

ROTTLEUTHNER, Huber. *In: Les métaphores biologiques dans la pensée juridique Archives du Philosophie du Droit*. T. 31. Paris: Sirey, 1986.

SARTORI, Giovanni. *A Teoria da Democracia Revisitada 1: o debate contemporâneo*. São Paulo: Ática, 1994.

O PAPEL DOS PLANOS DIRETORES NA TUTELA DO DIREITO À CIDADE*

BETÂNIA DE MORAES ALFONSIN**

* Este artigo é uma versão revisada de artigo originalmente publicado na REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO URBANÍSTICO com a seguinte referência bibliográfica: ALFONSIN, Betânia de Moraes. Planejamento Urbano e Plano Diretor no contexto de gestão democrática pós-Estatuto da Cidade. *Revista Brasileira de Direito Urbanístico – RBDU*, Belo Horizonte, ano 1, n.1, p.33-49, jul/dez.2015.

** Betânia de Moraes Alfonsin tem graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1990), mestrado em Planejamento Urbano e Regional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2000) e doutorado em Planejamento Urbano e Regional pelo Instituto de Pesquisa e Planejamento Urbano (IPPUR) da UFRJ (2008). Atualmente é professora na graduação e no mestrado da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do RS. Atua como professora de educação a distância no Programa para America Latina y el Caribe do Lincoln Institute of Land Policy. Em outubro de 2015, foi reeleita para o cargo de vice-presidente do Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico (IBDU) (Gestão 2015-2017).

O Brasil tem uma trajetória de pouco mais de um século de planejamento urbano, embora o sentido de tal técnica de intervenção estatal tenha se alterado significativamente ao longo do tempo. Na aurora do século XX, o país viveu um “boom” nessa área, com muitas cidades sendo objeto de elaboração de “planos de melhoramentos” claramente influenciados pelo urbanismo de além-mar, muito especialmente o urbanismo francês e a reforma urbana levada a cabo na cidade de Paris pelo Barão Haussmann, que visou modernizar a cidade, ainda dotada da malha viária acanhada herdada do período medieval. No Brasil a ideia de remodelação das cidades, inspirada pela reforma urbana parisiense, mesclou-se a um ideário higienista que aspirava também ao embelezamento e à modernização das cidades. O Rio de Janeiro viveu sua reforma urbana liderada por Pereira Passos (1902 a 1906), em uma intervenção que ficou conhecida como “bota abaixo” e que é bastante emblemática do sentido do planejamento urbano de então, que tomou tais características em cidades de todo o país.¹

Já em meados do século XX, muito especialmente a partir do governo de Juscelino Kubitschek e, com grande ênfase, no período da Ditadura Militar, os objetivos e o tom do planejamento urbano se alteram e instrumentos como os planos diretores passam a ter função estratégica para a própria concepção de desenvolvimento urbano dos governos centrais.² As cidades são percebidas como territórios fundamentais para a industrialização do país, locomotiva do desenvolvimento econômico perseguido pelo Estado, então. Obviamente que as cidades herdadas do período imperial não apresentam um desenho urbano, um traçado viário e uma distribuição de populações e das atividades econômicas condizentes com a pauta desenvolvimentista. É nesse momento que o Brasil assiste à ascensão de uma ideologia de planejamento urbano de caráter funcionalista, tecnicista, com forte influência do urbanismo modernista e claramente intervencionista. O zoneamento passa a

ser um instrumento central do planejamento urbano, aliado à ideia de “plano regulador”, no qual o regime urbanístico de cada porção do território é estabelecido em detalhe, desde temas como coeficientes de aproveitamento, até atividades permitidas, altura máxima das edificações, densidades e recuos de jardim. Soma-se a isso a definição, de forma centralizada, do traçado viário estruturador das cidades brasileiras.

A segregação socioespacial de populações de baixa renda, bem como o autoritarismo na elaboração dos planos diretores da época, são um traço importante, também, do planejamento urbano daquele momento. Uma piada corrente entre os urbanistas lotados nas secretarias de planejamento da década de 1970 ilustra bem o caráter centralizador do planejamento urbano do período do governo militar. Como a prática dos militares era a de planejar o urbano sobre mapas enviados a Brasília e reproduzir o mesmo texto genérico de um modelo de lei do plano diretor, conta-se que uma cidade do interior do Mato Grosso recebeu um “plano diretor” que continha um capítulo chamado “Da orla marítima”, mesmo sendo uma cidade situada a centenas de quilômetros do litoral.

Constituição Federal de 1988: um novo papel para os planos diretores

É com a redemocratização do país, após o processo constituinte, que essa visão autoritária do planejamento urbano sofrerá uma derrota ideológica, política e jurídica. O movimento pela reforma urbana, articulado por meio de um *Fórum Nacional de Reforma Urbana* durante o processo constituinte, era composto nesse momento histórico por representantes de sindicatos, organizações não governamentais, associações profissionais, associações comunitárias e acadêmicas, além de militantes de diversos outros movimentos sociais (movimentos por moradia digna, transporte de qualidade, universalização do saneamento, participação popular na gestão urbana, etc.). O que esses atores e sujeitos coletivos par-tilhavam, em um primeiro momento de “encontro de aspirações”,

1 Para mais informações sobre as reformas urbanas promovidas por Haussmann e pelas cidades do Rio de Janeiro e de Porto Alegre, ver Sandra Jathay. *O imaginário da cidade – Visões literárias do urbano. PARIS-RIO DE JANEIRO-PORTO ALEGRE*. Porto Alegre: UFRGS, 1999.

2 Ver, a propósito, SCHVARSBERG Benny *Planejamento Urbano no Brasil pós-1988: panorama histórico e desafios contemporâneos*. In FÁRIA Rodrigo de; SCHVARSBERG Benny (Orgs). *Políticas urbanas e regionais no Brasil*. Brasília: Universidade de Brasília, Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, 2011.

era um sombrio diagnóstico a respeito das cidades brasileiras, do legado de anos de planejamento urbano tecnocrático e centralizado, bem como sobre o futuro das populações moradoras de áreas urbanas. Mas o grande mérito do *Fórum Nacional de Reforma Urbana* foi a capacidade de ir muito além do conhecimento sobre os principais problemas das cidades brasileiras e propor um programa de reforma urbana para o país, apresentando ao Congresso Constituinte uma “emenda popular pela reforma urbana” que, em 22 artigos, propunha a introdução de diretrizes para a política urbana e diversos instrumentos novos na política urbana brasileira.

A história é de domínio público, e a correlação de forças na Assembleia Constituinte não permitiu a aprovação de boa parte das propostas oriundas dos movimentos sociais e apresentadas via “emendas populares”. No caso da emenda da reforma urbana, após o embate com o “centrão”³ restaram apenas os artigos 182 e 183, que deram corpo ao capítulo “Da política urbana na Constituição Federal”. Em que pese a aparente derrota, o fato é que foi a primeira vez, na história das Constituições brasileiras, que a Constituição Federal incluiu um capítulo sobre a política urbana, e esses dois artigos foram importantíssimos para a história que se seguiria nos municípios brasileiros, bem como para inaugurar uma nova fase para o planejamento urbano brasileiro.⁴

O artigo 182 da Constituição Federal⁵, além de delegar a execução da política de desenvolvimento urbano aos entes municipais, mencionou, pela primeira vez na história do país, as “funções sociais da cidade” como objetivo da política urbana. A menção ao princípio da função social da propriedade consta da Constituição Federal desde a Constituição de 1934⁶, todavia, ao incluir a

expressão funções sociais da cidade, o constituinte, além de ter demandado um esforço doutrinário de definição do sentido e do alcance dessa expressão, obviamente deu um salto de escala do bem individual “lote” (cuja propriedade também deverá atender a sua função social) para o bem coletivo “cidade”, que, como totalidade, também deverá ser capaz de atender às suas funções sociais. A Constituição de 1988, portanto, rompe com uma visão de “urbanismo lote a lote”, de responsabilidade do proprietário, para passar a pensar a cidade como um todo, demonstrando a intenção de fazer com que o país começasse a tratar o urbanismo como uma função pública e a própria cidade passasse a ser tratada como um bem coletivo.⁷

De fato, desde a Constituição Federal de 1988, os planos diretores, tidos como tradicionais instrumentos de ordenamento territorial dos municípios brasileiros, alteraram significativamente seu papel. Isso porque o capítulo “Da Política Urbana” da Constituição Federal outorgou a execução de tal política aos municípios e estabeleceu que a função social da propriedade urbana é cumprida quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas pelo Plano Diretor. Embora a disposição, em princípio, possa parecer inócua, acarreta imensa responsabilidade aos municípios, que passam a ser os responsáveis pelo planejamento urbano da cidade e por determinar as regras para uso, parcelamento e ocupação de cada porção do território urbano, de tal forma a fazer com que a cidade como um todo atenda também às suas funções sociais.

Obviamente, um encargo novo e de tal monta exige dos municípios brasileiros um processo de diagnóstico das tendências estabelecidas no território, das vocações de distintas regiões da cidade, dos movimentos do mercado imobiliário no lançamento e consolidação de novos “endereços” e, muito especialmente, na identificação de conflitos socioespaciais instaurados no território,

3 “Centrão” foi a alcunha dada nos meios políticos e na imprensa nacional à aliança de partidos de centro-direita que impediu que as propostas mais progressistas fossem aprovadas durante a Assembleia Nacional Constituinte.

4 ALFONSIN, B. M. Direito à cidade sustentável na nova ordem jurídico-urbanística brasileira: emergência, internacionalização e efetividade em uma perspectiva multicultural. In: Antônio Carlos Walkmer, José Rubens Morato Leite (Org.). Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas, uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

5 Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

6 FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia. A construção do Direito Urbanístico brasileiro: desafios, histórias, disputas e atores in FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Orgs.) Coletânea de le-

gislação urbanística: normas internacionais, constitucionais e legislação ordinária. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 16.

7 FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia. A construção do Direito Urbanístico brasileiro: desafios, histórias, disputas e atores in FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Orgs.) Coletânea de legislação urbanística: normas internacionais, constitucionais e legislação ordinária. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 16.

envolvendo o mapeamento das necessidades de moradia da população de menor renda. Tais conflitos podem estar relacionados a ocupações em áreas ambientalmente frágeis, em áreas de uso comum do povo e, muitas vezes, em regiões da cidade ocupadas também por segmentos populacionais mais abastados, interessados em livrar-se da presença indesejável de uma vizinhança de outra classe social e que produz suas moradias com materiais precários, carência de infraestrutura e de ocupação desordenada do solo.

Em um cenário de urbanização como o vivido pelo Brasil no século XX, com afluxo populacional significativo no sentido campo-cidade, é claro que a marca das cidades brasileiras é de uma urbanização caracterizada pela segregação e pela exclusão socio-territorial de enorme parcela da população que não tem condições de acessar regularmente o solo urbanizado, em função do valor da mercadoria “terra” nas cidades. Tal mercadoria é juridicamente apropriada, no mercado imobiliário, por meio do instituto do “direito de propriedade”, que, na ordem jurídica civilista liberal do século passado, era exercido livremente pelo proprietário como um direito quase absoluto, sem maiores deveres com a coletividade. Na nova ordem jurídico-urbanístico-brasileira, consolidada pela promulgação da Constituição Federal de 1988 e, sobretudo, pela regulamentação do capítulo da política urbana pelo Estatuto da Cidade, de 2001, tal realidade pôde ser enfrentada de maneira bastante eficiente pelos municípios brasileiros, que, a partir da elaboração de planos diretores participativos, podem adotar instrumentos para monitorar a maneira como as propriedades urbanas estão sendo utilizadas, podendo, inclusive, notificar proprietários de terrenos não utilizados, subutilizados ou não edificados para que promovam seu adequado aproveitamento. As regras de zoneamento, uso e ocupação do solo, bem como os instrumentos urbanísticos adotados pelos planos diretores, como norma básica da política de desenvolvimento e expansão urbana, são a peça-chave para promover o combate à retenção especulativa de imóveis urbanos, fazendo com que a cidade e as propriedades urbanas atendam à sua função social. É o Plano Diretor a lei capaz de alterar a forma como o direito de propriedade é exercido nas cidades,

de um modelo de gestão refém das iniciativas de proprietários individuais para um modelo de gestão urbana norteado pelo direito à cidade como um direito coletivo.

Na lei e na teoria, esse arranjo institucional é muito eficiente e capaz de romper com uma ordem urbanística excludente e segregadora, no entanto, é em cada um dos 5565 municípios brasileiros que a função social da propriedade será cumprida, ou não, conforme os processos jurídicos e políticos vividos por cada uma das cidades, especialmente consideradas as correlações de forças entre os “atores” sociais, econômicos e políticos de cada contexto municipal. As Secretarias de Planejamento Urbano municipais são as responsáveis pela condução de um câmbio paradigmático no papel do Plano Diretor, mas é claro que os desafios da gestão urbano-ambiental são imensos para cada uma das cidades brasileiras. Note-se que transitar de um modelo de plano diretor meramente “regulador” das iniciativas do mercado imobiliário para um papel proativo, no qual o município proponha a função social de cada uma das regiões da cidade, bem como instrumentos urbanísticos capazes de GARANTIR esse desiderato, é movimento que requer, além de vontade política, grande capacidade técnica dos entes municipais.

O planejamento urbano no Estatuto da Cidade

O desafio colocado para os municípios pela Constituição tornou-se ainda maior com a aprovação do Estatuto da Cidade, que ampliou o número de cidades obrigadas a elaborar o Plano Diretor, prevendo várias outras situações não previstas na Constituição Federal. Segundo o artigo 182, § 1º, da CF, “O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana”. O Estatuto da Cidade, no entanto, no artigo 41, acrescentou novos casos de obrigatoriedade de elaboração do plano:

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

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

No ano de 2012, após um desastre urbano-ambiental decorrente de uma forte chuva seguida de deslizamento de terras na região serrana do Rio de Janeiro, no qual muitas pessoas que viviam em áreas de risco faleceram, o Congresso Nacional aprovou uma lei que alterou o Estatuto da Cidade e acrescentou ainda um sexto caso de município enquadrado na obrigação de elaborar, votar e adotar plano diretor para orientar o planejamento urbano do município:

VI – incluídas no cadastro nacional de Municípios com áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos.

Todos os casos de obrigatoriedade de elaboração do Plano Diretor previstos pelo Estatuto da Cidade têm justificativas evidentes a demonstrar a importância do planejamento urbano para que as cidades se tornem mais justas, equilibradas e sustentáveis:

- O caso previsto na Constituição Federal, de cidades com mais de 20 mil habitantes, está relacionado ao desejável equilíbrio entre infraestrutura instalada e densidade demográfica máxima para cada região da cidade.
- As cidades inseridas em regiões metropolitanas estão desafiadas a planejar o desenvolvimento urbano de forma a dialogarem com os municípios vizinhos, a fim de enfrentar problemas que transcendem as fronteiras municipais, como dão exemplo a coleta de resíduos sólidos, o transporte intermunicipal de passageiros, o gerenciamento de

bacias hidrográficas e os programas habitacionais destinados à população de baixa renda.

- As cidades que pretendem aplicar instrumentos de combate à retenção especulativa de imóveis urbanos devem indicar, no Plano Diretor, as regiões da cidade em que notificarão os proprietários de terrenos ociosos para que atendam à função social da propriedade. Evidentemente, tais regiões que o município indica como de ocupação prioritária por meio desse gravame no Plano Diretor deverão ter infraestrutura instalada capaz de suportar o adensamento populacional derivado de tal intervenção pública no mercado imobiliário.
- As cidades inseridas em regiões de especial interesse turístico precisam planejar a ocupação do território para evitar a sobrecarga da infraestrutura nos momentos de afluxos populacionais extraordinários, como é o caso das cidades litorâneas, por exemplo, onde é frequente que a população seja inferior a 20 mil habitantes na maior parte do ano, embora no período do verão se multiplique.
- Também é preciso elaborar Plano Diretor quando a cidade recebe influência de obras de significativo impacto ambiental, pois, obviamente, a própria construção de um megaprojeto (como uma hidrelétrica) atrai populações trabalhadoras, e, se a ocupação urbana não é planejada, a obra termina e há no entorno uma grande favela, com ocupação desordenada do solo e carência de infraestrutura.
- É quase dispensável comentar a necessidade de planejar a ocupação de cidades com áreas sujeitas a deslizamentos e inundações, visto que as tragédias urbano-ambientais, recorrentes no país, são o maior testemunho de que a ausência de planos diretores e a construção em áreas de risco geológico sem a intervenção preventiva do Poder Público têm sido responsáveis pela aniquilação de ambiências urbanas e pela perda de muitas vidas.

Todas essas novas situações enquadraram centenas de municípios na obrigação de elaborar seus planos diretores desde a

promulgação do Estatuto da Cidade, em 2001, sendo que muitos deles não tinham planos diretores anteriormente ou, em alguns casos, nem sequer as mais elementares normas urbanísticas. Da mesma forma, os municípios atingidos pelo novo encargo enfrentavam dois tipos de problemas administrativos para dar conta da tarefa: a carência pura e simples de técnicos concursados com expertise para trabalhar na elaboração dos planos diretores, ou ainda a cultura tecnicista herdada do período anterior à Constituição de 88, que ainda hegemonizava as mentes dos arquitetos urbanistas de muitos municípios, dificultando a elaboração de planos diretores alinhados às diretrizes da política urbana preconizadas pelo Estatuto da Cidade.

A participação popular nos novos planos diretores

Para além de elaborar um Plano Diretor com um perfil bastante distinto ao de um plano regulador tradicional, o Estatuto da Cidade ainda estabelecia uma nova metodologia para fins de elaboração dos planos diretores que também agregou dificuldades ao processo, já que a lei federal de desenvolvimento urbano exige a incorporação da participação popular no processo de elaboração do Plano Diretor de maneira bastante clara e inovadora, visando romper com o autoritarismo de outrora e permitir que os novos planos diretores sejam capazes de expressar pactos a respeito das regras do jogo de produção da cidade, obtidos durante os debates realizados e envolvendo o maior numero possível de atores.

A questão da democratização da gestão da política urbana é consequência lógica do fato de que o Brasil é um Estado democrático de direito. Já no artigo 1º de sua Constituição Federal, menciona-se, em parágrafo único, que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. É evidente que tal comando constitucional deve ter reflexos, como os de um prisma, sobre todas as políticas públicas. No caso da política urbana, o Es-

tatuto da Cidade foi claro já nas diretrizes estabelecidas no artigo 2º, que determina:

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

I – [...]

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

Não bastasse a clareza dessa diretriz da política urbana, há ainda uma disposição específica relacionada ao processo de elaboração do plano diretor no artigo 43, § 4º, do Estatuto da Cidade :

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

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

II – a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos;

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

A democratização da elaboração dos planos diretores deixou de ser faculdade e passou a ser obrigação do gestor público, tendo já, inclusive, consequências jurídicas importantes. No Rio Grande do Sul, o município de Capão da Canoa teve seu Plano Diretor anulado em virtude da ausência de participação popular durante o processo de elaboração do documento. A ementa do acórdão que julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade assim foi redigida:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA. LEI MUNICIPAL. EDIFICAÇÕES E LOTEAMENTOS. FALTA DE PARTICIPAÇÃO DE ENTIDADES COMUNITÁRIAS. INCONSTITUCIONALIDADE.

1. É inconstitucional a Lei 1.365/99 do Município de Capão da Canoa, que estabeleceu normas acerca das edificações e dos loteamentos, alterando o plano diretor, porque não

ocorreu a obrigatória participação das entidades comunitárias legalmente constituídas na definição do plano diretor e das diretrizes gerais de ocupação do território, conforme exige o art. 177, § 5º, da CE/89.

2. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE.⁸

No caso do Rio Grande do Sul, outros municípios tiveram planos diretores anulados com o mesmo fundamento⁹, inclusive porque a Constituição do estado reforça a vinculação do gestor ao devido processo democrático, sendo importante reforço da direttriz de democratização da gestão da política urbana contida no Estatuto da Cidade.

Embora tal comando seja perfeitamente compreendido pelos municípios, muitas vezes não é por má-fé que a participação popular deixa de ocorrer, e sim porque há perplexidade dos técnicos sobre como organizar os processos de discussão de uma peça altamente técnica como são os planos diretores, incorporando de forma adequada a participação popular. Como organizar uma audiência pública que não seja meramente homologatória de decisões já tomadas, mas na qual um debate real aconteça, na qual a população possa participar com conhecimento de causa, bem como com poder decisório? Como garantir que a população interessada em participar de tais processos seja capacitada para tanto, por meio da realização de cursos, da elaboração de cartilhas e vídeos didáticos que partilhem o vocabulário técnico do planejamento urbano com a população em um verdadeiro processo de empoderamento cidadão? Sem entendimento do que está sendo debatido, não há interesse nas discussões, esvaziando o processo e a legitimidade do futuro plano diretor.

A necessidade de construir – entre os técnicos urbanistas resonsáveis pelo Plano Diretor e a população interessada no sentido dos comandos da lei – um patamar mínimo comum de entendimento dos conceitos que estão em jogo, portanto, é uma necessidade incontornável, sob pena de traição da direttriz de gestão demo-

8 Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70005449053. Tribunal Pleno. TJRS.

9 Ver, a propósito, uma recente análise da jurisprudência do TJRS sobre instrumentos e diretrizes do Estatuto da Cidade em: ALFONSIN, B. M.; ROCHA, A.; AMIN, L. A.; CORTESE, V. A. B.; PEREIRA, P. P.; BERTHOLD, S.; GOLDENFUM, F. A ordem jurídico-urbanística nas trincheiras do Poder Judiciário / The legal-urban order in the judicial trenches. Revista Direito e Práxis, v. 7, p. 421-453, 2016.

crática estabelecida pelo Estatuto da Cidade. Ademais, quando o processo de elaboração de um Plano é produzido de maneira falha no que diz respeito à participação popular, velhas dinâmicas de dominação são reproduzidas, sem que nada de novo seja produzido. Nesse caso, a chance de que a lei do Plano Diretor somente viabilize os interesses do mercado imobiliário é muito grande, impedindo a transformação das nossas cidades em territórios mais justos e incluídos para o conjunto da população.

Saliente-se ainda a necessidade de transparência durante o processo de elaboração dos planos diretores, sendo igualmente um imperativo jurídico a disponibilização dos documentos e propostas produzidas para que a população e entidades possam tomar conhecimento e, querendo, opinar e participar das decisões que vão sendo tomadas a respeito do território municipal. A Lei de Acesso à Informação, recentemente aprovada (Lei 12.527/11), reforça ainda mais essa obrigatoriedade de publicidade durante a elaboração da lei do Plano Diretor. Trata-se, a um só tempo, de garantia democrática e de pré-requisito para que a participação popular possa ocorrer, representando mais um desafio a ser enfrentado pelos municípios.

As diretrizes da política urbana

Neste ponto é importante ressaltar que o Estatuto da Cidade previu uma metodologia participativa, mas orientou o sentido da normativa urbanística que deverá estar contida no Plano Diretor. O Estatuto da Cidade adota diretrizes norteadoras da política urbana em direção a uma efetiva reforma urbana que garanta a função social da propriedade e o direito à cidade para todos os habitantes. Evidentemente que esse ideário se concretiza por meio da adoção e da aplicação de instrumentos urbanísticos, mas eles só terão legitimidade quando aplicados considerando as orientações contidas nas diretrizes da política urbana estabelecidas pelo artigo 2º do Estatuto da cidade.

Para além do atendimento da função social da cidade e da propriedade, da garantia do direito a cidades sustentáveis e da

gestão democrática da política urbana, já comentados aqui, outra diretriz importante que norteará, de fato, vários instrumentos regulados pela lei que poderão ser incorporados aos planos diretores é a expressão no inciso XI desse artigo 2º, que prega a necessidade de recuperação dos investimentos públicos de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos. Esse é um princípio importante para reverter a tendência histórica – e territorialmente consagrada em nossas cidades – de privatização dos investimentos públicos por uns poucos proprietários e/ou empreendedores. Quem lucra com a produção da cidade deve dar uma contrapartida aos cofres públicos pela oneração dos equipamentos e da infraestrutura instalada pelo poder público. Trata-se de clara indicação da necessidade de intervenção estatal no domínio econômico, reafirmando, em boa medida, o princípio basilar da política urbana contido na exigência constitucional de se garantir a função social das propriedades urbanas. Essa diretriz se articula diretamente com a ideia contida na diretriz do inciso IX, que prevê a justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização.

Visando incrementar o poder municipal sobre o território urbano, a lei previu ainda, como diretriz da Política Urbana, a integração e complementaridade entre as atividades urbanas e rurais, tendo em vista o desenvolvimento socioeconômico do município e do território sob sua área de influência; essa diretriz tem reflexos evidentes na compreensão de Plano Diretor que o Estatuto da Cidade almeja, que deverá englobar a cidade como um todo, conforme expressa determinação do artigo 39.

Por fim, caberia destacar a valorização do direito à moradia e à segurança da posse nesse desenho de política urbana esboçado no artigo 2º, que também deverá ter reflexos nos planos diretores. A preocupação aparece tanto no que diz respeito à produção e oferta de novas moradias como na regularização fundiária dos assentamentos existentes. As diretrizes dos incisos XIV e XV são sensíveis às reais necessidades dos municípios brasileiros neste particular:

XIV – regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação

do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais;

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

No que diz respeito aos planos diretores, essas duas diretrizes são centrais, acarretando a necessidade de elaborar planos diretores que ampliem de fato as oportunidades de acesso ao solo urbano regularizado às famílias de baixa renda. Identificar as áreas tradicionalmente ocupadas por populações pobres na cidade, as favelas, os loteamentos clandestinos, é tarefa de planejamento urbano. Embora durante o período da ditadura militar os assentamentos autoproduzidos fossem invisibilizados nos planos diretores, na atual ordem jurídico-urbanística brasileira é dever romper com a visão de cidade idealizada e reconhecer a cidade real, dando visibilidade aos assentamentos autoproduzidos, adotando medidas como a regulamentação e a adoção do gravame de ZEIS (Zonas Especiais de Interesse Social), por exemplo, o que possibilitará a utilização de um regime urbanístico próprio, proposto a partir do projeto urbanístico. Note-se que a diretriz da política urbana, ao falar de regularização, permite o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação. De fato, seguir o regime urbanístico do entorno implicaria na necessidade de ignorar as moradias existentes e reconstruir o assentamento, fazendo terra arrasada dos esforços da população que autoconstruiu sua moradia. Assim, por meio de instrumentos como as Zonas Especiais de Interesse Social, é possível propor e produzir regulações fundiárias que respeitem o existente sem perder de vista um critério de habitabilidade, sustentabilidade e qualidade de vida.

As Zonas Especiais de Interesse Social também podem ser utilizadas de maneira ainda mais inovadora: é possível gravar áreas na cidade para fins de produção de Habitação de Interesse Social (HIS). Para além de ser uma maneira importante de o município disputar com o mercado imobiliário áreas bem localizadas para a produção de moradias para a população de baixa renda, esse mecanismo também tem efeito sobre o preço da terra, tornando-a mais acessível e instaurando, portanto, *contratendências* em um

mercado estruturalmente excludente, no qual os pobres consomem suas casas nas terras que “sobram” (em geral áreas de risco ou protegidas pela legislação ambiental). O mecanismo, portanto, é exemplo significativo da forma como o planejamento urbano pode ter papel transformador nas cidades, desde que os instrumentos urbanísticos sejam revisitados e passem a ser utilizados em uma perspectiva de reforma urbana.

Além das ZEIS, para incentivar a produção de novas moradias em áreas bem localizadas da cidade, o Estatuto da Cidade inovou e traz comando para que a política habitacional simplifique a legislação local de parcelamento, uso e ocupação do solo, bem como das normas edilícias. Essa regulação, muitas vezes incluída como um “capítulo” do Plano Diretor, adota, normalmente, padrões bastante elitistas, inadequados para a população de baixa renda e, portanto, promotores de segregação socioespacial. Propor, contudo, novas regras para a produção de Habitação de Interesse Social também requer expertise que o corpo técnico de muitos municípios ainda não detém, aumentando as necessidades de assessoramento qualificado para fins de elaboração dos planos diretores nesse cenário pós-Estatuto da Cidade.

Os instrumentos da política urbana

Na forma como o Estatuto da Cidade foi estruturado, os municípios deverão elaborar seus planos diretores observando não apenas as diretrizes orientadoras da política urbana, mas também os novos instrumentos urbanísticos introduzidos pela lei. Dentre tais instrumentos, além das Zonas Especiais de Interesse Social citadas no artigo 4º, o Estatuto da Cidade regulamentou os instrumentos de combate à retenção especulativa de imóveis urbanos, trazendo regras mínimas para que os municípios possam aplicar a notificação para parcelamento, edificação ou utilização de imóveis não utilizados, subutilizados ou não edificados (art. 5º da Lei 10.257/01). Tais instrumentos, essenciais para o monitoramento, pelos municípios, do cumprimento (ou não) da função social da propriedade, devem ser não apenas previstos no Plano Diretor,

mas também territorializados no mapa, devendo o Plano Diretor identificar as áreas da cidade em que serão aplicados. Se a notificação para aproveitamento adequado do imóvel não for atendida, o município poderá lançar o IPTU progressivo no tempo e, após cinco anos de incidência de alíquotas que podem dobrar em relação ao ano anterior, o município poderá ainda lançar mão da desapropriação, com pagamento em títulos da dívida pública. São instrumentos inovadores em termos de política urbana, mas note-se que não podem nem sequer existir no ordenamento jurídico se não estiverem previstos no Plano Diretor.

Os planos diretores preconizados pelo Estatuto da Cidade devem ainda indicar as áreas do município que aplicarão outros instrumentos urbanísticos importantes como o direito de preempção, a outorga onerosa do direito de construir, as áreas em que os proprietários poderão realizar a transferência do direito de construir e, ainda, as áreas que estarão sujeitas à realização de operações urbanas consorciadas.

Tais instrumentos trouxeram inovações importantíssimas para a execução da política urbana no Brasil, fazendo com que os municípios estivessem, enfim, capacitados para uma maior incidência no processo de produção da cidade, abandonando postura de mero espectador das iniciativas do mercado imobiliário. O direito de preempção traz novas possibilidades para que os municípios adquiram os imóveis necessários para fins urbanísticos, superando de forma vantajosa o instituto da desapropriação. A outorga onerosa do direito de construir recupera para a coletividade parte da valorização que terrenos privados experimentam em função do conteúdo da normativa urbanística. A transferência do direito de construir trouxe bem-vinda possibilidade de compensação financeira pela preservação de imóveis considerados de interesse arquitetônico, paisagístico, histórico ou ambiental, rompendo com as limitações de instrumentos como o tombamento.

As operações urbanas consorciadas merecem comentário mais robusto, pois de fato revolucionam o próprio modelo de planejamento urbano adotado pelo Brasil. Segundo Javier Garcia-Bellido, os planos diretores podem ser não vinculantes ou vinculantes, com vantagens e desvantagens em cada um dos casos:

Planos locais não vinculantes para os particulares; orientadores ou indicativos, que não criam direitos-deveres; flexíveis e versáteis em suas indicações indeterminadas, livremente negociáveis, discricionais em suas aplicações caso a caso, conforme acordem as partes; com uma flagrante incerteza e insegurança jurídico-econômica para os particulares antes de procederem à tomada de suas decisões urbanísticas [...]. Planos atos vinculantes para todos, conforme o nível; estatutários, atributivos ou criadores de um rígido dimensionamento dos direitos e deveres legais; inflexíveis, fixos e inamovíveis, em observância a suas determinações enquanto estão em vigor; não discricionários em cada caso (a discricionariedade está na deliberação de suas determinações); indutores ou garantidores de uma certeza e segurança jurídico-econômica, mas facilmente revisáveis ou modificáveis; de demorada elaboração interna e pública e com grande participação cidadã, porém mais rápidos na devida autorização reconhecimento (licença) do direito-faculdade exercível (simples atos declaratórios de direito) [...].¹⁰

No caso brasileiro, o modelo de Plano Diretor adotado pela Constituição Federal é rígido, ou seja, vinculante. As operações urbanas consorciadas, no entanto, introduzem flexibilidade no regime urbanístico da área atingida pela operação que permite um planejamento urbano por projeto, aproximando-se do modelo de plano diretor não vinculante, segundo a classificação proposta por Garcia Bellido. De fato, o instrumento aposta em uma concertação entre poder público, iniciativa privada e população atingida pelo projeto, já que todas as alterações introduzidas no regime urbanístico da área atingida pela operação urbana prevista no Plano Diretor deverão ser aprovadas por lei específica, e a forma de controle da operação será necessariamente compartilhada com a sociedade civil. Além disso, as operações urbanas consorciadas são importante instrumento de recuperação de mais-valias urbanas, devendo ser incorporadas aos planos diretores a fim de romper com a

tradicional privatização da valorização imobiliária decorrente da ação do poder público.¹¹

O desafio da elaboração dos novos planos diretores

O grande problema para que a “nova ordem jurídico-urbanística”, consubstanciada pelo Estatuto da Cidade e pelo planejamento urbano transformador que ele preconiza, saia do papel e conquiste efetividade diz respeito à complexidade tanto da metodologia de elaboração de planos diretores participativos quanto dos novos instrumentos urbanísticos que ele introduziu em nosso ordenamento jurídico. A maior parte dos municípios tem equipes pequenas, dotadas de poucos técnicos arquiteto-urbanistas, e, da mesma forma, a esmagadora maioria tem formação ainda marcada pela hegemonia dos planos reguladores, de caráter funcionalista e herdados do período anterior à Constituição de 88. Embora a “caixa de ferramentas” trazida pelo Estatuto da Cidade represente potencial muito grande de atuação pelos municípios, pode ficar ociosa, dependente da compreensão do alcance de tais instrumentos, da construção de diagnósticos competentes e da vontade política de alterar as dinâmicas e tendências do mercado imobiliário. Decorre daí a necessidade de incrementar a capacidade técnica das prefeituras, aportando expertise nos processos de elaboração dos planos diretores, a fim de garantir que eles possam atingir os objetivos da política urbana e garantir o atendimento das funções sociais da cidade em cada município brasileiro.

O Ministério das Cidades apoiou a elaboração de planos diretores participativos, por meio da Secretaria Nacional de Programas Urbanos, como uma de suas primeiras ações enquanto ministério recém-criado, ainda no primeiro governo do presidente Lula, em 2003. A campanha nacional “Plano Diretor Participativo: Cidade

¹¹ Ver, a respeito: ALFONSIN, B. M. Operações urbanas consorciadas como instrumento de captação de mais valias urbanas: um imperativo da nova ordem jurídico urbanística brasileira. In: Betânia de Moraes Alfonsin; Edésio Fernandes. (Org.). *Direito Urbanístico: estudos brasileiros e internacionais*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

¹⁰ GARCIA BELLIDO, Javier. Análise comparativa de diferentes modelos urbanísticos europeus e americanos. In: ABRAMO, Pedro (Org.). *Cidades em transformação: entre o plano e o mercado: experiências internacionais de gestão do solo urbano*. Rio de Janeiro: OIPSOLO/IPPUR, 2001, p. 16.

de Todos” foi idealizada e realizada pelo Ministério das Cidades em conjunto com o Conselho das Cidades. Os resultados dessa campanha foram bastante significativos, e, conforme Santos Júnior e Montandon¹², que coordenaram uma pesquisa nacional sobre os planos diretores, o número de cidades que elaboraram seus planos diretores a partir dessa mobilização nacional capitaneada pelo Ministério das Cidades é bem expressivo: “A partir de 2005 o número de Planos Diretores aumentou consideravelmente, passando de 805 em 2005 para 2318 em 2009”. Cruzando dados do IBGE, os autores concluíram ainda que, dos municípios com mais de 20 mil habitantes (1.644 municípios, segundo o Instituto), “1433 declararam ter Plano Diretor, o que corresponde a 87% do total”.¹³ Como há ainda outros municípios – para além daqueles com mais de 20 mil habitantes – que estão obrigados a elaborar planos diretores, estima-se que hoje o número de municípios brasileiros dotados de planos diretores seja ainda mais expressivo.

Nesse processo de elaboração dos planos diretores a partir do Estatuto da Cidade, foi crucial a participação de entidades, organizações não governamentais e empresas especializadas e com experiência na área de planejamento urbano. No cenário urbano brasileiro, tais entidades, organizações e empresas cumprem função social importantíssima ao aportar conhecimento técnico, metodologias adequadas e equipes competentes na assessoria aos municípios na tarefa de planejar o desenvolvimento urbano orientado para a garantia do direito à cidade para todos. A própria política urbana preconizada pelo Estatuto prevê, em suas diretrizes, essa parceria público-privada, estabelecendo, no inciso III, a “cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social”. Ao participar da elaboração de planos diretores, tais associações, ONGs e empresas contribuem para o rompimento com uma visão centrada apenas na administração municipal das práticas de planejamento urbano, somando esforços na incorporação de novos atores, representativos de diferentes segmentos

sociais, além da própria população, o que contribuiu muito para a efetiva democratização da política urbana, condição indispensável para a construção de cidades para todos no Brasil do século XXI.

Referências

- ALFONSIN, Betânia de Moraes. Direito à cidade sustentável na nova ordem jurídico-urbanística brasileira: emergência, internacionalização e efetividade em uma perspectiva multicultural. In: Antônio Carlos Wolkmer; José Rubens Morato Leite (Org.). Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas, uma visão básica das novas complexidades jurídicas. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ALFONSIN, Betânia de Moraes. Operações urbanas consorciadas como instrumento de captação de mais valias urbanas: um imperativo da nova ordem jurídico urbanística brasileira. In: Betânia de Moraes Alfonsin; Edésio Fernandes (Org.). Direito Urbanístico: estudos brasileiros e internacionais. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- ALFONSIN, Betânia de Moraes; ROCHA, A.; AMIN, L. A.; CORTESE, V. A. B.; PEREIRA, P.; BERTHOLD, S.; GOLDENFUM, F. A ordem jurídico-urbanística nas trincheiras do Poder Judiciário / The legal urban order in the judicial trenches. Revista Direito e Práxis, v. 7, p. 421-453, 2016.
- FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia. A construção do Direito Urbanístico brasileiro: desafios, histórias, disputas e atores in FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Orgs.) Coletânea de legislação urbanística: normas internacionais, constitucionais e legislação ordinária. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- GARCIA BELLIDO, Javier. Análise comparativa de diferentes modelos urbanísticos europeus e americanos. In: ABRAMO, Pedro (Org.). Cidades em transformação - entre o plano e o mercado: experiências internacionais de gestão do solo urbano. Rio de Janeiro: OIPSOLO/IPPUR, 2001.

12 SANTOS JÚNIOR, Orlando Alves dos; MONTANDON, Daniel Todtmann (orgs.). Os planos diretores municipais pós-estatuto da cidade: balanço crítico e perspectivas – Rio de Janeiro: Letra Capital: Observatório das Cidades: IPPUR/UFRJ, 2011, p. 29.

13 *ibidem*.

PESAVENTO, Sandra Jathay. O imaginário da cidade - Visões literárias do urbano. PARIS-RIO DE JANEIRO - PORTO ALEGRE.

Porto Alegre: UFRGS, 1999.

SANTOS JUNIOR, Orlando Alves dos; MONTANDON, Daniel Todtmann (orgs.). Os planos diretores municipais pós-estatuto da cidade: balanço crítico e perspectivas – Rio de Janeiro: Letra Capital: Observatório das Cidades: IPPUR/UFRJ, 2011.

SCHVARSBURG Benny Planejamento Urbano no Brasil pós-1988: panorama histórico e desafios contemporâneos. In FARIA Rodrigo de; SCHVARSBURG Benny (Orgs), Políticas urbanas e regionais no Brasil _ Brasília : Universidade de Brasília, Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, 2011.

A ANÁLISE JUDICIAL DO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE SEGUNDO A LEI DE DROGAS: LINHAS PARA UMA NECESSÁRIA ADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL E CONVENCIONAL *

MAURO FONSECA ANDRADE**

RODRIGO DA SILVA BRANDALISE***

* O presente artigo vai ao encontro do projeto de pesquisa O PROCESSO DE FORMAÇÃO E DESENVOLVIMENTO DOS PRINCÍPIOS E GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIS. TENSÕES ENTRE A HISTÓRIA DO DIREITO E AS POSIÇÕES DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL CONTEMPORÂNEAS desenvolvido junto ao Mestrado em Direito da FMP.

** Professor Titular da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP), Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Doutor em Direito Processual Penal pela Universidade de Barcelona/Espanha. Promotor de Justiça/RS.

*** Professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP). Mestre em Direito pela Universidade de Lisboa/Portugal. Promotor de Justiça/RS.