

PAINEL I

DESENVOLVIMENTO URBANO E O
DIREITO FUNDAMENTAL À CIDADE

EL DERECHO URBANO TIENE VOCACIÓN PARA HABILITAR EL PLENO EJERCICIO DEL DERECHO A LA CIUDAD*

ADRIANA TALLER

1 Introducción

Para introducirnos en el tema he de señalar como se expresa en el Preámbulo de la Carta Mundial del Derecho a la Ciudad que el nuevo siglo se inicia con la mitad de la población viviendo en ciudades y que, según los estudios hechos para el año 2050 la tasa de urbanización en el mundo llegará al 65%.

En este contexto, América Latina y el Caribe es una de las regiones más urbanizadas en el mundo, su población vive mayormente en ciudades de gran extensión y tamaño.

Mi país Argentina, tiene una alta tasa de urbanización, ya desde la época de la colonia muestra una urbanización paulatina y creciente. En la década del 30 se encontraba incluida en la lista de países urbanos y para los años 50, el 65% de su población total vivía en centros urbanos. En la actualidad más del 90% de su población vive en núcleos que superan los 2.000 habitantes.

* Ponencia presentada en el I CONGRESSO DA REDE DOCENTE EUROLATINOAMERICANA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, en el panel: "Desenvolvimento urbano e o direito fundamental à cidade", a las 20h del día 22.02.2011, en la Pontificia Universidade Católica do Paraná.

Estas ciudades argentinas, como la gran mayoría de las ciudades latinoamericanas, se desarrollan en territorios de diversidad económica, ambiental, social, política y cultural, donde el modo urbano influye en la manera de relacionamiento de los individuos, en los vínculos que establecen entre sí y con el territorio que habitan, y en el reconocimiento o no de sus derechos humanos fundamentales.

El crecimiento urbano de estas ciudades se ha caracterizado por la concentración de la renta, por procesos acelerados de urbanización, seguidos de exclusión, de segregación social, de aumento de los asentamientos en zonas periféricas e insalubres, con infraestructura urbana deficiente o desprovista de la misma y donde las personas no son propietarias de las tierras.

Estas inequidades urbanas lejos de encontrarse en proceso de disminución, en general han ido aumentando, lo que lleva a que las administraciones públicas deben optar necesariamente por políticas públicas que integren los barrios y propendan a la inclusión social, evitando la exclusión y la segregación como consecuencia del progreso o desarrollo urbano.

2 Diagnósis de las ciudades

Las ciudades de América Latina han sido graficadas como espacios de segregación, marginación, exclusión y hasta criminalización de los pobres, a quienes no se les reconoce como protagonistas de la producción y gestión social de su hábitat.

En muchas de ellas, la planificación urbana como responsabilidad del Estado se muestra aplazada en la agenda pública y su ejecución se desarrolla de manera tecnocrática y demorada, con escasa o superficial participación efectiva de la sociedad civil o de sus organizaciones intermedias en el debate y definición del futuro de las ciudades.

Por otro lado, las necesidades y los derechos de los colectivos más vulnerables (mujeres, población indígena, menores, jóvenes, ancianos, personas con capacidades diferentes) no son debidamente atendidos.

En la mayor parte de los países de la región no hay una coordinación de actuación entre los organismos públicos con competencia en el derecho urbano, tales como los sectores de urbanismo, vivienda y medio ambiente.

En estas ciudades, el acceso al suelo urbanizado y a la vivienda es difícil para gran parte de la población, especialmente la empobrecida, llevándola a asentarse en zonas no aptas para ser habitables o de alto riesgo, aumentando su vulnerabilidad física, espiritual y social.

Faltan, entonces, políticas públicas, mecanismos e instrumentos para intervenir en el mercado del suelo y favorecer la utilización de tierras e inmuebles vacantes con finalidad social; de subsidios para la construcción o financiación de viviendas para la población empobrecida, a quien se debería llegar, a fin de evitar la segregación socioespacial y la falta de condiciones de habitabilidad.

Al mismo tiempo se implementan políticas urbanas de renovación de la ciudad que expulsan a los pobres de los centros urbanos, arrinconándolos en las zonas periféricas, sin la dotación de equipamientos e infraestructura que la vida comunitaria requiere, produciendo un alto costo social y, donde gran parte de la población de bajos ingresos no accede a los servicios públicos esenciales.

Este somero análisis muestra una ausencia de políticas pro activas de parte de las autoridades públicas, pero también de una legislación urbana de las ciudades de los Estados adecuadas a las pautas o directrices internacionales, en materia de desarrollo urbano, vulnerando así, la dignidad humana y aumentando la desprotección y empobrecimiento de los miembros más vulnerable de su población.

Podemos afirmar que estas ciudades están lejos de ofrecer a sus habitantes oportunidades en igualdad de condiciones.

Esta población urbana, en su mayoría, está despojada o restringida, por razones sociales, económicas, culturales, educacionales, de raza, de género o edades de satisfacer sus necesidades más elementales y ejercer, por ende sus derechos.

Como se expresa en el Preámbulo del Proyecto de la Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad del mes de septiembre de 2005, “desconocer los aportes de los procesos de poblamiento popular a la construcción de ciudad y de ciudadanía, violentan la vida urbana.”

Nuestro país, si bien no es ajeno a esta situación, en oportunidad de celebrarse el V Foro Urbano Mundial en el año 2010, el Movimiento de la Reforma Urbana de Argentina, destacó que, la gestión de las ciudades en Argentina ha venido mejorando desde los '90, como consecuencia de la implementación de planes estratégicos que tuvieron un diseño participativo, aunque aún no abordan cuestiones estructurales y señalan, en su documento, como impedimento del desarrollo de estas ciudades, los precios exorbitantes del suelo urbano y sus correspondientes prácticas especulativas, mayormente en municipios de la Provincias de Santa Fe, Córdoba, Entre Ríos y Buenos Aires.

Agregando como paradójico, que a medida que las condiciones para el desarrollo urbano o local mejoran, la crisis en la ciudad aumenta y lo que lleva a plantear un serio cuestionamiento a las metodologías

para planificar el desarrollo. Aún es muy incipiente la realización de nuevos planes urbanos (que revisan lo actuado) y lentamente se proponen instalar una perspectiva de derecho, considerando la función social de la propiedad y la redistribución de la renta que el proceso de urbanización genera.

A criterio de este Movimiento, el problema radica en los gobiernos locales, que no disponen aún de marcos jurídicos dados por leyes provinciales de uso del suelo y ordenamiento urbano. Una ley de esas características tiene la Provincia de Buenos Aires; la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cuenta con un Plan Urbano Ambiental y la Provincial de Mendoza, sancionó una Ley de Ordenamiento Territorial y Uso del Suelo, en mayo de 2009, la cual no incluye el derecho a la ciudad; el resto de las provincias carece de normativa específica.

En el informe dado en el V Foro destacan además, que la gestión democrática de las ciudades en Argentina, enfrenta problemas estructurales ante la falta de marcos jurídicos adecuados, no obstante se encuentra en camino de lenta construcción, aún con grandes dificultades para desarrollar planes de ordenamiento territorial con participación social, particularmente de los más pobres; siendo otro problema relevante la no inclusión de asignación presupuestaria para el desarrollo urbano, con posibilidades de monitoreo en la asignación y utilización de los fondos.

3 Carta Mundial del Derecho a la Ciudad

Frente a esta realidad, la reacción a estas inequidades se plasmó en la redacción colectiva de la Carta Mundial de Derecho a la Ciudad; instrumento dirigido a contribuir con el proceso de reconocimiento de los derechos humanos.

Esta Carta tuvo su génesis en el I Foro Social Mundial y tiene como objetivo el desafío de construir un modelo sustentable de sociedad y vida urbana, con fundamento en el respeto a las diferentes culturas urbanas y al equilibrio entre lo urbano y lo rural.

La Carta Mundial consagra el Derecho a la Ciudad, como un derecho colectivo de los habitantes de las ciudades, aunque pensado especialmente para los grupos vulnerables o desfavorecidos.

Con el reconocimiento del derecho a la ciudad se amplía el tradicional enfoque sobre mejoramiento de calidad de vida de las personas centrado tradicionalmente, en la vivienda y en el barrio, a la calidad de vida en la ciudad, en miras a beneficiar a la población durante el proceso de urbanización de aquella.

Cuando hablamos de urbanización nos referimos concretamente a la acción y resultado de urbanizar. La palabra urbanizar básicamente hace referencia a la construcción de viviendas que se llevan a cabo en un terreno que ha sido previamente delimitado para tal fin, proveyéndolo al mismo de todos aquellos servicios necesarios, como luz, gas, teléfono, entre otros, para poder luego ser habitado por las personas.

Urbanizar, es en síntesis, acondicionar una porción de terreno y prepararlo para su uso urbano, abriendo calles y dotándolo de infraestructura y servicios esenciales, mientras que el término suburbanizar, se reserva para denominar a una porción de terreno que no está en condiciones aptas de habitabilidad, pero que igualmente se desarrollan en él los asentamientos informales, denominados “ciudad informal o no legal” y que conforman fenómenos de segregación urbana, que deberían ser evitados a través de políticas públicas inclusivas.

Bajo estas circunstancias el derecho a la ciudad, consiste en la promoción y defensa de los derechos humanos mediante el cumplimiento de la función social de la ciudad y de la propiedad.

Conforme la Carta Mundial, el derecho a la ciudad democrática, justa, equitativa y sostenible presupone el ejercicio pleno y universal por parte de todos sus habitantes de todos los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos previstos en los Pactos y Convenios Internacionales de Derechos Humanos ya reconocidos, entre los que podemos destacar, por ejemplo, el derecho a una vivienda adecuada; el derecho a la salud; el derecho al agua y a otros recursos naturales; el derecho a la educación, el derecho al trabajo, el derecho a la igualdad de oportunidades entre varones y mujeres, el derecho a la no discriminación, el derecho a salud, el derecho a la cultura y el derecho a la seguridad pública, entre otros tantos más, de raigambre constitucional en los Estados democráticos.

El derecho a la ciudad, además de garantizar los derechos humanos de las personas, para el pleno goce del mismo debe garantizar el derecho al uso y goce del suelo, sea urbano o rural, entendido como el espacio y lugar de ejercicio y cumplimiento de los derechos colectivos; el disfrute equitativo, universal, justo, democrático y sostenible de los recursos naturales, de las riquezas, de los servicios esenciales, de los bienes y de las oportunidades sociales, económicas, educacionales, culturales, recreativas, de salud, edilicias, etc., que brinda la ciudad.

En ese sentido, es relevante resaltar los derechos colectivos que contempla el derecho a la ciudad, que se mencionan en la Carta, y a los deberían acceder los habitantes de la ciudad: el derecho al medio

ambiente (sano y equilibrado); el derecho a la participación en el planeamiento y gestión urbana; el derecho al transporte y movilidad públicos; el derecho a la justicia.

El V Foro Urbano Mundial de Río 2010 de UN – Hábitat (22 al 26 de marzo) a partir de entender a la ciudad como producto socio territorial y aceptar el derecho de todos sus habitantes a su uso y goce, propuso seis ejes de diálogo:

1. Avanzar con el derecho a la ciudad
2. Unir lo urbano dividido: ciudades inclusivas
3. Igualdad del acceso al techo y a los servicios urbanos básicos
4. Diversidad cultural en la ciudad
5. Gobernanza y participación
6. Urbanización sustentable frente al cambio climático

Merece destacarse que con anterioridad, en el XII Foro Iberoamericano de Ministros y Autoridades del sector de Vivienda y Desarrollo Urbano, realizado en el año 2007, se reconoció, en lo que se denominó el Protocolo de Santiago, que el derecho a la ciudad y a las políticas integrales de desarrollo urbano son estratégicas y prioritarias para lograr la reducción de la pobreza y la distribución equitativa de los beneficios del crecimiento. A partir de su ratificación por los Jefes de Estado y de Gobierno en su XVII Cumbre Iberoamericana se plasmó, una instrucción precisa, en el Punto 29 del Plan de Acción, de avanzar hacia “la consagración del Derecho a la Ciudad mediante la generación de políticas públicas que aseguren el acceso al suelo, a viviendas adecuadas, infraestructura y equipamiento social y los mecanismos y las fuentes de financiamiento suficientes y sustentables”.

Esta Declaración colectiva pretende aportar elementos conceptuales y prácticos, y, en particular, medidas concretas que comprenden, políticas públicas de acción sobre el territorio, dictado de una legislación adecuada y asignación de recursos suficientes que permitan avanzar hacia la concreción de los principios fundamentales que consagran el pleno ejercicio del derecho a la ciudad, como son: el ejercicio pleno de la ciudadanía; la función social de la ciudad, la tierra y la propiedad, la gestión democrática y participativa del territorio; el planeamiento democrático de la ciudad, tanto de sus espacios públicos como privados; el manejo sustentable y responsable de los recursos naturales y energéticos de la ciudad y su entorno; el disfrute democrático y equitativo de la ciudad y el respeto y valorización del espacio rural.

En suma el derecho a la ciudad se presenta como uno de los paradigmas de que un mundo mejor es posible en este milenio.

4 El derecho urbano

A esta altura de la exposición, la pregunta inevitable es si el derecho urbano, entendido como el conjunto de principios y de normas jurídicas, de contenido político, administrativo, financiero, económico, social o técnico, de derecho público interno, destinado a la regulación de la ciudad (del urbanismo) para asegurar su desarrollo ordenado, conducir su dinámica y dar solución a sus problemas, está a la altura de los acontecimientos.

En otros términos, es preguntarnos si el derecho urbano, que tiene como objeto específico de estudio y de regulación: “la ciudad” - “lo urbano” (espacio público y doméstico) tiene vocación para colaborar en la consagración del derecho a la ciudad, habilitando su pleno ejercicio.

Mi primera reflexión: El contenido de esta disciplina jurídica traduce siempre un proyecto ideológico de ciudad, que se construye y cimienta sobre otras disciplinas con las cuales se va relacionando de manera subordinada o vertical (entre norma superior e inferior, con el derecho constitucional), y coordinada, integradora u horizontal (entre normas de igual grado: derecho administrativo, derecho ambiental, derecho civil, derecho agrario, derecho de los recursos naturales, etc.).

Ante esta primera ponderación, una **primera teoría:** si el derecho urbano está subordinado al derecho constitucional de cada país y el derecho a la ciudad es un derecho colectivo fundamental de los habitantes de una ciudad, que amplía el tradicional enfoque de los derechos humanos fundamentales, las normas que lo integren no pueden vulnerar o violar este nuevo derecho colectivo.

Mi segunda reflexión, es que ante la nueva realidad que presentan las ciudades y su desarrollo, el derecho urbano no puede solamente traducirse en concretas potestades o competencias referidas al planeamiento, la gestión y ejecución de instrumentos planificadores y a la intervención administrativa en las facultades dominicales sobre el uso del suelo y edificación a cuyo servicio se arbitran técnicas jurídicas concretas.

Es hora tal vez de pensar que el derecho urbanístico debe tener vida propia como disciplina jurídica, argumentando a su favor que ya superó las causas de su nacimiento, cual fue, la necesidad de normalizar el espacio físico de las ciudades y el uso de la propiedad, en miras a compatibilizar el interés privado del particular con el interés público de la comunidad.

El origen de este derecho se refleja en las conceptualizaciones que distintos autores ha hecho de él.

Así, Claude Blumann explica que el derecho urbanístico está destinado a aportar una cierta racionalidad en el desarrollo de las hasta ahora incontroladas ciudades, agregando que su finalidad es muy específica: la organización de la ciudad, que nace caótica y el derecho urbano dicta reglamentaciones para ordenarla.

Para su parte, Ramón Parada, enseña que, “El derecho urbanístico es el conjunto de normas reguladoras, grosso modo, de los procesos de ordenación del territorio y su transformación física a través de la urbanización y la edificación”. Conforme este autor, el objeto de este derecho es la regulación de las potestades públicas “de ordenación del conjunto del territorio”, “de urbanización” (derecho a crear ciudad), “de intervención administrativa en el *ius aedificandi*”, esto es, en la construcción de la ciudad.

A decir de Parejo Alfonso, esta legislación conduce a disciplinar la vida urbana municipal, destacando que las ordenanzas locales (normas urbanísticas) sancionan el principio de la supremacía, en la ciudad, del interés colectivo sobre el privado o individual.

La concepción original del derecho urbano de la que a modo de ejemplo dan cuenta las citas precedentes, es la de un derecho nacido para ordenar estructural y ediliciamente el territorio, para dominar o sujetar el crecimiento de la ciudad.

Mi conclusión en relación a ello, es que concepción se encuentra superada.

Hoy, el derecho urbanístico integra en su desarrollo curricular a otros derechos, como los derechos reales, derechos de los recursos naturales, del medio ambiente, el denominado derecho inmobiliario y de la construcción, obligaciones y contratos de derecho civil y comercial, al derecho administrativo, al derecho constitucional y a los derechos fundamentales del hombre, a los derechos humanos.

Cuando individualizamos a la ciudad, como objeto de estudio de la disciplina urbanística, la señalamos como el espacio de lo urbano, cuya creación y desarrollo es captado por el urbanismo.

En este sentido entonces, podemos asentir que el urbanismo contemporáneo, como disciplina que surge para dar solución a las disparidades de la realidad urbana y social, para ordenar el espacio urbano, estudia la creación, desarrollo y orden de las ciudades, desde una perspectiva holística.

El holismo enfatiza la importancia del todo, que es más grande que la suma de las partes y da importancia a la interdependencia de las mismas.

El urbanismo es una disciplina muy antigua, que incorpora conceptos de múltiples disciplinas. Para algunos es una ciencia social, mientras para otros un arte, asociado tradicionalmente a la arquitectura e integrado por un conjunto de conocimientos teóricos y prácticos que proporcionan las bases fundamentales para resolver los problemas de las ciudades. Es la asignatura que distribuye el espacio territorial en función de la capacidad habitacional del mismo, respetando un hábitat digno y decoroso para el hombre, protegiendo la salud, la estética, el ambiente, la seguridad, etc. con la finalidad de organizar y normativizar la vida de los habitantes en el espacio deseado, tanto en sus necesidades materiales como espirituales.

En este contexto, el derecho urbano resulta ser la conceptualización normativa de un fenómeno común a cualquier lugar o época, que tiene como finalidad orientar y dirigir el ordenamiento territorial conforme el grado de desarrollo y especialización de la región y asignar a los órganos del Estado la competencia para tal fin.

La complejidad propia de su objeto de estudio, la ciudad, explica la complejidad de enfoques del urbanismo según se ponga el énfasis en la forma y disposición de la ciudad o en la dinámica de las actividades económicas, sociales y ambientales que se desarrollan en ella.

Frente a esta dinámica, el contenido del derecho urbanístico va más allá de lo jurídico, pues incorpora elementos políticos, económicos, sociales, ambientales y culturales que definen un proyecto de ciudad.

Por ello, para concretar el modelo de ciudad habitable y de inclusión social se debe actuar en tres escalas consecutivas y complementarias, que van desde el **Diseño Urbano**, dando forma al espacio urbano con criterios físico-estético-funcionales, para satisfacción de las necesidades de los habitantes de la ciudad, teniendo en cuenta el beneficio colectivo en un área urbana existente o futura y conjugando los tres elementos principales: el área residencial, el equipamiento urbano y las vías de circulación que conforman de manera orgánica la estructura interna de la ciudad. En síntesis, diseña el espacio público y los elementos que lo configuran: desde la escenografía edilicia al mobiliario urbano.

Luego la **Planificación Urbana**, integrada por el conjunto de prácticas de carácter esencialmente proyectual por el que se establece un modelo de ordenación para un ámbito espacial determinado, región, municipio, comuna, área, distrito, barrio, etc y se concreta por medio de planes, que definen el modelo de desarrollo de la ciudad.

Pasando por último por la **Gestión Urbana**, que define cómo se ejecuta lo planificado, en base a los sistemas urbanos existentes, que son el conjunto de componentes dinámicos que conforman la ciudad y sus interrelaciones.

Estos componentes dinámicos se agrupan en dos grandes conjuntos: 1) La sociedad con sus necesidades, hábitos y cultura y 2) el medio ambiente con sus posibilidades, para satisfacer las necesidades del hombre en sociedad.

En sociedades evolucionadas y donde es posible desagregar aún más los componentes o variables de análisis, por ejemplo en relación al medio ambiente, se complejizan las múltiples variables que conforman los componentes dinámicos para ejecutar lo planificado: tales como suelo, subsuelo, aire, agua, vegetación y clima.

El tratamiento del medio ambiente como un componente dinámico necesario e imprescindible a tener en consideración al gestionar el desarrollo de la ciudad, ha llevado a los autores a hablar de la necesidad de implementar un urbanismo sostenible.

Así, López Ramón señala que, en relación a la ciudad, el desarrollo sostenible impone consecuencias relevantes, que afectan sobre todo la metodología de la planificación urbana, cada vez más estratégica y participativa, superando los modelos tradicionales. Así, para respetar el principio del desarrollo urbano sostenible, consagrado en el artículo 2 de la Ley de Suelo Española de 2007, se dice que éste ha de nutrir las políticas públicas del suelo, imponiendo la armonización del uso de los recursos naturales, armonizando los requerimientos de la economía, el empleo, la cohesión social, la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres, la salud y la seguridad de las personas y la protección del medio ambiente, y en la misma línea, la Ley mencionada al fijar los criterios básicos de utilización del suelo, dispone que en la ordenación que las administraciones públicas hagan del mismo deberán atender a garantizar los principios de prevención y protección contra la contaminación y limitaciones de sus consecuencias para la salud o el medio ambiente.

Segunda teoría, a partir de los conceptos precedentes: El derecho urbanístico, nace porque el urbanismo como fenómeno contemporáneo necesita de un tratamiento jurídico-administrativo, luego este derecho no solo debe contener normas de organización para el desarrollo físico y ordenado de la ciudad, sino que debe conformarse a partir de los principios constitucionales y desarrollarse sobre dos pilares básicos y fundamentales: los derechos humanos y el derecho al medio ambiente.

Ergo, el urbanismo en la actualidad ha de concebirse con una perspectiva global e integradora de la relación del hombre con el medio en el que se desenvuelve y que hace de la tierra su eje corporativo, porque de todos los recursos materiales de los que se dispone, el suelo es el único que no puede incrementarse.

Ante lo expuesto, una **Tercer teoría**, la expreso en la necesidad de establecer un margo legal que: a) regule el uso y ocupación del suelo enmarcado en el principio de la función social de la propiedad, de manera que el derecho de propiedad no sea limitado, condicionado, restringido solo por razones de vecindad sino fundamentalmente por razones de urbanismo o protección ambiental; b) que regule jurídicamente el ordenamiento territorial para promover el goce efectivo del derecho a la ciudad y el acceso de los sectores populares al suelo, a la vivienda y a los servicios públicos domiciliarios.

Un derecho urbano con este contenido afianza el ejercicio del derecho a la ciudad.

5 A manera de una primera conclusión: Los desafíos del derecho urbano

A los efectos de permitir el pleno ejercicio del derecho a la ciudad, se requiere de nuevas formas de intervención urbanística y estrategias de gestión que permitan pasar a un urbanismo centrado en la cohesión social y fuertemente operativo que requiere de nuevos instrumentos y recursos.

Como dice la profesora Jacqueline Morand-Deviller, agregada de derecho de la Universidad de Paris I, "Hoy el derecho del urbanismo dejó de ser un monstruo frío, funcional y tecnocrático para ser un urbanismo de rostro humano, que debe responder a las aspiraciones ciudadanas de diversidad, equidad, dignidad, seguridad, desarrollo sostenible y calidad de vida, y responder a la protección ambiental y a la solidaridad social".

De lo hasta aquí dicho podemos colegir que son muchos los desafíos para el derecho urbano a los efectos de lograr la plena vigencia del derecho a la ciudad.

Seguidamente he de desarrollar algunos retos, sin perjuicio de la existencia de otros que irán surgiendo a medida que se profundice sobre nuevas alternativas de desarrollo de las ciudades:

1. La urbanización debe ser reconocida desde una perspectiva holística: el desarrollo físico, la construcción de la ciudad, con una mirada social, de respeto y promoción de los derechos humanos fundamentales.
2. La construcción de un nuevo orden jurídico-urbanístico, consagrando definitivamente la función social de la propiedad y de la ciudad.
3. Procurar la gestión democrática de las ciudades con participación popular.

4. Articular instrumentos de gestión urbana de manera adecuada y complementaria, partiendo del hecho que los instrumentos de la gestión urbanística constituyen el conjunto de herramientas indispensables de planificación y de gestión, que aplicadas de forma simultánea y coordinada, permiten definir las condiciones de la actuación para la producción del espacio urbano (Instrumentos de planificación, de promoción y desarrollo, de intervención jurídica, de financiamiento, de redistribución de costos y beneficios, de participación ciudadana). La política urbana no se agota con la utilización de un único instrumento, se requiere del conjunto de ellos para posibilitar una política urbana transformadora y orientada al fortalecimiento del rol de las ciudades, a la sostenibilidad ambiental, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural, teniendo como finalidad la reducción de la exclusión socio y territorial.

Con el uso de estos instrumentos deberíamos acercarnos a la construcción de una ciudad real, posible de concebir respetando las necesidades de la multiplicidad de los agentes que intervienen en su producción, generando una acción concertadora que permita la realización del interés público que persigue la ciudad, en armonía con el interés particular de sus habitantes.

5. Desarrollar un conocimiento crítico de la ciudad desde la perspectiva del acceso de sus habitantes a la reproducción de sus vidas en el contexto de la construcción de la ciudad: con centro en los actores sociales e identificando las alternativas reales en la ciudad que estos mismos actores construyen.

6. Generar una mirada superadora de los enfoques tradicionales que se centran en la vivienda, el suelo y en el análisis de la calidad de la pobreza.

7. Reconocer y revitalizar el orden urbano.

El orden urbano remite a un conjunto de normas jurídicas de variada jerarquía subdividida en dos grupos:

El Grupo I conformado por normas jurídicas orientadas a la regulación de la apropiación del suelo y sus usos, a la producción de la ciudad en cuanto conjunto de edificaciones, infraestructura y espacios públicos; normas reguladoras del uso del suelo, de planeamiento, de construcción o edificación, de infraestructura, de medio ambiente, de equipamiento, etc., y el Grupo II integrado por normas orientadas a la regulación de las prácticas urbanas, abarcando los reglamentos

de tránsito, de transporte urbano de pasajero colectivo e individual, del mobiliario urbano, de publicidad, de habilitaciones de industria, comercio, de espectáculos públicos, etc.

Como consecuencia de este orden urbano se sancionan las normas que integran el Grupo I, Leyes de Regulación de uso del suelo, de Ordenamiento Territorial, Reglamentos de Planeamiento Urbano, (regulación a nivel provincial o municipal del crecimiento de la ciudad a partir de sus forma urbana originaria, pero imponiendo nuevas pautas o criterios relacionados con las densidades, los índices edilicios, los usos, las actividades compatibles, los espacios verdes, etc. Incorporación e restricciones que responden a las denominadas técnicas urbanísticas de índole ordenancistas como: la alineación, el ensanche, la reforma interior —demolición y renovación—, la zonificación); Reglamentos de Edificación (a nivel municipal o comuna, para regular los aspectos relativos a las construcciones que se promueven en la ciudad, y los procesos de edificación), Códigos Urbanos.

Entre tanto, el Grupo II lo componen las normas jurídicas que regulan el lo urbano, individualizándose en este grupo, a loas Códigos de Tránsito, a las Ordenanzas Generales de Transporte Urbano de Pasajeros, de taxis, remises, de mobiliario urbano, de Publicidad, de Habilitación de actividades industriales y comerciales, culturales, deportivas, etc.

Estos dos grupos aglutinadores de normas jurídicas que regulan el orden del ejido urbano deben contener disposiciones integradoras como consecuencia de su aplicación en un mismo espacio físico a los fines de lograr un desarrollo armónico e integral del mismo.

Podemos decir que el Grupo I, muestra una ciudad estática, es una fotografía, ciudad inclusiva o de la dispersión de la inequidad, y el Grupo II desnuda una ciudad dinamizada, en movimiento una materialización o realización de lo aspirado.

Por ello el contenido de las normas reguladoras de las prácticas urbanas que integran el Grupo II no son ajenas al derecho urbanístico, que se conforma con la suma de las normas que integran el Grupo I, sino que son la consecuencia de lo regulado por aquellas para el desarrollo físico de la ciudad.

Este orden urbano, que lleva al desarrollo urbano de la ciudad, debe manifestarse como el producto de una política urbana inclusiva, debiendo contribuir a:

1. Equilibrar el desarrollo de la ciudad
2. Procurar quebrar la barrea de la exclusión social
3. Superar los desórdenes en materia de vivienda, sanidad, educación, salud

4. Tener en consideración para romper la exclusión: a la pobreza.

La pobreza es desequilibrante del sistema urbano (del orden urbano). Para los pobres la zona inferior de la ciudad, las más bajas oportunidades de promoción en el mercado de empleo,

5. Evitar la “marginación acumulativa”

6. Garantizar la inclusión social

Una **Cuarta teoría** surge para sostener que, El orden urbano democrático, justo y equitativo equilibra el desarrollo de la ciudad y disminuye la pobreza o disminuye la exclusión social o aumenta la inclusión social.

El orden urbano al reglar el ordenamiento de la ciudad, conducir su desarrollo y resolver los problemas o tensiones existentes en la misma realiza los múltiples valores que caracterizan al derecho urbano:

- a) políticos: la normativización del espacio físico de la ciudad no es una cuestión netamente jurídica obedece a un pensamiento político que compete a las autoridades públicas como intérpretes y representantes de la comunidad (toda gestión urbana obedece a una ideológica determinada);
- b) sociales (procura satisfacer la totalidad de las necesidades de la población en miras a lograr su bienestar, ofreciéndole condiciones dignas de vida);
- c) económicos (regula la actividad de carácter comercial e industrial que se desarrolla en la ciudad, distribuye las cargas y los beneficios, actúa sobre el suelo, recurso de gran valor económico);
- d) de eficiencia y eficacia de la actividad administrativa (el derecho urbanístico debe buscar racionalidad urbana y eficacia en la estructuración de la ciudad);
- e) culturales (la preservación e incremento del patrimonio arquitectónico y cultural de la ciudad).

Hacia las reflexiones finales:

Le Corbusier dijo, que la vida moderna exige, y está a la espera de un nuevo tipo de plan, tanto para la casa como para la ciudad. Ese plan a mi criterio será el que consagre el derecho a la ciudad.

Crear ciudad es una disputa política e ideológica y como sostiene Edésio Fernandes, el derecho urbanístico está donde siempre estuvo: en el corazón del proceso político, de allí que debe jerarquizarse el derecho urbano y su finalidad: la de construir una ciudad inclusiva que respete el ejercicio del derecho a la ciudad.

Resulta conveniente para finalizar, recordar lo sostenido en la Declaración de Roma (Conferencia sobre la Población y el Futuro Urbano), en 1980, en el sentido que “históricamente la ciudad ha sido el motor

del desarrollo y la fragua de las energías creadoras del hombre (...) la ciudad ha sido el lugar donde ha florecido la civilización. Creemos que el proceso de la urbanización se debe utilizar para lograr el objetivo de la humanidad de alcanzar un progreso justo pacífico y duradero, Pero para que así sea, la urbanización se tiene que producir en condiciones planificadas y ordenadas". Y yo agregó en democracia, en equidad, sin discriminación y respetando los principios de sustentabilidad y justicia social...

El conjunto de normas y principios jurídicos que conforman el de derecho urbano deben reflejar este pensamiento.

La construcción, conservación y reconversión de las ciudades es un desafío arduo pero vivificante y alentador a la vez, no solo para los gestores públicos, sino también para los actores sociales y los operadores, académicos y profesionales del derecho,

Y si durante el desarrollo urbano se cumplen los múltiples valores que caracterizan al derecho urbano las ciudades serán todo lo inclusiva que anhelamos y el derecho a la ciudad podrá ser gozado por todos sus habitantes, sin discriminación alguna.

Informação bibliográfica deste capítulo, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

TALLER, Adriana. El Derecho Urbano tiene Vocación para Habilitar el Pleno Ejercicio del Derecho a la Ciudad. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental: Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 57-71. ISBN 978-85-7700-501-7.

MARCOS NORMATIVOS FUNDANTES DA CIDADE DEMOCRÁTICA DE DIREITO NO BRASIL*

ROGÉRIO GESTA LEAL

1 Introdução

Nas presentes reflexões, pretendo fazer uma abordagem sobre as condições e possibilidades da função social da Cidade no Brasil, a partir da ideia de Estado Democrático de Direito e das diretrizes nacionais de desenvolvimento urbano impressas no novo Estatuto da Cidade, mais especificamente a Lei federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001, eis que grande marco regulatório da organização do espaço urbano, trazendo princípios e objetivos nacionais neste âmbito.

Não tem a intenção o trabalho de promover uma leitura interpretativa de todos os artigos da lei referida, mas abordá-la a partir de uma perspectiva mais generalista, destacando seus princípios ordenadores e as concepções de políticas públicas que os sustentam.

Neste sentido, parto do pressuposto de que o Estatuto da Cidade, enquanto referencial normativo à ordenação do espaço urbano, apresenta-se também como vetor político que informa os objetivos e finalidades da própria cidade, já determinados num certo sentido pelos termos constitucionais vigentes.

* Palestra apresentada no I CONGRESSO DA REDE DOCENTE EUROLATINOAMERICANA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, no painel “Desenvolvimento urbano e o direito fundamental à cidade”, às 20h do dia 22.02.2011, na Pontifícia Universidade Católica do Paraná

2 Aspectos teórico-constitutivos da formação do espaço urbano no Brasil e o Estatuto da Cidade

A insegurança e o desconforto criados pelos conflitos ambientais urbanos dos últimos anos, no Brasil e no mundo, fez surgir um clamor um tanto que consensual pela restauração da qualidade de vida nas cidades, através da adoção de políticas públicas que levem a profundas transformações sociais.¹

Paralelamente a isto, boa parte dos municípios brasileiros têm seu território ocupado em desacordo com a legislação urbanística — na verdade a formação do território nacional é marcada por tal historiografia. Por tais motivos, podemos afirmar que não existe uma consciência coletiva urbanística ou ambientalista que se preocupe com as ocupações desordenadas que geram a deterioração do meio ambiente e o caos social. Assim, loteamentos clandestinos ou em área de proteção aos mananciais, favelas, condomínios em áreas rurais e invasões de terras são uma constante no cenário surreal da (des)ordem urbana. Notadamente, é muito grande a defasagem entre o modelo adotado pela legislação urbanística e a vida da cidade real, eis que a tônica do uso do solo e das construções nas cidades é a irregularidade.²

Em razão de todos estes cenários e fatores, vem sendo tão festejada a aprovação da Lei 10.257, de 10 de julho de 2001, denominada de Estatuto da Cidade, prometida desde a Constituição de 1988,³ e que inovou ao inserir, pela primeira vez em nossa história, um capítulo sobre reforma urbana no texto constitucional.

Vê-se já na dicção do art. 2º da lei que a política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações.

¹ Em CASÉ, Paulo. *A cidade desvendada*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000. p. 31.

² Discuti isto no livro LEAL, Rogério Gesta. *A função social da cidade e da propriedade no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

³ O processo de aprovação do Estatuto da Cidade foi longo e difícil, com vários anos de tramitação legislativa. Em termos de memória histórica, deveu-se ao senador Pompeu de Sousa (PMDB/DF) a elaboração e a proposta do texto matricial, em 29 de junho de 1989, do Projeto de Lei nº 181, aprovado no ano seguinte e enviado à Câmara dos Deputados, onde foi amplamente discutido por quatro comissões: de Economia, Indústria e Comércio; de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias; de Desenvolvimento Urbano e Interior e de Constituição e Justiça e de Redação. Decorridos 11 anos, retornou ao exame da Comissão de Assuntos Sociais do Senado, que acatou parecer favorável do relator Mauro Miranda (PMDB/GO) ao substitutivo da Câmara.

Assim, pela dimensão de suas disposições norteadoras, o Estatuto da Cidade adquiriu o *status* de ser o novo marco institucional na trajetória da tão apregoada reforma urbana, isto porque se preocupa com o pleno desenvolvimento das funções sociais das cidades, garantindo o direito às cidades sustentáveis. Em vários artigos e parágrafos, esse direito é especificado, se propondo a ordenar e controlar o uso do solo de forma a evitar a deterioração das áreas urbanizadas, a poluição e a degradação ambiental. Na verdade, este Estatuto da Cidade representa um passo marcante em matéria urbanística, podemos dizer até histórico.

A despeito desta vitória para o urbanismo no país, não se pode deixar de reconhecer que a vida nas cidades brasileiras continua a ser um desafio neste século recém-iniciado, acirrando cada vez mais os conflitantes interesses em jogo e tendo como pano de fundo uma urbanização perversa que agrava diuturnamente o quadro de exclusão social, tornando mais evidente a marginalização de grandes segmentos populacionais.⁴

Em verdade, foi no século passado que o país mais se urbanizou. A evolução do crescimento da população urbana, conforme a tabela abaixo, é bastante significativa. Atualmente, segundo estimativas do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), somos 169.590.693 de brasileiros, e chegamos ao ano 2000, com 81,2% da população brasileira morando em áreas urbanas e 18,8% vivendo em áreas rurais. Ao contrário do que acontecia na década de 50, quando 63,8% viviam no campo e 36,2% nas cidades.

⁴ Reportagens da *Folha de S.Paulo* têm dado conta desta realidade social cada vez mais aguda: “A reocupação irregular de áreas de risco obriga a Prefeitura de São Paulo a fazer obras de contenção e a desalojar moradores em locais que já foram reformados em gestões anteriores. Morros e margens de córregos da cidade, reabilitados há mais de dez anos, voltam ao mapa das regiões em perigo de deslizamento ou solapamento por falta de fiscalização da própria prefeitura. Levantamento parcial da Secretaria de Implementação das Subprefeituras (SIS) indica a existência de 525 áreas de risco habitadas na cidade, sendo pelo menos 81 em situação de perigo iminente — onde uma tragédia pode acontecer a qualquer momento. Dessas, 33 são encostas onde casas podem despencar ou ser soterradas, e 48 estão em região de baixada, onde o risco maior é de solapamento (quando o solo da margem do rio cede). O Jardim Damasceno, no distrito de Brasilândia (zona norte), é um exemplo de reocupação irregular. Das 91 obras em áreas de risco realizadas pela ex-prefeita Luiza Erundina (PSB, 1989-92), 17 foram feitas no bairro. Na época, foram gastos US\$2,5 milhões (o equivalente a cerca de R\$6 milhões) no local, segundo Neli Márcia Ferreira, administradora regional da Freguesia do Ó, que responde pelo bairro. Muros de arrimo e escadões, além da desocupação de áreas de encosta, foram providenciados. Cerca de 120 famílias foram removidas para um abrigo. Ao longo de dez anos, o Jardim Damasceno — um conjunto de morros de solo frágil — foi reocupado por cerca de 2.000 famílias” (*Folha de S.Paulo*, São Paulo, 24 fev. 2002. Caderno Cotidiano, p. 2).

Crescimento da população urbana no Brasil

Ano	População	Percentual	Número de municípios
2000	137.755.550	81,2	5.507
1990	110.875.826	75,5	4.491
1980	82.013.375	67,7	3.991
1970	52.904.744	56,0	3.952
1960	32.004.871	45,1	2.766
1950	18.782.891	36,2	1.889

Fonte: Censos Demográficos IBGE.

Tenho como da maior importância a nova legislação urbanística aprovada, o que por si só não acarreta ou garante os resultados e objetivos previstos, pelo fato de que se apresenta, fundamentalmente, como um conjunto de mecanismos jurídicos a serem operacionalizados em nível municipal e, portanto, necessário serem adaptados às realidades de cada cidade. O Estatuto fornece os parâmetros aos executivos e legislativos municipais para a elaboração de suas leis e planos urbanísticos, todavia, nem sempre os municípios, em especial os de menor porte, contam com pessoal técnico ou têm condições financeiras de elaborar estas normas.

Ao lado disto, pode-se afirmar que há também outros tipos de problemas à efetivação da norma, como os atinentes à inexistência de critérios tecnicamente consensuais sobre inúmeras matérias nela contidas, as quais vai se ver em seguida. Em compensação, o Estatuto respalda constitucionalmente a função social da cidade e a sua sustentabilidade, não tendo definido melhor o que isto significa para cada município, para que eles se tornem alternativas concretas de futuro às novas gerações.

De qualquer sorte, é inexorável que o tema do urbanismo passa a estar no campo de abrangência da norma constitucional vigente no Brasil, e isto não só em razão das disposições que se encontram insertas a partir do art. 182, versando sobre a política urbana (veja-se a importância da abordagem feita pela norma, elevando o tema do urbanismo como política constitucional), mas fundamentalmente em face dos princípios e fundamentos eleitos pela Carta Política, notadamente os presentes no seu Título Primeiro. Acredito, neste particular, ser possível sustentar que todos os objetivos fundamentais e princípios propriamente ditos asseverados pelos arts. 3º e 4º, da Carta Política, apresentam-se como elementos vinculantes de quaisquer ações públicas ou privadas, todas

obrigadas com a construção de uma sociedade justa, de garantir o desenvolvimento nacional, de erradicar a pobreza, de promover o bem de todos etc.

Ao lado dos princípios constitucionais e dos objetivos e finalidades da República, tem-se ainda a particularização de algumas questões societárias na ambiência constitucional, tais como, por exemplo, a de que não basta só ser garantida a propriedade privada e o cumprimento de sua função social visando a organização da vida econômica do país, mas revela-se imperioso que se observe nela a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, tudo direcionado para o asseguramento a todos de existência digna, conforme os ditames da justiça social, *ex vi* as previsões do art. 170, da Constituição Federal.

A partir destes cenários, sustento que há elementos normativos e políticos suficientes no sistema jurídico nacional (não que isto seja suficiente para resolver os problemas atinentes à espécie) apontando para a persecução de uma vida urbana adequada com os compromissos humanos e comunitários desenhados pela Carta Magna. Assim é que

o imóvel urbano, espécie do gênero “propriedade privada”, componente de uma teia descrita pela sua função social, mais trabalho humano e iniciativa do homem, são temperamentos apropriados para o atingimento de um bem-estar social preconizado pela Carta Constitucional, consoante passagem dicionada pelo seu art. 182, caput.⁵

Tais compromissos, como dantes visto, se alojam na ideia central da Constituição brasileira de 1988, quando amplia significativamente os poderes do Estado enquanto instituição jurídica e política, para perseguir com mais chances de êxitos todos os seus deveres, o que se evidencia no âmago dos artigos 21, 23, 24, 25, 30, 43, 48, 174, 178 e 182 do Texto Político.

É possível sustentar, de forma mais pontual e em sede de marcos regulatórios vigentes, que se o legislador constituinte outorgou à Administração Pública municipal a crucial tarefa de execução da política de desenvolvimento urbano, submeteu-a às diretrizes gerais fixadas em lei — neste caso, o Estatuto da Cidade. Em outras palavras, tal lei federal se enquadra, dogmaticamente e salvo melhor juízo, como norma programática, de linhas gerais, de eficácia jurídica imediata,

⁵ ARANTES, Otília B. *et al.* (Org.). *O pensamento único das cidades: desmanchando consensos*. Vozes: Petrópolis, 2000. p. 38.

direta e vinculante.⁶ No que tange ao Município, em face de sua competência para legislar assuntos de interesse local (art. 30, CF/88), os marcos normativos desta matéria têm conteúdo específico, eis que os temas atinentes à política do desenvolvimento urbano se afeiçoam especialmente como locais.

Sabe-se que o conceito de interesse local é deveras problemático, e tenho que ele só possa ser demarcado tendo em vista situação concreta dada, a despeito de possuir significação histórica bem delimitada no campo da teoria política, dizendo respeito à circunscrição física de exercício do poder legítimo instituído no âmbito das sociedades modernas,⁷ e leve em conta as competências constitucionais privativas das demais entidades federativas. Nesta direção, o interesse local não é aquele que diz respeito exclusivamente ao Município, mas aquele que predominantemente afeta a população de um lugar político circunstanciado e fisicamente limitado.

A partir daqui delimito o porquê da existência de temas que interessam a todo o país, mas, por possuírem aspectos que exigem uma regulamentação própria para determinados locais, devem ser detalhados somente nestes locais, e não em todo o território do país. Em outras palavras, a competência do Município para legislar sobre assuntos de interesse local existirá sempre que, em determinada matéria, apresentarem-se aspectos que precisem de uma norma específica para a localidade, garantindo suas especificidades.

Numa outra perspectiva, é defensável a tese de que o interesse local não se verifique necessariamente em determinadas matérias, mas em situações concretas específicas. Decorre daí que, aspectos da mesma matéria podem exigir tratamentos diferenciados pela União, pelos Estados e pelos Municípios; o fundamental é que não se perca a noção de sistema, verificando-se a compatibilidade entre os diversos diplomas legais e a Constituição.

A dicção constitucional acima referida revela, por coerente interpretação do que se viu até aqui, que sempre que prevalecer um interesse da comunidade local o Município poderá editar sua própria lei, independentemente de a matéria ter sido atribuída à competência legislativa de outro ente da Federação. Terá, contudo, de ser a norma municipal compatível com as normas já adotadas pela União e pelo Estado, se a estas entidades tiver sido atribuída a competência a respeito da matéria.

⁶ Neste sentido, ver o trabalho de SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1998.

⁷ Ver WEBER, Max. *Economía y sociedad*. México: Sigloveinteuno, 1995. p. 329.

Na ausência de legislação federal ou estadual sobre determinado tema, o Município poderá, em meu sentir, tratar exaustivamente da matéria, com o objetivo de viabilizar a sua competência material às demandas locais. Se a União e o Estado, no âmbito de suas competências, editarem normas sobre temas já regulamentados pelo Município, deverá verificar a compatibilidade ou não da norma municipal com o novo regramento, ao mesmo tempo que observar se não foi invadida indevidamente a matéria local. Não poderia o Município ser silenciado, no cumprimento do seu dever constitucional de agir, por ter a União ou o Estado se omitido de legislar sobre determinada matéria.

Esta competência assegurada aos Municípios implica, por sua vez, na formação de instrumentos normativos (bem como ações públicas consequentes) capazes de perseguir a efetivação da função social da cidade,⁸ dentre os quais o que possui destaque constitucional é o plano diretor, aprovado pelas Câmaras Municipais, figurando como instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana, inserto num cenário maior — nos termos do art. 29, XII —, que é o planejamento Municipal, ato político e jurídico complexo que conta com a participação social, através de suas associações representativas.

Assim é que, com fulcro no art. 30, *caput*, da CF/88, os Municípios veem-se outorgados na competência de promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano — inciso VIII —, respeitadas, por óbvio, as legislações federais e estaduais que estabelecem as diretrizes gerais (e só as gerais) referentes a mesma matéria.

⁸ Interessante destacar que a história da urbanização no Brasil, como já vimos, registra diversos fatores que dificultam a concretização desta função social, desde pelo menos meados dos anos 70, fomentando espaços de formação e consolidação de fenômenos que podemos nominar de *autossegregação* societal. Dentre esses fatores podem ser destacados: 1) uma paisagem urbana crescentemente marcada pela pobreza e pela informalidade, inclusive nas áreas centrais e nos bairros residenciais privilegiados tradicionais, devido a congestionamentos, poluição do ar etc.; 2) a busca por uma maior “exclusividade” social; 3) eventualmente, a procura de novos espaços residenciais que apresentassem amenidades naturais; e 4) o aumento objetivo da criminalidade violenta e de problemas associados a estratégias de sobrevivência ilegais (como as “balas perdidas” quando de tiroteios entre quadrilhas rivais de traficantes de drogas, a desvalorização de imóveis situados próximos a favelas etc.), e também da “sensação de insegurança” vinculada, com maior ou menor dose de realismo, à criminalidade objetiva. Neste sentido, ver o trabalho de SOUZA, Marcelo Lopes de. *O desafio metropolitano: um estudo sobre a problemática sócio-espacial nas metrópoles brasileiras*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000. p. 197-199.

Com tal perspectiva é que se impõe a efetivação do Estatuto da Cidade no território municipal, oportunidade ímpar de as gestões públicas locais aproveitarem este mecanismo legislativo para ampliar as condições de dar concretude à função social da cidade e da propriedade.

3 Considerações sobre o marco normativo regulatório das cidades e seus princípios vinculantes

Como o presente texto não tem a finalidade de realizar uma abordagem exaustiva sobre todos os artigos do Estatuto da Cidade, opto por tratar desta norma nos seus aspectos mais estruturais, analisando seus capítulos como grandes modelos de ordenação do espaço urbano, pontuando alguns temas mais polêmicos e inovadores na cultura jurídica pátria.

Neste sentido, em termos de diretrizes gerais, a lei é muito clara quando apresenta sua finalidade precípua, a saber, a de instituir regras de ordem pública e de interesse social, regulatórias da segurança e do bem-estar dos cidadãos, juntamente com o equilíbrio ambiental.

Apresenta as finalidades pelas quais existe o estatuto, um normativo próprio, regulamentando os dispositivos dos arts. 182 e 183, da CF/88; outro, normativo-político, demarcando os objetivos da norma, a saber, regular o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, associado ao equilíbrio ambiental.

Para tanto, estão pontualmente delimitados os princípios e diretrizes que informam tais objetivos: (a) garantir a existência de cidades sustentáveis (no âmbito do direito à terra, à moradia, ao saneamento, infraestrutura, transporte e serviços públicos); (b) gestão democrática da cidade por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da sociedade, na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos urbanos (os arts. 43 a 45 vão trazer alguns instrumentos específicos para este princípio ordenador da gestão do espaço urbano); (c) cooperação entre entidades governamentais e não governamentais neste processo; (d) ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar situações potencialmente danosas à sustentabilidade das cidades; (e) integração das atividades urbanas e rurais; (f) justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização; (g) proteção e recuperação do patrimônio histórico e cultural; (h) consulta popular sobre implantação de empreendimentos ou atividades danosas à cidade; (i) regularização

fundiária e urbanização de áreas ocupadas pela população de baixa renda.

Tais elementos normativos se afiguram como verdadeiros *princípios jurídicos vinculantes à atividade urbanística pública e privada*. Mas o que isto significa ainda?

As normas-princípios afiguram-se como mandamentos estruturais e indispensáveis à organização da regulação jurídica e ordenação social, ou, como quer Celso Antônio Bandeira de Mello,⁹ *são disposições fundamentais que se irradiam sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critérios para sua exata compreensão e inteligência*.

Esses princípios contêm valores políticos e sociais fundamentais ditados pela sociedade, de forma explícita ou implícita, concretizados em diversas normas da Constituição ou cuja concretização esta impõe. Nessa direção, a contemporânea teoria constitucional alemã, com Hesse,¹⁰ Häberle¹¹ e sua versão portuguesa, com Canotilho,¹² dão conta de que os princípios são exigências de otimização abertas a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos, como os princípios do Estado Democrático de Direito, da igualdade, da liberdade, etc. Já na doutrina italiana estas características dos princípios se configuram como: “la maggior genericità e indeterminatezza della fattispecie, e soprattutto delle conseguenze giuridiche associate alla fattispecie; la maggiore apertura ad eccezioni implicite (defettibilità); la maggior considerazione del fattore del ‘peso’ o della ‘importanza’ in sede di dell’applicazione”.¹³

No caso ainda da cultura jurídica brasileira, pode-se citar, a título de ilustração argumentativa, o clássico/histórico ensinamento de Carlos Maximiliano,¹⁴ para quem “todo o conjunto de regras positivas representa sempre e apenas o resumo de um complexo de altos ditames, série de postulados que enfeixam princípios superiores. Constituem

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 230.

¹⁰ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991.

¹¹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. Porto Alegre: Fabris, 1997.

¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1997.

¹³ MANIACI, Guido. *Razionalità ed equilibrio riflessivo nell’argomentazione giudiziale*. Torino: Giappichelli, 2008. p. 300. Veja que o autor adverte para o fato de que: “la genericità non deve essere confusa con la generalità e con la vaghezza, che non sono invece caratteristiche necessarie né sufficienti per la qualificazione di una norma come principio (contrariamente a quanto si legge in gran parte della letteratura). La generalità riguarda infatti l’estensione della classe di oggetti cui si riferisce un predicato: più ampia è la classe, più generale è l’enunciato. La vaghezza invece riguarda l’esistenza di casi in cui è dubbia l’applicazione di un predicato, a causa di fattori quantitativi o combinatori”.

¹⁴ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

estes as idéias diretivas do hermenauta, os pressupostos científicos da ordem jurídica”.

Outro festejado jurista, José Afonso da Silva, denomina os mandamentos jurídicos do Título I, da Carta de 1988, como princípios político-constitucionais, eis que configuram decisões políticas fundamentais concretizadas em normas conformadoras do sistema constitucional positivo, constituindo verdadeiras normas-princípio, isto é, normas fundamentais de que derivam, logicamente (e em que, portanto, já se manifestam implicitamente), as normas particulares, regulando imediatamente relações específicas da vida social.¹⁵

Analisando a juridicidade desses princípios, pode-se deduzir que eles servem de base e teor dos governos e discursos normativos democráticos, pois colocam e mesmo buscam a concretização dos direitos a que se referem, sempre almejando a proteção e efetivação dos objetivos previamente traçados pelo poder constituinte. Em outras palavras, eles constituem fundamentos para juízos concretos de dever.¹⁶

Por tais razões é que se tem insistido na tese de que estes princípios se diferenciam das regras jurídicas, eis que: (a) são normas particularmente importantes pelo fato de representarem valores fundantes e constitutivos do ordenamento, razão pela qual a relação que se impõe a eles é a aderência, enquanto as regras se obedecem; (b) os princípios têm graus de generalidade e vagueza muito amplos, com certa indeterminação, enquanto as regras são normas que conectam consequências jurídicas a uma precisa fatispécie, associando uma modalidade deôntica (proibição, permissão ou obrigação) a certa conduta; (c) a aplicação dos princípios está condicionada a considerações de peso e importância, enquanto as regras não poderiam ser operadas a partir desta lógica, mas deveriam ou não ser aplicadas.¹⁷

¹⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 85.

¹⁶ Concordo com ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 125, quando afirma que tanto as regras como os princípios são normas, porquanto ambos se formulam com a ajuda de expressões deônticas fundamentais, como mandamento, permissão e proibição. Ver igualmente o trabalho de LUZZATI, Claudio. *La vaghezza delle norme: un'analisi del linguaggio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1990.

¹⁷ Ver em especial os trabalhos de ALEXY, Robert. A argumentação jurídica como discurso racional. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; OLIVEIRA, Elton Somensi de Oliveira (Org.). *Correntes contemporâneas do pensamento jurídico*. São Paulo: Manole, 2010; ALEXY, Robert. A Discourse-Theoretical Conception of Practical Reason. *Ratio Juris*, v. 5, n. 3, p. 231-251, 1992; ALEXY, Robert. A Theory of legal Argumentation: the Theory of Rational Discourse as Theory of legal Justification. New York: Hammel, 2010; ALEXY, Robert. Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation. *Rechtstheorie*, Berlim, C. 2, 1981.

Penso que se pode, simetricamente aos princípios constitucionais, apreciar as diretrizes do Estatuto da Cidade como verdadeiras normas ordenadoras de toda e qualquer ação urbanística, levando em conta que elas, no ordenamento jurídico urbano nacional, operam com certo grau de abstração, pelo fato de carecerem de meações concretizadoras, todavia, com papel fundamental devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes do Direito Urbanístico, figurando como verdadeiros *standards* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de se ter cidades sustentáveis e, por isto, fundamentando regras, ações e responsabilidades atinentes à espécie.

Não há opção de observar ou não tais diretrizes/princípios por parte de qualquer entidade federativa ou relação privada no país. Elas obrigam a todos por sua estatura de ordem pública e natureza fundamentalizante à ocupação do espaço urbano, ostentando eficácia derogatória e diretiva dentro de todo o sistema jurídico, por óbvio que observados os limites constitucionais referidos anteriormente.

Em outras palavras, quero atribuir às diretrizes do Estatuto função também interpretativa, orientando as soluções jurídicas a serem processadas diante dos casos submetidos à apreciação do administrador público e, por intermédio de função supletiva, tarefa de integração do Direito, suplementando os vazios regulatórios da ordem jurídica urbana ou ausências de sentido regulador, constatáveis em regras ou em princípios de maior grau de densidade normativa reguladoras da matéria consectária.

Daí a possibilidade de exercício do controle de legalidade permanente a partir das diretrizes gerais do estatuto.

Há muito ainda o que discutir.

Informação bibliográfica deste capítulo, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

LEAL, Rogério Gesta. Marcos normativos fundantes da cidade democrática de direito no Brasil. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental: Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 73-83. ISBN 978-85-7700-501-7.

PERSPECTIVAS DO DESENVOLVIMENTO URBANO À LUZ DO DIREITO FUNDAMENTAL À CIDADE*

ANGELA CASSIA COSTALDELLO

1 Considerações iniciais

Toda reflexão que se destine ao urbano e aos direitos fundamentais não poderia ser mais propícia para esta quadra recente em que se vivencia toda ordem de transformações na atmosfera do planeta e, de igual modo, no Brasil, com profundas e catastróficas alterações na ambiência urbana.

A realidade urbana é, possivelmente, aquela que, de maneira mais incisiva, interfere e intervém, perceptível ou imperceptivelmente, na vida dos indivíduos. Esta constatação se torna evidente a partir do século XIX quando, já longe a Idade Média com a configuração dos burgos e foros, passam a se consolidar os espaços habitados e habitáveis como centros de desenvolvimento das relações sociais e comerciais, verdadeiros núcleos de poder.

* Palestra apresentada no I CONGRESSO DA REDE DOCENTE EUROLATINOAMERICANA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, no painel “Desenvolvimento urbano e o direito fundamental à cidade”, às 10h do dia 22.02.2011, na Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Concomitantemente e num processo incessante e interminável, os adensamentos populacionais nesses espaços exigiram dos governantes a tomada de decisões que resultou em reestruturações e renovação do desenho das cidades, antes oriunda de formação espontânea, depois planejada.

2 Desenvolvimento urbano e o direito fundamental à cidade

A cidade, detentora de suas incontáveis facetas e uma das mais poderosas manifestações do imaginário, traz na projeção mental imagens relacionadas à arquitetura e à edificação, ao arruamento, à presença de praças. No entanto, “tentar explicar o que é uma cidade, no mundo contemporâneo, é tarefa que exige a consideração de vários elementos que se relacionam historicamente em diferentes parcelas dos territórios, com intensidades e dinâmicas específicas em cada caso”, como pontua Eliseu Savério Sposito.¹

Essa realidade vai para além dos edifícios, do traçado das ruas, do tráfego de pessoas e veículos, dos grupos sociais e culturais que ocupam esses espaços e, sem nenhuma linearidade estrutural e de formação, fértil em mutabilidade (perceptíveis e imperceptíveis) de adensamento e de rarefação humana e material, de valores e de desvalores individuais e coletivos, de inclusão e (mais) de exclusão... Tantas serão as hipóteses quantas são passíveis de enumeração (ou impossível) as características e correspondentes mutações verificáveis na *urbe*. E, de igual forma, tantos serão os interesses.

De fato, à acomodação dos indivíduos sobre o solo e à organização do espaço — independentemente de aspectos valorativos, se bons ou maus — amalgamam-se interesses. Interesses, direitos e deveres, destinatários e titulares diversos, promotores e responsáveis a quem a realidade e as normas jurídicas (princípios e regras) assim discriminam. E ressalta-se a função promotora e garantidora do Estado na efetividade dos direitos fundamentais.

Em resumo, lembro as palavras de Jacqueline Beaujeau-Garnier “a cidade pode ser dinâmica e próspera ou degradada e quase moribunda; é o nó de fluxos sucessivamente centrípetos ou centrífugos de toda natureza”.² E “o que conta nela não é tanto sua estrutura visível

¹ SPOSITO, Eliseu Savério. *Redes e cidades*. São Paulo: Unesp, 2008. p. 13.

² BEAUJEAU-GARNIER, Jacqueline. *Geografia urbana*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980. p. 16 *apud* SPOSITO, *op. cit.*, p. 13-14.

e reconhecível, mas sua estrutura latente, sua forma oculta, que brota da irrupção de objetos e acontecimentos heterogêneos, condutores do banal e cotidiano”.³

Os movimentos culturais, carregados de romantismo e que concebiam a cidade natural, respeitando suas origens e a simplicidade na satisfação das necessidades dos habitantes locais, parecem não resistir às transformações econômicas, à globalização, à homogeneidade de modelos de planejamento urbano, às regras da produção e circulação de bens, ao mercado e aos estereótipos assumidos como objetos de desejo, não obstante as profundas diferenças das realidades urbanas. A cidade é a “arena da multiculturalidade”.⁴

Nessa pluralidade inesgotável, acrescenta-se a repercussão dos avanços da tecnologia e o desenvolvimento da informação. Há quem cogite da construção da “cidade digital” ou a “cibercidade”.⁵ Há, também, a “cidade global” que na melhor definição de Manuel Castells, “não é um lugar, mas um processo. Um processo por meio do qual os centros produtivos e de consumo de serviços avançados e suas sociedades auxiliares locais estão conectados em uma rede global embora, ao mesmo tempo, diminuam a importância das conexões com as hiterlâncias, com base em fluxos da informação”.⁶ São, enfim, cidades que determinam e constroem valores avindos da informação — cidades informacionais.⁷

Michel Huet, ao reunir a opinião de vários urbanistas, arquitetos e administradores,⁸ pondera que, embora a cidade seja uma questão do Estado, “podemos perguntar porque, após vários anos, então, a cidade está em perigo, que o urbano é negligenciado, uma tal dispersão existe no tratamento do urbano ao menos no âmbito do aparelho do Estado”. Não compartilhar dessa preocupação é esquecer as condições gerais a que é submetida a sociedade urbana, suas fraturas sociais⁹ e

³ FABRIS, Annateresa. Imagens do urbano: do moderno ao contemporâneo. In: NASCIMENTO, Dorval do; BITTENCOURT, João Batista (Org.). *Dimensões do urbano: múltiplas facetas da cidade*. Chapecó: Argos Ed. Universitária, 2008. p. 17.

⁴ GOMES, Renato Cordeiro. A cidade como arena da multiculturalidade. *E-Compós — Revista da Associação Nacional dos programas de Pós-Graduação em Comunicação*, n. 01, dez. 2004. Disponível em: <<http://www.compos.org.br/seer/index.php/e-compos/article/view/6/7>>. Acesso em: 10 jun. 2010.

⁵ Dentre outros, cite-se CASTELLS, Manuel. *Sociedade em rede*. Tradução de Roneide Venâncio Majer. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

⁶ CASTELLS, *op. cit.*, p. 503.

⁷ CASTELLS, *op. cit.*, p. 488.

⁸ François Barré, Joseph Belmont, François Chaslin, Jean Nouvel, Dominique Perrault e Christian de Portzamparc (HUET, Michel). *Le droit de l'urbain: de l'urbanisme à l'urbanité*. Paris: Economica, 1998. p. 97).

⁹ Expressão utilizada por HUET, *op. cit.*, p. 33.

sua impotência de alterar um estado de coisas que ultrapassa suas possibilidades eventualmente transformadoras.

Frente a esses fatores mutáveis incontroláveis, dentre outros tantos, a cidade continua a ser o *locus* das incertezas, das revelações multiculturais e da fragilidade espacial e humana e que está sob o influxo — sutil ou violento — das variáveis incalculáveis do século XXI.

A estrutura urbana, ante a quase indescritível complexidade, impede uma avaliação linear. É necessário identificar as características, qualidades, convergências, divergências, intersecções, desencontros e histórias. E, para tanto, é preciso transcender as fronteiras entre a técnica, a ciência e a arte.

Essa tríade enlaça-se à funcionalidade, o fruto dos *planos de ordenação urbana*, que possibilitam a qualificação urbanística para cada parcela do solo, conforme as perspectivas de desenvolvimento da cidade,¹⁰ previstas no plano urbanístico e que vincula, de modo inarredável, a Administração Pública.

No planejamento, dentre tantos fatores, há que ser considerado o impacto das “transformações econômicas que é marcado pela hipótese da emergência de uma nova ordem socioespacial na qual a cidade cumpre um papel exatamente inverso, com o surgimento de uma estrutura social dualizada e uma organização espacial fragmentada”.¹¹

A par desse aspecto socioespacial, o planejamento urbano é o instrumento, em essência, que propicia a desenvolvimento das potencialidades humanas individuais e coletivas — o privado e o público — mediante a utilização dos espaços e o direcionamento da ocupação do solo de modo a conformar o *direito à cidade*.

Tão propalado e pouco definido, dessa afirmação advém indagações. Direito a qual cidade? Nos processos tão dinâmicos quanto são os urbanos, como estabelecer parâmetros e do desejável para o “amoldamento” desse direito? Quais os mecanismos que o Direito detém para a construção e efetivação desse direito?

Longe da pretensão de responder a tais questões de maneira esgotante, é preciso meditar sobre elas, sobretudo a partir de um contexto

¹⁰ Sustenta Pedro Escribano Collado que “el derecho del propietario está sometido a un presupuesto de hecho, la calificación urbanística de los terrenos, cuya fijación es competencia de la Administración, de naturaleza variable, de acuerdo con las necesidades de desarrollo urbanístico de las ciudades, cuya apreciación corresponde asimismo a la Administración” (COLLADO, Pedro Escribano. *La propiedad privada urbana: encuadramiento y régimen*. Madrid: Montecorvo, 1979. p. 138).

¹¹ RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz; SANTOS JÚNIOR, Orlando Alves dos. Democracia e segregação urbana: reflexões sobre a relação entre cidade e cidadania na sociedade brasileira. *Revista Eure*, Santiago de Chile, v. XXIX, n. 88, p. 79-95, dic. 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.cl/pdf/eure/v29n88/art04.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2010.

do *real*, não se esquecendo do *mito* e da *realidade simbólica* que cerca a cidade.

A cidade é o espaço da existência plural, com a inacabável profusão de grupos distintos, com toda espécie de relações humanas e materiais e, na contemporaneidade o *direito à cidade* é e deve ser encarado com um direito fundamental. Se assim entendido, a formulação encontra no texto da Constituição da República Federativa do Brasil os baldrames necessários a traçar, ao menos num primeiro momento, o espectro do *direito à cidade*.

Há, porém, fatores, desde logo, identificados como empecilhos à idealização desse direito fundamental no Estado brasileiro.

De todos, aquele que capitaneia o rol é falta de planejamento, quer a curto, a médio ou longo prazo. Não há a cultura do planejar, do estabelecer metas e estratégias para a cidade. As prioridades são voláteis, pois, no mais das vezes, atende aos interesses do agente político transitório ou às forças — igualmente passageiras — do mercado e da globalização.

Por igual, não há a consideração e a conservação das características locais, que perfazem o sentimento daqueles que vivem naquele dado espaço. As raízes culturais e sentimentais dos indivíduos que vivem (e sobrevivem) são alijadas, ou até eliminadas, sob o argumento e o feito momentâneo de algo travestido de moderno e que desemboca num pretenso “desenvolvimento”.

Outro ponto, não menos polêmico e sempre presente na linguagem do administrador: a escassez de recursos para adotar políticas públicas condizentes com a construção da cidade e o exercício do direito à cidade. A este se alinha o fato de o agente público não ter claro os limites do exercício da discricionariedade quando elabora o orçamento e, na sequência, ao executá-lo. Sua “margem de liberdade” é ínfima ante a realidade que se sobrepõe pelas exigências de eliminação de uma exclusão social perversa.

Há, ainda, o mito da cidade. O espaço ideal de convivência harmoniosa e pacífica, a denominada “cidade cordial”, caracterizada por mecanismos dissimuladores das distâncias sociais e pela vigência de mitos integradores, substituído pelo da ‘cidade partida’ no qual a segregação, a agregação seletiva e a desagregação da vida política são sinalizadas por parte da literatura como os princípios de sociabilidade que passam a vigorar na cidade brasileira”.¹²

¹² RIBEIRO; SANTOS JÚNIOR, *op. cit.*, p. 80.

Se acordada a premissa de que a realidade social e ainda os instrumentais jurídicos e políticos estão a determinar a existência do *direito à cidade*, outra deve ser a atuação do Estado no que se refere às políticas públicas de moradia, de saneamento, de implemento da infraestrutura urbana, de política de tráfego, de medidas protetivas do meio ambiente; regulação e normatização do mercado imobiliário em face da ocupação do solo, adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços compatíveis com a realidade local, dentre outras tantas providências.¹³ Ou seja, as políticas públicas, indicadas conforme as necessidades da coletividade passam amalgamadas à *urbe*.

E, se a este cenário alia-se ideia de desenvolvimento (corriqueiramente quer significar a busca de melhoras), o acesso gradual e paulatino de uma condição inferior a uma igualmente aperfeiçoada, o planejamento é essencial.

A ideia de planejamento ata-se a uma outra, a de gestão da cidade com toda sua multiplicidade de valores, interesses, inclusão, exclusão, arquitetura e traçados variados. Em paralelo, devem ser estabelecidas políticas públicas consentâneas com as necessidades locais, regionais e nacionais.

Em regra, toma-se a noção de desenvolvimento como sinônimo de crescimento e de evolução. No entanto, este nem sempre acarreta transformações positivas. Exemplo a ilustrar esta afirmação é o de que a cidade pode crescer verticalmente, mas isso não implica que haja desenvolvimento, se não há planejamento e a qualidade de vida não é priorizada. É, em outras palavras, a “utilidade” do desenvolvimento.¹⁴

O Estado de Direito e Estado Democrático conduz à constatação de que a inexistência real de direitos de cidadania sem o acesso e a garantia de direitos fundamentais à existência humana, põe em risco o diálogo que se deve estabelecer entre o Urbanismo (como técnica e como arte), o Direito (como ciência) e as políticas públicas voltadas ao Direito Urbanístico (como aglutinação do Urbanismo e do Direito), juntamente com a presença dos agentes sociais — da esfera pública e da esfera privada — e que se constituem o mecanismo possível para efetivação da democratização do espaço urbano e do exercício do direito à cidade.

¹³ Essas e outras tantas medidas estão previstas no Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), artigo 2º, incisos e letras, como diretrizes gerais a serem adotadas para concretização da política urbana.

¹⁴ Ponderação a respeito do desenvolvimento e sua função diante da felicidade, exposta por MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Le juste et l'utile en droit de l'environnement*. In: PRIEUR, Michel; AMIRANTE, Domenico *et al.* *Pour un droit commun de l'environnement: melanges en l'honneur de Michel Prieur*. Paris: Dalloz, 2007. p. 326 *et seq.*

Hoje a realidade força, impele que o direito à cidade traduz-se no direito à vida.

A cidade, multifária, zona de vivência e de convivência dos indivíduos é, por excelência, o local — não obstante a realização dos recortes temporais e espaciais — onde se identifica a presença (ou apenas a aparência), a ausência e a insuficiência, a promoção e a concretização, o decesso e a desintegração dos direitos fundamentais.

É nesse *locus* de ruas (nem sempre planejadas adequadamente), de praças (sem qualquer segurança ou sem providência de resguardo à saúde pública), de edifícios (não incomumente com estrutura insegura, encobertos ou encobrindo outros, sem iluminação natural e sem sol), de construções ditas residenciais (insertas no emaranhado de edifícios, sem segurança e desprovidas de condições mínimas de habitabilidade), de vazios urbanos (desempenhadores de papel especulativo), de transporte coletivo oneroso e de infraestrutura precária ou inexistente (água potável, esgoto, saneamento básico), que os direitos fundamentais à vida digna, à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança se mostram de maneira contundente.

Nesse compasso, sobressaem as relações Estado-sociedade, como “atores estáticos”,¹⁵ onde as atuações estatais destinam-se à solução das questões sociais, à promoção e à concretização dos direitos fundamentais constantes do texto constitucional e, em particular, o direito fundamental à cidade — e à vida — ao contemplar os interesses público e privado.

3 Conclusão

O tema é fascinante e infindável. Daí a difícil tarefa de buscar arrematar as reflexões que se formaram por tantos desdobramentos e que, ao fim, configura um universo rico em inconstantes determinantes diante das circunstâncias sociais e espaciais recortadas na cidade.

A descrição dada por Louis Chevalier da realidade francesa — um tanto cortante e com certo tom apocalíptico —, crê-se, resume alguns dos vértices desse ambiente: “o dia onde nós teremos os bairros aristocráticos e os bairros proletariados, os bairros financeiros e os

¹⁵ CHEVALLIER, Jacques. Le débat public en question. In: PRIEUR, Michel; AMIRANTE, Domenico et al. *Pour un droit commun de l'environnement*: melanges en l'honneur de Michel Prieur. Paris: Dalloz, 2007. p. 489-508.

bairros indigentes e, na sequência, a companhia da guarda nacional com luvas amarelas e botas envernizadas e outros com mãos calejadas, nós teremos destruído a base essencial da ordem pública e preparado atrozes calamidades em nosso país”.¹⁶ Este quadro, triste e desesperançoso, parece ser o atual da maioria das cidades brasileiras.

Informação bibliográfica deste capítulo, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

COSTALDELLO, Angela Cassia. Perspectivas do desenvolvimento urbano à luz do direito fundamental à cidade. *In*: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental: Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 85-92. ISBN 978-85-7700-501-7.

¹⁶ IORIO, Chantal. Le principe de mixité en droit de l'Urbanisme. *In*: PONTIER, Jean-Marie (Org.). *Les principes et le droit*. Aix-en-Provence: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2007. p. 279. Tradução livre. No original: “Le jour où nous aurons des quartiers aristocratiques et des quartiers prolétariens, des quartiers financiers et des quartiers indigents et, par suite, des compagnies de garde nationale jaunes et en bottes vernies, et d'autres aux mains calleuses, nous aurons détruit la base essentielle de l'ordre public et préparé d'effroyables calamités à notre pays”.

CONFERÊNCIA

A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS*

CLÈMERSON MERLIN CLÈVE

Há no Direito Constitucional brasileiro contemporâneo, perfeitamente delineadas, duas correntes doutrinárias: uma (i) primeira denominada *dogmática da razão do Estado* e (ii) uma outra que pode ser chamada de *dogmática constitucional emancipatória*.

A *dogmática da razão do Estado* estuda o direito constitucional como qualquer outro domínio do direito, prendendo-se, muitas vezes, a conceitos teóricos anteriores à Constituição Federal de 1988 e a uma espécie de interpretação retrospectiva da ordem constitucional, que é indiferente e insensível aos institutos que vieram para transformar a nova ordem constitucional. Referida vertente encontra-se, em geral, ainda que inconscientemente, ligada à manutenção do *status quo*, daí a razão pela qual foca sua visão teórica na ideia de Estado, procurando desenvolver esforços para legitimar a atuação do Poder Político, qualquer que seja ele. O Estado assume, nesse contexto, absoluta centralidade, sendo o discurso constitucional experimentado como disciplina voltada exclusivamente ao estudo da normatividade do espaço político, sendo negligenciado o espaço societário extraestatal.

* Conferência apresentada no I CONGRESSO DA REDE DOCENTE EUROLATINOAMERICANA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, às 8h30 do dia 23.02.2011, na Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Na moderna concepção do Direito Constitucional, desenvolveu-se uma renovada linha doutrinária conhecida como *dogmática constitucional emancipatória*, tendo esta vertente o objetivo de estudar o texto constitucional à luz da ideia de dignidade da pessoa humana. Consiste em formação discursiva que procura demonstrar a radicalidade do Constituinte de 1988, tendo em vista que o tecido constitucional passou a ser costurado a partir de uma hermenêutica prospectiva que não procura apenas conhecer o direito como ele é operado, mas que, conhecendo suas entranhas e processos concretizadores, ao mesmo tempo fomenta uma mudança teórica capaz de contribuir para a mudança da triste condição que acomete a formação social brasileira.

O foco desta dogmática não é o Estado, mas, antes, a pessoa humana exigente de bem-estar físico, moral e psíquico. Esta dogmática distingue-se da primeira, pois não é positivista, embora respeite de modo integral a normatividade constitucional, emergindo de um compromisso principialista e personalizador para afirmar, em alto e bom som, que o Direito Constitucional realiza-se, verdadeiramente, na transformação dos princípios constitucionais, dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e dos direitos fundamentais em verdadeiros dados inscritos em nossa realidade existencial.

Em relação aos direitos fundamentais clássicos, há no Brasil uma excelente dogmática que passa por um processo contínuo de sofisticação e de verticalização teóricas. Os fundamentais clássicos são direitos que podem ser, desde logo, exercidos pelo cidadão, prescindido, assim, de uma maneira geral, da atuação do poder público. Está-se a referir, por exemplo, à liberdade de locomoção, ao direito de informação, à liberdade de expressão, de reunião, de associação, de consciência etc., ou seja, a posições jusfundamentais que podem, em suas dimensões básicas, ser satisfeitas pelo simples atuar de seu titular.

A teoria constitucional brasileira não desconhece que apontados direitos em princípio exigem a abstenção do Poder Público. Diz-se em princípio, porque o Estado não pode deixar, igualmente, de atuar para proteger os direitos fundamentais, inclusive normativamente (dever de proteção), e de implantar políticas públicas voltadas à afirmação dos direitos que, em sua configuração mais singela, não exigem mais do que a iniciativa do seu titular. Admita-se que é duplo o papel do poder público neste particular. Deve abster-se, por um lado, é verdade. Mas, por outro lado, deve agir, para promover as iniciativas dirigidas à promoção de referidos direitos (educação para a cidadania, repartições públicas adequadas etc.), bem como dos pressupostos para seu exercício (a inviolabilidade do domicílio pressupõe a existência de uma moradia;

a liberdade de locomoção, nos grandes centros, pressupõe a existência de uma rede de transporte coletivo com acesso democratizado etc.).

Experimenta-se, atualmente, no Direito brasileiro um momento adequado para a discussão a propósito da eficácia dos direitos fundamentais sociais, sendo necessário aprofundar os estudos constitucionais nesse sítio. Isso ocorre inclusive porque a Constituição Federal em vigor, de alguma maneira, alterou significativamente o quadro dos direitos fundamentais, especialmente quando em vários dispositivos constitucionais, mais especialmente, no art. 6º, os nominou, reportando-se ao direito à (proteção da) saúde, ao direito ao lazer, ao direito à moradia (incluído no rol por força da EC nº 26/2000), ao direito à educação, à previdência, entre outros. A Constituição Federal de 1988 adotou, do ponto de vista da técnica legislativa, uma metodologia distinta com relação à matéria. Ninguém desconhece que, no Brasil, outros textos constitucionais já dispuseram, de maneira fragmentada, a propósito deste tema. Ocorre que, insere-se um dispositivo contemplando esses direitos como *verdadeiros* direitos fundamentais, introduzindo-o, portanto, no título adequado. Não são, pois, meras normas-programa residentes em outro capítulo constitucional. Evidente que esta previsão explica-se, em parte, pelo momento especial pelo qual passava, na década de 80, a experiência constitucional brasileira. Explica-se mais pelo compromisso do Constituinte com os postulados do Estado Democrático de Direito, compromisso que implica determinadas redefinições conceituais no universo dos direitos fundamentais. Explica-se, também, pelo especial modo de elaboração da Constituição Federal de 1988 (favorecendo ampla discussão e disputabilidade) e, mais do que isso, em virtude da demanda dos movimentos sociais que estavam a reivindicar esses direitos. Verifica-se, desta maneira, que os direitos fundamentais sociais devem ser compreendidos por uma dogmática constitucional singular, emancipatória, marcada pelo compromisso com a dignidade da pessoa humana e, pois, com a plena efetividade dos comandos constitucionais. Ou seja, uma nova configuração dos direitos fundamentais, especialmente dos apontados como sociais, exige uma renovada abordagem doutrinária para dar conta de sua eloquente significação.

Tradicionalmente, no Direito brasileiro, resolvem-se as questões envolvendo a normatividade constitucional a partir de algumas teorias classificatórias. Emerge, aqui, todo um quadro doutrinário voltado a estabelecer o registro das normas constitucionais apartadas por um critério que leva em conta a possibilidade de aplicação imediata ou mediata. Está-se a referir ao célebre problema da aplicabilidade das normas constitucionais. O que se propõe, no entanto, é tratar deste tema sob

a ótica dos direitos fundamentais com ênfase no papel da jurisdição constitucional, deixando de lado os ensaios classificatórios.

No Direito brasileiro, a jurisdição constitucional exerce um papel proeminente, pois ostentamos um sistema de controle de constitucionalidade bastante complexo, que funde, em parte, as experiências constitucionais norte-americana e europeia. Todavia, importa compreender que o modelo de controle de constitucionalidade brasileiro é pródigo quanto aos mecanismos de controle dos atos do poder público editados com violação às disposições constitucionais. Então, quando o poder público atua agredindo disposição que impõe inércia, ou quando atua, podendo atuar, porém, movendo-se de maneira inadequada ou, ainda, de modo a violar regra de competência ou de procedimento, há uma gama de mecanismos orientados à censura da atuação. Ocorre, no entanto, que não há em nosso país ações constitucionais eficientes para o controle das omissões inconstitucionais, especialmente de controle abstrato de referidas omissões. Cumpre concordar, portanto, que os mecanismos processuais colocados à disposição, pelo Constituinte, para o controle da omissão inconstitucional, são bastante tímidos.

É evidente que a *ação direta de inconstitucionalidade por omissão* apresenta-se como um mecanismo absolutamente frágil de controle da omissão inconstitucional. O *mandado de injunção*, particularmente em função da jurisprudência da Excelsa Corte, assim como a *ação direta de inconstitucionalidade por omissão*, neste caso em função de sua configuração normativa, não substanciam meios eficazes e suficientes para a solução da inércia do poder público violadora de direitos fundamentais. A *arguição de descumprimento de preceito fundamental*, por seu turno, pode se apresentar como um interessante instrumento de controle. Cabe, entretanto, aguardar a afirmação de uma sólida jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito, o que ainda não ocorreu. E necessário, portanto, orientar-se na busca da plena efetividade da Constituição, em particular das disposições que contemplam os direitos fundamentais de natureza social, por outros caminhos.

Ninguém desconhece que a atuação do juiz nesse campo é particularmente complexa. E que os direitos sociais realizam-se através de prestações do poder público, prestações que pressupõem a existência de um orçamento e de dotações específicas. Por conta disso, alguns sistemas constitucionais, como o português, por exemplo, estabelecem no próprio corpo da Constituição uma distinção de regimes jurídicos. Ou seja, os *direitos, liberdades e garantias* (direitos clássicos ou de defesa) não ostentam o mesmo regime dos *direitos sociais, econômicos e culturais* (direitos prestacionais). A Constituição Portuguesa vigente, então, aponta para uma distinção de regime jurídico não encontrável no

Direito brasileiro. Entre nós, a Constituição Federal de 1988, ao tratar dos direitos fundamentais, não prevê, expressamente, em nenhum momento, uma dualidade de regimes. Em tese, no Direito Constitucional brasileiro, o regime dos direitos fundamentais clássicos é o mesmo dos direitos fundamentais exigentes de uma atuação positiva do poder público. Por isso, o disposto nos §§1º e 2º do art. 5º da CF/88 incide sobre ambos os territórios (direitos de defesa e direitos sociais prestacionais).

Ora, se é verdade que a Constituição Federal de 1988 não aparta os direitos (clássicos ou prestacionais) em regimes distintos, não é menos verdade que apontados direitos decorrem de disposições constitucionais dotadas de estruturas normativas distintas. Não é possível deixar de considerar que a estrutura das normas que tratam de direitos sociais é diferente daquela própria dos direitos de defesa.

No sítio dos direitos de defesa, ocorrente hipótese de violação, o papel do juiz como guardião da ordem constitucional não exige, no geral, uma atuação além da censura judicial à ação do poder público.

A situação muda em relação aos direitos prestacionais, exigentes de uma atuação positiva do poder público, em particular porque o âmbito material definitivo desses direitos depende de uma manifestação legislativa (e material) do Estado. Além disso, esses direitos são insuscetíveis de realização integral (o horizonte é sempre infinito), pois o seu cumprimento implica uma caminhada progressiva sempre dependente do ambiente social no qual se inserem, do grau de riqueza da sociedade e da eficiência e elasticidade dos mecanismos de expropriação (da sociedade, pelo Estado) e de alocação (justiça distributiva) de recursos. Mais do que isso, a realização desses direitos pressupõe a existência de uma bem elaborada peça orçamentária, mecanismo através do qual o Estado maneja os recursos públicos ordenando as prioridades para a despesa uma vez observada a previsão da receita.

Afirme-se, portanto, que sob a égide da Constituição Federal de 1988, o Estado, espaço político por excelência, haverá também de ser compreendido como uma espécie de ossatura institucional desenhada pelo Constituinte para satisfazer os princípios, objetivos e direitos fundamentais através da atuação do Legislativo, buscando a concretização das disposições constitucionais, inclusive daquelas veiculando os direitos prestacionais, através da atuação do Judiciário, que deverá manifestar-se com sustentação numa hermenêutica comprometida com a principiologia constitucional, e em virtude da ação do Executivo ao qual incumbe desenvolver políticas públicas realizadoras de direitos e criar ou aprimorar os serviços públicos voltados à idêntica finalidade (saúde, educação, habitação etc.).

É nesse contexto que se pode tratar da eficácia dos direitos sociais. São direitos exigíveis perante o Poder Judiciário? Pode um particular reivindicar judicialmente a prestação estatal necessária para a realização do direito social? Pode o cidadão reclamar, perante o Judiciário, as prestações estatais concernentes ao direito à moradia, à educação, à saúde? Está o juiz autorizado a manejar, ainda que indiretamente, por meio de decisão judicial, os recursos da peça orçamentária? Não estaria, em semelhante circunstância, o juiz a administrar, a exercer função assinada ao Executivo pela Constituição?

Há teorias que sustentam que os direitos sociais não são verdadeiros direitos, constituindo, na verdade, meros programas de ação governamental. Afinal, as disposições constitucionais respectivas não apontam o responsável por sua efetivação, não definindo, ademais, e concretamente, a prestação devida. Não definem sequer, de uma maneira geral, a precisa prestação reclamada do Estado para a sua solução. Seriam disposições, portanto, dependentes de regulamentação, da atuação do legislador, sem as quais seriam inexigíveis. Ora, cumpre construir caminho distinto. O que se propõe é uma leitura desses direitos como verdadeiros direitos fundamentais. Quem somos nós para recusar a condição de direitos fundamentais para aqueles que o Constituinte definiu como tais?

Deve-se partir do princípio que tudo que está na Constituição Federal obriga, importando retirar as consequências desta afirmação para ultrapassar a doutrina que pretende extrair das disposições tidas por programáticas normas despidas de eficácia.

O art. 6º da CF/88 não substancia norma programática (no sentido de despida de eficácia imediata), devendo ser considerada disposição de direito fundamental. Neste ponto, algo precisa ser dito a respeito das *funções* e *dimensões* dos direitos fundamentais.

A *dimensão subjetiva* envolve a constituição de posições jusfundamentais, quase sempre caracterizadas enquanto direitos subjetivos, que autorizam o titular a reclamar em juízo determinada ação (omissiva ou comissiva). A *dimensão objetiva*, por seu turno, compreende o dever de respeito e compromisso dos poderes constituídos com os direitos fundamentais (vinculação). Neste ponto, independentemente das posições jusfundamentais extraíveis da dimensão subjetiva, incumbe ao poder público agir sempre de modo a conferir a maior eficácia possível aos direitos fundamentais (prestar os serviços públicos necessários, exercer o poder de polícia e legislar para o fim de dar concretude aos comandos normativos constitucionais). A *dimensão objetiva* também vincula o Judiciário para reclamar uma hermenêutica respeitosa dos

direitos fundamentais e das normas constitucionais, com o manejo daquilo que se convencionou chamar de *filtragem constitucional*, ou seja, a releitura de todo o direito infraconstitucional à luz dos preceitos constitucionais, designadamente dos direitos, princípios e objetivos fundamentais. A *filtragem* substancia, na verdade, uma espécie de *interpretação conforme a Constituição*, significando que toda atuação do poder público (atos administrativos, legislativos e jurisdicionais) haverá de manifestar-se conforme os direitos fundamentais, ligando-se também àquilo que, no campo da incidência da normativa constitucional jusfundamental sobre o campo da autonomia privada a doutrina tem chamado de *eficácia horizontal dos direitos fundamentais*. Significa dizer que os direitos fundamentais, ainda que de modo singular, incidem também no campo das relações entre os particulares. Aliás, seria neste ponto, interessante questionar a propósito da eficácia horizontal dos direitos sociais, se é pensável a sua emergência, ou se, afinal, direitos deste naipe vinculam exclusivamente o poder público. Há, aqui, um bom campo para a reflexão e a pesquisa.

Da dimensão objetiva dos direitos fundamentais emergem determinadas consequências. Uma linha de crédito do BNDES, por exemplo, que favoreça a busca de maior produtividade nas indústrias brasileiras não poderá, em princípio, ser tida como inconstitucional. Mas se essa política de crédito supõe alcançar produtividade crescente por meio da substituição dos trabalhadores por máquinas sem a previsão de nenhum mecanismo de preparação do trabalhador para enfrentar novamente o mercado de trabalho, é provável que a política creditícia esteja em desacordo com a normativa constitucional, especialmente com o princípio constitucional do pleno emprego e com o direito ao trabalho. Neste caso, aceitando-se ser discutível a possibilidade de um trabalhador ameaçado aforar medida judicial contra o banco, cumpre aceitar a possibilidade de ações coletivas, especialmente manejadas pelo Ministério Público, para deter a política inconstitucional ou para compelir a autoridade responsável a reorientá-la.

Quanto ao direito à saúde, importa reconhecer que na maior parte das cidades brasileiras o saneamento básico (uma das extensões do direito à saúde) não atende à totalidade da planta urbana, devendo o poder público levar o sistema de esgotamento sanitário (com tratamento, exigência de natureza constitucional-ambiental) e de água tratada às residências não atendidas. Neste caso, da dimensão objetiva do direito à saúde extrai-se a possibilidade do aforamento de medidas judiciais coletivas orientadas para compelir o poder público a adotar uma política pública para que num prazo determinado (cinco, dez,

quinze anos, de acordo com a capacidade de arrecadação) atenda a todo o universo de residentes do Município.

Os direitos fundamentais sociais, é necessário ter clareza quanto a isso, são direitos de satisfação progressiva, cuja realização encontra-se estreitamente ligada ao PIB (Produto Interno Bruto) e, portanto, à riqueza do país.

No plano da dimensão subjetiva, os direitos fundamentais desempenham, pelo menos, três funções: *defesa*, *prestação* e *não discriminação*. Ou seja, os direitos fundamentais (i) situam o particular em condição de opor-se à atuação do poder público em desconformidade com o mandamento constitucional, (ii) exigem do poder público a atuação necessária para a realização desses direitos, e, por fim, (iii) reclamam que o Estado coloque à disposição do particular, de modo igual, sem discriminação (exceto aquelas necessárias para bem cumprir o princípio da igualdade), os bens e serviços indispensáveis ao seu cumprimento. Então, salvo nas hipóteses de ação afirmativa, onde poderá haver uma discriminação (temporariamente justificável) que busque atender determinadas finalidades constitucionais (proteção de determinado gênero ou grupo, por exemplo), a exigência é de que os serviços sejam colocados à disposição de todos os brasileiros (ideia de universalidade), implicando para o particular o poder de reivindicar junto ao Judiciário idêntico tratamento.

Na Constituição Federal de 1988, inclusive no art. 6º, encontram-se *direitos prestacionais originários* e *direitos prestacionais derivados*.

Os primeiros podem, desde logo, ser reclamados, inclusive judicialmente, mesmo à falta de norma regulamentadora. Por isso, ainda que o poder público não tenha colocado os serviços à disposição dos particulares, ainda que não haja lei alguma regulamentando a matéria, esses direitos, porque implicam a criação imediata de situações jurídicas subjetivas de vantagem, são suscetíveis, perfeitamente, de demanda perante o Poder Judiciário.

Os direitos prestacionais derivados, por seu turno, não se realizam, inteiramente, sem a prévia regulamentação, ou seja, sem a existência de uma política, de um serviço e/ou de uma rubrica orçamentária. A maior parte dos direitos sociais reside no sítio dos prestacionais derivados. Todavia, há na Constituição Federal de 1988 determinados direitos originários como, por exemplo, o direito à educação, especialmente no que concerne ao ensino fundamental. Neste caso, saliente-se, ainda que não existisse nenhuma lei tratando desse propósito, embora ausente previsão orçamentária própria, pelo simples fato da própria Constituição Federal afirmar que o acesso ao ensino fundamental substancia direito público subjetivo, ele poderá ser invocado perante o Poder Judiciário

que, por sua vez, ordenará ao poder público as providências cabíveis para sua concretização. Afirme-se, mesmo que não existam escolas suficientes para atender todos os alunos, a autoridade pública haverá de providenciar alguma solução para adimplir a obrigação correspondente à afirmação do direito.

O segundo exemplo é o do direito à saúde (especialmente em relação a determinadas extensões mais evidentes). E claro que este foi regulamentado pelo legislador, razão pela qual, no âmbito do sistema unificado de saúde preconizado pela Constituição Federal, em linhas gerais, estão definidas as ações de saúde a cargo da União, dos Estados e dos Municípios. Mas ainda que não houvesse a definição legislativa, esse direito poderia ser reclamado perante o Judiciário. Daí a razão pela qual os cidadãos podem reivindicar, por exemplo, o acesso a um determinado medicamento, ou a um determinado tipo de tratamento, especialmente se eles foram devidamente recomendados pelas autoridades brasileiras.

É certo que há limites também no universo dos direitos originários. Ninguém pode pretender ir além daquilo que se encaixa como possível. Por isso não pode, por exemplo, o cidadão pretender, num país como o nosso, exigir, no caso de padecer de determinada patologia, tratamento no exterior, ou um tipo específico de tratamento apenas encontrável em distante rincão, ou uma forma de terapia absolutamente não recomendada pelos órgãos de saúde do país. Os originários são também direitos de satisfação progressiva, dependendo do nível de riqueza da sociedade, O que os torna especiais é o fato de serem, desde logo, exigíveis, inclusive judicialmente, cabendo ao juiz verificar, na hipótese de omissão do poder público, se a prestação exigida pelo particular é compatível com o que, razoavelmente, se poderia esperar do poder público em termos de atendimento ao direito em questão.

Em relação à criança e ao adolescente, que, do ponto de vista constitucional, devem ser considerados como prioridade, mesmo à falta de lei (e temos lei), a autoridade estaria obrigada a tomar as providências cabíveis para a proteção de seus direitos. Há outros direitos prestacionais originários. Os referidos, porém, são os que importam para a presente exposição.

Discute-se muitas vezes se o Poder Judiciário teria legitimidade para atuar nos campos que, em tese, estariam reservados ao administrador ou ao legislador. Afirma-se que os integrantes do Judiciário não foram eleitos, estando por isso despidos da legitimidade que apenas poderia ser conferida pelo sufrágio popular. Por isso não poderiam dispor sobre *o que* e *o como* da atuação estatal. Ora, o ordenar o cumprimento de direitos prestacionais significaria substituir-se o juiz ao administrador, implicando

quebra do princípio da separação dos poderes e, especialmente, do princípio democrático, segundo o qual a maioria governa.

É preciso considerar, entretanto, que democracia não significa simplesmente governo da maioria. Afinal, a minoria de hoje pode ser a maioria de amanhã, e o guardião desta dinâmica majoritária/contramajoritária, em última instância, é, entre nós, o próprio Poder Judiciário, que age como uma espécie de delegado do Poder Constituinte. Ou seja, a democracia não repele, ao contrário, reclama a atuação do Judiciário nesse campo. Demais disso, zelar pela observância dos direitos fundamentais significa, para o Judiciário, no exercício da jurisdição constitucional, proteger a maioria permanente (Constituinte) contra a atuação desconforme da maioria eventual, conjuntural e temporária (legislatura). Entre os que pretendem que no controle da omissão inconstitucional não haja papel a ser desempenhado pelo juiz e aqueles que entendem que o Poder Judiciário tudo pode fazer, é necessário encontrar um lugar de equilíbrio, sensível à percepção de que o juiz, apesar de comprometido com a efetividade da Constituição, não pode ultrapassar certos limites sob pena de colocar em risco os postulados do Estado Democrático de Direito.

Há, sem dúvida, a necessidade de potencializar os instrumentos processuais que estão à nossa disposição para a defesa dos direitos prestacionais na hipótese de inércia do poder público. Neste passo, não há como olvidar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e o mandado de injunção. Mas diante da fragilidade dos apontados instrumentos, particularmente do primeiro (controle objetivo) e do último (controle subjetivo), cumpre apostar nos meios processuais convencionais que estão à nossa disposição, inclusive das ações coletivas, especialmente da ação civil pública. O manejo da ação civil pública pode trazer importante contribuição para a efetivação dos direitos fundamentais, especialmente quando voltada para a implementação das políticas necessárias para a realização progressiva dos direitos. E claro que é imprescindível, neste caso, uma certa dose de prudência, especialmente porque a sociedade brasileira, num quadro permanente de escassez de recursos, reclama soluções urgentes em muitos campos *ao mesmo tempo*: meio ambiente, proteção dos direitos sociais, políticas de inclusão, infraestrutura etc. Ou seja, não há como possa o Estado resolver *de uma vez* um quadro de deterioração das condições de vida que acompanha o Brasil há séculos. Mas pode o Estado, sim, implantar políticas para, progressivamente, resolver aquilo que é reclamado pelo documento constitucional.

A metáfora do cobertor curto é adequada para a compreensão de qualquer orçamento, mas é mais adequada ainda para a compreensão dos limites do orçamento público brasileiro. Trata-se de um cobertor insuficiente para cobrir, ao mesmo tempo, todas as partes do corpo. Se cobre os pés, deixa as mãos sob o efeito do clima. Mas se cobre as mãos, não consegue dar conta dos pés. Ou seja, é preciso levar em conta que a soma das riquezas produzidas, entre nós, durante um ano (PIB) não é superior a seiscentos bilhões de dólares ou a um trilhão e meio de reais. A economia brasileira é, efetivamente, considerável. Todavia, quando dividido o produto interno bruto pela população, concluímos que a renda *per capita* brasileira é pequena (pouco mais de três mil dólares ano). Por isso os recursos públicos devem ser muito bem manejados. O cuidado com a escassez permitirá, dentro dos limites oferecidos pela riqueza nacional, implementar políticas públicas realistas. Daí a insistência na tese de que incumbe ao poder público consignar na peça orçamentária as dotações necessárias para a realização progressiva dos direitos. Não se trata de adiar a sua efetividade. Trata-se de estabelecer de modo continuado as ações voltadas para a sua realização num horizonte de tempo factível. Lamentavelmente, o que tem ocorrido na trágica experiência orçamentária brasileira, é que o poder público muitas vezes se vê autorizado a estabelecer contingenciamentos arbitrários, praticamente nulificando as rubricas sociais (moradia, esgotamento sanitário etc.). Por isso, é imperiosa a luta por um rígido controle da execução orçamentária, exigindo-se que a lei orçamentária, experimentadas condições de normalidade, seja cumprida tal como aprovada pelo Congresso Nacional. Daí a necessidade de compreender-se a peça orçamentária como lei que vincula, razão pela qual não pode ser tida como mero ato legislativo autorizativo. Se a lei impõe um programa (orçamento-programa), o cumprimento do programa deve ser controlado. Está-se com isso a defender a necessidade de redefinição da natureza do orçamento. É indispensável, por outro lado, a presença da sociedade nos processos de elaboração e controle da execução orçamentária. Incumbirá à sociedade civil, consciente da singularidade dos direitos de satisfação progressiva, escolher a velocidade dos gastos sociais e proceder às escolhas viáveis dentro de um quadro de escassez de recursos.

A vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais (dimensão objetiva) é suficiente para deles exigir a adoção de políticas voltadas para o seu cumprimento (num horizonte de tempo, evidentemente). Tais políticas, como está-se a sustentar, podem ser inclusive exigidas judicialmente. Se não é, em princípio, possível reclamar, imediatamente, argumentando com a existência *definitiva* de posição

jurídico-subjetiva positiva de vantagem, os direitos prestacionais ainda não regulamentados (moradia, por exemplo), quando não originários, é perfeitamente possível a propositura de ação judicial exigente de definição de política de prestação por parte do Estado que possa atender, em prazo razoável, a imposição constitucional.

Se é certo que os prestacionais são direitos de eficácia progressiva, isso não significa dizer que possam ser considerados como meras normas de eficácia diferida, programática, limitada. Certamente não. São direitos que produzem, pelo simples reconhecimento constitucional, uma eficácia mínima. Produzem, antes de tudo, uma eficácia negativa. Por isso constituem parâmetro de constitucionalidade, invalidando atos, inclusive normativos, posteriores e anteriores à Constituição (por inconstitucionalidade ou por revogação) quando contrastantes. Cuida-se aqui, do campo da dimensão objetiva. Do ponto de vista subjetivo, são capazes de criar situações jurídicas subjetivas negativas de vantagem. O mais importante, porém, é verificar a eficácia positiva decorrente da disposição constitucional. Ingressemos no campo da dimensão subjetiva. Ora, referidos direitos criam, desde logo, também, posições jurídico-subjetivas positivas de vantagem (embora limitadas). São posições que decorrem da incidência dos direitos em questão, mas, igualmente, da irradiação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Da confluência dos dois sustenta-se a obrigação do Estado consistente no respeito ao *mínimo existencial* (não há dignidade humana sem um mínimo necessário para a existência). Ou seja, as prestações do poder público decorrentes do reconhecimento dos direitos fundamentais poderão ser progressivamente incrementadas. Todavia, o *mínimo existencial* implica, desde logo, o respeito a uma dimensão prestacional mínima dos direitos sociais. O definir esse mínimo não é tarefa fácil. O que se afirma, porém, é que para a observância deste mínimo (que haverá de ser definido por meio da disputabilidade processual), pode o cidadão recorrer, desde logo, ao Poder Judiciário, estando o Judiciário, do ponto de vista constitucional, autorizado a decidir a respeito. E evidente que os direitos fundamentais não são absolutos, razão pela qual o juiz haverá sempre de proceder a ponderação dos bens constitucionais, princípios e direitos em jogo, para melhor decidir a questão.

Os direitos sociais não têm a finalidade de dar ao brasileiro, apenas, o mínimo. Ao contrário, eles reclamam um horizonte eficaz progressivamente mais vasto, dependendo isso apenas do comprometimento da sociedade e do governo e da riqueza produzida pelo país. Aponta a Constituição Federal de 1988, portanto, para a ideia de máximo, mas de máximo possível (o problema da possibilidade). O conceito do *mínimo existencial*, do mínimo necessário e indispensável, do mínimo

último, aponta para uma obrigação mínima do poder público, desde logo sindicável, tudo para evitar que o ser humano perca sua condição de humanidade, possibilidade sempre presente quando o cidadão, por falta de emprego, de saúde, de previdência, de educação, de lazer, de assistência, vê confiscados seus desejos, vê combatida sua vontade, vê destruída sua autonomia, resultando num ente perdido no cipoal das contingências, que fica à mercê das forças terríveis do destino. Os direitos sociais, o princípio da dignidade humana, o princípio da socialidade (dedutível da Constituição Federal de 1988, que quer erigir um Estado Democrático de Direito) autorizam a compreensão do *mínimo existencial* como obrigação estatal a cumprir e, pois, como responsabilidade dos poderes públicos. Ora, para a tutela do mínimo existencial, decorrência da eficácia positiva mínima dos direitos fundamentais sociais, qualquer meio processual adequado, de acordo com as leis processuais, poderá ser manejado. Não há, aqui, necessidade, do mandado de injunção ou da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. O que importa é o magistrado agir com determinação e cautela, ponderando os direitos, bens e princípios em jogo, estudando o campo do possível (*reserva do possível*), mas, ao mesmo tempo, considerando que o Estado Democrático de Direito está comprometido com o avanço e não com o retrocesso social (*vedação do retrocesso social*). No que se refere à *reserva do possível*, concebida na experiência constitucional alemã, importa estudá-la com os cuidados devidos, inclusive porque ela não pode ser transposta, de modo automático, para a realidade brasileira. Com efeito, aqui, não se trata, para o Estado, já, de conceder o mais, mas, antes, de cumprir, ainda, com o mínimo. Ou seja, é evidente que a efetivação dos direitos sociais só ocorrerá à luz das coordenadas sociais e econômicas do espaço-tempo. Mas a *reserva do possível* não pode, num país como o nosso, especialmente em relação ao *mínimo existencial*, ser compreendida como uma cláusula obstaculizadora, mas, antes, como uma cláusula que imponha cuidado, prudência e responsabilidade no campo da atividade judicial.

Nos últimos anos, o Estado brasileiro converteu-se num aparelho de expropriação de recursos da sociedade para direcioná-los a poucos, especialmente, ao mercado financeiro (em particular os detentores de títulos da dívida pública). O Estado brasileiro, antes de apresentar-se como um instrumento de realização dos direitos fundamentais, porta-se como um aparelho desviante que, ao invés de distribuir, vai autorizando a concentração de riquezas. Uma simples operação aritmética é suficiente para demonstrar que os gastos do país com educação, saúde e habitação (em síntese, com os direitos sociais) corresponde a um montante muito inferior ao despendido, por ano, apenas com o serviço da dívida pública.

Não se está a afirmar que a dívida pública não deva ser honrada. Afirma-se, apenas, que é imperiosa a adoção de um modelo econômico diferente, que adote como prioridade não os interesses do mercado financeiro, mas, antes, a realização dos direitos fundamentais. Um modelo de desenvolvimento inclusivo, democrático, em tudo distinto do modelo econômico excludente e concentrador que, praticado nos últimos anos, vai afastando cada vez mais o país das promessas constitucionais.

O retrocesso social, igualmente, não é aceitável no contexto de uma Constituição como a brasileira. Por isso, uma lei ordinária que, eventualmente, tenha tratado de um direito social, delimitando a sua esfera de incidência ou o modo como as prestações estatais necessárias serão adimplidas, não poderá ser simplesmente revogada por outra lei (mesmo que de idêntica ou superior hierarquia). É certo que, do ponto de vista da teoria do direito, as leis podem ser revogadas por outras residentes em idêntica ou superior posição hierárquica. Entretanto, quando há direito fundamental em jogo, especialmente direito social, há necessidade de certa dose de cautela. Por isso, seria inaceitável, do ponto de vista constitucional, uma lei que pretendesse simplesmente revogar o Estatuto da Criança e do Adolescente, sem colocar nada no lugar.

É tempo de concluir. Há um papel a ser desempenhado pelo Judiciário maior do que o vislumbrado pelos adeptos da doutrina constitucional da razão de Estado. Papel sempre realçado pelos operadores jurídicos comprometidos com a construção de uma dogmática constitucional emancipatória. No universo dos direitos sociais é preciso continuar o esforço doutrinário, superar dogmas e mitos, bem como promover a participação popular. O Ministério Público, nesse sentido, tem um papel extremamente relevante a cumprir. Por outro lado, é indispensável a revisão do papel do Judiciário, especialmente com a superação da ideia de que o controle das omissões inconstitucionais só pode se dar por meio do mandado de injunção e da ação de inconstitucionalidade por omissão. É necessário, por fim, aceitar um compromisso sincero com os direitos fundamentais sociais. Só assim teremos as ações necessárias para transformar os direitos em linguagem cotidiana integrante da realidade de nosso país.

Informação bibliográfica deste capítulo, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental: Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 95-108. ISBN 978-85-7700-501-7.