

O ESTATUTO DA CIDADE E O ACESSO À JUSTIÇA EM MATÉRIA URBANÍSTICA

Liana Portilho Mattos¹

*“Property has its duties as well as its rights”,
Thomas Drummond, Carta ao Conde de Donoughmore, 1838.*

1. Um breve histórico

Foi na segunda metade do século XIX que se iniciaram as discussões sobre um Código Civil para o Brasil, recém-independente do jugo da Coroa Portuguesa. Depois de um longo e turbulento processo, que incluiu ao menos três mudanças de autores dos anteprojetos – José Thomaz Nabuco de Araújo, Augusto Teixeira de Freitas e Clóvis Beviláqua –, o Código Civil brasileiro foi finalmente sancionado em 1º de janeiro de 1916, dispondo sobre normas referentes à pessoa humana, natureza e classificação dos bens, direito das obrigações, relações contratuais de natureza civil, direito sucessório, e também sobre os direitos de posse e propriedade – temas que serão tratados aqui.

Antes do advento do Código Civil, a primeira Constituição do Brasil, de 1824, bem como a Constituição de 1891 (a primeira da República), garantiam o direito de propriedade *em toda a sua plenitude*, num claro reflexo do pensamento liberal predominante naquele período. A única ressalva ao exercício pleno e irrestrito desse direito pelo proprietário ficava por conta da hipótese de desapropriação, que embora prevista praticamente não era estruturada.

Nesse contexto – e somente nele –, o Código Civil de 1916 pôde ser visto, sob a óptica do social, como precursor de algum avanço no tratamento dado ao direito de propriedade, pois embora tenha reafirmado a idéia contida nos textos constitucionais que o antecederam, sem impor condições ao seu exercício – *“a lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua”*, artigo 524 – trouxe normas contendo algumas restrições aos atributos inerentes à propriedade, sobretudo quanto à sua conformação em relação à vizinhança da região onde situado o imóvel.

Mesmo pretendendo ser um instrumento moderno que congregasse todas as normas necessárias para a solução de conflitos em matéria civil (como de resto é o que propulsiona os movimentos pró-codificação), é certo que o Código Civil brasileiro não conseguiu refletir as complexas questões que já existiam na sociedade brasileira

¹ Advogada; especialista em Análise Urbana pela Universidade Federal de Minas Gerais; professora-assistente do Curso de Direito Urbanístico da PUC MINAS Virtual; membro do International Research Group on Law and Urban Space – IRLGUS.

no início do século passado e que só se fizeram agravar no decorrer das décadas que sucederam à sua entrada em vigor em 1917.²

A afirmação de que o Código Civil brasileiro, de certa forma, já nasceu ultrapassado, ganha corpo quando se percebe que em 1934, menos de duas décadas de sua aprovação, a terceira Constituição brasileira assegura o direito de propriedade, mas prevendo, ao mesmo tempo, o atendimento ao princípio da função social da propriedade. Depois de 1934, todos os demais textos constitucionais brasileiros (1937, 1946, 1967/1969, 1988) reafirmaram esse princípio condicionando a propriedade ao interesse público, embora sua efetiva consolidação só tenha ocorrido com a Constituição de 1988.³

Promulgada quase oitenta anos depois da entrada em vigor do Código Civil, a Constituição de 1988 tratou o princípio da função social da propriedade como um requisito estrutural para o exercício do direito de propriedade, estabelecendo condições para seu atendimento e sanções para o caso de descumprimento dessas normas (artigos 5º, XXIII; 156, § 1º; 170, III; 182).

É importante destacar, aqui, que o entendimento da enorme diferença entre os paradigmas legais sobre o direito de propriedade – o do Código Civil de 1916 e o da Constituição de 1988 – se torna mais claro quando se percebe que as cidades, no início do século passado, eram vistas como um aglomerado de terrenos de propriedade privada, onde a lei se ocupava basicamente das relações entre os indivíduos.⁴ Além disso, naquela época ainda não se faziam tão sentidas as graves questões urbanas, sociais e ambientais que nos últimos tempos têm afetado a vida da enorme parcela de mais de 80% dos brasileiros que vivem em cidades.

Contudo, não obstante a Constituição da República ter inaugurado um novo paradigma legal para dar tratamento às questões envolvendo os direitos de propriedade e de posse, o entendimento prevalente, desde 1988, era o de que as normas constitucionais que dispunham sobre política urbana – artigos 182 e 183 – careciam de regulamentação, por lei federal, pelo que não tinham aplicabilidade.

2. O antes da Lei – o projeto

A história do Estatuto teve início com o Projeto de Lei nº 181/89, de iniciativa do então Senador Pompeu de Sousa, aprovado no Senado Federal em 1990. Na Câmara dos Deputados, o Projeto recebeu o nº 5.788/90 e lá ficou a maior parte dos mais de dez anos de sua tramitação no Congresso Nacional, suscitando discussões dos mais variados segmentos da sociedade civil e recebendo alterações significativas, resultantes de interesses de toda ordem.

² Cf. GRINBERG, Keila. *Código Civil e Cidadania*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

³ MATTOS, Liana Portilho. Limitações urbanísticas à propriedade. *Direito Urbanístico e Política Urbana no Brasil*. Org. Edésio Fernandes. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, pp. 55-75.

⁴ FERNANDES, Edésio. Agenda de investigación para una sociología del derecho urbanístico en Brasil. *Enlace. Revista de Sociología Jurídica* n. 1, 1996.

Durante esse longo período, ganharam corpo sofisticadas negociações para se chegar a um texto final, que se não atendessem, pelo menos conciliasse os interesses defendidos pelos diversos atores sociais que acompanhavam o processo legislativo: Fórum Nacional de Reforma Urbana, entidades de classe (como o IAB), organizações não-governamentais, agentes privados representantes do setor imobiliário e da construção civil e outros.

De fato, somente a partir de 1998 é que o projeto de lei passou a tramitar com certa agilidade nas Comissões da Câmara dos Deputados, em razão da aprovação de um substitutivo na Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias, e posteriormente, com a aprovação do substitutivo da Comissão de Desenvolvimento Urbano – competente para analisar o mérito do projeto –, já no final do ano de 1999. Após isso, o projeto passou a ser analisado pela Comissão de Constituição e Justiça, quanto à sua legalidade e constitucionalidade e, nessa Comissão, foi finalmente aprovado tendo encerrada sua tramitação na Câmara dos Deputados.

De volta ao Senado Federal em 2001, num primeiro momento o projeto foi analisado pela Comissão de Assuntos Sociais, que sem fazer nenhuma alteração no texto final recebido da Câmara dos Deputados, aprovou-o e encaminhou-o para apreciação e votação pelo plenário daquela Casa Legislativa.

Finalmente, então, em 18 de junho de 2001, o Estatuto da Cidade foi aprovado no Senado Federal.

Decorrido o prazo constitucional, o Presidente da República sancionou, com vetos, em 10 de julho de 2001, a Lei nº 10.257, inaugurando uma nova página na história das cidades brasileiras, que assim passam a ter esperança de que terão pela frente dias melhores.

3. A Lei n. 10.257/01 – o Estatuto da Cidade

No contexto que se descreveu é que surge o Estatuto da Cidade, que visa a estabelecer as diretrizes gerais da política urbana, regulamentando os artigos 182 e 183 da Constituição. Esses artigos, embora tenham trazido importantes e significativos instrumentos jurídicos – como o Plano Diretor obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, o IPTU progressivo, a concessão especial de uso e o usucapião especial urbano, entre outros –, até agora não puderam ser aplicados de forma eficaz, pela inexistência de lei federal que os regulamentasse.

Esse entendimento – o da inaplicabilidade dos artigos 182 e 183 da Constituição – acabou por prevalecer, intimidando ações e gestões criativas e bem intencionadas de alguns municípios, que quase sempre esbarravam nas decisões de nossos Tribunais conservadores.

O Estatuto, sancionado com vetos, pelo Presidente da República⁵, tem 58 artigos, dispostos em cinco capítulos: diretrizes gerais (I); dos instrumentos da política urbana

⁵ Os dispositivos vetados são os que seguem: inciso II do § 1º; art. 5º; arts. 15 a 20; inciso IX do art. 26; § 5º do art. 40; inciso V do art. 43; inciso I do art. 52; item 38, acrescido ao inciso I do art. 167 da Lei nº 6.015, de 31/12/1973, pelo art. 56 do Estatuto.

(II); do plano diretor (III); da gestão democrática da cidade (IV), e disposições gerais (V).

No capítulo I, que trata das diretrizes gerais da política urbana, o legislador esclarece desde logo, no parágrafo único do artigo 1º, que para todos os efeitos a Lei é denominada *Estatuto da Cidade*, e vem estabelecer 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; no artigo 2º, diz que princípios dão suporte às normas da Lei: o da função social da cidade e da propriedade urbana.

Mas é no capítulo II, em suas doze seções (uma delas inteiramente vetada), que se encontram as maiores inovações trazidas pelo Estatuto da Cidade, vale dizer, os instrumentos legais da política urbana: parcelamento, edificação ou utilização compulsórios (arts. 5º e 6º); IPTU progressivo no tempo (art. 7º); desapropriação com pagamento em títulos (art. 8º); usucapião especial de imóvel urbano (arts. 9º a 14); direito de superfície (arts. 21 a 24); direito de preempção (arts. 25 a 27); outorga onerosa do direito de construir (arts. 28 a 31); operações urbanas consorciadas (arts. 32 a 34); transferência do direito de construir (art. 35); estudo de impacto de vizinhança (arts. 36 a 38). Não se pretende, aqui, discorrer sobre cada um desses instrumentos, pois essa extensa discussão fugiria do que se propõe, neste trabalho: apresentar um panorama do Estatuto da Cidade, relacionando-o com o acesso à Justiça em matérias urbano-ambientais.

Aqui, merece destaque o veto oposto a toda Seção VI, artigos 15 a 20, que dispunham sobre a concessão de uso especial para fins de moradia, pois foi o que maior pesar trouxe aos movimentos sociais engajados, há décadas, na luta pela reforma urbana.

Embora aparentem uma certa consistência jurídica, não se pode compactuar com as razões do veto à concessão de uso especial, um muito importante instrumento para garantir a segurança da posse a milhares de moradores de favelas e loteamentos irregulares, como reconhecido nas próprias razões do veto. Uma dessas razões é a de que os artigos 15 a 20 contrariam o interesse público, sobretudo por não ressalvarem do direito à concessão de uso especial os imóveis públicos afetados ao uso comum do povo, assim como áreas urbanas de interesse da defesa nacional, da preservação ambiental ou destinadas a obras públicas; além disso, argumenta-se que os mencionados dispositivos não estabelecem uma data-limite para a aquisição do direito à concessão de uso especial, o que transformaria em permanente um instrumento só justificável pela necessidade imperiosa de solucionar o imenso passivo de ocupações irregulares gerado em décadas de urbanização desordenada.

Na verdade, o que parece estar por trás do veto aos artigos 15 a 20 é a falsa compreensão de que por meio da aprovação e regulamentação da concessão de uso especial para fins de moradia, estar-se-ia propiciando, por vias transversas, o usucapião de terras públicas, expressamente vedado no ordenamento jurídico em vigor. Essa idéia, entretanto, não merece acolhida, pois até o mais incauto estudante de Direito

consegue distinguir direito de posse – segurança da posse, portanto –, que se pode ter pela concessão de uso especial, e direito de propriedade – que se atinge por usucapião.

O tema do capítulo III é o Plano Diretor – instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana que passou a ser mais conhecido dos brasileiros após a Constituição de 1988, com sua imposição para cidades com mais de vinte mil habitantes –, que mantém o seu *status* de conter as exigências fundamentais de ordenação da cidade que terão de ser atendidas pela propriedade urbana para que essa última cumpra sua função social. Além disso, à margem das discussões doutrinárias sobre a natureza do plano de ordenação do espaço urbano mais adequado para as cidades brasileiras, fica claro que as normas do plano diretor devem buscar *o atendimento às necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas*.

Nesse aspecto, o Estatuto da Cidade avançou bem mais que o constituinte de 1988, uma vez que prevê a obrigatoriedade do plano diretor também para cidades integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas; cidades onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no § 4º do artigo 182 da Constituição⁶; cidades integrantes de áreas de especial interesse turístico, e cidades inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional.

O capítulo IV, por sua vez, que trata da gestão democrática da cidade, vem externar dois postulados básicos do Estado Democrático de Direito consagrados na Constituição da República: soberania popular e cidadania. É lamentável, no entanto, que instrumentos de expressiva relevância na garantia da participação popular – expressão constitucional da soberania popular – tenham sido vetados, como ocorreu com o inciso V do artigo 43, que dispunha sobre *referendo popular e plebiscito*.

As razões do veto ao inciso V do artigo 43 não convencem, mais uma vez. No caso, elas consideram que não seria de *boa técnica legislativa* a instituição desse dispositivo em razão de *a Lei nº 9.709/98 já autorizar a utilização de plebiscito e referendo popular em todas as questões de competência dos Municípios*. Parece, no mínimo, tremenda infelicidade suprimir um dispositivo de um contexto mais amplo em que estão inseridos os demais instrumentos que deverão ser utilizados para garantir a gestão democrática da cidade, ainda mais quando o argumento é firula técnico-legislativa cuja manutenção não acarretaria prejuízo a ninguém ou a nada. Por outro lado, a supressão do dispositivo certamente obsta a que o intérprete retire do texto desfalcado uma visão sistemática da matéria.

Por fim, no capítulo V, o Estatuto traz disposições gerais acerca dos temas por ele abrangidos direta ou indiretamente. Nessa parte, algumas alterações importantes

⁶ Tais como: parcelamento ou edificação compulsórios, IPTU progressivo no tempo, desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública – todos aplicáveis e exigíveis, mediante lei específica, em áreas incluídas no plano diretor do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado.

foram introduzidas nas Leis nº 8.429, de 2 de junho de 1992; 7.347, de 24 de julho de 1985 e 6.015, de 31 de dezembro de 1973.

4. O depois da Lei – a ação dos municípios

Com a entrada em vigor do Estatuto da Cidade, finalmente os municípios brasileiros passam a contar com os instrumentos de política urbana introduzidos pela Constituição de 1988, juntamente com outros inovadoramente trazidos pelo Estatuto. A par desses instrumentos jurídicos, os municípios ganham novo fôlego na implementação de ações que visam a construir um espaço mais democrático, justo e igualitário para a imensa parcela da população brasileira que vive nas cidades.

Os problemas decorrentes de décadas de governos comprometidos com um paradigma ultrapassado e privilegiador de interesses particulares, na gestão das cidades brasileiras, têm-se intensificado assustadoramente nos últimos anos. O constante retardamento do enfrentamento dos graves problemas fundiários nas favelas das grandes cidades é, sem dúvida, um elemento significativo da escalada da miséria, e também da violência urbana crescente.

No mesmo passo, é chegada a hora de ver-se o rei nu e se conhecer, de fato, as causas com que estão comprometidos os políticos que elegemos, pois não se pode mais dizer que não existem instrumentos jurídicos disponíveis para promover a regularização fundiária, nem que planos diretores carecem de eficácia: o Estatuto da Cidade está aí pronto para ser posto em prática.

Resta assegurar, agora, o mais difícil: o acesso à justiça pelos cidadãos destinatários das normas do Estatuto.

5. O acesso à justiça em matéria urbanística: obstáculos genéricos e a necessidade de sua remoção

A despeito de o Estatuto da Cidade ser esperado como um importante atenuador das dificuldades que caracterizam o acesso à justiça em matérias urbano-ambientais, verifica-se que os principais obstáculos que contribuem para a manutenção dessa situação têm raízes mais profundas, podendo-se afirmar, desde logo, que o primeiro passo para a remoção dessas dificuldades passa por uma profunda mudança de olhar⁷ sobre a questão social subjacente às normas jurídicas que regem a matéria.

É importante lembrar que bem antes do Estatuto da Cidade o ordenamento jurídico brasileiro já contava com modernos e importantes instrumentos jurídicos criados para ampliar o campo de acesso ao Poder Judiciário por parte dos indivíduos lesados em interesses que extrapolassem a órbita do puro direito subjetivo individual – os direitos posteriormente chamados de difusos e coletivos. Esses instrumentos criados

⁷ Edésio Fernandes aborda essa questão em seus trabalhos.

foram, sobretudo, a ação civil pública, a ação popular, o mandado de segurança coletivo e o ainda mal compreendido – e pessimamente aplicado – mandado de injunção.

No entanto, mesmo com a criação desses instrumentos, sem dúvida valiosos, a realidade sentida e experimentada pela grande maioria dos cidadãos brasileiros, na condição de habitantes da cidade, é a de que permaneceu – permanece – a certeza de que os poderes políticos constituídos não têm dado respostas nas medidas exatas de suas necessidades, valendo ressaltar que a “conta” dessa falta de respostas não deve ser enviada somente ao Poder Judiciário, mas também ao Legislativo e Executivo.

Para melhor compreender as dificuldades que caracterizam essa lacuna, em matéria urbano-ambiental, entre a norma posta e a realidade fática – a concretização do acesso à justiça –, tenta-se identificar, a seguir, três desses obstáculos, sem que isso implique, no entanto, a negação da existência de inúmeros outros.

5.1. O olhar do intérprete e aplicador da lei

No que toca ao obstáculo caracterizado pelo olhar do intérprete e aplicador da lei, algumas considerações merecem apontamento. A primeira delas é a de que os magistrados quase sempre decidem os casos a eles submetidos sob a égide de um grande paradigma inspirado no constitucionalismo liberal, pelo qual a tarefa do juiz esgota-se na simples subsunção de um fato à norma prevista no texto frio da lei, para uma hipótese genérica e abstrata.

Muitas vezes, até se percebe que o magistrado, que também é cidadão e que também sofre, no seu cotidiano, com os problemas decorrentes da degradação urbano-ambiental, é sensível à situação fática. Na prática, porém, ele não consegue encontrar o caminho para julgar fazendo justiça social, pois se aterra a velhos *standards* há muito defasados. A justificativa, no caso, para agir como age o magistrado, parece remontar a séculos passados: o juiz tem de se limitar ao esquema anteriormente mencionado – adequar simplesmente o caso à hipótese legal –, pois do contrário estaria incorrendo no grave risco de “legislar”, interferindo, assim, na esfera hermética e intocável de outro poder (o Legislativo, no caso), ou de emitir mandamentos como se administrador fosse, exercendo função típica do Poder Executivo.

De fato, não restam muitos caminhos, mesmo, para o magistrado que se resigna a ser esse modelo de intérprete paradigmático, pois ele quase nunca estará próximo de promover, no exercício de suas funções, a justiça social, o que sem dúvida é uma das tarefas do Poder Judiciário – mesmo em tempos de movimentos que buscam reduzir, ao máximo, o Estado ao mínimo.

Por outro lado, percebe-se que quando o magistrado tenta tornar viva a norma legal, o sistema reage – ora na surdina, ora ostensivamente – a novos paradigmas de interpretação.

Vale o exemplo, aqui, da ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda

Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, pela qual se estabeleceu que as decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em ações dessa natureza, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo. Isso equivale a dizer que nenhum juiz poderá dar interpretação diferente – no que diz respeito à constitucionalidade – às leis ou aos atos normativos carimbados de constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

A atenção à criação de instrumentos dessa natureza é de grande relevância, pois tem-se que fazer vigília contra movimentos articulados quase sempre nos bastidores do Poder, com a intenção de tentar minimizar ou neutralizar instrumentos jurídicos conquistados ao longo de muitos anos de lutas. À guisa de ilustração, basta citar a alteração – feita por Medida Provisória – na Lei nº 7.347/85, que trata da ação civil pública, buscando restringir os efeitos *erga omnes* das decisões nela proferidas.

5.2. A inadequação das normas de direito material e processual que regem matéria urbanística

Em relação a esse segundo obstáculo, podem-se destacar três pontos: a inadequação, à espécie, do Código Civil Brasileiro, do Código de Processo Civil e de algumas leis urbanísticas.

O tratamento dado pelo **Código Civil** à propriedade, como se disse, não se coaduna com o princípio paradigmático que orienta o Direito Urbanístico – o da função social da propriedade –, pois a Lei de 1916 propõe uma propriedade individual e absolutista, desprovida de um traço social. Esse modelo de propriedade é totalmente inadequado para dar suporte a decisões judiciais que se proponham a promover não só o Direito, mas também a justiça social.

Nunca é demais lembrar que essa visão individualista da propriedade veio a ser incorporada ao Código Civil por meio da importação de modelos jurídicos europeus, que pouco ou nada tinham a ver com a nossa tradição cultural e étnica. No Brasil, quando da elaboração do Código Civil, praticamente desprezaram-se os costumes e as tradições culturais e étnicas existentes, ao contrário do que ocorreu no processo de elaboração das leis dos países europeus. No entanto, essas normas consuetudinárias desprezadas eram riquíssimas, tendo sido legadas não só pelos colonizadores portugueses, mas também pelos negros e indígenas.⁸

Uma ilustração clara do que se acaba de afirmar é o tratamento jurídico dado à posse, no direito brasileiro, em que ela ainda é estudada e interpretada por duas correntes teóricas europeias do início do século XIX, construídas, respectivamente, pelos juristas Savigny e Ihering. O direito brasileiro adotou a denominada teoria objetiva da posse, de Ihering, para a qual a “posse é exteriorização da propriedade”.

⁸ CASTRO, Sônia Rabello de. Algumas formas diferentes de se pensar e de reconstruir o direito de propriedade e os direitos de posse nos ‘países novos’. *Direito Urbanístico e Política Urbana no Brasil*. Org. Edésio Fernandes. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, pp. 77-100.

Essa opção do legislador brasileiro pela teoria de Ihering implicou a desconsideração do tratamento que vinha sendo dado à posse, no Brasil, desde o regime das sesmarias, pelo qual as terras pertenciam à Coroa Portuguesa mas permaneciam na posse daqueles que as cultivassem e as tornassem produtivas. Essa afirmação leva à seguinte conclusão: antes do Código Civil, a posse era um elemento que se sobrepunha à propriedade.

Para arrematar, interessa ainda citar SÔNIA RABELLO DE CASTRO, apontando as principais conseqüências da escolha civilista:

“A força da teoria formulada por Ihering, muito conveniente à proteção dos direitos do proprietário, em detrimento de situações fáticas, e muito conveniente aos interesses e à ideologia dominante do século XIX, penetrou e instalou-se profundamente no pensamento jurídico brasileiro. Não obstante possa parecer, hoje, para um leigo em direito, um quase delírio ideológico, sobretudo se contrafaceada com a realidade social do fim do século XX, ela permanece fundamentando a interpretação do direito civil brasileiro, e a interpretação dos nossos Tribunais.”⁹

No que diz respeito ao **Código de Processo Civil**, a sua inadequação em matéria urbanística também é um fato, pois embora as leis que regulamentam os instrumentos jurídicos aqui citados (ação civil pública, ação popular, mandado de segurança coletivo) contenham, em seu bojo, algumas normas de natureza processual, é certo que esse Código de Processo é a norma reguladora da maior parte das demandas submetidas ao Poder Judiciário que exorbitam da esfera criminal.

O problema que se identifica, aqui, é o de que os princípios e normas do Código de Processo Civil foram criados para dar suporte, de maneira mais imediata, às questões de Direito Civil e Comercial, fazendo com que muitas vezes esses princípios e normas não se adaptem a outros ramos do direito – como é o caso do urbanístico e ambiental.

Mesmo em questões de Direito de Família surgem algumas dificuldades, pois o Código de Processo tem em mira, basicamente, o Direito Obrigacional.¹⁰

Para ficar num só exemplo da inadequação do Código de Processo em matérias urbano-ambientais, tome-se o princípio dispositivo – um dos mais importantes para o processo civil –, pelo qual *o juiz só pode atuar quando provocado pela parte*. Fica a indagação: será que o atendimento a um princípio dessa natureza é, de fato, compatível com o acesso à justiça em matérias urbano-ambientais?

Também se mostra inadequada, em alguns momentos, a **legislação urbanística**, sobretudo as normas editadas antes da Constituição de 1988, como grande parte das leis de parcelamento, uso e ocupação do solo de muitos municípios brasileiros. É que

⁹ *idem*; *ibidem*.

¹⁰ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. Org. Celso Antônio Bandeira de Mello. vol. 2. São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 343-359.

essas leis geralmente não prevêem normas de inclusão social, nem instrumentos que busquem a melhoria das condições de pobreza da maior parte da população das cidades.

Nesse aspecto específico, espera-se uma grande contribuição do Estatuto da Cidade na reparação dessa deformidade parcial da legislação urbanística, mesmo porque os municípios necessitarão reformar muitas de suas leis, ou criar outras tantas (quando as não tiver), para poderem valer-se dos instrumentos previstos no Estatuto.

5.3. A deficiência dos mecanismos de participação popular no processo de elaboração das normas

O último dos três obstáculos identificados é a deficiência dos mecanismos de participação popular nos processos de elaboração das normas legais e de gestão das cidades, e que se reflete em duas funções estatais distintas, ao menos formalmente: a legislativa e a executiva.

Faz parte de nossa herança cultural a tradição de um direito positivo, escrito, como fonte principal do direito. As normas, em sua maioria, vêm postas e assim vão sendo impostas goela abaixo dos indivíduos. Ainda há pouca ou quase nenhuma participação da sociedade civil na maior parte da produção legislativa do país, seja na esfera federal, estadual ou municipal.

É fundamental que se aperfeiçoem os mecanismos de participação popular direta, no exercício das funções legislativa e executiva, para que ocorra o desejado e efetivo acesso à justiça em matéria urbanística, que pode ser concretizado tanto com a criação de fóruns e conselhos, como também de assistência judiciária às pessoas de baixa renda, especialmente no âmbito dos municípios.

Nesse sentido, o Estatuto da Cidade inova, mais uma vez, ao trazer um capítulo exclusivo sobre a *gestão democrática das cidades*. Além disso, para que as diretrizes gerais da política urbana sejam alcançadas, alguns instrumentos jurídicos e políticos deverão ser utilizados, entre os quais a expressamente prevista “*assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades e grupos sociais menos favorecidos*” (artigo 4º, V, ‘r’).

6. Considerações finais

Pretendeu-se abordar neste trabalho alguns aspectos do Estatuto da Cidade, e ao mesmo tempo aproveitar o impacto e a atenção que recaem sobre uma lei recém-sancionada para propor algumas reflexões sobre os obstáculos que caracterizam o acesso à justiça em matéria urbanística. Ao longo do trabalho, no entanto, percebe-se que a sanção do Estatuto da Cidade não pode ser vista como um fator eliminador, *de per se*, da tradição de sucessivos desencontros que têm marcado esse processo.

Espera-se que o Poder Judiciário, a partir do Estatuto, consiga aplicar com mais desenvoltura a função social da propriedade, como paradigma de decisão nos casos a ele

submetidos, pois está eliminada dessa reiterada dificuldade um de seus principais entraves: a função social da propriedade, além de princípio constitucional, é agora, também, uma norma legal. Essa distinção, aparentemente supérflua, ganha importância quando se lembra que a maior parte dos juristas brasileiros ainda sente grande desconforto ao fazer uso de princípios na interpretação das normas.

Para finalizar, registre-se que o Estatuto da Cidade vem servir de suporte, também, para que seja efetivamente assegurado o direito social de moradia, expressamente previsto no artigo 6º da Constituição Federal, a partir da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, direito esse que não deve ser confundido com direito de propriedade.¹¹

Que seja bem-vindo, o Estatuto!

7. Referências Bibliográficas

- ALFONSIN, Betânia de Moraes. *Direito à moradia: instrumentos e experiências de regularização fundiária nas cidades brasileiras*. Rio de Janeiro: Fase/IPPUR, 1997.
- CASTRO, Sônia Rabello de. Algumas formas diferentes de se pensar e de reconstruir o direito de propriedade e os direitos de posse nos 'países novos'. *Direito Urbanístico e Política Urbana no Brasil*. Org. Edésio Fernandes. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, pp. 77-100.
- COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. Org. Celso Antônio Bandeira de Mello. vol. 2. São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 343-359.
- GRINBERG, Keila. *Código Civil e Cidadania*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.
- FERNANDES, Edésio. Agenda de investigação para uma sociologia del derecho urbanístico en Brasil. *Enlace. Revista de Sociologia Jurídica*. n.1, 1996.
- LIRA, Ricardo Pereira. *Elementos de Direito Urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- MATTOS, Liana Portilho. Limitações urbanísticas à propriedade. *Direito Urbanístico e Política Urbana no Brasil*. Org. Edésio Fernandes. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, pp. 55-75.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. vol. 1. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000.
- SAULE Jr., Nelson. *Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro. Ordenamento constitucional da política urbana. Aplicação e eficácia do plano diretor*. Porto Alegre: Fabris, 1997.
- SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1995.

¹¹ Daí, mais uma vez, a importância da concessão de uso especial para fins de moradia.

