

OCUPAÇÕES URBANAS: O CONTROLE JUDICIAL EXERCIDO FRENTE A INEFICIÊNCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE ACESSO À TERRA NO BRASIL

Vladimir Andrei Ferreira Lima¹

Resumo: O objetivo do presente estudo é analisar a legitimidade das ocupações urbanas em propriedades que não estariam cumprindo sua função social, bem como o papel do judiciário e da Administração Pública neste contexto. Embora o direito à moradia e a função social da propriedade sejam objeto de constantes discussões, o que se verifica frequentemente, é a omissão da Administração Pública na efetivação deste direito social. Sendo assim, após uma breve síntese das noções fundamentais acerca dos Direitos Humanos, do desenvolvimento do direito fundamental à propriedade e do direito social à moradia, e das políticas públicas adotadas pela Administração, será discutido o problema do acesso à terra no Brasil, bem como os deveres da Administração Pública e a forma como se deve dar o controle judicial de suas ações e omissões, de maneira a efetivar o direito à moradia, para que este deixe de ser uma mera pretensão e se torne realidade.

Palavras-Chave: Direitos Humanos. Direito à moradia. Função Social da Propriedade. Ocupações Urbanas. Políticas Públicas. Controle da Administração Pública.

OCCUPATIONS URBAN: JUDICIAL CONTROL EXER-

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Formação complementar em Direitos Humanos. Ex-estagiário do Conselho Estadual de Defesa dos Direitos Humanos de Minas Gerais e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Ex-participante da Comissão Especial de Acompanhamento da Ocupação Dandara e Políticas Habitacionais do Município de Belo Horizonte.

CISED FACE TO THE INEFFICIENCY OF THE PUBLIC POLITICS FOR ACCESS TO LAND IN BRAZIL

Abstract: The objective of this study is to analyze the legitimacy of urban occupations in properties that were not fulfilling their social function, as well as the paper of the judiciary and public administration in this context. Although the right to housing and social function of property are subject of constant discussion, which happens often, is the omission of Public Administration in the realization of this social right. Thus, after a short syntheses of the fundamental notions about Human Rights, of development of the fundamental right to property and social right to housing, and public politics adopted by the Administration, will be discussed the problem of access to land in Brazil, well as the duties of the Public Administration and how it should be given judicial review of their actions and omissions should act, so as to effect the right to housing, so this must stop being a mere pretense and becomes a reality.

Keywords: Human Rights. The right to housing. Social Function of Property. Urban occupations. Public Politics. Controlo of Public Administration.

Sumário: Introdução. 1 Direitos Humanos. 1.1 O que são Direitos Humanos ? 1.2 Direitos Humanos X Direitos Fundamentais. 1.3 Breve introdução à história dos Direitos Humanos. 1.3.1 Os Direitos Humanos até a Idade Média. 1.3.2 Os Direitos Humanos na Idade Moderna e seu processo de universalização. 1.4 Direitos Humanos no Brasil. 2 O Direito à Propriedade. 2.1 Aspectos históricos do direito à propriedade e à moradia. 2.1.1 No mundo (foco nos tratados de Direitos Humanos). 2.1.2 Na América Latina. 2.1.3 No Brasil. 2.2 O direito à moradia enquanto finalidade do direito à propriedade. 2.3 Regulamentação do direito à propriedade. 3 Ocupações – O Con-

flito entre Ocupantes Legitimados pela Função Social da Propriedade X A Ineficiência das Políticas Públicas. 3.1 A função social da propriedade. 3.2 Ocupações. 3.2.1 Alguns exemplos de ocupações. 3.2.2 A Ocupação Dandara. 3.2.2.1 O que é e como surgiu. 3.2.2.2 Do entrave judicial. 3.3 Da efetivação do direito à moradia nas grandes ocupações urbanas. 3.3.1. Do usucapião coletivo. 3.3.2. Da legitimidade das ocupações em vista a função social da propriedade e ineficiência das políticas públicas. 3.3.2.1. O dever do Estado. 3.3.2.2. O acesso à propriedade pela ocupação. 4 Conclusões Finais.

INTRODUÇÃO



presente estudo visa após uma breve exposição da evolução dos Direitos Humanos no mundo, seu processo de internacionalização e sua evolução no Brasil, trabalhar o direito fundamental à propriedade e o direito social à moradia. Estas garantias serão analisadas no contexto internacional², latino-americano, e finalmente, brasileiro. Mas o foco principal, norte da pesquisa, diz respeito à legitimidade de ocupações de propriedades urbanas. Em que sentido devem ser decididas as lides quando entram em confronto o direito à propriedade e o direito à moradia? Esta indagação é de fundamental importância, vez que o direito à moradia, além de promover uma existência digna, resguarda uma série de outros direitos, como a segurança, o lazer e a privacidade, além de contribuir na promoção de uma existência digna. Porém, apesar de resguardado pela Carta Constitucional brasileira, este direito não é efetivado a contento pelo Estado, vez que as políticas públicas têm se mostrado ineficientes, restando assim às pessoas, como única alternativa, o recurso às ocupações de propriedades que não estariam cum-

² Principalmente no que concerne o conteúdo dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

prindo sua função social. Esta discussão se insere também, no atual contexto em que se encontra nosso país, já que é quase impossível para uma pessoa pobre conseguir comprar uma casa própria, provida de infra-estrutura adequada, ou suportar pelo resto de sua vida o pagamento de aluguéis. E, para desenvolver tal temática, será trazida à tona o caso específico de uma ocupação que surgiu no Município de Belo Horizonte, em abril de 2009, denominada “Ocupação Dandara”, sem deixar de citar também outras ocupações que se deram de maneira semelhante. São muitos os embates diários entre aqueles que buscam através da ocupação do solo nada mais do que uma existência digna, contra os proprietários destes, que defendem o seu direito à propriedade, garantido constitucionalmente. Sendo assim, um estudo referente a este tema além de ser útil ao acrescentar à doutrina jurídica uma orientação para resolução desta controvérsia, analisando o liame que separaria o direito de moradia do de propriedade, e indicando em que direção as soluções devem apontar, poderia também ser proveitoso na transformação material da situação de milhares de pessoas que inseridas neste contexto.

1 DIREITOS HUMANOS

1.1 O QUE SÃO DIREITOS HUMANOS?

Direitos Humanos dizem respeito àquelas garantias inerentes à integralidade de pessoas inseridas no contexto global, ou em termos mais genéricos, a humanidade. Ou seja, pelo simples fato delas nascerem “seres humanos” elas são detentoras de tais direitos. Destarte, os destinatários dos Direitos Humanos, seriam toda, e qualquer pessoa, independentemente de cor, religião, credo, nacionalidade, e, independentemente do lugar onde se encontre no mundo, ela é detentora de tais direitos. Ser sujeito de tais direitos é tê-los resguardados por lei,

receber ações que visem sua constante implementação e aperfeiçoamento e, tê-los respeitados pela coletividade. Lado outro, ser sujeito de Direitos Humanos não se resume apenas a tal postura passiva de sujeito de direitos, sua ênfase estaria, principalmente, na autonomia e no protagonismo, vez que os Direitos Humanos empoderam as pessoas para que elas possam se autodeterminar da maneira que melhor lhes convir, mas de maneira solidária e com respeito à diversidade.

Os Direitos Humanos situam-se acima do Estado soberano nacional, independendo de qualquer ordenamento jurídico, já que constituem um dividendo mínimo a ser observado para uma existência digna. Sua expressão, na atual forma em que se encontra, nasceu da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que enuncia em seu preâmbulo, alguns princípios norteadores dos Direitos Humanos, como a dignidade, igualdade, liberdade e justiça.

Outrossim, os Direitos Humanos são uma importante ferramenta para a compreensão dos problemas da nossa realidade e o restabelecimento do equilíbrio social. Num conflito, os Direitos Humanos apontam quem está tendo seu direito violado e quem é o violador.

Portanto, os Direitos Humanos seriam as necessidades essenciais, de todos os seres humanos, para que possam levar uma vida digna, e exercerem o poder de se autodeterminar. Insta salientar que um Direito Humano nunca poderia ser usado para violar outro, vez que todos eles estão inter-relacionados, pois são interdependentes e, não neutros, já que fazem opção pelo lado mais fraco e vulnerável.

O prefácio do Plano Nacional de Direitos Humanos cita em seu primeiro parágrafo que “*Toda pessoa tem direitos inerentes à sua natureza humana, sendo respeitada sua dignidade e garantida a oportunidade de desenvolver seu potencial de forma livre, autônoma e plena*”³.

³ Plano Nacional de Direitos Humanos 3 (PNDH3).

1.2 DIREITOS HUMANOS X DIREITOS FUNDAMENTAIS

Direitos Humanos e direitos fundamentais não são expressões sinônimas

*“Direitos fundamentais (...) retratam os direitos, liberdades e garantias considerados mais elementares e básicos em uma determinada comunidade estatal concreta”*⁴. Eles estariam, portanto, resguardados por uma constituição.

*“Materialmente, porém, tanto os Direitos Humanos como os direitos fundamentais, quando consagrados em um Estado que adote um regime democrático, costumam denotar as mesmas espécies de garantias jurídicas”*⁵. Percebe-se assim, que os direitos fundamentais seriam os Direitos Humanos absorvidos pelas constituições, ou seja, uma expressão constitucional dos Direitos Humanos.

Os Direitos Humanos seriam, portanto, os direitos fundamentais em uma escala global. E, ao mesmo tempo em que os direitos fundamentais, no que tange seu conteúdo material, se universalizam em um movimento centrífugo, o direito internacional dos Direitos Humanos, em um movimento centrípeto, ultrapassava os limites do Estado, e se inserem formalmente nos textos constitucionais, aumentando o leque de garantias fundamentais. Nas palavras de Marcelo Veiga, *“os Direitos Humanos, pois, sofrem um intenso processo de constitucionalização, ao passo que os direitos fundamentais sujeitam-se a um significativo passo rumo à sua universalização, o que acarreta em tempos modernos, a criação do chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos”*⁶.

⁴OLIVEIRA, Márcio Luis (coordenador), O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos – Interface com o direito Constitucional contemporâneo. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007. p.9)

⁵ Op. cit. p. 11

⁶ JAYME, Fernando. Direitos humanos e sua efetivação pela corte Interamericana de Direitos Humanos, p. 04, referência a Marcelo Veiga.

Kildare Gonçalves Carvalho preleciona que “há uma tendência normativa e doutrinária em reservar o termo direitos fundamentais para designar os direitos positivados a nível interno, e os direitos humanos para os direitos naturais positivados nas declarações e convenções internacionais, assim como as exigências básicas relacionadas com a dignidade, a liberdade, a igualdade da pessoa, que não tenham alcançado um estatuto-jurídico positivo”.⁷

Tendo-se em vista o objetivo deste estudo, a opção que é feita aqui, é pelo trabalho com o conteúdo material em detrimento da diferença formal entre Direitos Humanos e direitos fundamentais, já que o que interessa, é a transformação que se dá na realidade de fato, e não o pequeno liame que separa os dois direitos. Também será incorporado ao conceito de Direitos Humanos, não só as garantias que a constituição prevê, mas também o dever do Estado de trazer às pessoas o poder para se autodeterminarem, ou seja, elas não devem ser apenas destinatária das garantias fundamentais a que tem direito, mas protagonistas de sua própria história. O Estado tem então um papel intermediário entre os sujeitos e seus direitos básicos, sendo um facilitador destes, para que as garantias previstas na constituição não sejam vazias de sentidos, utopias inalcançáveis, mas sim uma possibilidade a ser efetivada quando reivindicada, tornando-se assim, verdadeira a consolidação dos Direitos Humanos no âmbito interno de uma nação.

1.3 BREVE INTRODUÇÃO À HISTÓRIA DOS DIREITOS HUMANOS

1.3.1 OS DIREITOS HUMANOS ATÉ A IDADE MÉDIA

Na Antiguidade não existia o conceito de pessoa humana

⁷ CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional. 16ª edição – Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 725.

como se tem hoje. É só à partir da Idade Média, com o cristianismo, que começa a surgir a noção de pessoa humana, fundada em princípios como a dignidade, igualdade e fraternidade (já que o homem era feito à imagem e semelhança de Deus, e todos eram irmãos). O direito sempre era tido antes da Idade Média ou durante a mesma, como uma concessão do Estado, uma benesse do Senhor (e mesmo assim algumas garantias estavam restritas a certas classes), porém o cristianismo trouxe a idéia de que todos os homens têm a mesma origem, por isso, são iguais entre si.⁸

Na Idade Média, para George Jellinek, a teoria românico-canônica considerava o rei como representante do povo. Este conferia o direito real de representação popular à aquele. Existia assim, portanto, duas espécies de direitos: o direito ditado pelo rei e o direito do povo (o poder real, embora derivado de Deus, residia no povo). Tendo em vista tal corrente é completamente aceitável que o poder real teria certos limites. Porém, isto não constituía empecilho a uma hierarquização da sociedade, dividida em senhor e vassalos. Portanto, havia a noção de que o homem nascia livre e para obter “vantagens” (o emprego do termo se dá entre aspas, em razão da noção de vantagem à época ser totalmente diferente da que temos hoje), pactuava com os chamados “laços de soberania e vassalagem”, e devendo assim, fidelidade em troca de proteção.

1.3.2 OS DIREITOS HUMANOS NA IDADE MODERNA E SEU PROCESSO DE UNIVERSALIZAÇÃO

Na Idade Moderna pode-se citar alguns marcos importantes. A “Declaração da Virgínia criou os alicerces para a implantação de um sistema de proteção dos direitos fundamen-

⁸ “O cristianismo é apontado como marco inicial dos direitos fundamentais, manifestados nas parábolas de Jesus sobre o reino dos céus: a César o que é de César e a Deus o que é de Deus (CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional. 16ª edição – Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 711).

tais”⁹ ¹⁰ Em 1789 ocorre a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão.¹¹

Mas o que fundou mesmo a base sobre o qual se consolidou a noção hoje adotada de Direitos Humanos foi a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Datada de 1948, o contexto de tal declaração foi o pós 2º Guerra Mundial. Diante das atrocidades assistidas por todos durante o conflito armado, o grande número de mortos, os verdadeiros extermínios que aconteciam e a ineficiência dos tratados pós 1º Guerra, o mundo todo repensou a necessidade de mudanças da convivência humana. Nas palavras de Fernando Jayme, “*com a ocorrência de trágicos momentos na história da humanidade, sentiu-se a necessidade de uniformizar entre todas as nações as garantias que cada uma delas defendem em seu sistema constitucional, pois negá-los, seria como negar à própria pessoa humana*”¹². Houve, portanto, a necessidade de se internacionalizar a proteção dos Direitos Humanos, de forma que certos direitos se tornem um mínimo a ser garantido e promovido pelos Estados. A universalização dos Direitos Humanos começa apresentar então, delineamentos mais concretos logo depois da 2º Guerra. Para Flávia Piovesan, “*em face das atrocidades cometidas du-*

⁹ “As declarações de direitos surgem nos Estados Unidos, iniciando-se com as de Virgínia, Pensilvânia e Maryland, todas de 1776 (...)”. (CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional. 16ª edição – Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 713.)

¹⁰ Datada de 12 de junho de 1776, a Declaração de Virgínia trouxe expressamente ao longo de seus 18 artigos a noção de direitos individuais. Tratou também dentre outros direitos, o da vida, propriedade e liberdade.

¹¹ “Foi, no entanto, com a Revolução Francesa de 1789 que os direitos fundamentais ganharam universalidade (...). Surge então, na França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, onde se afirma, no seu art. 16, que ‘toda sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos fundamentais nem estabelecida a separação de Poderes não tem Constituição’, verificando-se aí uma íntima conexão entre direitos fundamentais e o princípio da separação de Poderes, e o caráter de universalidade e permanência dos direitos naturais: ‘Todos os homens nascem livres e iguais em direitos’”. (CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional. 16ª edição – Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p 712/713).

¹² JAYME, Fernando. Direitos humanos e sua efetivação pela corte Interamericana de Direitos Humanos, p. 19

rante a Segunda Grande Guerra Mundial, a comunidade internacional passou a reconhecer que a proteção dos Direitos Humanos constitui questão de legítimo interesse e preocupação internacional".¹³ Percebe-se então que a 2ª Guerra Mundial foi um marco para os Direitos Humanos, em decorrência das inúmeras violações que estes sofreram nesse lamentável episódio da história mundial, surgindo assim, uma necessidade internacional de proteger os Direitos Humanos independente do país no qual possa haver a violação destes.^{14 15}

Piovesam manifesta que o indivíduo é objeto das relações internacionais, "*o sistema normativo de proteção dos Direitos Humanos atribui ao indivíduo status de sujeito internacional, conferindo-lhe diretamente direitos e obrigações no plano internacional*"¹⁶, ou seja, os Direitos Humanos ultrapassam a soberania dos Estados, impondo a estes, o dever de respeitá-los. A negação de tal garantia, ou a violação dos Direitos Humanos por parte de um Estado responsabilizá-lo-ia perante a

¹³ PIOVESAM, Flávia. Direitos Humanos e Direito Constitucional. 11ª edição: Saraiva, 2010, p. 05

¹⁴ "Paralelamente a evolução histórica, e como decorrência das violações dos direitos humanos, inicia-se no segundo pós-guerra (1939-1945) a internacionalização dos direitos fundamentais". (CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional. 16ª edição – Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 718).

¹⁵ Rômolo Russio Júnior e Flávia Piovesam trazem que a concepção contemporânea de direitos humanos "é fruto do movimento de internacionalização dos direitos humanos, que constitui um movimento extremamente recente na história, surgido, a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. O legado do nazismo foi condicionar a titularidade de direitos, ou seja, a condição de sujeitos de direitos, à pertinência de determinada raça – a raça puritana. É neste cenário que se desenha os esforços de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea. Se a 2ª Guerra foi a ruptura com direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar sua reconstrução". (FILOMENO, José Geraldo Brito, JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa Wagner e GONÇALVES, Renato Afonso, coordenadores. O Código Civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do Código Civil nos demais ramos do Direito – Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 04).

¹⁶ PIOVESAM, Flávia. Direitos Humanos e Direito Constitucional. 11ª edição: Saraiva, 2010, p.6/7

comunidade internacional¹⁷¹⁸¹⁹. Portanto o Direito Internacional dos Direitos Humanos trataria da proteção destes direitos fundamentais contra as violações cometidas dentro da esfera de um governo, responsabilizando assim o Estado internacionalmente. Os países passam a recorrer a tratados internacionais, que a grande maioria, senão a totalidade deles, firmaram com o objetivo de proteger e promover os Direitos Humanos.²⁰

1.4 DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

Desde o século XIX, como já mencionamos, os Direitos

¹⁷ “Ao aprovar estes tratados de direitos humanos, os Estados se submetem a uma ordem legal dentro da qual eles, em prol do bem comum, assumem várias obrigações, não em relação a outros Estados, mas em relação aos indivíduos que estão sob sua jurisdição”. Opinião Consultiva nº 2 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de setembro de 1982.

¹⁸ O indivíduo lesado pode recorrer à proteção internacional, em razão da sua hipossuficiência na relação com o próprio Estado, o qual deveria resguardar seus direitos, ao invés de infringi-los. Sendo assim, dever-se-á primeiramente fazer cessar o ilícito, e posteriormente é possível o pagamento de indenização ao indivíduo lesado e a punição do Estado violador perante as cortes internacionais. Este mecanismo é possível, vez que, quando um Estado assina um tratado de direitos humanos, ele abre mão de parcela de sua soberania.

¹⁹ “Em defesa da maior eficácia dos Direitos Humanos Fundamentais, a EC nº 45/04 consagrou a submissão do Brasil à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão, bem como, no âmbito interno, previu, nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, a possibilidade do procurador-geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal (CF, art. 109, § 5º). (MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 19ª edição – São Paulo: Atlas, 2006, p. 107).

²⁰ “Esta é a maior contribuição que o uso do sistema internacional de proteção pode oferecer: fomentar progressos e avanços internos na proteção dos direitos humanos em um determinado Estado. (...) é crucial que se fomente a elaboração de indicadores técnico-científicos para avaliar o cumprimento e a observância dos direitos econômicos, sociais e culturais, especialmente no que tange às suas necessárias progressividade e proibição de retrocesso social.” (PIOVESAM, Flávia. “Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos” (Revista Internacional de Direitos Humanos, volume I, nº 1: São Paulo, 2004).

Humanos passaram por um processo de constitucionalização, logo, as constituições dos Estados começam a adotar os direitos prescritos nas declarações de direitos. Começa a surgir uma sistemática internacional de proteção dos Direitos Humanos (monitoramento e fiscalização)²¹ logo após o início de seu processo de internacionalização no pós-guerra, isso porque os Direitos Humanos tornaram-se legítimo interesse da comunidade internacional.

Percebe-se que eles, só teriam plena eficácia à partir do momento em que os países adotassem os tratados internacionais e buscassem a melhor forma possível de inserí-los na realidade de sua nação.

Além de marco do processo democrático brasileiro, a Constituição Federal de 1988 é tida como marco também, no que se refere à institucionalização dos Direitos Humanos no Brasil.

Sobre a Constituição do Brasil de 88, Piovesam preleciona que “*A Carta de 1988 institucionaliza a instauração de um regime político democrático no Brasil. Introduce também indiscutível avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira. A partir dela, os Direitos Humanos ganham relevo extraordinário, situando-se a Carta de 1988 como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os Direitos Humanos jamais adotado no Brasil*”²². À partir de 1988, o

²¹ “Mostra-se ainda fundamental que os tratados de proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais possam contar com uma eficaz sistemática de monitoramento, prevendo os relatórios, as petições individuais e as comunicações interestatais. Seria importante acrescentar ainda a sistemática das investigações *in loco*, apenas prevista na Convenção contra a Tortura e no Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher. Nesse cenário, é fundamental encorajar os Estados a aceitar tais mecanismos. Não é mais admissível que Estados aceitem direitos e neguem as garantias de sua proteção. (PIOVESAM, Flávia. “Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos” (Revista Internacional de Direitos Humanos, volume I, nº 1: São Paulo, 2004).

²² PIOVESAM, Flávia. Direitos Humanos e Direito Constitucional. 11ª edição: Saraiva, 2010, p. 24.

Brasil cobre de fundamental importância, a realização dos Direitos Humanos, sendo nos dias de hoje grande referência no que diz respeito à sua promoção.

2 O DIREITO À PROPRIEDADE

2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS DO DIREITO À PROPRIEDADE E À MORADIA

2.1.1 NO MUNDO (FOCO NOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS)

“O Código de Hamurabi (1.690 a. C.) talvez seja a primeira codificação a consagrar um rol de direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família, prevendo, igualmente, a supremacia das leis em relação aos governantes”.²³

“Washington de Barros Monteiro aponta que ‘parece que a propriedade, nos primórdios da civilização, começou por ser coletiva, transformando-se, todavia, paulatinamente, em propriedade individual’”.²⁴

No período clássico romano a propriedade era derivada da própria constituição da cidade, bem como das terras conquistadas na expansão do Império, as quais eram reconhecidas e tuteladas. Os interesses das classes dominantes tiveram decisiva influência na delimitação do conceito protecionista da propriedade individual. Logo, a propriedade tornou-se um valor sagrado, merecedor de total e irrestrita proteção legislativa,

²³ CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional. 16ª edição – Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 970/971.

²⁴ JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa Wagner. “O novo código civil e a propriedade à serviço da política urbana”. (FILOMENO, José Geraldo Brito, JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa Wagner e GONÇALVES, Renato Afonso, coordenadores. O Código Civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do Código Civil nos demais ramos do Direito – Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 188).

visando a manutenção do *status quo*²⁵

“No alto do império Romano não se falava em propriedade, mas sim em propriedades. Isso porque, existiam propriedades diferentes para cada classe de indivíduos daquela sociedade”. Contudo, *“qualquer que fosse o tipo de propriedade, o seu titular exercia sobre a sua coisa um direito absoluto”*^{26,27}

Minado pelas invasões bárbaras, o último rei do império romano caiu no ano de 476. Inicia-se assim um processo de ruralização da sociedade²⁸, que culminou no chamado “sistema feudalista”. O suserano de cada feudo doava ao vassalo um pedaço de terra e garantia a proteção deste, e, em troca, o vassalo jurava fidelidade e obediência a seu suserano.^{29/30}

Souza explica ainda que:

“O senhor feudal, senhor exclusivo de suas terras, explorava-as o quanto quisesse e da forma como quisesse. As suas terras eram fonte de inúmeras riquezas para ele próprio e sua família. De nada importava a qualidade da vida daqueles que moravam em seus feudos. (...) a propriedade privada exercia um papel fundamental na estrutura social daquela época, sendo utilizada, mais uma vez, como critério de seleção para a escolha dos líderes políticos daquela época”³¹

²⁵ Op. cit.

²⁶ SOUZA, Adriano Stanley Rocha. Direito das Coisas. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 63).

²⁷ “Embora se possa falar que a república começa em Roma (RES PUBLICA), não menos correto é dizer que as suas deliberações não eram tão públicas assim. Para ser um senador romano era necessário ter a propriedade quirítária. Portanto, a propriedade era o direito do qual emanavam os poderes daqueles que decidiam os rumos de Roma e desse poder vinha a riqueza, que se traduzia em mais poder, que se traduzia em mais riqueza...” (Op. cit. p. 64).

²⁸ Impulsionada pelas invasões bárbaras, a população urbana foge para o campo e se coloca sob a proteção de um senhor feudal.

²⁹ Os “laços de suserania e vassalagem” eram fixados numa cerimônia denominada “homenagem”, na qual o servo recebia a terra e jurava fidelidade, selando o trato com um beijo.

³⁰ “a propriedade medieval, de acordo com John Gilissen, assenta-se no feudo e na concessão do senhor em favor de seu vassalo de uma porção de terra e proteção militar em troca de respeito e fidelidade” (ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves de. Direitos Reais. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 165)

³¹ SOUZA, Adriano Stanley Rocha. Direito das Coisas. Belo Horizonte: Del Rey,

Na baixa Idade Média, com o desenvolvimento do comércio e o surgimento da burguesia, começaram a aparecer as primeiras cidades. Para proteger seus interesses, a burguesia se aliou aos monarcas, financiando os exércitos destes. Do triunfo desta aliança, começaram a surgir os primeiros Estados Nacionais.

Com a Idade Moderna, a burguesia aos poucos consolidou seu poder político e econômico, inserindo, cada vez com mais intensidade, a noção individualista no seio da sociedade.³² Com o esfacelamento do sistema absolutista, que teve seu clímax com a Revolução Francesa, embora a propriedade passasse a ser um direito inviolável e sagrado, assim resguardada pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, ela não era de todo absoluta, vez que sofreu uma pequena restrição.³³

O processo de urbanização que se iniciou na Idade Média com a queda do sistema feudal, atingiu seu auge logo após a Revolução Francesa, no século XIX, na chamada Revolução Industrial, que atraiu uma grande massa de operários que se deslocaram para os centros urbanos para servir de mão de obra barata às fábricas.³⁴

A exploração da classe operária pelos empregadores, que visavam unicamente o lucro, criou um ambiente de acentuada

2009, p 65.

³² “(...) a pequena, mas privilegiada parcela da sociedade que detinha a concentração da maior parte da propriedade privada, justificava e exigia a mais ampla proteção ao seu patrimônio, bem como a total liberdade de sua utilização, o que, na prática, se dava invariavelmente, em exclusiva atenção aos seus próprios e egoísticos interesses.” JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa Wagner. “O novo código civil e a propriedade à serviço da política urbana”. (FILOMENO, José Geraldo Brito, JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa Wagner e GONÇALVES, Renato Afonso, coordenadores. O Código Civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do Código Civil nos demais ramos do Direito – Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 189).

³³ “Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado a não ser quando da necessidade pública legalmente comprovada o exigir evidentemente e sob condição de justa e prévia indenização” (art. 17 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão).

³⁴ Além disto, é de se ressaltar que a infra-estrutura da cidade e seus atrativos também forma fatores preponderantes que acentuaram o êxodo rural.

desigualdade social. Os patrões se enriqueciam cada vez mais, enquanto a classe trabalhadora sobrevivía em condições subumanas. Luiz Guilherme Wagner Junior aduz que “*talvez a cultura individualista que durante muitos anos norteou o conceito de propriedade se perpetuasse indefinidamente no tempo se não houvesse sido a responsável por um grave e insubsistente cenário de desigualdade social. O autor acrescenta ainda que “a doutrina neoliberal e os acenos socialistas marcam, então, o início da mudança nessas concepções”*”.³⁵³⁶

Depois do século XX, com o grande inchaço das cidades, que já não conseguiam suportar a chegada de tantas pessoas, boa parte da população se viu obrigada a se deslocar para sua periferia, onde poderia adquirir residências a preços mais acessíveis, ou até mesmo, construir por lá sua casa, fazendo com que surgissem os primeiros cortiços. Ou seja, eles se desenvolviam em torno dos grandes centros urbanos pela falta de condições financeiras da população de adquirir sua propriedade no interior destes centros. Com a expansão da cidade em constante crescimento, os cortiços das áreas fronteiriças, foram frequentemente alvos de reformas urbanas, principalmente porque estavam situados em pontos de fácil valorização à medida que a cidade ia ultrapassando seus limites, deslocando os habitantes destes entornos para ainda mais longe das regiões centrais da cidade.³⁷

³⁵ Op. cit., p. 189.

³⁶ A partir de uma ampla análise histórica, Karl Marx e Frederick Engels, fiseram uma análise crítica das mais variadas formas de opressão social, e situaram a burguesia como a nova classe opressora. Este estudo foi sintetizado num documento denominado de Manifesto Comunista, publicado pela primeira vez em 1848. Lê-se no manifesto que “*a característica particular do comunismo não é a abolição da propriedade em geral, mas a abolição da propriedade burguesa. Mas a propriedade privada atual, a propriedade burguesa, é a expressão final do sistema de produção e apropriação que é baseado em antagonismos de classes, na exploração de muitos por poucos.*” Pode se ter acesso na íntegra ao manifesto, no endereço eletrônico http://www.pstu.org.br/biblioteca/marx_engels_manifesto.pdf.

³⁷ Como solução estes moradores recorriam à compra de terrenos e lotes ainda mais distantes dos centros urbanos, em virtude do menor preço, e, em sua maioria, estes

Esta foi apenas uma ilustração básica do cenário em que se deu a divisão do acesso a terra na maioria das cidades do mundo ocidental. Em vista de tais acontecimentos, iniciaram-se os debates acerca da função social da propriedade, e a elaboração de tratados visando resguardar o direito à mesma, porém, não mais pelo prisma individualista.³⁸

O mestre Venosa ensina que “(...) a questão da propriedade imóvel, a moradia e o uso adequado da terra passam a ser a grande, senão a maior questão do século XX, agravada nesse início de século XXI pelo crescimento populacional e empobrecimento geral das nações. Este novo século terá sem dúvida, como desafio, situar devidamente a utilização social da propriedade.”³⁹

Destarte, a interferência do Estado na sociedade, torna-se cada vez maior; “o Estado não pode omitir-se no ordenamento sociológico da propriedade. Deve fornecer instrumentos jurídicos adequados para o proprietário defender o que é seu e que é utilizado em seu proveito, de sua família e de seu grupo social. Deve, por outro lado, criar instrumentos legais eficazes e justos para tornar todo e qualquer bem produtivo útil. Bem não utilizado, ou mal utilizado é constante motivo de inquietação social. A má utilização da terra e do espaço urbano gera violência. O instituto da desapropriação para finalidades social deve auxiliar a preencher o desiderato da justa utilização dos bens”.⁴⁰

Como já mencionado, o século XX foi marcado por uma forte preocupação com o conteúdo social da propriedade. Começaram a surgir então, tratados acerca do tema, visando res-

imóveis eram destituídos de infra-estrutura básica.

³⁸ “Esse exagerado individualismo perde força no século XIX com a revolução e o desenvolvimento industrial e com as doutrinas socializantes. Passa a ser buscado um sentido social na propriedade. (VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direitos reais - 9ª edição - São Paulo: Atlas, 2009, p. 159).

³⁹ Op. cit. p. 159.

⁴⁰ Op. cit. p. 160.

guardar o direito à propriedade já sob a ótica da função social e do direito à moradia. Dentre esses tratados temos:

1) Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948)⁴¹. Artigos XXV⁴², item I e, XVII.⁴³

2) Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948). Artigos, XI⁴⁴ e XXIII.⁴⁵

3) Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais (1966). Artigo 11, §1^{o46}

4) Comitê das Nações Unidas de Direitos Econômicos,

⁴¹ “Em 10 de dezembro de 1948, é aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, como marco maior de reconstrução dos direitos humanos. Ela introduz a concepção contemporânea de direitos humanos, caracterizada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a dignidade e titularidade de direitos. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem assim uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis políticos ao catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais. (FILOMENO, José Geraldo Brito, JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa Wagner e GONÇALVES, Renato Afonso, coordenadores. O Código Civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do Código Civil nos demais ramos do Direito – Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 04).

⁴² “Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle”.

⁴³ “1. Toda pessoa tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros. 2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade.”

⁴⁴ “Toda pessoa tem direito a que sua saúde seja resguardada por medidas sanitárias e sociais relativas à alimentação, roupas, habitação e cuidados médicos correspondentes ao nível permitido pelos recursos públicos e os da coletividade.”

⁴⁵ “Toda pessoa tem direito à propriedade particular correspondente às necessidades essenciais de uma vida decente, e que contribua a manter a dignidade da pessoa e do lar.”

⁴⁶ “Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados-partes tomarão medida apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.”

Sociais e Culturais Comentários gerais números 4⁴⁷ e 7.⁴⁸

⁴⁷ “4. Despite the fact that the international community has frequently reaffirmed the importance of full respect for the right to adequate housing, there remains a disturbingly large gap between the standards set in article 11 (1) of the Covenant and the situation prevailing in many parts of the world. While the problems are often particularly acute in some developing countries which confront major resource and other constraints, the Committee observes that significant problems of homelessness and inadequate housing also exist in some of the most economically developed societies. The United Nations estimates that there are over 100 million persons homeless worldwide and over 1 billion inadequately housed 4. There is no indication that this number is decreasing. It seems clear that no State party is free of significant problems of one kind or another in relation to the right to housing.” (4. Apesar do fato da comunidade internacional ter frequentemente reafirmado a importância do pleno respeito pelo direito à moradia adequada, ainda há uma lacuna de modo preocupante entre os padrões estabelecidos no artigo 11 (1) do Pacto e da situação que prevalece em muitas partes do mundo. Embora os problemas sejam particularmente agudos em alguns países em desenvolvimento, que não tem recursos suficientes além de outras restrições, a Comissão observa que problemas significativos de falta de moradia e habitação inadequada também existem em algumas das sociedades economicamente mais desenvolvidas. As Nações Unidas estimam que existem mais de 100 milhões de pessoas em todo o mundo sem-teto e mais de 1 bilhão inadequadamente alojados. Não há nenhuma indicação de que este número é decrescente. Parece claro que nenhum Estado Parte está livre de problemas significativos de um tipo ou outro em relação ao direito à habitação – tradução livre).

⁴⁸ “7. In the Committee's view, the right to housing should not be interpreted in a narrow or restrictive sense which equates it with, for example, the shelter provided by merely having a roof over one's head or views shelter exclusively as a commodity. Rather it should be seen as the right to live somewhere in security, peace and dignity. This is appropriate for at least two reasons. In the first place, the right to housing is integrally linked to other human rights and to the fundamental principles upon which the Covenant is premised. This "the inherent dignity of the human person" from which the rights in the Covenant are said to derive requires that the term "housing" be interpreted so as to take account of a variety of other considerations, most importantly that the right to housing should be ensured to all persons irrespective of income or access to economic resources. Secondly, the reference in article 11 (1) must be read as referring not just to housing but to adequate housing. As both the Commission on Human Settlements and the Global Strategy for Shelter to the Year 2000 have stated: "Adequate shelter means ... adequate privacy, adequate space, adequate security, adequate lighting and ventilation, adequate basic infrastructure and adequate location with regard to work and basic facilities - all at a reasonable cost". (7. Na opinião do Comitê, o direito à habitação não deve ser interpretado em sentido estrito ou restritivo, que equipara-o ao, por exemplo, abrigo oferecido por ter apenas um teto sobre a cabeça, como se a pessoa parecesse uma mercadoria. Ao contrário, deve ser visto como o direito de viver em algum lugar de paz, segurança e dignidade. Isto é apropriado para, pelo menos, duas razões. Em primeiro lugar, o

Tal numeração não é exaustiva, e cita apenas alguns dos mais importantes tratados e declarações que visavam resguardar os direitos à propriedade e moradia, e diminuir a desigualdade no acesso a terra. Alguns outros tratados, não menos importantes, seriam: Declaração sobre Assentamentos Humanos de Vancouver de 1976, no ponto 8, da Seção II, e o Capítulo II (A.3); Declaração sobre Raça e Preconceito Racial de 1978, art. 9 (2); Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial de 1965, art. 5 (e) (III).

2.1.2 NA AMÉRICA LATINA

O fator histórico que mais contribui para desigualdades na América Latina foi a desproporcionalidade na repartição de terras.

*“A desigualdade na distribuição de terras na América Latina é um dos fatores responsáveis pelo exacerbamento da marginalização dos segmentos mais vulneráveis da população”*⁴⁹, ou seja, tal desequilíbrio na divisão da propriedade acentuou o contraste que existe nos dias de hoje, entre aqueles que dispõem de uma moradia digna, bem localizada, e que, além de gozar de boa estrutura física, serve de alicerce a ajudar

direito à habitação está integralmente ligada a outros direitos humanos e aos princípios fundamentais que a Convenção tem como premissa. Esse "a dignidade inerente à pessoa humana" a partir do qual os direitos sobre o Pacto são ditos derivar exige que o termo "habitação" deva ser interpretado de modo a ter em conta uma variedade de outras considerações, mais importante que o direito à moradia deva ser assegurado a todas as pessoas, independentemente da renda ou acesso a recursos econômicos. Em segundo lugar, a referência no artigo 11 (1) deve ser entendida como uma referência não só para habitação, mas a uma habitação adequada. Sendo assim, a Comissão de Assentamentos Humanos e da Estratégia Global para a Habitação até o Ano 2000 declararam: "meios de abrigo adequado ... privacidade adequada, espaço adequado, segurança adequada, iluminação e ventilação adequadas, infra-estrutura básica adequada e localização adequada no que diz respeito à proximidade do trabalho e facilidades básicas - tudo a um custo razoável ". tradução livre).

⁴⁹ ALFONSIM, Betânia e FERNANDES, Edésio (organizadores). Direito à moradia e segurança da posse no Estatuto da Cidade – diretrizes, instrumentos e processos de gestão. Editora Fórum, 2004, p. 18).

o ser humano a desenvolver suas potencialidades (já que possibilita a garantia de toda uma série de direitos fundamentais suficientes para assegurarem sua autonomia), e aqueles que se tornam cada vez mais expostos às violações dos Direitos Humanos, e, se distanciam cada vez mais do que seria o ideal de residência, a qual seja, um lar capaz de abraçar todas suas necessidades. A partir disto, pode se deduzir dois modos de habitar e desfrutar de uma propriedade: literalmente existem aqueles que “vivem” em sua moradia e aqueles que “sobrevivem” através dela. Embora seja usual usar tais expressões para se comparar dois modos de vida muito distintos, elas quase sempre são empregadas “soltas” nos textos, sem as devidas explicações e interpretações sociológicas cabíveis, ou são insuficientes para despertarem a reflexão no leitor. Mais tarde, será pormenorizado o modo de vida daqueles que “sobrevivem” através de um pequeno lote de terra, mas é necessário salientar desde o começo esse paralelo, tendo em vista que o modo como se deu a distribuição de terras na América Latina, é importantíssimo para se entender o que se aconteceu no Brasil (ainda que nossa história fundiária esteja permeada de algumas particularidades).

A falta de uma infra-estrutura básica em regiões não urbanizadas, determinou a proliferação de assentamentos precários e irregulares⁵⁰, em áreas inadequadas para a moradia, onde muitas vezes a propriedade não consegue cumprir suas funções mínimas.

“O crescimento vertiginoso da população urbana latino-americana é explicado em parte pela explosão demográfica, mas principalmente pelo êxodo rural, que se iniciou e se manteve devido à ausência de políticas consistentes de reforma agrária⁵¹”. A migração do campo para cidade atingiu seu auge

⁵⁰ O título de posse ou propriedade não era legalmente reconhecido e, na grande maioria das vezes, não eram respeitadas as normas de construção da cidade.

⁵¹ Op. cit. p. 19.

à partir de 1950, e foi motivada também, além de todo o exposto, pelas mudanças nas economias mundial e nacional.

Arremata-se ainda que, a desigualdade na distribuição de terras, em seu contexto histórico, é resultante de um fenômeno político característico da América Latina, marcado pelo domínio de oligarquias por políticos corruptos, tradições políticas paternalistas e clientelistas, além de um governo ineficiente para atender as demandas das minorias.⁵²

As cidades, a partir da segunda metade do século XX, passaram por um crescimento significativo, tornando-se uma preocupação do Governo o investimento em infra-estrutura para que os centros urbanos pudessem receber todo este contingente. “A *urbanização latino-americana foi marcada por reformas urbanas, por massivos investimentos em obras de infra-estrutura que expulsaram os pobres para as periferias como solução para eliminar epidemias, higienizar e abrir espaços*”.⁵³

E em virtude do crescimento cada vez mais descontrolado das cidades, o Estado passou a investir num sistema viário, energético e de construção civil, que pudesse suportar este rápido desenvolvimento urbano. Em consequência disso, a população que chegava à cidade servia de mão de obra que viabilizava o engrandecimento das cidades, porém ela recebia salários irrisórios já que era grande a oferta de mão de obra vinda do campo, e, com o salário mínimo que recebiam, só conseguiam comprar ou fazer suas residências nas periferias desses centros em crescimento. Tais residências, ermas quase sempre, eram desprovidas de acesso a água potável, de uma rede de esgoto ou infra-estrutura mínima para enfrentar as adversidades naturais.

E na tentativa de ordenar o uso e ocupação do solo, os

⁵² Realidade esta, que, com o surgimento das democracias sofreu significativa mudança, porém ainda são inúmeros os problemas não só em torno da desigualdade na distribuição da propriedade, como também no que diz respeito à sua qualidade

⁵³ Op. cit. p. 22.

governos acabaram por criar diferenciações nos preços daquelas propriedades mais bem localizadas, em relação às da periferia e em situação irregular, acabando por discriminar ainda mais estas. Nos dizeres de Leticia Marques Osório *“Esse diferencial no preço da terra segregou e excluiu territorialmente grande parte da população que não tinha condições de pagar por um terreno urbanizado e bem localizado”*. E ela atribui tal fator à forma de direcionamento das leis urbanas: *“As leis urbanas tinham a utopia de dirigir ordenadamente a ocupação do solo, com regras universais e genéricas, separando e hierarquizando usos, tipologias e padrões”*.⁵⁴

Quase todos os países da América Latina têm o direito à moradia como uma garantia prescrita na suas constituições. *“Entretanto, apesar do reconhecimento formal do direito à moradia pelos países, o problema habitacional na América Latina é grave, o que revela a existência de uma enorme distância entre as normas e as práticas”*.⁵⁵⁵⁶

2.1.3 NO BRASIL

⁵⁴ Op. cit. p. 28.

⁵⁵ Op. cit. p. 34.

⁵⁶ Em análise crítica do tema Leticia Marques trata a “segurança da posse”, como um diferencial a auxiliar na resolução dos problemas expostos neste capítulo. Sem a segurança da posse, o direito à moradia está em constante ameaça. Leticia Marques Osório, aponta a segurança da posse como um elemento crucial do direito humano à moradia, e, portanto, haveria a necessidade do direito proteger as diversas formas de uso e ocupação do solo, sendo essa uma das possíveis soluções para minimizar as adversidades derivadas da violação desta garantia. “Sem ela (segurança da posse) - independentemente se formal ou informal - o direito à moradia vai estar em constante ameaça, e o risco de despejo ou de deslocamento forçado será sempre iminente”. Ela poderia ser assegurada, à partir do momento em que os Estados reconheçam a diversidade de formas de uso e ocupação do solo. Há de se afirmar, independente do tipo de posse efetuada pelas pessoas, o direito a “permanecer no local onde residem com segurança e proteção contra despejos e desastres naturais”. Pode-se também citar os ensinamentos de Leticia Marques, enquanto breve diagnóstico do direito à propriedade na América Latina: “A despeito dos avanços obtidos nos últimos anos quanto ao fortalecimento do direito à moradia nas normas internacionais de direitos humanos e nas constituições nacionais, este direito continua a ser brutalmente violado”. (Op. cit. p. 35/36 e 39).

A atual situação fundiária do Brasil é reflexo de práticas que se arrastam desde a colonização do país. “*Nos primeiros anos de colonização do Brasil, seguiu-se a mesma organização jurídica baseada no sistema feudal, por meio da implantação do sistema de capitanias hereditárias*”.⁵⁷ O Brasil foi uma colônia de exploração de Portugal e sua terra foi dividida em lotes doados a quem tivesse o interesse de cultivar certo produto (principalmente a cana de açúcar). Tal prática, denominada de sesmarias,⁵⁸ fez com que grandes propriedades de terra passassem para as mãos daqueles que desejassem cultivar determinada monocultura direcionada ao mercado externo.

Já as pequenas propriedades surgiram pelas ocupações dos chamados posseiros, que nelas plantavam para sua subsistência (porém, elas eram tidas como ilegais).

Em 1820, tem fim o já esgotado sistema de sesmarias, e em 1850, é promulgada a Lei de Terras, que não deixou de resguardar interesses e privilégios de uma minoria. A terra passa a ser então um bem de domínio público, e não mais patrimônio do rei. Um dos principais pontos de tal medida dizia respeito à proibição do acesso à terra simplesmente pela ocupação. A terra agora só poderia ser obtida mediante venda (obviamente só os grandes proprietários conseguiam comprá-las, excluindo do acesso legal à terra, os menos desfavorecidos).⁵⁹

⁵⁷ SOUZA, Adriano Stanley Rocha. Direito das Coisas. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 66).

⁵⁸ “(...) a Lei das Sesmarias mantinha a propriedade da terra com a Coroa, intermediada pelos donatários que receberiam uma parcela de terras e a obrigação de distribuição da restante. A posse da terra distribuída estava vinculada ao cultivo, que, não sendo efetuado, devolvia à Coroa que poderia ceder a outro.” SÁ, Andrea Alves de, “O que foi feito de Vera? - Reflexão sócio-jurídica sobre a terra brasileira (in Diálogos sobre o direito civil – volume II / TERPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (organizadores) – Rio de Janeiro: renovar, 2008, p. 174).

⁵⁹ “LAURA BECK VARELA realizou pesquisa de fôlego acerca da evolução da propriedade em nossa nação, começando pela fundação do domínio eminente da coroa portuguesa, com gradual apropriação deste patrimônio pelos particulares por três vias: usucapião, carta de sesmarias e posses sobre terras devolutas, com evidente

Até o início da República a situação da terra não se alterou no Brasil, exceto pelo fato de que, as questões relativas à propriedade, passaram aos cuidados dos Estados em detrimento da Federação. E no âmbito estadual, os coronéis, eram os grandes responsáveis pela manutenção do *status quo*.

À partir de 1930, as elites agrárias começam a se enfraquecer e se alastraram nos campos movimentos relacionados à questão agrária (com destaque para as “ligas camponesas”). Em 1964, com as chamadas “reformas de base”, João Goulard demonstrou uma sensível preocupação com a questão agrária, mas todos os avanços conquistados em seu governo, no que diz respeito a uma facilitação do acesso à terra e a melhoria de condições para os trabalhadores rurais, foram travadas e retrocederam com o golpe militar de 1964.

Lado outro, na década de 50, o Brasil vivenciou uma urbanização mais acelerada, com destaque para a região sudeste do país. O maior propulsor de tal processo, sem dúvidas, foi a industrialização (principalmente) na supracitada região. Mas há de se reiterar outros fatores não menos importantes, como a mecanização do campo, expansão dos latifúndios (preocupados principalmente, em aumentar a produção para o mercado externo), a busca de melhores condições de vida nas cidades (trabalho, educação, saúde).

Entre as décadas de 60 e 70, mais da metade da população do Brasil já habitava os centros urbanos. Tal processo se deflagrou nos países desenvolvidos muito antes que no Brasil, logo após a Revolução Industrial.

O Brasil vivenciou esta situação mais tardiamente, porque era difícil tentar romper com a mentalidade empreendedora do país, sempre voltada para agricultura. Foram iniciativas como a do Barão e Visconde de Mauá,⁶⁰ as responsáveis por mu-

monopolização de terras pelos senhores de escravos, formando aquilo que até hoje conhecemos como ‘latifúndio’”. (ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves de. Direitos Reais. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 167).

⁶⁰ Em razão de suas importantes contribuições para a industrialização do país, Irineu

dar o rumo do nosso país. Logo, vieram os investimentos estrangeiros, voltados para promover melhorias na infra-estrutura das cidades, e expansão das indústrias, que corroboraram ainda mais com o processo de urbanização brasileiro.

O problema da terra no Brasil que se observa nos dias de hoje, entendendo-se por ele, a falta de uma moradia em que uma pessoa possa viver com dignidade, isto é, como um local seguro, com um mínimo de conforto e privacidade, tem suas raízes na época do descobrimento do Brasil e na forma como foi dirigido o acesso à terra.

Letícia Marques Osório atribui uma das causas que levaram à consolidação do atual contexto exposto, à discriminação das ações estatais voltadas para propriedade: *“Em geral, as leis e as políticas públicas criadas para tentar conter o crescimento desordenado das cidades eram discriminatórias e de cunho excludente, gerando mais pobreza e marginalização, analfabetismo, desemprego(...).”*⁶¹

Com isto, pode-se inferir que no século XX, o ordenamento urbanístico brasileiro, esteve em segundo plano, e, desde o início da história agrária do país a terra já tinha sua destinação ao mais abastados. A política que Brasil adotou neste último século no que tange tal questão, esteve por muitas vezes permeadas pelo improvisado, no intuito de remediar uma situação já estabelecida, e que quase na totalidade das vezes, trouxe resultado diverso do esperado, discriminando mais ainda o acesso à terra.

2.2 O DIREITO À MORADIA ENQUANTO FINALIDADE

Evangelista de Souza, recebeu em 1854 o título nobiliárquico de barão, e, em 1874, de Visconde de Mauá. Importante industrial, foi ele quem implantou no Brasil a primeira fundição de ferro e primeiro estaleiro, e construiu a primeira ferrovia brasileira.

⁶¹ ALFONSIM, Betânia e FERNANDES, Edésio (organizadores). Direito à moradia e segurança da posse no Estatuto da Cidade – diretrizes, instrumentos e processos de gestão. Editora Fórum, 2004, p. 19).

DO DIREITO À PROPRIEDADE

O artigo 22 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948 cita como fim da propriedade, a capacidade das pessoas alcançarem suas necessidades essenciais de *moradia adequada* e a manutenção de sua dignidade individual.⁶²

A Constituição Federal destaca no *caput* do seu art. 6º, o direito à moradia, enquanto garantia integrante dos direitos sociais.⁶³

Da leitura destes dispositivos, auferese que a moradia é uma das finalidades do direito à propriedade, uma vez que ambos caminham juntos. Não há como se discutir o direito à moradia, sem pensar também, no direito à propriedade, e vice-versa.

O art. 23, IX, da Magna Carta arremata que os Entes Federados devem em cooperação recíproca, promover programas de construção de moradias, além de promover a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.⁶⁴

É reconhecida a importância do direito à moradia, para a consolidação de todos os outros Direitos Humanos, principalmente, devido à natureza interdependentes destes direitos. O direito à moradia seria uma garantia fundamental ao desenvolvimento social dos indivíduos, no que se refere à melhoria na sua condição de vida e no que tange uma maior liberdade para se autodeterminar.

⁶² Art. 23 “Toda pessoa tem direito à propriedade particular correspondente às necessidades essenciais de uma vida decente, e que contribua a manter a dignidade da pessoa e do lar”.

⁶³ Art. 6º “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010)

⁶⁴ Art. 23. “É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”.

José Afonso da Silva, com brilhantismo, assevera que:

“o direito à moradia ‘significa ocupar um lugar como residência; ocupar uma casa, apartamento, etc., para nele habitar. No ‘morar’ encontramos a idéia básica de habitualidade, o permanecer ocupando uma edificação, o que sobressai com sua correlação como o residir e o habitar, com a mesma conotação de ocupar um lugar permanente. O direito à moradia não é necessariamente o direito à casa própria. Quer-se que se garanta a todos um teto onde se abriguem com a família de modo permanente, segundo a própria etimologia do verbo ‘morar’, do latim *morari*, que significava ‘demorar’, ‘ficar’. Mas a casa própria constituiu o meio mais efetivo de efetivação do direito à moradia, cujo conteúdo envolve não só a faculdade de ocupar uma habitação, mas também a habitação de dimensões adequadas, em condições de higiene e conforto e que preservem a intimidade pessoal e a privacidade familiar, como se vê na Constituição Portuguesa (art. 65). Lazer e recreação são funções urbanísticas. (...) Ambos requerem lugares apropriados, tranquilos, repletos de folgedos e alegrias.”⁶⁵

O direito à moradia impulsionou também as discussões acerca da impenhorabilidade do bem de família na execução fiscal, que culminou na promulgação da Lei 8.009/90, que resguarda este bem.

Destacando a finalidade social da Lei, que protege o direito à moradia, a i. desembargadora Sandra Moreira destacou que

“o referido diploma legal foi concebido tendo como objetivo assegurar o direito fundamental à moradia. Há sensível fim social presente na Lei 8.009/90, que confere ao devedor o mínimo para uma existência digna, protegendo-lhe sua moradia e de sua família. A Lei 8.009 merece, portanto, interpretação ampliativa no sentido de assegurar o direito social à moradia, protegido constitucionalmente, pelo art. 6º da Constituição Federal.”⁶⁶

Logo, é de suma importância destacar, que em virtude de sua natureza, o Estado deve ter papel de destaque na efetivação

⁶⁵ CARVALHO, *Direito Constitucional*. p.930/931.

⁶⁶ Apelação cível nº 1.0518.06.103466-7/001 TJMG, julgada em 31/05/2011.

do direito a moradia:

“os direitos sociais visam a uma melhoria das condições de existência, através de prestações positivas do Estado, que deverá assegurar a criação de serviços de educação, saúde, habitação, dentre outros, para a sua realização. Enquanto que os direitos individuais empõem uma abstenção por parte do Estado, preservando a autonomia dos indivíduos, os direitos sociais, como se mostrou, reclama ‘atividades positivas do Estado, do próximo e da própria sociedade, para subministrar ao homem certos bens e condições. Em contraste com os chamados direitos individuais, cujo conteúdo é um ‘não fazer’, uma ‘não violar’, uma ‘não prejudicar’, por parte das demais pessoas e sobretudo das autoridades públicas, resulta que, pelo contrário, o conteúdo dos direitos sociais consiste em ‘uma fazer’, ‘um contribuir’, ‘um ‘ajudar’, por parte dos órgão estatais.”⁶⁷

Sobre o tema, Alexandre de Moraes complementa trazendo que os “*direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado social de Direito*”, e teriam por finalidade “*a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV da Constituição Federal*”.⁶⁸

Logo, é dever do Estado efetivar a garantia da moradia. Existem apenas alguns dispositivos esparsos que regulam a maneira de fazê-lo, a exemplo do art. 23, IX, da Constituição Federal. Neste contexto, impende asseverar que não só a propriedade de um imóvel pode assegurar a moradia, como sua posse também é capaz de resguardar esta garantia.

2.3 REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO À PROPRIEDADE

⁶⁷ CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional. 16ª edição – Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 931

⁶⁸ MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 19ª edição – São Paulo: Atlas, 2006, p 177.

O Brasil sempre enxergou a questão relativa à propriedade pelo prisma individualista do direito privado. A Administração Pública esteve à margem do Direito Civil na solução dos conflitos relativos à propriedade. Enquanto isso, naturalmente se desenrolava o processo de marginalização da sociedade, já que a valorização dos imóveis nos centros e seu entorno (providos de infra-estrutura) empurravam cada vez mais a população mais carente para as periferias.

O Estado por eximir-se de seu dever de edificar uma boa infra-estrutura também nestas regiões, foi coadjuvante do processo de consolidação de assentos informais, clandestinos e precários nas cidades. A propriedade, enquanto direito real por excelência, foi por muito tempo interpretada somente à luz do art. 1228 do Código Civil brasileiro⁶⁹. Porém, como não poderia deixar de ser, esta noção foi evoluindo, deixando de lado a perspectiva individualista, e, somente na sua recente história, passou a receber uma conotação diferente, com ênfase na coletividade e no seu fim social.

A finalidade social dinamita o caráter de intangibilidade que sempre perpassou este direito. O que surge é uma condicionante para o exercício do direito à propriedade, a qual seja, o cumprimento de sua função social, que subordina o interesse individual ao coletivo.

Surge em 2001 a Lei 10. 257 que além de regulamentar os artigos 182 e 183⁷⁰ da Constituição Federal, estabelece as

⁶⁹Art. 1.228 O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

⁷⁰Art. 182 - A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. § 1º - O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. § 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. § 3º - As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro. § 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos

diretrizes gerais da política urbana, com destaque à consagração do uso da propriedade urbana para o atendimento do interesse coletivo.

3 OCUPAÇÕES – O CONFLITO ENTRE OCUPANTES LEGITIMADOS PELA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE X A INEFICIÊNCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

3.1 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

“A primeira vez (...) que a idéia de ‘função social da propriedade’ pode entre nós ser extraída de um texto constitucional foi com a Carta de 1934. Ao comentar o art. 113,17, que estatuiu ser garantido o direito de propriedade que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello observa que ‘embora não afiliando a propriedade ao cumprimento de um interesse social, opõe-se a ela uma barreira: a vedação de que o correspondente direito seja utilizado em desacordo com o interesse social coletivo.’”⁷¹

Versa o inciso XXIII, do art. 5º, da CF “*que a proprie-*

termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: *I* - parcelamento ou edificação compulsórios; *II* - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; *III* - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Art. 183 - Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. § 1º - O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. § 2º - Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez. § 3º - Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

⁷¹ JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa Wagner. “O novo código civil e a propriedade à serviço da política urbana”. (FILOMENO, José Geraldo Brito, JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa Wagner e GONÇALVES, Renato Afonso, coordenadores. O Código Civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do Código Civil nos demais ramos do Direito – Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 195).

dade atenderá a sua função social” (grifo). A importância de tal conceito é vital para se entender a regulamentação da questão da propriedade na atualidade, pois é ele que imprime a noção de coletividade a este direito, sendo também, uma condicionante para seu lícito exercício.

Obviamente, por não ter uma definição expressa na Carta Máxima brasileira, a função social da propriedade dá margem a diversas interpretações, o que não quer dizer que inexistam um núcleo central do qual se possa extrair um conceito fundamental.

A função social da propriedade, como já foi dito, é uma submissão do interesse pessoal ao coletivo, é uma garantia de que aquele que detém a propriedade lhe dará uma destinação que tem por base o bem estar geral em detrimento de interesses pessoais.⁷²

Ou seja, sua utilização tem de estar em consonância com os demais preceitos constitucionais, obedecer suas finalidades sociais e econômicas e possibilitar a efetivação dos princípios mais fundamentais, como a dignidade da pessoa humana.

Roberta Mauro, grande estudiosa do tema, com brilhantismo, preleciona que *“afirmar que a propriedade deve atender à sua função social (art. 5º, XXIII), significa conferir tutela jurídica a este direito na medida em que o proprietário o exercer de modo a atender os objetivos e anseios do legislador constituinte”*. Acrescenta a autora que, *“neste sentido, as regras sobre propriedade passam a revelar uma decisão coletiva a respeito de ‘quem deve ser o titular do direito’”*.^{73,74}

⁷² “A função social corresponde, portanto, a um poder-dever do proprietário, que deverá adequar o exercício de seu direito aos interesses coletivos”. MAURO, Roberta, “A propriedade na Constituição de 1988 e o problema do acesso aos bens (in Diálogos sobre o direito civil – volume II / TERPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (organizadores) – Rio de Janeiro: renovar, 2008, p. 37).

⁷³ Op. cit. p.36.

⁷⁴ Acrescenta Roberta Mauro que: *“Ao enfrentar a questão, Eroulths Cortiano Junior entende que, por estar a relação jurídica de propriedade submetida a uma função social, o não-proprietário torna-se mais importante que o proprietário,*

José Carlos de Freitas considera anormal o uso da propriedade quando “está aquém do que pode o imóvel proporcionar, segundo sua função social”. Explica:

Vale dizer, o não-uso ou a subutilização da propriedade é uso anormal, desde que possa gerar conflitos de vizinhança, prejuízos de ordem coletiva ao bairro ou à cidade, ou mesmo quando contrarie o plano diretor, que estabelece sua função social (art. 182, §2º, CF).⁷⁵

Logo,

“para atender sua função social, a propriedade deverá andar junto com os interesses coletivos, não podendo sobrepor-se a eles. Se, por uma lado, as limitações à propriedade interferem no exercício do direito de propriedade, a função social é um princípio que condiciona e afeta a propriedade em sua estrutura. Ela é condicionante do próprio direito de propriedade, e não apenas do seu exercício.”⁷⁶

3.2 OCUPAÇÕES

3.2.1 ALGUNS EXEMPLOS DE OCUPAÇÕES

Como já foi observado no desenvolvimento das cidades, restaram muitos excluídos do espaço urbano que procuram se integrar socialmente a ele. Dos que se encontram nesta situação de injustiça social, alguns optam por esperar décadas em filas de espera por uma casa em programas de habitação, enquanto outros se organizam em movimentos sociais à procura de um

sobretudo no que tange ao estatuto de acesso aos bens. Isso ocorre porque a relação entre o bem e o seu titular não é mais impermeável aos interesses de terceiros, sendo por estes contaminada quando os mesmos se mostram capazes de refletir os valores e objetivos previstos na Constituição Federal”. (Op. cit. p. 36).

⁷⁵ FREITAS, José Carlos. “Dos direitos de vizinhança e o direito urbanístico”. (FILLOMENO, José Geraldo Brito, JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa Wagner e GONÇALVES, Renato Afonso, coordenadores. O Código Civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do Código Civil nos demais ramos do Direito – Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 168).

⁷⁶ MATTOS, Liana Portilho. “Limitações urbanísticas á propriedade. (Direito urbanístico e política urbana no Brasil. FERNANDES, Edésio (organizador). Belo Horizonte: Dela Rey, 2001, p. 63).

local abandonado que seja adequado para se instalarem.

Em dezembro de 2011, o IBGE noticiou que em 2010 que 6% da população do país (11.425.644) residiam nos chamados aglomerados subnormais, que incluem as favelas e ocupações. O instituto ainda afirma que estes aglomerados são um conjunto de no mínimo 51 unidades habitacionais, frutos da ocupação ilegal da terra.⁷⁷

Destarte, a violação do direito fundamental à moradia é uma realidade que não pode ser ignorada, e que abarca uma boa parte da população brasileira.

Arremata-se ainda, que a pesquisa do IBGE ilustra aqueles que já se encontram em favelas ou ocupações, sendo que ainda existe uma boa parte de pessoas que vivem nas ruas, ou em condições mais precárias ainda. As ocupações, então, foram a alternativa encontrada por grupos sociais para viverem com um mínimo de dignidade.

Do grande déficit habitacional que existe em São José dos Campos (SP), surgiu a ocupação Pinheirinho, que contaria com mais de 9 mil integrantes. A ocupação surgiu em 2004 e é qualificada com a maior da América Latina.

Em Belo Horizonte, não são poucas as ocupações existentes que podem ser citadas, a exemplo da Camilo Torres, Irmã Dorothy (ambas no barreiro), Dandara (Céu Azul) e Torres Gêmeas.

3.2.2 A OCUPAÇÃO DANDARA

3.2.2.1 O QUE É E COMO SURTIU

A Ocupação Dandara teve início na madrugada de 9 de abril de 2009, quando, cerca de 150 famílias, tomaram posse de um imóvel a algum tempo abandonado, de cerca de 400.00

⁷⁷ Mais informações em <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/12/brasil-tem-114-milhoes-morando-em-favelas-e-ocupacoes-diz-ibge.html> acessado em 10/02/2012.

metros quadrados, registrado em nome da Construtora Modelo. A área, localizada na confluência dos municípios de Contagem, Belo Horizonte e Ribeirão das Neves, no bairro Céu Azul, foi limpa e cercada pelos sem-tetos, que lá edificaram seus barracos.

O nome de batismo remete à companheira de Zumbi dos Palmares, e ação empreendida pelos sem-tetos faria parte de um movimento denominado de “Abril Vermelho”, o qual reforçaria as lutas sociais pela função social da propriedade e, teria sido realizado congregando-se forças do Fórum de Moradia do Barreiro, Brigadas Populares e MST.

Em seus primeiros momentos a Comunidade Dandara teria enfrentado muitos problemas (que não cessaram logo, ou ainda, subsistem no atual estágio dela, mesmo já havendo se passado mais de três anos). Entre eles estariam o grande contingente de famílias que, logo depois de seu surgimento, se dirigiram para lá; a dificuldade de acesso a serviços básicos, como saneamento, água e luz; a ação do Estado visando reprimir seus moradores, impedir a entrada de materiais e o desenvolvimento da Ocupação e; a decisão de reintegração a favor da Construtora.

Esse é apenas um breve retrato da Dandara logo depois de sua constituição. Muitas dessas dificuldades permanecem até hoje, e o entrave judicial que então se estabeleceu teve fim tão somente em fevereiro de 2013, em decisão que apreciando uma questão de competência, acabou por garantir o direito dos moradores de permanecer no terreno ocupado.

E é a partir deste quadro que será trabalhado o embate entre o direito social à moradia e o direito fundamental à propriedade, citando-se alguns detalhes judiciais do caso, para enfim chegar-se a uma conclusão da direção em que devem caminhar as decisões judiciais, para sanar os desequilíbrios surgidos em conflitos como este.

3.2.2.2. DO ENTRAVE JUDICIAL

A i. des. Vanessa Verdolim, no julgamento do agravo de instrumento nº 1.0024.10.035660-9/001, bem relatou o andamento processual da ação de civil pública movida pela Defensoria Pública, representante da Comunidade Dandara e da ação de reintegração de posse intentada pela Construtora Modelo. *Ipsis Litteris*.

“A agravada, Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, ajuizou ação Civil Pública contra a agravante, o Estado de Minas Gerais e o Município de Belo Horizonte, afirmando que o imóvel em questão não cumpre sua função social, com o direito à moradia exercido pelas mil famílias da Comunidade Dandara, tendo como pedido principal, a abstenção imediata de qualquer interferência física no imóvel, incluindo a remoção das famílias.

Verifica-se dos autos que a Defensoria Pública, na inicial da ação civil pública, alegou que a Comunidade Dandara está instalada no imóvel desde abril de 2009, tratando-se, portanto, de posse recente. Alegou, também, que o imóvel se encontra abandonado há mais de 12 anos.

A agravante, Construtora Modelo, ajuizou antes ação de Reintegração de Posse contra os moradores da Comunidade Dandara, tendo sido deferida a liminar.

Posteriormente, foi interposto agravo de instrumento contra a liminar concedida, sendo que o Desembargador Tarcísio Martins da Costa, sobrestou o julgamento do recurso devido a existência de Mandado de Segurança a ser julgado pelo órgão especial desta Corte de Justiça. No entanto, foi denegada a segurança no Mandado de Segurança nº. 1.0000.09.499331-8/000, impetrado com o fim de revogar a liminar concedida na ação de Reintegração de Posse, subsistindo esta até o momento.

Foi decidido pela Corte Superior o Writ, que restou assim ementado:

MANDADO DE SEGURANÇA - AGRAVO DE INSTRUMENTO - LIMINAR - FOCO PRÓPRIO, ESPECÍFICO E DELIMITADO - ILEGALIDADE E/OU ABUSO DE PODER - INOCORRÊNCIA - QUESTÕES DE FUNDO (DIREITO MATERIAL), EMINENTEMENTE MERITÓ-

RIAS - OBJETO DE AÇÃO (COGNITIVA) POSSESSÓRIA - COMPETÊNCIA DA UNIDADE DE DIREITO PRIVADO (RITJ, art.19, II) - EXAME INVASIVO E ANTECIPADO - INADMISSIBILIDADE - AFRONTA A DIREITO LÍQUIDO E CERTO - INOCORRÊNCIA - CORREÇÃO FUNDAMENTAL - DESCABIMENTO - ORDEM DENEGADA.

1. O ato, reputado ilegal, pertine à decisão (liminar), proferida em agravo de instrumento, cujo caráter exige exame condicionado, específico e delimitado, pena de desvirtuamento do foco que lhe é próprio, redundando em exame invasivo e antecipado de questões de fundo (direito material), eminentemente meritórias, que são próprias ao objeto da ação (cognitiva) possessória, em curso na primeira instância. 2. Se o 'writ', dirigido à Corte do TJ, ataca decisão de um Desembargador, de uma das Câmaras de Direito Privado, a decisão, nele proferida pelo Colégio Maior, limitar-se-á à possível ofensa aos princípios da legalidade ou abusividade. Ou, ainda se seu prolator decidiu teratologicamente. No caso, isto não ocorreu, vênua máxima. 3. Pois, o fulcro meritório da 'quaestio iuris' diz, em síntese, respeito a uma questão possessória. Contudo, o 'writ' não é sucedâneo de ações possessórias, como restou definido pelo STJ, 4ª T., no julgamento do RMS nº 431- RJ, relator o Min. Athos Carneiro, j, em 14/08/90, DJU de 10.09.90, p.9.129. 4. É, assim, equivocado o propósito de se buscar, neste Colégio Maior (Corte Superior), a solução possessória por mais complexa seja, ressaindo à uma das unidades de Direito Privado deste Sodalício a competência plena para tanto, até porque lá flui o feito, ora paralisado por força de uma liminar, deste relator. Denegaram a segurança, por maioria. (MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.0000.09.499331-8/000 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - IMPETRANTE(S): TERESINHA DA ROCHA, ANA PAULA LIMA DA COSTA - AUTORID COATORA: DESEMBARGADOR RELATOR DO A.I. 1.0024.09.545746-1/001 - LITISCONSORTE(S): CONSTRUTORA MODELO LTDA - RELATOR: EXMO. SR. DES. NEPOMUCENO SILVA).

Aquele mandamus foi interposto em face de decisão do MM. Juiz de Direito de 1º grau que em ação de reintegração de posse movida pela Construtora Modelo deferiu liminar "para reintegração da Construtora Modelo Ltda. na posse do

conjunto de imóveis descritos na inicial, componente do empreendimento denominado 'Loteamento Trevo', suficientemente caracterizado nos documentos de fls. 65/79", conforme ressaltado naquele julgamento.

Note-se que houve o Agravo de Instrumento de n. 1.0024.09.545746-1/001 e o ilustre plantonista Desembargador Mota e Silva em 20/04/2009 proferiu a seguinte decisão interlocutória

"(...) Diante disso, bem como de evidente prejuízo às agravantes e demais ocupantes do imóvel, hei por bem em deferir o efeito suspensivo postulado (...)"

Como se vê, bem próximo à ocupação já providenciara a Construtora Modelo a sua reintegração na posse do imóvel.

Houve naquele agravo de instrumento pedido de reconsideração e o Relator, Desembargador Tarcisio Martins Costa, em juízo de retratação, concedeu a liminar de reintegração de posse à Construtora, mantendo a r. decisão agravada de 1º grau, razão pela qual, revogou a decisão proferida pelo Em. Plantonista, restabelecendo o status quo ante, em 05/06/2009.

Esta a decisão

"Delineados, portanto, os requisitos autorizadores da concessão da liminar de reintegração de posse, impõe-se manter, por ora, a r. decisão agravada, razão pela qual, rogando vênha, revogo a decisão proferida pelo Em. Des. Plantonista, restabelecendo o status quo ante."

Em 31 de agosto de 2009, o eminente Relator daquele agravo determinou o sobrestamento do recurso, até o julgamento definitivo do writ, pelo Órgão Especial desta Eg Corte de Justiça.

Após o julgamento pela Corte, o em. Relator Desembargador Tarcisio Martins Costa deu prosseguimento àquele agravo, seguindo-se as informações Prestadas pelo Juiz de Direito e contraminuta pela parte agravada, encontrando-se os autos conclusos desde 13/08/2010, conforme pesquisa feita em 21/11/2010.

Em primeiro grau a ação ainda se encontra em andamento, após ter sido de novo movimentada após a decisão do writ."

Esta é a síntese dos fatos. Acrescenta-se que posteriormente, em tramitação no primeiro grau foi deferida a reintegra-

ção em favor da Construtora, decisão que determinou ainda, o despejo das famílias em setembro 2011. Contudo, em julgamento realizado em fevereiro de 2013 foi mantida liminar em favor dos moradores da Comunidade Dandara, possibilitando a permanência dos mesmos na Ocupação, com a decisão da des. Vanessa Verdolim, que decidiu questão de competência existente no primeiro grau de jurisdição. A decisão foi assim ementada:

EMENTA: AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE - "COMUNIDADE DANDARA" - CONCESSÃO DE LIMINAR - POSTERIOR REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO DA VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL, POR CONEXÃO - REVOGAÇÃO DA LIMINAR - AVALIAÇÃO DE NOVO CONTEXTO FÁTICO E PROCESSUAL - POSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE PRECLUSÃO PARA O JUIZ - DECISÃO MANTIDA. - Sem prejuízo não há nulidade, conforme dispõe o art. 249, § 1º do CPC.

-A revogação de decisão concessiva de liminar, pelo magistrado competente, não encontra nenhum impedimento nas normas de regência, independentemente do lastro em tutela de urgência ou de evidência, desde que devidamente fundamentada e abalizada em modificação superveniente dos aspectos que relevam à apuração dos pressupostos contidos na lei. Precedentes do STJ.

- O magistrado competente para o julgamento de ações conexas poderá revogar a liminar concedida por outro juízo antes da remessa dos autos, considerando que avaliará substrato material e processual mais amplo do que o sopesado na oportunidade do deferimento. (Processo nº 0006561-86.2012.8.13.0000, des. Vanessa Verdolim Hudson de Andrade, julgado em 19/02/2013).

Por fim, assinala-se que tramita na Câmara dos Vereadores de Belo Horizonte o Projeto de Lei 1271/2010, de autoria do vereador Adriano Ventura, para que a área seja declarada de interesse social para fins de desapropriação.

3.3 DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À MORADIA NAS

GRANDES OCUPAÇÕES URBANAS

3.3.1. DO USUCAPIÃO COLETIVO.

O termo conflito pode ser definido como desacordo de desejos, opiniões e valores, desavença, colisão. Mas é de se ressaltar que os conflitos não são necessariamente negativos, é a forma pela qual ele vai ser encarado que pode torná-lo negativo ou positivo. O conflito pode ser um trampolim para o desenvolvimento, para paz e o equilíbrio. Ele pode ser um estímulo ao pensamento crítico e criativo, pode promover a capacidade de tomar decisões, incentivar o respeito às diferenças e melhorar relacionamentos, além de poder propiciar a autocompreensão.

Logo, o conflito que existe entre ocupantes e proprietários é o desequilíbrio da garantia da moradia efetivada através da posse, face o direito à propriedade. Roberta Mauro preleciona que o instituto da posse transcendeu a noção trazida por Savigny, de que ela consistiria na exteriorização do direito à propriedade, e que, sempre estaria intimamente ligada ao dever de devida proteção ao direito à propriedade. O constituinte de 1988, definiu novo norte ao estatuto da posse, trazendo para ele, a noção de função social da propriedade. Roberta Mauro traz que a posse “(...) *inspira-se hoje em outras preocupações do legislador constituinte, tais como erradicação da pobreza e a remoção das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III, Cf), bem como a proteção do direito à moradia (art. 6º, caput)*”.⁷⁸

Acrescenta a autora ainda que, o instituto da posse, antes visto apenas como exteriorização do domínio, é hoje interpretado à luz de valores constitucionais, sendo o principal meio de

⁷⁸MAURO, Roberta, “A propriedade na Constituição de 1988 e o problema do acesso aos bens (in Diálogos sobre o direito civil – volume II / TERPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (organizadores) – Rio de Janeiro: renovar, 2008, p. 43).

acesso a bens (como a propriedade), vez que permite concretamente que o direito à moradia e a remoção das desigualdades sociais deixem de ser aspirações, esperanças inalcançáveis, idéias distantes do legislador constituinte.⁷⁹

Visando ainda resguardar o direito à moradia e possibilitar sua efetivação através da posse, em seu art. 10, o Estatuto da Cidade introduziu a modalidade de usucapião coletivo⁸⁰, um facilitador a resguardar o acesso a terra a ocupantes de baixa renda.

Na lição de Sílvio de Salvo Venosa sobre o tema:

“O intuito da lei, como se nota, é atingir populações de baixa renda, embora a lei não diga o que se entende por baixa renda. A lei cria, portanto, modalidade de usucapião coletivo, atendendo à pressão social das ocupações urbanas. Possibilita que a coletividade regularize a ocupação, sem os entraves e o preço de uma ação individual de usucapião. Como já apontamos, a ocupação de terrenos sempre foi a modalidade mais usada pela população urbana. A lei exige que a área tenha mais de duzentos e cinqüenta metros quadrados, com ocupação coletiva, sem identificação dos terrenos ocupados. Na prática, até que os terrenos podem ser identificados; ocorre que essa identificação mostra-se geralmente confusa ou inconveniente nesse emaranhado habitacional⁸¹. Note também

⁷⁹ Op. cit. p. 44.

⁸⁰ Art. 10. As áreas urbanas com mais de duzentos e cinqüenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

⁸¹ Em sentido contraposto, José dos Santos Carvalho Filho afirma que “*Se numa comunidade, por acaso, os indivíduos exercerem a posse sobre terrenos com definição clara, sendo possível identificar o possuidor e a área que ocupa, não incidirá o usucapião coletivo, mas sim o individual*”. (Comentários ao Estatuto da cidade – 3ª edição – Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2009, ps. 133/134). Sendo assim, aufere-se que o mais sensato é aplicar o entendimento de Venosa, vez que, como bem destaca o autor, embora inviável, pode-se, na prática, identificar os terrenos ocupados por cada possuidor. Neste sentido o i. des. Marcelo Rodrigues já destacou no julgamento da apelação cível nº 1.0086.07.019282-7/001, em 28/09/2011 que “*Tal modalidade de usucapião decorre de que os usucapientes pretendem o reconhecimento do domínio sobre o todo e não sobre a parte que cada um ocupa individualmente, instituin-*

que a área deve ser particular, pois a Constituição da República é expressa em proibir o usucapião de terras públicas.

Cumprir notar que esse dispositivo apresenta-se sob a mesma filosofia e em paralelo ao art. 1.228, §4º, do Código Civil, referindo no Capítulo 8, o qual admite que o proprietário pode ser privado do imóvel que reivindica, quando este consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico. Aqui não se menciona que o dispositivo dirige-se a pessoas de baixa renda. Geralmente o será.

Em ambas as situações encontramos a busca pelo sentido social da propriedade, sua utilização coletiva.”⁸²

Ressalta-se que grande parte das ocupações não se encaixam nessa hipótese de usucapião, já que para que seja reconhecido o usucapião coletivo e estritamente necessário a observância de todos os requisitos e pressupostos do dispositivo, como o tamanho da área superior a 250 m², o prazo mínimo de 5 anos de posse ininterrupta e sem oposição⁸³, a não propriedade de outro imóvel urbano ou rural e a baixa renda dos ocupantes⁸⁴

do um condomínio indiviso. Também não é por acaso que o §3º do mesmo dispositivo determinar que o juiz atribuirá igual fração de terreno a cada possuidor, não obstante a dimensão do terreno que cada um ocupa. E ainda: “ Ocorre que no caso, como ponderado pelo sentenciante, apesar de os apelantes afirmarem a posse de lotes determinados, ou seja, já é possível a identificação dos terrenos ocupados por cada possuidor, em manifesta afronta ao art. 10 da Lei 10.257, de 2001, (...) o simples fato de estarem, em tese, na mesma situação jurídica, qual seja, serem possuidores de lotes individualizados em mesma zona urbana, não lhes garante o direito de usucapião coletiva se a pretensão na verdade não se prende ao todo, mas sim a cada lote ocupado individualmente e suas dimensões. Definitivamente, não estão a pretender a comosse, mas a posse individualizada (...)”

⁸² (VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direitos reais - 9ª edição - São Paulo: Atlas, 2009, p. 217).

⁸³ Saliencia-se que a não oposição do proprietário, nos casos das grandes ocupações, é quase impossível de inexistir.

⁸⁴ “Não seria mesmo nenhuma heresia afirmar que as circunstâncias relativas ao local e às condições de moradia por si mesmas já dariam margem ao reconhecimento da situação de baixa renda. Cuida-se, no caso, de presunção júris tantum, que só perdura até comprovação do contrário.” (FILHO, José dos Santos Carvalho. Comentários ao Estatuto da cidade – 3ª edição – Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2009, p.

(critério este, aferido pelo juiz). “*Por último, deve aplicar-se ao usucapião coletivo a mesma restrição dirigida àquele que pretende o reconhecimento do usucapião individual, prevista no art. 9º, §2º, do Estatuto: o direito não poderá ser reconhecido mais de uma vez. Conquanto a restrição não tenha sido incluída no, relativa ao usucapião coletivo, é clara a disposição contida no art. 183, § 2º, da Constituição: ‘Este direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez’*”⁸⁵.

3.3.2. DA LEGITIMIDADE DAS OCUPAÇÕES EM VISTA A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E INEFICIÊNCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.

3.3.2.1. O DEVER DO ESTADO.

Como já arrematamos, o direito à moradia, em se tratando de um direito social, exige prestações positivas do Estado para sua efetivação.

Em vista o modelo urbanístico que sempre preponderou no Brasil, modelo este que excluiu um contingente muito grande de pessoas do acesso à terra, o legislador de 88 instituiu regras para disciplinar a atividade urbanística, de forma que esta se desenvolva a contento, superando assim, o *status quo* conservador e arcaico da distribuição e acesso à terra no Brasil.⁸⁶ Destarte, o capítulo II, do Título VII, da Carta Magna, disciplinou diretrizes da Política Urbana, determinando assim, um norte para as ações do Estado direcionadas a resguardar e efetivar

133).

⁸⁵ Op. cit. p. 134.

⁸⁶ JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa Wagner. “O novo código civil e a propriedade à serviço da política urbana”. (FILOMENO, José Geraldo Brito, JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa Wagner e GONÇALVES, Renato Afonso, coordenadores. O Código Civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do Código Civil nos demais ramos do Direito – Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 202).

o direito à moradia. A Lei 10.257 também foi um importante marco regulatório do tema. Logo, o Estatuto da Cidade é a lei que fixa diretrizes gerais para que o Município obedeça na execução da política de desenvolvimento urbano, conforme prescreve o *caput* do art. 182, da Constituição Federal.⁸⁷

Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior em comentário ao art. 182 do Diploma Constitucional, arremata que “(...) *a política de desenvolvimento urbano teria por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, garantindo o bem estar de seus habitantes, servindo-se o plano diretor como instrumento básico. E o dado que aqui particularmente nos interessa é a conclusão de que a regulamentação da utilização da propriedade urbana mostra-se um elemento fundamental para a implementação de uma política urbana satisfatória*”.⁸⁸ O §2º do dispositivo em comento consigna a forma como a propriedade urbana cumpre sua função social.⁸⁹

A função do Estado de regulamentar a política urbana deve ser lida à luz do parágrafo único, do art. 1º, do Estatuto da Cidade.

“Extraí-se, aqui, desde logo, a comprovação de que o legislador entendeu a íntima ligação entre *a regulamentação da política urbana* e o *uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo*.”⁹⁰

Ao discorrer sobre os objetivos da política urbana tratada no texto constitucional, dentre eles a necessidade de propiciar o pleno desenvolvimento das funções da cidade e o bem-estar dos cidadãos, José dos Santos Carvalho Filho manifesta que:

“Para alcançar tais objetivos, todavia, é mister que várias ações, programas, projetos e planos sejam implementados

⁸⁷ Art. 182 - A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

⁸⁸ Op. cit. p. 203.

⁸⁹ § 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

⁹⁰ Op. cit. p. 205.

pelo Estado e pela coletividade, irmanados em inafastável elo de cooperação. Não obstante, se é inegável a importância do papel desempenhado pelos indivíduos nesse processo, isoladamente ou representados por entidades da sociedade civil, com muito maior razão *será preponderante a função exercida pelo Poder Público, porque este, além de poder instituir regras e condutas de modo coercitivo a todas as pessoas, possui todas as condições de solucionar os litígios que eventualmente possam surgir entre titulares de interesses contrapostos*. É nesse ponto que se torna cabível exigir do Poder Público a observância do postulado segundo o qual em caso de conflito entre o interesse público e o privado é aquele que deve prevalecer, conforme já averbamos alhures.

O conjunto de todos esses elementos que visam, em última instância, à ocupação mais organizada dos espaços habitáveis é que se configura como política urbana”.⁹¹ (destaquei)

O art. 2º do Estatuto da Cidade aponta os fins a que se deve destinar a política urbana, os quais não podem contrair os preceitos contidos neste dispositivo. Carvalho Filho divide estas diretrizes elencadas no art. 2º em diretrizes governamentais, sociais, econômico-financeiras, relativas ao solo urbano e jurídicas. Como o objeto deste capítulo do presente artigo são os deveres do Estado para resguardar o direito à moradia, nos atentaremos apenas às diretrizes governamentais, que, bem como assevera o mencionado autor, são “*aquelas que a lei urbanística dirige ao Poder Público, obrigando-o a adotar as medidas que se façam necessárias à instituição, preservação ou restauração da ordem urbanística*”, e às diretrizes relativas ao solo urbano, que “*correspondem aos vários instrumentos destinados ao processo de uso e ocupação do solo urbano*”⁹² A importância dessas medidas reside na função urbana que representam, qual seja a de proporcionarem melhores condições para a ocupação dos espaços habitáveis. Carvalho Filho classifica como diretrizes governamentais as reguladas pelos incisos

⁹¹ (Comentários ao Estatuto da cidade – 3ª edição – Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2009, p. 12).

⁹² Op. cit. os. 24/25.

IV, V, VII, VIII, XII, e XVI, nos interessando neste estudo, particularmente, a tratada no inciso IV⁹³, e, como diretrizes relativas ao solo urbano, as elencadas nos incisos VI⁹⁴ e XIV⁹⁵, sendo importante aqui, traçar considerações acerca das duas.

A diretriz do descrita no inciso IV “*não se trata do planejamento tomado como processo de natureza meramente técnica, mas sim do planejamento jurídico, aquele que já consta do direito positivo e espelha uma obrigação de fazer para autoridades públicas, e não apenas uma ação dependente de sua boa vontade.*”⁹⁶

O mestre Edésio Fernandes parece comungar deste entendimento, quando afirma que:

“(…) o que a Constituição de 1988 e o Estatuto da Cidade propõem é uma mudança de “olhar”, substituindo o princípio individualista do Código Civil pelo princípio das funções sociais da propriedade e da cidade. Com isso estabelecem-se as bases de um novo paradigma jurídico-político que controle o uso do solo e o desenvolvimento urbano pelo poder público e pela sociedade organizada. Isso foi feito especialmente pelo fortalecimento do dispositivo constitucional que *reconheceu o poder e a obrigação do poder público, especialmente dos municípios, de controlar o processo de desenvol-*

⁹³ IV – planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente;

⁹⁴ VI – ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar: a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos; b) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes; c) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infra-estrutura urbana; d) a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como pólos geradores de tráfego, sem a previsão da infra-estrutura correspondente; e) a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização; f) a deterioração das áreas urbanizadas; g) a poluição e a degradação ambiental; h) a exposição da população a riscos de desastres naturais; (Incluído pela Medida Provisória nº 547, de 2011).

⁹⁵ XIV – regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais;

⁹⁶ Op. cit. p. 26.

vimento urbano com a formulação de políticas territoriais e de uso do solo, nas quais os interesses individuais de proprietários de terras e propriedades têm necessariamente de coexistir com outros interesses sociais, culturais e ambientais de outros grupos socioeconômicos e da cidade como um todo. Para tanto, foi dado ao poder público o poder de, por meio de leis e diversos instrumentos jurídicos, urbanísticos e financeiros, determinar a medida desse equilíbrio possível entre interesses individuais e coletivos quanto à utilização desse bem não renovável essencial ao desenvolvimento sustentável da vida nas cidades, qual seja, o solo urbano.” (destaquei).⁹⁷

Logo, auferese que uma vez que a Constituição e o Estatuto da Cidade conferiram ao Poder Público a responsabilidade de instituir uma política urbana que garanta o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, e que ainda apontou diretrizes gerais a serem seguidas pela Administração Pública⁹⁸, esta responsabilidade se torna um *poder-dever*. Não é facultado ao Poder Público seguir ou não a diretriz apontada pelo inciso IV, art. 2º, do Estatuto em comento, vez que são diretrizes como esta que possibilitam a efetivação dos objetivos descritos no caput do art. 2º. A Constituição Federal e o Estatuto instituem uma obrigação de fazer aos Entes Federados, passíveis de serem exigidos judicialmente.

Por fim, salientando ainda o poder-dever de ação da Administração Pública vale destacar excerto do artigo de Marcelo Augusta Santana de Melo:

Segundo Hely Lopes Meirelles:

“(…) o poder administrativo é atribuído à autoridade para remover os interesses particulares que se opõem ao interesse público. Nessas condições, o poder de agir se converte no dever de agir. Assim, se no Direito Privado o poder de agir é uma faculdade, no Direito Público é uma imposição, um de-

⁹⁷ “O Estatuto da Cidade e a ordem jurídico urbanística” (O Estatuto da Cidade : comentado = The City Statute of Brazil : a commentary / organizadores Celso Santos Carvalho, Anacláudia Rossbach. – São Paulo : Ministério das Cidades : Aliança das Cidades, 2010, p. 61/62)

⁹⁸ como o planejamento do desenvolvimento das cidades, de forma que resguarde todas as garantias descritas no Estatuto, dentre elas a moradia.

ver para o agente que o detém, pois não se admite a omissão da autoridade diante de situações que exigem sua atuação. (...) Eis que a Administração responde civilmente pelas omissões lesivas de seus agentes.”

Mas é preciso compreender que as ocupações irregulares foram motivadas também pelo próprio mercado imobiliário. A esse respeito, Betânia de Moraes Alfonsin nos esclarece que:

“(…) como quase três quartos da população brasileira mora nas cidades e todos, independentemente da renda que dispõem, precisam morar em algum lugar, a população de baixa renda tem procurado resolver seus problemas de moradia à revelia do mercado imobiliário e do marco legal do Direito: ocupando terrenos vazios, públicos ou privados, em sítios adequados ou em áreas de risco, espontânea ou organizadamente, simplesmente buscando um espaço vital de radicação.⁹⁹

As diretrizes relativas ao solo urbano podem ser entendidas como as medidas direcionadas ao processo de uso e ocupação do solo urbano.

O inciso VI, do art. 2º, dispõe sobre a ordenação e controle do uso do solo, elencando situações que devem ser evitadas devido a incompatibilidade e nocividade a tudo que a política urbana objetiva.

A alínea “a” preceitua que “a utilização inadequada dos imóveis urbanos” é um desses males a ser evitado. Destaca-se que esta disposição é bem genérica englobando boa parte das demais alíneas, vez que o uso adequado do imóvel urbano é aquele em consonância com as diretrizes fixadas política urbana. Carvalho Santos preleciona que “*de fato, um dos grandes problemas da ordem urbanística, senão o principal, é exatamente o que diz respeito ao uso indevido dos imóveis urbanos*”. Acrescenta ainda o autor: “*assim, contrariando as diretrizes urbanísticas de um plano diretor, tanto é inadequado o parcelamento do imóvel como a inércia do proprietário em*

⁹⁹ “O direito à moradia e o papel do Registro de Imóveis na regularização fundiária. (Revista de Direito Imobiliário. Ano 33 – n° 69, jul-dez/2010)

atribuir-lhe utilidade”. Logo, “é indevido o uso do imóvel que provoque a depreciação de áreas urbanizadas, como aquele que seja ofensivo ao meio ambiente”¹⁰⁰

Ainda tratando das diretrizes relativas ao solo urbano, o inciso XIV, do art. 2º, retrata uma preocupação importante do Estatuto da Cidade em regularizar a situação fundiária das populações de baixa renda. Disciplina este inciso, a obrigação do Poder Público de estabelecer normas que visem a regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por estas populações.

Comentando o inciso Rodolfo Medeiro de Araújo assevera que *“esta diretriz visa a efetivar o direito à moradia de milhões de brasileiros que vivem em condições precárias e sem nenhuma segurança jurídica de proteção ao direito de moradia nas cidades, em razão dos assentamentos urbanos em que vivem serem considerados ilegais e irregulares pela ordem legal urbana em vigor. Com esta diretriz, o Estatuto da Cidade aponta para a necessidade da constituição de um novo marco legal urbano que constitua uma proteção legal ao direito à moradia para as pessoas que vivem nas favelas, nos loteamentos populares, nas periferias e nos cortiços, mediante a legalização e a urbanização das áreas urbanas ocupadas pela população considerada pobre ou miserável”¹⁰¹*.

Tratando o tema com merecida importância Carvalho Filho, informa que *“a regularização fundiária, na prática inexistente em nosso sistema jurídico, consiste na conversão, em situação jurídica, de situações meramente de fato, pertinentes à posse e ao uso de imóveis. Trata-se do reconhecimento de que algumas comunidades já sedimentaram o uso do solo e a ocupação de benfeitorias de tal maneira que se torna praticamente inviável qualquer alteração nesse estado de coisas.*

¹⁰⁰ Comentários ao Estatuto da cidade – 3ª edição – Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2009, p. 47).

¹⁰¹ “Análise da aplicabilidade do Estatuto da Cidade visando a regularização fundiária de áreas do centro histórico de João Pessoa-PB, 2008).

Quanto maior for o nível de pobreza da população, mais frequentemente será a formação desses bolsões de miséria. (..) Não basta, contudo, a existência de norma que alvitre tal objetivo; urge que o Poder Público de todas as esferas se associem nessa empreitada de forma efetiva, com resultados sociais visíveis para os milhões de ocupantes ilegais de áreas públicas e privadas.¹⁰² (destacamos)

Sendo assim, nota-se que as diretrizes e normas trazidas pelos art. 182 e 183, da Constituição Federal e pelo Estatuto da Cidade, a garantia de acesso a terra e de moradia digna, traçadas também, nestes diplomas e em tratados internacionais, e o princípio da função social da propriedade, são um poder-dever do Estado, que tem a obrigação de efetivá-los. O judiciário também tem papel de destaque, na consolidação destas garantias, que não podem ser deixadas ao alvitre do Poder Público. O legislativo consignou o dever do da Administração Pública de agir para cumprir as diretrizes fixadas em todos estes Diplomas, logo, não é uma faculdade do Estado a ação, exige-se deste, prestações positivas em vistas a extrema importância das garantias em jogo. Destarte, é dever do Judiciário, quando demandado, *efetivar* os direitos regulados no ordenamento jurídico, vez que o legislador definiu como lícito este procedimento.

3.3.2.2. O ACESSO À PROPRIEDADE PELA OCUPAÇÃO.

Constatada a ineficiência da Administração Pública de, através de uma política urbana adequada, proporcionar uma cidade equilibrada, que possa garantir a todos, o acesso a terra como meio de efetivar o direito à moradia e todos os outros direitos dela decorrentes, é de se esperar que a população marginalizada ocupe imóveis alheios. É claro, que os imóveis em questão são aqueles que não cumprem a função social que lhes

¹⁰² Comentários ao Estatuto da cidade – 3ª edição – Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2009, p. 54/55.

são inerentes, como já mencionamos alhures. O inciso VI, do art. 2º, do Estatuto da Cidade, bem acentua como deve ser feita a ordenação e controle do uso do solo de modo a evitar que alguns imóveis não cumpram seu papel social.

Além das hipóteses de usucapião através das quais os ocupantes podem consolidar seu direito à moradia, a Constituição Federal prevê claramente a possibilidade de desapropriação por interesse público, nos casos em que os imóveis não estão em cumprindo sua função social. O art. 24 da Carta Constitucional é claro ao determinar que *“a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”*

Já o art. 182, §4º, da Magna Carta possibilita que a municipalidade exija dos proprietários de solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promovam seu adequado aproveitamento, sob pena sucessiva de: 1) parcelamento ou edificação compulsórios; 2) imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; 3) *desapropriação* com pagamento mediante títulos da dívida pública.

Ocorre que os Tribunais têm decidido no sentido, de que, só a Administração Pública pode auferir se o imóvel cumpre ou não sua função social, não cabendo, portanto ao judiciário dirimir tais conflitos. Ou seja, o Poder Público, através de um decreto, declara que o imóvel tem utilidade pública e propõe uma ação de desapropriação por interesse público, não cabendo ao Judiciário qualquer forma intervenção quando demandado, mesmo quando verificada a omissão do Poder Público

O i. des. Afrânio Vilela, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2.0000.00.519782-6/000 (TJMG), destacou que o problema do acesso à terra deve ser solucionado pela Administração Pública, sem qualquer interferência do judiciário. *Ipsis litteris*: *“a reforma agrária é um problema político-social que*

deve ser solucionado pelo governo (...), não podendo ser dirimida pelo Judiciário”. O desembargado acrescenta ainda que “daí a competência da União para dizer, através do devido processo legal, que é a ação de desapropriação para fins sociais, se a terra é produtiva ou não”

Neste mesmos autos, o des. Duarte de Paula complementa trazendo que:

A expropriação imobiliária só se faz segundo um procedimento legal, como previsto por norma de ordem pública de observância geral e obrigatória, estando legitimado a requerer a desapropriação o ente público que, de posse de um decreto que declare a utilidade pública do imóvel, acione o Poder Judiciário e, mesmo assim, para obter a imissão na posse, liminarmente, necessário se faz o cumprimento de condições e, entre elas, o depósito prévio de indenização, que se lhe afigura injusto em benefício do expropriado.

No julgamento do Agravo de Instrumento nº 1.0024.10.035660-9/001, interposto em face de decisão interlocutória proferida pelo juiz de 1º grau no caso Dandara, a i. dês. Vanessa Verdolim, manifestando-se no mesmo sentido acima transcrito, decidiu que:

“(…) Não cabe ao Judiciário instalar comunidades de sem-terra ou sem-teto, passando a substituir o Administrador nessa área, por mais justa que seja a medida, sabendo-se das dificuldades que imperam, como o desemprego e a miséria. Sabe-se que se trata de um grande problema social, indicador de desajuste familiar, como reflexo das condições econômicas. Daí surgiu o Movimento dos Trabalhadores Sem Teto (MTST), com a finalidade de organizar a reforma urbana e garantir moradia a todos os cidadãos além de lutar por um modelo de cidade mais justa. Não é porém através do Judiciário que irão conseguir as suas reivindicações, a não ser quando atingidos em lido direito.

Quando é confessada a invasão recente, sobretudo, não pode o Judiciário, ao argumento de estar consagrando o direito de habitação, dar respaldo a pretensões que são de competência do Poder Público, que deve instaurar procedimento administrativo, a fim de adquirir a área em conflito para fins de reforma habitacional ou dirigir área pública a esse fim, ao

seu critério, que é discricionário.”

Porém, estes posicionamentos não parecem os mais acertados, sendo que pontos de vistas diferentes têm surgido acerca do tema. Embora vencido no Agravado de Instrumento acima mencionado, relatado pela des. Vanessa Verdolim, o ilustre des. Alberto Vilas Boas, demonstrando grande sensibilidade, registrou que o poder judiciário pode sim intervir para encontrar uma solução adequada para o conflito, asseverando que a concepção individualista de propriedade já se encontra superada:

“(…) É preciso considerar, inicialmente, que o objeto dessa ação não se confunde com a de reintegração de posse ajuizada pela agravante e que tramita em uma das Varas Cíveis da capital e na qual obteve medida liminar - ainda pendente de confirmação - para remover as famílias da Comunidade Dandara do local.

Essa situação de instabilidade, aliada ao fato de existir um número bastante significativo de pessoas que habitam o imóvel e fazem dele sua única mora, tem *proporcionado a intervenção do Poder Judiciário em situação na qual é da alçada do Poder Executivo* - Municipal e Estadual - a incumbência de encontrar solução adequada para a situação aflitiva que vivem ambas as partes, especialmente os hipossuficientes aqui representados pela Defensoria Pública Estadual. (...)

em se tratando de imóvel urbano de elevada dimensão não mais é lícito ao Poder Judiciário efetuar juízo de valor sobre o cabimento da liminar fundado em concepção individualista e própria de uma legislação civil estabelecida no início do século vinte. (...)

Estabelecidas as citadas regras no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, é de se ver que estas têm aplicabilidade imediata e *não constituem mera recomendação a ser seguida pelo Estado ou pelos particulares* quando a discussão sobre a utilidade social da propriedade aflora em determinada demanda.

Quer no âmbito administrativo, quer no plano judicial, é *obrigação* do Estado implementar políticas e emitir decisões que avaliem a presença destes elementos, a fim de que o texto constitucional seja efetivamente respeitado. (...)

Faço essas considerações para reconhecer que, en-

quanto não solucionada definitivamente a questão possessória, *não me parece constitucionalmente válido que o desapossamento seja realizado pelas forças estatais sem que se respeite um núcleo mínimo do postulado da dignidade humana. As pessoas, que nada possuem, não podem ser atiradas na via pública e deixadas ao léu por um Estado inoperante ou pouco eficaz na preservação de um direito essencial como a moradia, especialmente quando a ocupação deu-se em relação a uma área que não cumpre sua função social.*” (destacamos)

É cediço que o Poder Público não desempenha a contento seu papel de regular o acesso a terra de maneira efetiva. Sendo assim, vez que a Constituição deu contornos ao exercício do direito à propriedade, limitando este à observância de sua função social, torna-se dever do judiciário em virtude da inércia do executivo, de encontrar soluções adequadas para dirimir a lide.

Em caso semelhante ao Dandara, exceto pelo lapso temporal da ocupação que é de 20 anos, o Tribunal gaúcho já reconheceu obrigação de fazer do Município, mesmo pendente ainda julgamento de ação de reintegração de posse movida pela empresa particular dona do imóvel ocupado.

O exc. rel. des. Arno Werlang assim sintetiza o caso:

“Eminentes Colegas. Pelo que consta da inicial, há aproximadamente 20 anos, um grupo de cidadãos ocupou área urbana de propriedade da JFC – Engenharia e Construções Ltda., localizada em área denominada Loteamento Jardim Alcântara e lá fundaram uma comunidade denominada de Vila Kipling, sendo que, hoje, ali se encontram cerca de 1.000 famílias.

A situação do loteamento supramencionado caracteriza-se pela inexistência de arruamentos calçados, meio-fio, rede de coleta cloacal, situação de que arrasta por todos esses anos, sem que o Poder Público local tenha tomado providências.

Há em curso uma ação de reintegração de posse movida pela JFC Engenharia e Construções contra alguns moradores do local, sendo que referida ação ainda não foi julgada em definitivo.”¹⁰³

¹⁰³ Apelação Cível n° 70028817336, julgada em 22/09/2010.

E com brilhantismo decidiu:

Pois bem, após analisar detidamente os autos, tenho que proceder as ponderações feitas pelo Ministério Público para o *provimento do presente recurso e a condenação do Município de Novo Hamburgo à realização de obras de infraestrutura e equipamentos urbanos*, como arruamento, calçamento, rede de esgotos e rede de coleta cloacal e o faço pelos fundamentos que seguem.

Como se pode perceber, o direito à moradia é um direito fundamental garantido constitucionalmente, sendo dever do Estado (Poder Público) assegurar a dignidade mínima das pessoas desprovidas de recursos econômicos para custearem suas próprias moradias. Ademais, constitui *dever do Município a regularização do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano*.

No caso, e como visto, *trata-se de situação que perdura há 20 anos e que envolve cerca de mil famílias que vivem em condições sub humanas, sem que o Poder Público tenha tomado qualquer providência*. Trata-se de situação consolidada pelo decurso do tempo, não podendo o ente municipal se eximir de sua responsabilidade constitucional.

É de todo certo que se trata de loteamento urbano que teve início de modo clandestino e irregular, mas que hoje tomou proporções gigantescas, abrangendo muitas famílias que ali se encontram sem a devida intervenção do Poder Público. (destaques do desembargador).

Por fim, trazendo precedentes de julgados de Corte Superior (REsp 448216/SP, DJ 17/11/2003 e REsp 12471/SP, 25/09/2000, ambos do STJ), o ilustríssimo desembargador ainda arremata que “O fato de o loteamento ser irregular não afasta a responsabilidade do Município pela sua regularização, *aplicando-se à espécie o disposto no art. 40 da Lei n.º 6.766/79, o qual deve ser interpretado à luz da Constituição da República*”¹⁰⁴ (destacamos).

¹⁰⁴ O d. desembargador ainda cita precedente do Tribunal Gaúcho que reconhece o dever do Município de promover determinados atos, e na sua omissão, a possibilidade do judiciário de compeli-lo a fazer. (Agravo de Instrumento Nº 70031524531, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio Heinz, Julgado em 16/09/2009).

A des. Teresa Ramos Marques, do Tribunal Paulista, julgando caso de ocupação em terras da municipalidade, embora favorável ao mandato reintegrador de posse, demonstra enorme preocupação com o futuro das famílias a serem despejadas, impondo, inclusive, ao Município, obrigação de providenciar um local adequado para as famílias ocupantes viverem, antes de se promover o despejo. Assevera a desembargadora paulista, que é imperativo que a municipalidade “*cumpra seu dever de garantir o bem estar de seus habitantes*”, conforme preceitua o art. 182 da Constituição da República, salientando ainda que, não “*se pode cogitar de violação ao princípio da separação do poder, contido no art.2º da Constituição Federal*”, pois foi a própria Constituição que atribui esta responsabilidade ao Ente Municipal. Frisa por fim que “*se não há recursos orçamentários para socorrer os desabrigados, deve a Municipalidade providenciá-los, utilizando os meios previstos em lei e na Constituição Federal para a dotação, antes de executar a liminar*”, concluindo que:

Quando o Poder Executivo não está adotando políticas públicas no sentido de cumprir seus deveres previstos na Constituição Federal, pode ser pressionado a adotá-las em razão das determinações do Poder Judiciário, no curso do processo jurisdicional.

Se não tem recebido subsídios para executar políticas públicas de habitação popular deve lutar nas esferas próprias para obtê-los, não podendo deixar de cumprir seu dever de promover o bem-estar de seus habitantes, sob este pretexto. (...) Não se pode olvidar que o povo elege os dirigentes do Poder Executivo justamente para conseguir, através deles, a execução de todas as políticas públicas necessárias ao bem-estar social.¹⁰⁵ (destacamos).

Detendo ainda a atenção sobre o acórdão da i. des. Teresa Ramos, pode-se arrematar que os trechos que foram destacados ao final da decisão, também servem de fundamento para que o

¹⁰⁵ Agravo de Instrumento nº 0072097-33.2002.8.26.0000 , des. Teresa Ramos Marques, julgado e registrado em 27/05/2002.

poder judiciário possa impor ao Município, a obrigação de desapropriar um imóvel que não cumpre sua função social. Vejamos.

A Constituição assegura a todos uma moradia digna, dando a Administração Pública poder para efetivar esta garantia. Ocorre que, o exercício deste poder não é uma arbitrariedade do ente Público, é um dever também. Outrossim, a Magna Carta resguarda o direito à propriedade, porém esta deve atender sua função social. Logo, diante da omissão do Ente Público de tomar as medidas adequadas para instituir uma garantia tão vital, é de se esperar que os desamparados pelo Estado busquem propriedades que não cumprem sua função social para efetivarem sua garantia de uma moradia digna. É certo que quando um Ente Público decide que um imóvel deve ser desapropriado por interesse público, não cabe ao judiciário questionar o juízo de conveniência e oportunidade do ato, detendo sua análise tão somente à legalidade do ato, verificando se ele esta de acordo com as formalidades legais. Porém, diante da omissão do Poder Público em implementar a garantia da moradia através de todos instrumentos que a Lei lhe permite utilizar, e diante da omissão da Administração Pública em utilizar o instituto da desapropriação quando verifica que uma propriedade não cumpre sua função social, é lícito ao poder judiciário, então, interpretando o conjunto de normas que tratam do instituto da função social da propriedade, determinar que o Poder Público utilize-se do decreto expropriatório para declarar a utilidade pública do imóvel, sem que isto acarrete em interferência de um poder na espera do outro, vez que o Judiciário aqui, só estará suprimindo a omissão do executivo, e agindo em conformidade com a Constituição Federal.¹⁰⁶

¹⁰⁶ O STF já preconizou que “A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas

Impende assinalar que o controle judicial neste caso, já não seria mais sobre a conveniência ou oportunidade de se proceder com a desapropriação por interesse público, mas de legalidade, por afronta direta a Constituição da República, e à legislação infraconstitucional.

Com brilhantismo, José dos Santos Carvalho Filho ao tratar da desapropriação, traz que: *“a Constituição assegura o direito de propriedade (art. 5º, XXII), mas condiciona a permanência do direito ao atendimento da propriedade à função social (art. 5º, XXIII). É exatamente quando há desconhecimento entre a propriedade e a função social que a Constituição admite a desapropriação (art. 5º, XXIV).”*¹⁰⁷

O que se explana aqui é que a Administração Pública, verificando que um imóvel não cumpre sua função social e que o interesse público no imóvel é patente, não tem a escolha de expropriar ou não, e sim o dever de proceder com a desapropriação por interesse público. E ao julgador compete, verificando a omissão do Poder Público, impor-lhe a obrigação decretar a desapropriação por interesse público, pois não pode o juiz decidir contra o que a Constituição prescreve.

Por fim, o Supremo Tribunal Federal já manifestou que existe sim, a possibilidade do judiciário de impor ao Poder Público, obrigação de fazer, ainda mais quando o interesse coletivo esta em jogo, vez que deixar que a Administração Pública tenha total discricionariedade sobre o encaminhamento das políticas públicas, poderia acarretar em violação de preceitos constitucionais:

No julgamento do ARE 639337 /SP, julgado em 23/08/2011, Celso de Mello informou que:

“embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formu-

concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental” (RTJ 185/794-796, rel. Min. Celso de Mello).”

¹⁰⁷ (Comentários ao Estatuto da cidade – 3ª edição – Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2009, p. 101).

lar e executar políticas públicas, *revela-se possível*, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, *determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas*, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político- -jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional”. (destacamos).

Em outra decisão da lavra do ministro Celso de Mello, o STF, ao tratar da proteção aos direitos da criança e dos adolescentes, qualificando-os como um dos direitos sociais mais expressivos, consignou que a sua não implementação “*qualificar-se-á como uma censurável situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público*”, uma vez que “*restarão comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito de violação negativa do estatuto constitucional motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público*”. Por fim, conclui que o “*administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração*”¹⁰⁸. (destacamos)

E ainda, neste mesmo sentido, insta assinalar a lição do ministro Luis Fux, na decisão do RESP 575280/SP, julgado em 02/09/2004, que tratando de direitos constitucionais, afirmou que “*as meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de lege ferenda, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação*”, destacando em seguida que “*diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o expli-*

¹⁰⁸ RE 482611/SC, julgado em 13/03/2010.

cita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.”. Por fim, completa trazendo que, é “evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu.”

Em recente julgado o min. Dias Toffoli, ratificou este entendimento:

(...) Por outro lado, *pacificou-se* neste Tribunal o entendimento de que o Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, como *é o caso do direito à integridade física e à moradia digna dos administrados*, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes, uma vez que não se trata de ingerência ilegítima de um Poder na esfera de outro. (STF, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 708.667, julgado 28/02/2012). (destacamos).

Garimpando-se a jurisprudência dos tribunais regionais, bem como do STJ e STF, pode-se encontrar outras decisões que se deram no mesmo sentido: TJSP, Apelação Cível nº 110.125-0/8-00, des. Roberto Vallim; TJDF, Apelação Cível nº 62, 16 de abril de 1993, acórdão nº 3835, des. Cláudio de Almeida Abreu; STJ, Recurso Especial nº 1041197-MS, min. Humberto Martins; STF, AR em Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 367432-PR, min. Eros Grau, julgado em 20/04/2010.

Por fim, impende destacar, brilhante colocação do professor da UNB, Menelick de Carvalho Netto, trazida no Congresso “Justiça de Transição – Por um Estado Democrático de Direito”, que se realizou no mês de maio de 2012, em Belo Horizonte/MG, que, lembrando os ensinamentos de Dworking, asseverou que “a Constituição não é somente um texto, *ela é*

aquilo que ela constitui?

4. CONCLUSÕES FINAIS

Como foi apresentado, o direito à moradia é uma garantia que foi amplamente resguardada pelo sistema jurídico brasileiro, através de normas constitucionais e infraconstitucionais que regulam o uso e ocupação do solo. E, enquanto direito social prescrito no *caput* do art. 6º, a Administração Pública tem o poder-dever de efetivar esta garantia. Porém, é cediço, que, na grande maioria das vezes, o Estado não desempenha a contento suas atribuições, não efetivando assim o direito à moradia. Destarte, é de se esperar que os marginalizados busquem através das ocupações urbanas, o acesso a terra, ocupando propriedades que não cumpre sua função social, para, efetivando assim, o direito à moradia, e conseqüentemente, suas necessidades vitais e toda uma série de outros direitos.

Diante da omissão do Poder Público, o Judiciário, quando demandado, deve dirimir as lides de forma a implementar o direito à moradia, ao verificar que a propriedade não vem cumprido sua função social, garantido a posse dos que ocupam estes imóveis subaproveitados. E para isto, como amplamente demonstrado, é lícito ao julgador impor ao Executivo, inclusive, obrigação de fazer, sem que isto acarrete num desequilíbrio da separação de poderes.

Destarte, o cenário que se tem, é o de que foi colocado à disposição da Administração Pública uma série de instrumentos aptos a resguardarem a garantia da moradia, podendo a mesma, inclusive se valer do decreto desapropriatório por interesse público, mas, na omissão desta, torna-se lícito ao Judiciário, quando demandado, impor ao Ente Federado obrigação de fazer, podendo até mesmo, determinar à municipalidade, o dever de proceder com a desapropriação por interesse público, evitando assim, a violação dos preceitos constitucionais.



REFERÊNCIAS

- ALFONSIM, Betânia e FERNANDES, Edésio (organizadores). *Direito à moradia e segurança da posse no Estatuto da Cidade – diretrizes, instrumentos e processos de gestão*. Editora Fórum, 2004.
- ARAÚJO, Rodolfo de Medeiros. “Análise da aplicabilidade do Estatuto da Cidade visando a regularização fundiária de áreas do centro histórico de João Pessoa”. 2008. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento e Meio Ambiente) – Programa Regional de Pós-graduação em Desenvolvimento e Meio Ambiente, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2008.
- CARVALHO, Celso Santos e ROSSBACH, Ana Cláudia, organizadores. *O Estatuto da Cidade : comentado = The City Statute of Brazil : a commentary*. – São Paulo : Ministério das Cidades : Aliança das Cidades, 2010.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2009.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 16ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2010).
- Código Civil brasileiro de 2002
- Constituição da República de 1988
- Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948)
- Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.
- Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948)
- FERNANDES, Edésio. O Estatuto da Cidade e a ordem jurídica urbanística. In CARVALHO, Celso Santos e ROSS-

BACH, Ana Claudia (organizadores). *O Estatuto da Cidade : comentado/ The City Statute of Brazil : a commentary*. São Paulo : Ministério das Cidades : Aliança das Cidades, 2010.

JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa Wagner. “*O novo código civil e a propriedade à serviço da política urbana*”. (FILOMENO, José Geraldo Brito, JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa Wagner e GONÇALVES, Renato Afonso, coordenadores. *O Código Civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do Código Civil nos demais ramos do Direito* – Belo Horizonte: Del Rey, 2004

FILOMENO, José Geraldo Brito, JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa Wagner e GONÇALVES, Renato Afonso, coordenadores. *O Código Civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do Código Civil nos demais ramos do Direito* – Belo Horizonte: Del Rey, 2004

FREITAS, José Carlos. *Dos direitos de vizinhança e o direito urbanístico*. In FILOMENO, JÚNIO e GONÇALVES. *O Código Civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do Código Civil nos demais ramos do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

G1. Disponível em
<<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/12/brasil-tem-114-milhoes-morando-em-favelas-e-ocupacoes-diz-ibge.html>> acessado em 10/02/2012>, acessado em 23/04/2012.

JAYME, Fernando. *Direitos humanos e sua efetivação pela corte Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte. Editora Del Rey.

Lei 10.257

MARX, Karl e ENGELS Frederick. *Manifesto Comunista*. Disponível em
<http://www.pstu.org.br/biblioteca/marx_engels_manifesto.pdf>. Acessado em 22/04/2012.

- MATTOS, Liana Portilho. Limitações urbanísticas à propriedade. In FERNANDES, Edésio (org.) *Direito urbanístico e política urbana no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- MAURO, Roberta, A propriedade na Constituição de 1988 e o problema do acesso aos bens, In TERPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (organizadores). *Diálogos sobre o direito civil – volume II*. Rio de Janeiro: renovar, 2008.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19ª edição. São Paulo: Atlas, 2006.
- OLIVEIRA, Márcio Luis (coordenador), *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos – Interface com o direito Constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007
- Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais (1966)
- PIOVESAM, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional*. 11ª edição: Saraiva, 2010
- PIOVESAM, Flávia. “Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos” (Revista Internacional de Direitos Humanos, volume I, nº 1: São Paulo, 2004).
- ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.
- SÁ, Andrea Alves de, “O que foi feito de Vera? - Reflexão sócio-jurídica sobre a terra brasileira” (in Diálogos sobre o direito civil – volume II / TERPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (organizadores) – Rio de Janeiro: renovar, 2008, p. 174).
- Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. *Plano Nacional de Direitos Humanos 3 (PNDH3)*. Brasília: SDH/PR, 2010.
- SOUZA, Adriano Stanley Rocha. *Direito das Coisas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- Superior Tribunal de Justiça

Tribunal de Justiça de Minas Gerais

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direitos Reais*. 9ª edição. São Paulo: Atlas, 2009.

WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *O novo código civil e a propriedade à serviço da política urbana*. In: FILOMENO, José Geraldo Brito, WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa e GONÇALVES, Renato Afonso (coord.). *O Código Civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do Código Civil nos demais ramos do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.