



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

**O PAPEL DO JUDICIÁRIO FRENTE AO DIREITO
À MORADIA NO MUNICÍPIO DE OLINDA**

Álvaro Henrique de Araújo Duarte

João Pessoa-PB
2013

ÁLVARO HENRIQUE DE ARAÚJO DUARTE

**O PAPEL DO JUDICIÁRIO FRENTE AO DIREITO
À MORADIA NO MUNICÍPIO DE OLINDA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas - PPGCJ/CCJ/UFPB, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídicas.

Área de Concentração:
Direitos Humanos

Linha de Pesquisa:
Inclusão Social, Proteção e Defesa dos Direitos Humanos

Orientador: Prof. Dr. Enoque Feitosa Sobreira Filho

JOÃO PESSOA-PB
2013

D812p Duarte, Álvaro Henrique de Araújo.

O papel do judiciário frente ao direito à moradia
no município de Olinda / Álvaro Henrique de Araújo
Duarte.- João Pessoa, 2013.

120f. : il.

Orientador: Enoque Feitosa Sobreira Filho

Dissertação (Mestrado) – UFPB/CCJ

1. Direitos humanos. 2. Direito à moradia. 3.
Reintegração de posse. 4. Violação. 5. Decisões
judiciais.

UFPB/BC

CDU: 342.7(043)

ÁLVARO HENRIQUE DE ARAÚJO DUARTE

**O PAPEL DO JUDICIÁRIO FRENTE AO DIREITO
À MORADIA NO MUNICÍPIO DE OLINDA**

João Pessoa, 27 de março de 2013

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Enoque Feitosa Sobreira Filho
(Orientador – UFPB)

Profa. Dra Lorena de Melo Freitas
(Membro Interno – UFPB)

Prof. Dr. Robson Antão
(Membro Interno – UFPB)

Prof. Dr. Adrualdo de Lima Catão
(Membro Externo – UFAL)

Dedico esta dissertação ao meu amado pai, Hélio Duarte (in memoriam), incansável diante das dificuldades, mas acima de tudo um grande parceiro na comemoração das superações.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente registro meus agradecimentos ao Professor Doutor Enoque Feitosa Sobreira Filho, meu orientador e amigo, pela atenção, disponibilidade e pelas precisas orientações no desenvolvimento do trabalho e pelo apoio incondicional na conclusão deste trabalho num momento tão difícil da minha vida.

Agradeço aos Professores e amigos Raquel, Inez Tenório, Alexandra Mustafá, Deisy de Vasconcelos Maya, Marcos Mondaini que me apoiaram no início da caminhada para o Mestrado.

Agradeço à Professora Lorena Freitas pelo apoio e orientação no grupo de pesquisa Marxismo e Realismo no Direito.

Agradeço aos membros do grupo de pesquisa Marxismo e Realismo pelo apoio e participação na construção do meu trabalho, em especial aos amigos Vitor Córdula, Manuela, Paulo e Marcos.

Agradeço aos professores da Pós-graduação em Ciências Jurídicas da UFPB que de alguma forma são exemplo de dedicação à qualidade da pesquisa jurídica no país, em especial aos professores Eduardo Rabenhorst, Maria Luíza Alencar, Enoque Feitosa e Lorena Freitas.

Meus agradecimentos aos companheiros do mestrado pelos calorosos e inteligentes debates desenvolvidos no plano das disciplinas que cursamos, em especial aos amigos David Monteiro, Marcos Joelby, Terlúcia, Marcos Filho, Paulo Henrique, Vitor Ventura, Margareth e Andrezza.

Ao corpo funcional da UFPB, pela cordialidade, presteza e atenção em todas as ocasiões.

À minha mãe, pelo suporte e carinho.

À minha irmã, cunhado e sobrinhas pelo apoio.

À minha esposa Verônica Burle, pela dedicação, incentivo e apoio nas horas mais difíceis.

À minha filha, Maria Luísa, pela alegria e simplicidade de sua existência que me dá forças para sempre continuar.

RESUMO

A presente dissertação tem como objetivo estudar os mecanismos de justificação nas decisões judiciais relativas ao direito à moradia no município de Olinda, pretendendo responder se há violação do direito fundamental à moradia e discutir sua efetividade junto ao ordenamento jurídico. Trata-se, portanto, de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial realizada na 1ª e 2ª Varas da Fazenda Pública de Olinda no Tribunal de Justiça de Pernambuco. O estudo analisou a legislação referente ao direito à moradia e as decisões de Reintegração de Posse que envolve ações públicas para retirada de famílias de baixa renda para implantação de projeto de Urbanização do PAC-Plano de Aceleração do Crescimento. Apesar de haver um sem-número de preceitos que garantem a moradia como direito fundamental do ser humano (*caput* do artigo 6º Constituição Federal 1988) a sua concretização por via judicial, ainda é tímida, faltando densidade jurídica no que se refere aos preceitos constitucionais.

Palavras-chave: Direito à Moradia. Reintegração de Posse. Violação. Decisões Judiciais.

ABSTRACT

This thesis aims to study the mechanisms of justification in judicial decisions concerning the right to housing in the city of Olinda aims to answer whether there is violation of the fundamental right to housing and discuss their effectiveness with the legal system. It is, therefore, a jurisprudential literature search conducted in the 1st and 2nd of Public Finance Courts in Olinda Court of Pernambuco. The study analyzed the legislation concerning the right to housing and the decisions of Repossession actions involving public for withdrawal of low-income families for project deployment of PAC-Urbanization Plan for Accelerated Growth. Although there are a countless number of provisions that guarantee the property as a fundamental right of human beings (caput of Article 6 of the Federal Constitution 1988) its realization by judicial process is still tenuous, lacking density law with respect to constitutional provisions.

Keywords: Right to Housing. Repossession. Violation. Judicial decisions

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	11
1	DIREITO À MORADIA E SUA INEFETIVIDADE PARCIAL NO ORDENAMENTO BRASILEIRO.....	15
1.1	A CIDADE E SEUS ANTECEDENTES HISTÓRICOS: CONSTRUÇÃO DO TECIDO URBANO E DIREITO À MORADIA	15
1.2	OLINDA COMO REFLEXO SÓCIO JURÍDICO DA QUESTÃO HABITACIONAL.....	23
1.3	O CASO OLINDA E SEU EXAME PELA ATIVIDADE DECISIONAL DOS JUÍZES E TRIBUNAIS.....	30
2	DIREITO À MORADIA VERSUS DIREITO DE PROPRIEDADE COMO MARCO TEÓRICO.....	36
2.1	DIREITO À PROPRIEDADE: ALGUNS ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	36
2.2	APROPRIAÇÃO PRIVADA E FUNÇÃO SOCIAL: OS TERMOS DE UM CONFLITO QUANTO AO DIREITO DE PROPRIEDADE URBANA.....	45
3	DIREITO À MORADIA, NORMATIVIDADE SUPRAESTATAL E SUA PRÁXIS JURÍDICA.....	56
3.1	A “DECLARAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DE 1948” COMO INSTRUMENTO FUNDANTE DO DIREITO À MORADIA NO ÂMBITO INTERNACIONAL.....	56
3.2	OS DESDOBRAMENTOS DO “PACTO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS DE 1966” NO DIREITO BRASILEIRO.....	60
3.3	AS CONFERÊNCIAS HABITAT I (1976) E II (1996) E O ENFRENTAMENTO DO PROBLEMA DOS ASSENTAMENTOS HUMANOS.....	64
3.4	INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS SOBRE A MORADIA E SUAS REPERCUSSÕES.....	68

4	DIREITO À MORADIA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO: APLICAÇÃO DA LEI E CONFLITO ENTRE DISCURSO E PRÁTICA.....	75
4.1	A MORADIA ENTRE OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO: ESTATUTO DA CIDADE, CONSTRUÇÃO LEGISLATIVA DO DIREITO À HABITAÇÃO E SEUS DESDOBRAMENTOS NO EXAME DA REALIDADE EM OLINDA.....	75
4.2	O JUDICIÁRIO E OS PROBLEMAS DE APLICAÇÃO DO DIREITO À MORADIA NO MUNICÍPIO DE OLINDA: AS AÇÕES DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE COMO EXPRESSÃO DO DILEMA ENTRE VIOLAÇÃO OU INSTRUMENTO DO DIREITO.....	81
	CONCLUSÃO.....	92
	REFERÊNCIAS.....	101
	Anexo A - Lei de Terras – Lei nº 601/1850.....	109
	Anexo B - Medida Provisória nº 2.220/2001.....	114
	Anexo C - Decreto-Lei nº 271/1967.....	118

INTRODUÇÃO

A presente dissertação se propõe a examinar os mecanismos de justificação nas decisões jurídicas relativas ao direito à moradia no município de Olinda. Trata-se de um estudo que procura responder se há violação de direito fundamental nas decisões jurídicas relativas à moradia, apesar de haver preceitos que garantam a moradia como direito fundamental do ser humano no *caput* do art.6º da Constituição Federal de 1988, acolhido no ordenamento brasileiro através da emenda Constitucional nº 26/2000.

Geralmente, quando se escolhe um objeto, o pesquisador se debruça sobre a área de interesse, sendo necessário estabelecer parâmetros razoáveis para recortar o que se quer compreender, isto é, o objeto e a definição do que se pretende abordar na pesquisa.

Um primeiro critério que parece prudente é o espacial. Por ser a pesquisa sócio-jurídica é preciso delimitar o *locus* da observação, ou seja, o local onde o fenômeno em estudo ocorre, neste caso, é a Vara da Fazenda Pública de Olinda no Tribunal de Justiça de Pernambuco, precisamente para aferir se há violação do direito à moradia junto às decisões de reintegração de posse. Tal opção se justifica diante da crise da efetividade dos direitos sociais, e uma série de questões como força vinculante da aplicabilidade dos direitos sociais no Estado Democrático, mínimo existencial, necessidades básicas e reserva do possível, entre outros.

Ultrapassada essa fase, parece, portanto, que o estudo do objeto de investigação, por ser matéria da prática judicial, deve apoiar-se na análise e apreensão da realidade dos tribunais.

Procura-se, assim, indagar se há violação de direitos humanos no processo de retirada de famílias em situação de vulnerabilidade, terminologia definida pelo Caderno de Orientação Técnico Social (COTS, 2004, *passim*) a partir de parâmetros para caracterizar tal situação e para implementação de projeto social ou em demandas públicas que envolvam o direito à moradia e como se efetivam através da aplicação desse direito. Para tanto, serão estudados os padrões de justificação das sentenças (ações de reintegração de posse) no Município de Olinda, frente à efetivação de ações públicas para remoção de famílias no Projeto de Urbanização a partir da necessidade de desocupação das áreas.

O problema de pesquisa surgiu a partir da experiência do autor no projeto de intervenção do PAC, quando da implementação da política urbana e das críticas sobre a legalidade das retiradas das famílias para realização do projeto social do Governo Federal, considerando que algumas decisões judiciais pareciam insuficientes ou em desacordo com os preceitos das diretrizes de direitos humanos.

O PAC é um programa do Governo Federal instituído pelo Decreto nº 6.025 de 22 de janeiro de 2007 que tem como objetivo melhorar a qualidade de vida das pessoas e a autonomia do cidadão através da urbanização de forma integrada, viabilizando o desenvolvimento humano e a melhoria sanitária, reduzindo o adensamento populacional em assentamentos precários e promovendo moradia digna com inclusão social. O programa desenvolve investimento na área de infraestrutura logística, tais como: rodovias, ferrovias, portos e aeroportos e hidrovias; estrutura energética; geração e transmissão de energia, produção de petróleo, gás natural e combustíveis renováveis; infraestrutura social; saneamento, habitação, metrô, trens urbanos e recursos hídricos.

No entanto, o deslocamento provisório ou reassentamento forçado das famílias leva a vários problemas sendo necessário recorrer ao judiciário para executar as ações relativas ao processo de urbanização.

A resultante dessa incapacidade em promover todas as garantias, frequentemente, leva à judicialização das demandas como última instância para solução do problema. Contudo, algumas decisões judiciais parecem insuficientes ou em desacordo com o que preceituam as diretrizes de direitos humanos.

No que se refere a esse tema, parece haver um distanciamento entre a aplicação da lei e a realidade social dos fatos e as decisões são insuficientes para atender satisfatoriamente e resguardar o direito fundamental à moradia e à dignidade humana.

No que concerne ao método, na medida em que se pretende analisar a realidade e os mecanismos de justificação nas decisões judiciais se faz aqui uma pesquisa sócio-jurídica, entendida esta como pesquisa social que, tendo por objeto o direito em seu sentido *lato*, debruça-se sobre fatores como: instituições, atores e práticas jurídicas, oficiais ou não. Dessa forma, a pesquisa será bibliográfica e jurisprudencial.

Nesse contexto, considera-se a necessidade de avançar acerca da hipótese que se quer comprovar, ou seja, de que há violação de direitos humanos fundamentais nas

decisões judiciais a partir da inaplicação de preceitos constitucionais atinentes à moradia, de modo que as decisões parecem insuficientes para atender satisfatoriamente e resguardar o direito fundamental à moradia e à dignidade humana.

Assim, será feita a pesquisa tomando como referência casos concretos que consistem na observação dos elementos nas decisões que corroboram para entender o fenômeno, tal como ocorre na sociedade.

A escolha destes casos é relevante por constituir uma fonte de dados rica de informações do ponto de vista sociológico e jurídico, mostrando como uma sociedade regula o comportamento dos seus membros e de que forma se apresentam os problemas sociais. Assim, poderá fornecer subsídios para a análise da realidade consubstanciada que podem auxiliar na compreensão do universo de pesquisa.

Pode-se assim promover a análise a partir do tema central que, neste caso são os mecanismos de justificação nas decisões jurídicas relativas ao direito à moradia no município de Olinda. A aproximação do objeto faz-se esmiuçando as unidades de análise escolhidas. Busca-se, além do enfrentamento do problema de pesquisa, compreender a lógica interna do mesmo, como das suas determinações.

Para discutir tal perspectiva, não se pode furtar de examinar o processo de construção histórica do direito à moradia no seu aspecto sociológico e das recentes reivindicações de democratização das cidades em choque com o anacronismo e a ineficiência das tradicionais fórmulas decisórias aplicadas pelos Tribunais, bem como as formas de apropriação do seu território e que, sobremaneira, vão ajudar a entender o expressivo contingente de famílias na área urbana que não têm acesso à moradia atualmente.

Para dar conta do objeto adotar-se-á o seguinte método de exposição:

No **primeiro capítulo** se tratará de examinar a formação da cidade, seus antecedentes históricos e as implicações com o direito à moradia e sua inefetividade no ordenamento jurídico. Esse capítulo estuda a cidade como espaço que permite uma compreensão privilegiada das violações ao direito à moradia, de modo que é necessário refletir sobre a apropriação do seu território e se reportar ao processo histórico de formação. Com esses elementos em análise se verificará que o aumento da pobreza, a falta de infraestrutura e a ausência de instituições eficientes, elevam a desigualdade e acesso a bens e serviços, agravando a situação do direito à moradia que, sem dúvida nenhuma, constitui um grande desafio para os direitos humanos.

O **segundo capítulo** se propõe a verificação de todo arcabouço legal e os antecedentes constitucionais que legitimaram o direito à propriedade e sua repercussão na construção do direito à moradia tomando como premissa a abordagem dada na Constituição vigente.

No **capítulo seguinte, o terceiro**, fala-se sobre o direito à moradia no plano internacional e nacional considerando os instrumentos legais mais relevantes. Optamos por esta análise mais ampla tendo em vista que, em sede de uma dissertação cujo objeto é o direito à moradia e suas repercussões judiciais no espaço do município de Olinda-PE, é sobremaneira conectar este objeto com seus desdobramentos no ordenamento pátrio e no direito internacional. Aqui, e no tocante a ordem jurídica internacional, o direito à moradia reflete valores e princípios que alicerçam a Constituição, de modo que os direitos fundamentais de ordem externa são paradigmas de validade das normas de direito interno. Por isso, examina-se também o fato de que, por estarem contidos em ordem jurídica superior, impõem limites tanto ao poder estatal quanto ao poder constituinte.

No **quarto capítulo**, fala-se sobre a moradia e garantias fundamentais no ordenamento brasileiro, o Estatuto da cidade, o PAC e a urbanização em Pernambuco e, ao mesmo tempo, ressalta-se que, mesmo antes da consagração de forma expressa na Constituição, estas garantias já faziam parte do rol de direitos previstos no sistema de proteção internacional, anunciando diretrizes e ratificando medidas concretas a partir do momento que foram reconhecidos, e incorporados à ordem jurídica, pelo que se examina o discurso jurídico da aplicação do direito à moradia no judiciário, da crise da efetividade desse direito, das violações e das divergências em relação à lei.

Por fim, e em sede de **conclusão**, tratar-se-á do resultado da pesquisa, da análise dos dados e da verificação da hipótese, pretendendo fazer do presente trabalho uma contribuição efetiva para uma compreensão teórica, lastreada em dados empíricos, de um problema com repercussões significativas tanto no terreno jurídico quanto social e político.

1 DIREITO À MORADIA E SUA INEFETIVIDADE PARCIAL NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

1.1 A CIDADE E SEUS ANTECEDENTES HISTÓRICOS: CONSTRUÇÃO DO TECIDO URBANO, E DIREITO À MORADIA

A cidade constitui um grande desafio para a contemporaneidade no sentido de se buscar a compreensão das violações do direito à moradia. Por isso, é necessário refletir sobre a apropriação do seu território e se reportar ao processo histórico de sua formação, ressaltando que toda teoria sobre a cidade relaciona-se de alguma maneira com os processos sociais que nela ocorrem e com a forma espacial que a mesma assume (HARVEY, 1977, p.16).

Assim, no ensaio sobre “A Cidade”, escrito por Max Weber e publicado postumamente em 1921, a ideia de cidade foi associada às áreas densamente povoadas a que se atribuiu um caráter de natureza econômica que, apesar de não ser o objeto da nossa pesquisa, é necessário que seja citado para descortinar o estudo sobre o direito à moradia e a forma de apropriação do seu território. Sendo assim,

Trata-se de um lugar onde a população satisfaz no mercado local uma parte economicamente essencial de suas necessidades cotidianas, principalmente com produtos que a população local e dos arredores produziu ou adquiriu para a venda no mercado (WEBER, 1999, p.409).

Esse viés foi reforçado pela dinâmica capitalista de produção, marcada pela desigualdade, não apenas econômica, mas também, social e jurídica. Não obstante, é certo que foi a perspectiva econômica (TOPALOV, 1979, p. 33), que mais contribuiu para uma lógica de concentração espacial e conduziu a um desenvolvimento desigual do espaço urbano.

Esse modelo de formação foi examinado por Engels em estudo sobre a industrialização na Inglaterra, que transformou vilas em pequenas cidades e pequenas cidades em grandes cidades, as quais, por sua vez, se desenvolveram em virtude das vantagens econômicas (ENGELS, 2010, p. 64), ocasionando assim, um processo de atração do campo para a cidade e levando à formação e ao adensamento das mesmas. Assim, nesse período, era comum encontrar na Inglaterra, nos cortiços ingleses,

ambientes insalubres e ocupados, na sua maioria por trabalhadores, devido, em boa parte, à débil atuação do poder público local e ao avanço do capitalismo. Vejamos:

Na cidade de Huddersfield, à época, ruas inteiras e muitas ruelas e pátios não estavam pavimentadas, nem providas de esgotos ou outra forma de escoamento; nestes sítios amontoavam-se detritos, imundícies e sujeiras de todas as espécies, que lá fermentavam e apodreciam, e quase por todo o lado a água estagnada acumulava-se em charcos; em consequência disso, os alojamentos contíguos eram necessariamente sujos e insalubres, de tal modo que apareceram doenças que ameaçaram a salubridade de toda a cidade (ENGELS, 2010, p. 84).

Esse relato do século passado, ainda hoje se mostra atual, à medida que descreve uma situação presente em várias favelas ou aglomerações urbanas¹ no Brasil.

Assim é necessário pontuar que a cidade não é só uma unidade geográfica e ecológica; ao mesmo tempo é uma unidade econômica e social, de maneira que a sua organização está fundada sobre a divisão do trabalho (PARK, 1999.p.21).

Essa perspectiva se evidenciou a partir do estudo da realidade urbana pela Escola de Chicago² e com as investigações dos fenômenos sociais que ocorreram com a formação dos centros urbanos americanos, que cresciam repentinamente, surgindo bairros periféricos, segregação socioespacial, imigração, crescimento demográfico e desordens sociais, entre outros, o que leva a crer que não só o processo de industrialização foi responsável pela formação da cidade, como a desorganização

¹ Adotado pelo IBGE o conceito “aglomerações urbanas”, que embora semelhante ao de região metropolitana, serve para designar outros espaços urbanos, situados em nível submetropolitano, que congregam mais de uma cidade, notadamente cidades que começariam a experimentar o processo de conurbação. MATOS, Ralfos. **Aglomerações Urbanas, rede de cidades e Desconcentração Demográfica no Brasil**. Disponível em: <http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/anaais/pdf/2000/Todos/migt4_3.pdf>. Acesso em 23.jul.2012.

² Essa corrente teórica surgiu na Universidade de Chicago e ganhou notoriedade entre os anos de 1920 e 1930, especialmente em função dos trabalhos que estudam a cidade e a formação do espaço urbano. É centro de divulgação da *American Journal of Sociology*, uma das primeiras publicações de ideias e pesquisas sociológicas que estuda a questão urbana. BECKER, Howard. **A Escola de Chicago**. Mana - Estudo de Antropologia Cultural. UFRJ, 1996, vol.2, n.2, pp.177-188. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/mana/v2n2/v2n2a08.pdf>>. Acesso em 09. jul. 2012.

desigual do espaço urbano, inaplicação das leis, omissão do poder público, entre outros, que contribuíram com esse processo, desde a antiguidade. Visto que,

(a cidade antiga) foi principalmente uma fortaleza, um lugar de refúgio em tempo de guerra. A cidade moderna, pelo contrário, é local de comércio e deve sua existência ao mercado em torno do qual brotou. A competitividade industrial e a divisão do trabalho, que, com toda probabilidade contribuíram em grande medida para o desenvolvimento dos poderes latentes da humanidade, são possíveis somente mediante a condição da existência de mercados, de dinheiro e outros meios que facilitam os negócios e o comércio. (PARK, 1915, p.584, tradução nossa).

Isto, decerto, nos leva a considerar que o espaço é um produto social, que assume uma realidade própria, de acordo com o modo de produção e a sociedade presente. O espaço como produto serve como uma ferramenta para a ação e para o pensamento, funcionando como um meio de produção, de controle e de dominação (LEFEBVRE, 2008, p. 26).

No Brasil, o processo de formação dos centros urbanos era uma reprodução periférica da realidade da metrópole, foi impulsionado pela fase de exploração do século XV, marcada pela ampliação do território e pelos movimentos expansionistas de posse e acúmulo de riquezas, através das ocupações de terra que se deu a partir da **Bula Inter Coetera** e do Tratado de Tordesilhas que determina as áreas de exploração ibérica e processo de expansão marítima. Esta lógica pode ser observada, sobretudo, em relação à Pernambuco, onde o povoamento começou através das Feitorias, espalhadas ao longo da costa e que a princípio serviam de núcleos de ocupação que tinham a finalidade de armazenar e estocar o pau-brasil garantindo o domínio e retirada de madeira num processo de extrativismo que só finda com a implantação da empresa açucareira que compensasse os gastos e garantisse a implantação do sistema de capitanias nas colônias (FREITAS e ENOQUE, 2011, p.308).

“Havia então na capitania de Pernambuco sessenta e seis engenhos, que cada um é uma boa povoação; que lavravam por ano duzentas mil arrobas de açúcar, de modo que eram necessários quarenta ou mais navios para levá-los. E tais engenhos não podem esgotar a cana, porque em um ano se faz de vez para moer, e por esta causa a não podem vencer, pelo que moe cana de três, quatro anos, e com virem cada ano 40 navios ou mais a Pernambuco, não podem levar todo o açúcar”. (CARDIM, 1939, p.295-6).

Foi exatamente nesse período, século XVI, que se iniciou o processo de urbanização de Pernambuco e que se instalou o primeiro núcleo urbano de forma planejada, instituído assim, o plano diretor da cidade³.

A coroa portuguesa adota o regime das sesmarias com fim de colonizar e povoar o Brasil. Não se pode deixar de levar em conta que tal opção não foi por acaso, Portugal adentrava no mercantilismo, como forma de garantir o acesso a matéria prima (FREITAS e ENOQUE, 2011, p.308).

De forma que o sistema sesmarial procurava enfrentar a crise em decorrência do despovoamento e a necessidade de desenvolver uma atividade lucrativa. Tudo isso levou ao crescente aumento da população urbana e de sobremaneira da população mais pobre que se fixava nos arredores da cidade formada, em sua maioria, por “brasileiros, povo antigo, indígenas e senhores do país, que não se mesclavam aos portugueses, mas viviam deles segregados em suas aldeias, e habitando casas cobertas de folhas” (BARLÉUS, 2005, p.155).

A lei das sesmarias visava regular o uso e exploração das extensas terras estatais e da igreja, e deve ser entendida, portanto dentro do quadro do sistema produtivo que o Estado pretende organizar, a partir de forma de domínio condicionada (SMITH, 1990, p.117).

O fato é que essa forma de regulação perdurou ao longo de dois séculos e meio, período no qual não houve alterações significativas como pode se ver em documentos tais como a carta régia de 1695, a qual limitava o desmembramento das terras; a carta régia de 1699, que revisava os atos de doação sesmarial; a carta régia de 1795 que determinava a demarcação e limitação de terra e da lei de 17.07.1822 que determinava a extinção do sistema de sesmaria (MIRANDA, 2010, p.13).

A rígida proibição da ocupação de terras, criminalizando o apossamento e definindo preço mínimo para a compra de terras marcam a transição do modelo de propriedade. Com a criminalização da ocupação de terras devolutas, os minifúndios que surgiram a partir de 1822 e não foram legitimados, foram extintos. O preço mínimo, de difícil acesso ao lavrador

³ Quanto à dimensão urbanística, os princípios que orientaram a ocupação territorial podem ser apreendidos mediante a leitura e interpretação do texto do Foral de Olinda, carta de doação que faz o donatário ao Concelho da vila de Olinda. OLIVEIRA, V. M. A. de. **Projeto Foral de Olinda. Relatório Final**. Olinda: Prefeitura Municipal de Olinda, p.2, 1996.

pobre, tinha o declarado objetivo de “evitar que os trabalhadores se tornassem proprietários de terras”, impedindo o acesso imediato dos assalariados à propriedade. (WAKEFIELD, 1969, p.347)

Sucedeu a esses ordenamentos a Lei da Terra de nº 601/1850, regulamentada pelo Decreto nº 1.318/1854, que instituiu a propriedade fundiária no país, determinando que, exceto sesmarias ou outras concessões de posse, as terras remanescentes seriam devolutas. Essa estratégia acentuou a forma de aquisição da terra que era feita através da compra e não pela posse, evidenciando a exclusão das populações mais pobres.

Merece atenção os dispositivos legais que definiram o conceito de terras devolutas, passíveis de aquisição, apenas pela compra, observado o preço mínimo de comercialização definido em lei, *in verbis*:

[...] Art. 1º Ficam proibidas as aquisições de terras devolutas por outro Título que não seja a compra.

[...]Art. 2º Os que se apossarem de terras devolutas ou de alheias, e nelas derribarem matos, ou lhes puserem fogo, serão obrigados ao despejo, com perda de benfeitorias, e demais sofrerão a pena de dois a seis meses de prisão, e multa de cem mil réis, além da satisfação do dano causado. Esta pena, porém não terá logar nos atos possessórios entre aéreos confinantes (vizinhos)

[...]Art. 3º São terras devolutas: § 1º As que não se acharem aplicadas a algum uso público nacional, provincial ou municipal. § 2º As que não se acharem no domínio particular por qualquer título legítimo, nem forem havidas por Sesmarias ou outras concessões do Governo Geral ou Provincial, não incursas em comisso por falta de cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura. § 3º As que não se acharem dadas por Sesmarias ou outras concessões do Governo, que, apesar de incursas em comisso, forem revalidadas por lei. § 3º As que não se acharem ocupadas por posses, que, apesar de não se fundarem em título legal, foram legitimadas por esta Lei.

[...]Art. 14 Fica o Governo autorizado a vender as terras devolutas em háspública, ou fora dela, como e quando julgar mais conveniente, fazendo previamente medir dividir, demarcar e descrever a porção das mesmas terras que houver de ser exposta á venda, guardadas as regras seguintes:

[...]§ 2º Assim esse lotes, como as sobras de terras, em que se não puder verificar a divisão acima indicada, serão vendidos separadamente sobre o preço mínimo, fixado antecipadamente e pago à vista, de meio real, hum real, real e meio, e dois réis, por braça quadrada, segundo for a qualidade e situação dos mesmos lotes e sobras;

§ 3º A venda fora da hasta publica serra feita pelo preço que se ajustar, nunca abaixo do mínimo fixado, segundo a qualidade e situação dos respectivos lotes e sobras, ante o Tribunal do Tesouro Publico, com a assistência do Chefe da Repartição Geral das Terras, na Província do Rio de

Janeiro, e ante as Tesourarias, com assistência de hum delegado do dito Chefe, e com aprovação do respectivo Presidente, nas outras Províncias do império. [grifos meus].

Tudo isso se deu associado a diversos fatores como: a necessidade de mão de obra que substituísse os escravos, com a pressão exercida pelo sistema industrial representado pela Inglaterra; a necessidade de regulação para posses e para limitação das terras, e; elementos de ordem econômica dado que era necessário reformular o papel exercido até então pelo escravo como bem econômico. Isto que demandava uma reformulação do caos existente em matéria de propriedade territorial (SILVA, 1996, p.124).

Assim, a lei recém-promulgada trouxe consequências para Pernambuco, deixando de lado toda uma massa de trabalhadores braçais, mestiços e ex-escravos, à margem da mesma e obrigando-os a ocupar as áreas sem valor no entorno da cidade com seus impasses e desafios.

Por sua vez, no campo não era mais possível adquirir terras e desenvolver atividade agrícola diante da ausência de recursos da população pobre, logo, a necessidade de sobrevivência levou um sem-número de pessoas para as cidades. Conjuntamente, uma série de acontecimentos influenciou decisivamente para a ampliação e formação dos espaços urbanos no país, dentre eles, seguramente, a migração para as cidades e o início do processo de industrialização, acarretando uma crescente demanda de moradia e demais serviços urbanos (MARICATO, 1997, p.42).

Como ocorreu na Europa, essa enorme centralização das ocupações sucessivas e a degradação dos espaços a partir de processo cumulativo e de abandono, levaram a problemas de moradia, decorrentes do comércio, da industrialização e da busca por meios de sobrevivência dos antigos arranjos locais que já estavam, em muito, superados pela impossibilidade de sobrevivência no campo.

Essa situação foi agravada a partir da década de 1930 com o aumento da população, das migrações e do processo de industrialização, levando à ocupação desordenada do espaço urbano. A cidade tornou-se o centro do “desenvolvimento” e a sociedade brasileira, em peso, embriagou-se desde os tempos da abolição e da república velha, com as idealizações sobre progresso e modernização. A salvação parecia estar nas cidades, onde o futuro já havia chegado. Então era só vir para elas e desfrutar de fantasias como emprego pleno, assistência social providenciada pelo Estado, lazer, novas oportunidades para os filhos... Não aconteceu nada disso, é

claro, e, aos poucos, os sonhos viraram pesadelos (SANTOS, 1986, p. 2). Algumas medidas reforçaram o processo migratório campo-cidade, entre elas, a regularização do trabalho urbano e o incentivo à industrialização (MARICATO, 2003, p.152).

No Brasil, em menos de um século, a população urbana passou de 31,2%, em 1940 para 81% em 2000⁴. Assim, o processo brasileiro de urbanização revela uma crescente associação com a pobreza, cujo *locus* passa a ser, cada vez mais a cidade, sobretudo a grande cidade (SANTOS, 1994, p.10). Ressalta-se ainda que, nas últimas décadas, a demanda por moradia e a rápida urbanização aumentou o número de assentamentos informais humanos em cidades da América Latina. Segundo relatório da CEPAL⁵ houve crescimento no número dessas habitações, e as cidades sofriam com falta de infraestrutura, de instituições eficientes e com a grave desigualdade de bens e serviços entre os moradores.

Atualmente, no caso específico de Olinda, segundo dados do último censo, a cidade ocupa em uma área de 41,68 km² uma população que gira em torno de 377.779 habitantes e com densidade demográfica de 9.068,36 (hab/km²). Cerca de 88.297 (23,37%) vivem em aglomerações subnormais com base nos dados do Censo Demográfico – IBGE, 2010.

No Município, existem cerca de 51 aglomerações subnormais de acordo com parâmetros do IBGE-2010, os quais são caracterizados como um conjunto constituído de, no mínimo, 51 unidades habitacionais (barracos, casas etc.) carentes, em sua maioria de serviços públicos essenciais, ocupando ou tendo ocupado, até período recente, terreno de propriedade alheia (pública ou particular) e estando dispostas, em geral, de forma desordenada e densa. Assim, passa-se a adotar, como critério de identificação dos aglomerados subnormais os seguintes parâmetros:

⁴ IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2007. Tendências demográficas: um análise da população com base nos resultados dos censos demográficos de 1940 e 2000. Disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_impressao.php?id_noticia=892>. Acesso em 02.jul.2012.

⁵ CEPAL - **The new face of urbanization in the cities of Latin American and the Caribbean**. Regional Conference on Habitat, 25-27 October 2000, Santiago do Chile. Disponível em: <<http://www.eclac.cl/cgi-in/getProd.asp?xml=/prensa/noticias/comunicados/1/5081/P5081.xml&xsl=/prensa/tpl-i/p6f.xsl&base=/tpl/top-bottom.xslt>>. Acesso em 2.jul.2012.

a) Ocupação ilegal da terra, ou seja, construção em terrenos de propriedade alheia (pública ou particular) no momento atual ou em período recente (obtenção do título de propriedade do terreno há 10 anos ou menos);

b) Possuírem pelo menos uma das seguintes características: urbanização fora dos padrões vigentes - refletido por vias de circulação estreitas e de alinhamento irregular, lotes de tamanhos e formas desiguais e construções não regularizadas por órgãos públicos; precariedade de serviços públicos essenciais.

Hoje, o tecido urbano, após apropriações sucessivas do espaço, continua aglomerando pessoas e sua estrutura, já saturada, evidencia o problema da moradia que, quase sempre, está associado à concentração da pobreza, ausência de saneamento básico, desemprego, fome, altos índices de criminalidade, insalubridade, que são frequentes nos adensamentos humanos.

O aumento da pobreza, a falta de infraestrutura e a ausência de instituições eficientes, elevam a desigualdade de acesso a bens e serviços, agravando a situação do direito à moradia que constitui um desafio para os direitos humanos, imprescindíveis à condição humana na sociedade.

Ao ser determinado que a moradia seja um direito social, a efetivação desse direito passa a ser uma política de Estado, sobretudo para que se garanta uma nova forma de concretização da cidadania, que é coletiva. A legitimação de demandas coletivas se coloca em confronto ao Estado liberal, enquanto este se funda no indivíduo como categoria social e política com autonomia referida a si e não ao grupo que pertence (SPOSATI, 1998, p.37).

Nestes termos, diante da precarização das condições de vida, da “urbanização da pobreza”⁶ em áreas marginais e dos frequentes descompassos da aplicação da lei é que se discute o direito à moradia e sua inefetividade no ordenamento jurídico, como se fará na próxima seção deste capítulo.

⁶ O termo “urbanization of poverty” aparece em 2003, no Programa de Assentamentos Humanos da ONU (UN-HABITAT) em relatório “**The Challenge of Slums: Global Report on Human Settlements.**” Segundo a publicação, as favelas são representações espaciais da pobreza urbana e da desigualdade que se concentra nos centros urbanos. **The challenge of slums: global report on human settlements, 2003 / United Nations Human Settlements Programme** p.25. Disponível em: <<http://www.unhabitat.org/downloads/docs/GRHS.2003.0.pdf>>. Acesso em 04.jul.2012

1.2 OLINDA COMO REFLEXO SÓCIO JURÍDICO DA QUESTÃO HABITACIONAL

Para enquadrar juridicamente a questão urbana e seus reflexos no direito à moradia, se toma como ponto de partida o relatório especial sobre moradia adequada⁷. Neste relatório se sinaliza a responsabilidade do Estado de Pernambuco em promover atenção especial a grupos vulneráveis ou marginalizados e combater uma série de violações de direitos humanos apontadas por entidades da sociedade civil de Pernambuco.

Segundo o relatório, a justiça estadual deveria assegurar assistência gratuita a essas comunidades; realizar medidas administrativas e judiciais necessárias à regularização fundiária; criar um núcleo para atuar no campo do direito à moradia; respeitar e aplicar as normas de proteção dos direitos humanos no âmbito da legislação brasileira e do sistema internacional (tratados e convenções), para solucionar as situações de conflitos sociais relacionadas com o Direito à Moradia de grupos sociais vulneráveis, como os moradores de favelas e cortiços.

Na última quadra do século XX, a Organização das Nações Unidas publicou uma resolução para evitar violações nos deslocamentos de famílias (remoções forçadas) e garantir o direito a um nível de vida adequado, identificando que as remoções forçadas representavam uma grave violação aos direitos humanos, e em particular a uma moradia adequada.

Trata-se da resolução nº 1993/77 da Comissão de Direitos Humanos da Assembleia das Nações Unidas que constata que a prática de remoção forçada constitui uma grave violação de direitos humanos contra populações vulneráveis. Prática esta que se caracteriza pelo afastamento involuntário do local, bem como pelo deslocamento de populações para implementação de projeto de infraestrutura urbana, num contexto que envolve ações públicas.

⁷ Missão da ONU que visitou o Brasil no período de 29 de maio a 12 de junho de 2004 para promover e fazer recomendações previstas no art. 63 do Conselho Econômico Social. A missão examinou a situação habitacional relacionada às violações de direitos humanos, em especial o direito à moradia. <<http://www.polis.org.br/reforma-urbana/direito-cidade/acervo>>. Acesso em 03.jul.2012.

Dessa maneira, de princípio, a resolução alerta que o direito à moradia adequada vincula-se a outros direitos que devem ser assegurados de acordo com as diretrizes da Observação-Geral nº 4 do Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o qual faz referência à segurança jurídica e proteção dos direitos fundamentais no processo de remoção de famílias, principalmente, para moradias provisórias, temporárias ou emergências.

Observa-se no documento que a segurança legal da posse, apesar das variedades de formas – locação, acomodação, habitação cooperativa, habitação de emergência, assentamentos informais, favelas, aglomerações subnormais entre outras – deve ser assegurada independente do tipo. Todas as pessoas deveriam ter garantido certo grau de segurança e a proteção legal contra remoções forçadas, pressões incômodas e outras ameaças, de forma que o Estado deveria tomar medidas imediatas com objetivo de garantir a posse (CSDESC, Comentário Geral n.4, art.11).

No entanto, essa cautela não é adotada em Olinda no que se refere às ações de reintegração de posse. Geralmente a retirada das famílias é feita através de liminar *inaudita altera pars*, desconsiderando a realidade dos moradores, sua vinculação como o local no qual vivem e sua dinâmica de sobrevivência. O magistrado, para alcançar o seu convencimento, se limita a alegação do Município, dispensando a necessidade de se fazer a audiência de justificação com a comunidade como se observa na decisão de nº 0011682-92.2010.8.17.0990 do TJPE que dispõe:

[...] Diz o autor que a área ocupada pelos requeridos é de fundamental importância para o desenvolvimento das obras do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, do Governo Federal, em parceria com o Município de Olinda. Afirma, ainda, que serão realizadas no local obras de saneamentos básicos, pavimentação, drenagem, redes de abastecimento d'água, além da construção de casas para o remanejamento das famílias atingidas por essas obras.

Trata-se no presente feito de caso de reintegração de posse de bem público, no qual o Egrégio STJ já decidiu que “A ocupação de bem público não passa de simples detenção, caso em que se afigura inadmissível o pleito de proteção possessória contra o órgão público. Não induzem posse os atos de mera tolerância (art. 497 do Código Civil/ 1916)” (Resp. 489.732/DF, 4 T., rel. Min. BARROS MONTEIRO, J.5.5.2005, DJU 13.6.2005,p. 310). Na hipótese dos autos, não existe comprovação de ato administrativo que legitime o uso do imóvel público pelos demandados, e, assim sendo, é forçoso concluir pela inexistência de posse juridicamente tutelável, inviabilizando, por consequência, qualquer pretensão possessória que porventura

venha a ser deduzida frente ao ente público titular do imóvel. De forma que, toda a documentação juntada com a inicial, legitima o pedido do Município autor quanto à concessão de liminar. Os demandantes possuem simples detenção a qual não autoriza qualquer pretensão possessória. [...] (*grifos meus*)

Note que, no trecho da decisão, não parece haver qualquer preocupação do Poder Judiciário em resguardar o direito à moradia e a segurança da posse dessas populações.

Outro aspecto que é contraditório é que o município inicialmente tentou retirar essas famílias através de ações de desapropriação, na qual é feita uma avaliação do imóvel por meio da qual o município reconhece o direito à indenização por conta das benfeitorias na posse. É o que se depreende do seguinte trecho da já citada decisão:

[...] Os autos foram distribuídos por dependência do processo nº 1921-08.2008.8.17.0990, uma Ação de Desapropriação da mesma área objeto deste pedido. Naqueles autos da desapropriação foi concedida a liminar em data de 19/11/2008, tendo o auto de imissão de posse sido lavrado em 06/05/2010. Quando do início da execução das obras de construção de habitações para a população de baixa renda, o Secretario Executivo de Urbanização Integrada, oficiou ao Dr. Procurador Geral do Município, com urgência, em data de 25 de novembro de 2010, informando que foram infrutíferas as negociações para que pessoas que ali estavam ocupando ilegalmente o imóvel, saíssem do local. Disse que a desocupação era de extrema urgência e relevância para o prosseguimento das obras de construção do conjunto habitacional, através do Programa de Aceleração de Crescimento-PAC ali em Jardim Brasil, na Vila Popular. [...] (*grifos meus*)

Nesses casos, o grande problema é que a avaliação feita pelo município tem valor muito baixo, em parte por conta dos materiais usados na construção, o que leva a não aceitação do valor pela família que não consegue comprar outra moradia. Diante da recusa, o município entra com ação de reintegração de posse negando a posse da coletividade.

Vale também citar o processo nº 0006110.582010.8.17.0990 do TJPE no qual o magistrado, em ação de reintegração de posse, coloca-se como incompetente, e deixa evidente a contradição das decisões e a ausência de segurança da posse no âmbito de projetos de desenvolvimento ou de infraestrutura urbana num contexto de desapropriação ou mudança temporária para reabilitação urbana.

[...] **Decisão, Vistos, etc...**

Sem adentrar na tutela pleiteada, passo a apreciar o pressuposto processual da competência haja vista sua repercussão na validade da análise da matéria de fundo. No caso, a parte ré noticia às f. , acompanhada de documentos de f., que corre perante a 2ª VFP/Olinda a(s) seguinte(s) ação(ões): Proc. nº 0001921-08.2008.8.17.0990-Desapropriação, envolvendo o Município e o imóvel objeto do presente litígio. Após perflustrar os autos vejo conexão entre o processo em epígrafe e o Proc. nº 0001921-08.2008.8.17.0990, ação de desapropriação, considerando este discutir matéria conexa ao direito de propriedade, mas se encontrando na 2ª Especializada, e aquele, matéria possessória com o qual se imbrica, aqui em trâmite, porém em ajuizamento posterior (21/07/2010) ao primeiro. Desponta que a demanda reintegratória deverá ter seu curso no juízo competente para o processamento e julgamento da ação de usucapião.

Ademais, Juízo da 2ªVFP/Olinda primeiro recepcionou a expropriatória ora em curso, tornando-se prevento, sendo competente para recepcionar a presente reintegratória, a teor do CPC, art. 106. Busca-se evitar decisões contraditórias entre juízes com a mesma competência territorial, impondo, para tanto, que as ações conexas e em curso sejam apreciadas na mesma vertente. Portanto, declino de minha competência para a 2ª VFP/Olinda. Remetam-se os autos ao setor Distribuição para a baixa devida. P.I. [...] (*grifos meus*)

No tocante a resolução 1993/77 pode-se ainda acrescentar que nos casos de implantação de projetos de infraestrutura urbana, segundo seus ditames, o poder público deve se preocupar com a proteção de grupos em situação de desvantagem. No caso do PAC – Programa de Aceleração do Crescimento, a urbanização e retirada de famílias da pobreza extrema não devem violar os direitos fundamentais.

Tais retiradas em massa de pessoas ou transferências de populações pelo poder público devem ser acompanhadas obrigatoriamente da população atingida através de representantes, mediadores de conflitos, conselhos tutelares (criança, idoso e deficiente), como também, o Estado deve alugar social adequado para retirada da família da área de risco e acesso à assistência jurídica para a comunidade para defender direitos reconhecidos e para se criar um sistema de proteção eficaz.

Tanto que, para que a remoção forçada seja considerada justificável, ela deve ser empreendida em estrita conformidade com as previsões relevantes do direito internacional dos direitos humanos e de acordo com os princípios gerais de razoabilidade e proporcionalidade, “não devendo ocasionar indivíduos ‘sem-teto’ ou vulneráveis à violação de outros direitos humanos”. E quando esses afetados são

incapazes para prover a si mesmos, o Estado deve tomar todas as medidas apropriadas, de acordo com o máximo dos recursos disponíveis, para garantir que uma adequada alternativa habitacional, reassentamento ou acesso à terra produtiva, seja disponível⁸.

Neste caso, deve prevalecer a harmonização ao sistema jurídico brasileiro de preceitos constitucionais, de maneira que leve a adequação do instituto da reintegração de posse para que atenda a fins socialmente justificáveis.

Parece plausível ainda dizer que segundo o Comentário Geral nº 7, do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, para que haja estas garantias nas remoções forçadas, no que se refere ao respeito aos direitos humanos, deve-se ater: a devida proteção processual, a uma autêntica participação da população afetada; um prazo suficiente e razoável de notificação a todas as pessoas afetadas com antecedência e data prevista para o desalojamento; como também, facilitar a todos os interessados a um prazo razoável para receber informações relativas ao projeto e os fins que se destina, garantindo a presença de funcionários do governo e seus representantes nas remoções, especialmente quando este afetar grupo de pessoas e preocupando-se com identificação exata de todas as pessoas afetadas, não efetuando o desalojamento à noite, salvo com consentimento; e oferecendo recursos e assistência jurídica sempre que seja possível pedir reparação judicial.

Recentemente, em 24.12.2012, a Assembleia das Nações Unidas, através da Relatora Especial para Moradia Adequada do Conselho de Direitos Humanos da ONU, considerando a segurança da posse como elemento fundamental do direito a moradia adequada e baseando-se em exaustivos estudos sobre as fontes do direito nacional e internacional, em especial os comentários e as orientações, considerou que a proteção contra remoção forçada deve seguir como parâmetro as recomendações da resolução 1993/77 e que os governos devem conceder a segurança jurídica da posse, não cabendo dúvida que a remoção forçada constitua uma violação grave de uma gama de direitos humanos reconhecidos internacionalmente.

Para tanto, se coloca que é necessário que haja garantias processuais rigorosas aplicadas ao contexto das remoções, levando em conta toda a legislação de proteção

⁸ *The Right to adequate housing* (art. 11.1): forced evictions. Disponível em: <<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/959f71e476284596802564c3005d8d50>> Acesso em 26.fev.2012.

em relação aos direitos humanos; que as questões deveriam levar em conta a complexidade das intervenções.

Assim, faz-se necessário que haja garantias processuais rigorosas aplicadas ao contexto das remoções, levando em conta toda a legislação de proteção em relação aos direitos humanos; que as questões deveriam levar em conta a complexidade das intervenções. No entanto, em relação a Olinda vale citar o processo nº 11682-92.2010.8-17.0990 do Tribunal de Justiça de Pernambuco, demonstrando que nem sempre é isso que ocorre. Veja-se, por exemplo, os argumentos do executivo no processo nº 1921-08.2008.8.17.0990:

[...] Naqueles autos da desapropriação foi concedida a liminar em data de 19/11/2008, tendo o auto de imissão de posse sido lavrado em 06/05/2010.

Quando do início da execução das obras de construção de habitações para a população de baixa renda, o Secretário Executivo de Urbanização Integrada, oficiou ao Dr. Procurador Geral do Município, com urgência, em data de 25 de novembro de 2010, informando que foram infrutíferas as negociações para que pessoas que ali estavam ocupando ilegalmente o imóvel, saíssem do local.

Imediatamente o Município tomou as providências e promoveu a presente ação de reintegração de posse, tendo sido distribuída em data de 15/12/2010. [...] (grifo nosso)

Novamente o Município não faz nenhuma referência ao Estatuto das Cidades e aos princípios constitucionais atinentes à moradia. Inicialmente, considera a possibilidade de reconhecimento da posse e, a partir do insucesso nas negociações junto aos moradores, entra com a ação de reintegração de posse, e o pedido de ilegalidade da ocupação, Note-se que a juíza, tempestivamente, pediu o aditamento da inicial sem que fosse dado o amplo conhecimento aos moradores, não garantindo ao menos o acesso à informação, conhecimento do projeto e o direito de defesa, de modo que se encontra em desacordo com a Resolução 15/8 do Conselho de Direitos Humanos e o Relatório de moradia Adequada.

Em outro trecho dessa decisão, o Juízo de Olinda, demonstrando total descaso em relação à população, autoriza a concessão de liminar em desfavor de comunidades tradicionais residentes na localidade há mais de 15 anos, não se atendo ao número de crianças, idosos ou até mesmo a identificação dos moradores. Outro problema é a falta de coerência e harmonização com leis vigentes e regramentos relacionados à posse, gerando incerteza jurídica e descumprimento de alguns dispositivos fundamentais, inclusive desconsiderando algumas leis que estabelecem a regulação de assentamentos precários.

[...] CONCEDO a liminar pleiteada na inicial, determinando, em consequência, que seja expedido o competente MANDADO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE em favor do município autor, devendo o Sr. Oficial de Justiça cumprir a referida determinação contra os demandados descritos na inicial ou contra quem estiver residindo nos referidos imóveis, e também contra aqueles ocupantes não identificados da área descrita no documento de fls. 95, como sendo as edificações em alvenaria de números [...]

"A nº 510", "B", "C", "D", "E" e "F". [...]

[...] Determino, ainda, que o Mandado de Reintegração de Posse seja cumprido por 02(dois) oficiais de Justiça, autorizando, de logo, o reforço policial necessário, devendo ser expedido ofício ao Comando da Polícia Militar [...] (*grifo nosso*)

Além disso, o Juízo não se acautela quanto a mecanismos que garantam a integridade e a assistência das famílias, limitando-se a decretar a retirada do local e a demolição dos imóveis. O Estatuto das cidades no seu artigo no artigo 4º estabelece uma série de instrumentos para que o Município promova a democratização de áreas de assentamento precário e que se estabeleça a função social da propriedade urbana, garantindo a participação da população em todas as fases do projeto, como também variadas formas de intervenção social, inclusive com a possibilidade de regularização fundiária através da concessão de uso especial e a concessão de uso real, uso especial de imóvel urbano e legitimação da posse através de medida administrativa.

Além disso, as resoluções sobre a moradia da ONU, que veremos mais a frente orientam que no processo de retirada forçada seja feita a identificação e participação dos ocupantes no processo de retirada das famílias.

Deve-se pontualmente aplicar a Constituição Federal no que trata de política urbana, o Estatuto das cidades, Lei 11.977/2009, Capítulo III, Seção II – trata da regularização fundiária de interesse social e o Código de Processo Civil, quando determina no seu artigo 214 que a parte deve ser citada, e a indispensabilidade da citação inicial do réu para validade do processo, bem como que no caso de ser seu endereço desconhecido ou incerto, deverá se dar por edital, para que tenha a garantia da ampla defesa e do contraditório. Deverá também ser promovida a audiência de Justificação, podendo haver nulidade na realização sem sua presença. Senão vejamos:

Audiência. Justificação Prévia. Ação possessória. Reintegração de posse. Imprescindibilidade da citação pessoal do réu sob pena de nulidade dos atos processuais realizados sem sua presença – inteligência dos artigos 214 e 862 do Código de Processo Civil. (TJRR – Agravo de Instrumento n. 003/99, Câmara Única, j. 13.4.1999, rel. Des. Ricardo Oliveira, RT 767/99, p. 384-385).

Não deve ser ignorada a magnitude do problema dos assentamentos informais. Contribuição relevante nos traz o jurista e urbanista Edésio Fernandes ao destacar a Lei Federal nº 10.257 de 10 de julho de 2001, denominada ‘Estatuto da Cidade’, bem como a Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro também de 2001, como meios hábeis e eficazes de difundir uma nova cultura jurídica baseada no princípio da função social da propriedade urbana e da cidade (FERNANDES e ALFONSIN, 2004, p.318).

1.3 O CASO OLINDA E SEU ENGENDRAMENTO PELA ATIVIDADE DECISIONAL DOS JUÍZES E TRIBUNAIS

No que se refere ao exposto na seção anterior, evidencia-se, portanto, um distanciamento entre a aplicação da lei e a realidade social dos fatos. As decisões parecem insuficientes para atender satisfatoriamente e resguardar o direito fundamental à moradia e à dignidade humana.

Essas decisões, em boa parte, refletem o descompasso entre o direito que se aplica e o que se objetiva como direito desejado num Estado Constitucional. Essas contradições, que se mostram flagrantes em alguns casos, nos levam a tentar identificar/compreender os padrões de justificação e aplicação do direito nas decisões judiciais.

De modo que, apesar de o ordenamento jurídico brasileiro contemplar uma série de leis e diretrizes constitucionais e infraconstitucionais que garantam o direito à moradia adequada, essa realidade ainda é bem distante.

Não se trata apenas da falta de uma norma que dê densidade jurídica aos preceitos constitucionais, mas sim, da falta de eficácia dos direitos sociais que estão relacionados à não prestação dos serviços pelo Estado, ou seja, o problema certamente está na formulação, implementação e manutenção das respectivas *políticas públicas* e na composição dos gastos nos orçamentos da União, dos Estados e dos Municípios (KRELL, 2002, p.32).

Tudo isso leva ao agravamento do nível de precariedade dos assentamentos que, na sua grande maioria, ocorrem devido à falta de moradia digna, tornando-se a ocupação

a única opção que dispõe a maioria da população pobre, muitas vezes colocando-se em condições subumanas.

De fato, a crise da efetividade do direito à moradia, em parte, decorre da omissão histórica do poder público em relação às áreas de favela⁹ ou dos aglomerados urbanos, da implementação de políticas públicas ineficientes que promovem a “urbanização da pobreza”, isto é, criam espaço ou reformulam áreas de forma precária que continuam carregando o estigma de áreas degradadas e não incluídas na cidade.

Além disso, essa urbanização ainda não é suficiente para garantir o respeito aos direitos sociais e a inclusão da favela como espaço de convivência digno, com habitações adequadas. Por isso, essa negação sistemática do espaço, ainda que o texto constitucional consagre a dignidade humana como princípio estruturante de nosso sistema jurídico, é incapaz de garantir o direito à moradia na sua totalidade, violando esse direito social protegido constitucionalmente, ocasionando a judicialização do direito à moradia.

Portanto, trata-se de notar que há violação de direitos fundamentais nas decisões judiciais prolatadas no tocante à moradia e, de fato, essas soluções desarrazoadas têm relação com o modelo e a forma de aplicação da lei.

É nesse cenário que deveria surgir o judiciário como último recurso para fazer valer esse direito, intervindo na realidade e reduzindo a ineficiência das políticas públicas implementadas pelo Estado. Mas, por outro lado, o próprio judiciário não consegue enfrentar todos os obstáculos, acarretando ineficiência parcial junto ao ordenamento brasileiro, em parte pela não concretização desse direito, devido a uma série de fatores – dentre eles a falta de estruturas técnicas e jurídicas que permitam que essas questões sejam exploradas e enfrentadas pelos tribunais devido à necessidade de conciliar os vários interesses em jogos.

⁹ O termo por si já carrega uma simbologia da precariedade, de pobreza, da negação de direitos. Denominação tem origem em planta do sertão nordestino muito abundante no morro da Favela no Sul do povoado de Canudo e ocupado de forma precária por soldados e trazidos para Rio de Janeiro após a Guerra de Canudos que construíram seus casebres e barracões no morro da providência. VALLADARES, Licia. A gênese da favela carioca. **A produção anterior às ciências sociais**. *Rev. bras. Ci. Soc.* [online]. 2000, vol.15, n.44, pp. 05-34. ISSN 0102-6909.

Ora, como a maioria dos direitos sociais, o direito à moradia, no nosso ordenamento jurídico se insere como um princípio programático que deve *a priori* nortear ações públicas, e que, tenham como escopo garantir a aplicação imediata de preceitos constitucionais pelo Estado de forma à implementação gradativa do direito à moradia e, sobretudo, assegurando acesso aos bens e serviços relativos aos programas de políticas sociais, bem como sua gestão democrática.

A aplicabilidade imediata dos direitos sociais é um elemento estruturante do constitucionalismo contemporâneo. O simples fato de os direitos fundamentais estarem prescritos na Constituição já lhes confere plena executividade, independentemente de norma infraconstitucional que os regule ou os clarifique.

Nesse aspecto, o Judiciário assume o compromisso de concretizar os direitos humanos na realidade social, atuando como verdadeiro mediador entre a lei e o caso concreto que lhe é submetido. A visão inflexível de neutralidade do juiz deu lugar à ideia de ativismo judicial na medida em que o magistrado passou a direcionar sua atuação para soluções vinculadas à plena efetividade da norma constitucional. Para isso deve-se desenvolver um discurso jurídico consistente e racional, baseado em normas-princípios ou sofisticadas técnicas hermenêuticas que atendam às demandas de concretização das liberdades públicas e dos direitos sociais. (SARMENTO, p.157, 2011)

No entanto, a realidade é bem diferente. Cerca-se de uma tradição da forma jurídica pela qual, nas decisões, o direito à moradia vem sendo aplicado como prejuízo à harmonização do sistema jurídico brasileiro. Apesar do discurso comprometido com a máxima efetividade do direito à moradia assentado em diretrizes internacionais, o mundo real que se percebe é que há um apego excessivo a letra da lei e um distanciamento de parâmetros constitucionais.

Por tudo isso, a princípio, a perspectiva de aplicação do direito à moradia no Estado Social encontra-se sem concretização e dependendo da implementação de políticas públicas e, diante da omissão do executivo em elaborá-las, do legislador, e dos tribunais.

Óbvio que não é tarefa fácil definir o direito à moradia adequada graças à ausência de elementos formais que o caracterizem. Contudo, não se pode olvidar que a legislação supraestatal já nos traz elementos para garantir minimamente este direito, além de seus vários fundamentos possíveis que estão ancorados na dignidade humana e nas condições que aquele direito pode ser realizado.

Assim, é pertinente anotar que o direito a moradia como direitos humanos podem ser entendidos como um conjunto mínimo de direitos necessários para assegurar a vida do ser humano baseados na dignidade (RAMOS, CARVALHO, 2001, p. 27).

Logo, cabe saber de que forma, nas sentenças, o magistrado vem tomando suas decisões em relação às questões de reintegração de posse e se, de fato, considera o ordenamento, suas nuances, ou se limita a usar toda tradição jurisprudencial. Práticas arcaicas para resolver problemas novos. Problemas estes que exigem do magistrado um compromisso com a aplicação do que decide. No nosso caso, parece que os instrumentos de reintegração de posse não são suficientes para atender a essa nova realidade do direito a moradia.

No caso do PAC, o processo de violação é sistemático. Inicia-se no Estado, a partir dos desdobramentos do projeto de implementação do acesso à moradia a “qualquer preço” e diante do conflito socorre-se ao Judiciário, que não aplica o direito em consonância com os ditames constitucionais.

Neste sentido, dispõe a decisão nº 08.005391-4 do TJPE, proferida em ação de reintegração de posse (liminar) em desfavor dos moradores que vivem às margens do Canal da Malária. Em nenhum momento se faz referência à moradia, não se refere ao Estatuto da cidade. Alega-se que a área é de proteção permanente, no entanto as famílias voltam para o mesmo lugar. Não se preocupa em garantias legais na sentença e limita-se às alegações do município e do Código Florestal.

[...] Toda aquela citada área por ter característica ambiental possui proteção de preservação permanente quanto aos recursos hídricos, a paisagem, o solo, dentre outras, tudo de acordo com o disposto no Código Florestal, Lei Federal nº 4.771/65, art. 1º, inciso II. [...]

Contudo, diante da realidade de exclusão e desigualdade, as decisões parecem distante de atender as demandas sociais. Na contramão, podemos citar a decisão da Justiça Federal de Minas Gerais:

[...] Quando a lei regula as ações possessórias, mandando defenestrar os invasores (art. 920 e ss. do CPC), ela – COMO TODA LEI – tem em mira o homem comum, o cidadão médio que, no caso, tendo outras opções de vida e moradia diante de si, prefere assenhorar-se do que não é dele (...). Mas os ‘invasores’ são excluídos, resultado do perverso modelo econômico adotado pelo país. (...) O Estado não pode exigir a

rigorosa aplicação da lei (no caso, reintegração de posse) enquanto ele próprio – o Estado – não se desincumbir, pelo menos razoavelmente, da tarefa que lhe reservou a Lei Maior. (JF/MG. Ação de reintegração de posse n. 95.0003154-0.¹⁰ [...]. (grifo nosso)

A percepção do direito não pode se limitar à dogmática jurídica, isto é, ao estudo sistemático das normas que compõem o direito positivo, como também não deve se limitar ao entendimento comum condicionado às práticas cotidianas que se alimentam do arsenal ideológico, e que são determinadas por um conjunto de saberes que norteiam a doutrina e impõem o controle social.

A análise do direito apenas pelo prisma da dogmática jurídica leva o jurista, frequentemente, a se deparar com dilemas quanto à decisão nos tribunais, se questionando a que fonte deve recorrer e o que fazer para decidir uma causa, diante do sem-número de casos que são julgados diariamente. Não parece plausível que a interpretação apenas a partir da lei seja suficiente para alcançar plenamente a verdade pretendida. O procedimento por si só não é suficiente para sistematizar um método de aplicação do direito.

Assim, a descrição do procedimento parece se esvaír no argumento e critérios próprios ou comuns que sejam suficientes para justificar a aplicação do direito. É certo que algumas leis estão fadadas ao descumprimento quando se evidenciam frontalmente as falhas no processo de elaboração. Por essa razão, há uma dissonância entre a aplicação jurídico-formal e o compromisso social que a lei deve ter (justificação ética), podendo tal desacordo ser desastroso no que se refere à garantia do direito, como por exemplo, a propriedade, ou ainda, colidir com direitos fundamentais que devem ser preservados (ATIENZA, 2004, p.24).

Não se pode ser ingênuo e acreditar que as representações costumeiras, fundadas na atividade comum dos juristas, não interfiram na construção do saber. Existe sim um saber que se encontra implicado nas reflexões científicas e epistemológicas e que corroboram para construir “verdades jurídicas” (WARAT, 1994, p.13) e definir seu campo de atuação na sociedade. Isso posto, a compreensão desse processo torna-se *coditio sine qua non* para avançar na crítica e compreender a realidade social.

¹⁰ Ação de Reintegração de Posse nº 0003156-53.1995.4.01.3800.- JFMG

Dessa forma, o direito não existe por si, pronto e acabado, ele se estabelece com a realidade do movimento dialético que funciona como suporte material e cultural. É preciso discutir o direito “de dentro”, dogmático, normativo, que tem como finalidade, *a priori*, adestrar os juristas encarregados de aplicá-lo (OLIVEIRA, 1984, p.1).

Isso porque o direito não é uma realidade ilimitada, absoluta. Ele tem limites e, portanto, aponta necessariamente para algo fora dele, para algo que não é ele mesmo, para sua própria e correspondente realidade social. O direito na sociedade não pode ser compreendido sem a contextualização da realidade social, de maneira que carece, como tecnologia social, de apoiar-se no objeto concreto, histórico, construído sociologicamente do cotejamento entre o empírico (impressão da realidade) e o exame racional destes fatos, visto que o direito, em sua plena realidade, não é considerado algo acabado, mas como um processo, como uma realidade dialética na qual a forma não pode existir e ter consistência como tal, independente do suporte que a sustenta.

Além disso, ao analisar o fenômeno jurídico enquanto instrumento da filosofia prática, há que se investigar os elementos contidos na atividade do juiz, observados nos discursos que fundamentam as decisões jurídicas como a aplicação da lei e a interpretação da mesma como “verdade”, verificando se conseguem carrear decisões justas. Vale ressaltar, neste sentido, que cada sociedade tem seu regime de verdade, sua política geral de verdade: isto é, os tipos de discurso que ela acolhe e faz funcionar como verdadeiros ou falsos, a maneira que se sanciona uns e outros (FOUCAULT, 1979, p.12).

2 DIREITO À MORADIA *VERSUS* DIREITO DE PROPRIEDADE COMO MARCO TEÓRICO

2.1 DIREITO À PROPRIEDADE: ALGUNS ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Este capítulo se propõe a verificar o arcabouço legal e os antecedentes constitucionais que legitimaram o direito à propriedade e sua repercussão na construção do direito à moradia tomando como premissa a abordagem dada nas Constituições e nos documentos que apregoaram garantia de direitos e, de sobremaneira, nas constituições brasileiras.

O direito à propriedade é basicamente uma questão patrimonial e, ao longo dos séculos, são vários os documentos que o citam como, por exemplo, a carta Magna de 1215¹¹. A carta de João sem terra, inicialmente abrandava as situações nas quais o soberano, de forma absoluta, violava a integridade das pessoas e suas liberdades. Terras eram confiscadas e o cidadão poderia ser preso a qualquer momento. Sem dúvida houve um avanço, apesar de inicialmente a legislação apenas garantir o direito da nobreza, a promulgação da lei foi um passo importante para impor limites aos soberanos e consequentemente resguardar a propriedade, criando condições para as liberdades civis e servindo como alicerce para a legislação britânica de garantia de direitos.

Posteriormente, em 1628, o Parlamento inglês previu expressamente a garantia de direitos civis impedindo a expropriação e garantindo que nenhum homem livre ficasse detido ilegalmente. A normatização desse direito foi um passo importante para evitar que alguém fosse expulso de suas terras por causa de tributos ou recusa de pagá-los.

¹¹ Outorgada por João Sem Terra em 15 de junho de 1215. “Concedemos também a todos os homens livres do reino, por nós e por nossos herdeiros, para todo o sempre, todas as liberdades abaixo enumeradas, para serem gozadas e usufruídas por eles e seus herdeiros, para todo sempre.[...]”.Disponível em:<<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/magna-carta-1215-magna-charta-libertatum.html>>. Acesso em 2. set. 2011.

Já nos Estados Unidos, em decorrência do contexto do processo de independência e influenciado pelas ideias iluministas, foram colocados com clareza os fundamentos liberais do Estado democrático.

Esses fundamentos puderam ser vistos na Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, no qual os homens eram, por natureza, iguais e com certos direitos que, colocados como inatos, entravam na sociedade e colocavam a propriedade como meio para garantir a segurança e a felicidade. Isto reforçava o caráter liberal da declaração de direitos que, na verdade, buscava proteger os mais abastados sobre a égide da igualdade.

Este período, a partir da Declaração da Virgínia, apresenta-se como decisivo para a cristalização de uma série de princípios que, apesar de não avançar em relação à propriedade, vão iniciar um novo conceito de prática constitucional. Pode-se visualizar elementos que se encontram presentes nas constituições contemporâneas como: consentimento dos governados, governo limitado, sociedade aberta, centralização do indivíduo, o governo pela lei, a aplicação da constituição (Howard, 1991, 3-41).

Outro documento que tratou sobre a propriedade foi a Declaração dos Direitos do Homem e dos cidadãos¹² que arguiu sobre a propriedade como direito inviolável e sagrado, restringindo o uso por necessidade pública em situação que fosse legalmente comprovada e mediante a justa indenização como foram feitos nos ordenamentos seguintes que tutelaram esse direito.

As Revoltas que aconteceram na França e nos Estados Unidos culminaram, em 1793, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, já alterada, onde constava, de forma velada, a proteção a alguns direitos, entre eles: a igualdade, a liberdade, a segurança e a propriedade. Nos artigos seguintes também houve uma referência à propriedade. Neles se dizia que o direito à propriedade era um direito que todo o cidadão teria de gozar e dispor à vontade dos seus bens, rendimentos, do fruto do seu trabalho e da sua indústria.

Decerto que todo esse conjunto de documentos influenciou na formalização do direito à propriedade e foi ponto obrigatório nas constituições seguintes.

¹² Proclamado em 1789 é declaração de direitos de maior repercussão na história até a adoção pela ONU da Declaração dos direitos do homem e do cidadão.

A Constituição de Cádiz ou Espanhola, promulgada em 19 de março de 1812 pelas Cortes Gerais e Extraordinárias, foi fortemente influenciada por toda base legal do ordenamento anterior na Europa. Percebeu-se a proteção velada da propriedade quando se colocou a não perturbação da posse, não se podendo privar ninguém de sua propriedade e, caso se necessitasse dela para fins públicos, deveria também garantir a justa indenização.

No Brasil, as primeiras inferências constitucionais à propriedade ocorreram ainda no período das Cortes portuguesas (Reino Unido), consagradas pela Constituição de 1822, um pouco antes de deflagrado o processo de independência do Brasil. Teve como base constitucional a Constituição de Cádiz, primeira constituição espanhola, a Revolução Francesa (1791) e a Constituição dos Estados Unidos da América (1787). A Constituição portuguesa de 1822, do Título I - Dos Direitos e Deveres individuais dos portugueses no art. 01 e 07 diz o seguinte:

Art. 01. A Constituição política da Nação Portuguesa tem por objeto manter a liberdade, segurança, e propriedade de todos os Portugueses.

Art. 06. A propriedade é um direito sagrado e inviolável, que tem qualquer Português, de dispor sua vontade de todos os seus bens, segundo as leis. Quando por alguma razão de necessidade pública e urgente, for preciso que ele seja privado deste direito, será primeiramente indenizado, na forma que as leis estabelecerem (MIRANDA, 1976, p.5).

Ressalta-se que a Constituição portuguesa de 1822, como instrumento legal, teve pouco tempo de vigência no Brasil. No entanto, as ideias liberais de sua construção normativa influenciaram as constituições subsequentes, como podia ser visto na Constituição de 1824 promulgada no Brasil após o processo de independência.

Conforme foi visto, a propriedade encontrava-se no bojo da carta magna de 1824. Nesta época era garantido aos nacionais e estrangeiros o direito de inviolabilidade da propriedade, o qual se resguardava na sua legalização e conformação. Já a Constituição Brasileira de 1891, na sua declaração, assegurava a liberdade e a segurança tanto a nacionais como estrangeiros em toda a sua plenitude, exceto em caso de desapropriação para utilização pública, onde era resguardada a indenização prévia.

Nesse período, começa a haver uma mudança em relação à propriedade: a Constituição Mexicana de 1917 rompe conceitualmente com os ditames liberais em relação à propriedade e começa a trazer no seu artigo 27 o seguinte texto: “A propriedade das terras e das águas compreendidas dentro dos limites do território nacional pertence originalmente à Nação, a qual teve e tem o direito de transmissão do seu domínio aos particulares constituindo a propriedade privada” (TRINDADE, 2002, p.153).

A partir daí, a nação poderá impor à propriedade as regras ditadas pelo interesse público, regulando a apropriação com vista à distribuição equitativa e a conservação da riqueza pública. Assim, torna-se concreto o avanço social determinando que sejam tomadas as medidas necessárias à divisão dos latifúndios e ao desenvolvimento da pequena propriedade e os subordina às necessidades coletivas (TRINDADE, 2002, p. 153), estabelecendo a fundamentação da função social que já passará a compor timidamente a Constituição brasileira a partir de 1934.

Quanto à propriedade, no que se refere à constituição de 1934, o art. 113, *caput*, e inciso 17 nos dizia:

É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilização pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção interna, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior (POLETTI, 1999, p.157).

As Constituições de 1937 e 1946 em nada acrescentaram ao que já havia sido posto na constituição anterior. No entanto, a Constituição de 1967 refletiu a fase conturbada pós-revolução de 1964 e trouxe algumas prerrogativas e limitações quanto à propriedade.

Assim dispôs o Capítulo IV, Dos Direitos e Garantias Individuais, no qual se assegurava o direito de propriedade e, caso fosse necessário, a desapropriação por necessidade ou utilização pública ou por interesse social. Esta última ocorreria através de prévia indenização em dinheiro, podendo também o expropriado aceitar o pagamento de outra forma. Também era possível, em caso de perigo eminente, que fosse usada a propriedade particular, assegurando ao proprietário a indenização devida (BRANDÃO; BRITO; BALEEIRO, 2001, p. 161).

Entretanto, na legislação já havia sinais de mudança de regime, pois, no artigo 160, apareciam tópicos de justiça social e de função social da propriedade. A Constituição seguinte, de 1969, em nada acrescentou, sendo cópia da Constituição anterior.

Abruptamente houve uma mudança na legislação, que passou a refletir um caráter mais democrático da Constituição de 1988, também chamada de Constituição cidadã, assegurando no capítulo II, dos Direitos Sociais, a moradia como direito social que deve ser garantido de forma universal e equânime, levando à efetivação da função social sem desconsiderar a posse em seus vários aspectos junto à legislação contemporânea, contemplando os direitos fundamentais.

O Constitucionalismo social é uma realidade a partir do século XX e a Constituição do Weimar, de 1919, inicia o processo de codificação desses direitos, visto que os direitos individuais por si só, não são suficientes para garantir a felicidade, e é necessária a junção dos direitos.

Esses direitos podem ser desenvolvidos assim:

Os direitos de 1ª geração constituem herança liberal. São os direitos civis e políticos: a) direitos de garantia, que são as liberdades públicas, de cunho individualista: a liberdade de expressão e de pensamento, por exemplo; b) direitos individuais exercidos coletivamente: liberdades de associação: formação de partidos, sindicatos, direito de greve, por exemplo. Os direitos de 2ª geração são os direitos sociais econômicos e culturais, constituindo herança socialista: direito ao bem estar social, direito ao trabalho, à saúde, à educação são exemplos desses direitos. Os de 3ª geração são direitos de titularidade coletiva: a) no plano internacional: direito ao desenvolvimento e a uma nova ordem econômica mundial, direito ao patrimônio comum da humanidade, direito à paz; b) no plano interno: interesses coletivos e difusos, como, por exemplo, o direito ao meio-ambiente (LAFER, 1995, p. 201 e segs.).

No Brasil, a constituição, ainda que tivesse avanços sociais na década de 30, em relação à questão fundiária, só consagraria a função social anos depois, em 1969, afastando a ideia de concepção individual e liberal do direito à propriedade e firmando a compreensão de direitos coletivos, adicionando no texto da constituição o termo função social da propriedade através da emenda em 1969, que já se referia a uma evolução social, quando trazia no art. 160, III, a adequação do princípio da

função social da propriedade, ou seja, a sua vinculação ao exercício de outro direito junto à coletividade (MARIA GARCIA, 1985, p. 3).

O direito à propriedade (art. 5º, XXII, da CF) no Brasil, como lugar intocável, teve sua flexibilização a partir da constitucionalização das demandas sociais por democratização do acesso à terra e consequentemente ao espaço urbano, fruto do processo de implementação de reformas sociais originárias da Constituição de 1934 por influência da constituição de Weimar, denominada também de “constituição programática”, que procurava garantir direitos sociais, limitando a propriedade no seu art. 153 de forma expressa pela lei, a qual consagrava a função social da propriedade, de tal maneira que a mesma deixava de ser um direito inviolável e sagrado na constituição de Weimar (BERCOVICI, 2003, p. 23-28).

A propriedade não mais se colocava de forma absoluta, tinha sua limitação clara incluída pelo princípio da função social e passava a ser fundamental, quando se considerava uma série de outros direitos que estavam implicados na questão da moradia e da dignidade humana.

A propriedade ainda está claramente configurada como um direito positivo que deve cumprir uma função social e não como sendo pura e simplesmente uma “função social”. Desse modo, caso a propriedade fosse uma função social, aquela que não a estivesse cumprindo, estaria ausente de proteção jurídica, podendo ser perdida, sem qualquer indenização, toda e cada vez que fosse demonstrado seu desajuste à função social que deveria preencher. Assim, conclui-se que a propriedade não é uma função social, mas deve cumprir uma função social (BANDEIRA DE MELLO, p. 39-43, 1987).

Apesar de haver avanços concretos em relação aos direitos sociais, a doutrina majoritária eminentemente privatista do instituto, permeada pelos ideais liberais, ainda trata a propriedade como um direito absoluto. O fato é que tal postura não corresponde à realidade da sociedade e do próprio sistema jurídico que a regula. Tencionam-se na relação entre o princípio do acesso e a garantia à propriedade e no princípio da função social (ARONNE, 1999, p. 3).

Assim, observa-se também, que:

A propriedade é o grande foco de tensão entre as correntes individualistas e solidaristas. O direito de propriedade, no Estado democrático e social de direito, como o da Constituição brasileira de 1988, termina por refletir esse conflito. No artigo 5º, dois incisos

estabelecem regras que constituem uma antinomia, se lidos isoladamente: o XXII (“é garantido o direito de propriedade”) é a clássica garantia da propriedade privada, do Estado liberal; o XXIII (“a propriedade atenderá a sua função social”) é a dimensão solidária e intervencionista, própria do Estado social. A antinomia é reproduzida no artigo 170, que trata da atividade econômica. Em um, dominante é o interesse individual; em outro, é o interesse social. Mais que uma solução de compromisso, houve uma acomodação do conflito. (LOBO, 1999, p.106)

O que se tenta é superar a visão civilista tradicional que está presente no próprio sistema jurídico, compreendido como uma rede axiologicamente hierarquizada de regras, princípios e valores, positivados em nosso ordenamento. Impõe-se uma releitura da própria constituição que, no caso da propriedade, demanda a mudança do enfoque do patrimônio para a dignidade humana.

Nesta linha aponta a doutrina mais avançada, com uma visão clara da necessidade de maior funcionalização do instituto do direito à propriedade, para dar efetividade à exigência constitucional concretizada na função social (ARONNE, 1999, p. 18).

Como se vê, as demandas sociais se impõem de forma decisiva na aplicação do direito à propriedade contemporânea e na adequação de um novo modelo de aplicação deste direito que efetivamente se dá pelo concurso de princípios, envolto na moldura constitucional, em face à interpretação e ao princípio da dignidade humana.

Aos poucos a propriedade vem ganhando contornos mais sociais, fruto do movimento constitucionalista que cada vez mais se solidifica no mundo do direito, de modo que a propriedade de caráter meramente privado passa a ser regulada e ter caráter público (SANTA MARIA, 1991, p.66).

No entanto, sua materialização no sistema jurídico contemporâneo, ainda é lenta apesar de se encontrar vinculada como princípio da garantia social e a obrigatoriedade da função social que dá um horizonte à aplicação no ordenamento jurídico, devendo servir ao bem da comunidade, o que implica na negação do interesse individual e consagração do interesse em prol da coletividade, dando-lhe um tratamento à luz da constituição.

É cada vez mais marcante a necessidade de se dar novos contornos a aplicação do direito à propriedade como meio de reduzir a desigualdade afastando-se da ótica privatista. Apesar do freio social imposto pela influência da jurisprudência, ainda

persiste no pensamento jurídico clássico um reflexo de inquietação social resultante da passividade com que a dogmática enfrenta a matéria, contribuindo para um *status quo* patrimonialista e exclusivista, contrário a um regime de um Estado Social (ARONNE, 1999, p.175).

Nesta perspectiva de compreensão do Estado Social, Paulo Lobo Neto afirma que,

No rumo da repersonalização das relações civis, podem ser destacadas as seguintes tendências: a) a aplicação crescente pela jurisprudência dos tribunais do princípio da dignidade da pessoa humana, como fundamento para solução dos conflitos; b) o condicionamento do exercício da propriedade e de outros direitos reais à sua função social e a garantia do direito de acesso à propriedade mínima existencial, mediante a qualificação da moradia como direito social (art. 6º da Constituição).

Nesse aspecto se discute a propriedade pública e os avanços após a incorporação dos direitos sociais no ordenamento, de modo que as modificações na abordagem do instituto da propriedade, com a incorporação da lei 10.257, de 10 de julho de 2001, denominado Estatuto das Cidades, caminham na direção da transição do modelo liberal para o Estado Social, com o reconhecimento do direito à moradia, como direito humano, corroborando para a implementação dos preceitos constitucionais que amparam a dignidade humana.

Nesta perspectiva, há alguns aspectos que devem ser citados como: a) a propriedade atenderá a sua função social; b) alíquotas progressivas para desestimular propriedades improdutivas; c) a atividade econômica deverá seguir os ditames da justiça social e obedecer à função social da propriedade; d) a Política Urbana,¹³ que busca garantir a erradicação da pobreza e redução das desigualdades através do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, garantindo o bem estar aos seus habitantes; e) a propriedade urbana deverá cumprir sua função social e se guiar pelo plano diretor.

¹³ Não previsto na redação original incluído através da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000.

Ressalta-se também, no art. 182, a previsão dos programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico, inclusive reconhecendo o direito daquele que possui uma 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, de adquirir-lhe o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Sendo assim, se pode reverenciar de forma inequívoca os avanços dispostos na Constituição Federal de 1988 no capítulo que trata dos Direitos Sociais, como também, a contribuição do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257 de 10 de junho de 2001) que traz em seu corpo normativo um conjunto de artigos que vem disciplinar e servir como instrumento para a busca pelo direito à moradia. A lei traz em seu bojo algumas prerrogativas citadas a seguir: o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsória; o IPTU progressivo no tempo; a outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso, entre outros (...).

Entretanto, é importante lembrar que os planos urbanísticos deverão observar os seguintes princípios estruturais:

O princípio da legalidade, composto pelos subprincípios da homogeneidade da planificação, da tipicidade dos planos urbanísticos, o do desenvolvimento urbanístico em conformidade com o plano e o da obrigatoriedade da planificação; o da definição pela lei, do procedimento de elaboração dos planos urbanísticos; o da diferenciação pela lei de um regime particular para certos tipos de bens; o princípio da hierarquia; o da proporcionalidade em sentido amplo ou da ‘proibição do excesso’ e o princípio da igualdade. Todos esses princípios estão de certa forma, contemplados em disposições variadas do Estatuto (SILVA, 2000, p. 256).

No que se refere aos Direitos Sociais, do ponto de vista teórico, podemos afirmar que o reconhecimento do direito à moradia é fruto do processo histórico da passagem do Estado Liberal (Estado mínimo, não-intervencionista), para Estado do Bem-estar Social (intervencionista; garantidor do mínimo de igualdade), de modo que a elevação à categoria de direito social e fundamental garante a sua aplicação imediata de forma imperativa, lastreada na boa hermenêutica. Não obstante tal raciocínio, há que se ressaltar o posicionamento de doutrinadores como Sarlet, que asseveram estar o direito à moradia ínsito, desde sempre, à dignidade da pessoa humana, conforme lição transcrita abaixo:

De qualquer modo, o direito à moradia sempre esteve vinculado diretamente com o princípio da dignidade da pessoa humana, com o direito à vida, entre outros, pelo que se reconhece o seu status de direito fundamental. (SARLET, 2001, p.34).

Cada vez mais o homem torna-se centro das políticas públicas de urbanização, e de modo preponderante através da implementação da política urbana¹⁴ na CF (por inclusão do art. 182 CF). Cria-se o Ministério das Cidades que vai formular e fomentar toda política de desenvolvimento urbano do país. A União, os Estados e Municípios tornam-se órgãos executores desta política.

Vale também ressaltar que o processo de construção desta política e sua aplicação efetiva devem ter por base o cotejamento dos vários programas, leis e orientações adotadas em cada área para que se entenda como foi feito esse processo de ocupação territorial e com isso fomentar políticas que compreendam as formas de ocupação e qual a melhor política pública para a área.

O Estatuto da Cidade constitui um instrumento que rompe com tradição liberal do direito à moradia e autoriza o Estado a intervir na propriedade que não esteja cumprindo com a função social, podendo até mesmo expropriar o que caso seja necessário à satisfação do direito em prol da moradia em prol da coletividade.

Para este propósito, importa considerar na seção seguinte a discussão da função social que se mostra imprescindível para compreender como esse instituto é importante para implementação do direito à moradia e uma série de outros direitos que se relacionam com a dignidade humana.

2.2 APROPRIAÇÃO PRIVADA E FUNÇÃO SOCIAL: OS TERMOS DE UM CONFLITO QUANTO AO DIREITO DE PROPRIEDADE URBANA

A propriedade privada no Brasil teve sua origem a partir do declínio das concessões de Sesmaria, sobretudo porque essas concessões administrativas com cláusulas resolutas mantinham caráter de inalienabilidade e estavam condicionadas à efetiva exploração da terra. De maneira que impossibilitava a mercantilização da

¹⁴ Incorporado através da emenda constitucional nº 26 de 14.02.2000.

terra, que só foi desencadeada a partir da promulgação da Lei nº 601, de setembro de 1850 que a tornava mercadoria aceitável entre fazendeiros e credores urbanos.

O processo de absolutização da propriedade começou a se concretizar a partir da possibilidade de alienação onerosa das terras públicas conjuntamente com a proibição do apossamento da terra e obrigatoriedade do registro (art. 11 da Lei de Terras de 1850), o que levou a impossibilidade do acesso à propriedade dos pequenos lavradores e a formação dos grandes latifúndios (VARELA, 2005, p. 154).

O caráter exclusivista e liberal foi ratificado com o código Civil de 1916 por meio da proibição da legitimação da posse e da revalidação de sesmarias. No entanto, durou pouco tempo. A partir da constituição de 1934, passou-se a prever expressamente a exigência do interesse social ou coletivo e começava-se a ser dado novos contornos em torno da propriedade privada e da democratização do acesso à terra e a exigência da função social. O *status* patrimonialista e exclusivista do Estado liberal começa a ser superado pelo Estado Social, notadamente na Constituição de 1988.

Nessa medida, se concretizava que a propriedade deve atender ao fim social e ao interesse coletivo. E também, nestes casos, não se poderia deixar de se referir que a propriedade privada deve ser desempenhada por estas novas situações jurídicas subjetivas, a serem igualmente condicionadas à função social e aos interesses sociais, fim maior do nosso sistema civil-constitucional (TENPEDINO e SCHREIBER, 2005, p.110), anotando que não há motivo para considerar o interesse público desassociado do direito à propriedade e que tanto a propriedade pública ou privada só tem razão enquanto interesse de toda comunidade.

Numa posição conciliadora, Salvatore Pugliatti (1964, p.36) assevera que o propósito das modificações é a harmonização entre esses extremos: ao lado do interesse privado se coloca o interesse público, em que se percebe a necessidade de criar e aplicar um complexo de instrumentos que possam garantir, mediante o exercício do direito privado, a tutela do interesse público. E, para tanto, há exigências que devem ser satisfeitas, como abolir o confronto entre o público e o privado, de modo a que este não constitua óbice àquele, encontrando o equilíbrio entre eles e dosando o instrumental usado na execução dos fins, para que o sacrifício do particular seja equivalente ao benefício do coletivo. No mesmo sentido se afirma que,

Se há conceito que vem sofrendo, nos últimos tempos, certas modificações aceitas por todos aqueles que se preocupam com problemas da justiça social, é o da propriedade. Não estamos mais nos tempos da propriedade quirritária, nem naqueles em que ela se definia como o direito de usar, gozar e abusar de uma coisa qualquer. Foram-se os tempos, a época em que a propriedade era considerada um atributo individual. Hoje, sociólogos e juristas estão de acordo em que a propriedade, se não era uma necessidade social, tem agora essa função. Sem se atentar nessa função social, ela se tornaria instituto quase injustificável (CRETELLA, 1992, 188).

A ideia da função social rompia com a concepção liberal do direito de propriedade e se fortalecia à medida que os movimentos em favor do planejamento das cidades e da reforma urbana tentavam mudar o processo de exclusão e desigualdade nestes espaços urbanos, apresentando por Emenda Popular Urbana do Movimento Popular de Reforma Urbana através do Movimento Nacional por Reforma Urbana – MNRU, que vão garantir posteriormente a inclusão na Constituição dos artigos seguintes, que dispõem que a propriedade atenderá a sua função social:

O direito de propriedade não é um direito absoluto, assim o proprietário tem que dar uma função social à propriedade. “A propriedade atenderá a sua função social” (art. 5º, XXIII da CF).

Função social da propriedade urbana: “A propriedade urbana cumpre a função social quando obedece às diretrizes fundamentais de ordenação da cidade fixadas no plano diretor” (art. 182, §2º da CF). O plano diretor estabelecerá quais áreas são residências, comerciais e industriais; quais são as zonas de tombamento e etc.

“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” (art. 182, §1º da CF).

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” (art. 182 da CF).

Função social da propriedade rural: A propriedade rural cumpre a função social quando, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, atende simultaneamente os requisitos do artigo 186 da Constituição Federal: I - Aproveitamento racional e adequado; II - Utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - Observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - Exploração que favoreça o bem estar dos proprietários e trabalhadores.

Tudo isso se deu durante o processo de consolidação da Constituição de 1988 que alcançou abrangência nacional e se fortaleceu para incluir no texto constitucional instrumentos que levassem à instauração da função social da cidade e da propriedade no processo de sua construção. Retomando assim a bandeira da Reforma Urbana, este movimento reatualizava, para as condições de um Brasil urbanizado, uma plataforma construída desde os anos 60 no país (ROLNIK, 2001 p.1).

Isto se reflete no princípio da função social que funciona ainda como parâmetro elástico, por meio do qual pode ser transferido para o âmbito legislativo, considerando algumas mudanças ocorridas no seio da realidade social, de tal modo que, contribua para a redução da tensão existente entre realidade jurídica e realidade social. Procede-se à solução desta tensão, o que não implica que, excepcionalmente outro ator social como o juiz, possa proceder à concretização daquele princípio (RODATA, 1957, p.138).

No mesmo sentido, assevera o Ministro Celso de Mello, na ADI 2.223-MC¹⁵ que:

O direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF, art. 5º, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição da República. O acesso a terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade.

No entanto, cabe ainda destacar que a função social da propriedade não se limita mais à interpretação restritiva de caráter patrimonial, devendo ser utilizada de forma que respeite a possibilidade de uso e de utilização. É oportuno lembrar que o não cumprimento da função social da propriedade levará a perda das garantias judiciais e extrajudiciais, de proteção da posse inerente à propriedade (Código Civil, art.502), e que a aplicação do direito deve ser feito a luz dos mandamentos

¹⁵ Citação retirada da epígrafe da obra de Lenio Streck e José Moraes, intitulada *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2004.

constitucionais, e não de modo cego e mecânico, sem atenção às circunstâncias de cada caso, que podem envolver os descumprimentos de deveres fundamentais (COMPARATO, 1997, p. 97).

Assim, é interessante também considerar que a função social da propriedade não é um elemento externo à propriedade, mas sim, elemento interno. Não representam direitos contrários, o que se tem é que a melhor concepção é aquela que afirma ser a função social um elemento constitutivo do conceito jurídico de propriedade, sem a qual não se valida o suporte fático do direito à propriedade (SILVEIRA, 1998, p.13).

Tal concepção ajuda a dirimir questões fundiárias que, por não se aterem à função social acabam por gerar sentenças que desconsideram, na sua plenitude, a dignidade da pessoa humana. Entre essas ações podemos citar as ações de reintegração de posse, objeto do nosso estudo, o não reconhecimento da usucapião, as desapropriações administrativas eivadas de vícios políticos.

Nesse aspecto, corrobora com a análise a decisão de reintegração de posse para implantação de projeto de desenvolvimento urbano exarada nos autos do processo nº 0006110.582010.8.17.0990 do TJPE, no qual o Município de Olinda entrou com pedido de desapropriação e depois com ação de reintegração de posse, não se fazendo referência à função social da propriedade, como também, não se fazendo referência ao Estatuto das Cidades, nem a instrumentos que garantam os direitos sociais. Diz a decisão:

[...] Decisão, Vistos, etc...

Sem adentrar na tutela pleiteada, passo a apreciar o pressuposto processual da competência haja vista sua repercussão na validade da análise da matéria de fundo. No caso, a parte ré noticia às f. , acompanhada de documentos de f., que corre perante a 2ª VFP/Olinda a(s) seguinte(s) ação(s): Proc. nº 0001921-08.2008.8.17.0990-Desapropriação, envolvendo o Município e o imóvel objeto do presente litígio. Após perflustrar os autos vejo conexão entre o processo em epígrafe e o Proc. nº 0001921-08.2008.8.17.0990, ação de desapropriação, considerando este discutir matéria conexa ao direito propriedade, mas se encontrando na 2ª Especializada, e aquele, matéria possessória com o qual se imbrica, aqui em trâmite, porém em ajuizamento posterior (21/07/2010) ao primeiro. Desponta que a demanda reintegratória deverá ter seu curso no juízo competente para o processamento e julgamento da ação de usucapião.

Ademais, Juízo da 2ªVFP/Olinda primeiro recepcionou a expropriatória ora em curso, tornando-se prevento, sendo

competente para recepcionar a presente reintegratória, a teor do CPC, art. 106. Busca-se evitar decisões contraditórias entre juízes com a mesma competência territorial, impondo, para tanto, que as ações conexas e em curso sejam apreciadas na mesma vertente. Portanto, declino de minha competência para a 2ª VFP/Olinda. Remetam-se os autos ao setor Distribuição para a baixa devida. P.I. [...] (*grifos meus*)

O dever da função social da propriedade, não se confunde, de modo algum, com técnicas jurídicas limitativas do exercício dos direitos. A propriedade só se compreende de forma adequada na presença da função social. Nesse sentido, RIOS, 1997 p. 19-20, sobretudo quando afirma que, em caso de ação de reintegração de posse de um bem, ainda que público, se deve procurar efetivar o direito à moradia dos pretensos “invasores”, sob o argumento de que, embora a área invadida seja bem público, é necessário que se observe questões de maior relevância, de cunho constitucional, como a dignidade da pessoa humana, o direito a moradia, entre outros, “não podendo o município pretender simplesmente expulsar os agravantes da área, sem que estes não tenham para onde ir”. (TJRS, AI 70008228561, rel. Des. José Francisco Pellegrini, j. 8/6/2004).

O que se percebe, em última análise, é que se não houver respeito pela vida, pela integridade física e moral, às condições mínimas para que se tenha assegurada uma existência digna, se não houver limitação de poder e os direitos fundamentais não forem reconhecidos, não haverá espaço para dignidade humana e passará a ser mero arbítrio de injustiças (SARLET, 2007. P. 381).

Por isso, as leis que foram implementadas a partir da política urbana e das modificações do direito a propriedade urbana, dentre elas, os direitos sociais, a constitucionalização desses direitos, o advento da lei 10.257/2001, denominado, Estatuto da Cidade, e os demais direitos relacionados à execução da política urbana, devem ser capazes de levar ao pleno exercício do direito à moradia (PAGANI, 2009, P.180).

Contudo, embora tal legislação colabore para que se promovam mecanismos que auxiliem a combater os conflitos relacionados à boa parte dos problemas urbanos de Olinda em favelas, a apropriação das áreas de domínio público e a ausência de serviços públicos de natureza fundamental para sobrevivência, caminham em sentido contrário, na contramão da citada legislação. Em algumas áreas, os prejuízos

decorrentes da ausência de aparato social, agravam as desigualdades e acarretam prejuízo para a população.

Não obstante esse cenário, em meio a esse conflito entre os diplomas legais elencados acima, de um lado, e a ausência de políticas sociais conforme relatado no parágrafo anterior, de outro, é importante considerar, que a cidade, como parte fundamental da organização social do homem, funciona dentro de uma lógica própria, diante da necessidade de sobrevivência, privilegiando algumas prerrogativas em detrimento de outras, permanecendo essas populações quase sempre à margem da lei.

Nesse sentido, o processo de crescimento desordenado não pode ser mais ignorado especialmente quando se sabe que a maioria da população, entre 40% e 70 %, vive ilegalmente nas cidades. Em favelas, loteamentos irregulares e cortiços. E que destes 20% vive em favelas. Esse número tenderá a crescer com o aumento da pobreza urbana e não se restringe somente a grupos pobres, no entanto esses são os mais afetados (FERNANDES, 2000, p.11).

Desse modo é necessário repensar a apropriação de áreas públicas e o interesse da coletividade, bem como a forma como esse processo é executado. Em Olinda, o projeto de desenvolvimento do PAC, como parte do processo de reurbanização, retira ou desloca provisoriamente um grande número de pessoas para execução do projeto de urbanização.

O mero domínio do poder público, *a priori*, não garante a função social da propriedade, sendo necessária a sua real efetivação, considerando o justo interesse da coletividade. Não basta apenas a alegação de domínio público para que se faça a retida das famílias. O poder público já dispõe de novos instrumentos para processo de regularização da área, os quais representam um marco jurídico, tais como a concessão de uso especial para fins de moradia e a constitucionalização do direito à moradia, elementos concretos que podem arrazoar a concessão do poder público. Dentre estes elementos destaca-se a Lei nº 10.257.

O Estatuto da cidade é uma lei inovadora, que abre possibilidades para o desenvolvimento de uma política de nossas cidades (...), e uma lei madura que contempla um conjunto de medidas legais urbanísticas essenciais para implementação da reforma urbana (SAULE JR, 2004, p. 209), sobretudo no que se refere à função social da propriedade, quando prevê a possibilidade de concessão de uso para fins sociais.

É o caso daqueles que possuem como sua área ou edificação urbana de duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, podendo adquirir-lhe o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural (art. 9 da lei 10.257/01). E vai mais além quando coloca que a política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana. (art.2 da lei 10.257/01). Estabelece diretrizes quanto à preservação ou restauração da ordem urbana, isto é, melhores condições para ocupação dos espaços habitáveis.

Na tentativa de garantir o direito à moradia e à função social de áreas públicas o município, por decisão administrativa, poderá conceder a concessão e autorização de uso especial para fins de moradia, quando ocupada por mais de cinco anos sem oposição, preenchidos alguns requisitos legais (Medida Provisória 2.220). A outorga poderá ser também declarada através de ação judicial.

Veja-se que a própria legislação traz avanços relacionados ao direito à moradia quando, no artigo, no art. 2º, inc. 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 socio-econômica da população e as normas ambientais;

Mais adiante ainda estabelece no seu art. 39 que:

A propriedade urbana cumpre a sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2º desta Lei.

Outro dispositivo que serve de mecanismo para estabelecer a função social da propriedade em áreas públicas é a CUEM – Concessão de Uso Especial para Moradia, referente às áreas públicas ocupadas, no qual a população que já se encontra na localidade tradicionalmente estabelecida a mais de 5 anos fica resguardada, adequando-se a realidade dos fatos à luz do art. 183 da Constituição Federal, tornando impraticável a retirada dessa famílias. O que é fruto da evolução

jurídica no que se refere aos assentamentos informais de baixa renda em área pública, de acordo com que dispõe a lei 11.481/2007:

Art. 22-A. A concessão de uso especial para fins de moradia aplica-se às áreas de propriedade da União, inclusive aos terrenos de marinha e acrescidos, e será conferida aos possuidores ou ocupantes que preencham os requisitos legais estabelecidos na Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001. (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)

Além disso, pode se fazer referência a CDRU – Concessão do Direito Real de Uso (Decreto lei n. 271/1997), que faculta a possibilidade de regularização fundiária de interesse social das terras da UNIÃO que tem uso público. Juntamente com a CUEM se destaca como um dos principais instrumentos para intervenção em área urbana de interesse social e foi incluído através da lei 11.481, de 2007 que diz o seguinte:

Art. 7º É instituída a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas. (Redação dada pela Lei nº 11.481, de 2007)

Ao mesmo tempo, importa considerar que essas áreas que ficam em terras públicas são de gestão compartilhada entre Estado e Municípios e estão voltadas para execução de interesse público. No entanto, na aplicação dessas medidas deve-se ter cautela para evitar que mudanças e práticas políticas institucionais levem à privatização indevida e desnecessária do patrimônio da União. Deve-se ter o compromisso do governo Federal para com a sociedade e com reconhecimento do direito à moradia – pode-se e deve-se conviver com a manutenção da propriedade pública (FERNANDES, 2004, p.349-350).

De fato, há uma tensão entre o interesse público e a esfera privada. Ao mesmo tempo em que o Poder Público tem dificuldade em aplicar a legislação referente a garantias de direitos fundamentais, reconhecidamente o direito à moradia, há total descaso com aplicação dos institutos que poderiam de certa forma resguardar a

propriedade urbana e sua função social. A tutela do Estado ainda é insuficiente na verificação da função social da moradia e no reconhecimento do direito a moradia nas ações de reintegração de posse. As decisões não adentram na esfera da moradia como preceito constitucional e se mantém reconhecendo uma tradição jurisprudencial.

O Direito à moradia, apesar de importante para a política de planejamento e regularização urbana, ainda é pouco efetivo. O número de decisões jurídicas relativas à moradia ainda é incipiente e visto dentro de uma ótica privada onde o que prevalece é a titularidade da propriedade deixando de lado o princípio da dignidade humana.

Portanto, desde logo se alega que o direito à moradia não pode se limitar apenas à concretização material, devendo haver uma preocupação primaz quanto à colisão de direitos e, se for flagrante a concorrência entre o direito ao ambiente, à propriedade, e o direito à moradia, deve-se buscar a compreensão jurídica para propor alternativas de moradia de forma a:

[...] extrair dos direitos fundamentais o máximo de conteúdo e realização que possam oferecer, de onde uma maximização ou otimização, não apenas em termos teóricos – que devem ultrapassar a linguagem genérica e adota disposições específicas –, mas igualmente de repercussão prática, assim que busque uma real implementação dos direitos fundamentais (efetividade dos direitos fundamentais), a despeito das vicissitudes – como a ausência de regulamentações suficientes ou a nãoinclusão entre prioridades políticas de governo. Há de se ter em vista que a elaboração teórica dos direitos fundamentais encontra-se bastante apurada, mas, infelizmente, não se faz acompanhar e uma prática efetiva. (ROTHENBURG, 2000, p.146-158)

Notadamente, há um impasse entre direito à moradia e o direito à propriedade, de modo que, é necessário encontrar alternativas que coadunem o direito à moradia ao direito à propriedade quando a alegação de domínio seja a razão para excluir direitos e consequentemente a segurança da posse. Muito embora ambos estejam constitucionalmente resguardados, para que se garanta o direito à moradia necessariamente não se precisa transgredir o direito à propriedade, mas este deve estar ligado à dignidade humana e aos direitos fundamentais.

Como contextualiza Sérgio Iglesias Nunes de Souza (2009, p.131):

Não se pode olvidar, ainda que o direito à moradia, por se constituir em direito essencial do ser humano, está protegido com decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana positivado no texto constitucional, como verdade consequência da Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamado pela Resolução 217-A da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10.12.1948. De fato, há que se conceber o direito a moradia como elemento primacial do reconhecimento de sua dignidade, não obstante trata-se de um valor espiritual e moral, também é instituto de proteção jurídica, daí o direito à moradia estar intimamente ligado a outros direitos, já que pelo fato de morar sob um teto, em um local determinado, tem-se também direito a outros direitos, como direito à vida privada, a intimidade, a honra, a imagem, ao sigilo de correspondência de sua residência, ao segredo doméstico, ao sossego, à educação, a saúde, pois não há como admitir o exercício de um direito sem o outro, porquanto são tão essenciais que se unem em um só indivíduo, de forma que não se pode separá-lo integralmente ou definitivamente.

Assim, nas decisões pesquisadas em Olinda, a propriedade pública é elencada como motivo para exclusão do direito à moradia gerando insegurança na posse e a exclusão de vários direitos. O maior problema tem como foco a possibilidade de interpretações restritivas, nas quais há o afastamento do direito a moradia, analisado de modo não vinculado à dignidade da pessoa humana, havendo uma limitação nas decisões vinculadas à propriedade.

Nesse aspecto, para promover a dignidade humana e outros direitos, para que haja uma aproximação da aplicação dos direitos fundamentais, o Estado brasileiro tem a obrigação de adotar as políticas, projetos, ações e demais medidas compreendidas e extraídas do texto constitucional para assegurar e tornar efetivo esse direito, em especial aos que se encontram em situação de vulnerabilidade e estado de pobreza e miséria.

Essa obrigação não significa, de forma alguma, prover e dar habitação para todos os cidadãos, mas sim construir políticas públicas que garantam o acesso de todos ao mercado habitacional, constituindo planos e programas habitacionais com recursos públicos e privados para os segmentos sociais que não têm acesso ao mercado e vivem em condições precárias de habitabilidade e situação indigna de vida (SAULE JUNIOR, 2004, p. 182-4). Deve também se considerar as ações junto ao Poder Judiciário para combater os comportamentos que concretamente violam direito à moradia e direitos sociais, acautelando-se da forma de aplicação do direito que se ampara apenas na tradição jurisprudencial e que está em desacordo com ditames internacionais já incorporados e que serão vistos no próximo capítulo.

3 DIREITO À MORADIA, NORMATIVIDADE SUPRAESTATAL E SUA PRÁXIS JURÍDICA

3.1 A “DECLARAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DE 1948” COMO INSTRUMENTO FUNDANTE DO DIREITO À MORADIA NO ÂMBITO INTERNACIONAL

Em sede de uma dissertação cujo objeto é o direito à moradia e suas repercussões judiciais no espaço do município de Olinda-PE, entendemos como relevante conectar este objeto com suas repercussões no ordenamento pátrio e no direito internacional.

Parte-se do pressuposto de que, no ordenamento jurídico brasileiro, o estudo dos direitos fundamentais pressupõe a existência de duas ordens jurídicas: a estatal e a supraestatal. Nesse sentido, a ordem jurídica supraestatal caracteriza-se pelo fundamento de existência e de validade das ordens jurídicas nacionais, a partir de tratados e de normas de direito internacional que obrigam os Estados a promover medidas necessárias para torná-las executórias no plano do direito interno. E, consequentemente, possuem a marca do consenso e da convergência de interesses, vinculando os Estados à cláusula *pacta sunt servanda*. Legitimadas pela comunidade internacional, tais normas possuem força de incidência e prescrevem os mais diversos efeitos jurídicos (SARMENTO, 2011, p.3).

No tocante a ordem jurídica internacional, o direito à moradia reflete valores e princípios que alicerçam a Constituição, de modo que o mesmo doutrinador reafirma que os direitos fundamentais de ordem externa são paradigmas de validade das normas de direito interno, inclusive por se tratar de direitos humanos, que deverão ser incorporados às normas constitucionais. Por estarem contidos em ordem jurídica superior, impõem limites tanto ao poder estatal quanto ao poder constituinte quando são apenas modelos principiológicos, que são obrigados a incorporá-los à Constituição, cercando-os das garantias necessárias à sua efetividade. Nesse sentido, nenhuma das regras do sistema jurídico nacional pode ser interpretada ou executada em contradição com a Constituição e com as Declarações de Direitos (SARMENTO, 2011 p.14).

Tanto é assim, que o direito à moradia foi reconhecido pela primeira vez a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁶ (artigo XXV, 1) através de documento político aprovado em Assembleia Geral das Nações Unidas que pretendia assegurar direitos necessários para promover a dignidade da pessoa humana.

É bem verdade que, alguns meses antes, em abril de 1948, já havia sido criada a Organização dos Estados Americanos (OEA), e que na sua carta constitutiva resguardava uma série de direitos, inclusive o direito à habitação. Além disso, formou duas importantes instituições designadas para a promoção e a proteção dos direitos humanos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Nesta mesma fase, a Organização dos Estados Americanos (OEA), na sua IX Conferência Internacional, proclamou a “Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem”, na cidade de Bogotá (Colômbia). Afirmava no artigo XI:

Que 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.

Neste diapasão, na década de 1930, o governo do presidente Franklin Roosevelt promulgou programas sociais fundamentais, que tinham como base a política de habitação social e a Construção do “*Welfare state*” americano favorecendo assim alguns grupos populacionais em ações políticas relacionadas à habitação.

O governo dos Estados Unidos criou um sistema de dois níveis de programas habitacionais durante o *New Deal* de Franklin Roosevelt. Um nível implementado por agências como a *Federal Housing Administration* (FHA) e a *Federal National Mortgage Association*, destinada a ajudar o setor imobiliário privado para a produção de casas para os membros da classe média e média-alta, e outro para às populações

¹⁶ Adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Assinada pelo Brasil na mesma data. <[http://www.direitoshumanos.usp.br /index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html](http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html)>. Acesso em 19. jul. 2012.

de baixa renda através dos programas governamentais diretos, como a habitação pública.

Diante desse contexto da política de habitação, sustentada por uma confluência de eventos favoráveis, decerto houve contribuição para o aparecimento da cláusula sobre a habitação na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que se colocou como elemento fundante de nova ordem de caráter geral em relação aos direitos sociais. Isto em decorrência das crenças, valores e direitos comuns que se tornaram realidade a partir das atrocidades ocorridas durante a II Guerra Mundial, no qual os países em comum acordo reconheceram a necessidade de resguardar certos direitos básicos e de limitar a atuação do Estado, assegurando a observância dos Direitos Fundamentais.

Nesta época, havia a necessidade de uma ação internacional mais eficaz para proteção dos direitos humanos no domínio internacional, quando as instituições nacionais se mostraram falhas ou omissas na tarefa de proteção dos direitos humanos (PIOVESAN, 1997, p. 141).

Além disso, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo XXV se aproximou mais do conceito de direito à moradia por afirmar que:

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

Apesar da declaração ser de fundamental importância, ainda não tinha força suficiente para vincular os Estados no âmbito do direito, sobretudo por que a Declaração Universal dos Direitos Humanos não é um tratado e por isso seus dispositivos não constituíam exatamente uma obrigação jurídica para cada um dos Estados representados em Assembleia Geral quando, sem qualquer voto contrário, adotaram o texto sob a forma de resolução. Em sentido contrário, defendendo a natureza não convencional da declaração na seara jurídica se posiciona REZEC, (2002, p. 211).

Merece destaque também o fato de que, ainda que o direito à moradia no direito internacional dos direitos humanos tenha como fonte originária a Declaração Universal dos Direitos Humanos – que apesar de não possuir valor jurídico, contém

um núcleo de direitos da pessoa humana –, este direito social foi posteriormente incorporado nos tratados internacionais de direitos humanos (SAULE JUNIOR, 2004, p.89), outorgando-lhe judicialidade.

Nessa toada, essa nova configuração apresentou, como consequência, a inegável contribuição da adoção dos Direitos Humanos no plano internacional, promovendo sucessivos tratados, convenções, e fomentando instrumentos de proteção dos direitos fundamentais.

É bem verdade que a universalidade dos direitos humanos, proclamada pela Declaração de 1948, só veio ecoar de forma mais concreta nas duas Conferências Mundiais sobre a matéria (Teerã, 1968; e Viena, 1993) promovendo o enfrentamento de problemas comuns de pobreza extrema, enfermidades, condições desumanas de vida, etc. (CANÇADO TRINDADE, 1997, p.26). De maneira que, a I Conferência Mundial de Direitos Humanos, ratificou a adesão dos Estados e adotou regras para os órgãos de supervisão de violações sobre direitos humanos. Além disso, definiu uma nova visão de direitos humanos reconhecendo que esses direitos são indivisíveis. A realização plena dos direitos civis e políticos sem o gozo dos direitos sociais e culturais é impossível. Definiu também que a conquista de avanços perenes na implementação dos direitos humanos depende, tanto no plano interno como no externo, de políticas sólidas e efetivas de desenvolvimento econômico e social (Proclamação de Teerã, parágrafo 13).

Decorrido pouco mais de duas décadas, a II Conferência Mundial de Direitos Humanos tentava construir novos consensos em relação ao desenvolvimento humano, fomentando o papel mais ativo das nações, revendo e avaliando os avanços no campo de direito humanos e do direito à moradia.

Além disso, compreende-se que o Estado deve, através de políticas públicas, garantir moradia a pessoas que não a possuem, uma vez que a moradia constitui uma necessidade existencial do ser humano. Isso significa reconhecer o direito à moradia como direito fundamental de segunda dimensão. Em decorrência, esperava-se, por parte do Estado, que a prestação positiva do direito à moradia tenha eficácia e encontre meios de superar os obstáculos, fomentando progresso nesta área e formulando recomendações.

É certo que, a partir do reconhecimento do direito à moradia como direito humano e o compromisso das Nações Unidas em garanti-lo, foi dado o primeiro

passo para efetivar esse direito e criado um novo paradigma, notadamente nas convenções e pactos internacionais de direitos humanos.

3.2. OS DESDOBRAMENTOS DO “PACTO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS DE 1966” NO DIREITO BRASILEIRO

Dessa forma, a dimensão supraestatal do direito à moradia adequada torna-se objeto de reconhecimento expresso em vários documentos internacionais, entre eles, destacam-se o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) de 1966, adotada pela Resolução n.2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e ratificada pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992 na tentativa de dar maior efetividade ao que havia sido conquistado na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Também teve como objetivo atribuir uma vinculação jurídica e instrumental para torná-lo obrigatório, isto é, com força normativa, diferentemente das declarações que se limitavam a uma força puramente moral.

Além disso, o Pacto Internacional dos Direitos Econômico e Sociais constitui o principal marco de positivação do direito à moradia, com caráter obrigatório e vinculativo em relação ao Estado, no sentido de alcançar a realização progressiva dos direitos sociais.

Os países signatários passaram a ter responsabilidade em caso de violação dos direitos, no entanto, desde então, se questionava a efetividade do Pacto, visto que só anos depois, em 1985, foi instituído um Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU com intuito de monitorar as ações junto aos Estados Membros, elaborando relatórios sobre as violações.

Além disso, essa comissão formada tinha poderes reduzidos e o máximo que podia chegar era a constatação da violação de direitos. Infelizmente, neste período, não havia interesse do Estado brasileiro em avançar com ratificação dos direitos sociais e políticos na medida em que, o país vivia uma fase de ditadura militar.

Sendo assim, se a ratificação de Declarações era proposta ousada, por outro lado, esta se limitava ao caráter meramente formal e ainda não tinha a força necessária para sua efetivação, apesar de representar avanço, tendo em vista que a

aprovação dos Pactos seria a solução para buscar a concretização de direitos mais adiante.

Em relação ao direito à moradia, o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais confirmava a cláusula do artigo 11.1, onde dizia que:

Os Estados-partes, no presente Pacto, reconheceram 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 tomaram medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento¹⁷.

Nesse aspecto, é importante se referir aos estudos que vêm sendo desenvolvidos pelo Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – CDESC, órgão que supervisiona a aplicação do Pacto Internacional. Nele é desenvolvido um trabalho de pesquisa de forma mais ampla, que tenta nortear um preceito legal teórico sobre determinada matéria, tecendo observações gerais, isto é, comentários gerais nos quais a Comissão tenta fornecer interpretações gerais e abalizadas do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Direitos Culturais – PIDESC (que visto mais adiante). É principalmente através de comentários gerais que o CDESC constrói o seu perfil doutrinário¹⁸.

Esse desdobramento, no que se refere ao direito à moradia, é evidente nos seguintes trechos da Observação-Geral nº 4¹⁹:

¹⁷ **International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights**, 1966. Disponível em: <[http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/2200\(XXI\)](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/2200(XXI))>. Acesso em 20.jul.2012.

¹⁸ BODIG, Matyas. **The Patterns of Doctrinal Development in the jurisprudence of the Un Committee on Economic, Social and Cultural Rights on State Obligations** (July,11,2012) Available at SSRN: <<http://ssrn.com/abstract+2103811>>. Acesso em 11.jul..2012.

¹⁹ CESCR-Committee on Economic, Social and Cultural Rights. **The right to adequate housing** (Art.11 (1)): 13/12/1991.CESCR General comment 4. (General Comments). Disponível em: <[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/469f4d91a9378221c12563ed0053547e?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/469f4d91a9378221c12563ed0053547e?OpenDocument)>. Acesso em 23. jul.2012.

O direito a uma habitação condigna aplica-se a todas as pessoas. A expressão "para si e para a sua família" não pode ser interpretada como implicando qualquer restrição à aplicabilidade do direito à habitação a certos indivíduos, famílias matriarcais ou a outros grupos. Por outro lado, tanto os indivíduos como as famílias têm direito a uma habitação adequada qualquer sem distinção de idade, situação econômica, pertença a grupo ou entidade, origem social ou outra condição. O gozo do direito não deve estar sujeito a qualquer forma de discriminação (parágrafo 6º).

O direito à habitação deve ser interpretado não num sentido restrito, mas num sentido lato e incluso como o direito, onde se pode viver "em segurança, em paz e com dignidade". O direito à habitação está intrinsecamente ligado a outros direitos humanos fundamentais. Assim a expressão habitação deve ser interpretada como "habitação condigna", abrangendo outras considerações (parágrafo 7º).

O direito a uma habitação condigna deve ser visto em conjugação com outros direitos humanos enunciados nos dois Pactos internacionais e noutros instrumentos internacionais (parágrafo 9º).

Com isso, o documento estabeleceu a necessidade de conceituar "adequada" para clarear o que é direito à moradia adequada, aplicando sete parâmetros jurídicos a serem observados pelos Estados-Membros na criação de leis e políticas públicas no setor habitacional. São eles:

1. *Segurança legal de ocupação*: proteção contra despejos arbitrários e ilegais, pressões incômodas, esbulho e turbação. A legislação deve proteger as diversas formas de propriedade urbana e rural, bem como posses consolidadas pelo tempo, sobretudo em grupos sociais vulneráveis – sem poder aquisitivo para enfrentar as demandas judiciais.

2. *Disponibilidade de serviços, materiais, equipamentos e infraestrutura*: os moradores devem ter acesso ao fornecimento de energia elétrica, água tratada, gás para a cozinha, recolhimento regular de lixo, saneamento básico, instalação de equipamentos sanitários, drenagem de águas pluviais, iluminação pública, acesso a serviços de emergência (atendimento médico de urgência, atuação do corpo de bombeiros em caso de incêndio etc.).

3. *Custo acessível*: os custos dos imóveis devem atender às condições financeiras da família de forma a não comprometer o orçamento doméstico ou privá-la de outros direitos sociais básicos (educação, saúde, transporte, vestuário). Para isso, os Governos devem criar sistemas de financiamento da casa própria que levem em consideração a capacidade de endividamento do mutuário e a criação de subsídios

habitacionais para atender aqueles que não dispõem de condições para arcar com os custos da habitação.

4. *Habitabilidade*: o imóvel deve reunir as condições necessárias para proporcionar aos seus moradores proteção contra a umidade, frio, calor, chuva, vento e todos os outros elementos nocivos à saúde, especialmente as doenças epidemiológicas. Também se enquadra nesse título a prevenção a todos os problemas estruturais da construção que dificultem o conforto dos ocupantes ou ponha sua segurança em risco.

5. *Acessibilidade*: os governos têm obrigação de promover ações concretas que assegurem aos grupos sociais vulneráveis as condições necessárias de acesso à moradia. A legislação deve assegurar prioritariamente a pessoas portadoras de necessidades especiais, doentes terminais, crônicos e em estado grave, portadores de HIV, vítimas de catástrofes e desastres o direito de adquirir casa própria ou abrigo onde possam obter a assistência médico-hospitalar necessária.

6. *Localização*: as áreas habitacionais devem ser instaladas em espaços que permitam o acesso de seus moradores ao trabalho, escola, hospitais, postos de saúde, mercados, creches, centros comerciais e de lazer, através de meios de transportes coletivos. Além disso, os conjuntos habitacionais não podem ser construídos em locais poluídos ou suscetíveis desastres, a exemplo de encostas, charcos, sopé de montanhas etc.

7. *Adequação cultural*: a diversidade cultural de cada comunidade deve ser levada em consideração na implantação de projetos habitacionais, a fim de preservar a identidade e as tradições de seus moradores.

É importante citar, e merece destaque, os desdobramentos das observações gerais nº 07²⁰ que tratam das violações cometidas através de “despejo forçado” e ratificam o compromisso da Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos (Habitat I), que aconteceu em Vancouver, Canadá, em 1976 diante do número frequente de violações de direitos humanos provenientes da retirada forçada.

²⁰ CESCR - Committee on Economic, Social and Cultural Rights. **The right to adequate housing** (Art.11 (1)): 20/05/1997.CESCR General comment 7. (General Comments), forced evictions, 1997. Disponível em: <[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/959f71e4762845968_02564c3_005d8d50?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/959f71e4762845968_02564c3_005d8d50?OpenDocument)> Acesso em 23.jul.2012.

Além disso, tendo em mente as recomendações adotadas na Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos, foi elaborada uma estratégia Global para a Habitação até o Ano 2000 de acordo com a resolução nº 43/181 de 20.12.1988.

Neste sentido, podemos eleger na legislação pátria que,

O direito a moradia já era reconhecido como expressão dos direitos sociais por força do dispositivo no art.23, IX segundo a qual é de competência comum da União, Estados, Distrito Federal e municípios promover programas de construção de moradia e a melhoria das condições de habitacionais e de saneamentos. Aí já se traduzia um poder-dever do Poder Público que implicava em contrapartida do direito correspondente a tanto quanto necessitam de uma habitação. Essa contrapartida e o direito à moradia que agora a EC. 26, de 14.2.2000 vai explicitar (SILVA, 2010, p.314)

E vai mais além quando a moradia passa a ser compreendida com bem irrenunciável e indisponível recaindo o seu exercício em qualquer lugar juridicamente protegido. Note que, no período em questão, o Brasil entrava numa nova fase constitucional. No entanto, seu ordenamento só passou a garantir o direito à moradia como direito fundamental a partir da emenda constitucional nº 26 que se seguiu da aprovação da lei 10.257/2001 o que, em parte, representa um desdobramento das Conferências sobre Assentamentos Humanos.

3.3 AS CONFERÊNCIAS HABITAT I I (1976) E II (1996) E O ENFRENTAMENTO DO PROBLEMA DOS ASSENTAMENTOS HUMANOS

Ainda no plano internacional, a declaração de Vancouver²¹ (1976) tratou do primeiro encontro mundial sobre a temática do espaço urbano que ficou conhecido como Habitat I e se preocupou com as condições extremamente graves dos assentamentos humanos e com os problemas relacionados à urbanização descontrolada, que podem ser bem compreendidos na definição do relatório *The*

²¹ **Declaração de Vancouver sobre Assentamentos Humanos(Habitat I)**, realizada no Canadá de 31 maio até 11 de junho de 1976 no Canadá. Disponível em: <[http:// www.unhabitat.org /downloads/ docs /924 _ 21239_The_Vancouver_Declaration.pdf](http://www.unhabitat.org/downloads/docs/924_21239_The_Vancouver_Declaration.pdf)>. Acesso em 25.jul.2012.

*Challenge of Slum*²² [desafio das favelas] que caracteriza os assentamentos ou favelas por excesso de população, habitações pobres ou informais, acesso inadequado à água potável e condições sanitárias e insegurança da posse da moradia.

De fato, o crescimento da pobreza, a urbanização descontrolada, exigiam medidas urgentes e a mudança no discurso, o que levou a elaboração do Plano de Ação Vancouver que insistiu na necessidade dos Estados em promover políticas e estratégias para garantir condições de qualidade de vida às populações, demonstrando a preocupação dos países com o crescimento dos aglomerados urbanos em países em desenvolvimento.

No entanto, as medidas se limitavam a fazer recomendações e atribuir total responsabilidade aos governos na elaboração e implementação de estratégias e políticas que, com decurso do tempo e a evolução dos acontecimentos, se mostraram no mínimo ingênuas (LINGREN, 2001, p. 250) no atendimento às populações mais vulneráveis.

Apesar de sua pouca efetividade, em sua carta de princípios se reconheceu a moradia como direito humano e a necessidade premente de traçar diretrizes para promovê-la, considerando a questão das cidades como nova estratégia de atuação da ONU, conforme descrito a seguir:

A melhoria da qualidade de vida dos seres humanos é o objetivo primeiro e mais importante de toda a política dos assentamentos humanos. Estas políticas devem facilitar à rápida e contínua melhoria na qualidade de vida de todas as pessoas, começando com a satisfação das necessidades básicas de alimentação, abrigo, água potável, emprego, saúde, educação, formação, segurança social, sem qualquer discriminação de raça, cor, sexo, língua, religião, ideologia, origem nacional ou social, ou outra causa, num quadro de liberdade, dignidade e justiça social²³ (Habitat I - *tradução nossa*).

²² **The challenge of slums: global report on human settlements, 2003 / United Nations Human Settlements Programme** p.22. Disponível em: < <http://www.unhabitat.org/downloads/docs/GRHS.2003.0.pdf> >. Acesso em 04.jul.2012

²³ The improvement of the quality of life of human beings is the first and most important objective of every human settlement policy. These policies must facilitate the rapid and continuous improvement in the quality of life of all people, beginning with the satisfaction of the basic needs of food, shelter, clean water, employment, health, education, training, social security without any discrimination as to race, colour, sex, language, religion, ideology, national or social origin or other cause, in a frame of freedom, dignity and social justice. **Declaração de Vancouver (Habitat I) sobre Assentamentos Humanos**, realizada no Canadá de 31 de maio até 11 de junho

Além disso, foi elaborada uma Estratégia Global para a Habitação até o Ano 2000 de acordo com a resolução nº 43/181 de 20.12.1988 que incluía as referências ao direito à moradia no âmbito da Agenda Habitat, Agenda 21, ampliando o que havia sido tratado na Declaração de Vancouver sobre Assentamentos Humanos e em outros textos.

A Estratégia Global foi aceita por unanimidade para a Habitação até o Ano 2000 e afirmava que:

O direito à moradia adequada é universalmente reconhecido pela comunidade das nações... Todas as nações, sem exceção, têm alguma forma de obrigação no sector da habitação, como exemplificado pela criação de ministérios ou agências de habitação, pela alocação de fundos para o sector da habitação, e por suas políticas, programas e projetos. Todos os cidadãos de todos os Estados, pobres como eles podem ser, têm o direito de esperar que os seus Governos estejam preocupados com suas necessidades de abrigo, e em aceitar a obrigação fundamental de proteger e melhorar as casas e bairros, ao invés de danificá-los ou destruí-los.

Moradia e serviços adequados constituem um direito humano básico que obrigam os governos a assegurar a sua realização por todos os povos, começando com a assistência direta aos menos favorecidos através de programas de orientação e ação comunitária. Os governos devem se esforçar para remover todos os obstáculos que impedem suas realizações, revestindo especial importância à eliminação da segregação social e racial, mediante, entre outras coisas, a criação de comunidades equilibradas, que misturam diferentes grupos sociais, habitação, ocupações e serviços públicos (HABITAT, I).

Diferentemente do que já tinha sido discutido há 20 anos na Habitat I sobre o tema e à luz do contínuo crescimento das cidades e da degradação do meio ambiente urbano, a Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos (Habitat II) ratificou o direito à moradia, elencado no art.25 parágrafo I da Declaração Universal dos Direitos Humanos quando afirmava que: "Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a saúde e o bem-estar próprio e de sua família, incluindo... habitação...". Considerou também que houve a consagração no artigo 11 parágrafo I do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em que afirmava: "Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de

todos a um padrão de vida adequado para si e sua família, incluindo alimentação, vestuário e habitação...".

Além disso, contribuiu para a participação efetiva da sociedade civil na Conferência do Habitat II que apontava para novas formas de ação política para enfrentamento do problema da moradia através de “outros atores” nacionais e internacionais que se afirmava gradativamente e que de fato representava um avanço e uma evolução²⁴.

Isso se deu, sobretudo, devido à participação efetiva das Organizações Não-Governamentais através do “Comitê de Parceiros”, as quais tiveram a oportunidade de se reunir num fórum associado e expor suas opiniões e compromissos com vista a um objeto comum, na Agenda Habitat II, tentando contrabalançar o estatismo que havia ocorrido em Vancouver.

Em relação ao Habitat II, o Coordenador da *Habitat Internacional Coalition*, entidade que congrega as ONGs interessadas no tema, em Genebra, em 1994, já alertava que era preciso acabar com “o monopólio dos governos sobre a ONU” (WILHEIM, 1998, p.46).

A exemplo do que se passara com todas as demais conferências, havia um desentendimento desde a preparação da Habitat II, sobretudo quanto à conferência ser apenas uma “Declaração geral de princípios e compromissos”, preocupação que foi posta de lado diante da confirmação da necessidade de “plano geral de ação” e que se tornou a Agenda Habitat, reunindo não apenas princípios e compromissos mas também um plano de ação que foi ratificado pela Resolução 47/180 da Assembleia Geral colocando o ser humano como centro das atenções e consagrando o direito à moradia adequada como instrumento dos direitos humanos que deve ter realce para progressividade de sua realização.

A Agenda Habitat, já no seu preâmbulo, traz princípios de parceria, solidariedade e cooperação entre os países e, durante as discussões, reafirma o

²⁴ Essa atitude representava uma atitude inovadora e objeto de controvérsias, uma abertura das Nações Unidas aos “outros atores”, não estatais dos sistemas nacionais e internacionais na área social. Sua “ousadia” torna-se um pouco mais evidente ao se recordar, na Conferência de Viena de 1993 sobre direitos humanos, as ONGs e demais delegações não-oficiais não puderam sequer estar presente nas deliberações do Comitê de Redação. LINDGREN ALVES, José Augusto. **Relações internacionais e temas sociais**: a década das conferências. Brasília: Funag/IBRI, p. 255, 200.1

compromisso dos governos quanto à moradia adequada para todos; assentamentos humanos sustentáveis; habilitação e participação; igualdade de gênero; financiamento de moradia e dos assentamentos humanos; cooperação internacional; avaliação dos progressos.

No tocante a este último ponto, dentro da agenda Habitat é elaborado o plano de Ação Global, projeto audacioso que utiliza como estratégias de enfrentamento aos assentamentos humanos a utilização de mecanismos para realização plena do direito à moradia tais como: a abertura de financiamento das moradias e dos assentamentos humanos; a mobilização de recursos adicionais de várias fontes de recursos, dentre outros.

É pertinente recordar que, a adoção da agenda Habitat e da Declaração de Istambul contribuíram de maneira significativa para o plano global e a implementação de programas por parte de vários governos, que, mesmo de forma insipiente, tentam estabelecer mecanismos de acompanhamento e implementação da agenda Habitat.

3.4 INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS SOBRE A MORADIA E SUAS REPERCUSSÕES

Diante das divergências que ainda se prolongavam quanto ao compromisso com a execução, implementação e acompanhamento da Declaração de Istambul e da Agenda Habitat, a Assembleia Geral da ONU através da Resolução S-25/2 de 9 junho de 2001 e por intermédio do Programa das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos (UN-HABITAT), agência especializada de promoção de cidades, renovou o compromisso assumido pelas Nações Unidas, através da “Declaração sobre as Cidades e outros Assentamentos Urbanos para o Novo milênio”, reafirmando a intenção de promover a moradia adequada para todos, considerando os seres humanos como centro do desenvolvimento sustentável e dessa forma examinando os progressos alcançados pelo programa Habitat em conformidade com marco jurídico. Além disso, Considerou a pobreza generalizada como o principal obstáculo para promover o direito à moradia.

Embora os governos e os seus parceiros da Agenda Habitat continuaram esforços para cumprir os seus compromissos, a pobreza

generalizada continua a ser o principal obstáculo precisando de melhora significativa, bem como as condições ambientais em muitos países. Um dos fatores críticos é que a maioria das pessoas que vivem em situação de pobreza ainda não têm segurança jurídica da posse de suas moradias, enquanto outros não têm sequer uma moradia básica. Portanto, ainda há sérios impedimentos para o desenvolvimento sustentável dos assentamentos humanos²⁵.

Vale dizer que, como parte das recomendações, a Comissão de Direitos Humanos orientou que parte do mandato do Relator Especial para questões relacionadas à moradia adequada deveria retratar o diálogo entre os governos, órgãos internacionais e organismos especializados em atividades relacionadas ao direito à moradia.

Assim, a Relatoria Especial para Direito à Moradia, criada em 2000, inicialmente teve à frente dos trabalhos o Arquiteto indiano Miloon Kothari que foi o primeiro relator escolhido pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU, com mandato de 2000 a 2008. Logo depois, assume a Relatoria a arquiteta e urbanista brasileira Raquel Rolnik em maio de 2008. Tem como função examinar, monitorar, aconselhar e relatar a situação de violação do direito à moradia no mundo promovendo assistência aos governos e levando a promulgação de várias resoluções.

A relatora da ONU, para questões de moradia, publicou em 24.12.2012 o mais recente estudo sobre segurança da posse com base na resolução 15/8, no qual reafirma a moradia adequada como elemento integrante do direito a um nível adequado de vida e que uma das causas de violação do direito à moradia ocorre em projetos de desenvolvimento urbano, sinalizando a crise na segurança da posse e suas implicações no processo de violação de direitos.

Alerta, sobretudo que, dentre seus efeitos negativos estão a crescente pobreza em massa das populações atingidas na retirada forçada e a destruição das comunidades pobres que são levadas a extrema pobreza acentuando o processo de vulnerabilidade (ROLNIK, 2013, p.3).

O relatório aponta que um dos maiores problemas para efetivação do direito a moradia e a falta de segurança da posse é viver sobre a ameaça constante de

²⁵. Disponível em **Declaración sobre las ciudades y otros asentamientos humanos en el nuevo milênio** <http://habitat.aq.upm.es/aghab/adecmil.html>. Acesso em 07/dez/2012.

desalojamento e que não se trata apenas de uma questão só de direitos humanos, mas também de desenvolvimento humano.

Também chega a caracterizar os assentamentos irregulares como agrupamentos que surgem de forma espontânea, não planejada, e que na sua maioria localizam-se em áreas de despreço social e que em geral se caracterizam pela precarização da infraestrutura urbana.

A pesquisadora faz referência também a Observação geral n.4 sobre direito à moradia adequada, feita pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – CDESC, que coloca a segurança jurídica da posse como um dos aspectos para a garantia da moradia adequada. E destaca que, toda pessoa deve ter uma proteção legal contra o desalojamento ou ameaças e depreende que a segurança da posse deve ter um caráter jurídico resguardado por lei.

Coloca em pauta que o poder público deve garantir ações de Estado e centrar-se no atendimento a populações, especialmente de grupos desfavorecidos, marginalizados, e que vivem em assentamentos irregulares ou que estão em minorias, atentando a jurisprudência regional e nacional.

O relatório vai mais além.

Afirma não haver dúvida quanto à violação de direitos no processo de remoção forçada e que a legislação deve considerar, como elemento fundamental, um sistema legislativo que estabeleça mecanismos de proteção eficazes.

Segundo a Observação n.7, item 16²⁶ do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – CSDESC, a legislação deve compreender medidas como:

- a) Realização de consultas à população afetada para discutir todas as demais possibilidades que permitam evitar ou ao menos minimizar a utilização do recurso da força;
- b) Concessão de prazo razoável e suficiente de notificação a todas as pessoas afetadas, com antecedência à data prevista para o despejo;
- c) Facilitar a todos os interessados as informações relativas ao despejo, dentro de um prazo razoável;

²⁶ Disponível em: <[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CESCR+Observacion+general+7.Sp?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CESCR+Observacion+general+7.Sp?OpenDocument)>. Acesso em 28. Fev.2013

- d) Assegurar a presença de representantes do órgão governamental competente pela política habitacional e fundiária, de promotores e defensores públicos e de conselheiros tutelares no local do despejo para assegurar a prestação de assistência humanitária;
- e) Identificação exata de todas as pessoas afetadas;
- f) Não realizar despejos durante mau tempo, à noite, nos finais de semana, dias festivos ou santos, salvo com o consentimento das pessoas afetadas;
- g) Apontar possibilidades de recursos jurídicos e assegurar que a assistência jurídica continue a ser prestada mesmo após a efetivação do despejo, com vistas à assegurar o devido processo legal e a possibilidade de recurso.

É certo que, em relação à retirada forçada, ainda persistem dúvidas quanto a que medida deve ser adotada para que se tenha uma maior segurança nas intervenções do poder público em vários contextos que envolvem áreas em processo de degradação. O que não pode haver é o total descompromisso do Poder Judiciário com o direito à moradia e adequação das medidas que promovam a proteção dos relocados.

É importante citar que a Convenção Interamericana de Direitos Humanos assegura o direito a garantias judiciais. No Artigo 8.0, estabelece que:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

A aplicação de instrumentos jurídicos nas decisões de reintegração de posse e desapropriação não deve ser motivo para omissão de preceitos constitucionais. Deveria sim, usar dos princípios de forma razoável e proporcional para que se tenha certo nível de segurança nas intervenções. Assim, o relatório propõe mudanças junto aos governos e ratifica que a retirada forçada, constitui ato de violação de direito à moradia e que se tenha um enfoque mais flexível para promover condições de vida adequada.

De maneira que, diante da necessidade de avançar e considerando as decisões da Declaração de Istambul, da Declaração das Cidades e Outros Assentamentos

Urbanos para o Novo Milênio e da Declaração de Johannesburgo sobre Desenvolvimento Sustentável, a Assembleia Geral da ONU, principal órgão de deliberação das Nações Unidas, fez uma série de recomendações sobre o direito à moradia adequada.

Dentre elas, destacam-se a resolução 59/239 e, principalmente, a resolução 87 de dezembro de 2009. Tais diretrizes caminham na tentativa de fortalecer o Programa das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos (UN-HABITAT), sobretudo quando tentam traçar uma nova visão estratégica do Programa das Nações Unidas para os Assentamentos Urbanos (ONU-Hábitat) no qual os governos constituem ponto de partida para execução eficaz do programa Habitat. Além disso, fornecem orientação especial sobre cooperação Internacional e garantia de moradia adequada e desenvolvimento sustentável para os assentamentos urbano. Tudo isto, no caso do direito à moradia, reflete todo avanço ocorrido a partir da Habitat II, consagrando os princípios da cooperação e da solidariedade.

A partir da consagração da Declaração de Direitos Humanos (1948), dos Pactos Internacionais e, no caso do direito à moradia adequada, da Declaração sobre Assentamento Humanos de Vancouver (1976), e principalmente a de Istambul (1996), na qual, através do Programa HABITAT-ONU, os países assumiram o compromisso de implementar mecanismos para garantir direitos, verificou-se uma maior participação, cooperação, dos governos na internalização de direitos fundamentais protegidos pelo sistema de direito internacional, buscando-se incorporá-los ao ordenamento pátrio.

Desse modo, a introdução no ordenamento nacional de medidas internacionais de direitos humanos, através de emenda Constitucional 45, de 08 de dezembro de 2004, trouxe novos ares ao sistema constitucional brasileiro, que passou a considerar a possibilidade de inserção imediata dos Tratados e Convenções de Direitos Humanos ao ordenamento nacional. Possibilidade esta que ampara o direito pátrio nas questões relativas aos direitos fundamentais e, conseqüentemente, ao direito à moradia.

Os dispositivos introduzidos através da referida emenda e que assim dispõem são, respectivamente:

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois

turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (CF, art. Art.5 § 3º)

Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o 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, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal. (art.109, § 5)

Há que se observar, neste contexto, que os direitos humanos e consequentemente o direito à moradia, no sistema de direito brasileiro, passaram a ter a possibilidade, expressa no texto constitucional, de ser recepcionados com a qualidade de emenda constitucional²⁷. A partir desse entendimento, de que os tratados internacionais em matéria de direitos humanos passariam a fazer parte do novo texto constitucional, o que se pretendeu foi resolver o impasse jurídico que se colocava junto ao ordenamento pátrio no que tange à hierarquia dos tratados internacionais.

Em matéria de tratados internacionais, cabe ainda esclarecer, que os tratados e convenções, apresentam-se como expressões equivalentes, tendo seu conceito sido extraído da Convenção de Viena (1969). Art. 2º, § 1º, A:

Tratado é um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica.

A partir desses novos dispositivos, o País, como parceiro de vários desses tratados internacionais, passa a ter o dever de impedir o retrocesso do direito à moradia e, também, de promover a incorporação no ordenamento pátrio de matérias de direitos humanos interpretadas e asseguradas.

²⁷ Neste sentido, da possibilidade de equiparação dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos às emendas constitucionais apenas com o advento da EC 45/04, ver decisão do RE 80.004/SE, no qual o STF decidiu que os demais tratados internacionais que versam sobre direito humanos, mas não foram recepcionados nos termos do §3º, art. 5º, independentemente do momento de sua recepção, se antes ou depois da EC, possuem apenas *status* supra legal, mas não equivalência constitucional. Em sentido contrário, reconhecendo equivalência constitucional a todo e qualquer tratado sobre direito fundamental, ver MAZUOLLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional de convencionalidade das leis*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

De fato, é necessário que sejam adotadas novas práticas, para que se garanta tanto a participação do poder público na efetivação de direito, como também do judiciário para impedir mecanismos em desacordo com a Constituição. Sabemos que em Olinda a implementação do PAC encontra-se assentada na política nacional de enfrentamento ou adequação de diretrizes internacionais de direito humanos, ratificado a partir da constitucionalização do direito à moradia como direito social e da criação do Ministério da Cidade, órgão do governo federal, incumbido da missão de alavancar toda a política de promoção da moradia, bem como, de enfrentar a precarização da condição humana, pelo menos em tese, ainda que os desafios sejam imensos.

Entretanto, é preciso atentar para o fato de que a implantação de um projeto de desenvolvimento urbano, apenas, não garante a inclusão e retirada da miséria de grande parte da população urbana. É necessário, além da readequação permanente de novas práticas, que o judiciário ande em sintonia com criação de novas leis, que estejam harmonizadas com preceitos constitucionais, de forma a poder reavaliar cotidianamente medidas como a reintegração de posse, como instrumento do judiciário para promover a retirada das famílias, em caso de omissão do poder público.

É preciso que haja consonância das práticas com os novos ditames do direito e a reavaliação desse distanciamento da aplicação do direito, para promover a dignidade e a justiça social, podendo-se assim dizer que a constituição é parâmetro irrefutável na aplicação do direito, que não deve ser deixado de lado como vem ocorrendo na implantação de projetos sociais.

O Judiciário não deve violar as balizas constitucionais da maneira que vem violando, notadamente quando: promove a retirada em massa das populações a partir da aplicação de um modelo tradicional de jurisprudência que se limita em institutos ultrapassados em desconexão com essa nova realidade; quando não considera a legislação constitucional e infraconstitucional e os novos arranjos legais que se propõem a auxiliar o difícil trabalho de implementar políticas públicas e leis internacionais que servem de parâmetro para se chegar à dignidade; quando aplica leis que estão em dissonância com ordenamento interno e os preceitos fundamentais; quando nas próprias sentenças há contradições na garantia do direito à posse como preceitua o Estatuto da Cidade e leis nacionais já incorporadas a partir do direito internacional.

4 DIREITO À MORADIA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO: APLICAÇÃO DA LEI E CONFLITO ENTRE DISCURSO E PRÁTICA

4.1 A MORADIA ENTRE OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO: ESTATUTO DA CIDADE, CONSTRUÇÃO LEGISLATIVA DO DIREITO À HABITAÇÃO E SEUS DESDOBRAMENTOS NO EXAME DA REALIDADE EM OLINDA

Embora não previsto expressamente no texto da Constituição de 1988, o direito à moradia foi incorporado a partir da emenda constitucional nº 26 de 2000 no rol dos direitos sociais da Constituição Federal ora vigente, sobretudo alcançando o *status* de ser promovido e protegido pelo Estado Brasileiro, visando à efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais, de modo a conferir a esses direitos o grau de aplicação imediata e direta (SAULE JR, 1997, p. 65).

Assim, o texto determina o seguinte:

Art.6º - São direitos sociais: a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma da Constituição.

Ao mesmo tempo, ressalta-se que, mesmo antes da consagração de forma expressa na Constituição, estas garantias já faziam parte do rol de direitos previstos no sistema de proteção internacional, anunciando diretrizes e ratificando medidas concretas a partir do momento que foram reconhecidos, e incorporados à ordem jurídica de acordo com o paragrafo 2º do artigo 5º, pelo qual:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a Republica Federativa do Brasil seja parte.

Neste sentido, o direito à moradia passa a ser considerado, pela doutrina mais autorizada, um direito fundamental positivo, isto é, um direito fundamental que permite aos seus titulares exigir do Estado, prestações positivas, (SILVA, 2005, p.186).

Infelizmente, esse direito ainda não é suficiente no ordenamento jurídico brasileiro para nortear a premissa de aplicação imediata, e a possibilidade de prestação material por parte do Estado.

Entretanto, considera-se que o maior óbice à eficácia social dos direitos fundamentais sociais não é a falta de normas que deem densidade jurídica aos preceitos constitucionais, mas sim que a falta de eficácia social dos direitos sociais está relacionada à não prestação dos serviços sociais básicos pelo Estado na implementação de políticas públicas. Dessa forma, o problema certamente está na formulação, implementação e manutenção das respectivas políticas públicas e na composição dos gastos nos orçamentos da União, dos estados e dos municípios, no sentido de viabilizá-los (KRELL, 2002, p.32).

Não obstante se reconheçam tais obstáculos extra-jurídicos, trata-se de notar que os direitos sociais - enquanto princípios programáticos - apoiam-se num “dever ser” que promete de forma demasiada, o que leva a uma indeterminação jurídica, sendo, na maioria das vezes, encarados apenas como um guia geral para os poderes públicos.

Gerardo Pisarello (2003, p.41) entende que essa indeterminação jurídica, é devido ao fato do direito à moradia não ser direito de forma plena, capaz de obrigações específicas, cuja violação comporta algum tipo de sanção ou controle que pelo menos exponha o Poder à perda de legitimidade diante dos cidadãos.

Mas, para darmos concretude a esses direitos, notadamente o de moradia, é preciso ir bem mais além: trata-se de buscar, jurídica e socialmente, a concretização do Estatuto da Cidade o qual, inserido no ordenamento jurídico brasileiro, através da lei 10.257 de 10 de julho de 2001, foi (e é) um marco da política urbana cujas potencialidades ainda estão aquém das demandas do conjunto da sociedade.

Ele é fruto do processo de democratização e luta social no País, estabelecendo diretrizes para regulamentação dos artigos 182 e 183 da CF/88, no que se refere à aplicação e implementação da garantia do direito à cidade.

Desse modo, ao regulamentar o capítulo constitucional sobre política urbana, o Estatuto da Cidade confirmou, de maneira inequívoca, a construção no ordenamento do Direito Urbanístico como ramo autônomo do Direito Público brasileiro e assegurou dessa forma a incorporação de uma política urbana ao leque de garantias fundamentais.

E em que pese a grande relevância dos novos instrumentos jurídicos e urbanísticos criados e/ou regulamentados pela lei federal, é de concordar que a

importância maior do Estatuto da Cidade se deve principalmente ao marco conceitual por ele consolidado, que, se devidamente assimilado, deverá se tornar a referência central junto à compreensão e interpretação das muitas e complexas questões jurídicas intrínsecas ao processo de uso, ocupação do solo urbano, bem como para dar suporte jurídico adequado às práticas de gestão urbana (FERNANDES 2002, p.33).

Isso porque tal Estatuto, entre outros aspectos positivos, regulamentou e expandiu dispositivos sobre a política urbana, colocando o município no centro das formulações sobre planejamento urbano, reconhecendo a autonomia do governo municipal, a gestão democrática, o direito social de moradia o direito à regularização de assentamentos informais consolidados e, muito especialmente, a função social da propriedade entre outras disposições.

Com isso, a descentralização e democratização caminham juntas para garantir a plena legitimidade social dos processos de planejamento urbano, formulação de políticas públicas, aprovação de leis urbanísticas e gestão de cidades (FERNANDES, 2002, p.43-59).

Segundo o autor supramencionado, isso decorre da opção do legislador em conferir ao Estatuto da Cidade quatro dimensões principais, quais sejam: a) uma **dimensão conceitual**, que explicita o princípio constitucional central das funções sociais da propriedade e da cidade e os outros princípios determinantes da política urbana; b) uma **dimensão instrumental**, que cria uma série de instrumentos para materialização de tais princípios de política urbana; c) uma **dimensão institucional**, que estabelece mecanismos, processos e recursos para a gestão urbana; e, finalmente, d) uma **dimensão de regularização**, que visa enfrentar a questão fundiária atinente aos assentamentos informais consolidados.

Vê-se, portanto, que a definição do texto legal, embora fundamental, não é suficiente para resolver todos os problemas da maioria da população e, no caso de Olinda – objeto desta dissertação – isso se agrava dado à circunstância de que, boa parte da população sobrevive na informalidade, em construções precárias e longe da segurança da posse e sem observação de qualquer lei.

Além disso, como bem alerta Maricato (2010, p.6), aplicar o Estatuto da Cidade em tal contexto, culturalmente excludente, tradicionalmente conservador, não é tarefa simples especialmente porque nessas sociedades chamadas de emergentes, não desenvolvidas, em

desenvolvimento ou periféricas, o poder político e social vem associado à propriedade patrimonial.

Ora, apesar dos entraves na implementação do direito à moradia, não se pode negar que a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da cidade de 2001 constituem paradigmas inovadores para direito à moradia, trazendo implicações para construção da ordem jurídica-urbanística, o que não implica em ignorar que esses instrumentos jurídicos, um e outro, ainda carecem de instrumentos complementares para sua plena efetivação.

Assim, como outras cidades brasileiras, Olinda recebeu investimentos financeiros do Governo Federal para desenvolver programas que abranjam tanto social quanto estruturalmente essas chamadas áreas especiais. O Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) foi – e é - um desses programas federais que visam investir nas áreas de transporte, energia, saneamento, habitação e recursos hídricos.

De um exame desse programa se deflui que a expansão do investimento em infraestrutura é uma das condições fundamentais para a aceleração do desenvolvimento e que, dessa forma, o país poderá investir seus recursos de forma mais planejada, do ponto de vista estratégico, entre as suas regiões, fazendo assim, com que ocorra a diminuição das desigualdades regionais e sociais, pelo que se entende o PAC como um programa de expansão do crescimento econômico e social brasileiro.

O dito projeto prevê, em sua concepção de política habitacional, que se promova o fortalecimento da comunidade, através da participação cidadã, interagindo com a população afetada durante a implantação das obras de infraestrutura urbana e desenvolvendo o processo de reassentamento nas áreas indicadas para essa ação, contribuindo para a sustentabilidade das intervenções.

Dessa forma, busca, como parte de seu planejamento e implementação, realizar a atualização cadastral das famílias a serem removidas, detalhar o plano de reassentamento; desenvolver atividades de acompanhamento social através de oficinas, cursos, eventos e negociações junto à população afetada, entre tantos outros que buscam dar caráter mais geral ao projeto.

Dessa forma, através do chamado ‘Projeto Técnico Social’ que é parte de seu instrumental de intervenção na questão habitacional em áreas carentes, busca garantir, segundo seus próprios termos, “moradia digna, ambiente saudável e qualidade de vida à população em situação de vulnerabilidade, de acordo com a Política Nacional de Urbanização”, através da promoção de políticas de universalidade do acesso à moradia digna,

urbanização, regularização dos assentamentos precários à cidade, democratização do acesso à terra urbanizada de maneira sustentável entre outros.

Se esses objetivos têm plena consecução, é o que se passa a examinar.

Podemos perceber, em uma abordagem sucinta com relação à geração de renda, que a discussão quanto à questão da moradia digna e a sustentabilidade do projeto, como também, a integralização da cidade informal à formal devem ser revistos concretamente, tendo em vista não ser possível – ao menos na questão da habitação para populações de baixa renda – concretizar tal política sem enfrentar problemas crônicos de propriedade e uso do solo urbano.

Há pesquisadores que questionam se, de fato, haveria dignidade em moradias tão pequenas, pois parte dos projetos não só apresentam falhas na elaboração, como também nem sempre se preocupam com qualidade das moradias e nem inserem a moradia no contexto de políticas de sustentabilidade das famílias assentadas. Ademais, questionam também de que forma áreas com grande rejeição social devem ser integradas à cidade formal. Problemas, portanto, que carecem de maior reflexão do Poder Público e da comunidade científica, em suas diversas vertentes: sociológica, jurídica e política.

Aqui, se trata de expor, para entender o contexto dos problemas que se analisam neste capítulo final, a dinâmica de funcionamento destas intervenções do PAC, sob a ótica da autoridade pública que o concebeu.

Primeiro, é de se explicitar a atitude do poder público diante da necessidade de se enfrentar tais problemas.

Em geral, as intervenções se iniciam pelo estudo de um esboço da área que vai sofrer intervenção. Preliminarmente, é utilizada a metodologia de trabalho desenvolvida através de um processo de avaliação denominado DRUP²⁸. Nele, se enfatiza a construção do conhecimento da realidade a partir de uma abordagem sistêmica e abrangente, envolvendo diferentes atores, a comunidade, e Poder Público, buscando incorporar a experiência, o pensamento e o sentimento da comunidade como elementos determinantes para a elaboração dos planos e implementação das obras previstas no Programa, em prol de uma ação participativa com vistas a um desenvolvimento sustentável.

²⁸ É o resultado de um processo de adaptação e integração de diversos enfoques e métodos participativos. As bases conceituais desse método foram buscadas nas teorias de Kurt Lewin, Orlando F. Borba, Paulo Freire e Robert Chambers. Este método tem como objetivo inverter a lógica da participação da comunidade na elaboração de projetos urbanísticos e desenvolvimento social através de uma nova forma inclusiva de elaboração de diagnóstico.

É de se notar que os dados coletados através do processo de autorrecenseamento²⁹ na área deveriam obedecer – o que nem sempre acontece – a critérios rigorosos para evitar a locupletação ou direcionamento do benefício social.

Diante desses dados se inicia a intervenção do projeto. Entretanto, mostra-se relevante, devido ao alto adensamento das localidades nas quais o programa intervém, um maior controle dos dados com utilização de programas de georeferenciamento das áreas e acompanhamento via programa SPSS – Programa Estatístico de Ciências Sociais, como também acompanhamento das famílias.

Outra medida importante é a decretação do direito de preempção³⁰, isto é, do congelamento da área pelo município, devido à alta mobilidade na comunidade e especulação no perímetro de intervenção da obra.

Devemos ainda considerar que esse tipo de projeto, no seu aspecto geral, deve prever que se promova o fortalecimento da comunidade, através da participação cidadã, interagindo com a população afetada durante a implantação das obras de infraestrutura urbana e o desenvolvimento do processo de reassentamento das famílias nas áreas indicadas para esse tipo de ação, contribuindo para a sustentabilidade das intervenções.

Já no seu aspecto específico, deve-se buscar a atualização periódica do cadastro das famílias a serem removidas, evitando assim, que algumas famílias fiquem desassistidas pelo programa; detalhar o plano de reassentamento; desenvolver atividades de acompanhamento social através de oficinas, cursos, eventos e negociações junto à população afetada.

Quanto à metodologia para o diagnóstico social³¹ o aspecto positivo a se levar em conta é que ela inclui, de forma preponderante, a participação da comunidade, da associação de moradores e do Poder Público, no cadastramento das famílias, no autorrecenseamento e na

²⁹ Processo de coleta de dados, por exemplo: censo ou cadastramento feito pela comunidade.

³⁰ O **direito de preempção** confere ao Poder Público Municipal preferência para a aquisição de imóvel urbano objeto de alienação onerosa entre particulares (art. 25). Vale dizer: o município terá preferência na aquisição de certo bem imóvel urbano, localizado em área delimitada por lei municipal lastreada no plano diretor, com observância obrigatória pelo particular em favor do precatado ente da Federação (Estatuto da Cidade estabeleceu e regulou, nos artigos 25 a 27, o direito de preempção em favor do Poder Público Municipal).

³¹ O diagnóstico social é o conhecimento, que envolve a informação, o levantamento de dados e o posicionamento que uma equipe social possui sobre o objeto do seu trabalho. É a principal ferramenta para delinear uma fotografia do território, da dinâmica social e das famílias que nele vivem. DIAS, Rosângela; PAZ, Oliveira; TABOADA, Kleyd Junqueira. Trabalho Social em projeto e Programa de Interesse Social- Diagnóstico Social, Ministério das Cidades. São Paulo.

selagem da área sistematizando os dados coletados, potencializando a articulação e favorecendo, assim, a intersetorialidade da rede sócio-assistencial existente nas instancias de governo, sociedade civil e possíveis parcerias para fortalecer e promover a sustentabilidade das ações.

No entanto, não obstante esses aspectos há que se levar em conta outro, da maior relevância social e para os operadores de direito, que lidam com as questões concretas de interpretação e aplicação do direito posto, qual seja, as formas pelas quais o Judiciário, quando chamado a dar palavra final nesses conflitos, lida com o conflito entre direito de propriedade e a necessária função social da mesma.

4.2 O JUDICIÁRIO E OS PROBLEMAS DE APLICAÇÃO DO DIREITO À MORADIA NO MUNICÍPIO DE OLINDA: AS AÇÕES DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE COMO EXPRESSÃO DO DILEMA ENTRE VIOLAÇÃO OU INSTRUMENTO DO DIREITO

No ordenamento jurídico brasileiro, o direito à moradia passa a ser um elemento essencial do direito a um padrão de vida adequado. Quando aplicado, ele pode fornecer uma base para melhor realização de outros direitos se for considerada “a adoção de um discurso jurídico comprometido com o paradigma das diretrizes internacionais recomendados pela ONU e o Estatuto da Cidade” (SARMENTO, 2011, p.155).

Isso porque, no decorrer das últimas quatro décadas, a trajetória dos direitos humanos e, conseqüentemente, do direito à moradia tem sido marcada pelo fenômeno da constitucionalização de diversas convenções e declarações internacionais, estabelecendo organismos e mecanismos de proteção desses direitos, seja no âmbito global ou regional (SAULE, 1997 p.1).

De tal sorte que, a expressão *direito à moradia*, se coaduna com "o direito de não ser privado arbitrariamente de uma habitação e de conseguir uma e, por outro lado, também o direito de obter uma, o que exige medidas e prestações estatais" (SILVA, 1997, p. 342).

No mesmo sentido, o relatório sobre direito à moradia adequada³², elaborado pelo Comitê das Nações Unidas sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, tem salientado que o direito à moradia adequada não deve ser interpretado restritivamente. Pelo contrário, deve reafirmar a necessidade de viver num lugar em paz, de maneira segura e com dignidade e que esteja intrinsecamente ligado a outros direitos humanos fundamentais.

Isso, em parte, devido à moradia relacionar-se com outros direitos, devendo-se depreender que se trata de um fenômeno complexo e com muitas variantes e que só pode ser compreendido quando se envolve a sua análise no contexto global da estrutura social. A moradia é muito mais que uma realidade física e espacial, é antes de tudo um fenômeno social cuja sua compreensão só pode ser alcançada desde sua globalidade³³ (ALCALA, 1995, p. 45).

Essa ambiguidade do direito à moradia de ser fundamentado ora por elementos jurídicos, já incorporados no ordenamento, ora mediante princípios morais que se justificam em exigências éticas, bem, valores, de que gozam os seres humanos pelo simples fato de sê-los, consagram-se através do princípio da dignidade humana, de forma que ela - a ideia de dignidade humana - está contida em muitos documentos jurídicos internacionais relativos aos direitos humanos, em constituições nacionais, como também em diversos códigos deontológicos.

Por outro lado, o discurso de justificação construído quando se está diante da resolução de um conflito envolvendo o direito de propriedade e a forma como ele deve ser interpretado, parece percorrer vários meandros na aplicação do direito, principalmente, quando se sabe que parte relevante de seu debate repousa em princípios programáticos, como é o caso dos direitos sociais, no qual há possibilidade de exigibilidade e consequentemente de aplicação imediata a depender do dever moral ou jurídico de satisfazê-los.

³²UNHABITAT-Office of United Nations High commissioner for Human Rights,. **The Right to Adequate Housing**. Disponível em:<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS21_rev_1_Housing_en.pdf> .acesso em 10.nov.2012

³³Textualmente: la vivienda es un fenómeno complejo, con múltiples facetas, que solo pueden ser comprendidas englobando su análisis en el contexto global de la estructura social. La vivienda es mucho más que una realidad física y espacial, es, ante todo, un fenómeno social cuya comprensión solo puede alcanzarse desde su globalidade.ALCALÁ, L.C. **La cuestión residencial: bases para una sociología del habitar**. Madrid:Editorial Fundamentos, 1995, p.45.

No debate dessa questão, de como deve ser interpretado o direito de propriedade, não basta apenas o discurso da força normativa da Constituição (Konrad Hesse, 1991, *passim*), tão cara à doutrina alemã e que já se consolidou definitivamente na jurisprudência brasileira, para garantir a possibilidade de aplicação imediata no enfrentamento à violação do direito à moradia ou para garantir a possibilidade de recorrer ao judiciário para que este venha a sanar uma omissão da administração pública.

Neste sentido, Sarmiento (2011, p. 156) diz que esse direito por si só já deveria garantir a aplicação imediata como elemento estruturante do constitucionalismo contemporâneo. E que o fato de estarem na Constituição já lhes confere executoriedade, independentemente de norma infraconstitucional que os regule ou os clarifique.

Em parte, esses direitos têm suscitado controvérsias no que diz respeito à sua eficácia e efetividade, inclusive quanto à problemática da eficiência e suficiência dos instrumentos jurídicos disponíveis para lhes outorgar a plena realização (SARLET, 2001, p.1) e a sua exigibilidade em virtude da sua indeterminação jurídica.

De maneira que caberia, de fato, discutir se o Poder Judiciário estaria preparado para acatar e tutelar as exigências dirigidas ao Poder Público sobre a aplicação e eficácia dos direitos sociais, em sua grande maioria aderindo à teoria estrangeira que apregoa a sua plena realização, exigindo-se do Poder Público certas prestações materiais que levem pouco a pouco ao nível adequado de concretização.

Dessa forma, parece que a ideia de necessidade, aqui amparada pela indispensabilidade de busca por alimento, segurança, habitação e saúde do ser humano, mostra-se como elemento chave para compreender a construção da doutrina dos direitos sociais e, requer, em princípio, que o direito seja de aplicação imediata. De tal maneira, há um núcleo de necessidades básicas absolutas que dependem de fatores que estão socialmente determinados (SPICKER, 2000, p.73) e que a ordem jurídica deveria tão somente reconhecer e aplicar.

Mas, não se pode ser ingênuo e olvidar que entre a regra legislada e sua concretização, há uma longa e complexa construção que consiste na atividade hermenêutica levada à cabo pelos juízes e tribunais e como essa atividade se reflete nos discursos de justificação das decisões, notadamente aqueles proferidos sobre aplicabilidade imediata de direitos fundamentais, contra os quais algumas

construções retóricas eficazes tais como a “reserva do possível”, são constantemente esgrimidas contra a executoriedade imediata dos mesmos.

Na concepção de Doyal e Gough (1994, p. 78), por exemplo, a identificação de uma necessidade básica repousa num dado fundamental, pelo qual a ocorrência de sérios prejuízos à vida material dos homens e à atuação destes como sujeitos deve sempre ser levada em conta.

Por “sérios prejuízos” compreendem os autores a possibilidade de impedimento aos seres humanos de viverem física e socialmente em condições de dignidade de modo a poder expressar a sua capacidade de participação ativa e crítica.

Dessa maneira, necessário se faz compreender qual o paradigma dos direitos sociais propostos para o mundo contemporâneo e que, em sentido amplo, considera os direitos sociais como instrumentos dirigidos a proteger as necessidades e os interesses vitais das pessoas (PISARELLO, p.23, 2003), caracterizando-se como conjunto de direitos básicos que devem ser promovidos para satisfazer necessidades socialmente determinadas, atendendo prioritariamente aos grupos ou pessoas que estão em situação de vulnerabilidade e em condições sociais desfavoráveis.

Na verdade, trata-se de pretensões morais ou políticas acerca de como deveriam ser tratadas e que se encontram em contradição flagrante com a pretensão normativa dos direitos fundamentais sociais e o evidente fracasso do Estado brasileiro como provedor dos serviços essenciais para vasta maioria da sua população (KRELL, p.240, 1999).

De igual modo, como já se mencionou mais atrás, se utiliza do princípio da “reserva do possível”³⁴ para justificar a impossibilidade de atender as prestações cogentes dos direitos sociais em razão de suas condições socioeconômicas e estruturais.

É certo que as limitações legais podem dificultar a sua aplicação, mas de modo algum pode justificar a inaplicação deste direito em situação de extrema precariedade, no qual há risco de sobrevivência e na qual se evidencia, para os

³⁴Princípio incorporado da doutrina Alemã no ordenamento jurídico brasileiro que, somente se pode exigir do Estado à prestação em benefício do interessado, desde que observados os limites de razoabilidade. Tal hipótese foi mencionada em julgamento promovido pelo Tribunal Constitucional alemão (BverfGE n.º 33, S. 333).

versados nas lides jurídicas, que ele só é esgrimido, numa sentença ou debate judicial, para justificar discursivamente, a não-concessão de direitos garantidos pela ordem jurídica, mas que implicam em custos materiais para o Estado, pelo que se evidencia a maior facilidade em conceder garantias formais (que são importantes e das quais não se deve abrir mão) do que aquelas de caráter material.

Em face da alegação de que é inviável (em qualquer circunstância) o reconhecimento de um direito subjetivo a prestações, socorrendo-se dos limites fáticos da reserva do possível e argumentando que inexiste dotação orçamentária, resta padecendo de esvaziamento completo a questão da eficácia dos direitos sociais, restando a eles serem eternamente imolados no altar da formalidade jurídica e do *topos* da “reserva do possível”.

Prova do descompasso na interpretação e aplicação de uma ordem jurídica que não pode ser acusada de nenhuma veleidade esquerdizante, como é a brasileira, é que mesmo a Suprema Corte Pátria (a quem, também, não se pode atribuir sequer o rótulo de “progressista”), tem andado, em alguns momentos, bem melhor que os tribunais inferiores, na medida em que, em várias decisões, já superou tal concepção,

Entendendo que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser convocada pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, eliminação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de condição fundamental para existência ³⁵.

É a partir dessas considerações que se faz alusão às decisões estudadas no Tribunal de Justiça de Pernambuco, no qual veremos que sua concretização por via judicial, ainda é tímida, faltando densidade jurídica no que se refere aos preceitos constitucionais atinentes à moradia e, conseqüentemente, à eficácia dos direitos sociais que inicialmente deveriam ter sido supridos pelas ações executadas através de políticas públicas no Estado e, no caso de omissão do direito fundamental à moradia, de imediato pelo Judiciário a quem cabe resguardar e proteger conforme o modelo constitucional adotado pelo País.

³⁵ Extrato da decisão monocrática do Ministro Celso de Mello na ADPF 45.

É o caso, por exemplo, da decisão do TJPE no proc. nº 0011569-41.2010.8.17.0990 - ação de reintegração de posse em desfavor de moradores de baixa renda da localidade de Jardim Brasil no Município de Olinda que estão em processo de retirada forçada em razão de projeto de Urbanização do Plano de Aceleração e Crescimento- PAC. Sobre tal aspecto, merece ser trazido à baila o entendimento deste juízo, em sentença em 18.01.2011:

[...] Assim, Defiro a medida de Reintegração de Posse face à ocupação irregular e Demolitória da área irregularmente construída, consoante indicado na inicial, nos termos do CPC, Art. 273 c/c 928 e seg. Por tal razão, determino seja expedido Mandado de Reintegração ao domínio público das margens do canal da malária e de Demolição da área detectada. Fica, de logo, estipulada a multa diária de R\$100,00(cem reais), por réu qualificado, no caso de descumprimento da ordem pelos réus ou de estes virem a praticar novos esbulhos, sem prejuízos da resposta criminal à transgressão da ordem judicial.

O mandado deverá ser cumprido com circunspeção e moderação. Autorizo reforço policial, se for o caso, devendo-se observar todas as garantias constitucionais inerentes ao ato. Oficie-se ao município para que dê o suporte necessário à transferência dos móveis dos réus.

Determino, por fim, o pagamento de auxílio moradia a cada um dos réus no valor de R\$150,00(cento e cinquenta reais) mensais, a considerar o valor aproximado de mercado e consoante precedentes desta Especializada, até a relocação dos réus na unidade habitacional construída. O valor deverá ser pago após a reintegração de posse efetivada. Deverá o Município autor juntar comprovante do recebimento do auxílio moradia pelos réus a cada 20(vinte) dias dos meses subsequentes ato reintegratório. O Município réu deverá observar a relocação imediata dos réus, cadastrados e devidamente compromissado, nas unidades habitacionais concluídas.

Intimados os requeridos da decisão liminar, passará a correr o prazo para a contestação no prazo de 15(quinze) dias. Aplicando-se, então, ao processo o rito ordinário (CPC, art. 931). [...] (*grifos nossos*)

Note-se que em momento algum – na citação jurisprudencial supramencionada e em nenhum momento nos demais trechos não citados da mesma - se faz referência ao direito à moradia de forma expressa, conforme preceituam as diretrizes de direitos humanos incorporados à constituição, apesar da permanência das famílias na localidade há vinte anos e de forma mansa e pacífica.

A mesma sentença justifica que a retirada deve ser feita por descumprimento da área de proteção permanente conforme Código de Águas e Código Florestal. No

entanto, vale salientar que os conjuntos habitacionais serão construídos no mesmo local e algumas unidades quase que dentro do canal que corta a área, fato que sequer preocupou – ao menos em nível da sentença prolatada – nosso douto Judiciário.

A sentença em exame não faz nenhuma referência ao Estatuto da Cidade, lei de caráter infraconstitucional que regula a implantação de projeto em área de urbanização precária e, no que concerne ao *quantum* pago pelo município, valor esse tutelado pelo Judiciário, diante da alegação de falta de recursos do tesouro municipal destinado ao aluguel de casa provisoriamente, não o interpretou o poder decidido tal valor como uma afronta à garantia imediata dessas famílias de sair de área degradada, reforçando, mais uma vez, não só a violação do direito à moradia, mas aos direitos individuais e coletivos da comunidade atingida em ter habitação provisória adequada.

Quanto às cautelas para retirada das famílias alega-se, nos autos, que a população local deve ser retirada com “**circunspeção e moderação**” e se atendo às “**garantias constitucionais**” [destaquei].

Ora, o uso desses termos, vagos e genéricos e que nada acrescentam à sentença, do ponto de vista social cumprem papel importante: eles visam justificar uma decisão cuja natureza, embora aparentemente privatista, é de eminente caráter coletivo pois que os atingidos de forma deletéria, pela mesma, são mulheres, idosos, menores.

Ressalta-se também que, na maioria desses casos – e nesse, especificamente - não se considera a medida provisória nº 2.220/2001, no seu art. 1º, a qual estabelece que:

Aquele que, até 30 de junho de 2001, possui como seu, por cinco anos, ininterruptamente, e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia, ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.

Veja-se que a própria legislação já tem avançado em matéria relacionada ao direito à moradia quando aplica a lei 10.257/2001 – Estatuto da Cidade. Tal legislação irá prever como diretriz, dentre várias, no art. 2º, inc. 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.

Já em outra decisão do TJPE, esta no processo nº. 0003567-82.2010.8.17.0990, em ação movida para reintegração de posse em desfavor de moradores de baixa renda da localidade de Jardim Brasil e Ilha do Maruim – (Unidade de Esgotamento 06 e 08), no Município de Olinda, os mencionados moradores estavam, então, em processo de retirada em razão de projeto de Urbanização do Plano de Aceleração e Crescimento - PAC, para intervenção em favelas e saneamento integrado e, por conseguinte, o entendimento da decisão de 14.05.2010, chama atenção por se colocar no mesmo sentido da sentença anteriormente mencionada:

[...] A área identificada como a de ocupação subnormal, sem estrutura de saneamento, licença ou concessões, é de domínio público a teor do Código das Águas, Art. 11 c/c Art.14, e do teor do CCB, art. 99, I. Tratando-se de área reservada que margeiam os canais, tem caráter perpetuo e erga omnes, sendo de preservação dos recursos hídricos (Código Florestal, Art. 2º, pu). Continuando, relata que a área está encrava em Zona de Proteção Ambiental nas margens do Canal da Malária, conforme Plano Diretor - L Municipal 026/2004. Assim, objetivando resguardar direitos, requer antecipação de tutela c/c demolitória a teor do CPC, Art. 273, c/c Art. 461-A [...].

Mais uma vez a decisão, em momento algum, faz referência a preceitos fundamentais que garantam o direito à moradia, nem ao Estatuto da Cidade, limitando-se a formalização de preceito legal que, de forma geral, exige a retirada das famílias de imediato sem considerar que se trata de população de baixa renda de caráter social pungente, relacionado à moradia digna.

Ora, em assim sendo, desconsiderar que – em tais circunstâncias – o olhar do direito deveria ser feito levando em conta os valores sociais que o mais liberal ordenamento jurídico, contemporaneamente, já leva em conta, sem deixar de abdicar de sua fé e matriz liberal.

Inclusive, é assim que tem entendido o Superior Tribunal de Justiça – STJ, em julgado que se menciona abaixo:

A melhor interpretação da lei é a que se preocupa com a solução justa, não podendo o seu aplicador esquecer que o rigorismo na exegese dos textos legais pode levar a injustiças. (RSTJ 4/1554 e STJ-RT 656/188). [destaquei].

Assim também tem entendido o Min. Sálvio de Figueiredo, no julgado 26/378:

A interpretação das leis não deve ser formal, mas sim, antes de tudo, real, humana, socialmente útil. (...) Se o juiz não pode tomar liberdades inadmissíveis com a lei, julgando “ *contra legem* “, mas pode - e deve - por outro lado, optar pela interpretação que melhor atenda às aspirações da Justiça e do bem comum.

Não obstante, o TJPE perfilha entendimento contrário, indo mais além e liminarmente decidindo pela retirada das famílias sem considerar que se trata de posse velha e que toda dinâmica de sobrevivência daquelas famílias estão relacionadas com a localidade. Vejamos outro trecho da decisão:

[...] O município autor motiva pedido na moléstia concreta da sua posse, com a efetiva privação do bem descrito, na violação interesse público predominante e no impedimento à intervenção Administrativa. Pretende que seja reintegrada na posse da área sabidamente de domínio público. Importa salientar, ab initio, que em se tratando de bens públicos não se discute se a posse é velha ou nova, posto que matéria de direito administrativo, aplicando-se apenas a questão da posse subsidiariamente as disposições do Código Civil e do Código de Processo Civil pertinentes aos requisitos para reintegração liminar da posse, considerando para tanto os rt.99, 273c/c Art.461-A.[...]

Na contramão da decisão, se posiciona o voto da Ministra Elaine Harzheim Macedo que transcrevo, para demonstrar o padrão de argumentação central nessas lides:

[...] Certo é que o Poder Público não precisa deter fisicamente a posse ou habitar e praticar atos de vigilância permanentemente, mas há de dar uma destinação, até mesmo na forma de um projeto concreto, do contrário, não há que se falar, pelo menos em um primeiro momento e em sede de liminar, na prática de esbulho por quem enfrenta verdadeiro estado de necessidade, ausente o direito à moradia, assegurado pela própria Carta Magna no seu art. 6º, no capítulo “Dos Direitos Sociais”, a ser providenciado pelo Poder Público. Daí, mostra-se contraditório que um órgão público, responsável pelo incremento da política habitacional do Estado, omisso em relação a uma área, desocupada há mais de 15 anos, realizando somente estudos sobre a futura ocupação esteja agora a

impedir e exigir pronta resposta, na forma de liminar, visando ao desalojamento das famílias e sem apontar qualquer outra alternativa.[...] Agravo Improvido. (Agravo de Instrumento Nº 70013770417, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elaine Harzheim Macedo, Julgado em 23/03/2006).

A esse propósito, ainda que com risco de se alongar, é importante mencionar outro trecho da decisão do Tribunal de Justiça de Pernambuco-TJPE o qual diz o seguinte:

[...] Por outro lado, é de se ver os anseios dos réus, muitos abaixo da linha de pobreza, que, embora desacompanhados de advogado, fizeram constar no termo de audiência a queixa unânime sobre o valor ínfimo do auxílio moradia, dos atrasos constantes das demais obras e tamanho insatisfatório das unidades habitacionais.[...]
(grifo nosso)

Muito embora a magistrada cite a precarização dos réus, ela se mantém distante em aplicar os preceitos de direitos sociais, reiterando a violação de direitos, sob um discurso de justificação centrado na suposta impossibilidade do Estado em concretizar garantias constitucionais de caráter material que implicam, portanto, em custos materiais e opta pela política de estipular um valor exíguo de auxílio moradia, ratificando deslocamento para unidades habitacionais minúsculas destinadas a famílias que na retórica dos tribunais são chamadas de “adensadas”, ou quando promove a retirada forçada para casas alugadas em áreas muito precárias por conta do valor real do auxílio moradia ou para abrigos públicos nos casos de retirada forçada, agravando ainda mais a precarização daquelas famílias.

A doutrina mais autorizada sobre o tema, do eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Roberto Grau aponta que:

Não se pretende, nisso, atribuir ao Judiciário o desempenho de funções que são próprias do Legislativo – ou seja, a de produção de ato legislativo – ou mesmo do Executivo – ou seja, a de produção do ato administrativo. O que se sustenta – e, no caso, sob o manto do princípio da **supremacia da Constituição** – é, meramente, cumprir ao Poder Judiciário assegurar à pronta exequibilidade de direito ou garantia constitucional imediatamente aplicável, dever que se lhe impõe e mercê do qual lhe é atribuído o poder, na autorização que para tanto recebe, de, em cada decisão que a esse respeito tomar, produzir direito. (GRAU, 1997, p. 336-337)

Assim, as ações de reintegração de posse no ordenamento jurídico brasileiro acabam por ser usadas como meros instrumentos do direito possessório que visam a recuperar “coisa esbulhada por terceiro”, sem levar em conta nenhum dos aspectos sociais em jogo no conflito.

Mas é noutro sentido que ensina a doutrina de Orlando Gomes:

Seu fim específico é obter a recuperação da coisa. Tem todo possuidor o direito a consegui-la se da posse for privada por violência, clandestinidade ou precariedade. No entanto, a dimensão da dignidade humana e a adoção de preceitos fundamentais, entre eles a função social, direitos sociais, moradia digna, além de legislações específicas como Estatuto das Cidades questionam os tradicionais mecanismo de aquisição e manutenção da posse.

Note que, para ele, são requisitos para essa ação a comprovação da condição de que era realmente o antigo possuidor e do esbulho, ou seja, a ofensa que determinou a perda da posse. Também deve ser comprovada a data de ocorrência da perda da posse, conforme as mesmas recomendações do art. 927 do CPC:

Art. 927. Incumbe ao autor provar:

I - a sua posse;

II - a turbação ou o **esbulho** praticado pelo réu;

III - a **data** da turbação ou do **esbulho**;

IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a **perda da posse, na ação de reintegração**. (*grifo nosso*)

O que se quis evidenciar, portanto, e já em sede final desta dissertação é que, via de regra, nessas questões, o judiciário - diante do entrechoque do apego a um formalismo abstrato e a necessária concretização de direitos fundamentais, dos quais o direito à moradia é dos mais relevantes – com raras e honrosas exceções –, esconde-se por trás de uma retórica interessada, manejando lugares-comuns claramente ideológicos e interessados, tais como a chamada “reserva do possível”, ignorando que em matéria de atividade judicial a realidade social não pode ser ignorada e o cerne da atuação do juiz deve ser focada na efetividade da lei e não na sua imolação no altar da abstração.

CONCLUSÃO

Na presente dissertação nos propusemos a examinar os mecanismos de justificação nas decisões jurídicas relativas ao direito à moradia no município de Olinda. Tratou-se, pois, de um estudo que procurou responder se há violação de direito fundamental nas decisões jurídicas relativas à moradia, apesar de haver preceitos que garantem a moradia como direito fundamental do ser humano, na Constituição Federal de 1988.

Por se tratar de uma pesquisa sócio-jurídica foi preciso delimitar o campo de observação, isto é, o local no qual os fenômenos em estudo ocorreram, neste caso, a Vara da Fazenda Pública de Olinda, para aferir violação do direito à moradia. Tal opção se justificou diante da crise da efetividade dos direitos sociais.

Procurou-se, assim, indagar se havia violação de direitos humanos no processo de retirada de famílias em situação de vulnerabilidade a partir de parâmetros para caracterizar tal situação.

Para tanto, foram estudados padrões de justificação das sentenças de reintegração de posse, no município de Olinda, intentadas pelo Poder Público municipal, na Vara da Fazenda Pública, tudo a partir da consideração segundo a qual algumas decisões judiciais pareciam insuficientes ou em desacordo com os preceitos das diretrizes de direitos humanos.

Do exame das sentenças e dos fatos se verificou que o deslocamento provisório ou reassentamento forçado das famílias leva a vários problemas sendo necessário recorrer ao judiciário para executar as ações relativas ao processo de urbanização.

Como resultante fático da incapacidade de se promover garantias às comunidades no que concerne ao direito à habitação, frequentemente, os conflitos se desdobraram em demanda judicial como última instância para solução do problema. Contudo, como se viu ao longo da dissertação, algumas decisões judiciais foram claramente insuficientes ou em desacordo com o que preceituam as diretrizes de direitos humanos. E isso ocorre, como conclusão evidente, dado o fato de que há um distanciamento entre a aplicação da lei e a realidade social dos fatos e as decisões são insuficientes para atender satisfatoriamente e resguardar o direito fundamental à moradia e à dignidade humana.

Nesse contexto, avançou-se na comprovação da hipótese de partida da presente dissertação, ou seja, de que há violação de direitos humanos fundamentais nas decisões judiciais a partir da inaplicação de preceitos constitucionais atinentes à moradia, na medida em que as decisões mostram-se claramente insuficientes para atender satisfatoriamente e resguardar o direito fundamental à moradia e à dignidade humana, tomando-se como referência os casos concretos e a observação das decisões que corroboraram para entender o fenômeno, tal como ocorre na sociedade.

A escolha destes casos foi relevante por constituir uma fonte de dados de informações, mostrando como uma sociedade regula o comportamento dos seus membros e de que forma se apresentam os problemas sociais e com isso se forneceu subsídios para a análise da realidade e na compreensão do universo de pesquisa.

Pode-se assim promover a análise a partir dos mecanismos de justificação de algumas decisões relativas ao direito à moradia no município de Olinda. E para discutir tal perspectiva, não se pode furtar de examinar o processo de construção histórica do direito à moradia quando este se apresentou em choque com o anacronismo e a ineficiência das tradicionais fórmulas decisórias aplicadas pelos Tribunais.

Por isso que se examinou a formação da cidade, seus antecedentes históricos, as implicações com o direito à moradia e sua inefetividade, vendo a cidade como espaço que permitiu a compreensão das violações do direito à moradia. Com esses elementos em análise se verificou que o aumento da pobreza, a falta de infraestrutura e a ausência de instituições eficientes, além do déficit das decisões, agiram como fatores que elevam a desigualdade no acesso a moradia digna, agravando uma situação de fato e de direito que, sem dúvida nenhuma, constitui um grande desafio para a concretização dos direitos humanos.

Essa falta de concretização decorre, segundo nossas conclusões, não só de uma deficiente aplicação do arcabouço legal pátrio, mas também dos antecedentes constitucionais que legitimaram o direito à propriedade e sua repercussão na construção do direito à moradia.

Assim, não se trata - como resta demonstrado - da falta de instrumentos legais de direito interno, muito menos de normas que apontam nessa mesma direção em direito internacional, considerando os instrumentos legais mais relevantes.

Optamos por uma análise mais ampla tendo em vista que, em sede de uma dissertação cujo objeto foi o direito à moradia, é decisivo interligar os

desdobramentos no ordenamento pátrio com os instrumentos de direito internacional. E diga-se, no tocante a ordem jurídica internacional, que o direito à moradia reflete valores e princípios que alicerçam qualquer ordem jurídica civilizada, na medida em que são paradigmas que, no mínimo, apontam para a construção das normas de direito interno.

Enfim, sobre o direito à moradia ressalta-se que, mesmo antes da consagração de forma expressa na Constituição, essas garantias já faziam parte do rol de direitos previstos no sistema de proteção internacional, anunciando diretrizes e ratificando medidas concretas a partir do momento que foram reconhecidos, e incorporados à ordem jurídica.

Tais hipóteses foram verificadas, em nosso ver, quando se examinou o discurso jurídico da aplicação do direito à moradia no judiciário, da crise da efetividade desse direito, das violações e das divergências em relação à lei.

É óbvio que tais opções e padrões de justificação das decisões são reforçadas pela dinâmica da organização social, marcada pela desigualdade, não apenas econômica, mas também jurídica, o que contribuiu para uma lógica de concentração espacial e conduziu a um desenvolvimento desigual do espaço urbano.

Tudo isso se deu num quadro de referência no qual os agrupamentos urbanos cresciam repentinamente, surgindo bairros periféricos, segregação espacial, imigração, crescimento demográfico e desordens sociais, entre outros, o que leva a crer que não é nenhum aspecto isolado o responsável pelo quadro de organização desigual do espaço urbano, inaplicação das leis, omissão do poder público, entre outros fenômenos deletérios ao tecido social.

Na verdade, uma série de acontecimentos influenciou decisivamente para a ampliação e formação dessa distribuição desigual dos espaços urbanos no país. O padrão de decisões que norteiam a solução desses litígios não é causa, mas consequência do quadro descrito ao longo da dissertação.

Seguramente a migração para as cidades e o início do processo de industrialização, acarretando uma crescente demanda de moradia e demais serviços urbanos, resultou no crescimento no número dessas habitações, a falta de infraestrutura, de instituições eficientes e com a grave desigualdade de bens e serviços entre os moradores.

No caso da aplicação do PAC – Programa de Aceleração do Crescimento, a urbanização, observamos, durante a pesquisa, que, em boa parte dos casos apreciados

por via judicial, a implementação dos programas de retirada de famílias da pobreza extrema, resultou em violação de outros direitos fundamentais, pelo que se questiona se, em nome de um elenco de direitos, deve-se violar outros, de mesma hierarquia normativa.

Não se ignorou, durante a análise dos dados, a magnitude do problema dos assentamentos informais, mas o seu enfrentamento, quer por medidas executivas, de legislação e judiciais, deve-se dar com meios hábeis e eficazes de uma cultura jurídica que leve em conta não apenas o direito de propriedade privada, mas também o princípio da função social da propriedade urbana e da cidade.

Portanto, trata-se de notar que há violação de direitos fundamentais nas decisões judiciais prolatadas no tocante à moradia e, de fato, essas soluções desarrazoadas têm relação com modelo e forma de aplicação da lei. Ao longo da pesquisa se evidenciou que essas decisões, em boa parte, refletiam o descompasso entre o direito que se aplica e o que se objetiva como direito desejado num Estado Constitucional.

Essas contradições, que se mostram flagrantes em alguns casos levam – como uma das conclusões da presente dissertação – a necessidade de se identificar (e compreender) os padrões de justificação e aplicação do direito nas decisões judiciais enquanto elemento fundamental para uma adequada compreensão do problema.

Pelo exame delas resta claro que, em boa parte das decisões atinentes à matéria, o direito à moradia vem sendo aplicado como prejuízo à harmonização do sistema jurídico brasileiro, apesar do discurso comprometido com a máxima efetividade do direito à moradia assentado em diretrizes internacionais. Sucede, no entanto, que, no mundo real das decisões concretas, se percebe um apego excessivo a letra da lei e um distanciamento de parâmetros constitucionais.

Por isso, e em conformidade com nossas opções metodológicas, tratava-se de verificar o arcabouço legal e os antecedentes constitucionais que legitimaram o direito à propriedade e sua repercussão na construção do direito à moradia tomando como premissa a abordagem dada nas Constituições e os documentos que apregoaram garantia de direitos em nosso ordenamento jurídico, no qual, numa interpretação sistemática e não meramente privatista, a propriedade já não mais se coloca de forma absoluta, tem limitação clara incluída pelo princípio da função social e passava a ser fundamental, quando se considerava uma série de outros direitos que estavam implicados na questão da moradia e da dignidade humana.

Assim, e apesar de haver avanços concretos em relação aos direitos sociais, a doutrina majoritária eminentemente privatista do instituto, permeada pelos ideais liberais, ainda trata a propriedade como um direito absoluto. O fato é que tal postura não corresponde à realidade da sociedade e do próprio sistema jurídico que a regula, tencionam a relação entre o princípio do acesso e garantia à propriedade e o princípio de sua função social.

Dessa forma, o que se tentou superar - ao exame do quadro empírico oferecido pelo exame de um recorte da realidade habitacional do município de Olinda - foi a visão civilista tradicional que está presente na desarmonia dos dois princípios atinentes a propriedade, contidos no próprio sistema jurídico, que só pode ter inteligibilidade se e somente se for compreendido como uma rede axiologicamente hierarquizada de regras, princípios e valores, positivados em nosso ordenamento, pelo que se impõe uma releitura da própria constituição e que no caso da propriedade se muda o enfoque do patrimônio para a dignidade humana.

Ocorre que - e esse foi um dos problemas examinados ao longo do presente trabalho - sua materialização no nosso sistema jurídico contemporâneo ainda é lenta, apesar de se encontrar vinculado como princípio, questão de sua função social, o que dá um horizonte à aplicação no ordenamento jurídico, devendo servir ao bem da comunidade o que implica na negação do interesse individual e consagração do interesse em prol da coletividade, dando-lhe uma interpretação conforme a Constituição.

Por isso - e essa é outra conclusão da presente dissertação - a necessidade, cada vez mais marcante, de se dar novos contornos a aplicação do direito à propriedade como meio de reduzir a desigualdade afastando da ótica privatista.

Nesse aspecto, a discussão de sua necessária função social é parte essencial da compreensão do problema da propriedade e sua resolução judicial, no âmbito da hipótese específica defendida ao longo da presente dissertação e que, ao vosso ver, se confirma em sede de conclusão.

Os avanços, após a incorporação dos direitos sociais no ordenamento são, hermeneuticamente, compatíveis com a teleologia do ordenamento, de modo que, as modificações na abordagem do instituto da propriedade, a incorporação da lei 10.257, de 10 de julho de 2001, o denominado Estatuto das cidades, a transição do modelo liberal para o Estado Social, o reconhecimento do direito à moradia, como

direito humano, corroboram para a implementação dos preceitos constitucionais que amparam a dignidade humana.

Com isso, pensamos, oferece-se uma contribuição teórica para dirimir questões fundiárias que, por não se aterem à função social, acabam por gerar sentenças que desconsideram, na sua plenitude, a dignidade da pessoa humana. E, dentre essas ações pode se citar as ações de reintegração de posse, objeto do nosso estudo, o não reconhecimento da usucapião e as desapropriações administrativas eivadas de vícios políticos.

É de se notar, a essa altura da conclusão, que o dever da função social da propriedade, não se confunde, de modo algum, com técnicas jurídicas limitativas do exercício dos direitos. A propriedade, em nosso ordenamento, só se compreende de forma adequada na presença da função social. Por isso, as leis que foram implementadas a partir da política urbana e das modificações do direito a propriedade, dentre elas, os direitos sociais, a constitucionalização desses direitos, o advento da lei 10.257/2001 e os demais direitos relacionados a execução da política urbana, são capazes de levar ao pleno exercício do direito à moradia.

O poder público já dispõe de novos instrumentos para processo de regularização os quais representam um marco jurídico, tais como a concessão de uso especial para fins de moradia e a constitucionalização do direito à moradia, elementos concretos que podem arrazoar a concessão do poder público.

Destaque-se que, para garantir o direito à moradia e à função social de áreas públicas o município pode, por decisão administrativa, conceder a concessão e autorização de uso especial para fins de moradia, quando ocupada por mais de cinco anos sem oposição, preenchidos alguns requisitos legais. Saliente-se que tal outorga poderá ser também declarada através de ação judicial.

Portanto, e essa é uma de nossas conclusões, o problema não diz respeito à ausência de normas legais disciplinadoras do problema e sim, ausência de vontade política de quem lida com esse tipo de conflito.

O Direito à moradia, apesar de importante para a política de planejamento e regularização urbana, ainda é pouco efetivo. O número de decisões jurídicas relativas à moradia ainda é incipiente e visto dentro de uma ótica privada onde o que prevalece é a titularidade da propriedade deixando de lado o princípio da dignidade humana.

Há – e este trabalho demonstra - um impasse entre direito à moradia e o direito à propriedade, de modo que, é necessário encontrar alternativas que coadune o direito à moradia ao direito à propriedade quando a alegação de domínio seja a razão para excluir direitos e consequentemente a segurança da posse. Muito embora ambos estejam constitucionalmente resguardados, para que se garanta o direito à moradia necessariamente não se precisa transgredir o direito à propriedade, mas este deve estar ligado à dignidade humana e aos direitos fundamentais. No tocante a ordem jurídica internacional, como já se acentuou, o direito à moradia reflete valores e princípios que alicerçam a Constituição, de modo que nesta dissertação se reafirma que os direitos fundamentais de ordem externa são paradigmas de validade das normas de direito interno, inclusive por se tratar de direitos humanos, que deverão ser incorporados às normas constitucionais.

É certo que, a partir do reconhecimento do direito à moradia como direito humano, foi dado o primeiro passo para efetivar esse direito e criado um novo paradigma, notadamente nas convenções e pactos internacionais de direitos humanos, isto é, dotando-os de força normativa, diferentemente das declarações que se limitavam a uma força puramente moral.

Por isso, a nossa opção de abordagem e as conclusões da presente dissertação sempre apontam na direção de que o poder público deve garantir ações cujo foco de políticas públicas de Estado (e não de governo, o que as tornaria ocasionais) centre-se no atendimento a populações, especialmente de grupos desfavorecidos, marginalizados, que vivem em assentamentos irregulares.

Nossa análise aponta para a adoção de novas práticas, para que se garanta tanto a participação do poder público na efetivação do direito à moradia, cuja implementação deveria – quer por via administrativa, quer por via judicial, estarem assentadas numa política de adequação as diretrizes internacionais sobre políticas habitacionais, das quais o Brasil é signatário.

Sobretudo porque somente boas-intenções no que concerne a implantação de um projeto de desenvolvimento urbano, não garante a inclusão e retirada da miséria de grande parte da população urbana. É necessário, além da readequação permanente de novas práticas, que o judiciário ande em sintonia com as necessidades sociais, decidindo em harmonia com os preceitos constitucionais, de forma a poder reavaliar cotidianamente medidas como a reintegração de posse, como instrumento do

judiciário para promover a retirada das famílias, em caso de omissão do poder público.

Isso porque o direito à moradia, no rol dos direitos sociais da Constituição Federal ora vigente, foi alçado ao *status* de ser promovido e protegido pelo Estado Brasileiro, visando à efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais, de modo a conferir a esses direitos o grau de aplicação imediata e direta.

O maior óbice aos direitos fundamentais não é a falta de normas que deem densidade jurídica a esses preceitos constitucionais, mas sim a sua falta de eficácia social, relacionada à não prestação dos serviços sociais básicos pelo Estado na implementação de políticas públicas.

Por isso, no debate da questão de como deve ser interpretado o direito de propriedade, não basta apenas o discurso da força normativa da Constituição, que já se consolidou definitivamente na jurisprudência brasileira para garantir a possibilidade de aplicação imediata no enfrentamento à violação do direito à moradia ou para garantir a possibilidade de recorrer ao judiciário para que este venha a sanar uma omissão da administração pública.

Caberia sim, de fato, discutir se o poder judiciário estaria preparado para acatar e tutelar as exigências dirigidas ao poder público sobre a aplicação e eficácias dos direitos sociais. É certo que as limitações legais podem dificultar a sua aplicação, mas de modo algum pode justificar a inaplicação deste direito em situação de extrema precariedade, no qual há risco de sobrevivência e na qual se evidencia que ele só é esgrimido, numa sentença ou debate judicial, para justificar discursivamente, a sua negação pela ordem jurídica, pelo que se evidencia a maior facilidade em conceder garantias formais (que são importantes e das quais não se deve abrir mão) do que aquelas de caráter material.

Foi a partir dessas considerações que se examinaram as decisões exaradas pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco, nas quais se verificou que sua concretização ainda é tímida, faltando a mencionada densidade jurídica no que se refere aos preceitos constitucionais atinentes à moradia e, conseqüentemente, à eficácia dos direitos sociais que inicialmente deveriam ter sido supridos pelas ações executadas através de políticas públicas no Estado e, no caso de omissão do direito fundamental à moradia, de imediato pelo judiciário a quem cabe resguardar e proteger conforme o modelo constitucional adotado pelo País.

O que se quis evidenciar, portanto, e já em sede final desta dissertação é que, via de regra, nessas questões, o judiciário - diante do entrechoque do apego a um formalismo abstrato e a necessária concretização de direitos fundamentais, dos quais o direito à moradia é dos mais relevantes – com raras e honrosas exceções se esconde por trás de uma retórica interessada, manejando com lugares-comuns claramente ideológicos e interessados, tais como a chamada “reserva do possível”, ignorando que em matéria de atividade judicial a realidade social não pode ser ignorada e o cerne da atuação do juiz deve ter como foco a efetividade da lei e não na sua imolação no altar da abstração.

REFERÊNCIAS

ALCALÁ, CORTÉS LUIZ. La vivienda como objeto de comprensión, em L. Cortés Alcalá (comp.) **Pensar la vivienda**, Talasa, Madrid, 1995.

ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (Orgs.). Princípios, Bases e Desafios de uma Política Nacional de Apoio à Regularização Fundiária Sustentável. In: **Direito à Moradia e Segurança da Posse no Estatuto da Cidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

ARONNE, Ricardo. **Propriedade de domínio**: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ATIENZA, Manuel. **Argumentación Jurídica Y Estado Constitucional**. Novos Estudos Jurídicos - v. 9 - n. 1 - p.09-22, jan./abr. 2004.

BARLÉUS, Gaspar, 1584-1648. **O Brasil holandês sob o Conde João Maurício de Nassau**: história dos feitos recentemente praticados durante oito anos no Brasil e noutras partes sob o governo do Ilustríssimo João Maurício Conde de Nassau, etc., ora Governador de Wesel, Tenente-General de cavalaria das Províncias-Unidas sob o Príncipe de Orange; tradução e notas de Cláudio Brandão. – Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2005.

BECKER, Howard. **A Escola de Chicago**. Mana- Estudo de Antropologia Cultural. UFRJ, 1996, vol.2, n.2, pp.177-188. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/mana/v2n2/v2n2a08.pdf>. Acesso em 09.jul.2012.

BERCOVICI, Gilberto. **Entre o Estado Total e o Estado Social. Atualidade do debate sobre direito, Estado e economia na República de Weimar**. Tese de Livre-Docência apresentada ao Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2003.

BODIG, Matyas. **The Patterns of Doctrinal Development in the jurisprudence of the Un Committee on Economic, Social and Cultural Rights on State Obligations**. Disponível em SSRN: <<http://ssrn.com/abstract+2103811>>. Acessado em 11.jul.2012.

BRANDÃO, Themistocles; BRITO, Luiz Navarro de; BALEEIRO Aliomar. **Constituições Brasileiras**: 1967. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, Vol. VI. 1967.

BRASIL. **Constituição da República Federativa Brasileira de 1988**. Brasília: imprensa nacional, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 01. jul. 2012.

BRASIL. **Estatuto da Cidade**. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm>. Acesso em 01. jul. 2012.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **O Legado da Declaração Universal de 1948 e o futuro da proteção Internacional dos direitos Humanos**. Revista do Instituto Interamericano de Derechos Humanos nº26, Julio-diciembre, 1997, Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/26/dtr/dtr1.pdf>>. Acesso em 19. jul.2012.

CARDIM, Fernão. **Tratados da terra e gente do Brasil** - Introduções e notas de Batista Caetano, Capistrano de Abreu e Rodolpho Garcia. Editores J. Leite e Cia, Rio de Janeiro, 1939. Disponível em:< <http://www.brasiliana.com.br/obras/tratados-da-terra-e-gente-do-brasil>>. Acesso em 07. jul.2013

CEPAL. **The new face of urbanization in the cities of Latin American and the Caribbean**. Regional Conference on Habitat, 25-27 October 2000, Santiago do Chile. Disponível em: <<http://www.eclac.cl/cgi-bin/getProd.asp?xml=/prensa/noticias/comunicados/1/5081/P5081.xml&xsl=/prensa/tpl-i/p6f.xsl&base=/tpl/top-bottom.xslt>>. Acesso em 2. jul.2012.

CESCR - Committee on Economic, Social and Cultural Rights. **The right to adequate housing** (Art.11 (1)): 13/12/1991.CESCR General comment 4. (General Comments). Disponível em: <[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/469f4d91a9378221c12563ed0053547e?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/469f4d91a9378221c12563ed0053547e?Opendocument)>. Acesso em 23. jul. 2012.

CESCR - Committee on Economic, Social and Cultural Rights. **The right to adequate housing** (Art.11 (1)): 20/05/1997.CESCR General comment 7. (General Comments), forced evictions, 1997. Disponível em: <[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/959f71e476284596802564c3005d8d50?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/959f71e476284596802564c3005d8d50?OpenDocument)>. Acesso em 23. jul.2012.

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. In: **Revista do Centro de Estudos Judiciários**, 1997, v. 1, nº 3.

CRETELLA JUNIOR, JOSÉ. **Comentário à Constituição Federal de 1988**. ed. São Paulo : Forense Universitária, 1992.

DECLARAÇÃO de Vancouver (Habitat I) sobre Assentamentos Humanos, realizada no Canadá de 31 de maio até 11 de junho de 1976 no Canadá. Disponível em: <http://www.unhabitat.org/downloads/docs/924_21239_The_Vancouver_Declaration.pdf>. Acesso em 25. jul.2012.

DOYAL, Len; GOUGH, Ian. **Teoría de las necesidades humanas**. Barcelona, Icaria: Fuhem,. D.L., 1994. (Colección Economía Crítica).

_____.Friedrich. **A situação da classe operária na Inglaterra**. 1820-1895; tradução de B.A. Schumann; supervisão e notas de José de Paulo Netto, Edição revista. São Paulo: Boitempo, 2010.

FDUNL. Constituição portuguesa de 1822, do Título I - **Dos Direitos e Deveres individuais dos portugueses no art. 01 e 07.1822**. Disponível em: <<http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/993.pdf>> Acesso em: 01.07.2012.

FREITAS, Lorena; FEITOSA, Enoque. **Direitos humanos e justiça social**. In: Para uma expropriação dos expropriados: uma análise crítica-jurídico do regime agrário brasileiro, 1. ed. João Pessoa: EDUFPB, 2011. v. 1. 1p.

FERNANDES, Edésio. **Direito Urbanístico e Política Urbana no Brasil: uma introdução**. Direito Urbanístico e Política Urbana no Brasil. FERNANDES, Edésio. (org.). Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

_____, Edésio. Do Código Civil de 1916 ao Estatuto da Cidade: algumas notas sobre a trajetória do direito urbanístico no Brasil. In: MATTOS, Liana Portilho (Org.), Estatuto da Cidade comentado. Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

_____, Edésio. Princípios, bases e desafios de uma política nacional de apoio à regularização fundiária sustentável. In Direito à moradia e segurança da posse no Estatuto da Cidade. Betânia Alfonsin e Edésio Fernandes, orgs. Porto Alegre: Fórum, 2004.

FOUCAULT, M. **A Metafísica do poder**. 25ª Edição. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. São Paulo: Ed.Malheiros, 1997.

HARVEY, David. **Urbanismo y desigualdad social**. Espanã Editores, Madrid, 1977.

HOWARD, A. E. Dick. The Essence of Constitutionalism , *in*: **Constitutionalism and Human Rights: America, Poland, and France**. A Bicentennial Colloquium at the Miller Center, ed. by Kenneth W. Thompson and Rett R. Ludwikowski, Lanham, MD: University Press of America, 1991, 3-41

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2007. **Tendências demográficas: um análise da população com base nos resultados dos censos demográficos de 1940 e 2000**. Disponível.<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_impressao.php?id_noticia=892>. Acesso em 2. Jun. 2012.

KRELL, Andréas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

_____, Andréas. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial de prestação dos serviços públicos (uma visão comparativa), Brasília, a.36, n.144, out/dez.1999.

LAFER, Celso. **Direitos humanos e democracia: no plano interno e internacional, em Desafios: ética e política**. São Paulo: Siciliano, 1995.

LEFEBVRE, Henri. **Espaço e Política**. Belo horizonte: Ed. UFMG, 2008.

LINGREN ALVES, José Augusto. **Relações internacionais e temas sociais: a década das conferências**. Brasília: Funag/IBRI, 2001.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito Civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília nº 141, jan/ mar. 1999.

GARCIA, Maria. **Desapropriação para Urbanização e Reurbanização: A Questão da Revenda**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

MARICATO, Ermínia. **Habitação e cidade**. Série Espaço & Debate. 3 ed. São Paulo: Atual Editora, 1997.

MIRANDA, Jorge.(introd.) **As Constituições Portuguesas**, de 1822 ao texto actual da Constituição. 4.^a ed. Lisboa: Petrony, 1976.

_____. **Metrópole, legislação e desigualdade**. *Estudos Avançados av.* [online]. 2003, vol.17, n.48, pp. 151-166. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142003000200013&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em 23. jul. 2012.

MATOS, Ralfos. **Aglomerações Urbanas, rede de cidades e Desconcentração Demográfica no Brasil**. Disponível em: <http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/anais/pdf/2000/Todos/migt4_3.pdf> Acesso em 23. jul.2012.

MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

MARICATO, Ermínia. *O Estatuto da Cidade Periférica*. In: Estatuto da Cidade : comentado = The City Statute of Brazil : a commentary . / organizadores Celso Santos Carvalho, Anaclaudia Rossbach. – São Paulo : Ministério das Cidades : Aliança das Cidades, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Novos aspectos da função social da propriedade no Direito Público. **Revista de Direito Público**, n. 84, out./dez., p. 39-43,1987.

MIRANDA, Jorge.(introd.) **As Constituições Portuguesas**, de 1822 ao texto actual da Constituição. 4.^a ed. Lisboa: Petrony, 1976.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Natureza Jurídica da Sesmaria**. Revista de Direito Agrário. Brasília, 1983 OLIVEIRA, Maria Marly de Como fazer pesquisa qualitativa / 3. Ed. Revista e Ampliada- Petrópolis - Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e da Habitação: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, V. M. A. de. **Projeto Foral de Olinda. Relatório Final.** Olinda: Prefeitura Municipal de Olinda, p.2, 1996.

OLIVEIRA, Luciano. **Direito, Sociologia Jurídica - Notas de uma discussão.** ANPOCS, São Paulo - SP, p.1, 1984.

ONU. Alto Comissariado para Direitos Humanos da ONU. **The Right to adequate housing** (art. 11.1): forced evictions: 20/05/97. [ccr6.pgr.mpf.gov.br /destaques-do-site/moradia_ambiente_trf.pdf](http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/destaques-do-site/moradia_ambiente_trf.pdf). Acesso em 25.jan.2012.

ONU - HABITAT. **Declaración de Estambul sobre los Asentamientos Humanos.** Disponível em <: <http://habitat.aq.upm.es/aghab/aproghab.html#A>. Acesso em 14.jun.2012

ONU. **The Universal Declaration of Human Rights, 1948.** Disponível em: < [http://www.un.org /en/docu ments/udhr/index.shtml#a25](http://www.un.org/en/documents/udhr/index.shtml#a25)>. Acesso em: 19.07.2012.

ONU. **International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 1966** Disponível em: <[http://www .un.org/ga /search/view_ doc.asp?symbol=A/RES/2200\(XXI\)](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/2200(XXI))>. Acesso em 20. Jul. 2012.

ONU. **The challenge of slums: global report on human settlements, 2003 / United Nations Human Settlements Programme** p.25, 2003. Disponível em: <[http://www.unhabitat. org/downloads/docs/GRHS. 2003.0.pdf](http://www.unhabitat.org/downloads/docs/GRHS.2003.0.pdf) >. Acesso em 04. jul.2012.

PAGANI, Elaine Adelina. **O direito de propriedade e o direito à moradia: Um diálogo comparativo entre o direito de propriedade urbana imóvel e o direito à moradia.** EDIPUCRS. Porto Alegre, 2009.

PARK, Robert Ezra. **La Ciudad y otros ensayos de ecologia urbana-Barcelona ,** 1999.

_____, Robert Ezra. The City In: **American Journal of Sociology**, Vol. 20, No. 5 (Mar., 1915), pp. 577-612, Published by: The University of Chicago Press Stable URL: <http://www.jstor.org/stable/2763406>. Acesso em 30.jun. 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 3ª edição. São Paulo: Max Limonad, 1997.

PISARELLO, Gerardo. Observatorio de Derechos Humanos (DESC). **Vivenda para Todos: Um derecho em (de)construcción.** Icarías Editorial, Barcelona, 2003.

POLETTI, Ronaldo. **Constituições Brasileiras: 1934.** Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, Vol. III 1999.

POLIS. **Relatório especial sobre a cidade**. Disponível em: <<http://www.polis.org.br/reforma-urbana/direito-cidade/acervo>>. Acesso em 03.jul.2012.

PUGLIATTI, Salvatore. **La proprietà nel nuovo diritto**. Milano, Giuffrè, 1964.

RAMOS, André de Carvalho. **Direitos humanos em juízo: comentários aos casos contenciosos ... e estudo da implementação dessas decisões no Direito brasileiro**. Max Limonad, São Paulo, 2001.

RIOS, Roger Raupp. A função social da propriedade e desapropriação para fins de reforma agrária. In: PAULSEN, Leandro (Org.). **Desapropriação e Reforma Agrária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

RODATÀ, Stefano. **Novissimo digesto italiano**. Vol. 14 3. ed. Torino: Unione Tipografica - Editrice Torinese, 1957.

ROLNIK, Raquel. **United Nations**. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. Special Rapporteur on adequate housing as a component of the right to an adequate standard of living, and on the right to non-discrimination in this context. Disponível em : <<http://direitoamoradia.org/wp-content/uploads/2013/02/InfoNote2013-Tenure-Eng-31jan2013.pdf>>. Acesso em 07. jan. 2013.

_____, Raquel. (coord.) - **Estatuto da cidade** - guia para implementação pelos municípios e cidadãos Estatuto da cidade (2001): Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, que estabelece diretrizes gerais da política urbana. – Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2001.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. Porto Alegre : Antônio Fabris, 1999.

SANTA MARIA, José Serpa. O envolver conceitual da propriedade e sua natureza jurídica. **Revista de Direito Civil**, n. 58, out./dez., p. 1991.

_____. Milton. **A Urbanização da pobreza**. São Paulo. 1994.

SANTOS, C. N. **Está na hora de ver as cidades como elas são de verdade**. Rio de Janeiro, Ibm, 1986.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, ano I – Vol. I – N.º. 1 – Abril de 2001 – Salvador – Bahia – Brasil. Disponível em <www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-INGO-SARLET.pdf> . Acesso em 07. jan. 2013.

_____. Igor Wolfgang. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC n. 09 – jan./jun. 2007. As dimensões da Dignidade da pessoa Humana.

SARMENTO, George. Direito à Habitação Adequada: O Desafio da Efetividade e o Discurso no Judiciário. *In: O judiciário e o Discurso dos Direitos Humanos*/ Artur Stamford da Silva, organizador. – Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2011.

SARMENTO, George. Pontes de Miranda e a Teoria dos Direitos fundamentais. Disponível em : < <http://www.georgesarmento.com.br/wp-content/uploads/2011/02/Pontes-de-Miranda-e-a-teoria-dos-direitos-fundamentais2.pdf> >. Acesso em 07. jan.2013

SAULE JÚNIOR, Nelson. **Direito à cidade**. Trilhas legais para o direito às cidades. Disponível em: <http://www.usp.br/fau/docentes/depprojeto/j_whitaker/artigos.html>. Acessado em: 08. dez. 2009.

_____, Nelson. **A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Irregulares**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2004.

SILVA, Lígia Osório. **Terras Devolutas e Latifúndio. Efeitos da lei de 1850**. Campinas. Editora da Unicamp. 1996.

SILVA, José Afonso. **Direito urbanístico brasileiro**. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

_____, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**. Malheiros, 2000.

_____, José Afonso. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo, 2005.

SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da. A propriedade agrária e suas funções sociais. *In: O Direito Agrário em Debate*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SPICKER, Paul. **The welfare state: a general theory**. Sage, Londres, 2000.

SPOSATI, A. O; [et.al]. **A assistência na trajetória das políticas sociais brasileiras: uma questão em análise**. 7 ed. São Paulo: Cortez, 1998.

STRECK, Lenio e MORAIS, José. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2004.

SMITH, Robert. **Propriedade da Terra e transição**: estudo da formação da propriedade privada da terra e transição para capitalismo no Brasil, Brasiliense, São Paulo, 1990.

TEPEDINO, Gustavo; Schreiber, Anderson. A garantia da propriedade no direito. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano VI nº 6, junho 2005.

TOPALOV, Christian. **La urbanización capitalista**, EDICOL, México, 1979.

TRINDADE, José Damião de Lima. **História Social dos Direitos Humanos**. São Paulo: Fundação Petrópolis, 2002.

USP-Biblioteca Virtual de Direitos Humanos - USP. **Resolução n.2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas**, em 16 de dezembro de 1966 e ratificada pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992. Disponível em:<[http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global.-Declarações -e-Tratados-Internacionais-de-Proteção/pacto-internacional-dos-direitos-economicos-sociais-e-culturais-1966.ht](http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global.-Declarações-e-Tratados-Internacionais-de-Proteção/pacto-internacional-dos-direitos-economicos-sociais-e-culturais-1966.ht)>. Acesso em 20. jun.2012.

USP-Biblioteca Virtual de Direitos Humanos - USP. **Resolução nº 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas** em 10 de dezembro de 1948. Assinada pelo Brasil na mesma data. <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em 19.jul.2012.

VARELA, Laura Beck. **Das Sesmarias à propriedade moderna**: um estudo de história do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

VALLADARES, Licia. A gênese da favela carioca. A produção anterior às ciências sociais. In: **Rev. bras. Ci. Soc.** [online]., vol.15, n.44, pp. 05-34. ISSN 0102-6909, 2000. Disponível em :< <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v15n44/4145.pdf>>. Acesso em: 01.jul.2012.

WARAT, Luis, Alberto. **Introdução geral ao direito**. Porto Alegre: SAFE, 1994.

WAKEFIELD, Edward Gibbon. **A View of the Art of Colonization** [1849]. Reprint of Economics Classics. Nova York, Augustus M. Kelley Publishers, 1969,

WEBER, Max, 1864-1920, **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva / Max Weber; tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; Revisão técnica de Gabriel Cohn - Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília: S

WILHEIM, Jorge. **O Caminho de Istambul** : Memória de uma Conferência da ONU, editora : Paz e Terra,1998, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999.

Anexo A – Lei de Terras – Lei nº 601/1850**Presidência da República****Casa Civil****Subchefia para Assuntos Jurídicos****LEI Nº 601, DE 18 DE SETEMBRO DE 1850.**

Dispõe sobre as terras devolutas
do Império.

Dispõe sobre as terras devolutas no Império, e acerca das que são possuídas por título de sesmaria sem preenchimento das condições legais. bem como por simples título de posse mansa e pacífica; e determina que, medidas e demarcadas as primeiras, sejam elas cedidas a título oneroso, assim para empresas particulares, como para o estabelecimento de colônias de nacionais e de estrangeiros, autorizado o Governo a promover a colonização estrangeira na forma que se declara.

D. Pedro II, por Graça de Deus e Unanime Acclamação dos Povos, Imperador Constitucional e Defensor Perpetuo do Brasil: Fazemos saber a todos os Nossos Subditos, que a Assembléa Geral Decretou, e Nós queremos a Lei seguinte:

Art. 1º Ficam prohibidas as aquisições de terras devolutas por outro título que não seja o de compra.

Exceptuam-se as terras situadas nos limites do Imperio com paizes estrangeiros em uma zona de 10 leguas, as quaes poderão ser concedidas gratuitamente.

Art. 2º Os que se apossarem de terras devolutas ou de alheias, e nellas derribarem mattos ou lhes puzerem fogo, serão obrigados a despejo, com perda de bemfeitorias, e de mais soffrerão a pena de dous a seis mezes do prisão e multa de 100\$, além da satisfação do damno causado. Esta pena, porém, não terá logar nos actos possessorios entre heréos confinantes.

Parapho unico. Os Juizes de Direito nas correições que fizerem na forma das leis e regulamentos, investigarão se as autoridades a quem compete o conhecimento destes delictos põem todo o cuidado em processal-os o punil-os, e farão effectiva a sua responsabilidade, impondo no caso de simples negligencia a multa de 50\$ a 200\$000.

Art. 3º São terras devolutas:

§ 1º As que não se acharem applicadas a algum uso publico nacional, provincial, ou municipal.

§ 2º As que não se acharem no dominio particular por qualquer titulo legitimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do Governo Geral ou Provincial, não

incursas em commissio por falta do cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura.

§ 3º As que não se acharem dadas por sesmarias, ou outras concessões do Governo, que, apesar de incursas em commissio, forem revalidadas por esta Lei.

§ 4º As que não se acharem occupadas por posses, que, apesar de não se fundarem em titulo legal, forem legitimadas por esta Lei.

Art. 4º Serão revalidadas as sesmarias, ou outras concessões do Governo Geral ou Provincial, que se acharem cultivadas, ou com principios de cultura, e morada habitual do respectivo sesmeiro ou concessionario, ou do quem os represente, embora não tenha sido cumprida qualquer das outras condições, com que foram concedidas.

Art. 5º Serão legitimadas as posses mansas e pacificas, adquiridas por occupação primaria, ou havidas do primeiro occupante, que se acharem cultivadas, ou com principio de cultura, e morada, habitual do respectivo posseiro, ou de quem o represente, guardadas as regras seguintes:

§ 1º Cada posse em terras de cultura, ou em campos de criação, comprehenderá, além do terreno aproveitado ou do necessario para pastagem dos animaes que tiver o posseiro, outrotanto mais de terreno devoluto que houver contiguo, comtanto que em nenhum caso a extensão total da posse exceda a de uma sesmaria para cultura ou criação, igual ás ultimas concedidas na mesma comarca ou na mais vizinha.

§ 2º As posses em circumstancias de serem legitimadas, que se acharem em sesmarias ou outras concessões do Governo, não incursas em commissio ou revalidadas por esta Lei, só darão direito á indemnização pelas bemfeitorias.

Exceptua-se desta regra o caso do verificar-se a favor da posse qualquer das seguintes hypotheses: 1ª, o ter sido declarada boa por sentença passada em julgado entre os sesmeiros ou concessionarios e os posseiros; 2ª, ter sido estabelecida antes da medição da sesmaria ou concessão, e não perturbada por cinco annos; 3ª, ter sido estabelecida depois da dita medição, e não perturbada por 10 annos.

§ 3º Dada a excepção do paragrapho antecedente, os posseiros gozarão do favor que lhes assegura o § 1º, competindo ao respectivo sesmeiro ou concessionario ficar com o terreno que sobrar da divisão feita entre os ditos posseiros, ou considerar-se tambem posseiro para entrar em rateio igual com elles.

§ 4º Os campos de uso commum dos moradores de uma ou mais freguezias, municípios ou comarcas serão conservados em toda a extensão de suas divisas, e continuarão a prestar o mesmo uso, conforme a pratica actual, emquanto por Lei não se dispuzer o contrario.

Art. 6º Não se haverá por principio do cultura para a revalidação das sesmarias ou outras concessões do Governo, nem para a legitimação de qualquer posse, os simples roçados, derribadas ou queimas de mattos ou campos, levantamentos de ranchos e outros actos de semelhante natureza, não sendo acompanhados da cultura effectiva e morada habitual exigidas no artigo antecedente.

Art. 7º O Governo marcará os prazos dentro dos quaes deverão ser medidas as terras adquiridas por posses ou por sesmarias, ou outras concessões, que estejam por medir, assim como designará e instruirá as pessoas que devam fazer a medição, attendendo ás circumstancias de cada Provincia, comarca e municipio, o podendo prorogar os prazos marcados, quando o julgar conveniente, por medida geral que comprehenda todos os possuidores da mesma Provincia, comarca e municipio, onde a prorrogação convier.

Art. 8º Os possuidores que deixarem de proceder á medição nos prazos marcados pelo Governo serão reputados cahidos em commisso, e perderão por isso o direito que tenham a serem preenchidos das terras concedidas por seus titulos, ou por favor da presente Lei, conservando-o sómente para serem mantidos na posse do terreno que occuparem com effectiva cultura, havendo-se por devoluto o que se achar inculto.

Art. 9º Não obstante os prazos que forem marcados, o Governo mandará proceder á medição das terras devolutas, respeitando-se no acto da medição os limites das concessões e posses que acharem nas circumstancias dos arts. 4º e 5º.

Qualquer opposição que haja da parte dos possuidores não impedirá a medição; mas, ultimada esta, se continuará vista aos oppoentes para deduzirem seus embargos em termo breve.

As questões judiciais entre os mesmos possuidores não impedirão tão pouco as diligencias tendentes á execução da presente Lei.

Art. 10. O Governo proverá o modo pratico de extremar o dominio publico do particular, segundo as regras acima estabelecidas, incumbindo a sua execução ás autoridades que julgar mais convenientes, ou a commissarios especiaes, os quaes procederão administrativamente, fazendo decidir por arbitros as questões e duvidas de facto, e dando de suas proprias decisões recurso para o Presidente da Provincia, do qual o haverá tambem para o Governo.

Art. 11. Os posseiros serão obrigados a tirar titulos dos terrenos que lhes ficarem pertencendo por effeito desta Lei, e sem elles não poderão hypothecar os mesmos terrenos, nem alienal-os por qualquer modo.

Esses titulos serão passados pelas Repartições provinciaes que o Governo designar, pagando-se 5\$ de direitos de Chancellaria pelo terreno que não exceder de um quadrado de 500 braças por lado, e outrotanto por cada igual quadrado que de mais contiver a posse; e além disso 4\$ de feitio, sem mais emolumentos ou sello.

Art. 12. O Governo reservará das terras devolutas as que julgar necessarias: 1º, para a colonisação dos indigenas; 2º, para a fundação de povoações, abertura de estradas, e quaesquer outras servidões, e assento de estabelecimentos publicos: 3º, para a construção naval.

Art. 13. O mesmo Governo fará organizar por freguezias o registro das terras possuidas, sobre as declarações feitas pelos respectivos possuidores, impondo multas e penas áquelles que deixarem de fazer nos prazos marcados as ditas declarações, ou as fizerem inexactas.

Art. 14. Fica o Governo autorizado a vender as terras devolutas em hasta publica, ou fora della, como e quando julgar mais conveniente, fazendo previamente medir, dividir, demarcar e descrever a porção das mesmas terras que houver de ser exposta á venda, guardadas as regras seguintes:

§ 1º A medição e divisão serão feitas, quando o permittirem as circumstancias locaes, por linhas que corram de norte ao sul, conforme o verdadeiro meridiano, e por outras que as cortem em angulos rectos, de maneira que formem lotes ou quadrados de 500 braças por lado demarcados convenientemente.

§ 2º Assim esses lotes, como as sobras de terras, em que se não puder verificar a divisão acima indicada, serão vendidos separadamente sobre o preço minimo, fixado antecipadamente e pago á vista, de meio real, um real, real e meio, e dous réis, por braça quadrada, segundo for a qualidade e situação dos mesmos lotes e sobras.

§ 3º A venda fóra da hasta publica será feita pelo preço que se ajustar, nunca abaixo do minimo fixado, segundo a qualidade e situação dos respectivos lotes e sobras, ante o Tribunal do Thesouro Publico, com assistencia do Chefe da Repartição Geral das Terras, na Provincia do Rio de Janeiro, e ante as Thesourarias, com assistencia de um delegado do dito Chefe, e com approvação do respectivo Presidente, nas outras Provincias do Imperio.

Art. 15. Os possuidores de terra de cultura e criação, qualquer que seja o titulo de sua aquisição, terão preferencia na compra das terras devolutas que lhes forem contiguas, comtanto que mostrem pelo estado da sua lavoura ou criação, que tem os meios necessários para aproveitá-las.

Art. 16. As terras devolutas que se venderem ficarão sempre sujeitas aos onus seguintes:

§ 1º Ceder o terreno preciso para estradas publicas de uma povoação a outra, ou algum porto de embarque, salvo o direito de indemnização das bemfeitorias e do terreno occupado.

§ 2º Dar servidão gratuita aos vizinhos quando lhes for indispensavel para sahirem á uma estrada publica, povoação ou porto de embarque, e com indemnização quando lhes for proveitosa por incurtamento de um quarto ou mais de caminho.

§ 3º Consentir a tirada de aguas desaproveitadas e a passagem dellas, precedendo a indemnização das bemfeitorias e terreno occupado.

§ 4º Sujeitar ás disposições das Leis respectivas quaesquer minas que se descobrirem nas mesmas terras.

Art. 17. Os estrangeiros que comprarem terras, e nellas se estabelecerem, ou vierem á sua custa exercer qualquer industria no paiz, serão naturalizados querendo, depois de dous annos de residencia pela fórma por que o foram os da colonia de S. Leopoldo, e ficarão isentos do serviço militar, menos do da Guarda Nacional dentro do municipio.

Art. 18. O Governo fica autorizado a mandar vir annualmente á custa do Thesouro certo numero de colonos livres para serem empregados, pelo tempo que for marcado, em estabelecimentos agricolas, ou nos trabalhos dirigidos pela Administração publica, ou na formação de colonias nos logares em que estas mais convierem; tomando anticipadamente as medidas necessarias para que taes colonos achem emprego logo que desembarcarem.

Aos colonos assim importados são applicaveis as disposições do artigo antecedente.

Art. 19. O producto dos direitos de Chancellaria e da venda das terras, de que tratam os arts. 11 e 14 será exclusivamente applicado: 1º, á ulterior medição das terras devolutas e 2º, a importação de colonos livres, conforme o artigo precedente.

Art. 20. Emquanto o referido producto não for sufficiente para as despesas a que é destinado, o Governo exigirá annualmente os creditos necessarios para as mesmas despesas, ás quaes applicará desde já as sobras que existirem dos creditos anteriormente dados a favor da colonisação, e mais a somma de 200\$000.

Art. 21. Fica o Governo autorizado a estabelecer, com o necessario Regulamento, uma Repartição especial que se denominará - Repartição Geral das Terras Publicas - e será encarregada de dirigir a medição, divisão, e descripção das terras devolutas, e sua conservação, de fiscalisar a venda e distribuição dellas, e de promover a colonisação nacional e estrangeira.

Art. 22. O Governo fica autorizado igualmente a impor nos Regulamentos que fizer para a execução da presente Lei, penas de prisão até tres mezes, e de multa até 200\$000.

Art. 23. Ficam derogadas todas as disposições em contrario.

Mandamos, portanto, a todas as autoridades, a quem o conhecimento, e execução da referida Lei pertencer, que a cumpram, e façam cumprir, e guardar tão inteiramente, como nella se contém. O Secretario de Estado dos Negocios do Imperio a faça imprimir, publicar e correr.

Dada no Palacio do Rio de Janeiro aos 18 dias do mez do Setembro de 1850, 29º da Independencia e do Imperio.

IMPERADOR com a rubrica e guarda.

Visconde de Mont'alegre.

Carta de lei, pela qual Vossa Magestade Imperial Manda executar o Decreto da Assembléa Geral, que Houve por bem Sanccionar, sobre terras devolutas, sesmarias, posses e colonisação.

Para Vossa Magestade Imperial Ver. João Gonçalves de Araujo a fez. Euzebio de Queiroz Coituihu Mattoso Camara.

Sellada na Chancellaria do Imperio em 20 de Setembro de 1850. - Josino do Nascimento Silva.

Publicada na Secretaria de Estado dos Negocios do Imperio em 20 de setembro de 1850. - José de Paiva Magalhães Calvet.

Registrada á fl. 57 do livro 1º do Actos Legislativos. Secretaria d'Estado dos Negocios do Imperio em 2 de outubro de 1850. - Bernardo José de Castro

Este texto não substitui o publicado na CLBR de 1850

Anexo B – Medida Provisória nº 2.220/2001**Presidência da República****Casa Civil****Subchefia para Assuntos Jurídicos****MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.220, DE 4 DE SETEMBRO DE 2001.**

Dispõe sobre a concessão de uso especial de que trata o § 1º do art. 183 da Constituição, cria o Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano - CNDU e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 62 da Constituição, adota a seguinte Medida Provisória, com força de lei:

CAPÍTULO I**DA CONCESSÃO DE USO ESPECIAL**

Art. 1º Aquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º A concessão de uso especial para fins de moradia será conferida de forma gratuita ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo concessionário mais de uma vez.

§ 3º Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, na posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão.

Art. 2º Nos imóveis de que trata o art. 1º, com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, que, até 30 de junho de 2001, estavam ocupados por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por possuidor, a concessão de uso especial para fins de moradia será conferida de forma coletiva, desde que os possuidores não sejam proprietários ou concessionários, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O possuidor pode, para o fim de contar o prazo exigido por este artigo, acrescentar sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas.

§ 2º Na concessão de uso especial de que trata este artigo, será atribuída igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os ocupantes, estabelecendo frações ideais diferenciadas.

§ 3º A fração ideal atribuída a cada possuidor não poderá ser superior a duzentos e cinquenta metros quadrados.

Art. 3º Será garantida a opção de exercer os direitos de que tratam os arts. 1º e 2º também aos ocupantes, regularmente inscritos, de imóveis públicos, com até duzentos e cinquenta metros quadrados, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que estejam situados em área urbana, na forma do regulamento.

Art. 4º No caso de a ocupação acarretar risco à vida ou à saúde dos ocupantes, o Poder Público garantirá ao possuidor o exercício do direito de que tratam os arts. 1º e 2º em outro local.

Art. 5º É facultado ao Poder Público assegurar o exercício do direito de que tratam os arts. 1º e 2º em outro local na hipótese de ocupação de imóvel:

I - de uso comum do povo;

II - destinado a projeto de urbanização;

III - de interesse da defesa nacional, da preservação ambiental e da proteção dos ecossistemas naturais;

IV - reservado à construção de represas e obras congêneres; ou

V - situado em via de comunicação.

Art. 6º O título de concessão de uso especial para fins de moradia será obtido pela via administrativa perante o órgão competente da Administração Pública ou, em caso de recusa ou omissão deste, pela via judicial.

§ 1º A Administração Pública terá o prazo máximo de doze meses para decidir o pedido, contado da data de seu protocolo.

§ 2º Na hipótese de bem imóvel da União ou dos Estados, o interessado deverá instruir o requerimento de concessão de uso especial para fins de moradia com certidão expedida pelo Poder Público municipal, que ateste a localização do imóvel em área urbana e a sua destinação para moradia do ocupante ou de sua família.

§ 3º Em caso de ação judicial, a concessão de uso especial para fins de moradia será declarada pelo juiz, mediante sentença.

§ 4º O título conferido por via administrativa ou por sentença judicial servirá para efeito de registro no cartório de registro de imóveis.

Art. 7º O direito de concessão de uso especial para fins de moradia é transferível por ato **inter vivos** ou **causa mortis**.

Art. 8º O direito à concessão de uso especial para fins de moradia extingue-se no caso de:

I - o concessionário dar ao imóvel destinação diversa da moradia para si ou para sua família; ou

II - o concessionário adquirir a propriedade ou a concessão de uso de outro imóvel urbano ou rural.

Parágrafo único. A extinção de que trata este artigo será averbada no cartório de registro de imóveis, por meio de declaração do Poder Público concedente.

Art. 9º É facultado ao Poder Público competente dar autorização de uso àquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinqüenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para fins comerciais.

§ 1º A autorização de uso de que trata este artigo será conferida de forma gratuita.

§ 2º O possuidor pode, para o fim de contar o prazo exigido por este artigo, acrescentar sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas.

§ 3º Aplica-se à autorização de uso prevista no **caput** deste artigo, no que couber, o disposto nos arts. 4º e 5º desta Medida Provisória.

CAPÍTULO II

DO CONSELHO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO URBANO

Art. 10. Fica criado o Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano - CNDU, órgão deliberativo e consultivo, integrante da estrutura da Presidência da República, com as seguintes competências:

I - propor diretrizes, instrumentos, normas e prioridades da política nacional de desenvolvimento urbano;

II - acompanhar e avaliar a implementação da política nacional de desenvolvimento urbano, em especial as políticas de habitação, de saneamento básico e de transportes urbanos, e recomendar as providências necessárias ao cumprimento de seus objetivos;

III - propor a edição de normas gerais de direito urbanístico e manifestar-se sobre propostas de alteração da legislação pertinente ao desenvolvimento urbano;

IV - emitir orientações e recomendações sobre a aplicação da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, e dos demais atos normativos relacionados ao desenvolvimento urbano;

V - promover a cooperação entre os governos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e a sociedade civil na formulação e execução da política nacional de desenvolvimento urbano; e

VI - elaborar o regimento interno.

Art. 11. O CNDU é composto por seu Presidente, pelo Plenário e por uma Secretaria Executiva, cujas atribuições serão definidas em decreto.

Parágrafo único. O CNDU poderá instituir comitês técnicos de assessoramento, na forma do regimento interno.

Art. 12. O Presidente da República disporá sobre a estrutura do CNDU, a composição do seu Plenário e a designação dos membros e suplentes do Conselho e dos seus comitês técnicos.

Art. 13. A participação no CNDU e nos comitês técnicos não será remunerada.

Art. 14. As funções de membro do CNDU e dos comitês técnicos serão consideradas prestação de relevante interesse público e a ausência ao trabalho delas decorrente será abonada e computada como jornada efetiva de trabalho, para todos os efeitos legais.

CAPÍTULO III

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 15. O inciso I do art. 167 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"I -

[28\)](#) das sentenças declaratórias de usucapião;

.....

[37\)](#) dos termos administrativos ou das sentenças declaratórias da concessão de uso especial para fins de moradia;

.....

[40\)](#) do contrato de concessão de direito real de uso de imóvel público." (NR)

Art. 16. Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 4 de setembro de 2001; 180º da Independência e 113º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Pedro Parente

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 5.9.2001 (Edição extra)

Anexo C – Decreto-Lei nº 271/1967

**Presidência da República****Casa Civil****Subchefia para Assuntos Jurídicos****DECRETO-LEI Nº 271, DE 28 DE FEVEREIRO DE 1967.**

Dispõe sobre loteamento urbano, responsabilidade do loteador concessão de uso e espaço aéreo e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, usando da atribuição que lhe confere o art. 9º, § 2º, do Ato Institucional nº 4, de 7 de dezembro de 1966,

DECRETA:

Art 1º O loteamento urbano rege-se por este decreto-lei.

§ 1º Considera-se loteamento urbano a subdivisão de área em lotes destinados à edificação de qualquer natureza que não se enquadre no disposto no § 2º deste artigo.

§ 2º Considera-se desmembramento a subdivisão de área urbana em lotes para edificação na qual seja aproveitado o sistema viário oficial da cidade ou vila sem que se abram novas vias ou logradouros públicos e sem que se prolonguem ou se modifiquem os existentes.

§ 3º Considera-se zona urbana, para os fins deste decreto-lei, a da edificação contínua das povoações, as partes adjacentes e as áreas que, a critério dos Municípios, possivelmente venham a ser ocupadas por edificações contínuas dentro dos seguintes 10 (dez) anos.

Art 2º Obedecidas as normas gerais de diretrizes, apresentação de projeto, especificações técnicas e dimensionais e aprovação a serem baixadas pelo Banco Nacional de Habitação dentro do prazo de 90 (noventa) dias, os Municípios poderão, quanto aos loteamentos:

I - obrigar a sua subordinação às necessidades locais, inclusive quanto à destinação e utilização das áreas, de modo a permitir o desenvolvimento local adequado;

II - recusar a sua aprovação ainda que seja apenas para evitar excessivo número de lotes com o conseqüente aumento de investimento subutilizado em obras de infra-estrutura e custeio de serviços.

Art 3º Aplica-se aos loteamentos a [Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964](#), equiparando-se o loteador ao incorporador, os compradores de lote aos condôminos e as obras de infra-estrutura à construção da edificação.

§ 1º O Poder Executivo, dentro de 180 dias regulamentará este decreto-lei, especialmente quanto à aplicação da [Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964](#), aos loteamentos, fazendo inclusive as necessárias adaptações.

§ 2º O loteamento poderá ser dividido em etapas discriminadas, a critério do loteador, cada uma das quais constituirá um condomínio que poderá ser dissolvido quando da aceitação do loteamento pela Prefeitura.

Art 4º Desde a data da inscrição do loteamento passam a integrar o domínio público de Município as vias e praças e as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo.

Parágrafo único. O proprietário ou loteador poderá requerer ao Juiz competente a reintegração em seu domínio das partes mencionados no corpo deste artigo quando não se efetuarem vendas de lotes.

Art 5º Nas desapropriações, não se indenizarão as benfeitorias ou construções realizadas em lotes ou loteamentos irregulares, nem se considerarão como terrenos loteados ou loteáveis, para fins de indenização, as glebas não inscritas ou irregularmente inscritas como loteamentos urbanos ou para fins urbanos.

Art 6º O loteador ainda que já tenha vendido todos os lotes, ou os vizinhos são partes legítimas para promover ação destinada a impedir construção em desacôrdo com as restrições urbanísticas do loteamento ou contrárias a quaisquer outras normas de edificação ou de urbanização referentes aos lotes.

~~Art 7º É instituída a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares, remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, ou outra utilização de interesse social. [\(Vide Medida Provisória nº 292, de 2006\)](#) [\(Vide Medida Provisória nº 335, de 2006\)](#)~~

Art. 7º É instituída a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas. [\(Redação dada pela Lei nº 11.481, de 2007\)](#)

§ 1º A concessão de uso poderá ser contratada, por instrumento público ou particular, ou por simples termo administrativo, e será inscrita e cancelada em livro especial.

§ 2º Desde a inscrição da concessão de uso, o concessionário fruirá plenamente do terreno para os fins estabelecidos no contrato e responderá por todos os encargos civis, administrativos e tributários que venham a incidir sobre o imóvel e suas rendas.

§ 3º Resolve-se a concessão antes de seu termo, desde que o concessionário dê ao imóvel destinação diversa da estabelecida no contrato ou termo, ou descumpra cláusula resolutória do ajuste, perdendo, neste caso, as benfeitorias de qualquer natureza.

§ 4º A concessão de uso, salvo disposição contratual em contrário, transfere-se por ato inter vivos, ou por sucessão legítima ou testamentária, como os demais direitos reais sobre coisas alheias, registrando-se a transferência.

~~§ 5º [\(Vide Medida Provisória nº 335, de 2006\)](#)~~

§ 5º Para efeito de aplicação do disposto no caput deste artigo, deverá ser observada a anuência prévia: [\(Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007\)](#)

I - do Ministério da Defesa e dos Comandos da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, quando se tratar de imóveis que estejam sob sua administração; e [\(Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007\)](#)

II - do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência de República, observados os termos do inciso III do § 1º do art. 91 da Constituição Federal. [\(Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007\)](#)

Art 8º É permitida a concessão de uso do espaço aéreo sobre a superfície de terrenos públicos ou particulares, tomada em projeção vertical, nos termos e para os fins do artigo anterior e na forma que fôr regulamentada.

Art 9º Este decreto-lei não se aplica aos loteamentos que na data da publicação deste decreto lei já estiverem protocolados ou aprovados nas prefeituras municipais para os quais continua prevalecendo a legislação em vigor até essa data.

Parágrafo único. As alterações de loteamentos enquadrados no " caput " dêste artigo estão, porém, sujeitas ao disposto neste decreto-lei.

Art 10. Este decreto-lei entrará em vigor na data de sua publicação, mantidos o Decreto-lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937 e o Decreto número 3.079, de 15 de setembro de 1938, no que couber e não fôr revogado por dispositivo expresso dêste decreto-lei, da Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964 e dos atos normativos mencionados no art. 2º dêste decreto-lei.

Brasília, 28 de fevereiro de 1967; 146º da Independência e 79º da República.

H. CASTELLO BRANCO

João Gonçalves de Souza

Este texto não substitui o publicado no DOU de 28.2.1967