

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITO URBANÍSTICO, CIDADE E ALTERIDADE

EDSON RICARDO SALEME

FLAVIA PIVA ALMEIDA LEITE

DANIEL GAIO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito urbanístico, cidade e alteridade [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/
UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Edson Ricardo Saleme, Flavia Piva Almeida Leite, Daniel Gaio –
Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-096-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2 Direito urbanístico. I.
Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo
Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITO URBANÍSTICO, CIDADE E ALTERIDADE

Apresentação

PREFÁCIO

Na passagem para o novo milênio estabeleceu-se o Fórum Social Mundial, em 2001, como espaço fundamental para a internacionalização e discussões de temas relevantes. Elaborou-se, na ocasião, uma Carta Mundial do Direito à Cidade pela ONG FASE, na VI Conferência Brasileira de Direitos Humanos, com apoio ativo dos instrumentos internacionais de direitos humanos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais, como estratégia estabelecida por um conjunto de organizações da sociedade atuantes nas questões urbanas. Gerou-se, assim, a primeira versão da proposta denominada Carta Européia de Salvaguarda dos Direitos Humanos na Cidade, apresentada em Saint-Dennis, em maio de 2000, e o Tratado por Cidades, Vilas, Povoados Justos, Democráticos e Sustentáveis. A seguir, no Brasil, lançou-se a plataforma brasileira do direito à cidade e reforma urbana.

Esse processo construtivo de um marco regulatório nasce com o objetivo de disseminar a concepção do direito à cidade como um novo direito humano.

Ainda que alguns urbanistas considerassem desnecessária e outros indicassem a completa ausência de norma do estilo aprovou-se, após treze anos de tramitação, o Estatuto da Cidade. Esta Lei Federal reiterou, em sua ementa, ser a regulamentadora dos artigos 182 e 183 da Constituição Federal. Entre críticas e elogios, a Lei nº 10.257, de 2001, gerou repercussões positivas em prol da construção de cidades sustentáveis, firmou parâmetros para a construção da função social da cidade e viabilizou institutos relacionados à regularização fundiária.

Esse novo momento, experimentado no Brasil, reafirmou que o urbanismo não deveria apenas ser visto como ciência voltada unicamente à ordenação de espaços habitáveis, mas também dirigida a regular as funções sociais da cidade e sobretudo relativas à regularização fundiária e novas formas de modernização de espaços urbanos.

Nesse sentido, a inclusão do Grupo de Trabalho Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade no XXIV Encontro Nacional do CONPEDI Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito realizado em Belo Horizonte Minas Gerais, de 11 a 14 de novembro de 2015, revelou-se de maneira inédita e com o sucesso esperado. O novel Grupo gerou excelente

oportunidade para se debater o grande número de institutos previstos no Estatuto relacionados ao justo tratamento da propriedade. O acerto dessa inclusão fica evidente ao serem analisados os artigos submetidos e apresentados, os quais são rapidamente resumidos a seguir, com a indicação de seus autores.

Esta obra inicia-se com o artigo de Roberta Terezinha Uvo Bodnar e Zenildo Bodnar intitulado "A EPISTEMOLOGIA INTERDISCIPLINAR DO DIREITO À CIDADE", que defende a ideia de que o direito à cidade exige estudos de natureza interdisciplinar para abarcar a totalidade do seu sentido, tendo sido igualmente enfatizada a dimensão jurídica do direito à cidade, em especial a sua interseção com o Estatuto da Cidade e com os princípios constitucionais.

No artigo "O DIREITO À CIDADE E SUSTENTABILIDADE: ASPECTOS DA SEGREGAÇÃO, DEGRADAÇÃO E RISCO AMBIENTAL NO MUNICÍPIO DE NITERÓI", Eleonora Freire Bourdette Ferreira e Mariana Dias Ribeiro assinalam que o direito à cidade exige uma mudança radical no sistema de valores instituído pelo capitalismo ao incorporar o valor e a ética da sustentabilidade nas suas dimensões ecológica e social. Em seguida as autoras buscam analisar a efetividade dos referidos conceitos no município de Niterói (RJ).

A seguir, Roberto Miglio Sena, por meio do trabalho O DIREITO À CIDADE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO, faz argumentação da conformação do direito à cidade como um direito fundamental e um dos alicerces importantes da ordem jurídica nacional. Posteriormente faz breve análise acerca dos entraves à efetivação ao direito à cidade, bem como o tratamento conferido pelos Tribunais Superiores às questões urbanas.

Em sua apresentação do trabalho intitulado O AVESSE DO URBANO, Ursula Miranda Bahiense De Lyra objetiva lançar luz aos propósitos do processo de gentrificação que está sendo introduzido no âmbito das políticas urbanas implementadas pelos poderes públicos na cidade do Rio de Janeiro, de forma a transformá-la em uma cidade vitrine ou cidade competitiva, apta a atrair um montante cada vez maior de capital e investimentos estrangeiros.

Por sua vez, Thaís Lopes Santana Isaías e Carolina Spyer Vieira Assad abordam no artigo "A TESE PATRIMONIALISTA E SEUS REFLEXOS NA CIDADE- MERCADO: UMA ANÁLISE À LUZ DO CONFLITO DA IZIDORA (Belo Horizonte), em especial a tramitação do processo judicial e as violações de direitos humanos praticadas pelo Poder Público.

No artigo "O DIREITO À CIDADE ENCLAUSURADO EM CONJUNTOS HABITACIONAIS: A ANÁLISE DO PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA NO MUNICÍPIO DE JOÃO PESSOA" os autores Phillipe Cupertino Salloum e Silva e Emerson Erivan de Araújo Ramos analisam como o referido programa habitacional colabora para o aumento da segregação espacial pelo fato de estar alicerçado em uma conformação massificada de habitações em zonas periféricas e em grandes loteamentos é justificada por seu baixo custo e celeridade na conclusão.

No trabalho intitulado "(IN) SUSTENTABILIDADE NO PROCESSO BRASILEIRO DE URBANIZAÇÃO", de Amanda Cristina Carvalho Canezin e Miguel Etinger de Araujo Junior, busca-se relacionar o conceito de sustentabilidade com os impactos sociourbanísticos nas cidades, e trazem elementos e práticas sociais que objetivam construir cidades sustentáveis. Na sequência, Gabriela Miranda Duarte destaca a necessidade de superar o discurso de naturalização das desigualdades e da preponderância do elemento técnico no planejamento das cidades, por meio do artigo PLANO DIRETOR: UMA DEMONSTRAÇÃO DA DESIGUALDADE POLÍTICA NO BRASIL. Para que isso se concretize, a autora defende que haja a inclusão dos grupos que compõem a cidade no processo decisório, em especial por meio de audiências públicas.

Berenice Reis Lopes discorre sobre O FENÔMENO DAS OCUPAÇÕES VISTO COMO PROCESSO DE MUDANÇA SOCIAL. Neste sentido analisou o tema das ocupações como um fenômeno de transformação da sociedade. A pesquisa fez uma análise documental e teórica e, procurou refletir sobre o significado da expressão ocupação, seguindo-se à análise dos conceitos de direito de propriedade e de sua função social, apresentando um outro foco de análise que cerca tais direitos.

Juliana Aparecida Gomes Oliveira e Luiza Machado Farhat Benedito, no artigo "A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA", abordam as diversas possibilidades de funcionalização da propriedade urbana por meio dos instrumentos urbanísticos previstos no Estatuto da Cidade, bem como pelos procedimentos de regularização fundiária previstos pela Lei Federal 11.977, de 2009.

Na sequência, com o trabalho intitulado A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO DE PROPRIEDADE E O DIREITO À MORADIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, Cláudia Mansani Queda De Toledo e Carolina Barocat Mokarzel apresentaram a relação existente entre o direito de propriedade e o direito à moradia a partir da inserção da moradia

como um direito social fundamental no artigo 6º da CF/88. Para tanto, elaboraram uma aproximação teórica entre direito de propriedade e moradia, bem como as possíveis antinomias.

Juliano dos Santos Calixto e Maria Tereza Fonseca Dias propõem analisar a A EFETIVIDADE DO DIREITO À MORADIA ADEQUADA A PARTIR DA SEGURANÇA NA POSSE NO DIREITO INTERNACIONAL E NO DIREITO BRASILEIRO, para tanto discutem se a efetividade do direito à moradia adequada está relacionada à distribuição de títulos individuais de propriedade em assentamentos informais ou se a segurança na posse pode ser garantida de forma apartada do direito de propriedade. Para responder a tais questionamentos desenvolvem uma investigação de cunho dogmático-jurídico, mediante coleta de dados primários: estatísticas, programas governamentais, legislações e tratados; e secundários: bibliografia e estudos sobre o tema.

Com o trabalho intitulado OCUPAÇÕES URBANAS EM FORTALEZA: POPULAÇÃO NÔMADE, DIREITOS E MORADIA, Lara Capelo Cavalcante propõe analisar o processo de ocupação da terra urbana de uma parcela da população em Fortaleza, denominada de nômades urbanos. Para tanto, elaborou um estudo sobre as regras jurídicas que disciplinam a questão fundiária urbana, não se limitando a analisá-las do ponto de vista do direito positivo, mas estabelecendo investigação etnográfica.

Eder Marques de Azevedo e Julia de Paula Vieira discorrem sobre O DIREITO A FAVELAS SUSTENTÁVEIS: DESAFIOS À URBANIZAÇÃO DE ASSENTAMENTOS HUMANOS EM BENS PÚBLICOS. Neste sentido apontam que a acumulação capitalista foi responsável pelo crescimento desordenado das cidades e pelo impacto da urbanização na mudança social. Dentro desse contexto, as cidades sofrem sérios problemas ambientais e de crescimento das favelas numa razão desproporcional ao progresso esperado, tornando-se o acesso à terra legal fator de segregação socioespacial.

Com o objetivo de demonstrar o potencial transformador da regularização fundiária, como importante instrumento de inclusão social e de superação da pobreza, Ana Caroline Santos Ceolin, apresenta o trabalho A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA COMO INSTRUMENTO DE INCLUSÃO SOCIAL E DE SUPERAÇÃO DA POBREZA: ESTUDO DE CASO DA COMARCA DE SÃO JOÃO DA PONTE EM MINAS GERAIS. Para tanto, após levantamento de dados junto à Serventia extrajudicial de Registro de Imóveis, demonstra a generalizada irregularidade imobiliária da referida Comarca e o seu impacto negativo na economia local, no exercício de direitos urbanísticos de natureza coletiva e individuais pertinentes à titularidade dos imóveis. Com a análise da legislação brasileira verificou a

aplicação prática dos instrumentos legais que visam à regularização fundiária e quais são os avanços obtidos e as possibilidades existentes com a recente regulamentação da usucapião extrajudicial.

O artigo CONFLITO ENTRE A DIMENSÃO NEGATIVA DO DIREITO À MORADIA E O DIREITO À CONSERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO CULTURAL: UMA SOLUÇÃO NÃO EXTRAÍVEL DOS MANUAIS DE DIREITO CONSTITUCIONAL, Fernanda Fortes Litwinski e Flora Augusta Varela Aranha, discorrem sobre os diversos problemas advindos ao proprietário do imóvel afetado pelo instituto do tombamento.

Na sequência, Fabiano Lira Ferre, em seu trabalho REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: HARMONIZAÇÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À MORADIA E AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO aborda os instrumentos de regularização fundiária trazidos pela Lei n.º 11.977/2009, mais especificadamente os institutos da demarcação urbanística e da legitimação da posse, como fórmula possível de alcançar um desenvolvimento sustentável nas cidades, harmonizando os direitos fundamentais à moradia e ao meio ambiente saudável. Para tanto, aborda, ainda que de forma sucinta sobre o direito humano à moradia e sua relação com o Estatuto da Cidade. Para ao final, apresentar os referidos instrumentos de regularização fundiária como técnica de compatibilização do direito à moradia com a preservação ambiental.

A seguir Adir Ubaldo Rech e Karina Borges Rigo apresentaram o artigo A GESTÃO PÚBLICA DO MEIO AMBIENTE URBANO: ATUAÇÃO DIRETA DOS MUNICÍPIOS PARA A GARANTIA DO DIREITO AO LAZER ATRAVÉS DO PLANO DIRETOR. Os autores indicam a possibilidade do plano diretor municipal ou mesmo a própria lei de parcelamento de solo urbano implementarem fórmulas eficazes destinadas a criar e manter áreas verdes e de lazer no ambiente urbano.

Diante da necessidade em se manter o ambiente natural nos centros urbanos, Rayanny Silva Siqueira Monteiro e Lais Batista Guerra, pesquisaram sobre o DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO E À PROPRIEDADE PRIVADA: A EXIGIBILIDADE DE RESERVA FLORESTAL LEGAL EM ÁREA URBANA E DE EXPANSÃO URBANA. Com base nesse estudo as autoras sublinham a importância da manutenção de áreas verdes em locais considerados urbanos pela ordem urbana municipal, mas não obedecem ao preceituado em decisões jurisprudenciais que defendem a tutela da propriedade rural segundo sua destinação.

No texto "FERRAMENTAS PARA OTIMIZAÇÃO DA SUSTENTABILIDADE NA POLÍTICA DE MOBILIDADE URBANA DO MUNICÍPIO DE SANTOS" Henrique Perez Esteves e Leonardo Bernardes Guimarães inicialmente descrevem alguns estudos sobre a mobilidade urbana no município de Santos (SP) para em seguida enfatizarem elementos mais relevantes da proposta de um plano de mobilidade local, como a previsão de indicadores e metas, aumento progressivo de recursos do IPVA e compromisso com a transparência.

No trabalho TEMPO SOCIAL, CONFIANÇA E TUTELA AMBIENTAL: A AMBIVALENCIA PARA O DIREITO NA (RE)CONFIGURAÇÃO DO ESPAÇO URBANÍSTICO-AMBIENTAL, Márcio Mamede Bastos de Carvalho enfoca o inter-relação entre o tempo social, a confiança e a tutela do equilíbrio do ambiente urbano-ambiental e a ambivalência entre esses elementos e o Direito.

A seguir o paper intitulado AS PEDRAS E OS AZULEJOS QUE SE ACERTEM COM A JUSTIÇA! A INVENÇÃO DA CIDADE PATRIMÔNIO CULTURAL DA HUMANIDADE E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PATRIMONIAL, Paulo Fernando Soares Pereira comenta acerca da judicialização de questões que envolvem o patrimônio cultural de São Luís, no Maranhão, questionando o fato de ser o Judiciário o foro adequado para a discussão da questão do binômio patrimônio e desenvolvimento naquela Cidade.

No trabalho seguinte os autores Rhiani Salomon Reis Riani e Allexandre Guimarães Trindade investigam a RELAÇÃO PORTO E CIDADE: ESTUDO DE IMPACTO DE VIZINHANÇA NAS INSTALAÇÕES PORTUÁRIAS DA CIDADE DE SANTOS/SP, no que tange aos aspectos de licenciamento ambiental e a importância do EIV. Reiteram que esses estudos são fundamentais como ferramenta de controle na investigação de todos os tipos de impactos possíveis, sejam eles positivos ou negativos.

Outro importante trabalho apresentado, que segue a temática do EIV, é a entabulada por Luciano Pereira de Souza e Fernando Reverendo Vidal Akaoui que, diante da prática na questão ambiental, analisam os ESTUDOS DE IMPACTO DE VIZINHANÇA E SUA APLICABILIDADE DIANTE DA AUSÊNCIA OU INSUFICIÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO POR LEI MUNICIPAL. O artigo investiga como o instrumento pode auxiliar no desenvolvimento sustentável local e revelam sua extrema relevância cidadina.

No trabalho intitulado URBANISMO SUBTERRÂNEO ARGUMENTOS PARA UM MARCO JURÍDICO DO CONTROLE DA UTILIZAÇÃO DO ESPAÇO DO SUBSOLO URBANO., Sérgio Pacheco, com grande propriedade, expõe a fragilidade desses espaços em face da falta de regulamentação da matéria. O autor expõe que esse tema deveria ser objeto

de se efetivar um plano diretor subterrâneo para que não haja impactos futuros nesses loci nas grandes cidades.

A temática do desenvolvimento urbano e como os benefícios e incentivos fiscais poderiam ser empregados para um dos possíveis meios a viabilizar o desenvolvimento urbano sustentável foi muito bem sustentado por Virgínia Junqueira Rugani Brandão e Marinella Machado Araújo. O trabalho intitulado A SANÇÃO PREMIAL E A LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL NO ÂMBITO DAS POLÍTICAS URBANAS MUNICIPAIS indicou como a Lei de Responsabilidade Fiscal pode regulamentar os casos de renúncia de receita e como se pode penalizar os agentes responsáveis na hipótese de descumprimento dos dispositivos legais.

Diante das regulamentações modernas sobre o ambiente urbano, a pesquisadora Natalia Sales de Oliveira comentou, de forma clara e precisa, o tema ESTATUTO DA METRÓPOLE: REFLEXÕES ACERCA DO INSTITUTO LEGAL E DA GOVERNANÇA METROPOLITANA. Investigou-se no trabalho os maiores problemas relacionados à gestão metropolitana de grande parte das regiões metropolitanas brasileiras. Nesse sentido examinou como se pode haver a gestão governamental plena e pontos conflituosos como as funções públicas de interesse comum e a instituição de fundos de grande capacidade.

Finalmente, com o intuito de finalizar as discussões acerca desse novel diploma normativo, João Luís do Nascimento Mota e Adriano Fábio Cordeiro da Silva, ao enfocarem os problemas existentes na Região do Cariri, no Ceará, comentam os impactos do tema O ESTATUTO DA METRÓPOLE, A REGIÃO METROPOLITANA DO CARIRI E SEUS ÍNDICES DE COMÉRCIO EXTERIOR. Na análise os autores revelam peculiaridades da Região indicada e comentam suas potencialidades diante dessa nova norma.

Por fim, os organizadores e coordenadores do Grupo de Trabalho Direito URBANISTICO, CIDADE E ALTERIDADE parabenizam e agradecem aos autores dos trabalhos que formam esta obra pela valiosa contribuição científica de cada um, o que por certo será uma leitura interessante e útil à comunidade acadêmica. Reiteramos a satisfação em participar da apresentação desta obra e do CONPEDI, que se constitui, atualmente, o mais importante fórum de discussão e socialização da pesquisa em Direito no Brasil.

Profa Dra Flávia Piva Almeida Leite FMU

Prof Dr Edson Ricardo Saleme Unisantos

Prof Dr Daniel Gaio - UFMG

O DIREITO À CIDADE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO
THE RIGHT TO THE CITY IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

Roberto Miglio Sena

Resumo

O século XX foi marcado pelo expressivo desenvolvimento urbano tanto no Brasil quanto ao redor do mundo. Paralelamente ao crescimento das cidades, a temática urbana ganhou espaço no cenário político e passou a ser objeto de tratados internacionais, sendo também positivada no nosso ordenamento jurídico. Tomando como ponto de partida a Constituição de 1988, a qual conferiu grande ênfase ao tema dos direitos fundamentais, o presente estudo objetivará analisar o direito à cidade, na tentativa de argumentar a sua conformação como um direito fundamental, sendo, portanto, um dos alicerces da ordem jurídica. Com isto em mente, será realizada breve análise acerca dos entraves à efetivação ao direito à cidade, bem como o tratamento conferido pelos Tribunais Superiores às questões urbanas.

Palavras-chave: Cidade, Direito, Fundamental

Abstract/Resumen/Résumé

The twentieth century was marked by the significant urban development in Brazil and around the world. Parallel to the growth of the cities, urban theme gained ground in the political arena and became the subject of international treaties, also being treated in our legal system. Taking as a starting point the 1988 Constitution, which placed great emphasis on the issue of fundamental rights, this study will aim to analyze the right to the city in an attempt to argue its conformation as a fundamental right, being therefore one of the foundations of the legal system. With this in mind, it will be held a brief analysis about the obstacles for the realization of the right to the city as well as the treatment given by the Superior Courts to urban questions.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: City, Right, Fundamental

1- Introdução

Com a queda do regime militar e a paulatina retomada democrática no Brasil, o tema da efetividade dos direitos e garantias fundamentais retornou à centralidade dos debates jurídicos. A Constituição Federal de 1988 é comumente denominada como Constituição Cidadã, dado o seu caráter profundamente garantista. Nela, estão albergados tanto os direitos de 1ª geração, conhecidos como os direitos de liberdade e que demandam uma conduta abstencionista e de não interferência do Estado, quanto os direitos de 2ª geração, de cunho social e igualitário, a clamar por prestações positivas estatais, assim como os direitos de 3ª e até mesmo 4ª gerações, os quais, fundados no conceito de solidariedade social, protegem direitos difusos e intergeracionais, como, por exemplo, o direito ao meio ambiente sustentável.

Quanto ao tema, Norberto BOBBIO (2004, pág. 35) chama a atenção para o fato de que:

“Enquanto os direitos de liberdade nascem contra o super poder do Estado — e, portanto, com o objetivo de limitar o poder —, os direitos sociais exigem, para sua realização prática, ou seja, para a passagem da declaração puramente verbal à sua proteção efetiva, precisamente o contrário, isto é, a ampliação dos poderes do Estado.”

Embora a classificação das dimensões de direitos fundamentais varie de acordo com cada autor, fica evidente, com base na distinção realizada por BOBBIO, que o direito à cidade, dado o seu caráter coletivo, não é possível de enquadrar-se como um direito abstencionista de 1ª geração, visto que, no cerne de sua concretização, encontra-se a participação dos movimentos sociais atrelada à atuação estatal. De forma geral, pode-se afirmar que as pautas sociais e coletivas, dentre as quais se insere a questão urbana, são reconhecidas pelo Direito e positivadas nos diversos ordenamentos ao redor do mundo, ocasião na qual adquirem significado e tutelas específicas.

De acordo com o sociólogo Niklas LUHMANN (2011, pág. 111), o sistema jurídico introjeta para si fatos do mundo fenomênico ou afetos a outros sistemas, para, uma vez juridicizados, adquirirem significado próprio. Daí porque a morte, fato biológico que representa o encerramento das atividades vitais de um dado ser, ao ser introjetada para o sistema jurídico, adquire conteúdo peculiar, tornando-se fato gerador do ITCD, relevante

também para o direito obrigacional, termo inicial para a abertura da sucessão, marco final para a responsabilidade civil, etc.

Não poderia ser diferente para a cidade¹. Fenomenicamente compreendida como o espaço de convivência em que os seres humanos organizam a vida em sociedade, a cidade é, antes de tudo, um fenômeno social, cultural, político, econômico, para então tornar-se jurídico.

Como fenômeno extrajurídico, as cidades se desenvolveram de forma surpreendente no último século: de acordo com dados do IBGE,² em 1940 a população urbana brasileira era de 18,8 milhões de pessoas (26,3% da população total) passando em 2000 para 138 milhões de pessoas (81,2% da população total). Além disso, em 60 anos os assentamentos urbanos tiveram de suportar a entrada de 125 milhões de habitantes; de modo que, no ano 2000, 30% dos 170.000.000 de habitantes brasileiros viviam concentrados em apenas 9 metrópoles.

Deste acelerado desenvolvimento das cidades brasileiras decorre a importância de estudar-se o direito à cidade, na tentativa de vislumbrá-lo como um direito fundamental dos cidadãos brasileiros. O tema ganhou destaque político e jurídico na última década, podendo citar-se como exemplo, a inclusão do direito à moradia³ como um direito social, bem como a criação do Ministério das Cidades, em 2003, pela Lei nº 10.683.

Não obstante, a Constituição Federal em momento algum se refere expressamente a um “direito à cidade”, possuindo apenas normas esparsas que versam sobre o tema. Dessa forma, à luz da teoria dos direitos fundamentais, o presente estudo objetivará analisar se o direito a cidade pode ou não ser inserido como direito fundamental e considerado um dos alicerces do nosso ordenamento jurídico. Ao final, mais do que um dispositivo programático, será realizada breve análise acerca da efetivação do direito à cidade, verificando de qual forma os Tribunais Superiores têm trabalhado a matéria.

2- Teoria dos Direitos Fundamentais

A teoria dos direitos fundamentais como atualmente concebida, abarca tanto os direitos individuais quanto os direitos coletivos (sociais, políticos e econômicos). Mas essa é uma concepção moderna, fruto da evolução das sociedades contemporâneas.

¹ José Afonso da Silva chama a atenção para o fato de que o conceito demográfico de cidade é muito difundido, sendo considerada o aglomerado urbano com determinado número de habitantes: 2000 em alguns países, 5.000 em outros, 20.000 para a ONU, 50.000 nos EUA, cabendo destacar também a existência de uma concepção econômica e a concepção de subsistemas. In: SILVA, José Afonso da. Direito urbanístico brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2010, pág. 24.

² Disponível em: <http://www.censo2010.ibge.gov.br/sinopse/index.php?dados=9&uf=00>

³ Ao longo do texto será discutida a distinção entre direito à cidade e direito à moradia, conceitos que, embora sejam algumas vezes utilizados como sinônimos, não se confundem.

Pode-se afirmar que os direitos fundamentais germinaram em documentos históricos ao redor do mundo: a Bill of Rights inglesa de 1688, a Constituição norte-americana de 1787, bem como a Declaração dos Direitos do homem e do cidadão de 1789 fruto da revolução francesa, são alguns exemplos. No século XX, a constitucionalização dos direitos fundamentais potencializa-se no cenário pós-guerra e após a queda de regimes autoritários, criando o cenário político propício para a confecção de cartas de cunho garantista, conforme corrobora o magistério de Casalta NABAIS (1998, pág 17) segundo o qual os textos constitucionais preocuparam-se a atribuir uma predominância ao *status passivus* ou *status subjectionis* do cidadão, preocupando-se quase que exclusivamente com os direitos fundamentais ou com os limites ao poder que estes se traduzem.⁴

Foge do escopo do presente trabalho uma análise histórica acerca do desenvolvimento dos direitos fundamentais⁵ ao redor do mundo, cabendo apenas asseverar que a temática ganha especial relevo com o desenvolvimento do sistema capitalista de produção, o qual por um lado clama pelo reconhecimento das liberdades para o desenvolvimento da atividade burguesa, e, por outro, escancara as desigualdades de condições de vida entre proprietários e não-proprietários, realidade que vê nos direitos fundamentais uma válvula de compensação, no sentido de garantir a todos um mínimo de direitos que, ao menos em tese, assegurassem uma vida digna.

José Afonso da SILVA (2005, pág. 178) chama a atenção para a dificuldade conceitual em relação aos direitos fundamentais dada a multiplicidade de aspectos e complexidade quanto ao tema. Acrescentando a este raciocínio, Daniel GAIO (2015, pág. 124) leciona que “os direitos fundamentais refletem as condições econômicas, sociais e culturais de determinada sociedade, sendo impossível conceber de maneira universal e absoluta direitos que são relativizados no tempo e no espaço”. Nesse diapasão, Humberto ÁVILA (2004, pág 157) esclarece em sua teoria dos princípios que “a homogeneidade conceitual não pode esconder a heterogeneidade eficaz dos princípios constitucionais” cabendo destacar que alguns princípios se ombream com outros, assim como há princípios

⁴ Aqui cabe a ressalva de que, para além de uma concepção individualista de cidadania, nossa Constituição albergou o conceito de solidariedade social, estabelecendo uma serie de deveres fundamentais como contrapartida aos direitos sociais, dentre os quais se insere, por exemplo, o dever de pagar impostos conforme a capacidade econômica do indivíduo.

⁵ Como o objetivo principal do trabalho é verificar a conformação constitucional do direito a cidade, analisando se este constitui um direito fundamental, também não entraremos na análise acerca da colisão de direitos fundamentais, o que entendemos tratar-se de um capítulo posterior ao presente estudo, uma vez compreendido que o direito à cidade de fato constitui um direito fundamental. Dessa forma, não empreenderemos ao clássico debate entre Dworkin e Alexy acerca das colisões entre princípios ou regras, sugerindo-se ao leitor que queira aprofundar nesta nuance dos direitos fundamentais visitar as obras dos professores Daniel Gaio e Menelick de Carvalho, ambas elencadas nas referências bibliográficas.

que fundam e instrumentalizam a eficácia de outros, fato que o autor resolve cunhar como “indeterminação estrutural.”

De toda forma, faz-se mister recorrer à definição elaborada pelo ilustre constitucionalista José Afonso da SILVA (2005, pág. 178), a qual servirá de base para se analisar se o direito à cidade enquadra-se ou não nesta categoria:

“Direitos fundamentais do homem, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservado 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. No qualitativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive (...)”

Em síntese, há que se ter em mente que atualmente os direitos fundamentais encontram-se constitucionalmente assegurados, e, de acordo com o magistério de SILVA (2005, pág. 184) podem ser divididos em direitos individuais (art. 5º), de nacionalidade (art. 12), políticos (art. 14 a 17), sociais (art. 6º, 193 e ss.), coletivos (art. 5º) e direitos de solidariedade (art. 3º e 225).

No ordenamento jurídico vigente, o §2º do artigo 5º da Constituição Federal nos dá um indicativo da tipologia de direitos fundamentais que se pode encontrar, na medida em que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” Dessa forma, pode-se falar em 1) direitos fundamentais expressos; 2) direitos fundamentais decorrentes da análise de princípios; 3) direitos fundamentais oriundos de tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

Essa classificação é de suma relevância pois, embora já tenhamos destacado que em momento algum a Constituição Federal faz referência expressa a um “direito à cidade”, será necessário empreender uma interpretação sistêmica e principiológica, bem como analisar os tratados internacionais que o Brasil faz parte, para, só então, conseguir responder se o direito à cidade encontra ou não conformação constitucional no ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, a análise da amplitude e importância do direito à cidade não pode se esgotar na mera leitura do texto constitucional. É preciso ir além.

Superando a mera análise legalista / positivista, cabe trazer à tona as considerações de Robert ALEXY (2008, pág 74), segundo o qual:

“Saber se uma norma atribuída é uma norma de direito fundamental depende da argumentação referida a direitos fundamentais que a sustente. (...) As regras de fundamentação referidas a direitos fundamentais não definem um procedimento que leve, em todos os casos, a somente um resultado. Além disso, essas próprias regras não são objeto de controvérsias. Isso significa, então, que, em muitos casos, é incerto quais normas são normas de direitos fundamentais.”

Com isto em mente, a seguir tentar-se-á fundamentar as normas atinentes ao direito à cidade como normas de direitos fundamentais da Constituição Federal.

3- O Direito à cidade no ordenamento brasileiro

Como dito, a Constituição Federal assegura uma série de direitos fundamentais, tanto de cunho individual quanto coletivo. No que tange especificamente à questão urbana, reservou um capítulo inserido dentro do título atinente à ordem econômica e financeira. Dessa forma, os arts. 182⁶ e 183⁷ da CR/88 tratam de política de desenvolvimento urbano, trazendo conceitos caros, tais como os de “função social da cidade”, “plano diretor”, entre outros.

Visando conferir maior concretude a estes dispositivos, foi editada em 2001 a Lei nº 10.257, comumente denominada como “Estatuto da cidade” a qual se funda em 4 principais alicerces: gestão democrática das cidades, regularização fundiária, combate à especulação imobiliária e sustentabilidade⁸. Neste diploma legal é que se verifica a primeira referência normativa expressa a um “direito à cidade”, cabendo aqui a literal transcrição do art. 2º caput e inciso I:

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**

⁶ “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. (...)”

⁷ “Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. (...)”

⁸ Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0250-71612002008400008

transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações:

O inciso I do art. 2º do Estatuto da Cidade apresenta-se como uma clara tentativa de conceituação de um “direito à cidade”. Ademais, Edésio FERNANDES (2006, pág. 07) argumenta que a Constituição Federal e o Estatuto da Cidade importaram em uma mudança de paradigma em relação à questão urbana, saindo-se do marco civilista estancado no Código Civil de 1916, para uma leitura típica do Direito Público. Não obstante, cabe aqui a ressalva de José Roberto BASSUL (2002) no sentido de que o estatuto da cidade instrumentaliza o poder público, criando ferramentas necessárias à implementação da reforma urbana, porém, “mecanismos legais – isoladamente - não são capazes de transformar estruturas sociais”.

Paralelamente, a Emenda Constitucional nº 26 de 2000 veio inserir no caput do art 6º⁹ (que trata dos direitos sociais) o direito à moradia. Somado a isto, o art. 7º, inciso IV da CR/88 preceitua que o salário mínimo deve ser suficiente para atender as necessidades vitais básicas, ali inseridos os gastos com moradia, enquanto o art. 21, XX confere competência à União para instituir diretrizes para a habitação, conquanto o art. 23, IX da CR/88 define a competência comum de União, Estados e Municípios para promover programas de construção de moradias.

Ademais, o tema encontra-se previsto também em vários tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, tais como o artigo XXV, item um da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o artigo 11 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos Social e Culturais, a Agenda Habitat I, entre outros dispositivos. Mas isto é suficiente para se falar no reconhecimento de um direito à cidade como direito fundamental?

Primeiramente, é necessário diferenciar o direito à moradia do direito à cidade uma vez que, embora repletos de adjacências, tais institutos não se confundem.

O direito à moradia, também referido em vários dispositivos como “direito à habitação”, teve seus elementos traçados pelo Comentário Geral nº 4 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, cabendo destacar: a) segurança jurídica da posse, b) disponibilidade de serviços, c) gastos suportáveis, d) habitabilidade, e) acessibilidade, f) localização e g) adequação cultural¹⁰. Também a carta mundial pelo direito a

⁹ “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.”

¹⁰ Disponível em: http://direitoamoradia.org/?page_id=46&lang=pt. Acesso em 11/06/2015.

cidade¹¹ reservou todo o extenso artigo XIV para dispor sobre o direito a moradia, dentre outros documentos.

Cabe aqui a definição dada por José Afonso da SILVA (2010, pág. 376), segundo o qual: “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 (...).”

De acordo com Nelson Saule Júnior (FERNANDES, 2006, pág. 243), o direito à moradia possui como núcleo básico o direito de viver com segurança, viver com paz e viver com dignidade. E este direito à moradia, por sua vez, integra o núcleo central do direito a cidades sustentáveis.

Já no que diz respeito ao direito à cidade, há que se tomar como ponto de partida o tradicional conceito de H. Lefebvre. Citado pela arquiteta Silke KAPP (2012, pág. 464) o direito à cidade Lefebvrino: “se manifesta como forma superior dos direitos: direito à liberdade, à individualização na socialização, ao habitat e ao habitar. O direito à obra e o direito à apropriação (bem distinto ao direito à propriedade) estão implicados no direito à cidade.”

Nesse diapasão, David HARVEY (2013, pág. 33) chama a atenção para o fato de que o direito à cidade não pode ser concebido como um simples direito individual, uma vez que denota um esforço coletivo fundados na idéia de solidariedade social. E o citado autor complementa que o direito à cidade é “um direito ativo de fazer a cidade diferente, de formá-la mais de acordo com as nossas necessidades coletivas, definir uma maneira alternativa de simplesmente ser humano.”

No entanto, KAPP (2012, pág. 466) chama a atenção para a banalização do conceito, sua burocratização, cooptação e conseqüente ineficácia¹². Nesse sentido, não são raras as críticas de autores ligados à temática urbana, normalmente com formação em outras áreas da Ciências Sociais, que vêem o Direito como um instrumento de subversão das lutas sociais¹³,

¹¹ De acordo com Letícia Marques Osório, o propósito da Carta era apoiar estratégias de mudanças políticas e institucionais nas e entre as cidades, que serviriam como base para uma luta contra as desigualdades, apoiada na mobilização ativa da sociedade nacional em torno da efetivação dos direitos humanos para os homens e mulheres que nelas moram e trabalham. In: ALFONSIN, Betânia; FERNANDES Edésio (org.). Direito urbanístico: estudos brasileiros e internacionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. Pág. 193.

¹² Nesse sentido, Marcelo Lopes de SOUZA (2010, pág. 315) assevera que “*coined at the end of the 60s by french philosopher Henri Lefebvre, the expression “right to the city” has become fashionable these days. The price of this has been the trivialization and corruption of Lefebvre’s concept (...)*”

¹³ Se encaixa nesse panorama a pertinente observação realizada por SILVA NETO, no sentido de que “os dispositivos que fornecem o conteúdo do “direito à cidade” podem ser lidos como expressão de uma normatização orientada à produção de compromissos dilatórios. E esse não é um processo ingênuo. Ele significa a neutralização, ainda que temporária, de conflitos sociais, e o deslocamento e pulverização das

mediante um tecnicismo exacerbado e interpretações próprias que acabam por esvaziar os institutos¹⁴. Nessa toada, o direito à cidade visto como direito de transformar a cidade é indissociável da *práxis*, cabendo a ponderação de Daniel GAIO (2015, pág. 92) no sentido de que o direito à cidade tem a sua eficácia condicionada ao pleno desenvolvimento da função social da cidade e da propriedade, conforme as diretrizes do Estatuto da cidade.

Cabe aqui a consideração de que a conceituação e juridicização do direito à cidade não pode ser esvaziada, rechaçando-se um relativismo hermenêutico¹⁵. Existe um hiato gigantesco entre a positivação de um direito e a sua aplicação, isto é inegável. Não obstante, buscar reconhecer o direito à cidade como um direito fundamental já é um passo importante para conferir-lhe força normativa e legitimar as pautas dos movimentos sociais e instrumentos de luta pela reforma urbana.

Frise-se também que o problema da aplicação dos direitos fundamentais não é um problema recente e tampouco se restringe ao direito à cidade.¹⁶ Há muito, o constitucionalismo moderno tem buscado superar a visão arcaica dos direitos fundamentais e princípios constitucionais como meras normas programáticas ou “cartas de boas intenções.” Pelo contrário, estas são normas que compõem o núcleo duro do sistema jurídico, alicerces fundantes do Estado Democrático de Direito e que, portanto, possuem aplicação, via de regra, imediata, cuja violação deve sujeitar-se aos instrumentos de controle¹⁷ existentes no próprio ordenamento (seja em âmbito administrativo, seja judicial).

responsabilidades estatais.” In: SILVA NETO, Wilson Levy Braga da. A constitucionalização simbólica e o direito a cidade. Disponível em: <http://estadodedireito.com.br/a-constitucionalizacao-simbolica-e-o-direito-a-cidade/>. Acesso em 16/06/2015.

¹⁴ Nesse sentido, já citamos o entendimento de José Roberto Bassul e da própria Silke Kapp, a qual chama a atenção também para o argumento de Tushnet segundo o qual “engajamento por leis, planos e instrumentos jurídicos tende a ser inútil porque resulta em documentos de conteúdo escorregadio e linguagem que permite apropriação por agendas opostas, ao ponto de simplesmente legitimar o status quo.” (KAPP, 2012, pág 466)

¹⁵ Nesse sentido, “O limite de discricionariedade na aplicação do Direito é ampliado com a utilização de técnicas de ponderação e argumentação”, (...) de modo que a finalidade “dos processos de interpretação é limitar a discricionariedade do intérprete, por meio da fixação de parâmetros destinados a reduzir o subjetivismo.” Daí decorre “a necessidade de se ter métodos próprios de interpretação que se baseiam na superioridade hierárquica da Constituição e na natureza principiológica das normas consagradoras dos direitos fundamentais.” In: LEITE, Gisele. Considerações sobre a hermenêutica constitucional. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/20263/consideracoes-sobre-a-hermeneutica-constitucional#ixzz3cmhP2x8k>. Acesso em 16/06/2015.

¹⁶ Quanto a este ponto, recomenda-se a obra do Professor Menelick de Carvalho, na qual o autor argumenta que “o problema do Direito moderno, agora claramente visível graças à vivência acumulada, é exatamente o enfrentamento consistente do desafio de se aplicar adequadamente normas gerais e abstratas a situações da vida sempre individualizadas e concretas, à denominada situação de aplicação, sempre única e irrepetível, por definição.” In: CARVALHO NETTO, Menelick de. Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pág. 127.

¹⁷ Não se deixa de reconhecer as dificuldades inerentes, tal como elencadas por Nelson Saule Júnior (FERNADES, 2006, pág. 246-47), tanto de ordem política (fragmentação da política habitacional), legislativa (elevadas tarifas de energia elétrica e outros bens de consumo essenciais) e jurisdicional (visão arcaica em

Ainda no que diz respeito ao direito à cidade, cumpre trazer à tona o magistério de Letícia Marques OSÓRIO (2006, pág. 195) segundo a qual o direito à cidade é interdependente a todos os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, concebidos integralmente e inclui direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais, o que obviamente engloba (mas não se esgota) no direito à moradia, em um típica relação de contém / está contido. E a citada autora complementa a visão multifacetada em relação ao direito à cidade¹⁸, ao compreendê-lo também como o direito ao usufruto equitativo das cidades dentro dos princípios da sustentabilidade, democracia, justiça social e cumprimento da função social da propriedade (2006, pág. 196).

Desta breve análise, verifica-se a amplitude do direito à cidade, direito este que dialoga e se interconecta com vários outros direitos fundamentais, sendo impossível imaginá-lo sem a conformação do direito ao meio ambiente sustentável, ao direito a moradia, à função social da propriedade, dentre outros exemplos. Dessa forma, o direito à cidade não foge à regra geral que vislumbra o ordenamento, e em especial a Constituição, como uma unidade de coerência.

Nesse sentido, lapidares os ensinamentos de GAIO (2015, págs. 144, 186) ao afirmar que o conteúdo de qualquer direito fundamental não pode ser determinado sem que se compreenda a sua relação com a totalidade do sistema jurídico-constitucional de valores, de modo que a efetividade da Constituição pressupõe que esses direitos sejam limitados e condicionados por outros igualmente relevantes.

Do ponto de vista prático, também existem diversos empecilhos à consecução do direito à cidade, cabendo referência à definição de Carlos VAINER (2000, pág. 90) sobre a transformação da cidade em cidade-empresa, ator econômico inserido num mercado capitalista globalizado e que passa a ser vista como mero instrumento da lógica de lucro / não lucro. O autor defende que esse elemento despolitizador da cidade, embora não seja o único, é um dos maiores entraves para efetivação do direito a cidade.

As críticas em relação aos problemas de implementação do direito à cidade são das mais variadas e certamente demandariam um estudo mais aprofundado. Mas a título de

relação ao direito de propriedade e direitos sociais). Mas os sistemas não são fechados, razão pela qual devemos insistir em sua utilização: o direito de voto pode levar novos políticos (e propostas) ao poder, leis diariamente são promulgadas e revogadas, e o Judiciário também aperfeiçoa seus entendimentos, incorporando elementos da doutrina e da prática social.

¹⁸ Nesse diapasão, a Carta Mundial pelo direito à cidade preceitua no artigo I, item 2 que: “o Direito a Cidade é definido como o usufruto equitativo das cidades dentro dos princípios de sustentabilidade, democracia, equidade e justiça social. É um direito coletivo dos habitantes das cidades (...) e interdependente a todos os direitos humanos internacionalmente reconhecidos (...)” Disponível em: <http://normativos.confex.org.br/downloads/anexo/1108-10.pdf> Acesso em 29/05/2015.

ilustração, cabe destacar que a generalidade também atinge o próprio aspecto normativo como inviabilizador e ineficaz ao exercício do direito na medida em que tem se verificado que diversos Planos Diretores apenas reproduzem trechos do Estatuto da Cidade, sem se preocupar com as peculiaridades locais, criando instrumentos absolutamente inexecutáveis e dissociados da realidade.

Dessa forma, considerando a natureza mais abstrata e conceitual dos direitos fundamentais, donde tentamos inserir o direito à cidade, os planos diretores seriam instrumentos de grande importância para dar concretude e efetividade a este direito, o que, na prática, não tem ocorrido. Nesse sentido, Orlando Alves dos SANTOS e Daniel MONTANDON (2011, págs. 33-34) chamam a atenção para a generalizada inadequação dos instrumentos nos Planos Diretores no que se refere à autoaplicabilidade ou efetividade dos mesmos, principalmente no que diz respeito à indução do desenvolvimento urbano. E os referidos autores complementam que:

“Muitos planos apenas transcrevem trechos do Estatuto da cidade, outros incorporam os instrumentos sem avaliar sua pertinência em relação ao território e à capacidade de gestão do município, outros ainda, incorporam alguns fragmentos de conceitos e idéias do Estatuto de modo desarticulado com o próprio plano urbanístico.”

Nessa toada, CASTELLS e BORJA (1996, pág. 164) chamam a atenção para o fato de que, no advento das cidades globais, as estruturas políticas locais, sua forma de gestão e organização, dentre as quais podemos incluir os planos diretores, são insuficientes para atender às novas demandas urbanas, sendo necessário pensar-se em governos metropolitanos, mediante a associação de administrações, com programação conjunta de investimentos e estratégias.

Corroborando esta dificuldade prática, KAPP (2012, pág. 466) assevera também que o engajamento por planos e instrumentos jurídicos perde o sentido porque resulta em documentos de conteúdo escorregadio e linguagem que permite apropriações por agendas opostas, ao ponto de simplesmente legitimar o *status quo*.

De toda forma, em que pese o desafio da efetividade, a interpretação sistêmica acima referida pode nos levar a conclusão do direito a cidade como um direito fundamental de todo cidadão na CR/88. A ausência de referência expressa não é empecilho algum: veja que em momento algum a Constituição fala por exemplo em razoabilidade, e no entanto, poucos

seriam aqueles que defenderiam que este não seria um dos alicerces do Estado Democrático de Direito.

Mais uma vez recorremos à base teórica de ALEXY (2008, pág. 512) acerca dos direitos fundamentais, cabendo destacar naqueles de índole social que:

“O modelo não determina quais direitos fundamentais sociais o indivíduo tem. (...) Mesmo assim, é possível dar uma resposta geral. Uma posição no âmbito dos direitos a prestações tem que ser vista como definitivamente garantida se (1) o princípio da liberdade fática¹⁹ a exigir de forma premente e se (2) o princípio de separação dos poderes e o princípio democrático bem como (3) os princípios materiais colidentes forem afetados em uma medida relativamente pequena pela garantia constitucional da posição prestacional e pelas decisões do tribunal constitucional que a levarem em consideração. Essas condições são satisfeitas nos casos de direitos sociais mínimos como, por exemplo, o mínimo existencial, a moradia simples, a educação fundamental e um patamar mínimo de assistência médica.”

Fundamental, portanto, não é apenas aquilo que o texto constitucional formalmente diz que é, mas também as ferramentas que instrumentalizam e asseguram a prática real desses direitos fundamentais. Nesse contexto, imperativo que se reconheça o direito à cidade como um direito fundamental, visto que é na *polis* que se exercitam os principais direitos do cidadão, em especial os direitos que demandam prestações estatais positivas, tal como educação, saúde, moradia, previdência, meio ambiente sustentável, dentre outros tantos exemplos.

A seguir, analisar-se-á casos em que os Tribunais Superiores, como últimas instâncias do Judiciário brasileiro, analisaram, mesmo que de forma indireta, questões afetas ao direito à cidade e a sua conformação constitucional e a inter-relação deste com outros direitos fundamentais.

4- A posição dos Tribunais Superiores

As violações ao direito à cidade são passíveis de controle repressivo, tanto no âmbito administrativo, quanto judicial, seja mediante o exercício do direito de petição, e

¹⁹ O autor refere-se a liberdade fática dissociando-a de liberdade jurídica. Fática, seriam portanto as liberdades reais, não apenas formalmente previstas no ordenamento, ou seja, a possibilidade fática de escolher entre as alternativas permitidas, conferindo-se as condições necessárias ao seu exercício. (2008, pág. 503)

procedimentos ordinários, seja via os remédios constitucionais postos pela Carta Magna, dentre os quais chama a atenção a Ação Civil Pública²⁰ e a Ação Popular²¹.

Porém, para o escopo do presente trabalho em analisar o direito à cidade à luz da teoria dos direitos fundamentais, cumpre focar a análise na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. O primeiro, porque se autodenomina “o Tribunal da cidadania” e é responsável por julgar em última instância decisões que contrariem ou neguem vigência à legislação infraconstitucional, aí inserida o Estatuto da Cidade. O segundo por ser a instância máxima do Judiciário e por ser considerado o “guardião da Constituição”, órgão responsável por manter a coerência e uniformidade do ordenamento brasileiro, em especial no que diz respeito à aplicação / colisão de princípios constitucionais²².

GAIO (2015, pág. 275) chama a atenção para alguns julgamentos paradigmáticos do C. STJ, cabendo citar o REsp 142.713 que julgou ilegal a reserva ambiental que importe em inutilização completa da propriedade. Ainda quanto ao tema afeto ao direito à cidade, cite-se o REsp 1.221.243 que julgou a inexistência de usucapião especial urbana em imóveis oriundos de financiamento promovidos pela CEF para imóveis de baixa renda; o Ag no Resp nº 117.494 analisa a questão do IPTU progressivo em consonância com os ditames do Estatuto da Cidade; o REsp nº 1.135.807 em que se analisou a desafetação de bem público de uso comum (praça) para a construção de um prédio. Quanto a este último excerto, vale citar parte do voto do Ministro Herman Benjamin, segundo o qual “não se justifica, nos dias atuais, que praças, jardins, parques e bulevares públicos, ou qualquer área verde municipal de uso comum do povo, sofram desafetação para a edificação de prédios e construções, governamentais ou não, tanto mais ao se considerar, nas cidades brasileiras, a insuficiência ou absoluta carência desses lugares de convivência social”

Quanto ao STF, este já discorreu sobre várias questões afetas ao Direito Urbanístico e correlatas ao direito à cidade, como bem enumera Daniel GAIO (2015, págs. 269-71). A título de exemplo, cita-se o RE 82.300 que discute a conformação do direito de propriedade ao atendimento de necessidades coletivas e condições adequadas de vida na cidade; o RE 387.047-5 que discute a questão das mais-valias urbanas; a representação 1.048-1 que discute

²⁰ Ver Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), em especial o artigo 1º que trata das matérias suscetíveis à Ação Civil Pública, cabendo destacar os danos a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (inciso III) e à ordem urbanística (inciso VI).

²¹ Ver Lei nº 4.717/65 (Lei da Ação Popular) que visa proteger o patrimônio público, assim entendido como “os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico” da União, Estados ou Municípios, conforme §1º do art. 1º.

²² Não se olvida aqui a questão do controle difuso e a relevante atuação dos juízes de primeiro grau, apenas dando-se primazia à definitividade e caráter vinculante mais forte das decisões proferidas pelos Tribunais Superiores.

a questão do meio ambiente e paisagismo em confronto com o direito de construir, entre outros.

Importante citar também o julgamento no ARE nº 630.337 que, ao discorrer sobre o conteúdo do mínimo existencial, incluiu em seu rol um dos elementos do direito à cidade, conforme verifica-se:

“A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de **garantir condições adequadas de existência digna**, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da **plena fruição de direitos sociais básicos**, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, **o direito à moradia**, o direito à alimentação e o direito à segurança.” (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125) (grifo nosso)

Dessa forma, a despeito da ainda tímida jurisprudência dos Tribunais Superiores acerca da temática urbana, verifica-se que o tema vem ganhando relevo nos últimos anos, o que decorre da positivação tanto em nível constitucional quanto infraconstitucional da matéria. Embora os Tribunais ainda não tenham enfrentado de forma direta a questão da existência de um direito fundamental à cidade, o tratamento das questões adjacentes, tais como a função social da propriedade urbana e a atribuição do direito à moradia como componente do mínimo existencial, são elementos indicativos de uma maior guarida ao direito à cidade.

5- Considerações Finais.

O ineditismo e as recentes mudanças no cenário urbano brasileiro, não tornam este ramo do Direito menos significativo, muito pelo contrário. O que até pouco tempo atrás cingia-se a discussões de *lege ferenda*, hoje já conta com importantes dispositivos normativos, cabendo destaque para a Constituição Federal, o Estatuto da Cidade e, em nível local, para os respectivos Planos Diretores.

Não obstante, é preciso ter em mente os ensinamentos de Maurice HARIOU (2003, pág. 120) segundo o qual “não basta que um direito seja reconhecido e declarado, é necessário garanti-lo, porque virão ocasiões em que será discutido e violado.”

Os problemas para a efetivação do Direito à cidade apresentam-se tanto em ordem teórica quanto prática. Do ponto de vista teórico, tentou-se aqui dar um pequeno contributo à hermenêutica constitucional do direito à cidade como um direito social fundamental, logo, um dos alicerces do Estado Democrático de Direito.

É um passo pequeno e insuficiente, mas ainda assim necessário para buscar a efetivação do direito à cidade dentro de um contexto jurídico pautado na primazia da Constituição. Visualizar o direito à cidade como um direito fundamental é estabelecer um norte axiológico que orientará a atuação tanto em nível Legislativo, quanto Executivo e Judicial no tratamento das questões urbanas.

Nesse ponto, cabem os ensinamentos de Edésio FERNANDES (2006, pág. 05), segundo o qual:

“Não há como enfrentar esse enorme desafio que é promover a reforma urbana no Brasil se não se fizer uma profunda reforma jurídica no país: cidade e cidadania são o mesmo tema, e não há cidadania sem a democratização das formas de acesso ao solo urbano e à moradia nas cidades. Não há como promover mudanças significativas desse padrão se (...) não for feita também uma reforma no Direito.”

Para tanto, é preciso aproximar o conhecimento jurídico da práxis social, para além de uma mera concepção positivista do direito à cidade, aproximando-se os dispositivos dos valores que buscam albergar, evitando assim a cooptação e o subjetivismo na interpretação e aplicação das normas urbanísticas. Essa mudança passa pela necessidade de uma visão humanista e moral do direito à cidade, visto que, conforme explicita David HARVEY (2013, pág. 28) “a questão do tipo de cidade que desejamos é inseparável da questão do tipo de pessoa que desejamos nos tornar.”

Que a primeira mudança seja de interpretação, entender o direito a cidade como um direito fundamental social, um dos alicerces do nosso ordenamento, o que decorre tanto de uma análise principiológica quanto dos tratados ratificados pelo Brasil. E a partir disto, se a prática social verificar necessidade, que se criem novos mecanismos legais ou recorra-se ao Judiciário para tutelar e dar efetividade aos já existentes.

6- Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALFONSIN, Betânia; FERNANDES Edésio (org.). Direito urbanístico: estudos brasileiros e internacionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2004.

BASSUL, José Roberto. Reforma urbana e Estatuto da Cidade. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0250-71612002008400008&script=sci_arttext > Acesso em: 07 de Junho de 2015.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CASTELLS, Manuel; BORJA, Jordi. As cidades como atores políticos. *Novos Estudos*, nº 45, p. 152-166, jul. 1996.

GAIÓ, Daniel. A interpretação do direito de propriedade em face da proteção constitucional do meio ambiente urbano. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

HARIOU, Maurice. Derecho Público y constitucional. Madrid: Ed Reus, 2003.

HARVEY, David. A liberdade da Cidade. In: MARICATO, Ermínia [et al.]. Cidades Rebeldes: passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil. São Paulo: Boitempo: Carta Maior, 2013.

KAPP, Silke. Direito ao espaço cotidiano: moradia e autonomia no plano de uma metrópole. *Cad. Metrop.*, São Paulo, v. 14, n. 28, pp. 463-483, jul/dez 2012.

LEITE, Gisele. Considerações sobre a hermenêutica constitucional. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/20263/consideracoes-sobre-a-hermeneutica-constitucional#ixzz3cmhP2x8k>. Acesso em 09/06/2015.

LUHMANN, Niklas. Introdução à teoria dos sistemas. Petrópolis: Vozes, 2011.
<http://direitoamoradia.org>
<http://www.censo2010.ibge.gov.br/sinopse/index.php?dados=9&uf=00>

MARICATO, Ermínia [et al.]. Cidades Rebeldes: passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil. São Paulo: Boitempo: Carta Maior, 2013.

NABAIS, José Casalta. O dever fundamental de pagar impostos. Coimbra: Almedina, 1998.

OSÓRIO, Leticia. Direito à cidade como direito humano coletivo. In: ALFONSIN, Betânia; FERNANDES Edésio (org.). *Direito urbanístico: estudos brasileiros e internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, pág. 193 – 214.

SANTOS JUNIOR, Orlando Alves; MONTANDON, Daniel Todtmann. Síntese, desafios e recomendações. In: _____; _____ (Org.). *Os planos diretores municipais pós-estatuto da*

cidade: balanço crítico e perspectivas. Rio de Janeiro: Letra Capital: Observatório das Metrópoles: IPPUR/UFRJ, 2011, p. 27-56.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 24 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. Direito urbanístico brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA NETO, Wilson Levy Braga da. A constitucionalização simbólica e o direito a cidade. Disponível em: <http://estadodedireito.com.br/a-constitucionalizacao-simbolica-e-o-direito-a-cidade/> . Acesso em 16/06/2015.

SOUZA, Marcelo Lopes de Souza. Which right to which city? In defence of political-strategic clarity. Interface: a journal for and about social movements, 2010, vol. 2, p. 315-333, maio 2010.

VAINER, Carlos B. Pátria, empresa e mercadoria – Notas sobre a estratégia discursiva do Planejamento Estratégico Urbano. In: ARANTES, Otília B. F.; _____; MARICATO, Ermínia (Org.). A cidade do pensamento único: desmanchando consensos. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 75-103.