

ASPECTOS DAS LIMITAÇÕES AO DIREITO À MORADIA

ASPECTS OF THE LIMITS IN THE RIGHT TO HOUSING

Renata Gomes da Silva*

Resumo:

O artigo expõe as dificuldades encontradas na efetivação do direito à moradia, mesmo após sua inclusão no rol de direitos sociais constitucionais. São apontados alguns aspectos que constituem obstáculos para a realização deste direito.

Palavras-chave: Moradia. Direitos Sociais. Constituição.

Abstract:

This article demonstrates the difficulties in the effectiveness of the right to housing, even after its insertion in the list of social rights in Constitution. Some aspects that can be considered obstacles in the implementation of this right are treated.

Keywords: Right to housing. Social rights. Constitution.

1. Introdução

Este artigo aponta os principais obstáculos encontrados na efetivação do direito à moradia, incluindo, entre outros, aspectos processuais, registrários e de organização do Estado.

1.2. Histórico da moradia no Brasil

O histórico da falta de moradia adequada no Brasil é bastante longo, mas, a partir do século XX, a situação nas cidades se agrava, principalmente devido à urbanização crescente, que não é acompanhada por medidas ordenatórias e adequadas a um desenvolvimento que pudesse ser sustentado no tempo:

Ou seja, todo o processo de crescimento das cidades brasileiras se deu sob o paradigma jurídico do civilismo clássico, que não correspondia às necessidades de enfrentamento desse fenômeno multidimensional, complexo e com tantas implicações profundas que levou à transformação de um país de base agrária exportadora em um país de base urbano-industrial.¹

* Graduanda da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. E-mail: renata7gomes@yahoo.com.br.

¹ FERNANDES, Edésio. A nova ordem jurídico-urbanística no Brasil. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia. *Direito urbanístico: estudos brasileiros e internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 7.

A partir de meados da década de 60, o movimento em prol da Reforma Urbana começa a se fortalecer. No entanto, o golpe militar de 1964, ao limitar os direitos da população, em especial os direitos civis e políticos, também prejudicou a participação popular na questão urbana.

É criado o Banco Nacional da Habitação, que utilizaria os recursos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e das poupanças, mas que acaba não conseguindo alcançar o objetivo de garantir moradia à população de baixa renda, sendo vítima da falta de planejamento, da má administração e do desvio de finalidades:

Por um lado, convivia-se com prestações insignificantes; por outro, com a impossibilidade de pagamento de mutuários, num processo crescente e generalizado de inadimplência. O banco criado para resolver o problema da habitação passou a ser um complicador no atendimento àquele direito, particularmente considerada a desproporção entre o vertiginoso aumento da demanda e os recursos de que dispunha.²

A demanda por moradia continuava, mas o movimento só voltou a tomar força com a perspectiva de uma nova Constituição Federal, que acabou incluindo um inédito capítulo sobre a ordem urbana, como observa Edésio Fernandes:

Dois pequenos artigos que revolucionaram a ordem jurídica brasileira ao reconhecer que o Brasil já se encontrava plenamente urbanizado, e que as formas de organização socioeconômica e político-territorial do país eram de outra ordem que não aquelas reconhecidas pelo Código Civil de 1916.³

É interessante notar que aspectos negativos do direito à moradia – ligados a não-intervenção na esfera particular do indivíduo – como a inviolabilidade de domicílio e a proteção ao direito de propriedade estão constitucionalizados desde 1824. No entanto, a inclusão da moradia como direito social, na Constituição Federal, só ocorreu em 2000, com a Emenda Constitucional n. 26 e apenas em 2001, depois de anos de tramitação no Congresso Nacional e diversas alterações, foi promulgado o Estatuto da Cidade – Lei n. 10.257/01 –, que visou regulamentar o capítulo de ordem urbana da Constituição.

Nesse contexto, o Estatuto da Cidade tenta ser um instrumento inovador e com possibilidades maiores que as já existentes para o desenvolvimento de cidades sustentáveis com acesso à moradia adequada a todos. Ainda sob este aspecto, outras

² ALFONSIN, Betânia de Moraes. *Direito à moradia: instrumento e experiências de regularização fundiária nas cidades brasileiras*. Rio de Janeiro: Observatório de Políticas Públicas/IPPUR/FASE, 1997. p. 20-21

³ FERNANDES, Edésio. *op.cit.*, p. 7.

normas buscaram alcançar mudanças significativas na construção do espaço como as Emendas Constitucionais n. 31 e n. 42 que trataram da progressividade do Imposto Predial e Territorial Urbano e do Imposto Territorial Rural, as Medidas Provisórias ns. 2.212/01, 2.221/01 e 2.197-43/01, que trataram, respectivamente, de subsídios à Habitação de Interesse Social, da proteção perante o incorporador imobiliário e da instituição de novas condições para aquisição de imóveis.

Temos, ainda, a criação de um tipo específico de concessão de uso de bens imóveis públicos, exclusivamente para fins de moradia, realizada pela Medida Provisória n. 2220/01 e a inclusão da defesa da ordem urbanística por meio de ação civil pública através da Medida Provisória n. 2.180-35/01. Além disso, podemos destacar algumas mudanças trazidas pelo Código Civil – Lei n. 10.406/02, que confirmou o usucapião especial, já previsto constitucionalmente, trouxe a presunção absoluta de abandono na ocasião de não-pagamento dos encargos fiscais, o direito de superfície e a garantia de direitos ao promitente comprador.

O grande problema enfrentado na implementação destas normas é justamente a inadequação dos preceitos inovadores que elas carregam com a legislação antiga, que juntamente com fatores administrativos, registrários, econômicos, doutrinários, limitam muito o desenvolvimento de cidades menos excludentes.

2. O Direito à moradia adequada

No Brasil, o déficit habitacional⁴ foi estimado em cerca de 7.903 milhões de moradias⁵ em 2005. É importante notar que este dado não inclui apenas a falta de moradia, mas, também, a falta de condições adequadas desta que atrapalha a fruição do Direito, e isto pode decorrer da falta de segurança da posse, como esclarece Betânia Alfonsín:

É preciso acrescentar a esta compreensão, no entanto, a noção de que a *insegurança no exercício do direito de morar* reforça esse déficit de habitabilidade, pois ninguém investe em uma casa que teme perder [...] Assim, trabalhar para diminuir o déficit habitacional brasileiro representa trabalhar para que os moradores de assentamentos autoprozuidos

⁴ Este dado é baseado na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios do ano de 2005 e utilizou critérios como coabitação familiar, inadequação do domicílio – carência de infra-estrutura – e ônus excessivo com aluguel – famílias que ganham até três salários mínimos e gastam mais de 30% da renda com aluguel -, para determinar a necessidade de construção de novas moradias.

⁵ FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. Centro de Estatística e Informações. *Déficit habitacional no Brasil, municípios selecionados e microrregiões geográficas*. 2. ed. 2005. Disponível em: <http://www.fjp.mg.gov.br/produtos/cei/infocei_deficitbr2005.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2007.

obtenham segurança no direito de morar, tenham qualidade de vida e de habitabilidade, nesses locais.⁶

A Agenda Habitat, compromisso firmado por 171 países na 2ª Conferência sobre Assentamentos Humanos, realizada em Istambul, definiu um conceito bastante amplo de moradia adequada:

Moradia adequada significa mais que um teto sobre a cabeça. Também significa privacidade adequada; espaço adequado, acessibilidade física; segurança adequada; segurança da posse; estabilidade estrutural e durabilidade; iluminação adequada, aquecimento e ventilação; infraestrutura básica adequada, tais como fornecimento de água, saneamento básico e de gestão de resíduos; qualidade ambiental adequada e de fatores relacionados à saúde; e localização adequada com acesso ao trabalho e as instalações básicas: todos os quais devem estar disponíveis a um custo acessível. Adequação deve ser determinada com as pessoas interessadas, considerando-se a perspectiva de um desenvolvimento gradual. Adequação frequentemente varia de país para país, já que depende de fatores culturais, sociais, ambientais e econômicos específicos. Fatores específicos de gênero e idade, tais como a exposição de crianças e mulheres a substâncias tóxicas, devem ser consideradas no contexto.⁷

Para Nelson Saule Júnior os componentes do direito à moradia seriam: a segurança jurídica da posse, a disponibilidade dos serviços, materiais, benefícios e infra-estrutura (água potável, energia, iluminação, drenagem local, esgoto etc.), gastos suportáveis (não ameaçando gastos essenciais), habitabilidade (espaço adequado e abrigo), acessibilidade (acesso aos recursos adequados para obter moradia), localização com opções de emprego, creches, serviços de saúde e outros serviços essenciais e adequação,

⁶ ALFONSIN, Betânia de Moraes. *Direito à moradia: Instrumento e experiências de regularização fundiária nas cidades brasileiras*. Rio de Janeiro: Observatório de Políticas Públicas/IPPUR/FASE, 1997. p. 22

⁷ Modificado de "Adequate shelter means more than a roof over one's head. It also means adequate privacy; adequate space; physical accessibility; adequate security; security of tenure; structural stability and durability; adequate lighting, heating and ventilation; adequate basic infrastructure, such as water-supply, sanitation and waste-management facilities; suitable environmental quality and health-related factors; and adequate and accessible location with regard to work and basic facilities: all of which should be available at an affordable cost. Adequacy should be determined together with the people concerned, bearing in mind the prospect for gradual development. Adequacy often varies from country to country, since it depends on specific cultural, social, environmental and economic factors. Gender-specific and age-specific factors, such as the exposure of children and women to toxic substances, should be considered in this context". Un-Habitat. United Nations Human Settlements Programme. *The Habitat Agenda* Disponível em: <<http://ww2.unhabitat.org/declarations/ch-4b-1.htm>>. Acesso em: 23 mar. 2008.

entendida como a expressão da identidade e da diversidade cultural da moradia assegurada na construção, nos materiais e nas políticas em que se apóiam.⁸

Nota-se que as novas conceituações do direito à moradia adequada se preocupam com diversos aspectos como infra-estrutura e acessibilidade das residências e mesmo com o dispêndio excessivo de recursos para garanti-las. A seguir trataremos de algumas limitações a este direito nos seus diferentes aspectos.

3. Direito Processual Civil

O Código de Processo Civil – Lei n. 5.869/73 – tem mais de 30 anos e, apesar das reformas constantes, ainda traz problemas para processos complexos como o usucapião, em especial o coletivo. Através do Estatuto da Cidade, esta forma de aquisição da propriedade ganhou contornos mais flexíveis e mais adequados à realidade brasileira, saindo daquela situação originada no Código Civil, que trazia muitas limitações, para, talvez, vir a se tornar um processo de maior importância para a construção de cidades menos desiguais.

O Estatuto da Cidade regulamentou a disposição constitucional do usucapião especial urbano diminuindo para cinco anos o prazo para a aquisição da propriedade, quando se tratar de imóvel utilizado para fins de moradia, com área não superior a 250m² e para pessoas que não tenham outros imóveis. Ainda possibilitou o ajuizamento do processo coletivamente, para áreas de ocupação desordenada onde é difícil a individualização das propriedades.

Apesar de parecer um grande avanço, tal instrumento tem suas restrições, que são originadas principalmente, na falta de conhecimento dos operadores do Direito a respeito dele e nas limitações do processo civil tradicional. Além de suas peculiaridades, o usucapião especial urbano coletivo, assim como outras ações coletivas, sofre com a estruturação liberal do processo, baseada na relação credor-devedor, com o envolvimento de somente duas partes defendendo direitos disponíveis. A modificação desta concepção de processo começou a se desenvolver com a massificação das relações comerciais e a conseqüente existência de situações parecidas para grandes grupos de pessoas. O processo civil conta, atualmente, com novos atores que coletivamente tentam englobar as pessoas que estejam na mesma situação, ainda que não estejam completamente identificadas. Órgãos como o Ministério Público, as Defensorias Públicas, sindicatos e associações têm tido grande importância figurando no pólo ativo de ações na defesa de direitos difusos

⁸ SAULE JUNIOR, Nelson. *Instrumentos de monitoramento do direito humano à moradia adequada*. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia. *Direito urbanístico: estudos brasileiros e internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 218-219

e coletivos e em processos que apontam falhas ou omissões na consecução de políticas públicas.

Mesmo com esta tendência de evolução recente, as ações coletivas enfrentam muitas limitações no âmbito do Poder Judiciário. No Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, o agravo de instrumento referente a uma decisão interlocutória de uma ação civil pública⁹ ajuizada pela Defensoria Pública do Estado para a defesa de moradores de uma favela na cidade de São Paulo foi contestada preliminarmente em sua legitimidade, apesar desta ser expressa na lei¹⁰ que a criou. Neste mesmo julgado, os desembargadores tiveram que demonstrar uma atitude criativa diante dos formalismos do processo brasileiro não aceitando a alegação de ilegitimidade ativa e o conflito de poderes alegados, e, ainda, assumindo a presunção de que, por se tratar de favela, os moradores deveriam ser necessitados. Este tipo de atuação judicial, que assume presunções, entende a extraordinariedade da legitimação e não se apegua à argumentação falaciosa de divisão rígida de funções do poder é uma das saídas para a evolução do processo civil brasileiro.

A ilegitimidade ativa é um argumento muito utilizado na tentativa de não prover direitos garantidos. Na ação de usucapião coletivo houve a previsão da substituição processual, mas mesmo com a existência desta previsão, sua aceitação ainda deve sofrer com as barreiras criadas pelo Poder Judiciário, tendo em vista a problemática relação deste poder com as ações coletivas. Esta legitimação extraordinária das associações se justifica devido à situação peculiar destas comunidades, que contam com muitas pessoas nas áreas usucapidas e mobilidade residencial (natural, mas agravada pelo elevado número de pessoas).

Entende-se que a moradia seja um direito individual, mas considerando o elevado número de pessoas na mesma situação em ocupações irregulares, ajuizar ações coletivas pode trazer benefícios como evitar a sobrecarga do Judiciário com demandas semelhantes e relacionadas, favorecer a segurança jurídica, criar a possibilidade de trazer mais mobilização para os moradores, e assim, auxiliar nos processos em que eles são a parte mais fraca contra a forte especulação imobiliária e, além disso, trazer mais repercussão e pressão social para a questão das deficiências das políticas públicas de moradia. Considerando estas situações peculiares existentes nestas áreas é necessário criar mecanismos para incentivar e fortalecer estas associações, que devem ser fundamentais para

⁹ “Ementa – Ação Civil Pública intentada pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo – Tutela de interesse difuso coletivo e individual de pessoas carentes – Legitimidade ativa – LC 988/06 – Concessão de liminar para impedir a desocupação dos moradores da Favela do Viaduto Atilio Fontana – Admissibilidade - Presença dos requisitos exigidos – Aplicação do conceito de interesse público primário – Fixação de multa diária – Possibilidade – Critério de razoabilidade que deve ser observado para fixação de seu valor – Arbitramento em excesso – Redução determinada. Recurso parcialmente provido”. (Tribunal de Justiça de São Paulo, 10ª Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento n. 711.429-5/5-00, j. 10.12.2007).

¹⁰ ESTADO DE SÃO PAULO. Lei complementar estadual n. 988/06.

auxiliar na resolução de diversos problemas relacionados, principalmente, à pluralidade de autores.

Além disso, outro fator que dificulta a ação de usucapião é a dificuldade em encontrar os proprietários dos imóveis, já que, normalmente, os registros estão desatualizados há décadas; o ônus de encontrar os réus é problema bastante freqüente nos processos cíveis, mas nas ações de usucapião ele se agrava, já que muitas vezes a única informação sobre o proprietário é de certidões completamente defasadas. A obrigação de comprovar que não é proprietário também se faz necessária e neste sentido julgado do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco impôs a citação pessoal dos réus em ação de usucapião coletivo e certidões de registro de imóveis para comprovar que os autores não eram proprietários de outros imóveis:

Em suma, acaso esgotados todos os meios para a citação normal dos réus, o que deve ser aferido oportunamente pelo juízo de 1º grau, aí sim, abre-se o viés da citação editalícia. [...]

O mesmo se diga em relação ao dever dos agravantes comprovarem não terem outros imóveis, eis que se cuida de providência expressamente consagrada no art. 9º *caput*, da Lei n. 10.257/01, para o fim específico do usucapião urbano coletivo. Como se isso não bastasse, também não se constitui prova de difícil obtenção, porquanto suprível mediante certidões exaradas pelos cartórios de registros de imóveis.¹¹

A interpretação da Lei n. 10.257/01 deveria levar ao entendimento que se deve facilitar a aquisição dos imóveis para aqueles que o utilizam para fins de moradia. Deste modo, exigir que a população de baixa renda prove que não tem um imóvel é completamente despropositado, a realização de tal prova é impossível, já que exigiria pesquisas em nome de todos os autores em cartórios de registro de imóveis em todos os municípios brasileiros, sendo que há municípios em que há mais de um cartório, além da provável existência de homônimos que atrasariam os resultados. Uma declaração, sob as

¹¹ Ementa: “PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – DECISÃO MONOCRÁTICA QUE INDEFERE PEDIDO DE CITAÇÃO POR EDITAL, E DETERMINA QUE OS AGRAVANTES JUNTEM PROVA DO ESTADO CIVIL E APRESENTEM COMPROVAÇÃO DE QUE NÃO POSSUEM OUTRO IMÓVEL URBANO OU RURAL – LEGALIDADE – AGRAVO IMPROVIDO À UNANIMIDADE DE VOTOS. A citação por edital deve ser tida como excepcional, somente sendo possível o deferimento quando esgotadas as modalidades ordinárias de citação (art. 282, II, do CPC). O mesmo se diga quanto à necessidade de comprovação, pelos agravantes, que não possuem outros imóveis, posto que há previsão expressa em sede de usucapião urbano coletivo (art. 9º, *caput*, da Lei n. 10257/01). Decisão agravada que não carece de reforma. Agravo improvido à unanimidade de votos”. (Tribunal de Justiça de Pernambuco, Quarta Câmara, Agravo de Instrumento 0116275-6, Relator: Des. Eloy d’Almeida Lins, j. 17.01.2007)

penas da lei, de que não possui imóvel deveria bastar, pois, a partir daí, poderia presumir-se, inclusive pela situação de hipossuficiência, que se declara a verdade.

Outra inovação trazida pelo Estatuto da Cidade é referente à previsão do rito sumário para as ações de usucapião especial urbano. A disposição é vítima de uma certa ingenuidade, já que a ação de usucapião prevê um processamento demorado e burocrático justamente por envolver diretamente o direito de propriedade de imóveis. Não é possível acreditar que a simples mudança de procedimento irá mudar todo o pensamento retrógrado do Judiciário em relação a este processo. Seria realmente desejável que a enorme demanda por processos deste tipo pudesse ser resolvida mais rapidamente, mas a mera mudança de procedimento não garante isso. Além disso, mesmo que tal disposição fosse respeitada, o juiz teria a possibilidade de converter o procedimento para ordinário na audiência, segundo o diploma processual (art. 277, §4º). A busca pela celeridade deveria ser prioritária para estes processos. O usucapião tem natureza declaratória, ou seja, deve somente declarar um direito já existente, desta maneira, bastaria provar em juízo os requisitos necessários. No entanto, a ação acaba sofrendo de uma burocracia gigantesca e as provas exigidas, muitas vezes, estão acima das possibilidades dos possuidores.

Sobre estes aspectos é interessante observar que as pessoas para as quais é voltado o instituto do usucapião especial para fins de moradia são pessoas que utilizam um imóvel pequeno, que formalmente não é delas, para sua moradia, ou seja, pessoas de baixa renda e, por vezes, com baixo grau de instrução. Nessas condições, o formalismo exagerado tem limitado muito a declaração do direito porque muitas vezes essas pessoas não podem comprovar documentalmente a posse, já que em muitos lugares não há endereço definido e nem o reconhecimento dos seus direitos pelos possuidores, que acabam não se preocupando com a guarda cuidadosa de documentos.

A atuação acanhada do Judiciário e a visão atrasada para os problemas sociais parece ser mais fruto da tradição do que de teorias embasadas cientificamente ou reflexões mais profundas, reflexo da formação antiquada dos juristas:

O olhar da maioria dos juristas e dos juizes ainda é profundamente marcado pelo paradigma civilista, que se encontra materializado nos currículos obsoletos das faculdades de direito no Brasil e nos países latino-americanos, sendo que as decisões judiciais mais comprometidas com outros princípios e valores tendem a ser anuladas por tribunais superiores conservadores.¹²

¹² FERNANDES, Edésio. *A nova ordem jurídico-urbanística no Brasil*. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia. *Direito urbanístico: estudos brasileiros e internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 10.

O processo civil deveria considerar estas situações peculiares em que há muito mais que direitos disponíveis a serem decididos. O processo civil pode ser visto como um grande entrave à evolução do direito à moradia, já que não evolui de acordo com as demandas da sociedade. Quando se constata que a grande maioria da população não tem acesso aos meios formais de aquisição da propriedade, verifica-se que a lei já não traz mais segurança jurídica, pois exclui mais do que regula. Se a grande maioria fica à margem do ordenamento, talvez seja o momento de rever os ordenamentos e as concepções ultrapassadas de propriedade e processo.

3.1. Deficiências na prestação de assistência jurídica

O Brasil tem uma grande deficiência na assistência jurídica à população de baixa renda. A lei que cuida deste assunto é da década de 50 e parte da concepção já ultrapassada de assistência – tão somente – judiciária. A evolução do Direito e da sociedade exige que os conflitos sejam resolvidos de forma mais rápida e eficiente, surgindo daí a necessidade de outras formas de resolução de conflitos; além do mais, a previsão de isenção de custas processuais não abrange as custas extrajudiciais que são extremamente relevantes para a propositura de demandas, como a matrícula dos imóveis para o usucapião ou mesmo para a prevenção e resolução de conflitos meramente administrativos, que não existiriam com a previsão de isenções.

Além disso, o usucapião exige uma perícia realizada por engenheiro civil ou arquiteto e, apesar de estar previsto em lei o pagamento dos honorários de advogados e peritos (art. 3º, inc. V da Lei n. 1.060/50), não são previstos recursos certos e suficientes na lei federal para este pagamento podendo ser prejudicada a efetividade deste direito em vista da cobrança de honorários periciais. Não possibilitar o acesso à perícia gratuita inviabiliza a ação de usucapião. Em decisão sobre o assunto, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que o Estado de São Paulo deveria fornecer a perícia através de membros do seu quadro de funcionários. Entendeu-se que, apesar de ser previsto o pagamento em lei, não há recursos destinados e, portanto não é possível exigir a realização desta perícia gratuitamente. O acórdão chega inclusive a sugerir que os peritos poderiam pedir compensações aos juízes por realizarem estas perícias de forma gratuita – ou com pagamento tardio, apenas ao fim do processo – com a previsão de novas perícias – desta vez pagas – em que ele seria nomeado:

O art. 3º, V, da Lei n. 1.060/50, assegura a isenção no pagamento dos honorários do perito. Significa, tenho eu, que apenas não constitui uma obrigação prévia da parte assistida pela justiça gratuita o depósito da importância correspondente aos honorários e demais gastos necessários com realização da prova técnica. Mas isso não significa que vá competir ao Estado arcar com o valor correspondente. [...]

Lembro que essa situação é muito comum na Justiça Obreira, quando a perícia é postulada pelo empregado reclamante, e nem por isso elas têm deixado de ser realizadas, até porque os profissionais que costumam prestar serviço para os magistrados de 1º grau, que gozam da sua confiança, logram, em compensação, obter ocupação contínua em processos outros, em que recebem devida e antecipadamente pela atividade.¹³

Enquanto não for realizada uma revisão ou complementação da lei de assistência judiciária a realização de processos de usucapião para a população de baixa renda dependerá da boa vontade de magistrados e das relações dúbias entre esses e os peritos.

4. A defesa da propriedade absoluta

O novo Código Civil – Lei n. 10.406/02 – trouxe inovações interessantes no tocante à utilização adequada dos imóveis de acordo com a função social da propriedade. Foi modificada a definição de propriedade, que passou a ter seu exercício limitado à consonância das finalidades econômicas e sociais, da preservação do meio ambiente e da proteção do patrimônio histórico e cultural.

O avanço na política urbana vindo das alterações legislativas é visto com temor por alguns doutrinadores, como se não fosse a situação econômica e social das populações que as levassem a ocupações de terras, mas a má-fé e o oportunismo surgidos após as mudanças dessas leis. Este é o posicionamento de Kiyoshi Harada sobre o usucapião especial urbano:

Se, por um lado, pode-se entender essa disposição legal como forma de penalizar a inércia do proprietário, por cinco anos seguidos, não se pode deixar de reconhecer, por outro

¹³ Ementa: PROCESSUAL CIVIL. PERÍCIA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. DESPESAS COM A PROVA TÉCNICA DE ENGENHARIA. USUCAPÍO URBANO. AUSÊNCIA DE COMPLEXIDADE OU CUSTO ELEVADO NA REALIZAÇÃO DA PERÍCIA. POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DIRETA DO TRABALHO PELO ESTADO, EM TAIS CIRCUNSTÂNCIAS. OBRIGAÇÃO DE CUSTEIO DE PERITO AUTÔNOMO AFASTADA. I. A isenção prevista na Lei n. 1.060/50 não obriga o Estado a reembolsar as despesas necessárias à realização da prova pericial requerida pela parte assistida pela Justiça gratuita. II. Caso, todavia, em que dado à ausência de complexidade ou onerosidade da perícia, que não demanda, na espécie, gastos significativos com recursos humanos, materiais ou exames laboratoriais, pode o trabalho ser exercido diretamente por repartição administrativa do próprio ente público, quando necessária mera disponibilização de infraestrutura já existente, em colaboração com o Poder Judiciário. III. Recurso especial conhecido e provido em parte. (Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, Relator: Aldir Passarinho Junior, Recurso Especial 81.901/SP, j. 07.08.2001).

lado, que ela representa um incentivo às invasões de zonas urbanas.¹⁴

O abandono de um imóvel por mais de cinco anos é um grande ônus para a cidade, sendo o usucapião uma alternativa para a utilização de áreas, há muito abandonadas. Limitar o direito de propriedade é menos gravoso à sociedade do que o abandono de áreas, a especulação imobiliária e a degradação de centros urbanos. No entanto, há juristas que defendem a propriedade de maneira absoluta, como Carlos. A. D. Maluf que afirma que: “O não-uso dela constitui igualmente expressão do poder discricionário outorgado ao dominus”.¹⁵

Apesar de ultrapassada e em desacordo com a função social da propriedade, este tipo de reflexão ainda é muito relevante na atuação do Poder Público e em algumas concepções doutrinárias, que vêem a obrigação de utilização adequada do imóvel como uma grande, e supostamente injusta, limitação ao direito de propriedade. A não-utilização dos imóveis normalmente se liga à idéia de especulação imobiliária, que visa obter lucro com a valorização de imóveis, deixando-os ociosos enquanto ainda não é possível a venda. Sobre a especulação imobiliária Dallari observa: “Trata-se aí de pessoas que não constroem e não permitem que outros construam, deixando assim de cumprir a obrigação moral e legal de dar função social à propriedade”.¹⁶

Além do mais, se o usucapião incentivar ocupações urbanas podemos entender que ele cumpriu seu papel, ao preservar a propriedade apenas quando esta cumpra sua função social. Se as pessoas que ocuparem o imóvel abandonado pelo proprietário lhe oferecerem destinação mais satisfatória, com a utilização para fins de moradia, a lei deve proteger este direito e facilitar a aquisição desta propriedade por aqueles que realmente necessitem e façam uso adequado dela, não devendo ter o proprietário, direito absoluto contra todos:

É certo que, como todos os direitos individuais, não pode a propriedade ser objeto de uma fruição absoluta e incondicionada. Ela há de amoldar-se à necessidade de satisfação de outros direitos, também assegurados pela Constituição e cuja satisfação não se tornaria possível se se desse um sentido absoluto à propriedade. [...] É dizer, é preciso que o proprietário, dentre os múltiplos fins a que

¹⁴ HARADA, Kiyoshi. *Direito urbanístico: Estatuto da Cidade: plano diretor estratégico*. São Paulo: NDJ, 2004. p.62.

¹⁵ MALUF, Carlos Alberto Dabus. *O direito de propriedade e o Instituto do Usucapião*. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. *Novo código civil: questões controvertidas*: São Paulo: Método, 2004. (Série Grandes Temas de Direito Privado, v. 1.), p. 295.

¹⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 2002. p. 39

posso dirigir o seu domínio, escolha algum que também responda a anseios e interesses da coletividade.¹⁷

Deve-se entender aqui, que não se está buscando um enfraquecimento da propriedade, mas sim, a defesa da propriedade útil e adequada às diretrizes da nova política urbana.

5. Registro de imóveis

É fato notório a transmissão informal da propriedade por meio dos chamados “contratos de gaveta”, que não passam de compromissos de compra-e-venda que são averbados na matrícula do imóvel ou registrados no cartório de registro civil, mas nunca chegam a ser registrados definitivamente na matrícula do imóvel. Esta informalidade na transmissão faz com que se tenha que recorrer ao processo de usucapião para ver declarada a propriedade, fazendo com que o instituto acabe voltando à sua origem romana como saneador dos vícios da aquisição.

A informalidade é causada principalmente por causa dos altos preços cobrados pelos Cartórios de Registro de Imóveis. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público, mas mesmo com este aspecto público, não são previstas condições especiais ou isenções de custas para aqueles que comprovadamente são de baixa renda. O feitiço público deveria gerar o ônus de manter cadastros atualizados da cidade, devendo as alterações realizadas por hipossuficientes ser gratuitas, além da necessária modernização dos instrumentos de localização dos imóveis e simplificação dos procedimentos, que tornariam possível o acesso às informações de modo mais simples e barato.

A falta de isenções gera desvantagens para o possuidor, que apesar de ter comprado o imóvel não é formalmente proprietário, e para toda a coletividade, que tem um serviço desatualizado, muito distante do plano fático, ou seja, o registro, que deveria servir para tornar públicas informações sobre os imóveis, acaba sendo objeto distante da realidade. Além das transmissões de propriedade, os cartórios de registro de imóveis também são desatualizados em relação a nomes de ruas, parcelamento de imóveis e diversas outras informações relevantes para qualquer tentativa de planejamento urbano:

Entre o conteúdo dos registros públicos e a realidade física das posses que estão sendo exercidas sobre terra, vai-se intensificando uma falta de sintonia, por si só demonstrativa de que, a confiar somente nos tais registros, o Estado jamais

¹⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. *Estudos e pareceres*: direito público: constitucional/administrativo/municipal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 28-29.

terá visão ágil e atualizada o suficiente para planejar sua ação nesse campo.¹⁸

Enquanto não se pensar em modos de isentar de custas extrajudiciais a população de baixa renda, as transmissões continuarão a ser informais e os processos de usucapião e adjudicação compulsória resultantes da informalidade tendem a crescer e prejudicar mais ainda a celeridade processual e o bom andamento do Judiciário.

O Estatuto da Cidade previu que a sentença declaratória do usucapião serviria como título para registro, é uma previsão relevante, mas que apenas adia o problema, já que as próximas transmissões dos imóveis não serão registradas, bem como as mudanças na situação dos novos proprietários, o que perpetua a transmissão informal da propriedade. Cabe observar que a nova legitimação das associações na propositura de ações de usucapião pode facilitar este processo, se for aceita pelos cartórios, a possibilidade do registro em nome das associações.

6. Deficiências dos planos diretores

A limitação da utilização da propriedade é prevista nas constituições brasileiras desde 1934, com a instituição de respeito ao interesse social ou coletivo e da liberdade econômica condicionada à existência digna de todos. A Constituição, de 1946, condicionou o uso da propriedade ao bem-estar social e, pela primeira vez, previu a promoção de justa distribuição da propriedade com igual oportunidade a todos. A Constituição, de 1967, e a Emenda Constitucional n. 1/69 destacaram a promoção da função social da propriedade.

Esta limitação à propriedade tem um longo histórico de evolução e visa restringir o uso da propriedade ao benefício da sociedade como um todo:

Em relação à propriedade privada, o princípio da função social, inspirado na doutrina social da Igreja representa uma reação contra a concepção individualista do direito de propriedade privada e corresponde às concepções ideológicas que vêem na propriedade não apenas um direito individual, mas também uma função – a de servir de instrumento para a consecução do bem-comum.¹⁹

¹⁸ ALFONSIN, Betânia de Moraes. *Direito à moradia: instrumento e experiências de regularização fundiária nas cidades brasileiras*. Rio de Janeiro: Observatório de Políticas Públicas/IPPUR/FASE, 1997. p. 39.

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Função social da propriedade pública. In: WAGNER, Luiz Guilherme Costa. *Direito público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 562.

Para Fábio K. Comparato, a função social só será efetiva se foram criados definições e mecanismos sancionatórios no caso de descumprimento:

Sucede, porém, que essa afirmação da função social da propriedade revela-se inefetiva, enquanto, de um lado, não forem especificados, quer os bens considerados de interesse social, quer as pessoas legitimadas a ter acesso a tais bens. Revela-se também inefetiva, de outro lado, se a ordem jurídica não aparelha sanções adequadas ao descumprimento desse dever social dos proprietários.²⁰

Para Jacques Távora Alfonsin, a função social não é apenas uma limitação ao direito de propriedade, mas também revela um direito àqueles que não têm propriedade, de exigir que esta tenha um uso adequado ao bem comum: “*A função social da propriedade corresponde, então, um interesse difuso dos não proprietários, aí compreendidos, evidentemente, os necessitados de terra para se alimentar e para morar*”.²¹

A Constituição Federal, de 1988, previu que, além da propriedade, a cidade também teria sua função social, devendo incluir os diversos interesses, proteções especiais e a diversidade que lhes são próprias, devendo-se compreender as duas funções – da cidade e da propriedade – como relacionadas e complementares: “A política urbana tem, portanto, a missão de viabilizar o pleno desenvolvimento das funções sociais do todo (a cidade) e das partes (cada propriedade em particular)”.²²

Apesar da importância deste princípio para a defesa da moradia, a definição de função social da propriedade é bastante controversa. A Constituição explicitou requisitos para a função social da propriedade rural, mas escolheu o plano diretor como parâmetro pelo qual se considera o cumprimento no âmbito urbano. Deste modo, a responsabilidade em definir a função social cabe a cada município, havendo tantas definições quantos forem os municípios brasileiros. Esta definição um tanto quanto vaga da função social da propriedade urbana pode trazer problemas para seu reconhecimento, porque é possível a ocorrência de manipulações por parte de interesses de proprietários, já que um conceito muito aberto pode servir a qualquer dos lados: aos defensores da moradia e aos defensores da propriedade absoluta.

Se por um lado, esta liberdade para os municípios gera um conceito mais ligado às especificidades de cada um, por outro, gera, entre outros, problemas de

²⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 350-351.

²¹ ALFONSIN, Jacques Távora. *O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 170.

²² SUNDFELD, Carlos Ari. O estatuto da cidade e suas diretrizes gerais. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da Cidade: comentários à Lei Federal n. 10.257/2001*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 54

insegurança jurídica, não-estipulação de parâmetros mínimos e uma descentralização da ordenação urbana.

O plano diretor, como qualquer outra lei, é feita por pessoas com interesses e prioridades, sendo assim, depositar unicamente em uma lei municipal, que sofre mais ainda o peso dos interesses locais, o parâmetro para o cumprimento da função social da propriedade é extremamente discutível:

Recusa-se a dicotomia segundo a qual o mercado estaria a serviço de interesses privados, enquanto a atuação do Estado representaria o interesse público. Admite-se que haja uma relação permanente entre empresários, políticos e burocratas, cada um dos quais dotados de interesses próprios e influenciando os demais agentes.²³

Há notícia de municípios que, por conta da imposição constitucional da realização de planos diretores, copiaram, quase que integralmente, as regras de outros municípios, como por exemplo, os índices urbanísticos, que exigiriam extremo cuidado e profundo estudo das áreas: “Na maioria das cidades, os índices urbanísticos foram estabelecidos casuisticamente, por imitação de outras cidades ou por pressão de proprietários interessados”.²⁴

Pesquisa realizada pelo Ministério das Cidades sobre o Plano Diretor Participativo, em agosto de 2007,²⁵ indicou uma situação preocupante na consecução deste instrumento na prática dos municípios: apenas 52,9% dos municípios havia realizado algum tipo de estudo sobre as irregularidade fundiárias no Município e somente 58,1% fizeram estudos habitacionais. Além disso, os instrumentos inovadores estabelecidos pelo Estatuto da Cidade, somente podem ser desenvolvidos com a determinação das áreas e condições em que serão utilizados, determinação que deve ser feita através de leis municipais. Os planos diretores dos municípios ou as leis específicas municipais não estão determinando os instrumentos, o que acaba tornando-os impossíveis de serem aplicados: o direito de superfície somente foi previsto no plano diretor ou lei específica de 54,8% dos municípios pesquisados, o IPTU progressivo no tempo em 68,4% e as ZEIS em 72,7%. Isto acaba fazendo com que, na prática, o Estatuto da Cidade não tenha nenhuma efetividade, porque a definição das áreas para implantação dos instrumentos da política urbana é totalmente dependente das leis de âmbito local.

²³ PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico: plano diretor e direito de propriedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 36.

²⁴ Id. *Ibid.*, p. 258.

²⁵ MINISTÉRIO DAS CIDADES. Pesquisa Plano Diretor Participativo. Disponível em: <<http://www.cidades.gov.br/secretariasnacionais/programasurbanos/biblioteca/planodiretor/publicacoesinstitucionais/PesquisaPDPparaOComite102007.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2008.

Além disso, um conceito tão importante como a função social pode ser alterado a qualquer momento, como qualquer outra legislação ordinária, gerando grave insegurança jurídica: “*A doutrina brasileira não estabelece qualquer regime específico para o estabelecimento das normas de ordenamento territorial. Como quaisquer leis, elas podem ser emendadas e alteradas independentemente de qualquer preocupação técnica*”.²⁶

Esta possibilidade de sucessivas mudanças prejudica muito a função do plano diretor como instrumento de organização da ordem urbana, havendo ainda problemas ligados à publicidade deficiente característica das legislações e atos da administração municipal e à falta de efetividade da norma na prática da construção das cidades:

O conceito de plano diretor não está claro. Não se sabe como o plano se articula com as operações concretas de intervenção no território ou com outros instrumentos de ordenamento territorial, como o zoneamento ambiental. O processo de aprovação do plano não leva em consideração suas especificidades técnicas, o que permite que emendas o deformem, resultando em regras incoerentes e contraproducentes. Depois de aprovado o plano, qualquer lei pontual pode alterá-lo. Depois de algum tempo não se sabe sequer o que está ou não em vigor.²⁷

O plano diretor sofre com a falta de parâmetros mínimos exigíveis para sua elaboração, a falta de capacidade técnica de milhares de municípios para a realização de estudos e acompanhamento adequados para o melhor desenvolvimento do plano, a desconsideração que os diversos poderes locais têm pelas características de cada município, a descontinuidade administrativa característica das sucessões políticas nos municípios e a cultura imediatista dos políticos e empresários.

Outro problema relevante é relativo à imprecisão conceitual, que afetou até mesmo a definição do que seria um plano diretor:

Houve uma tendência a identificar o plano diretor previsto na Constituição com os documentos de mesma denominação que já eram elaboradas antes dela. Essas práticas anteriores não apresentavam, entretanto, uma homogeneidade terminológica e conceitual. Em consequência, cada Município adotou um conceito próprio de plano diretor.²⁸

²⁶ PINTO, Victor Carvalho. op. cit., p. 241.

²⁷ PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico: plano diretor e direito de propriedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 38-39.

²⁸ Id. Ibid., p. 117.

Além disso, a gestão democrática das cidades, que seria garantida também através da participação popular nos planos diretores acaba se mostrando muitas vezes ineficaz, pois diversos grupos de pressão e lobby apenas modificaram sua atuação para os órgãos de participação popular, onde, por vezes, é mais fácil a imposição dos seus interesses. Seria relevante a proteção da participação da população com garantias para que esta ocorra de maneira efetiva observando restrições a horários despropositados, a manipulação de dados, a imposição de regras por parte do Poder Público, a tecnicismos exagerados e, até mesmo, a participação de moradores de fora da área interessada, respeitando a representatividade dos mais necessitados. Como observa Victor C. Pinto sobre a participação popular na elaboração dos planos diretores: “*A participação da sociedade, quando existe, não tem qualquer valor jurídico, uma vez que acordos de última hora podem alterar tudo o que se discutiu até então e um novo plano pode ser votado sem que a sociedade tenha sequer tido acesso prévio ao seu conteúdo*”.²⁹

A função social da propriedade, incluída entre as limitações constitucionais da propriedade e entre os fundamentos da ordem econômica nacional, fica subordinada aos poderes públicos municipais, que muitas vezes não tem material técnico e humano para realizar o ordenamento urbano. Isto torna mais complicada a tarefa de diagnosticar os problemas e prever soluções, já que o conhecimento sobre as cidades é extremamente deficiente. Esta subordinação ao plano diretor torna mais difícil caracterizar a propriedade como descumpridora da função social, tornando também, mais complexa, a sanção por este descumprimento. Transferir a responsabilidade da definição da função social da propriedade não acaba com o problema e, talvez, apenas o agrave, pois se deposita num instrumento cheio de deficiências toda a esperança de resolução dos conflitos sobre o espaço urbano:

Não são poucas as críticas feitas contrariamente a uma tal previsão, inclusive no sentido de que ela dificulta a conferência de investigação do cumprimento desse importante dever do proprietário e faz do plano diretor uma espécie de panacéia para solução dos problemas urbanos.³⁰

Na maioria das vezes, falta aos planos diretores um papel de incentivo à ordenação do território. Não se pode exigir do particular completa obediência aos objetivos governamentais, mas se pode utilizar incentivos para que o planejamento urbano seja mais eficiente: “Em um mundo em processo de mutação em uma velocidade sem precedentes,

²⁹ PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico: plano diretor e direito de propriedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 39

³⁰ ALFONSIN, Betânia de Moraes. *Direito à moradia: instrumento e experiências de regularização fundiária nas cidades brasileiras*. Rio de Janeiro: Observatório de Políticas Públicas/IPPUR/FASE, 1997. p. 73-74.

o urbanístico tem como fundamento não mais *controlar, ordenar, determinar*; mas sim, *convencer, negociar, seduzir, orientar*”.³¹

Cabe observar que o plano diretor, assim como qualquer outra lei, é repleta de escolhas ideológicas e econômicas, não sendo possível observar uma legislação completamente neutra, que refletisse apenas o “bem comum”, mesmo que este fosse de possível definição. Temos um histórico de legislações proibitivas que não geraram bons resultados e que se mostraram extremamente excludentes. Observar os planos diretores e toda a legislação urbanística de maneira crítica é importante para não se criar ilusões sobre uma suposta neutralidade ou interesse público. O espaço sendo recurso escasso deve ser distribuído e esta distribuição é feita através de escolhas. Cabe a observação de Victor C. Pinto sobre os pensadores que refletem sobre a falta de neutralidade desta legislação de ordenação urbana: “*A teoria do planejamento urbano seria antes uma ideologia tecnocrática do que uma ciência neutra. Sua função seria a de transformar em interesse geral os interesses dos capitalistas e impedir a participação democrática na gestão dos problemas urbanos*”.³²

7. A questão ambiental

A questão ambiental é tema bastante atual, mas muitas vezes, acaba sendo esquecida a defesa do meio ambiente urbano e o aspecto social, o que gera diversas normas que consideram apenas o ambiente natural, ocorrendo, muitas vezes, conflitos entre a legislação urbanística e a legislação ambiental, como bem observa Edésio Fernandes:

Além disso, deve-se mencionar, ainda que de passagem, que o crescimento dessa ordem jurídico-urbanística tem-se dado de maneira dissociada do crescimento da ordem jurídico-ambiental, ordem essa que, ainda que afirme nominalmente interesses sociais e direitos coletivos de preservação ambiental, geralmente parte do pressuposto de um meio ambiente naturalizado, abstrato, sem base fundiária – e, por conseguinte, não enfrenta a estrutura fundiária concentrada e os profundos conflitos de direitos de propriedade historicamente existentes nas cidades latino-americanas.³³

A relação, muitas vezes tensa, entre o direito à moradia e o direito a um meio ambiente saudável tem se mostrado extremamente delicada. Áreas mais distantes

³¹ LETÃO, Lúcia. *Remendo novo em pano velho*. In: FERNANDES, Edésio. *A nova ordem jurídico-urbanística no Brasil*. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia. *Direito urbanístico: estudos brasileiros e internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 320.

³² PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico: plano diretor e direito de propriedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 35.

³³ FERNANDES, Edésio. op. cit., p. 9.

da cidade e menos privilegiadas acabam abrigando a população, em especial de baixa renda, que não vê alternativas nas proximidades dos centros urbanos e se isola em áreas sem infra-estrutura e que por serem de proteção especial não podem abrigar populações, ou seja, áreas que são irregularizáveis do ponto de vista jurídico. Como aduz Betânia Alfonsin:

A lógica dessa dinâmica de ocupação e urbanização dos territórios das cidades agrega significativo valor de mercado aos terrenos situados nos bairros nobres, ao mesmo tempo que exclui a população carente da possibilidade de acesso, através desse mercado formal, à terra e à moradia. Alijada da possibilidade de inserir-se na cidade por meio de uma ocupação regular do espaço urbano, essas populações não têm outra opção a não ser ocupar terrenos ociosos, públicos ou privados, para poder exercer o mais elementar dos direitos de um ser humano: o direito de morar.³⁴

Esta legislação, não trazendo alternativas de moradia, mostrou-se ineficaz, e a falta de opções para a redução de danos ao meio ambiente acabou gerando situações insustentáveis do ponto de vista ambiental e social. As grandes limitações e os trâmites burocráticos acabaram tornando letra morta estas medidas. Neste sentido a observação de Maria Lúcia Refinetti sobre o tema é bastante oportuna:

Por outro lado, cumpre ressaltar que, na tradição do Direito Urbanístico, as leis operam na regulação via restrição e condicionamento de parcelamento do solo, de usos, de formas e intensidade de ocupação. Mas não têm possibilidade de estimular o adequado; não tem como interferir de modo pró-ativo. Nessas condições, ao se analisar uma lei, costuma-se atentar ao que é proibido, buscando, o proprietário, utilizar ao máximo os limites determinados. Pouco se atenta ao que é permitido, já que, ainda que conste na lei, tem muito pouco impacto.³⁵

Um exemplo claro desta tensão pode ser visto na região metropolitana de São Paulo, onde segundo Maria Lúcia: “Atualmente existem mais de 1,5 milhão de pessoas morando nas Bacias das represas Guarapiranga e Billings. Nos assentamentos de baixa-renda, ampla maioria na região, os recursos da população para a construção das habitações são mínimos e não há infra-estrutura ou serviços urbanos”.³⁶

³⁴ ALFONSIN, Betânia de Moraes. *Direito à moradia: instrumento e experiências de regularização fundiária nas cidades brasileiras*. Rio de Janeiro: Observatório de Políticas Públicas/IPPUR/FASE, 1997. p. 19-20.

³⁵ MARTINS, Maria Lúcia Refinetti. *Moradia e mananciais: tensão e diálogo na metrópole*. São Paulo: FAUUSP/FAPESP, 2006. p. 172

³⁶ Id. *Ibid.*, p. 58.

O resultado da falta de políticas habitacionais adequadas à população de baixa renda, somada à legislação excessivamente proibitiva, contraproducente e ilusória apenas aumentou o problema. Além disso, o Judiciário acaba tomando decisões ineficazes acreditando na suposta defesa do meio ambiente. O Superior Tribunal de Justiça decidiu no Recurso Especial 403190/SP³⁷, que, tendo em vista que a represa Billings representava significativa porcentagem para o abastecimento de água da região metropolitana de São Paulo, ficava claro que havia um interesse público a ser preservado:

No caso, não se trata de querer preservar algumas árvores em detrimento de famílias carentes de recursos financeiros, que, provavelmente deixaram-se enganar pelos idealizadores do projeto de loteamento na ânsia de obterem moradias mais dignas, mas de preservação de reservatório de abastecimento urbano, que beneficia um número muito maior de pessoas do que as instaladas na área de preservação. Assim, deve prevalecer o interesse público em detrimento do particular, uma vez que, *in casu*, não há possibilidade de conciliar ambos a contento. Evidentemente, o cumprimento da prestação jurisdicional causará sofrimento a pessoas por ela atingidas, todavia, evitar-se-á sofrimento maior em um grande número de pessoas no futuro; e disso não se pode descuidar.³⁸

Aqui fica clara a oposição que se criou entre o direito ao meio ambiente saudável e o direito à moradia, e ainda mais clara é a posição do tribunal sobre qual direito deve prevalecer. Neste julgado, o fator quantitativo parece ter sido o embasamento do Relator para determinar o que é interesse público e privado, já que o direito à cidade, com um meio ambiente urbano saudável e não excludente, também é interesse da sociedade. No caso, há o reconhecimento de que a população é de baixa renda e que provavelmente

³⁷ Ementa: “AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE. OBRIGAÇÃO DE FAZER. MATA ATLÂNTICA. RESERVATÓRIO BILLINGS. LOTEAMENTO CLANDESTINO. ASSOREAMENTO DA REPRESA. REPARAÇÃO AMBIENTAL. 1. A destruição ambiental verificada nos limites do Reservatório Billings – que serve de água grande parte da cidade de São Paulo –, provocando assoreamentos, somados à destruição da Mata Atlântica, impõe a condenação dos responsáveis, ainda que, para tanto, haja necessidade de se remover famílias instaladas no local de forma clandestina, em decorrência de loteamento irregular implementado na região. 2. Não se trata tão-somente de restauração de matas em prejuízo de famílias carentes de recursos financeiros, que, provavelmente deixaram-se enganar pelos idealizadores de loteamentos irregulares na ânsia de obterem moradias mais dignas, mas de preservação de reservatório de abastecimento urbano, que beneficia um número muito maior de pessoas do que as residentes na área de preservação. No conflito entre o interesse público e o particular há de prevalecer aquele em detrimento deste quando impossível a conciliação de ambos. 3. Não fere as disposições do art. 515 do Código de Processo Civil acórdão que, reformando a sentença, julga procedente a ação nos exatos termos do pedido formulado na peça vestibular, desprezando pedido alternativo constante das razões da apelação. 4. Recursos especiais de Alberto Srur e do Município de São Bernardo do Campo parcialmente conhecidos e, nessa parte, improvidos”. (Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Recurso Especial 403190/SP, j. 27.06.2006).

³⁸ Voto do relator Ministro João Otávio de Noronha.

foi ludibriada por loteadores irregulares, mas, ainda assim, o relator acredita que é possível retirar a população e demolir suas residências sem nenhum tipo de apoio ou compensação. Não se busca aqui exigir que o Judiciário aja como executor de políticas públicas, mas apenas que busque decisões embasadas e que realmente tenham efeitos práticos. Punir os moradores, em sua maioria, excluídos da cidade em virtude da baixa renda, obrigar a demolição de domicílios de maneira descuidada, sem observação dos efeitos para a reparação do meio ambiente e acreditar que o problema das pessoas desaparecerá com o afastamento destas da área das represas é no mínimo questionável. No entanto, é relevante ressaltar que a impossibilidade normativa de instalação de equipamentos urbanos e infraestrutura acaba tornando as moradias da região inadequadas e prejudicando a fruição do direito.

A questão ambiental deveria ser mais ligada à questão urbana. Elas são interdependentes e deveriam ser planejadas e pensadas estruturalmente de maneira compartilhada. Sem isso, haverá a defesa de um meio ambiente abstrato, que não se liga a realidade de cada indivíduo.

8. Propriedade pública

A função social não deve ficar relegada aos particulares, já que a propriedade pública, mais do que qualquer outra, deve atender aos interesses da sociedade. Como aduz Di Pietro:

Falar em *função* significa falar em *dever* para o poder público; dever de disciplinar a utilização dos bens públicos, de fiscalizar essa utilização, de reprimir as infrações, tudo de modo a garantir que a mesma se faça para fins de interesse geral, ou seja, para garantir uma *cidade sustentável*.³⁹

Para a Autora, esta função social, criaria a exigibilidade judicial de utilização adequada dos imóveis públicos:

Há a possibilidade de exigibilidade judicial deste dever: “se a função social da propriedade pública impõe para o poder público um dever, significa para os cidadãos um direito de natureza coletiva exigível judicialmente, em especial pela via da ação popular e ação civil pública.”⁴⁰

³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Função social da propriedade pública*. In: WAGNER, Luiz Guilherme Costa Wagner. *Direito Público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 566.

⁴⁰ Id. *Ibid.*, p. 572.

É importante ressaltar que o Poder Público não deve apenas fiscalizar para que os bens particulares sejam bem utilizados, mas deve impor condições para que os bens públicos não fiquem sem uso, exploração, manutenção, tendo em vista o enorme déficit habitacional do país e demais problemas decorrentes da escassez de imóveis e recursos. São previstas no ordenamento jurídico, as cessões de uso: no Decreto-Lei n. 9.760/46, quando o imóvel não for utilizado pelo serviço público e interessar à União prestar algum tipo de auxílio ou colaboração, e no Decreto-Lei n. 2.71/67, que instituiu a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares, remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra ou outra utilização de interesse social, sendo possível a fruição plena do terreno e a responsabilização por todos os encargos relacionados ao imóvel.

Além destes instrumentos, já presentes no ordenamento, criou-se, recentemente, a concessão de uso especial para fins de moradia, que inovou na finalidade específica de moradia e na possibilidade de previsão coletiva desta concessão:

Cabe assinalar, ainda, que, embora o uso privativo, individualmente considerado, seja aparentemente de interesse privado do concessionário e sua família, o instituto da concessão especial de uso para fins de moradia atende a evidente interesse social, na medida em que se insere como instrumento de regularização da posse de milhares de pessoas das classes mais pobres, em regra faveladas, contribuindo para ampliar a função social inerente à propriedade pública.⁴¹

A Medida Provisória n. 2.220/01 criou também a obrigação para o Poder Público de garantir o direito à concessão, no caso de ocupações que puderem acarretar risco à vida ou à saúde dos ocupantes e de conceder a ocupação em outra localidade, havendo interesse sendo o bem uso comum do povo. No entanto, o Estado ainda é um dos grandes descumpridores da função social da propriedade, sendo possível observar um grande número de imóveis públicos sem a utilização adequada.

⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Concessão de uso especial para fins de moradia: medida provisória 2.200 de 4.9.2001*. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da Cidade: comentários à Lei Federal 10.257/2001*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 161.

9. Falta de efetividade dos direitos sociais

Na definição de Luis Roberto Barroso “*Efetividade designa a atuação prática da norma, fazendo prevalecer, no mundo dos fatos, os valores por ela tutelados*”.⁴² Neste sentido, os direitos sociais sofrem muito com sua falta de efetividade, como observa Norberto Bobbio:

O campo dos direitos do homem – ou, mais precisamente, das normas que declaram, reconhecem, definem, atribuem direitos ao homem – aparece, certamente, como aquele onde é maior a defasagem entre a posição da norma e sua efetiva aplicação. E essa defasagem é ainda mais intensa precisamente no campo dos direitos sociais.⁴³

Esta dificuldade deve-se em parte ao histórico de evolução dos Direitos Humanos, que seriam direitos que criariam obrigações negativas do Estado, de respeito à esfera privada do indivíduo. No entanto, os direitos sociais, em oposição aos direitos civis e políticos, seriam direitos que visariam ações positivas do Estado e por isso haveria maior dificuldade na exigibilidade deles. No entanto estas definições não são reais, já que todos os direitos exigem um complexo de ações e omissões do Estado, podendo prevalecer umas ou outras. Perez Luño aborda esta questão, afirmando: “*La experiencia histórica ha demostrado con elocuencia que allí donde no se dan determinadas garantías estatales la protección de los derechos fundamentales, sean libertades o derechos sociales, es siempre precaria*”.⁴⁴

Evidentemente, há predominância de atitudes positivas na busca pelos direitos sociais, mas condutas negativas também devem ser exigidas. Sobre a classificação dos direitos nas duas categorias, Abramovich afirma que: “*identificar se um deles está na categoria dos civis e políticos, ou no grupo dos econômicos, sociais e culturais resulta de uma decisão convencional, mais ou menos arbitrária*”.⁴⁵

Na defesa das liberdades parte-se do pressuposto de que as pessoas são iguais; já os direitos sociais tem sua busca justificada, justamente, por causa das diferenças materiais entre as pessoas:

No primeiro caso, a igualdade é um pressuposto da aplicação concreta da lei; ao passo que, no segundo, ela é uma meta

⁴² BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 5. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 279.

⁴³ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 77.

⁴⁴ PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los derechos fundamentales*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998. p. 212-213.

⁴⁵ ABRAMOVICH, Victor. Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: Instrumentos e aliados. *Sur Revista Universitária de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 188-223, 2005. p. 194.

a ser alcançada, não só por meio de leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal. Não há, pois, por que se pretendem apagar ou escamotear as desigualdades sociais de fato entre os homens, com a aplicação da isonomia.⁴⁶

Não se pode conceber a defesa dos direitos sociais como relacionada apenas aos casos em que há um prejuízo decorrente de uma ação do Estado, já que o caráter omissivo do Direito costuma ser subsidiário ao caráter de ação, que é muito mais relevante. Assim seria preservado o direito daqueles que já tem acesso à moradia, excluindo-se os que mais precisam da garantia dela.

Para Flávia Piovesan a escolha da não efetividade dos direitos sociais é ideológica, não havendo justificativas técnico-jurídicas para tal posicionamento:

A idéia da não-acionabilidade dos direitos sociais é meramente ideológica, e não científica. São eles autênticos e verdadeiros direitos fundamentais, acionáveis, exigíveis e demandam séria e responsável observância. Por isso, devem ser reivindicados como direitos, e não como caridade, generosidade e compaixão.⁴⁷

10. Falta de efetividade da legislação urbanística

A falta de efetividade também se verifica na legislação urbanística, que acaba não se relacionando com a realidade. Como observa Edésio Fernandes, a legislação exclui muito mais pessoas do que inclui e isto gera situações insustentáveis, a auto-construção está muito presente na realidade brasileira, gerando, também, um problema sobre o controle de qualidade destas moradias:

O que se coloca claramente é que a escala do problema atualmente – lembrando-se que o Banco Mundial há pouco tempo acenou com o dado de que em 2002, no Brasil, foram construídos 1 milhão de moradias, 700 mil das quais ilegalmente – tem indicado a existência de cerca de 80% de informalidade urbana nas cidades brasileiras, não apenas nas grandes, mas cada vez mais nas de médio e pequeno porte.⁴⁸

⁴⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 59.

⁴⁷ PIOVESAN, Flávia. Direitos Sociais, Econômicos e Culturais e Direitos Cívicos e Políticos. *Sur Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 21-47, 2004. p. 26.

⁴⁸ FERNANDES, Edésio. *A nova ordem jurídico-urbanística no Brasil*. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia. *Direito urbanístico: Estudos brasileiros e internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

Ainda sobre este aspecto, Edésio aponta as limitações da legislação urbanística decorrentes das incoerências e exageros do legislador, que impõe uma série de compromissos irrealizáveis:

Outro problema é a total falta de compromisso da legislação urbanística brasileira – do código de obras à lei do zoneamento – com capacidade de gestão, monitoramento e fiscalização pelo poder público. São Leis fadadas a não terem impacto na realidade, sendo que algumas práticas de ilegalidade são mais toleradas e mais justificadas do que outras.⁴⁹

A legislação urbanística, muitas vezes, não se preocupa com a realidade dos fatos, não se relacionando com o que existe e o ideal a ser alcançado. Sem conseguir induzir os comportamentos desejáveis, as normas urbanísticas acabam sendo, em muitas ocasiões, contraditórias, ilusórias e contraproducentes.

11. Relações entre particulares

Apesar de ser o reconhecimento dos Direitos Humanos pelo mundo ocidental relacionado à defesa das liberdades individuais frente aos Estados, sua evolução contínua já consolidou o entendimento de que existem particulares detentores de grande poder político e econômico. Ignorar esta nova realidade, se atendo a concepções ultrapassadas de oposição somente em relação ao Estado, pode prejudicar a fruição dos Direitos Humanos pelos indivíduos. Assim, deve-se observar a defesa dos Direitos Sociais inclusive contra indivíduos e grandes empresa, conforme observa Dalmo Dallari: “*Como se verifica, a busca de liberdade e igualdade não se coloca hoje como uma luta contra os abusos do poder político, mas sim como um trabalho de contenção dos abusos do poder econômico*”.⁵⁰

11.1. Conflito com a propriedade

Em diversas ocasiões, os Direitos Humanos acabam entrando em conflito, o que gera a necessidade de escolhas sobre qual direito deve prevalecer. A propriedade, apesar de por vezes estar diretamente ligada à moradia, auxiliando em sua defesa, pode também entrar em conflito com este direito.

O direito de propriedade sobre um bem permite ao proprietário usar, gozar e dispor dele, respeitando as limitações legais e administrativas, além do respeito à

⁴⁹ Id. *Ibid.*, p. 17.

⁵⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição e Constituinte*. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 83.

função social. Não se pode compreender a propriedade como um direito absoluto, pois existem limitações a todas as espécies de direitos, porque eles não podem ser respeitados simultaneamente. As limitações a direitos fazem parte da convivência social e o proprietário não pode ser livre para dar qualquer destino ao seu bem: “Uma doutrina jurídica bem fundamentada não pode, portanto, sustentar-se na idéia de que o uso livre da propriedade seja a regra a ser excepcionada por intervenções do Estado que se presumem representar o interesse público”.⁵¹

Deste modo, o direito à propriedade tem sido um concorrente bastante forte para o direito à moradia digna. Este direito, sendo um dos fundamentos mais relevantes para o sistema capitalista e para o Estado moderno, é muito mais aceito, estudado e protegido que a moradia: “a ello se destina gran parte de la actividad de la justicia civil y penal, gran parte de la tarea policial, los registros de la propiedad inmueble, automotor y otros registros especiales, los servicios de catastro, la fijación y control de zonificación y uso del suelo, etcétera”.⁵²

Betânia Alfonsin reflete sobre esta priorização injustificada:

O direito de propriedade é considerado mais importante do que a posse, o direito à moradia e a função social da propriedade, embora não haja, do ponto de vista formal, justificativa para essa hierarquização. A Constituição Federal cita a propriedade como um direito e imediatamente limita-a, como estabelecimento da sua função social.⁵³

O posicionamento da função social da propriedade como direito fundamental logo abaixo do direito de propriedade, aliado a uma análise sistemática da Constituição leva a conclusão de que a função social não é hierarquicamente inferior à propriedade, mas sim que ela é íntegra o direito de propriedade: “A melhor hermenêutica entende que a função social da propriedade, inclusive, é parte constitutiva do direito de propriedade”.⁵⁴

Possibilitar a moradia em imóveis desocupados poderia trazer diversas vantagens para a sociedade como um todo: garantia do direito à moradia e garantia do uso adequado de imóveis, que, uma vez abandonados acabam sendo utilizados de maneira nociva à sociedade e degradando a região em que se inserem. Além disso, há melhora nas condições do ambiente, realização de justiça social e ainda punição de quem usa o imóvel para especulação ou para quem simplesmente o abandona. Apesar das diversas vantagens, este tipo de alocação eficiente de recursos dificilmente acontece. A propriedade privada

⁵¹ PINTO, Victor Carvalho.op. cit., p. 329.

⁵² ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002. p. 24.

⁵³ ALFONSIN, Betânia de Moraes.op. cit., p. 264

⁵⁴ Id. Ibid., p. 264-264.

é defendida até mesmo quando ela não se justifica, quando ela representa mais uma afronta do que um direito e quando ela prejudica o ambiente em que se situa. Enquanto isto ocorre, as grandes cidades acumulam problemas de crescimento desenfreado em áreas ambientalmente sensíveis, crescimento vertical e horizontal de favelas, moradias inadequadas e insalubres, o que causa prejuízo aos mais desfavorecidos, que se afastam da cidade, ficando mais longe dos seus empregos, da infra-estrutura e dos centros de decisão ou se submetendo a condições de moradia subumanas.

11.2. Bem de família

A garantia da impenhorabilidade do bem de família sofre uma grande limitação por causa do entendimento de que ela não pode ser aplicada aos fiadores, entendimento este já consolidado no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que entende ainda que isto não fere o direito à moradia.

Em apelação⁵⁵ interposta contra decisão de embargos em ação de execução pela fiadora, o Tribunal de Justiça considerou que:

a proteção constitucional à família e à moradia é dever do Estado e não do particular (...) A impenhorabilidade do bem que serve de residência do devedor ou de sua família já representa intolerável exceção à regra geral, segundo o patrimônio do devedor é a garantia dos credores.

Considerar o direito à moradia direito fundamental só oposto contra o Estado é retrógrado e se baseia nos primórdios do desenvolvimento dos Direitos Humanos modernos. Há muito, a evolução histórica deles entendeu que é possível se opor a qualquer um que atrapalhe a fruição deste direito, mesmo sendo ele particular. Interpretar a cláusula de penhorabilidade de um bem de família como constitucional mesmo após a Emenda Constitucional n. 26 (pois considera-se a proteção do fiador um óbice às garantias do locador, o que poderia, inclusive, diminuir a oferta de bens à locação), é apenas uma interpretação jurisprudencial, ainda que discutível, mas excluir da responsabilidade dos particulares a preservação dos direitos fundamentais é um posicionamento bastante ultrapassado.

⁵⁵ Ementa: “Locação – Embargos de devedor à execução de crédito locatício – Penhora – Bem de fiador – Não incidência da Lei 8009 – Excesso de execução e de penhora inexistentes – Período relativo aos alugueis exigidos que já tivera a incidência de reajuste, bem como meação de companheiro, terceiro, que não é discutível por essa via judicial – Improcedência – Apelação denegada. (Tribunal de Justiça de São Paulo, 25ª Câmara de Direito Privado, Apelação com revisão n. 1054148-0/4, j. 04.12.2007).

12. Conflitos entre as funções do poder

Os direitos sociais se relacionam com o problema da igualdade e, a partir desta perspectiva, podem ser definidos como direitos que visam diminuir a desigualdade social e todas suas conseqüências negativas, que prejudicam a fruição dos demais direitos.

As definições de direitos sociais são, normalmente, relacionadas com esta temática:

Así, pueden entenderse tales derechos, en sentido objetivo, como el conjunto de las normas a través de las cuales el Estado lleva a cabo su función equilibradora de las desigualdades sociales. En tanto que, en sentido subjetivo, pueden entenderse como las facultades de los individuos y de los grupos a participar de los beneficios de la vida social, lo que se traduce en determinados derechos y prestaciones, directas o indirectas, por parte de los poderes publicos.⁵⁶

Apartir desta concepção, é importante ressaltar que se destaca o fornecimento de condições de igualdade para a população de baixa renda, já que os direitos sociais, em sua perspectiva positiva, podem ser providos por aqueles que têm condição financeira favorável, sendo necessária a atuação estatal apenas quando não há possibilidade de efetivação independente dos direitos por parte da população.

As políticas públicas, que são instrumentos para a efetivação dos direitos sociais, deveriam ser atribuições de programas e planejamentos das funções legislativa e executiva na execução de suas atribuições, justamente porque elas têm caráter geral, como as leis e os orçamentos, e devem englobar todos que estejam em condições semelhantes. Escolher a destinação dos recursos escassos do Estado, parte de uma série de decisões políticas e de prioridades por parte destas funções do poder: “Os Poderes Legislativo e Executivo são os responsáveis pela correção das falhas de mercado. Trata-se de função que exige a implementação de políticas públicas, o que demanda recursos financeiros e humanos vultosos, além da legitimidade política capaz de expressar a vontade dos cidadãos”.⁵⁷

Um fenômeno vem se multiplicando, qual seja o requerimento de políticas públicas no Judiciário, o que acaba gerando diversos questionamentos. Para Rodrigo Uprimny esse fenômeno é chamado de judicialização da política e seus efeitos ainda não foram devidamente mensurados:

De maneira esquemática, entendo por judicialização da política o fato de que certos assuntos, que eram tradicionalmente decididos por meios políticos e que eram

⁵⁶ PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los derechos fundamentales*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998. p. 183-184.

⁵⁷ PINTO, Victor Carvalho.op. cit., p. 80

considerados próprios da política democrática, começam a ser decididos cada vez mais pelos juízes, ou, pelo menos, são fortemente condicionados por decisões judiciais. O que implica, por sua vez, que muitos atores sociais comecem a formular suas demandas em termos jurídicos e judiciais.⁵⁸

O primeiro questionamento surge da constatação de que o Judiciário age casuisticamente, sendo, geralmente, o impositor de uma decisão que vale somente entre as partes que figuraram no processo. Os casos mais conhecidos e que geraram mais debate nas decisões envolvendo políticas públicas no Brasil foram aquelas relacionadas à concessão de remédios contra o HIV, que teriam cooperado para a geração da Lei n. 9.313 de 1996. No entanto, esta conquista é contestável, já que a pressão política não partiu apenas das decisões judiciais concedendo os remédios, mas também de formadores de opinião e grupos importantes que lutaram para o surgimento de um programa de Saúde nesta área.

Em alguns casos, os juízes têm plena consciência dessa problemática relação entre as funções, conforme julgado do Supremo Tribunal Federal:

Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.⁵⁹

Em alguns julgados, especialmente os relativos ao direito à saúde, é concedido o direito conforme pleiteado⁶⁰ e a justificativa, mais comumente utilizada, é a urgência, pois enquanto o direito à saúde partiria de uma violação a direito que poderia causar um dano irreparável e inclusive a morte do demandante, o direito à moradia poderia ser realizado sem tanta urgência, podendo ser mais bem analisado e estudado

⁵⁸ YEPES, Rodrigo Uprimny Yepes. A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos. *Sur Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 4, n. 6, p. 53-69, 2007. p. 53-54.

⁵⁹ “Ementa: Recurso Extraordinário – Criança de até seis anos de idade – atendimento em creche e em pré-escola – Educação infantil – Direito assegurado pelo próprio texto constitucional (CF, art. 208, IV) – Compreensão global do direito constitucional à educação – Dever jurídico cuja execução se impõe ao Poder Público, notadamente ao Município (CF, art. 211, §2º) – Recurso improvido. (Superior Tribunal Federal, 2ª Turma, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 410.715/SP, j. 22.11.2005)

⁶⁰ Ementa: “Apelação – fornecimento de medicamento para tratamento de câncer de pâncreas – é dever do Estado garantir a saúde da população – sentença de procedência mantida”. (Tribunal de Justiça de São Paulo, 12ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível com Revisão n. 585.218-5/0-00, j. 30.01.2008)

para uma alocação de recursos mais eficiente e efetivação do direito numa utilização mais estruturada. Este posicionamento desconsidera a moradia como direito fundamental, que teria aplicabilidade imediata e, além disso, não releva a importância da moradia na vida dos indivíduos. Direitos como a saúde – garantida também por meio do saneamento básico da residência –, inviolabilidade de domicílio e intimidade – que não existem sem a proteção de um lar com uma estrutura mínima –, e mesmo outros direitos como o emprego e a cidadania, que são limitados por falta de residência fixa ou falta de higiene de quem não tem acesso à água encanada ou mesmo a um teto, só podem ser exercidos ou garantidos por meio de uma moradia adequada. Além disso, o lar do indivíduo constitui uma base segura onde é possível que ele passe a tomar consciência de outros direitos, exija melhorias, e se sinta mais seguro e autoconfiante para exigir mais ações e investimentos, especialmente, por parte do Poder Público.

Busca-se meios de reflexão sobre o modo pelo qual o Judiciário, mantendo-se inerte e dentro dos seus limites legais e institucionais, pode realizar mudanças sociais e a implementação de direitos muitas vezes relegados a uma retórica intencionalmente vaga.

Além disso, argumenta-se que haveria comprometimento do orçamento e desrespeito à divisão de funções do poder, já que seriam decisões judiciais impondo, na realidade, decisões políticas. Um grande problema em aceitar estas críticas está justamente na insuficiência das políticas públicas. É extremamente difícil para um magistrado não-conceder um remédio, que num caso concreto pode levar à morte do indivíduo, ou não-conceder o direito de estudar a uma criança, o que poderia comprometer sua formação. O magistrado, especialmente de primeira instância, tem uma atuação muito próxima da população e vê casos concretos em que o Poder Público falhou na consecução de políticas públicas. Esta visão casuística é o maior problema e a maior vantagem do poder Judiciário: poder analisar o caso e observar de perto se há realmente necessidade daquela concessão pode auxiliar na construção de políticas mais eficientes e mais bem alocadas.

Proclama-se a atuação subsidiária da função judiciária nesta área:

O papel do poder Judiciário nesse contexto é conter as falhas de governo verificadas nos demais Poderes. Ele pode fazê-lo por ser constituído independentemente da política eleitoral, o que lhe permite defender os interesses difusos de pessoas que não se fazem representar no sistema político. Não lhe cabe determinar aos demais Poderes, por outro lado, a implementação de políticas públicas. Seu papel é apenas eliminar os excessos.⁶¹

⁶¹ PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico: plano diretor e direito de propriedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 80.

Defende-se também que a consecução de políticas públicas para a efetivação de direitos sociais só poderia ser buscada coletivamente. Isto gera dificuldades de articulação e problemas de legitimidade, já que os tribunais brasileiros ainda não estão prontos, verdadeiramente, para os processos coletivos, em que as partes podem, até mesmo, serem indeterminadas. Para Uprimny esta judicialização das demandas sociais deixa importantes reflexões sobre seus malefícios e benefícios, inclusive, o prejuízo à busca política por causa da demanda judicial, tornando-se o Judiciário novo campo para os conflitos sociais.

O uso das sutilezas judiciais para resolver problemas sociais complexos pode dar a impressão de que a solução de muitos problemas políticos não depende da participação democrática, mas da atividade de juizes e fiscais providenciais. Isso é grave, pois implica não somente um aumento da desmobilização dos cidadãos, mas também um questionamento dos próprios princípios democráticos, já que caberia aos funcionários da justiça – não eleitos – defender as eventuais virtudes da democracia. Os riscos de saídas autoritárias e antidemocráticas são importantes, pois cada vez mais a sociedade começaria a confiar em homens providenciais para a restauração da virtude e a solução dos problemas. Este exame leva, então, a uma conclusão, que embora aparentemente óbvia, é importante: a judicialização tem potencialidades, mas igualmente riscos.⁶²

No entanto, Oscar Vilhena vê positivamente esta mudança de campo, especialmente porque ela exige a justificação dos atos, o que não acontece no âmbito das demais funções:

Ao traduzir uma demanda social em uma demanda jurídica nos deslocamos de um ambiente de competição por puro poder para um processo no qual as decisões devem ser justificadas em termos jurídicos. A necessidade de justificativa legal reduz o espaço de pura discricionariedade. Nessas circunstâncias, o sistema jurídico pode dar visibilidade pública, na forma de reconhecimento de direitos àqueles que são desconsiderados pelo sistema político e pela própria sociedade.⁶³

No entanto, algumas interpretações favorecem uma posição mais ativa da função judiciária, como a de Luis Roberto Barroso, que afirma que a introdução da aplicação imediata dos direitos fundamentais para reforçar a efetividade deles e a existência do art.

⁶² YEPES, Rodrigo Uprimny. A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos. *Sur Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 4, n. 6, p. 53-69, 2007. p. 67.

⁶³ VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. *Sur Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 4, n. 6, p. 49, 2007.

4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que prevê soluções de integração no caso de leis omissas – analogia, costumes e princípios gerais do Direito – permitiria a concretização pelo juiz destes direitos, mesmo sem a norma integradora.⁶⁴ Ou seja, mesmo quando houvesse omissão das outras duas funções, a função judiciária pode agir.

O Autor aponta ainda a inexistência de óbice a decisões que imponham obrigações ao Estado: “*Não existe, ao ângulo técnico-jurídico, qualquer obstáculo a que se mova contra o Estado uma ação que tenha como objeto uma obrigação de fazer, inclusive com a cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença*”.⁶⁵ Afirma que seria possível uma ação contra um ato legislativo que instituisse um salário mínimo incapaz de prover as necessidades de um trabalhador e sua família, baseando-se em dados sobre os custos de habitação, alimentação e outros necessários,⁶⁶ já que para o autor cabe ao Judiciário em diversas outras ocasiões integrar conceitos vagos e imprecisos, e seria uma posição ideológica e não científica não atuar nestes casos.⁶⁷

Os instrumentos normativos que auxiliam na busca por moradia foram jogados no ordenamento jurídico de maneira um tanto quanto caótica. O resultado é a falta de aplicabilidade de alguns deles, e a confusão gerada nos tribunais, que ainda não encontraram interpretações razoáveis para os novos instrumentos.

12.1. Reserva do possível

A questão da efetivação dos direitos sociais sofre muito com a limitação orçamentária. Em diversas ocasiões o conflito entre as funções do poder acontece porque a função judiciária decide questões relativas aos direitos sociais, o que acaba engessando parte do orçamento.

A reserva do possível é frequentemente usada de maneira equivocada como justificativa para a não implementação de programas voltados à efetivação dos direitos sociais, ainda que o orçamento inclua questões não-prioritárias. Esta afirmação se faz presente no julgamento de uma Ação Civil Pública no Superior Tribunal de Justiça, em que se reconhece que essa justificativa não pode ser usada indiscriminadamente:

A escassez de recursos públicos, em oposição à gama de responsabilidades estatais a serem atendidas, tem servido de justificativa à ausência de concretização do dever-ser normativo, fomentando a edificação do conceito da “reserva

⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 5. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 144-145.

⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 5. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 149.

⁶⁶ Id. *Ibid.*, p. 153

⁶⁷ Id. *Ibid.*, p. 154.

do Possível”. Porém, tal escudo não imuniza o administrador de adimplir promessas que tais, vinculadas aos direitos fundamentais prestacionais, quanto mais considerando a notória destinação de preciosos recursos públicos para áreas que, embora também inseridas na zona de ação pública, são menos prioritárias e de relevância muito inferior aos valores básicos da sociedade, representados pelos direitos fundamentais”.⁶⁸

Tem-se, neste sentido, a observação de que o Poder Público sabe quais são as prioridades que deve ter, quais sejam, os direitos fundamentais, conhecendo esta determinação constitucional, cabe a ele desempenhar as funções que ajudam a justificar sua própria existência. Quando o Estado se omite, não é possível se ter a visão simplista de que a “reserva do possível”, ou seja, a limitação de recursos para o desenvolvimento das políticas públicas aptas a efetivação dos direitos fundamentais, tudo justifica. Se há prioridades e estas não são cumpridas por parte do Poder Público, há aí evidente omissão, que não pode se justificar pela simples falta de recursos, já que os direitos em questão, por sua própria fundamentalidade devem ser priorizados em face de outros gastos. Utiliza-se esta expressão indiscriminadamente sem a distinção necessária da omissão do Poder Público face às prioridades que deveriam ser obedecidas e a escassez de recursos decorrentes da má-utilização do dinheiro público.

Cabe a observação de Abramovich e Courtis sobre o assunto:

Si la asunción de obligaciones en este campo establece un catálogo de prioridades que el Estado se ha comprometido a asumir, debiendo dedicar preferentemente sus recursos a cumplir estas obligaciones antes de dedicarlos a otras áreas no previstas en los instrumentos pertinentes, la constatación de la omisión de cumplimiento de ese compromiso debe dar lugar a una declaración de que dicho incumplimiento es violatorio del derecho en cuestión.⁶⁹

Ainda sobre a reserva do possível, Jacques Alfonsin afirma que se trata mais de um problema de distribuição de recursos do que da falta deles: “*O chamado “condicionante econômico”, portanto, os “limites do possível”, para a satisfação das*

⁶⁸ “Ementa: Processual Civil. Administrativo. Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal. Implementação de políticas públicas concretas. Direito à saúde (arts. 6º e 196 da CF/88). Eficácia Imediata. Mínimo existencial. Reserva do possível. Acórdão recorrido que decidiu a controvérsia à luz da interpretação constitucional. Competência do Colendo Supremo Tribunal Federal. Violação do art. 535, I e II, do CPC. Não configurada. (Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma, Recurso Especial 811608, j. 15.05.2007).

⁶⁹ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002. p. 135.

*necessidades de alimentação e moradia ser atendida com folga não se deve à nenhuma “falta de recursos”, mas sim, ao modo como esses são apropriados e geridos”.*⁷⁰

13. Conclusão

Deve-se compreender que garantir a boa utilização das cidades não deve ser preocupação meramente social. Os investimentos realizados pelo Poder Público e por toda a coletividade para garantir infra-estrutura aos imóveis é justificativa suficiente para que se exija que o proprietário utilize seu bem de maneira adequada. Além disso, o espaço urbano é restrito, ou seja, é bem finito e bastante limitado. Havendo a alocação de recursos para as cidades e a utilização de recursos públicos para aparelhamento de áreas para possibilitar a utilização dos imóveis, tem-se uma situação em que toda a coletividade indiretamente financiou uma estrutura, que está sendo subutilizada ou utilizada de maneira inadequada. Não é bom para a sociedade que áreas fiquem desocupadas, porque foram e são feitos investimentos para construção e manutenção do mínimo de infra-estrutura para a região e gastar estes recursos para uma utilização imprópria é ineficiente do ponto de vista econômico e censurável do ponto de vista social.

É justamente na preservação de uma boa alocação de recursos que a política urbana deve atuar, priorizando os usos mais relevantes socialmente, quando todos não puderem ser contemplados: Esta escassez do bem terra faz com que sejam necessárias escolhas de uso a serem destacadas no âmbito das cidades, sendo esta atividade o principal objetivo do urbanismo: “A política urbana toma as demandas por espaço como dadas e procura harmonizá-las. Caso isso não seja possível, faz-se uma opção por uma delas, mas todos os interesses devem ser necessariamente ponderados, ou seja, levados em consideração”.⁷¹

Apesar de mudanças pontuais em leis, medidas provisórias e mesmo julgados, o Poder Público ainda não cumpriu seu papel na efetivação do direito à moradia. Os avanços no campo do direito material, não sendo acompanhados de novas estruturas para o Processo Civil, para a Administração Pública ou para a atividade legislativa tornam qualquer conquista no campo constitucional mera retórica intencionalmente desprovida de efeitos.

A demora da função judiciária, a recorrente alegação de ilegitimidade, a concepção atrasada de Direitos Humanos oponíveis apenas contra o Estado, a propriedade encarada como direito absoluto, a falta de assistência jurídica efetiva, as concepções

⁷⁰ ALFONSIN, Jacques Távora. *O Acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. p. 129.

⁷¹ PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico: plano diretor e direito de propriedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 45-46.

atrasadas de propriedade e processo, a utilização inadequada da justificativa baseada na reserva do possível e diversos outros fatores prejudicam a fruição do direito à moradia. Identificar estes problemas é parte do processo de superação e conseqüente evolução da efetivação do direito à moradia.

São Paulo, agosto de 2008.

Referências

ABRAMOVICH, Victor. Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados. *Sur Revista Universitária de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 188-223, 2005.

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

ALFONSIN, Jacques Távora. *O Acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

ALFONSIN, Betânia de Moraes. *Direito à moradia: instrumento e experiências de regularização fundiária nas cidades brasileiras*. Rio de Janeiro: Observatório de Políticas Públicas/IPPUR/FASE, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 5. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Estudos e pareceres: direito público: constitucional / administrativo / municipal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição e Constituinte*. São Paulo: Saraiva, 1982.

_____. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Concessão de uso especial para fins de moradia: medida provisória 2.200 de 4.9.2001. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da cidade: comentários à Lei Federal n. 10.257/2001*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.150-171.

_____. Função social da propriedade pública. In: WAGNER, Luiz Guilherme Costa. *Direito público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FERNANDES, Edésio. A nova ordem jurídico-urbanística no Brasil. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia. *Direito urbanístico: estudos brasileiros e internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 3-23.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. Centro de Estatística e Informações. *Déficit Habitacional no Brasil, municípios selecionados e microrregiões geográficas*. 2. ed. 2005. Disponível em: <http://www.fjp.mg.gov.br/produtos/cei/infocei_deficitbr2005.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2007.

HARADA, Kiyoshi. *Direito urbanístico: Estatuto da Cidade: plano diretor estratégico*. São Paulo: NDJ, 2004.

LETÃO, Lúcia. Remendo novo em pano velho. *Direito urbanístico: estudos brasileiros e internacionais*. FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 319-329.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. O direito de propriedade e o instituto do usucapião. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. *Novo código civil questões controvertidas*. São Paulo: Método, 2004. p. 285-295. (Série Grandes Temas de Direito Privado, v. 1.)

MARTINS, Maria Lúcia Refinetti. *Moradia e mananciais: tensão e diálogo na metrópole*. São Paulo: FAUUSP/FAPESP, 2006.

MINISTÉRIO DAS CIDADES. *Pesquisa plano diretor participativo, 2007*. Disponível em: <<http://www.cidades.gov.br/secretariasnacionais/programasurbanos/biblioteca/planodiretor/publicacoesinstitucionais/PesquisaPDPparaOComite102007.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2008.

PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los derechos fundamentales*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998.

PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico: plano diretor e direito de propriedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PIOVESAN, Flávia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. *Sur Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 21-47, 2004.

SAULE JÚNIOR, Nelson. Instrumentos de monitoramento do direito humano à moradia adequada. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia. *Direito urbanístico: estudos brasileiros e internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 215-250.

SUNDFELD, Carlos Ari. O estatuto da cidade e suas diretrizes gerais. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da Cidade: comentários à Lei Federal n. 10.257/2001*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 44-60.

UN-HABITAT. United Nations Human Settlements Programme. *The Habitat Agenda*. Disponível em: <<http://ww2.unhabitat.org/declarations/ch-4b-1.htm>>. Acesso em: 23 mar. 2008.

YEPES, Rodrigo Uprimny. A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos. *Sur Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 4, n. 6, p. 53-69, 2007.