadas na área periférica, reforçando a falência da política habitacional brasileira. Em geral, suas formações ocorrem com invasões de áreas inadequadas para a ocupação humana.” (DANIELA CAMPOS LIBÓRIO DI SARNO, 2004, p. 19).

O Poder Público pouco atendeu as demandas ocasionadas por este processo, a iniciativa privada, não participou de nenhum esforço para, por exemplo, atender a demanda de habitação. Com isto, as conseqüências foram as mais desastrosas, uma vez que estas pessoas escolheram (por falta de opção) os piores lugares na cidade para se instalarem, ou melhor, na busca incessante de sobrevivência. Ocuparam as encostas, viadutos, pontes, áreas nas margens de rios, mangues, áreas úmidas, áreas públicas, privadas, enfim, áreas que representavam algum ou vários riscos.

Com isso a paisagem urbana de todas as cidades brasileiras, com ênfase nas maiores, foram mesclando de ocupações com estas características, sendo incorporado pelos olhos do dia-a-dia de forma que o que na essência é um absurdo, uma total falta de dignidade foi se tornando comum e irreversível. Pessoas morando em calçadas, debaixo das marquises, pontes, viadutos e etc., foram sendo incorporadas na paisagem das cidades sem que isso causasse nenhum espanto.

Os aglomerados humanos foram se alastrando, bairros inteiros foram se expandindo num trabalho noturno, quase imperceptível, sem qualquer planejamento, valendo-se de um processo de ocupação informal de imóveis públicos e privados. A violência é uma das conseqüências, demonstrando que a urbanização desordenada, com a miséria e a falta de perspectiva é sem dúvida o maior problema hoje das grandes regiões metropolitanas.

O Estado tem tentado enfrentar esta problemática, sem grandes sucessos, uma vez que o problema tomou proporções monstruosas, como por exemplo, áreas inteiras da cidade onde o poder público, por meio da polícia é proibida de entrar, ou seja, áreas tomadas e ocupadas por grupos organizadíssimos e que exercem um poder avassalador.

A redefinição de políticas públicas que venham de fato dar um novo panorama a esta realidade é de difícil aplicação e de total descrédito por parte da população tão sofrida e cansada de promessas, entendendo que tudo não passa de interesses políticos, quando não somente eleitores.

A forma de fazer política, bem como os escândalos, improbidades administrativas, os desvios de verbas e outros absurdos do meio político, além de cargo público ter sido na historia recente desse país um meio de levar vantagem além de ser a oportunidade de enriquecimento rápido fez com que a população esteja totalmente descrente da classe política. Além de entenderem que não vale a pena sua participação na busca de soluções.

Foi neste panorama mundial, uma vez que estas questões não são específicas do Brasil, que o Relatório Brundtland, publicado como “Nosso Futuro Comum” antes do Encontro Internacional ocorrido no Rio de Janeiro, em 1992, veio trazer novidades sobre a forma de olhar estes problemas, onde o desenvolvimento sustentável migrou de um conceito puramente ambiental-natural para encontrar soluções para os problemas do meio ambiente construído, onde a cidade foi a grande estrela, compreendendo que as necessidades humanas deveriam ser atendidas em seus mais variados aspectos, com a função sócio-ambiental da cidade e da propriedade.

A sociedade deve estar inserida num contexto, onde as transformações contínuas e os avanços tecnológicos e sociais estejam ao alcance de todos, ou não haverá sustentabilidade e preservação para as futuras gerações.

Para melhor entender, nada mais esclarecedor do que Séguin quando escreve sobre o que a função social da cidade:

“[...] o direito da população a uma moradia digna, transporte coletivo em número suficiente e com periodicidade compatível com a demanda, saneamento básico, água potável, serviço de limpeza urbana, drenagem das vias de circulação, energia elétrica, gás canalizado, abastecimento de alimentos e bens, iluminação pública, saúde pública, educação, cultura, creche, lazer, contenção de encostas, segurança e preservação, proteção e recuperação do patrimônio ambiental e cultural, com especial enfoque para o entorno.” (ELIDA SÉGUIN, 2005, p.143)

Entendemos que a superação desses obstáculos e o enfrentamento dessas questões seja o grande desafio da sociedade brasileira nos próximos anos, uma responsabilidade nos ombros de todos, incluindo poder público, sociedade civil organizada, enfim de todos os brasileiros com objetivo de se construir um futuro diferente.

4 ESTATUTO DA CIDADE

O direito brasileiro historicamente esteve a serviço dos interesses burgueses, à sua proteção. Irrelevantes alterações foram realizadas até a Constituição de 1988, ou seja, a concepção patrimonialista e individualista esteve presente até este evento, quando deu um novo eixo ao entendimento do lugar que o ser humano deveria ser colocado dentro do ordenamento jurídico. Como fundamento da República, a dignidade humana, o direito passa a não proteger exclusivamente a propriedade, mais a existência e proteção do ser humano, este ganha um status diferenciado ao que a história sempre lhe deu.

Esta é uma mudança radical dentro de um contexto rústico do pensar e do agir da sociedade na medida em que altera o eixo central de todo o sistema. O patrimônio perde o seu lugar principal sob a tutela jurídica e dar lugar a chamada repersonificação do direito, com a valorização da pessoa humana, com necessidades, desejos e sentimentos. Por se tratar de uma grande mudança, onde altera conceitos, práticas consolidadas ao longo de muito tempo, nem o direito, nem

a sociedade está madura para vivenciar e praticar em seu cotidiano. E nem a maioria da Carta de 1988 foi suficiente para o ajuste a este novo eixo.

Em 10 de julho de 2001, a Lei, denominada Estatuto da Cidade, 10.257 teve como objetivo regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição Federal e disciplinar as diretrizes gerais da política urbana.

A cidade encarada sob o ponto de vista de cumprimento de sua função social e que a propriedade urbana deve conjuntamente com a cidade estar a serviço dos interesses comuns e também ter sua função social é o grande desafio dos próximos anos, a sociedade está desestruturada sob o ponto de vista cultural, dos costumes, legalmente, ou seja, tem-se um senso comum que o direito de propriedade é absoluto.

Este, dentro do texto legal do Estatuto da Cidade deverá ser o grande mote de discussão dentro das grandes cidades, uma vez que nem os técnicos, nem a classe política e nem a sociedade está sensível a esta problemática.

O que se espera é a construção de um Plano Diretor para cada cidade, com a participação popular, numa gestão democrática, a cidade com suas peculiaridades, suas características, seu clima, suas áreas de risco, suas fragilidades e potencialidades, ou seja, não é um Plano que vai se adequar a qualquer cidade e a nenhuma, como os planos de dantes.

Esta construção conjunta, com a sociedade, está prevista nos artigos 43 a 45, do Estatuto da Cidade, onde prevêem que a cidade deverá ser gerida de forma a imperar a democracia direta, previsto no artigo 1º e parágrafo único da Constituição Federal, para isto deverá se utilizar de certos instrumentos para esta finalidade, como conselhos municipais, que são órgãos colegiados de política urbana, debates, audiências, consultas públicas, conferências de assuntos de interesse urbano, iniciativa popular de projetos de lei e de planos, programas e projetos visando o desenvolvimento urbano, tudo isso com referendo popular.

E mais, no artigo 43, do mesmo estatuto, há a institucionalização da gestão orçamentária participativa, por meio de debates, audiências e consultas públicas sobre o plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição obrigatória para sua aprovação junta a Câmara Municipal.

Interessante lembrar que o Plano Diretor é obrigatório por força do artigo 182 da Constituição federal, para cidades com mais de vinte mil habitantes, e que o prefeito que não conduzir este processo deverá sofrer, conforme Toshio Mukai entende:

“1. a que faz incidir sobre o prefeito a sanção de improbidade administrativa, se este não tomar as providências para que o plano diretor esteja aprovado em até cinco anos após a entrada em vigor da lei (artigo 52 e inciso VII).

2. a que acresce como objeto da ação civil pública e como motivo da ação cautelar respectiva a “ordenação urbanística”, propiciando ao Ministério Público ou a entidade com mais de um ano de existência a possibilidade de, em liminar ou no mérito, obrigar (com fulcro no artigo 3º da Lei nº 7.347/85) a Câmara Municipal e aprovar o plano diretor, se decorridos os cinco anos.” (TOSHIO MUKAI, 2004, p.47)

Para alguns estas disposições são inconstitucionais, mas estão fundamentadas no princípio da função social da propriedade, previsto no artigo 170, III, da Constituição Federal, que se concretiza quando a propriedade urbana cumpre as exigências do plano diretor, estabelecido no §2º do artigo 182 da Constituição Federal.

E não é só isso, na verdade compreende que o município não deva ser visto com duas partes estanques – urbano e rural – isto faz parte de entendimentos antigos e ultrapassados, quando a área rural hoje recebe a notícia no mesmo tempo que o urbano, tem acesso a toda tecnologia e informações por meio dos meios de comunicação, se tornam impossível querer que eles vivam desejando coisas do século XIX.

Representam as diretrizes, o caminho a ser seguido por pelos governos municipais, sendo a atuação suplementar ao Estatuto, embora convergindo com o artigo 30, da Constituição Federal, onde prevê que os municípios possuam competência própria.

As diretrizes são claras, como ressalta Carvalho:

“Diretrizes gerais da política urbana são o conjunto de situações urbanísticas de fato e de direito a serem alvejadas pelo Poder Público no intuito de constituir, melhorar, restaurar e preservar a ordem urbanística, de modo a assegurar o bem-estar das comunidades em geral. A política urbana... se constitui do conjunto de estratégias e ações que visam ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana. Assim, as estratégias e ações só podem ser consideradas legítimas se estiverem em consonância com as diretrizes gerais.” (JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, 2005, p. 21):

O princípio da participação da sociedade civil nos processos de planejamento e na gestão municipal foi consagrado para todos os cidadãos, novos instrumentos de controle do solo urbano foram colocados a disposição dos governos municipais.

Com a participação da sociedade civil, o crescimento e o funcionamento da cidade serão organizados, indicando como devem e podem ser aplicados orientando as prioridades de atuação e investimentos da cidade, coordenando as ações dos setores público e privado, com objetivo de garantir a transparência da administração pública com a participação da sociedade na gestão da cidade, conciliando os interesses coletivos de forma que haja mais justiça na distribuição dos benefícios e dos ônus da urbanização.

Consolidando, assim, os princípios da Reforma Urbana, ou seja, direito à cidade e à cidadania por meio da gestão democrática da cidade, promovendo a função social da cidade e da propriedade.

Na história das cidades brasileiras têm-se visto um processo desenfreado de promoção da exclusão social, impedindo que os cidadãos tenham acesso aos serviços básicos e necessários para a vida cotidiana, como saúde, educação, saneamento, lazer e outros, ou seja, grande parte da população não tem Direito à Cidade.

O Direito à Cidade pressupõe o cumprimento da função social da cidade e da propriedade urbana, bem como da gestão democrática, princípios consagrados pelo movimento da reforma urbana e reafirmados pelo Estatuto da Cidade.

A Função Social da Cidade significa ao direito da população em acessar aos serviços como direito à terra urbanizada, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura e aos serviços públicos, ao transporte coletivo, à mobilidade e acessibilidade, ao trabalho e ao lazer

A propriedade urbana cumpre sua Função Social quando ela suporta as atividades e os interesses coletivos, quando haja uma correspondência entre a oferta de infra-estrutura, saneamento, serviços públicos e comunitários e a população que deles se apropria. É importante ressaltar que atualmente a propriedade é compreendida de uma forma mais ampla, onde os interesses individuais, de poucos não prevalecem aos interesses de muitos ou de todos.

Para um melhor entendimento do objetivo do Estatuto da Cidade tendo em vista a justiça social, a repercussão prática na vida das pessoas, habitante da cidade, fica bem claro nas palavras de Di Sarno:

“A qualidade de vida urbana se concretizará na medida em que a oferta suficiente e a boa conexão entre as funções da cidade se antecipem às necessidades. Quando a qualidade de vida de um cidadão não seja fator de revolta de outro, que ameaçará o primeiro, fazendo com que a qualidade de vida deste decaia”. (DANIELA CAMPOS LIBÓRIO DI SARNO, 2004, p.99).

As funções sociais devem estar presentes na propriedade imobiliária, seja ocupando das atividades econômicas geradoras de trabalho e renda, habitação, preservação do meio ambiente cultural e natural. O uso e ocupação das propriedades devem atender a estes princípios, com ênfase as que sejam servidas de serviços básicos de infra-estrutura. Devendo considerar o direito de vizinhança, a segurança do patrimônio público e privado, a preservação e principalmente a recuperação do ambiente natural e construído.

5 CONCLUSÃO

Procurou-se demonstrar como os paradigmas históricos estão intrinsecamente tatuados na sociedade e no meio jurídico, e qual é o grande desafio que é a compreensão da função social da propriedade e da cidade. E como isto tem sido responsável por parte da ineficácia da política urbana brasileira.

O que se pode perceber é uma legislação que está à frente da prática, apesar do sistema político de livre funcionamento e da menor intervenção do Estado na economia provocou resultados longe do ideal, produzindo desigualdades sociais imensas, e um Estado que se colocou frequentemente a serviço de interesses privados e internacionais.

Há necessidade de uma reflexão institucional séria na medida em que as práticas imperfeitas do passado não cabem mais, por outro lado não há solução mágica. Muitos doutrinadores crêem que parte da solução são ações do judiciário, ou do mercado, ou mesmo de novas e inovadoras “soluções Institucionais”, mas entende-se que as respostas devam ser construídas junto com a sociedade, uma gestão participativa é trabalhosa? É, e muito, mas somente assim entende-se que

há perspectiva de futuro, na medida em que a sociedade se comprometa com as decisões e os rumos das futuras gerações.

A falta desse entendimento tem prejudicado as discussões sobre as Políticas Urbanas, de forma que os municípios que possuem a incumbência da efetividade dos instrumentos previstos nas diversas leis diretivas não conseguem colocar em rota de aplicação nenhum desses elementos.

As discussões têm sido prejudicadas pela falta de prática do Poder Público e de toda a sociedade de juntos discutirem o destino do município, o destino de todos. Entendemos que somente a compreensão e a certeza que esta dívida da sociedade brasileira precisa ser paga, haverá de fato a efetivação desses instrumentos.

Não se pode permitir que o processo administrativo fique a mercê da burocracia estatal, tal como os de desapropriação para fins de reforma agrária, e que o avanço trazido por um texto legal progressista caia nas esparrelas da tradicional morosidade processual brasileira.

A necessidade de campanhas de conscientização no Poder Público quanto na sociedade civil, criando um entendimento da necessidade de mudança da visão de que as cidades urbanizadas é um direito de toda a sociedade, onde tenhamos espaços dignos, democráticos e que a infra-estrutura seja direito de todos, diminuindo as discrepâncias tão intensas presentes em todos os municípios brasileiros.

O Poder Judiciário é uma peça fundamental neste mosaico de resolutividade e eficácia dessas leis, de forma que um entendimento ultrapassado e arcaico não cabe neste contexto. É extremamente necessário que a sociedade tenha o consenso da necessidade de mudanças para que os processos de implantação se dêem de forma para célere e eficaz.


REFERÊNCIAS

CARVALHO, José dos Santos. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. Lei 10.257, de 10.7.2001 e MP 2.220, de 4.9.2001. ed. Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2005.

DI SARNO, Daniela Campos Libório. **Elementos de Direito Urbanístico**. Manole: São Paulo, 2004.

GONDINHO, André Osório. **Função Social da Propriedade**. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Renovar: Rio de Janeiro, 2000.

LEAL, Rogério Gesta. **Direito Urbanístico. Condições e Possibilidades da Constituição do Espaço Urbano**. Ed. Renovar: Rio de Janeiro 2003

MOESCH, Frederico Fernandes. **O princípio da função social da propriedade e sua eficácia**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 880, 30 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7645>>. Acesso em: 06 ago. 2006

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 4 ed. Atlas S.A.: São Paulo, 2004.

MUKAI, Toshio. **Temas Atuais de Direito Urbanístico e Ambiental**. Ed.Fórum: Belo Horizonte, 2004.

_____. **Direito Ambiental Sistematizado**. 4 ed. Forense Universitária: Rio de Janeiro. 2002.

_____. **Direito Urbano-Ambiental Brasileiro**. 2 ed. Dialética: São Paulo. 2002.

SÉGUIN, Elida. **Estatuto da cidade: promessa de inclusão social, justiça social**. Forense: Rio de Janeiro. 2002.

_____. **Estatuto da cidade**. Forense: Rio de Janeiro. 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. Ed. Malheiros: São Paulo. 1996.

_____. **Direito Urbanístico Brasileiro**. Editora Malheiros: São Paulo. 2006

_____. **Direito Ambiental Constitucional**. Editora Malheiros: São Paulo. 2000.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Editora Renovar: Rio de Janeiro. 2004.